



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

Processo nº 11065.720506/2012-42
Recurso nº 999.999 Voluntário
Resolução nº **2301-000.416 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 15 de outubro de 2013
Assunto conversão em diligência
Recorrente DIRECT SECURITY SYSTEM LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado I) Por maioria de votos: a) em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do Redator. Vencida a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, que votou em analisar e decidir o recurso.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Bernadete De Oliveira Barros - Relator.

Mauro José Silva - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Wilson Antonio de Souza Correa, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro José Silva, Adriano Gonzales Silverio

RELATÓRIO

Tratam-se de Autos de Infração - AI lavrados contra o sujeito passivo em referência, cujos créditos tributários são os descritos a seguir:

AIOP 51.018.726-9, referente a contribuições destinadas à Previdência Social, correspondente à parte da empresa e do SAT;

AIOP 51.018.727-7, referente a contribuições destinadas a Outras Entidades e Fundos, Terceiros – SENAC, SESC, SEBRAE, INCRA e SALÁRIO EDUCAÇÃO, incidentes sobre a remuneração paga aos empregados;

Segundo Relatório Fiscal, a empresa fiscalizada foi excluída do SIMPLES NACIONAL, por Ato Declaratório Executivo, emitido pela RFB, com efeitos a partir de 01/01/2009, e deixou de retificar as GFIPs para o período de 01/2009 a 07/2010, informando no campo “Simples” o código 1, correspondente à empresa não optante, gerando uma diferença de contribuição devida.

A recorrente impugnou o débito e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 10-39.538 - 7ª Turma da DRJ/POA, julgou a impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso tempestivo, alegando, em síntese, o que se segue.

Preliminarmente, alega nulidade dos autos de infração exarados, diante da ausência de intimação da recorrente do Ato que a excluiu do SIMPLES NACIONAL. Assevera que a simples publicação do edital de exclusão nas dependências da Delegacia da Receita Federal não possui o condão de notificar a pessoa do ato que lhe foi imputado, tendo-lhe sido negado o uso das vias administrativas de forma totalmente irregular, ferindo princípios constitucionais.

Entende que a atitude da Receita Federal não se justifica, uma vez que a recorrente encontra-se em atividade e possui endereço certo e conhecido do órgão autuador, que deveria ter esgotado os meios de intimação pessoal.

Qualifica de descabida a alegação de que o presente processo não se confunde com aquele em que restou determinada a exclusão da empresa do SIMPLES NACIONAL, visto que foi tal ato que originou a cobrança em comento, do qual a recorrente não teve ciência, o que torna nulo a exação exigida.

Alega que foi negado direito de defesa da recorrente, que sequer conhece os motivos que lhe imputaram a exclusão do SIMPLES, não podendo a autoridade administrativa, nem a lei, impedir insurgência do sujeito passivo pela sua exclusão de ofício.

Discorre sobre os meios legais de intimação do contribuinte, trazendo acórdão do CARF para reforçar o entendimento de que a intimação por edital somente se dará nos casos em que resultarem improficuos os outros meios previstos no Decreto 70.235/72.

Defende a possibilidade de se discutir matéria referente à constitucionalidade de leis no âmbito administrativo, argumentando que qualquer restrição nesse sentido fere o princípio da ampla defesa e do contraditório.

No mérito, insurge-se contra a multa moratória aplicada, e alega que é ilegal a utilização da taxa SELIC para o presente caso.

Finaliza requerendo o acolhimento da preliminar de nulidade dos Autos de Infração, com a intimação do Ato que a excluiu de ofício do SIMPLES, outorgando-lhe a apresentação de defesa, ou, alternativamente, seja dado total provimento ao recurso, para o fim de afastar a multa aplicada, bem como a taxa SELIC.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro Bernadete de Oliveira Barros

O recurso é tempestivo e não há óbice para seu conhecimento.

Da análise do recurso apresentado, constata-se que a recorrente não nega que tenha deixado de recolher as contribuições lançadas, nem insurge-se contra a base de cálculo apurada pela fiscalização.

Ela apenas tenta demonstrar que sua exclusão do SIMPLES NACIONAL é ilegal, uma vez que não lhe foi oportunizada se defender do ato de exclusão, já que não foi intimada de sua ocorrência.

Entretanto, é objeto do presente processo administrativo fiscal os Autos de Infração lavrados por descumprimento da obrigação principal de recolher a totalidade da contribuição devida, uma vez que a fiscalização constatou que a empresa, mesmo tendo sido excluída do SIMPLES por Ato Declaratório Executivo, emitido pela RFB, com efeitos a partir de 01/01/2009, continuou recolhendo o tributo e informando em GFIP como se ainda fosse optante do referido sistema de tributação.

Entendo que a recorrente deve demonstrar seu inconformismo com sua exclusão do SIMPLES em processo próprio, instaurado para discutir tal matéria, e não no processo administrativo fiscal que discute autos de infração por descumprimento de obrigação principal ou acessória.

Não cabe a essa autoridade julgadora, nos autos do processo que discute lançamentos de débito, entrar no mérito da legalidade da ciência do ato de exclusão do contribuinte do SIMPLES NACIONAL.

E a recorrente apenas alega, mas não prova, que lhe tenha sido negado o uso das vias administrativas contra o referido Ato Declaratório Executivo, emitido pela RFB.

Se a recorrente discorda do meio de intimação utilizado pela RFB para notificá-la do referido ADE, deveria se defender junto àquele Órgão, instaurando o contencioso em relação àquela matéria, e não no processo que discute o lançamento de débito.

Assim, ao verificar que a empresa foi excluída do SIMPLES e, mesmo assim, deixou de recolher a contribuição patronal e a de Terceiros incidentes sobre as remunerações pagas a todos os segurados a seu serviço, como se ainda fosse optante da referida sistemática de tributação, a fiscalização, cuja atividade é vinculada aos ditames legais, lançou a diferença da contribuição devida, em observância às normas que regem a matéria.

Entendo, ainda, que não caberia diligência para verificar os procedimentos relativos à exclusão da autuada do SIMPLES, por tratarem-se de atos administrativos distintos.

Sendo o lançamento um ato vinculado, não poderia a fiscalização, diante da constatação da ocorrência do fato gerador, deixar de lavrar o competente AI, uma vez que existe um outro ato administrativo que excluiu a recorrente do referido sistema de tributação.

E, no meu entender, a diligência não alteraria o lançamento, uma vez que não poderia esta autoridade julgadora considerar nulo, por meio do presente processo administrativo fiscal, o Ato Declaratório Executivo 129746.

Com relação ao argumento de que se deve discutir matéria referente à constitucionalidade de leis no âmbito administrativo, e que qualquer restrição nesse sentido fere o princípio da ampla defesa e do contraditório, é oportuno esclarecer que a Portaria RFB 10.875/2007, que disciplina o processo administrativo fiscal relativo às contribuições sociais determina, em seu art. 18, que:

Art. 18. É vedado à autoridade julgadora afastar a aplicação, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, de tratado, acordo internacional, lei, decreto ou ato normativo em vigor, ressalvados os casos em que:

I - tenha sido declarada a inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal ('STF), em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a sua execução;

II - haja decisão judicial, proferida em caso concreto, afastando a aplicação da norma, por ilegalidade ou inconstitucionalidade, cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República ou, nos termos do art. 40 do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, pelo Secretário da Receita Federal do Brasil ou pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional;

No mesmo sentido, o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, veda aos Conselhos de Contribuintes afastar aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme disposto em seu art. 62, tendo sido editada o Enunciado nº 02,.

Assim, a autoridade julgadora, como agente da Administração, não está obrigada a apreciar as alegações de inconstitucionalidade de dispositivos legais, já que está impedida de aplicá-las.

Considerando que o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, a autoridade fiscal, ao constatar a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária e o não recolhimento da totalidade dos valores devidos à Previdência Social e aos Terceiros, lavrou o presente AI, em observância aos ditames legais.

E sobre o valor lançado foram acrescidos os juros e multas, por expressa determinação legal, uma vez que a cobrança da multa moratória, de caráter irrelevável, é de natureza objetiva, isto é, não sendo recolhido no vencimento, incidirá multa, independente da intenção do agente.

No que concerne à aplicação da SELIC, há que se cumprir a determinação do art. 34 da Lei nº 8.212/91 cuja regulamentação está no art. 239, II, do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99.

Nesse sentido, a Lei 8.212/91, em seus art 34 e 35A, vigentes à época, autoriza a utilização das multas e juros aplicados aos débitos apurados.

Cabe reiterar que a atividade administrativa é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais. Nesse sentido, o ilustre jurista Alexandre de Moraes (curso de direito constitucional, 17ª ed. São Paulo. Editora Atlas 2004.314) colaciona valorosa lição: “o tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de vontade subjetiva. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sem em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica” Em relação à taxa SELIC, cumpre ressaltar que o Conselho Pleno, no exercício de sua competência, uniformizou a jurisprudência administrativa sobre a matéria, por meio da Súmula 02/2007, transcrita a seguir:

Súmula nº 03:

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

Dessa forma, constata-se que os AIs foram lavrados de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam a matéria, tendo o agente autuante demonstrado, de forma clara e precisa, a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, fazendo constar, nos relatórios que compõem a Autuação, os fundamentos legais que amparam o procedimento adotado e as rubricas lançadas.

O Relatório Fiscal traz todos os elementos que motivaram a lavratura dos AIs e o relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, encerra todos os dispositivos legais que dão suporte ao procedimento do lançamento, separados por assunto e período correspondente, garantindo, dessa forma, o exercício do contraditório e ampla defesa à autuada.

Nesse sentido e, Considerando tudo mais que dos autos consta, Voto por CONHECER DO RECURSO e NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Bernadete de Oliveira Barros - Relator

VOTO VENCEDOR:

Conselheiro Mauro José Silva:

Observamos que o caso envolve exclusão do SIMPLES em outro processo e a recorrente no presente alega ter ocorrido cerceamento de defesa na ocasião de sua exclusão da sistemática simplificada, na medida em que não teria sido cientificada do motivo da exclusão. Assim sendo, para verificarmos a procedência ou não de tal argumento, faz-se necessária uma diligência para que todos os documentos relativos à exclusão do SIMPLES, inclusive e especialmente a comprovação de ciência do Ato Declaratório respectivo sejam juntados aos autos.

Pelo exposto, portanto, votamos por **CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA** para que a autoridade preparadora junte aos autos todos os documentos relativos à exclusão do SIMPLES da recorrente, inclusive e especialmente a comprovação de ciência do Ato Declaratório respectivo.

Após tal providência, a recorrente deve ser intimada a, se desejar, apresentar manifestação.

Em seguida, retorne os autos para prosseguimento do julgamento.

(assinado digitalmente)

Mauro José Silva