



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10976.000134/2009-01
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2301-008.300 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 5 de novembro de 2020
Recorrente ANTUB LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2004 a 30/12/2004

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EXCLUSÃO. SIMPLES.

A Fiscalização está autorizada a efetuar o lançamento de contribuições sociais de empresa de empresa excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), mesmo que a exclusão tenha sido objeto de manifestação de inconformidade pendente de julgamento

ÔNUS DA PROVA. RECURSO VOLUNTÁRIO E IMPUGNAÇÃO SEM ESTEIO EM PROVAS MATERIAIS.

A apresentação de documentação deficiente autoriza o Fisco a lançar o tributo que reputar devido, recaindo sobre o sujeito passivo o ônus da prova em contrário. O Recurso pautado unicamente em alegações verbais, sem o amparo de prova material, não desincumbe o Recorrente do ônus probatório imposto pelo art. 33, §3º, in fine da Lei nº 8.212/91, eis que alegar sem provar é o mesmo que nada alega.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares e negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Sheila Aires Cartaxo Gomes – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Fernanda Melo Leal – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: João Mauricio Vital, Wesley Rocha, Cleber Ferreira Nunes Leite, Fernanda Melo Leal, Paulo Cesar Macedo Pessoa, Leticia Lacerda de Castro, Mauricio Dalri Timm do Valle e Sheila Aires Cartaxo Gomes (Presidente).

Relatório

Trata-se de crédito lançado pela fiscalização contra a empresa acima identificada que, de acordo com o relatório fiscal de fls. 55 a 58, refere-se à contribuição destinada à Seguridade Social, parte da empresa, inclusive a destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, não recolhida e incidente sobre valores pagos a empregados e contribuintes individuais, no período de 03 a 13/2004.

A apuração dos créditos deu-se em virtude do sujeito passivo ter declarado indevidamente, nas GFIPs entregues, como se fosse optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES. Consta dos autos, que o contribuinte foi excluído do referido sistema por meio do Ato Declaratório 40, de 14/08/2007, publicado no Diário Oficial da União - DOU de 21/08/2007, a partir de 01/01/2002, originado do processo administrativo 13603.001054/2007- 20 (cópia anexa ao AI), em razão do exercício de atividade vedada. Foram verificadas na ação fiscal, as folhas de pagamento e Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP, do período fiscalizado.

Informa ainda, o Relatório Fiscal que a empresa exerce as atividades de aluguel de máquinas, equipamentos para construção e engenharia civil, inclusive andaimes, locação de veículos, prestação de serviços na área de montagem, arquibancadas e construção civil em geral.

A ação fiscal foi precedida do Mandado de Procedimento Fiscal n.º 0611000.2008.00544, do Termo de Início de Procedimento Fiscal, fls. 21/22, do Termo de Intimação, fls. 23/24, tendo sido encerrada em 25/02/2009, conforme Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal, fls. 25/26

Foi constituído o crédito previdenciário no valor de R\$ 27.010,23 (vinte e sete mil dez reais e vinte e três centavos). A empresa tomou conhecimento da autuação em 27/02/2009, fls. 01, e apresentou defesa, em 31/03/2009, fls. 98 a 152, através de procuração.

Em suas razões, diz-se surpreso por constatar que a origem de todas as autuações foi sua exclusão do regime tributário do SIMPLES, por meio do Ato Declaratório n.º 40, de 16/08/2007, publicado no Diário Oficial da União de 21/08/2007, expedido como resultado do processo administrativo 13603.001054/2007-20, sobre o qual não tinha conhecimento. Como optante pelo SIMPLES, não possuía o encargo de cumprir as obrigações tributárias e acessórias constantes das autuações. Sente-se indignada ante o fato de não ter sido notificada/intimada da existência do processo administrativo de exclusão, em nítida ofensa às garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Foi indevidamente excluída do SIMPLES pelo suposto exercício de atividades econômicas vedadas. A exclusão é absurda e ilegal, pois não incorreu em nenhuma das causas de exclusão do regime simplificado prescritas nos artigos 13 e 14 da Lei 9.317/96, enquadra-se perfeitamente no art. 3º c/c 2º, inc. II, da mesma Lei, além da ocorrência de vício insanável no processo administrativo de exclusão, pelo desrespeito ao princípio constitucional do devido processo legal.

Argui que os administradores, sócios e ex-sócios da impugnante devem ser excluídos da autuação, uma vez não configurada a corresponsabilidade dos mesmos, na forma do art. 135 do CTN.

A seguir discute seu desenquadramento do SIMPLES. Diz que não existe óbice a seu enquadramento. Não exerce atividade de locação de mão de obra, mas de aluguel de máquinas e equipamentos para construção civil. No que se refere à prestação de serviços de montagem e desmontagem de andaimes ou estruturas tubulares, não se considera como cessionária de mão de obra, pois assume o encargo de coordenar as atividades, fiscalizar e controlar seus empregados, sem nenhuma interferência do tomador. Não é fornecedora de mão de obra, mas mera prestadora de serviços. Nas relações comerciais e empresariais, não há prestação de serviços com exclusividade a nenhum cliente, além de não disponibilizar de mão de obra para realização de serviços contínuos. O desenquadramento da impugnante pelo fundamento de atividade econômica vedada é absurdo e ilegal. Acrescenta que não realiza e nunca realizou qualquer atividade privativa de engenheiro. A montagem de andaimes, ainda que para construção civil não é atividade privativa de nenhuma das especificações de engenharia, conforme conceitos de fls. 117 a 123. Sua exclusão do SIMPLES partiu de interpretação equivocada da fiscalização ao entender que a impugnante realiza locação de mão de obra e serviço de profissional da área de engenharia. A sua exclusão do SIMPLES fere o Princípio da Legalidade, já que a impugnante foi excluída sem que houvesse previsão legal.

Acrescenta que a contribuição exigida é indevida aos optantes pelo SIMPLES, estando referidos tributos englobados no recolhimento mensal unificado do regime tributário simplificado (alínea "f" - § 1º - art. 3º - lei 9317/96). O débito apurado pela fiscalização não corresponde ao devido pela impugnante, pois foram incluídas na base de cálculo rubricas não sujeitas à incidência de contribuição social, como auxílio doença, salário família, aviso prévio indenizado, arredondamento, férias proporcionais e vencidas pagas na rescisão de contrato de trabalho, entre outras.

Argui que a multa de mora aplicada é indevida, ou, se esse não for o entendimento do julgador, a mesma deve ser calculada com base na redação atual do artigo 35 da Lei 8212/91, alterada pela MP 449/08. Os cálculos devem ser refeitos, uma vez que a referida multa não pode ultrapassar o limite máximo de 20%, por se tratar de norma penal mais benéfica ao contribuinte.

Acresce que, também, é indevida a utilização da SELIC como taxa de juros moratórios para os créditos fiscais federais, como pretende a Lei 9430/96, dada a sua manifesta ilegalidade e inconstitucionalidade, pois a taxa citada possui natureza remuneratória, conforme jurisprudência e doutrina que transcreve, fls. 145 a 151.

Requer o provimento integral do recurso; a exclusão dos administradores e contadores, pessoas físicas e jurídicas, arroladas no Relatório de Representantes Legais e na Relação de Vínculos; a manutenção da impugnante no regime tributário do SIMPLES, a relevação da penalidade aplicada; o cancelamento do auto de infração.

A DRJ Belo Horizonte, na análise da impugnatória, manifestou seu entendimento no sentido de que :

=> quando excluída do SIMPLES, fica a empresa sujeita ao cumprimento das normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, inclusive recolhimento das contribuições previdenciárias a seu cargo, previstas no artigo 22, incisos I, II e III, da Lei 8.212.

=> quanto à exclusão dos representantes legais consignados como coobrigados do débito, o que não merece acolhida. Nenhum deles foi incluído no polo passivo da obrigação tributária. Registre-se que os nomes mencionados no relatório REPLEG - Relatório de Representantes Legais, fls. 19, referem apenas a pessoas qualificadas como sócias/administradoras, consideradas representantes legais da empresa, com o respectivo período de atuação, elemento intrínseco ao procedimento fiscal do lançamento, regido por normas administrativas da Secretaria da Federal do Brasil - RFB. Exclusivamente o contribuinte foi notificado no pólo passivo do presente crédito previdenciário.

O relatório VÍNCULOS - Relação de Vínculos, fls. 20, também, traz expresso, claramente a finalidade da listagem dos nomes dos sócios, a saber: "Este relatório lista todas as pessoas físicas ou jurídicas de interesse da administração previdenciária em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, representantes legais ou não, indicando o tipo de vínculo existente e o período correspondente. "

As pessoas apontadas nos referidos relatórios não foram qualificadas como corresponsáveis pelo crédito apurado pela fiscalização, nem significa que o ente tributante esteja atribuindo-lhes responsabilidade solidária pelo crédito.

Desta forma, é ocioso o debate da tese de isenção de responsabilidade tributária dos sócios, como arguido pela defesa. Não se discute aqui se os mesmos agiram com dolo, culpa, se infringiram contrato social ou lei, ou se são responsáveis pelo crédito, tão somente foram relacionados, posto que o lançamento deve conter todos os dados necessários à instrução correta de todas as fases do processo, caso venham existir. Assim, a indicação dos representantes legais da empresa na autuação é para instruir os autos com todas as informações necessárias ao trâmite administrativo e/ou judicial do processo.

A impugnante diz que o débito apurado não corresponde ao montante por ela devido, além de terem sido incluídas no cálculo pela fiscalização, parcelas não sujeitas a incidência de contribuição, como auxílio doença, salário família, aviso prévio indenizado, arredondamento, férias proporcionais e vencidas pagas na rescisão. De acordo com os itens 3, 4 e 5 do Relatório Fiscal, fls. 56, as bases de cálculo da contribuição, foram apuradas através das folhas de pagamento e Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, emitidas pelo sujeito passivo, conforme planilhas de folhas 77 a 93, nominadas por empregado nas competência e remuneração, respectivas, e Relatório de Lançamentos, fls. 09 e 10. A empresa, no entanto, não impugnou nenhum dos valores lançados, nem apontou a quem foram pagas referidas parcelas ditas como inclusas indevidamente, limitando-se tão somente a alegar.

Ou seja, não trouxe qualquer elemento que comprovasse as alegadas divergências, que haveriam de ser também por ela, atribuídas por empregado e remuneração, e não da forma aleatória como fez na defesa. Não há, dessa forma, qualquer revisão a ser feita no lançamento.

Quanto a multa prevista no caso de pagamento de contribuição vencida, conforme Fundamentos Legais do Débito, fls. 18, está capitulada na Lei 8.212, de 1991, art. 35. Enquanto a multa aplicada nos autos corresponde a 30% da contribuição lançada (Discriminativo Sintético do Débito, fls. 07/08), a prevista no vigente artigo 35A desta Lei que reporta ao artigo 44 da Lei 9.430, de 1996, por óbvio, é mais severa, pois refere a um percentual maior, de 75% sobre o tributo incluído em auto de infração.

Por sua vez, a nova redação do artigo 35 da Lei 8212, de 1991, que vinculou a aplicação da multa de mora nos casos de não pagamento da contribuição nos prazos previstos em legislação, ao artigo 61 da Lei 9.430, de 1996, é para pagamento espontâneo, antes da inclusão do crédito previdenciário em auto de infração, já que havendo lançamento de ofício aplica-se o artigo 35A, da Lei 8212, na nova redação dada pela MP. 449, de 2008, convertida na Lei 11.941, de 2009, como supramencionado. Logo, não há como atender as pretensões da defesa de ver-se beneficiada pela aplicação do artigo 61 da Lei 9430, na autuação em tela.

Relativamente a utilização da taxa SELIC, cabe registrar que a mesma está atualmente, determinada no art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, na redação dada pela MP 449, de 2008, convertida na Lei 11941, de 2009, c/c o artigo 61 da Lei 9.430, de 1996, ao determinar que as contribuições sociais e outras contribuições arrecadadas pelo INSS, pagas em atraso, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa SELIC e multa de mora, ou seja:

Conclui-se assim, que não está o Fisco exigindo multa ou juros sem prévia disposição legal que o autorize e, ainda, de acordo com o parágrafo único do artigo 142 do Código Tributário Nacional, a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Ademais, no que tange à interpretação dada a dispositivos legais, bem como a alegada inconstitucionalidade de norma, convém esclarecer que a apreciação de tais arguições foge à alçada das autoridades administrativas, pois se acha reservada ao Poder Judiciário, pelo que qualquer discussão quanto aos aspectos da validade das normas jurídicas deve ser submetida ao crivo daquele poder, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal. .

Também o pedido de relevação da multa não pode ser atendido, uma vez que não existe na legislação previdenciária permissivo legal que autorize citado benefício. Isto posto, vota pela procedência do lançamento, para manter as exigências constantes do Auto de Infração 37.144.670-8.

Em sede de Recurso Voluntário, o contribuinte segue sustentando o quanto alegado anteriormente, não trazendo nenhuma prova adicional para mudar o entendimento dos julgadores.

Fl. 6 do Acórdão n.º 2301-008.300 - 2ª Seju/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 10976.000134/2009-01

Voto

Conselheira Fernanda Melo Leal, Relatora.

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade. Portanto, merece ser conhecido.

No presente caso, os argumentos apresentados em sede de Recurso Voluntário praticamente não se diferem do quanto levantado na Impugnação. Tendo em vista que toda a documentação e fundamentação foram detalhadamente analisadas na decisão de piso, e que os fundamentos utilizados na mencionada decisão estão em total adequação às normas acerca do tema, ratifico e reitero o quanto decidido pela DRJ.

Ainda assim, discorre-se brevemente sobre os principais pontos, para que não restem dúvidas quanto aos motivos da manutenção do lançamento.

Verifica-se, de forma prática e objetiva, que, no que se refere à exclusão do SIMPLES, por ter sido excluída de tal regime, passa a ficar sujeita a empresa ao cumprimento das normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, inclusive recolhimento das contribuições previdenciárias a seu cargo, previstas no artigo 22, incisos I, II e III, da Lei 8.212.

=> quanto à exclusão dos representantes legais consignados como coobrigados do débito, vimos que nenhum deles foi incluído no polo passivo da obrigação tributária. Exclusivamente o contribuinte foi notificado no pólo passivo do presente crédito previdenciário.

As pessoas apontadas nos referidos relatórios não foram qualificadas como corresponsáveis pelo crédito apurado pela fiscalização, nem significa que o ente tributante esteja atribuindo-lhes responsabilidade solidária pelo crédito. Isso ficou amplamente demonstrado.

Quanto ao argumento de que não deveriam ter sido incluídas no cálculo o auxílio doença, salário família, aviso prévio indenizado, arredondamento, férias proporcionais e vencidas pagas na rescisão, não merece acolhimento eis que a empresa não impugnou nenhum dos valores lançados, nem apontou a quem foram pagas referidas parcelas ditas como inclusas indevidamente, limitando-se tão somente a alegar.

Ou seja, não trouxe qualquer elemento que comprovasse as alegadas divergências, que haveriam de ser também por ela, atribuídas por empregado e remuneração, e não da forma aleatória como fez na defesa. Não há, dessa forma, qualquer revisão a ser feita no lançamento.

Quanto a multa e juros aplicados, ambas decorrem de lei, como detalhadamente explicitado no relatório fiscal.

O pedido de relevação da multa não pode ser atendido, uma vez que não existe na legislação previdenciária permissivo legal que autorize citado benefício.

Saliente-se, por amor ao argumento, que o princípio pela busca da verdade material sempre um guia nos votos desta relatora. Sabemos que o processo administrativo sempre busca a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários. Tal princípio decorre do princípio da legalidade e, também, do princípio da igualdade. Busca, incessantemente, o convencimento da verdade que, hipoteticamente, esteja mais próxima da realidade dos fatos.

De acordo com o princípio são considerados todos os fatos e provas novos e lícitos, ainda que não tragam benefícios à Fazenda Pública ou que não tenham sido declarados. Essa verdade é apurada no julgamento dos processos, de acordo com a análise de documentos, oitiva das testemunhas, análise de perícias técnicas e, ainda, na investigação dos fatos. Através das provas, busca-se a realidade dos fatos, desprezando-se as presunções tributárias ou outros procedimentos que atentem apenas à verdade formal dos fatos. Neste sentido, deve a administração promover de ofício as investigações necessárias à elucidação da verdade material para que a partir dela, seja possível prolatar uma sentença justa.

A verdade material é fundamentada no interesse público, logo, precisa respeitar a harmonia dos demais princípios do direito positivo. É possível, também, a busca e análise da verdade material, para melhorar a decisão sancionatória em fase revisional, mesmo porque no Direito Administrativo não podemos falar em coisa julgada material administrativa.

A apresentação de provas e uma análise nos ditames do princípio da verdade material estão intrinsecamente relacionadas no processo administrativo, pois a verdade material apresentará a versão legítima dos fatos, independente da impressão que as partes tenham daquela. A prova há de ser considerada em toda a sua extensão, assegurando todas as garantias e prerrogativas constitucionais possíveis do contribuinte no Brasil, sempre observando os termos especificados pela lei tributária.

A jurisdição administrativa tem uma dinâmica processual muito diferente do Poder Judiciário, portanto, quando nos depararmos com um Processo Administrativo Tributário, não se deve deixar de analisá-lo sob a égide do princípio da verdade material e da informalidade. No que se refere às provas, é necessário que sejam perquiridas à luz da verdade material, independente da intenção das partes, pois somente desta forma será possível garantir o um julgamento justo, desprovido de parcialidades.

Soma-se ao mencionado princípio também o festejado princípio constitucional da celeridade processual, positivado no ordenamento jurídico no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, o qual determina que os processos devem desenvolver-se em tempo razoável, de modo a garantir a utilidade do resultado alcançado ao final da demanda.

Ratifico, ademais, a necessidade de fundamento pela autoridade fiscal, dos fatos e do direito que consubstancia o lançamento. Tal obrigação, a motivação na edição dos atos administrativos, encontra-se tanto em dispositivos de lei, como na Lei nº 9.784, de 1999, como talvez de maneira mais importante em disposições gerais em respeito ao Estado Democrático de Direito e aos princípios da moralidade, transparência, contraditório e controle jurisdicional.

Quanto aos demais pleitos e considerações, ratifico tudo o quanto exposto e fundamentado pela DRJ na decisão de piso.

Desta feita, com fulcro nos festejados princípios supracitados, e baseando-se nas argumentações e documentações apresentadas ao longo dos autos do presente processo, entendo que deve ser NEGADO provimento ao Recurso Voluntário e ser mantido o lançamento fiscal nos moldes efetuados.

CONCLUSÃO:

Diante tudo o quanto exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares levantadas e no mérito NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, nos moldes acima expostos.

(documento assinado digitalmente)

Fernanda Melo Leal