



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10920.003225/2010-70
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-004.851 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de janeiro de 2016
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente S.&S CELULARES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2009

MOTIVAÇÃO PARA O LANÇAMENTO. MERA CITAÇÃO DO ATO QUE EXCLUIU A EMPRESA DO SIMPLES. ACEITAÇÃO.

Aceita-se como suficiente para motivar o lançamento referente à exigência das contribuições patronais a mera menção ao ato administrativo que provocou a exclusão da autuada do Simples.

PROCESSO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES TRANSITADO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DAS QUESTÕES ALI TRATADAS.

Tendo o processo de exclusão do Simples transitado em julgado, por falta de manifestação do sujeito passivo no prazo legal, descabe a este tentar abrir, no processo de exigência das contribuições devidas, a discussão acerca das questões que motivaram a sua exclusão do regime simplificado.

PROCESSOS CONEXOS. AUTUAÇÃO DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL DECLARADA PROCEDENTE. MANUTENÇÃO DA MULTA PELA FALTA DE DECLARAÇÃO DOS MESMOS FATOS GERADORES.

Sendo declarada a procedência do crédito relativo à exigência da obrigação principal, deve seguir o mesmo destino a lavratura decorrente da falta de declaração na GFIP dos fatos geradores correspondentes.

MULTA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO E OCORRÊNCIA DE DECLARAÇÃO INCORRETA OU OMISSA EM RELAÇÃO A FATOS GERADORES DE CONTRIBUIÇÕES. COMPARAÇÃO DA MULTA MAIS BENÉFICA. DISPOSITIVO APLICÁVEL.

Havendo lançamento de ofício e ocorrendo simultaneamente declaração de fatos geradores na GFIP com erros ou omissões, a multa aplicada com base

na legislação revogada deve ser comparada com aquela prevista no art. 35-A da Lei n. 8.212/1991, para definição da norma mais benéfica.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

Ronaldo de Lima Macedo - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ronaldo de Lima Macedo, João Victor Ribeiro Aldinucci, Natanael Vieira dos Santos, Marcelo Oliveira, Ronnie Soares Anderson, Kleber Ferreira de Araújo e Lourenço Ferreira do Prado.

Relatório

Trata-se de recurso interposto pelo sujeito passivo contra o Acórdão n.º 07-26.125 de lavra da 6.ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ em Florianópolis (SP), que julgou improcedente a impugnação apresentada para desconstituir o Auto de Infração – AI n.º 37.279.598-6.

A lavratura em questão diz respeito à aplicação de multa decorrente de descumprimento de obrigação acessória.

De acordo com Relatório Fiscal da Infração, de fls. 05 a 11, trata - se infringência ao disposto no art. 32, inciso IV, § 5º, da Lei 8.212/1991, com a redação dada pela Lei 9.528/1997, c/c o art. 225, inciso IV e § 40, do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999, por ter a empresa apresentado a Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, seja em relação às bases de cálculo, seja em relação às informações que alterem o valor das contribuições.

As quantias não declaradas foram as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados que prestaram serviços à autuada nas competências 02, 06, 07 e 09 de 2006.

Segundo o fisco, a autuada optou, em 22/02/2000, pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples, nos termos definidos na Lei n.º 9.317/1996 e alterações posteriores.

Afirma que mediante o Ato Declaratório Executivo DRF/JOI n.º 554425, de 02/08/2004, o contribuinte foi excluído do Simples, com efeitos a partir de 01/08/2003, por manter atividade econômica vedada a empresas optantes por tal regime tributário.

Assevera que, mesmo diante da exclusão, a empresa continuou a se declarar e a recolher as contribuições lançadas como se fosse beneficiária do regime simplificado de recolhimento de tributos, mantendo apenas o pagamento parcial da contribuição dos segurados.

Segundo o fisco, a multa foi imposta levando em consideração as alterações promovidas pela Lei n.º 11.941/2009, de modo que o contribuinte ficasse sujeito à penalidade menos gravosa.

Cientificado do lançamento em 20/08/2010, o sujeito passivo ofertou impugnação, cujas razões não foram acatadas pelo órgão de primeira instância, que manteve o lançamento na íntegra.

Inconformado, o contribuinte interpôs recurso voluntário, fls. 126/149, no qual, alegou que:

a) é uma empresa de prestação de serviço de assistência técnica de telefones celulares e optou legitimamente pelo Simples em 22/02/2000, conforme facultado pela legislação;

b) foi excluída do sistema mediante ato da Delegacia da Receita Federal em Florianópolis, sob o pretexto de que sua atividade seria vedada pela lei de regência, haja vista que, sendo empresa especializada em reparos de aparelhos telefônicos, teria necessidade de contar com os serviços de profissional de engenharia;

c) inconformada, solicitou revisão administrativa de sua exclusão do Simples, a qual não foi ainda apreciada, por esse motivo, continuou a efetuar os recolhimentos tributários como se mantivesse a opção pelo regime simplificado;

d) não deve subsistir a autuação em tela, posto que, mesmo que se admita que tenha havido preclusão no seu direito de impugnar o ato de exclusão do Simples, a empresa tem o direito de discutir os lançamentos que se embasaram naquele ato administrativo;

e) ressalta que cabe a discussão da sua exclusão do Simples, posto que no momento em que foi exarado o ato, não houve o lançamento de qualquer tributo, o que veio a ocorrer somente em 2010;

e) nos termos do art. 65 da Lei n.º 9.784/1999, a existência de fatos novos ou circunstâncias relevantes justificam a possibilidade de rediscutir sua exclusão do Simples;

f) como a Administração Pública deve se pautar pela legalidade e pela verdade material, é permitido ao sujeito passivo trazer a baila a ilegalidade do ato de exclusão do Simples;

g) observe-se ainda que, de acordo com o art. 27 da Lei n.º 9.784/1999, o desatendimento de intimação não importa no reconhecimento da verdade dos fatos, nem renúncia a direito pelo administrado;

h) nessa linha de entendimento, ainda que um contribuinte parcele ou pague um crédito tributário, que posteriormente saiba ser indevido, haverá sempre o direito de pedir revisão do ato administrativo;

i) no procedimento de exclusão da recorrente do Simples foi negligenciado o princípio do devido processo legal, posto que a marcha processual foi encerrada antes que a recorrente tivesse a oportunidade de se contrapor ao ato administrativo que lhe trouxe prejuízo;

j) a exclusão de ofício do contribuinte do Simples não pode prescindir da prévia intimação para que exerça a ampla defesa e o contraditório a respeito dos fatos que lhes são imputados;

k) essa nulidade do ato de exclusão deve ser reconhecida, conforme se verifica da jurisprudência colacionada;

l) a lavratura é nula posto que não descreve claramente quais os métodos, critérios e formas de abatimento dos créditos indicados no Relatório de Documentos Apresentados;

m) no mérito alega que é singela prestadora de serviços de consertos de celulares, sendo perfeitamente válida a sua opção pelo Simples. Assim, não pode prevalecer o ato que a excluiu do regime, tampouco o auto de infração decorrente;

n) a sua atividade econômica prescinde da atuação de engenheiro, como alegado pelo fisco, uma vez que o conserto de aparelhos telefônicos não consta do rol da Lei nº 5.194/1966, que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro-agrônomo;

o) de acordo com a Lei nº 10.964/2004, art. 4.º, inciso V, na redação dada pela Lei nº 11.051/2004, as pessoas jurídicas que se dedicam a serviços de manutenção de equipamentos ficam excetuadas das restrições do art. 9.º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996;

p) apresenta decisões administrativas e judiciais que entendem pela possibilidade de opção ao Simples pelas empresas que se dedicam à manutenção de aparelhos telefônicos e ainda que tal atividade não se compreende naquelas privativas de engenheiros;

r) não se pode dar uma interpretação restritiva da Lei do Simples, para afastar o seu direito de opção pelo regime tributário sob enfoque;

s) as atividades da recorrente podem ser perfeitamente desenvolvidas sem a atuação de profissionais com qualificação técnica específica, dependendo apenas da experiência prática;

t) os pagamentos efetuados na sistemática do Simples devem ser aproveitados na apuração fiscal; e

u) na aplicação da multa mais benéfica, deve ser utilizado a regra inserta no art. 32-A, I, da Lei nº 8.212/1991;

Ao final, requereu a reforma da decisão recorrida e a possibilidade de produção de todas as provas em direito admitidas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

Admissibilidade

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

Preliminares de nulidade

A recorrente aponta mácula verificada no lançamento que conduziria à nulidade da lavratura. Alega que, se não foi intimada da sua exclusão do Simples, é nulo o Ato de Declaratório de Exclusão e também o presente AI, uma vez que foi totalmente fundamentado na sua perda da opção pelo Simples.

Discordo esse argumento.

As informações constantes no relato do fisco e também no próprio recurso levam-me a convicção de que o contribuinte deixou transcorrer em branco o prazo para se contrapor ao Ato Declaratório Executivo DRF/JOI n.º 554425, de 02/08/2004, que o excluiu do Simples.

O direito de impugnar este ato administrativo encontra-se previsto no § 3º do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, verbis:

§ 3.º. A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo (PAF). (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998).

Nos termos do art. 14 combinado com o art. 15 do Decreto n.º 70.235/1972, o qual regula o contencioso administrativo relativo aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, se a empresa deixar de apresentar a impugnação em trinta dias contados da data em que for feita a intimação da exigência, não se instaurará o contencioso e o direito de se contrapor ao fisco restará precluso.

Assim, tendo o sujeito passivo perdido, em razão do decurso do prazo legal, a faculdade de contestar o ato de exclusão, descabe agora a esse colegiado discutir as razões que levaram a empresa a ter o seu direito de permanecer no regime simplificado de arrecadação de tributos cassado.

Diante disso, é legítimo que a autoridade lançadora tenha apresentado como motivo para exigência das contribuições patronais para os "terceiros" a exclusão da empresa do Simples, haja vista que, a partir da produção de efeitos do Ato Declaratório da RFB, a recorrente passou a ser devedora dos tributos lançados.

Quanto à falta de apresentação dos critérios de apropriação dos recolhimentos, cabe destacar que não foi apropriado nenhum recolhimento de contribuições

previdenciárias, posto que as guias da Previdência Social recolhidas pelo contribuinte no período do lançamento referem-se apenas à contribuição dos segurados, a qual não é objeto do presente AI. Quanto às guias recolhidas na sistemática do Simples, serão objeto de tópico específico neste voto.

Conexão com os processos de exigência da obrigação principal

O entendimento unânime dessa Turma de Julgamento é que o julgamento dos AI decorrentes de aplicação de multa por omissão de fatos geradores na GFIP deve levar em consideração o que ficou decidido nos AI para exigência da obrigação principal.

Assim, os resultados dos julgamentos das lavraturas para cobrança das contribuições tem sido aplicados automaticamente nas demandas em que é discutida a exigência de declaração dos fatos geradores correspondentes na GFIP.

Vejam esse julgado da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROCESSOS CONEXOS. O presente auto de infração diz respeito à infringência ao art. 32, inciso IV, § 5º da Lei nº 8.212/91, por ter o contribuinte apresentado Guia de Recolhimento de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e informações à Previdência Social em GFIP, com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias. Provido o recurso especial da Fazenda Nacional, no sentido de se afastar a nulidade por vício formal apontada no processo nº 35554.005633/200626. Em virtude da existência de conexão entre os processos, igual sorte merece o presente auto de infração. Foi declarado nulo em virtude da declaração da nulidade, por vício formal, da NFLD (processo nº 35554.005633/200626) que continha os lançamentos referentes aos fatos geradores tidos como não declarados, em decorrência da conexão existente entre o presente auto de infração e a referida NFLD. Provido o recurso especial da Fazenda Nacional, no sentido de se afastar a nulidade por vício formal apontada no processo nº 35554.005633/200626. Em virtude da existência de conexão entre os processos, igual sorte merece o presente auto de infração. Nos termos em que disciplina o art. 49, § 7º do anexo II da Portaria MF nº 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do CARF, os processos conexos, decorrentes ou reflexos serão distribuídos ao mesmo relator, independentemente de sorteio.

(Acórdão 9202-001.244, Rel Conselheiro Elias Sampaio Freire, 08/02/2011)

Assim, considerando-se que, em julgamento a pouco realizado, foram reconhecidos como existentes os fatos geradores das contribuições exigidas no processo n.º 10920.003229/2010-58 (AIOP n.º 37.279.597-8), os quais são os mesmos que deram ensejo à presente autuação, devemos concluir que ocorreu a infração em tela, sendo legítima a imposição da multa.

Multa

Alega o sujeito passivo que, tendo-se em conta as alterações no cálculo da multa trazidas pela MP n.º 449/2008, posteriormente convertida na Lei n.º 11.941/2009, deve-se calcular a multa com esteio no art. 32-A da Lei n.º 8.212/1991.

De fato, com o advento da Medida Provisória MP n. 449/2008, convertida na Lei n. 11.941/2009, houve profunda alteração no cálculo das multas decorrentes de descumprimento das obrigações acessórias relacionadas à GFIP.

Na sistemática anterior, a infração de omitir fatos geradores em GFIP era punida com a multa correspondente a cem por cento da contribuição não declarada, ficando a penalidade limitada a um teto calculado em função do número de segurados da empresa.

Quanto havia lançamento da obrigação principal relativo aos fatos geradores não declarados, o sujeito passivo ficava também sujeito à aplicação da multa de mora nos créditos lançados, num percentual do valor principal que variava de acordo com a fase processual do lançamento, ou seja, quanto mais cedo o contribuinte quitava o débito, menor era a multa imposta.

Com a nova legislação, há duas sistemáticas de aplicação da multa. Inexistindo o lançamento das contribuições, aplica-se apenas a multa de ofício prevista no art. 32-A da Lei n. 8.212/1991, que é calculada a partir de um valor fixo para cada grupo de 10 informações incorretas ou omitidas, nos seguintes termos:

Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e

(...)

Todavia pelo art. 35-A da mesma Lei, também introduzido pela Lei n. 11.941/2009, ocorrendo o lançamento da obrigação principal, a penalidade decorrente do erro ou omissão na GFIP fica incluída na multa de mora constante no crédito constituído. Deixa, assim, de haver cumulação de multa punitiva e multa moratória, condensando-se ambas em valor único. Vejam o diz o dispositivo:

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

É que o art. 44, I, da Lei n. 9.430/1996¹ prevê que, havendo declaração inexata ou omissa de tributo, acompanhado da falta de recolhimento do mesmo, deve-se aplicar

¹ Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

a multa ali especificada. Como já exposto, nessas situações, a multa agora é uma para ambas as infrações, descumprimento das obrigações principal e acessória.

Diante das considerações acima expostas, não há como se aplicar na situação em tela o art. 32-A da Lei n. 8.212/1991, como requer o sujeito passivo, posto que houve na espécie lançamento das contribuições correlatas. A situação sob enfoque pede a aplicação do art. 35-A da mesma Lei, o qual pode ou não ser mais benéfico ao contribuinte.

Essa comparação foi apresentada nos anexos ao relatório fiscal, onde restou claramente demonstrado que, para as competências que compõem o AI, a multa menos gravosa é aquela aplicada com respaldo na legislação da ocorrência dos fatos geradores, ou seja, o revogado § 5.º do art. 32 da Lei n.º 8.212/1991.

Conclusão

Voto por conhecer do recurso, por afastar a preliminar de nulidade e, no mérito, por lhe negar provimento.

Kleber Ferreira de Araújo.