



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10935.010173/2008-12
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2301-006.165 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de junho de 2019
Recorrente ECO CONTABILIDADE E CONSULTORIA S/C LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2007

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.

Havendo comprovação de que o sujeito passivo demonstrou conhecer o teor da acusação fiscal formulada no auto de infração, considerando ainda que todos os termos, no curso da ação fiscal, foram-lhe devidamente cientificados, que logrou apresentar esclarecimentos e suas razões de defesa dentro dos prazos regulamentares, não há que se falar em cerceamento ao direito de defesa bem assim não há que se falar em nulidade do lançamento.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. OBJETO DA FISCALIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE OU NULIDADE. A expedição de Mandado de Procedimento Fiscal - MPF não objetiva limitar o alcance da ação fiscal, mas apenas instaurá-la, constituindo mero instrumento de planejamento e controle administrativo. Alterações ou prorrogações de prazos não são suficientes para efeitos de nulidades do lançamento ou para declaração de irregularidade de ato administrativo.

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. PRELIMINAR AFASTADA.

Os casos de nulidade no PAF são elencados arroladas no art. 59 do Decreto 70.235, de 1972. Constatado erro na base de cálculo, mas sem alteração do critério jurídico adotado para a atuação, não há se falar em nulidade. Assim, a matéria deve ser analisada como mérito, uma vez que não houve elementos que possam dar causa à nulidade alegada.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EXCLUSÃO DE EMPRESAS DO SIMPLES. SIMULAÇÃO.

A autoridade fiscal constatando situação capaz de concluir que haveria uma simulação para evitar a tributação devida, tem o poder-dever de exclusão do SIMPLES, bem como os da verificação de elementos que configurariam uma organização de estrutura de uma empresa única, mas com interposta pessoa jurídica.

Assim, verifica as circunstâncias definidas em lei como necessárias e suficientes a sua ocorrência, deve o fiscal proceder ao lançamento

correspondente ao fato gerador identificado, cumprindo com o exigido em lei no que tange aos lançamentos efetuados.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DECADÊNCIA.

O Superior Tribunal de Justiça diante do julgamento do Recurso Especial nº 973.733-SC, em 12/08/2009, afetado pela sistemática dos recursos repetitivos, consolidou entendimento que o termo inicial da contagem do prazo decadencial seguirá o disposto no art. 150, §4º do CTN, se houver pagamento antecipado do tributo e não houver dolo, fraude ou simulação; caso contrário, observará o teor do art. 173, I do CTN.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF 02.

Este Tribunal administrativo não é competente para tratar sobre inconstitucionalidade de Lei tributária, nos termos da Súmula CARF 02.

TAXA SELIC. APLICAÇÃO. SÚMULA CARF N.º 04.

A Súmula CARF n.º 04 pacificou o entendimento da aplicação da taxa SELIC: "A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais".

ÔNUS DA PROVA PELO INTERESSADO. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA.

Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da alegação de seu direito.

O pedido de perícia não pode ser deferido quando for impossível ou impraticável em razão da dificuldade e condições temporais. Ademais, caberia ao recorrente ter providenciado as provas necessárias das razões do seu direito em instância de primeiro grau, ou em seu recurso, a depender das circunstâncias e aceitação do órgão julgador.

RECOLHIMENTO. SIMPLES. MATÉRIA FORA DA LIDE.

Matéria não inserida na lide, o aproveitamento de valores recolhidos na sistemática do Simples, em caso de indébito, deve ser objeto de requerimento à autoridade preparadora, nos termos da legislação própria.

APROVEITAMENTO DO RECOLHIMENTO. SIMPLES. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - PARTE DOS SEGURADOS. IMPOSSIBILIDADE.

Valores recolhidos na sistemática do Simples não podem ser aproveitados quando do lançamento tributário para abatimento da contribuição previdenciária (parte dos segurados) a cargo do sujeito passivo (artigo 89 da Lei nº 8.212/1991).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam, os membros do colegiado, por maioria de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso, vencido o relator e os conselheiros Marcelo Freitas de Souza Costa e

Wilderson Botto, que votaram por permitir o aproveitamento dos recolhimentos realizados pela ECO Preparação de Documentos Ltda. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Antônio Sávio Nastureles.

(documento assinado digitalmente)

João Maurício Vital - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Wesley Rocha - Relator

(documento assinado digitalmente)

Antonio Sávio Nastureles - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio Sávio Nastureles, Wesley Rocha, Cleber Ferreira Nunes Leite, Marcelo Freitas de Souza Costa, Sheila Aires Cartaxo Gomes, Virgílio Cansino Gil (suplente convocado), Wilderson Botto (suplente convocado) e João Maurício Vital (Presidente). A Conselheira Juliana Marteli Fais Feriato, em razão da ausência, foi substituída pelo Conselheiro Virgílio Cansino Gil, suplente convocado.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela ECO CONTABILIDADE E CONSULTORIA S/C LTDA., contra o Acórdão de Julgamento (e-fls 160, e seguintes), proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba-PR (7ª Turma da DRJ/CTA), que julgou improcedente a impugnação interposta.

O auto de infração é constituído pelo DEBCAD nº 37.191.279-2, lavrado para exigência de crédito tributário no valor total de R\$ 293.877,63 (composto de R\$ 173.695,85 de contribuições previdenciárias, mais os correspondentes juros e multa de mora).

O Acórdão recorrido assim dispõe:

" (...)

De acordo com o Relatório Fiscal (fls. 48 a 57), as contribuições previdenciárias exigidas são relativas ao período de janeiro/2003 a dezembro/2007 e correspondem às contribuições previdenciárias (parte segurados) destinadas à Seguridade Social, incidentes sobre as remunerações pagas/creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais, formalmente registrados na empresa ECO Preparação de Documentos Ltda.

Às fls. 49 a 53 a autoridade notificante traça breve resumo das atividades das empresas, tais como: data de constituição; atividade econômica desenvolvida; indicação de sócios; percentuais de participação nas sociedades, alterações contratuais, bem como demonstra a existência de sócios comuns às empresas.

Aduz a fiscalização, item 10, fls. 49, que a empresa ECO Preparação de Documentos Ltda optou pelo SIMPLES e SIMPLES NACIONAL objetivando a evasão das contribuições sociais incidentes sobre a folha de pagamento.

Prossegue o notificante aduzindo que, a evasão decorreu do procedimento por meio do qual o quadro de empregados da ECO Contabilidade foi artificialmente transferido para a ECO Preparação, constituída como optante dos regimes substitutivos. Desta forma, a ECO Contabilidade deixou de recolher as contribuições patronais incidentes sobre a remuneração pagas ou creditadas.

Esclarece, ainda, que o procedimento de auditoria fiscal em tela encontra fundamento, dentre outros, no inciso VII, art. 1.49 da Lei nº 5.172/66.

Argumenta que para o presente caso o prazo decadencial obedece às normas previstas no art. 173, I do CTN, vez que as empresas empreenderam verdadeira simulação, desta forma, o prazo quinquenal para a constituição do crédito deve ser computado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ressalta o notificante que no item 16, fls. 52, descreve a evolução histórica dos contratos sociais das duas empresas. Salienta que as duas empresas situam-se no mesmo

- endereço. Acrescentou que não consta nos registros contábeis da empresa ECO Preparação nenhum lançamento de máquinas e equipamentos no ativo permanente necessário à realização de atividades econômicas, constante do seu contrato social. Também, não foi registrada na contabilidade nenhuma despesa relativa à prestação de tais serviços. Ainda, as notas fiscais das duas empresas possuíam as mesmas características físicas de impressão.

Relata que os registros de empregados e as declarações prestadas à Previdência Social em "GFIP" pela empresa ECO Preparação revelaram que nos quadros de empregados não haviam pessoas capacitadas para a realização de atividades de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática, conforme consta de seu objeto social.

O auditor fiscal informa, item 16, fls. 52, que da constituição da empresa ECO Preparação (30.09.1999) até novembro de 2005 os sócios Pedro Pereira de Oliveira e João Luis Seimetz constavam nos contratos sociais de ambas as empresas.

- No item 17, fls. 53, elenca, ainda, uma série de fatos que levaram a auditoria fiscal concluir sobre a hipótese de simulação, concluindo que se tratava materialmente de uma só empresa.

No item 18, fls. 56, a auditoria fiscal considera evidente a unicidade empresarial para fins tributários, considerando que os empregados formalmente registrados na

ECO Preparação foram em verdade empregados da ECO Contabilidade. Desta forma, a auditoria cingiu-se a atribuir a ECO Contabilidade os tributos que se subsumiram na hipótese de incidência aos fatos materiais fartamente destacados no relatório fiscal.

O sujeito passivo foi cientificado do lançamento em 15/12/2008 e apresentou defesa tempestiva em 14/01/2009, com as alegações a seguir sintetizadas:

Preliminarmente.

Do Cerceamento de Defesa.

Elenca o art. 5, inciso LV da Constituição Federal, bem como julgado do TRF 1º, nos quais constam que é assegurado aos litigantes o direito ao contraditório e a ampla defesa, que no caso não foi observado, haja vista que todos os livros fiscais e documentos da empresa estiveram sob a guarda da Receita Federal do Brasil durante o período de impugnação.

Nulidade do Mandado de Procedimento Fiscal.

Alega que o procedimento fiscal é nulo, tendo em vista que ofendeu aos artigos 21 e 3º da Portaria SRF 3007/01. Tal fato ocorreu porque o Mandado de Procedimento Fiscal 0910100.2007.1361-6 exigiu a apresentação de documentos dos anos de 2003 a 2007, a fim de permitir a conferência dos recolhimentos das contribuições sociais, sendo que naquela data não havia qualquer MPF cujo objeto fosse a discussão sobre a unicidade empresarial das duas empresas. Afirma que somente com a criação do MPF 0910300.2008.01111-5 e que a unicidade empresarial passou a ser objeto de procedimento fiscal, assim diante da ausência de procedimento adequado postula pela sua nulidade, uma vez que a portaria SRF 3.007/2001 exige a emissão prévia de MPF.

Descumprimento dos artigos 5º III e IV, 7º e 13 § 2º da Portaria SRF 3007/2001.

Alega que os MPF's nº 0910300.2008.00808-4 e 0910300.2008.01111-5 são nulos, por não cumprirem os requisitos estabelecidos na Portaria SRF nº 3007/2001, eis que não indicam o número do telefone do Chefe do AFRF, tal como determina o art. 71, VI.

Ausência de Ciência de Prorrogação dos MPF's e Ofensa ao Princípio da Segurança Jurídica.

Afirma que o fisco não deu ciência ao contribuinte a respeito da prorrogação dos MPF's, e que o único demonstrativo de emissão de prorrogação de seu conhecimento foi o da primeira prorrogação, deixando de apresentar as demais ocorridas.

Argumenta que a ciência ao sujeito passivo das prorrogações dos MPF's ocorrida é imprescindível, pois só assim é possível saber se está sendo fiscalizado ou não e na sua falta ocasionaria insegurança jurídica. Ainda, alega que tal procedimento é necessário para que o contribuinte possa exercer a espontaneidade, nos termos do art. 138 do CTN. Cita, ainda, os art. 195 do CTN e o art. 80 do Decreto nº 70.235/72 que dispõem sobre a necessidade da ciência ao contribuinte das prorrogações dos MPF's realizadas. Portanto, alega que como o processo de fiscalização é contínuo, e em especial quando ocorre o alargamento do período fiscalizatório é necessária a entrega de demonstrativo de emissão e prorrogação de MPF ao contribuinte.

Da Decadência dos Fatos Geradores Ocorridos de 01/2003 a 12/2003.

Pede pelo reconhecimento da decadência, no que concerne aos pretensos fatos geradores ocorridos de 01/01/2003 a 16/12/2003, uma vez que as exações tributárias ora impugnadas são espécies sujeitas ao lançamento por homologação, aplicando-se assim a regra prevista no § 40 do art. 150 do CTN.

Argumenta que o início do prazo para a declaração da decadência deve ser contado única e exclusivamente da data em que o contribuinte teve ciência das supostas

irregularidades e não da data de recebimento do MPF, inclusive, cita julgado do STJ e súmula 153 do extinto TFR neste sentido.

Portanto, aduz que para os rendimentos supostamente recebidos até 31/01/2003, por exemplo, o lançamento poderia ser efetivado a partir de 01/02/2003, consequente o prazo expirar-se-ia em 31/01/2008. Assim, nenhum dos créditos relativos a acontecimento instalado durante 01/01/2003 a 16/12/2003 podem ser exigidos, uma vez que o contribuinte somente foi notificado dos autos de infração na data de 15/12/2008.

Ainda em relação aos valores considerados como supostamente devidos relativos ao FUNRURAL e seus acessórios, no período de 01/2003 a 12/2003, se manifesta o contribuinte como ilegítimos pelos argumentos acima mencionados.

Mérito

Da Ausência de Amparo Legal para sua Cobrança Face a Ilegitimidade da Recorrente para Responder pelos Débitos Tributários.

Alega que está sendo acusada de ter simulado a criação de uma outra pessoa jurídica para evadir-se do recolhimento de contribuições sociais, porém afirma que o Auditor Fiscal não realizou a análise do ramo de atividade empresarial desenvolvida pelas empresas cogitadas. Argumenta que os ramos de atividade das empresas são totalmente

distintos, que o fiscal fez conjecturas desprovidas de veracidade quanto aos sócios e localização das mesmas. Aduz que as atividades desenvolvidas pelas empresas são complementares.

Afirma que com relação à preparação de documentos, este não pode ser confundido com a contabilidade propriamente dita, pois se trata de responsabilidade técnica regulamentada pelo Conselho Regional de Contabilidade — CRC. Assim, a ECO Preparação de Documentos Ltda realizava todo o procedimento de separação de documentos em ordem determinada, organizava-os, digitava tais documentos em sistema específico, deixando-os preparados para a contabilização, que eram realizados pela ECO Contabilidade e Consultoria S/C Ltda. Portanto, não haveria nenhuma infração aos termos da legislação que possa atribuir a unicidade empresarial.

Alega que o auditor conclui tratar-se da mesma empresa pelo fato de terem os mesmos sócios Pedro Pereira de Oliveira e João Luis Seimetz e estarem funcionando no mesmo local, porém tal fato não tem o condão de demonstrar a existência de qualquer relação e unicidade empresarial, conforme documentação juntada a presente impugnação. Constata-se que os sócios da empresa ECO Preparação, quinta alteração contratual, tratam-se Srs. Paulo Ricardo de Oliveira, Janice Verônica Seimetz e Vanderlei Vendramini. Quanto aos sócios da

ECO Contabilidade, última alteração contratual, constam os Srs. Pedro Pereira de Oliveira e João Luis Seimetz. Assim constata-se que os sócios não são os mesmos de ambas as empresas, fato este que desconstitui a alegação de uma unicidade empresarial.

Ainda, quanto à relação de parentesco entre alguns sócios não impede a constituição das empresas e muito menos o seu regular funcionamento, também, tal fato não caracterizaria a unicidade empresarial.

Argumenta que o endereço das empresas é o mesmo, porém em salas diferentes, devido ao fato da estrutura do imóvel somente permitir a entrada nas suas dependências através de uma única escada e entrada de acesso. Afirma, ainda, que o endereço é igual para ambas às empresas unicamente para fins cadastrais, porém este fato não encontra impedimento junto a legislação em vigor.

Alega que o auditor fiscal declarou que colheu inúmeras declarações junto a clientes de ambas as empresas, que as empresas se tratavam de um mesmo empreendimento, contudo, impugna tal procedimento uma vez que quanto às informações colhidas junto aos clientes mencionados no relatório fiscal, não lhe fora concedido o contraditório e a ampla defesa. Argumenta que as provas em sentido contrário ao recorrente, não devem ser admitidas, pois foram colhidas de forma unilateral.

Da Divergência quanto ao Valores Constantes dos Autos de Infração — Da Necessidade da Prova Pericial.

Afirma que é necessário refazer os cálculos sobre as bases utilizadas pelo Auditor, devido a alguns equívocos ocorridos quando da elaboração do auto de infração, conforme se demonstrará, assim pugna pela realização de perícia técnica.

Alega que devido ao grande número de notas fiscais, comprovantes de pagamentos e documentos colacionados aos autos ora impugnados ficou praticamente impossível fazer uma análise detalhada no prazo de impugnação. Afirma que em alguns meses constatou que os valores verificados pelo Auditor foram divergentes aos efetivamente devidos.

Ainda, argumenta que não foram considerados nos cálculos os valores recolhidos pela recorrente, acarretando assim pagamento em duplicidade.

Portanto, com base no art. 16, IV do Decreto nº 70.235/72 e Lei nº 8.478/93 a impugnante solicita a determinação de perícia contábil para ficar comprovado que houve recolhimento por parte da recorrente, conforme comprovantes que fazem parte deste processo administrativo, bem como da busca correta da base de cálculo. Ainda, indica o perito técnico e os quesitos para que se possa deferir a perícia.

Da Ilegalidade e Inconstitucionalidade da Taxa Selic para Fins Tributários.

Primeiramente, alega que os juros de mora calculados pelo fisco foram efetuados pela Taxa Selic, que é inconstitucional por ofensa ao princípio da legalidade, especificamente aos art. 5º inciso II e 150, Inciso I, ambos da Constituição Federal de 1988.

Em segundo lugar, o uso da Taxa Selic leva a contrariedade ao artigo 192, § 3º da CF, e que a instituição de tal taxa ainda está sem definição e instituição legal. Alega que o art. 13 da Lei nº 9.065/95 deixou de trazer no seu bojo a definição da Taxa Selic, somente determinando a aplicação de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema de Liquidação e Custódia, portanto, não houve a sua instituição. Como a Taxa Selic tem natureza remuneratória estaria ofendendo o disposto no § 3º do art. 192 da CF.

Afirma que os juros de mora calculados com base na Taxa Selic deve ser restrito às obrigações de cunho privado, vinculado à vontade das partes. O art. 161, § 1º do CTN impõe que apenas com disposição expressa de lei ordinária acerca do cálculo dos juros moratórios incidentes em obrigações tributárias, este poderá ser superior à taxa de um por cento ao mês.

Como a lei ordinária não criou nova fórmula de cálculo para os juros de mora, estes devem ser limitados à taxa de 12 % ao ano. Cita julgado do STJ reconhecendo a impertinência da Taxa Selic como juros de mora. Por fim alega ser inconstitucional e ilegal a aplicação da Taxa Selic como taxa de juros moratórios.

Por fim pede acolhimento de todas as alegações defensivas".

Em seu recurso de e-fls 189 e seguintes, a recorrente reproduz as mesmas alegações de primeira instância.

A recorrente juntou memoriais.

Diante dos fatos narrados, é o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Wesley Rocha, Relator.

O Recurso Voluntário apresentado está revestido de requisito formal de tempestividade e é de competência desse colegiado. Portanto, dele o conheço. Assim, passo a analisá-lo.

I- DAS PRELIMINARES DE NULIDADE

DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO MPF E DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Alega a recorrente a nulidade do auto de infração, uma vez que não houve obediência aos procedimentos fiscais legais, bem como a fiscalização não teria obedecido a requisitos necessários do Mandado de Procedimento Fiscal -MPF. Alegou falta de formalidades, bem como que a empresa ora autuada não teria sido objeto do referido MPF.

Entretanto, as causas de nulidades no processo administrativo fiscal se limitam as que estão elencadas no artigo 59, do Decreto 70.235, de 1972:

"Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Parágrafo acrescentado pela Lei 8.748, de 1993".

Por sua vez, o art. 60 da referida Lei, menciona que as irregularidades, incorreções e omissões não configuram nulidade, devendo ser sanadas se resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio:

"Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio".

Nesse sentido, está pacificado em nossos Tribunais o princípio de *nullité sans grief*, ou seja: não há nulidade sem prejuízo. No presente caso, verifica-se que a recorrente teve ciência de todos os fatos que estavam sendo apontados, pois respondeu a todo questionamento da fiscalização, bem como indicou elementos solicitados para as conclusões do lançamento. Apresentou defesa e teve ciência dos demais atos.

Já no que diz respeito ao Mandado de Procedimento Fiscal MPF, verifica-se que essa é a ordem específica que instaura o procedimento fiscal, e que deverá ser apresentado pelos Auditores Fiscais da Receita Federal na execução deste procedimento, nos termos do art. 2º, do Decreto nº 6.104, de 30 de abril de 2007, *in verbis*:

"Art. 2º. Os procedimentos fiscais relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil serão executados, em nome desta, pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e somente terão início por força de ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), instituído mediante ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil"

Eventual "falha" ou "omissão" no MPF não acarreta em nulidade do auto de infração. Isso porque o Mandado de Procedimento fiscal é o meio pela qual a administração Tributária se utiliza para o procedimento e controle dos atos fiscais, sendo que eventual irregularidades na emissão, alteração, prorrogação ou ausência de elementos formais não são causas suficientes a ensejar o cerceamento de defesa, desde que o contribuinte consiga elaborar sua defesa, sem vícios e sem dificuldades. O que é o caso dos autos, pois interpôs defesa e recurso, diante dos elementos que está sendo apontado como irregular.

Ainda, em análise do Conselho de Recursos da Previdência Social, por meio de sua Câmara Superior, especializada em matéria de custeio, editou, com lastro em normas semelhantes, o Enunciado n.º 25:

"Enunciado nº 25 (Resolução CRPS nº 1, de 2006, DOU 06/03/06) A notificação do sujeito passivo após o prazo de validade do Mandado de Procedimento Fiscal MPF não acarreta nulidade do lançamento".

Da análise dos autos não verifico ato que possa ensejar nulidades por meio de não cumprimento de alguma formalidade do MPF.

Portanto, afasto a alegação de nulidade alegada nas preliminares trazidas pela recorrente.

DO MÉRITO

DA AUTUAÇÃO

Alega a recorrente vícios na exigibilidade do crédito, onde o fisco não teria obedecido as regras e normas necessárias para exigir o crédito fiscal, incluindo com a aplicação da multa.

Nesse sentido, registra-se que é pelo Processo Administrativo Fiscal - PAF que a Fazenda Pública se utiliza para cobrar legalmente seus créditos, sendo eles de natureza tributária ou não.

A legislação obriga o agente fiscal a realizar o ato administrativo, verificando assim o fato gerador e o montante devido, determinar a exigência da obrigação tributária e sua matéria tributável, confeccionar a notificação de lançamento e checar todas essas ocorrências necessárias para as fiscalizações e procedimento de cobrança, quando da identificação da ocorrência do fato gerador, sendo legítima a lavratura do auto de infração em conformidade com o art. 142, do CTN e com o art. 10 do Decreto n.º 70.235/72, conforme dispositivos *in verbis*:

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

"Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional".

DECRETO n.º 70.235/72.

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I a qualificação do autuado;

II o local, a data e a hora da lavratura;

III a descrição do fato;

IV a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias; VI a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula".

Verifica-se dos autos que os procedimentos administrativos foram devidamente realizados sem mácula ou nulidade, dentro do processo administrativo fiscal (rito processual).

O PAF – Processo Administrativo Fiscal se inicia pelo ato da fiscalização realizada pela autoridade administrativa (e pela ordem do MPF), que realiza as atividades necessárias para obter as informações necessárias na constituição do crédito devido, conforme determina o artigo 196, do CTN, conforme transcrição abaixo:

"Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas".

Assim, a autoridade administrativa tem o poder-dever de realizar diligências que entender devidas para verificar o levantamento de todas as informações necessárias, desde que permitidas em lei, para a respectiva busca da verdade material sobre os fatos em relação a obrigação tributária a ser cumprida, podendo examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, movimentações financeiras, papéis e feitos comerciais ou fiscais dos contribuintes.

Apesar das ações de fiscalização possuírem caráter investigatório e inquisitório, realizando procedimentos unilaterais, de obediência obrigatória, que não é absoluta, o desfecho do PAF alberga os princípios da ampla defesa e contraditório, pois existe nele a possibilidade do contribuinte se manifestar, impugnar, apresentar provas, e contestar todo o apontamento realizado.

O PAF, como em diversos procedimentos, é constituído de fases, e nesse sentido existe uma espécie de *fase não contenciosa*. Para melhor explicar é de se transcrever a lição de Hugo de Brito Machado, do qual explica:

"A determinação do crédito tributário começa com a fase não contenciosa, que é essencial no lançamento de ofício de qualquer tributo. tem início com o primeiro ato da autoridade competente para fazer o lançamento, com o objetivo de constituir o crédito tributário. Tal ato há de ser necessariamente escrito, e deve ser levado ao conhecimento do sujeito passivo da obrigação tributária correspondente, posto que só assim pode ser considerado completo. Em outras palavras: o ato inicial da fase não contenciosa da constituição do crédito tributário completa-se quando é levado ao conhecimento do sujeito passivo da obrigação tributária, aquele contra quem o ato é praticado e tem, portanto, interesse em se manifestar contra ele". MACHADO, Hugo de Brito. *Teoria Geral do direito tributário*. Editora Malheiros, São Paulo, 2015, pág 411).

Portanto, diferentemente do que alega a recorrente, no sentido de não haver ampla defesa e contraditório na constituição do crédito, o processo administrativo fiscal em algum momento deve ser constituído para aí sim ser contestado, se for o caso, com a finalidade de fazer coisa julgada material administrativa, consoante a reunião de um conjunto probatório. São procedimentos necessários para apurar e constatar as irregularidades e possíveis fraudes que possam vir a ocorrer no recolhimento dos tributos, em consonância com as normas imbuídas na Constituição Federal brasileira. Tal procedimento é conhecido como controle interno, ou auto controle, da legalidade dos tributos.

Nesses termos, estando o auto de infração formalmente perfeito, com a discriminação precisa do fundamento legal sobre o que determina a obrigação tributária, os juros de mora, a multa e a correção monetária, revela-se inviável falar em nulidade, não se configurando qualquer óbice ao desfecho da demanda administrativa, uma vez que não houve elementos que possam dar causa à nulidade alegada ou anulação do crédito fiscal.

DO MÉRITO PROPRIAMENTE DITO

O lançamento tributário objeto desta autuação é representado pelas contribuições previdenciárias (parte segurados) destinadas à Seguridade Social, incidentes sobre as remunerações pagas/creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais, contribuições estas apuradas no período de janeiro de 2003 até dezembro de 2007.

Pende sobre a contribuinte a acusação de simulação entre empresas para beneficiar-se do sistema único de recolhimento do SIMPLES Nacional, uma vez que em nome

da notificada ECO Contabilidade e Consultoria Ltda — CNPJ : 78.116.043/0001-24, foram constatados remunerações dos segurados empregados e contribuintes individuais formalmente vinculados à empresa ECO Preparação de Documentos Ltda — CNPJ : 03.465.107/0001-01.

Diversos foram as constatações da fiscalização, do qual tomo por empréstimo as informações consignadas pela DRJ de origem referente ao relatório fiscal, tais como:

(...) conclusão contida no relatório fiscal, Ils. 55, a respeito da evolução histórica dos contratos sociais das duas empresas, cotejada com outros fatos constatados pela auditoria:

- as empresas situam-se no mesmo endereço (Av. Tiradentes 1011, V andar — Centro — Toledo — PR);

- as análises realizadas nos balanços patrimoniais revelam que o ativo permanente da empresa ECO Preparação não continha máquinas, equipamentos, computadores ou impressoras, necessários a realização de atividades econômicas constantes de seus atos constitutivos;

- as notas fiscais não discriminaram a prestação dos serviços prestados, e possuíam como histórico "serviços de processamento de dados" para ambas as empresas.

Ainda, as notas fiscais foram confeccionadas com características semelhantes de impressão;

- que nas GFIP's (Campo CBO) revelaram que não havia empregados em cargos que o capacitassem a realização de atividades de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática;

- que existiam alguns sócios em comum entre ambas as empresas, inclusive com grau de parentesco.

Nesta linha, os argumentos trazidos pelo defendente, que visam justificar que o endereço das empresas não é o mesmo, não modifica a autuação em comento, vez que tal fato compõe o conjunto probatório que caracteriza a situação de unicidade das empresas.

Quanto à existência de sócios em comum para as empresas, o impugnante afirma que os sócios não são os mesmos, e que constam como sócios da empresa ECO Preparação, o Sr. Paulo Ricardo de Oliveira, Janice Verônica Seimetz e Vanderlei Vendramini, conforme 5ª alteração contratual. Contudo, consta do relatório fiscal, fls. 55, e dos contratos sociais e alterações, que o Sr. Pedro Pereira de Oliveira e João Luis Seimetz eram sócios de ambas as empresas até novembro de 2005. Consta ainda do relatório fiscal que o Sr. Paulo Ricardo de Oliveira, adquiriu as suas quotas do seu tio o Sr. Pedro Pereira de Oliveira em novembro de 2005, e que a sócia Janice Verônica Seimetz ingressou na empresa em 23/04/2007 adquirindo as quotas do seu irmão o Sr. João Luis Seimetz.

Da análise dos contratos sociais vislumbra-se que é fato que ambas as empresas foram administradas por sócios em comum, em quase todo o período fiscalizado e que no contexto geral, tais fatos também corroboram a conclusão de que houve a unicidade empresarial".

Em sua defesa a recorrente alega que as empresas atuavam em ramos distintos e não constituiu a segunda empresa com intuito de burlar o fisco, aduzindo o seguinte:

"ECO CONSULTORIA SIC LTDA — Serviços de Contabilidade Consultoria, Assessoria e Auditoria Contábil, Estudos, Pesquisas, Análises, Relatórios, Pareceres,

Perícias, Arbitragens, Laudos, Consultoria e Assessoria de Natureza Econômica e Financeira."

"ECO PREPARAÇÃO DE DOCUMENTOS — Serviços de Contabilidade, Preparação de Documentos e Serviços especializados de apoio administrativo a secretaria; serviços de digitação em computador para edição de textos, redação de cartas e resumos; transcrição de documentos, preenchimento de formulários, serviços de malote não realizados pelo correio nacional, serviços de fotocópias e encadernação combinada a reprodução de cópias."

Verifica-se que os ramos de atividades são totalmente distintos, fato • este que deve ser verificado por este Conselho de Contribuintes, pois novamente ao julgar a impugnação local os ilustres auditores não quiseram enxergar tal situação, fazendo conjecturas desprovidas de veracidade quanto aos sócios e localização do mesmo, frisando que a atividade é correlata mas independente entre ambas, fato este que deve ser levado em consideração pelos documentos que ora se solicita a juntada dos mesmos.

Não há dúvidas Nobres Julgadores que as atividades desenvolvidas por ambas as empresas não possuem relação com qualquer forma de simulação, pois efetivamente o que ocorre é que' os ramos desenvolvidos por ambas se complementam quanto ao trabalho realizado, pois a contabilidade constitui-se efetivamente na circunstância de responsabilidade técnica perante os órgãos federativos e fiscais do nosso país.

Já com relação a preparação de documentos, este se constitui no meio através do qual se chega a este resultado, ou seja, a preparação de documentos, digitação, organização e outros procedimentos relacionados com a forma de que os documentos estejam a margem do contador para fins de declará-los para o fisco competente não pode ser confundido com a contabilidade propriamente dita, que trata-se de atribuição de profissional específico e com responsabilidade técnica regulamentada pelo Conselho Regional de Contabilidade — CRC O mesmo procedimento ocorre com a contabilidade, sendo que para o caso em comento, a ECO PREPARAÇÃO DE DOCUMENTOS LTDA, atualmente denominada de ECO CONTABILIDADE LTDA — EPP, realizava todo o procedimento de separação de documentos em ordem determinada, organizava-os, digitava tais documentos em sistema específico, deixando-os literalmente preparados para a contabilização dos mesmos, fato este que pode se comparado ao frigorífico desde o recebimento da carne até que o mesmo seda embalado, fato este que na sua fase final da preparação dos documentos seria a parte correspondente a digitação e transferência de informações para o departamento da contabilidade, que nesta caso seria a empresa ECO CONTABILIDADE E CONSULTORIA S/C LTDA, atualmente denominada de ECO CONSULTORIA S/S LTDA, não havendo qualquer infração aos termos da legislação em comento como que fazer crer o auditor fiscal.

Assim, constata-se que tratam-se de duas pessoas jurídicas totalmente distintas e que realizam seus trabalhos através de sistemas integrados, mas que cada parte recebe pelos trabalhos realizados, bem como desempenha atividades fins diferentes e próprias segundo determinação legal, não havendo qualquer irregularidade ou fato que possa atribuir a unicidade

empresarial segundo os termos alegados, o que deve ser rechaçada por este Conselho Nacional de Contribuintes.

No que se refere ao quadro societário, alega o auditor fiscal que efetivamente trata-se da mesma empresa devido estar funcionando no mesmo local, bem como terem os mesmos sócios PEDRO PEREIRA DE OLIVEIRA E JOAO LUIS SEIMETZ, fato este que não tem o condão de demonstrar a existência de qualquer relação e unicidade empresarial, conforme se demonstram através dos documentos já juntados aos presentes autos administrativos.

Constata-se que, os sócios da empresa DOCUMENTOS LTDA, tratam-se dos Srs. PAULO ECO PREPARAGAO DE RICARDO DE OLIVEIRA JANICE VERONICA SEIMETZ e VANDERLEI VENDRAMINI, tudo conforme Quinta Alteração Contratual.

Já quanto ao ECO CONTABILIDADE E CONSULTORIA S/C LTDA, através da última alteração contratual, constatamos que o quadro societário é composto pelo Sr. PEDRO PEREIRA DE OLIVEIRA e JOAO LUIS SEIMETZ, estando sob a responsabilidade técnica deste último.

Assim, constata-se que os sócios não são os mesmos de ambas as empresas, fato este que de uma vez por todas desconstitui de forma categórica a alegação de que trata-se de uma unicidade empresarial, fato este que restou evidente não se tratar pelos documentos ora apresentados.

A relação de parentesco entre alguns dos sócios não encontra guarida no ordenamento jurídico para fins de impedir a constituição das empresas e muito menos o seu regular funcionamento, bem como necessário se ressaltar que este motivo também não é questão que possa caracterizar a unicidade empresarial alegada no auto de infração, e que deve ser indeferido tal entendimento.

No que se refere ao endereço de ambas as empresas serem o mesmo, isso ocorre devido a localização das salas comerciais em que estão lotadas, pois quem verifica e conhece as suas dependências consegue constatar com certa facilidade que ambas as salas comerciais utilizadas pelas Empresas ECO CONSULTORIA S/S LTDA e ECO CONTABILIDADE LTDA, estão localizadas no i EDIFICIO TIRADENTES, junto a Avenida Tiradentes, nº 1011, Centro, na Cidade de Toledo-Pr. Quem visita as dependências daquele edifício constata que o acesso as salas utilizadas pelas referidas empresas somente possuem uma rampa de acesso, ou seja, para chegar nas dependências da mesma temos que utilizar de uma única escada e entrada, fato este que configura que o endereço de ambas possa ser utilizada nos seus atos constitutivos para fins única e exclusivamente cadastrais são os mesmos diante da estrutura do prédio em que ambas utilizam para desenvolver suas atividades, o que também não encontra legislação em vigor.

Diante do detalhado relatório fiscal, tendo a concordar com sua conclusão, consoante a decisão de primeira instância. Isso porque todos os elementos nos levam a formar a convicção de que as empresas em questão são em verdade uma única empresa.

Ademais, a própria recorrente alega que ambas as empresas atuavam no setor contábil, conforme se verificou da transcrição acima, sendo que uma empresa possui mais atividades em seu objeto contratual que a outra.

Tanto o fluxo de caixa, quanto a quantidade de empregados transferidos entre as empresas correlacionadas, bem com das demais informações de atuação em mesmo endereço, sócios que em algum momento geriram as mesmas empresas, ou que eram de grupo familiar, incluindo também a informação de que uma empresa que prepara dados não ter sequer nenhuma máquina alugada ou de sua propriedade relacionada ao setor gráfico, e não indicar bens em seu ativo circulante, nos leva a concluir que há sim unicidade de empresas.

Na busca da verdade material, princípio este vinculado ao processo administrativo fiscal, forma o julgador seu convencimento, por vezes, não a partir de uma prova única, conclusiva por si só, mas por um conjunto de elementos que, se isoladamente nada atestam, agrupados têm o condão de estabelecer a evidência de uma dada situação de fato.

No presente caso entendo que caberia à recorrente apresentar, além dos argumentos trazidos, provas contundentes de sua alegação, a exemplo de contrato de alugueis do seu mobiliário, com as indicações de prestações de serviços. Mas pelo contrário, a fiscalização apontou notas fiscais identificadas fornecidas por ambas empresas. Em relação às provas específicas, ficou-se inerte a recorrente.

Encontra-se sedimentada a jurisprudência deste Conselho neste sentido, consoante se verifica pelo aresto abaixo:

"ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano- calendário: 2005

ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NO QUAL SE FUNDAMENTA A AÇÃO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado.

(...)

(Acórdão nº 3803004.284 – 3ª Turma Especial. Sessão de 26 de junho de 2013). *Grifou-se.*

Portanto, não sendo provado o fato constitutivo do direito alegado pelo contribuinte, por meio de provas idôneas, com fundamento no artigo 36 da Lei nº 9.784/99, deve-se manter o entendimento da primeira instância no que diz respeito à simulação.

DA PREJUDICIAL DE MÉRITO: DECADÊNCIA

A recorrente pede o reconhecimento da decadência, com declaração de nulidade do lançamento, no que concerne aos pretensos fatos geradores ocorridos de **01/01/2003 a 16/12/2003**, pedindo aplicação do art. 150, §4º, do CTN.

A contribuinte teve ciência do auto de infração em **15/12/2008**.

Ocorre que foi verificada o instituto da *simulação* ao presente caso, conforme elementos acima apontados, incluindo o item 10 do relatório fiscal:

"10. Pelos fatos abaixo relatados ficará evidente que a constituição da empresa ECO PREPARAÇÃO DE DOCUMENTOS LTDA objetivou a evasão das contribuições sociais incidentes sobre a folha de pagamento. A análise do conjunto da estrutura das pessoas jurídicas indicou tratar-se de uma só empresa, que promoveu o desmembramento formal para aproveitar-se dos regimes do SIMPLES e do SIMPLES

NACIONAL. A evasão tributária decorreu do procedimento por meio do qual o quadro de empregados da ECO CONTABILIDADE (sujeito passivo) foi artificialmente transferido para a ECO PREPARAÇÃO, constituída como optante dos regimes tributários substitutivos. Desta forma, com a folha de pagamento transferida, a ECO CONTABILIDADE deixou de recolher as contribuições patronais incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas aos segurados que lhe prestaram serviços".

No item anterior do presente voto, esse relator manteve o entendimento da decisão de primeira instância, no que diz respeito à simulação.

Assim, tal situação afasta a interpretação dada ao art. 150, §4º, CTN

O Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento no Recurso Especial n.º 973.733, de 12/08/2009, julgado sob o regime dos recursos repetitivos, de aplicação obrigatória a este Tribunal. Nesse sentido, o prazo decadencial para o Fisco lançar o crédito tributário é de cinco anos, contados: i) a partir da ocorrência do fato gerador, quando houver antecipação de pagamento e não houver dolo, fraude ou simulação (art. 150, §4º, CTN); ou ii) a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, no caso de ausência de antecipação de pagamento (art. 173, I, CTN).

O regimento interno deste Tribunal Administrativo não comporta interpretação de decisões judiciais, diante do que dispõe o art. 62, inciso II, item "b", da Portaria MF nº 256 de 22/06/2009, onde é vedado o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação em que houve decisão sob o rito de recursos repetitivos do STJ ou de repercussão geral pelo STF, conforme transcrição abaixo:

"Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

(...)

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)".

Assim, o dispositivo a ser aplicado ao presente caso é o do art. 173, inciso I, do CTN, e que no respectivo auto de infração não verifico os efeitos da decadência, uma vez que ao ser intimada em 15/12/2008, o prazo quinquenal ainda estava vigente.

DO PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA

A Recorrente solicita a realização de prova pericial com o intuito de literalmente rever todo o auto de infração.

Contudo, as diligências só devem ser deferidas quando restar alguma dúvida ou contiver algum fato novo extremamente divergente quanto à materialidade da autuação. O que não é o caso.

Nos termos do art. 18, do Decreto nº 70.235/72, a possibilidade de realização de diligências para apuração dos fatos é uma faculdade do julgador, devendo ser exercida quando houver dúvida acerca dos aspectos fáticos constantes nos autos, sem violação de qualquer direito constitucionalmente assegurado.

Além disso, a existência ou não dos fatos que embasam o lançamento fiscal em julgamento baseia-se exclusivamente em *provas documentais*, cuja produção já foi devidamente oportunizada à Recorrente.

Assim, entendo não ser pertinente o deferimento de perícia, uma vez que caberia ao contribuinte produzir as provas de seu direito, tendo em vista que não houve impossibilidade de produção de provas, ou, tampouco, impedimentos das provas documentais ou fáticas.

APLICABILIDADE DA TAXA SELIC COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO DE JUROS DE MORA

Aduz a recorrente não ser possível aplicar a taxa SELIC como índice de correção monetária. Mais uma vez, não assiste razão a recorrente. Isso porque, a taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) foi criada pela Lei nº 9065/95, que teve sua origem na Medida Provisória n.º 947, de 22.03.1995 (reeditada sob ns. 972/95, em 20.04.95, e 998, em 19.05.95), do qual o artigo 13 assim dispõe:

"Artigo 13 - A partir de 1º de abril de 1995 os juros de que tratam a alínea "c" do parágrafo único do art. 14 da Lei n. 8847, de 28 de janeiro de 1994 com redação dada pelo artigo 6º da Lei n. 8850, de 28 de janeiro de 1994 e pelo artigo 90 da Lei 8981/95 o artigo 84, inciso I, e o artigo 91, § único, alínea "a.2", da Lei 8981/95, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC - para títulos federais, acumulada mensalmente."

Posteriormente, o Congresso Nacional transformou a MP na Lei nº 9.065/95.

Portanto, a taxa SELIC é a taxa referencial oficial para aplicação dos tributos da União, conforme prevê, no art. 5º, §3º, e no art. 61, da Lei nº 9.430, de 1996, as seguintes disposições:

Art. 5º O imposto de renda devido, apurado na forma do art. 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

(...)

§3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

(...)

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento".

A Súmula CARF n.º 04 pacificou o entendimento da aplicação da taxa SELIC, senão vejamos:

"Súmula 04. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais".

O Superior Tribunal de Justiça, em repercussão geral, nos moldes do artigo 543-C, do antigo CPC de 1973, manifestou o seguinte entendimento acerca da matéria:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. LEGALIDADE. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI ESTADUAL. ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

2. A Taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de Lei Estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais. (...)". (STJ. Resp 879844. Min. Rel. Luiz Fux. Dje 25/11/2009) (g. N.).

Assim, a presente taxa é devida.

DA ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA E TAXA SELIC

Este Conselho não é legitimado a analisar matérias Constitucionais, conforme se depreende do art. 26-A, do Decreto 70.235-72, *in verbis*:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Não obstante, a súmula 02 do CARF dispõe que o CARF "*não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*".

Assim, o jurisprudência desse Conselho é antiga sobre o tema e não permite o debate sobre constitucionalidade de Lei tributária.

Portanto, dessa matéria não conheço do recurso por incompetência desse Tribunal quanto à essa ou outra matéria alega no recurso dita como inconstitucional.

DO APROVEITAMENTO DE PAGAMENTOS JÁ REALIZADOS

Conforme se constata do relatório fiscal não foram aproveitados os pagamentos feitos por uma das empresas, conforme registro no item 9 do relatório:

"(...)

"8. Preliminarmente a auditoria-fiscal ressalta que as remunerações que serviram de base-de cálculo das contribuições ora lançadas, foram pagas aos segurados formalmente registrados na ECO PREPARAÇÃO DE DOCUMENTOS LTDA - CNPJ 03.465.107/0001-01 — empresa optante pelos regimes tributários do SIMPLES e do SIMPLES NACIONAL. As contribuições sociais foram consideradas não declaradas à Previdência Social em razão do crédito tributário estar sendo lavrado no contribuinte ECO CONTABILIDADE E CONSULTORIA S/C LTDA, com fundamento, dentre outros dispositivos legais, no inciso VII, art. 149, da Lei nº 5.172/66.

9. Ressalta-se, também, face as vinculações das declarações em "GFIPs" aos recolhimentos efetuados pela empresa ECO PREPARAÇÃO (INSS parte segurados e parcela patronal substituída pelos regimes tributários do SIMPLES e do SIMPLES NACIONAL), que tais recolhimentos não foram aproveitados na empresa ECO CONTABILIDADE. Informa-se que os recolhimentos poderão ser abatidos do crédito lançado caso os contribuintes efetuem as devidas correções nas declarações prestadas à Previdência Social em "GFIPs".

Entretanto, em caso semelhante esse turma já decidiu ser possível o "abatimento" de valores pagos a empresas que estariam em situação de mesmo grupo econômico, ou que promoveram a divisão de estrutura e complexo empresarial com intuito de beneficiar-se da legislação tributária.

Trata-se do processo n.º 10920.004410/2009-48, Acórdão de Recurso Voluntário n.º 2301-005.615, de 13 de setembro de 2018, de relatoria desse Conselheiro, que assim restou decidido:

"DO APROVEITAMENTO DOS RECOLHIDOS PELAS EMPRESAS DECLARADAS INAPTAS/INEXISTENTES

Nesse quesito, a recorrente alega o seguinte:

"(...)

Já aqui, cuidando-se da contribuição do empregado, como sabido, incidente de forma progressiva, conforme a remuneração percebida, não há, com ela, de se fazer cálculos objetivos. Seria necessário constatar remuneração por remuneração.

'Mas, ainda assim, adotando-se os valores totais encartados no DAD, é possível demonstrar que houve sim a retenção das contribuições e que foram repassadas à então Receita Previdenciária, ocorrendo a extinção do crédito tributário pelo pagamento ou, se for o caso, pela própria compensação, neste último caso providência que deveria ter tomado o Auditor Fiscal quando do lançamento.

A questão que se põe, é que as empresas tidas por inaptas (KP e MJ) reterem e repassaram à então Receita Previdenciária, tais valores, declarando-os, inclusive, em GFIP. “

Sucedendo que, as pessoas jurídicas tidas por inaptas (KP e MJ) estavam, até serem declaradas inaptas, inseridas no SIMPLES FEDERAL, de modo que não eram contribuinte da seguridade social no tocante a incidência sobre a folha de salários ou pró-labore'.

Diante da constatação do fato gerador das contribuições previdenciárias sociais, em razão das descon siderações das pessoas jurídicas envolvidas na possível simulação verificada pela autoridade fiscal, o auto de infração deve ser mantido no que diz respeito

à quota patronal (inclusive aquelas destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa, decorrentes dos riscos ambientais do trabalho) não declaradas em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações a Previdência Social- GFIP e não recolhidas integralmente.

Por outro lado, conforme se constata dos autos, existem valores recolhidos por empresas terceiras, e que se correlacionam aos fatos geradores da presente autuação, uma vez que no procedimento fiscal inclusive há informação de que esses recolhimentos poderiam ser recuperados por meio de restituição, conforme item 9 do REFISC, transcrito:

"9. Não foram deduzidos do montante apurado os recolhimentos efetuados, indevidamente, sob as razões sociais das "empresas inexistentes de fato", cujos valores poderão ser objeto de pedido de restituição".

Nesse sentido entendo que assiste razão a recorrente.

A DRJ de origem se posicionou no sentido de não haver previsão legal para abater os créditos já pagos por essas empresas.

Entretanto, na busca da verdade material no processo administrativo e para se evitar enriquecimento sem causa da administração pública, entendo ser possível realizar o "encontro de contas" das contribuições pagas pelas empresas inexistentes de fato.

Ainda, tendo em vista que as empresas tiveram parciais recolhimentos e foram baixados seus CNPJs, entendo que essa possibilidade de retorno dos valores pagos por meio de restituição poderia causar problemas de procedimentos, pois como uma empresa "baixada" poderá realizar atos de empresa "ativa"?

Entendo que nesse caso, a situação é peculiar e remonta uma interpretação específica para o pleito da recorrente, que guarda razão lógica de procedimento administrativo.

Cumprido destacar a declaração de voto proferida nesse processo, o qual também teve o mesmo entendimento de utilização dos valores pagos por empresas envolvidas nas operações descaracterizadas:

(...)

Uma vez que o Fisco, previamente à lavratura do presente AI, declarou a inaptidão das inscrições no CNPJ das razões sociais Ind. de Artefatos de Borracha KP Ltda. e Ind. de Artefatos de Borracha MJ Ltda., por inexistência de fato, através dos ATOS DECLARATÓRIOS EXECUTIVOS/DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM JOINVILLE N.ºs. 03 e 04, respectivamente, ambos de 27/02/2007, publicados no Diário Oficial da União em 28/02/2007 e, com efeitos a partir de OI/OI/2002, o que foi motivado pela inexistência, de fato, das referidas empresas e a condição de que as mesmas são, na realidade, a INDÚSTRIA DE BORRACHAS NSO LTDA. é forçoso concluir que eventuais recolhimentos, ainda que efetivados pelas empresas Ind. de Artefatos de Borracha KP Ltda. e Ind. de Artefatos de Borracha MJ Ltda. Morlon Têxtil Ltda., descontadas dos segurados empregados/contribuintes individuais, devem ser considerados no presente lançamento.

Como é cediço, a contribuição a cargo do segurado empregado é descontada deste e repassada pela empresa à Previdência Social, por força da legislação em vigor (arts. 20 e 30, inciso I, alínea "a", da Lei nº 8.212, de 1991). Do mesmo modo, por força da Lei nº 10.666, de 2003, em relação à contribuição devida pelo segurado contribuinte individual.

Portanto, verificado o desconto e recolhimento das contribuições devidas em relação aos segurados empregados/contribuintes individuais, esses pagamentos devem ser

considerados para abater 0 crédito apurado no presente lançamento, uma vez que se referem ao mesmo fato gerador lançado".

Assim, pelo princípio da verdade material, e do enriquecimento indevido da administração pública, acato o pedido da recorrente, devendo a autoridade administrativa abater os valores que já foram pagos, excluindo os que foram já utilizados para abater débitos para com a previdência social, referente aos meses de janeiro, setembro e outubro de 2007, das sociedades MJ e KP, indicados no processo 10920.004416/2009-15, e-fls. 135 a 576, desde que estejam disponíveis e que tais valores não tenham sido objeto de pedido de compensação/ restituição, realizando-se o referido aproveitamento dos pagamentos".

Assim, com o intuito de evitar recolhimento a maior, ou recebimento a mais pela Administração Pública, defiro o "abatimento" dos valores pagos por uma das empresas fiscalizadas, desde que recorrente realize a correção/alteração das GFPIs em questão.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto por conhecer parcialmente do Recurso Voluntário, para não apreciar matérias que tratam de inconstitucionalidade de Lei, não acolher as preliminares, indeferir a perícia solicitada e no mérito dar parcial provimento ao recurso para permitir o acolhimento dos recolhimentos feitos na empresa fiscalizada, desde que sejam retificadas as GFIPs, mantendo-se integralmente as demais exigências fiscais.

Conciso

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Wesley Rocha

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Sávio Nasureles - Redator designado

1. A despeito do entendimento professado pelo ilustre Conselheiro Relator, peço licença para manifestar posição divergente em relação à questão do aproveitamento dos recolhimentos, contida na parte final do voto vencido.
2. De acordo com o Relatório Fiscal (e-fls 50/59), *“o lançamento tributário objeto desta autuação é representado pelas contribuições previdenciárias (parte segurados) destinadas à Seguridade Social, incidentes sobre as remunerações pagas/creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais, contribuições estas apuradas no período de janeiro de 2003 até dezembro de 2007”* (e-fls 50, grifos meus).

2.1. Para a compreensão do contexto, faz-se a transcrição de trechos extraídos do tópico “*FATOS JURÍDICOS, ELEMENTOS PROBATÓRIOS E PROCEDIMENTOS ADOTADOS PELA AUDITORIA-FISCAL* (e-fls 51) no bojo Relatório Fiscal.

8. Inicialmente, a auditoria-fiscal ressalta que as remunerações que serviram de base-de-cálculo das contribuições ora lançadas, foram pagas aos segurados formalmente registrados na ECO PREPARAÇÃO DE DOCUMENTOS LTDA - CNPJ 03.465.107/0001-01 — empresa optante pelos regimes tributários do SIMPLES e do SIMPLES NACIONAL. As contribuições sociais foram consideradas não declaradas à Previdência Social em razão do crédito tributário estar sendo lavrado no contribuinte ECO CONTABILIDADE E CONSULTORIA S/C LTDA, com fundamento, dentre outros dispositivos legais, no inciso VII, art. 149, da Lei nº 5.172/66.

9. Ressalta-se, também, face as vinculações das declarações em "GFIPs" aos recolhimentos efetuados pela empresa ECO PREPARAÇÃO (INSS parte segurados e parcela patronal substituída pelos regimes tributários do SIMPLES e do SIMPLES NACIONAL), que tais recolhimentos não foram aproveitados na empresa ECO CONTABILIDADE. Informa-se que os recolhimentos poderão ser abatidos do crédito lançado caso os contribuintes efetuem as devidas correções nas declarações prestadas à Previdência Social em "GFIPs".

10. Pelos fatos abaixo relatados ficará evidente que a constituição da empresa ECO PREPARAÇÃO DE DOCUMENTOS LTDA objetivou a evasão das contribuições sociais incidentes sobre a folha de pagamento. A análise do conjunto da estrutura das pessoas jurídicas indicou tratar-se de uma só empresa, que promoveu o desmembramento formal para aproveitar-se dos regimes do SIMPLES e do SIMPLES NACIONAL. A evasão tributária decorreu do procedimento por meio do qual o quadro de empregados da ECO CONTABILIDADE (sujeito passivo) foi artificialmente transferido para a ECO PREPARAÇÃO, constituída como optante dos regimes tributários substitutivos. Desta forma, com a folha de pagamento transferida, a ECO CONTABILIDADE deixou de recolher as contribuições patronais incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas aos segurados que lhe prestaram serviços.

2.2. Complementa-se com a transcrição do item 18 (e-fls 58):

18. Isto posto, a auditoria-fiscal considera evidente a unicidade empresarial para fins tributários, surtindo efeitos de que os empregados formalmente registrados na ECO PREPARAÇÃO foram, em verdade, empregados da ECO CONTABILIDADE. Desta forma, não há que se falar em desconconsideração da personalidade jurídica da primeira, pois que para outras finalidades aquela pode existir. A auditoria fiscal cingiu-se a atribuir à ECO CONTABILIDADE E CONSULTORIA S/C LTDA os tributos que se subsumiram da hipótese de incidência aos fatos materiais fartamente destacados nos parágrafos antecedentes.

3. Detendo-nos na proposta apresentada pelo relator, considero que não cabe ao julgador administrativo proceder a homologação ou autorização de compensação de tributos, sendo certo que o procedimento adequado a tal finalidade está regulado na legislação tributária. A exceção se dá quando a matéria está ligada ao litígio, ou seja, a compensação como o próprio objeto da controvérsia ou quando valores a compensar compõem o cálculo de valores lançados.

4. No presente caso, em relação aos recolhimentos feitos na sistemática do Simples (ECO PREPARAÇÃO), entendo que a matéria não se insere na lide, pois se trata de outro

regime tributário e eventuais indébitos devem ser objeto de requerimento à autoridade preparadora, nos termos da legislação própria, que analisará a existência de alegados créditos tendo em conta os fatos geradores de todos os tributos recolhidos em conjunto.

5. Acrescente-se que a compensação de diferentes espécies tributárias não se aplica às contribuições previdenciárias, para as quais o disciplinamento, quanto a compensações, continua a ser o art. 89 da Lei nº 8.212, de 1991, segundo o qual a compensação de débito das contribuições previdenciárias somente pode se dar com créditos de pagamentos ou recolhimentos indevidos ou a maior dessas mesmas contribuições, não sendo possível a utilização de créditos dos recolhimentos ao Simples.

CONCLUSÃO

6. Em vista do exposto, com pertinência ao aproveitamento dos recolhimentos feitos na sistemática do SIMPLES pela ECO PREPARAÇÃO DE DOCUMENTOS LTDA, VOTO pela rejeição da proposta contida no voto do Relator e NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Antonio Sávio Nasureles