



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

Processo nº 11060.002507/2009-56
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-001.931 – 3ª Turma Especial
Sessão de 21 de novembro de 2012
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente SECURISYSTEM SISTEMAS DE MONITORAMENTO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2004 a 30/06/2007

AUTO DE INFRAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. SUSPENSÃO DO DIREITO DE LANÇAMENTO DO FISCO. INOCORRÊNCIA

Sob pena de responsabilidade funcional, o Auditor Fiscal da Receita Federal tem a obrigação de efetivar o devido lançamento quando presentes as condições legais para tanto. A discussão, em diverso processo administrativo, acerca da exclusão do SIMPLES não tem efeito suspensivo, não obstaculizando o fisco de lançar o que devido, inclusive evitando a decadência de eventuais créditos.

MULTA APLICÁVEL. LEI SUPERVENIENTE. APLICABILIDADE SOMENTE SE MAIS BENÉFICA AO CONTRIBUINTE.

Os valores da multas referentes a descumprimento de obrigação principal foram alterados pela MP 449/08, de 03.12.2008, convertida na lei nº 11.941/09. Assim sendo, como os fatos geradores se referem aos anos de 2004 a 2007, o valor da multa aplicada deve ser calculado segundo o art. 35 da lei 8.212/91, na redação anterior a lei 11.941/09, e comparado aos valores que constam do presente auto, para se determinar o resultado mais favorável ao contribuinte

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do(a) relator(a), para que o valor da multa

Processo nº 11060.002507/2009-56
Acórdão n.º **2803-001.931**

S2-TE03
Fl. 3

aplicada seja calculado segundo o art. 35 da lei 8.212/91, na redação anterior a lei 11.941/09, e comparado aos valores que constam do presente auto, para se determinar o resultado mais favorável ao contribuinte. A comparação dar-se-á no momento do pagamento ou do parcelamento do débito pelo contribuinte e, na inexistência destes, no momento do ajuizamento da execução fiscal, conforme art.2º. da portaria conjunta RFB/PGFN no. 14, de 04.12.2009.

assinado digitalmente

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

assinado digitalmente

Oséas Coimbra - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima, Oséas Coimbra Júnior, Gustavo Vettorato, Amílcar Barca Teixeira Júnior, André Luis Marsico Lombardi e Natanael Vieira dos Santos.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que manteve o auto de infração lavrado, tendo como base de cálculo a remunerações pagas aos seus segurados empregados, aos contribuintes individuais -Autônomos - que lhe prestaram serviços e sobre os valores das retiradas Prólabore dos sócios, no período de março/2004 a junho de 2007 – parte de terceiros.

Conforme Ato Declaratório Sivex nº 011/2007, emitido pelo Delegado Substituto da Receita Federal em Santa Maria - RS, em 13/04/2007, foi a autuada excluída do SIMPLES a partir de 01/03/2004.

A Decisão-Notificação – fls 106 e ss, conclui pela improcedência da impugnação apresentada, mantendo o auto de infração lavrado. Inconformada com a decisão, apresenta recurso voluntário, alegando, em síntese, o seguinte:

- As competências 03/2004 a 09/2004 encontram-se atingidas pela decadência
- Destaca que, à época, a empresa ora Recorrente era optante pelo Regime de Apuração Simplificada de Arrecadação, SIMPLES FEDERAL.
- Os fatos geradores descritos no relatório constante do Auto de Infração devem ser revistos, pois não foram analisados com a devida acuidade pela fiscalização.
- A Fiscalização não logrou comprovar qualquer suposta irregularidade praticada pela Empresa, o que, por si só, já é suficiente para ensejar a procedência do presente recurso, visto que este ônus cabe ao exclusivamente ao Fisco.
- A Fiscalização ao descrever as supostas infrações à norma tributária, aduz de forma clara que a empresa ora Recorrente supostamente cometeu infrações em seus recolhimentos, desconsiderando por completo os registros da empresa, e por ela apresentados e a atividade que desempenha.
- Os Agentes Fiscais, ao confeccionar o Auto de Infração e compor novos lançamentos a serem efetivados na contabilidade fiscal, o faz de forma completamente unilateral, em ofensa a ampla defesa e ao contraditório.
- A Impugnação/Recurso Administrativo apresentada ao processo administrativo nº 11060.000758/2007-34 – exclusão do SIMPLES, encontra-se em trâmite, sem uma decisão final, devendo ser suspenso o presente processo até o julgamento da exclusão.

- Os efeitos da exclusão, se é que legalmente amparada, só poderão alcançar os fatos supervenientes ao entendimento manifestado pela Secretaria da Receita Federal, isto por força do princípio constitucional da segurança jurídica, consubstanciado na garantia individual da irretroatividade das normas e das disposições expressas no Código Tributário Nacional em seus artigos 103,I e 146.
- Requer o reconhecimento da decadência apontada, a anulação do Auto de Infração nº 37.241.833-0, tendo em vista da constituição de Contribuições Previdenciárias destinadas a outras entidades e fundos serem totalmente irregulares em vista das ilegalidades apontadas no presente Recurso Voluntário e, alternativamente, seja reduzida a multa nos termos do art. 32 da lei 11.941/09.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Oseas Coimbra

O recurso voluntário é tempestivo, e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade, merece ser apreciado.

DA DECADÊNCIA

A súmula vinculante do STF, nº 08 traz:

“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Com a decisão do Pretório Excelso, a questão passa a ser decidida com base nos artigos art. 150, § 4º e 173, ambos do Código Tributário Nacional – CTN.

Transcrevemos o artigo 173 :

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

A jurisprudência pátria já assentou que a aplicabilidade deste artigo seria na hipóteses de inexistência de pagamento antecipado ou na ocorrência de fraude ou dolo, conforme transcrevemos.

“Ementa: II. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.” (STJ. REsp 395059/RS. Rel.: Min. Eliana Calmon. 2ª Turma. Decisão: 19/09/02. DJ de 21/10/02, p. 347.)

...

“Ementa: Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial

para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional.

Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador.

.... Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.” (STJ. EREsp 278727/DF. Rel.: Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão: 27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184.)

Já o artigo 150, § 4º, informa:

Art.150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

...

§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifo nosso)

No presente caso, aplica-se a regra do art 173 pois o relatório DAD - DISCRIMINATIVO ANALÍTICO DE DÉBITO, não registra pagamentos parciais.

Assim sendo, aplicando-se o art. 173, não há que se falar em decadência, uma vez que a ciência do débito foi em 28/09/2009 e se refere ao período a partir de 01/03/2004, pois teríamos competências decadentes somente as anteriores a 11/2003, inclusive.

Nessa linha já se manifestou o STJ, no rito do art. 543-C do Código Processual, consoante RESP 973.733/SC e nos EDcl nos EDcl no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 674.497 - PR (2004/0109978-2), DJe 26/02/2010, que transcrevo.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTOS NÃO EFETUADOS E NÃO DECLARADOS. ART. 173, I, DO CTN. DECADÊNCIA. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA. ACOLHIMENTO. EFEITOS MODIFICATIVOS. EXCEPCIONALIDADE.

1. Trata-se de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional objetivando afastar a decadência de créditos tributários referentes a fatos geradores ocorridos em dezembro de 1993.

2. Na espécie, os fatos geradores do tributo em questão são relativos ao período de 1º a 31.12.1993, ou seja, a exação só poderia ser exigida e lançada a partir de janeiro de 1994. Sendo assim, na forma do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial teve início somente em 1º.1.1995, expirando-se em 1º.1.2000.

Considerando que o auto de infração foi lavrado em 29.11.1999, tem-se por não consumada a decadência, in casu.

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial.

Ante o exposto, não há como acatar a preliminar de decadência, consoante as razões do voto proferido.

DOS FATOS GERADORES

Acerca da análise dos fatos geradores, temos que o relatório fiscal detalha o lançamento, deixando claro o que consta de cada levantamento, senão vejamos:

AUR ou Z1 - O levantamento Z1 ou AUR refere-se a parcela da remuneração paga a título de Auxílio Alimentação em desacordo com o Programa de alimentação do Trabalhador PAT. O benefício é pago em dinheiro, está lançado na folha de pagamento como parcela não tributada e o empregado sofre um desconto equivalente à 20% (vinte por cento) do valor que lhe é creditado. A base de cálculo considerada no lançamento é valor líquido/recebido pelo trabalhador, demonstrativo anexo às fls 85.

Z3 e DIS - Os levantamentos Z3 e DIS referem-se a diferenças de remuneração entre o que consta na base de calculada GFIP no desconto dos segurados no regime, tributário do SIMPLES e à folha de pagamento de salários;

Z4 - O levantamento Z4 refere-se a pagamento de remuneração a segurados empregados, esta base de cálculo é idêntica à declarada em GFIP, quando de declaração do desconto dos segurados no regime tributário do SIMPLES.

DTS - O levantamento DTS refere-se a diferenças de remuneração do Décimo Terceiro Salário na rescisão de contrato de trabalho entre o que consta na base de cálculo da GFIP no desconto dos segurados no regime tributário do SIMPLES e a folha de pagamento de salários.

Diante de tal quadro, caberia a recorrente apontar objetivamente onde residem eventuais irregularidades – art. 16 do decreto 70.235/72, o que não foi feito, pois a mesma se limitou a informar, de forma genérica, que a fiscalização não agiu como deveria, sem explicitar os pontos de divergência.

Fica assim demonstrado que o contribuinte não trouxe nenhum elemento e nem apresentou provas que desconstituísse o que confirmado pela decisão de primeiro grau e, uma vez não comprovado vícios no lançamento, temos a procedência da autuação.

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

Os autos se referem ao período de 01/03/2004 a 30/06/2007. Observa-se assim que abrange período no qual a recorrente não se encontrava no referido regime diferenciado, em razão de sua exclusão através do Ato Declaratório Sivex nº 011/2007 com efeitos a partir de 01/03/2004.

Sob pena de responsabilidade funcional, o Auditor Fiscal da Receita Federal tem a obrigação de efetivar o devido lançamento quando presentes as condições legais para tanto. A discussão, em outro processo administrativo fiscal, acerca da exclusão do SIMPLES, não tem efeito suspensivo, não obstacularizando o fisco de lançar o que devido, inclusive evitando a decadência de eventuais créditos, senão vejamos jurisprudência deste Colegiado.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO — ARGÜIÇÃO DE NULIDADE — DECISÃO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES — CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA — DESNECESSIDADE — É desnecessário que o Fisco percorra todas as instâncias administrativas com o processo de exclusão do SIMPLES para só então, com a decisão final desfavorável ao contribuinte, proceder ao lançamento de ofício. A tramitação conjunta dos processos de exclusão do SIMPLES e do auto de infração evita a ocorrência da decadência tributária. Assim sendo, considerados os fatos geradores em período não alcançado pela regular opção ao SIMPLES, procedente a autuação lavrada. (...). Processo nº. : 10166.016255/2002-25. Acórdão nº. : 108-08.231 de 16.03.2005

Não cabe a esta Turma, neste processo, se manifestar acerca das razões da exclusão do SIMPLES – o que já está sendo feito em processo próprio – cabendo-lhe somente decidir acerca da procedência ou não dos autos lavrados nesta ação fiscal.

Assim sendo, considerados os fatos geradores em período não alcançado pela regular opção ao SIMPLES, procedente a autuação lavrada.

DA MULTA DE OFÍCIO APLICADA

A multa aplicada tem seu valor determinado pela legislação em vigor. A atividade tributária é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais, sendo-lhe vedada a discricionariedade de aplicação da norma quando presentes os requisitos materiais e formais para sua aplicação. A presente multa encontra fundamento nos dispositivos legais trazidos no relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD.

No entanto, o art. 106, inciso II, "c" do CTN determina a aplicação de legislação superveniente apenas quando esta seja mais benéfica ao contribuinte.

Os valores das multas referentes a descumprimento de obrigação principal foram alterados pela MP 449/08, de 03.12.2008, convertida na lei nº 11.941/09. Assim sendo, como os fatos geradores se referem ao período de 2004 e 2007, o valor da multa aplicada deve ser calculado segundo o art. 35 da lei 8.212/91, na redação anterior a lei 11.941/09, e comparado aos valores que constam do presente auto, para se determinar o resultado mais favorável ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por conhecer do recurso e, no mérito, dou-lhe parcial provimento para que o valor da multa aplicada seja calculado segundo o art. 35 da lei 8.212/91, na redação anterior a lei 11.941/09, e comparado aos valores que constam do presente auto, para se determinar o resultado mais favorável ao contribuinte. A comparação dar-se-á no momento do pagamento ou do parcelamento do débito pelo contribuinte e, na inexistência destes, no momento do ajuizamento da execução fiscal, conforme art. 2º da portaria conjunta RFB/PGFN nº 14, de 04.12.2009.

assinado digitalmente

Oséas Coimbra - Relator.