



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

Processo n° 11065.721207/2013-14
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2803-003.905 – 3ª Turma Especial
Sessão de 03 de dezembro de 2014
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente KMS TRANSPORTES EIRELI-EPP
Recorrida FAZENDAN NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2012

EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Com a exclusão do SIMPLES a contribuinte se sujeita às normas tributárias aplicáveis às demais pessoas, sendo imperioso o lançamento tributário em honra ao princípio da legalidade, uma vez a constituição do crédito é procedimento vinculado à lei.

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA. IMPOSSIBILIDADE.

Nos termos de sua Súmula 02, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

TAXA SELIC. LEGALIDADE.

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, nos termos da Súmula 04 do CARF.

SIMPLES. RECOLHIMENTO APROVEITAMENTO. POSSIBILIDADE.

Aplicação da Súmula 76 do CARF: Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator, para que os valores referentes a CPP - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL, eventualmente recolhidos pela contribuinte na sistemática do Simples no período autuado sejam devidamente abatidas para a aferição do montante efetivamente devido pela contribuinte, desde que não tenham sido já utilizados.

(assinatura digital)

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente

(assinatura digital)

Ricardo Magaldi Messetti - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima (Presidente), Ricardo Magaldi Messetti, Fábio Pallaretti Calcini, Oseas Coimbra Junior, Gustavo Vettorato, Eduardo de Oliveira.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa KMS Transportes Eireli - EPP, em face da decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto (SP) que julgou improcedente a impugnação apresentada e manteve o crédito Tributário.

Contra a contribuinte foram lavrados autos de infração de obrigações principais assim descritos:

a) Debcad nº 51.035.671-0, referente às contribuições previdenciárias – parte da empresa e para o financiamento do benefício concedido em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – RAT;

b) Debcad nº 51.035.672-9, referente a contribuições a outras entidades e fundos – terceiros -, quais sejam, Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, Serviço Social do Transporte e Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – SEST/SENAT e Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE.

Consta no relatório fiscal (fls. 31/34) que o contribuinte foi excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional a partir de 01/01/2011, por meio do Ato Declaratório Executivo – ADE nº 434725, de 01/09/2010, mas continuou a informar as Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social – GFIPs no período objeto dos AIOPs utilizando o código. Optante pelo Simples, sendo que tal procedimento resultou em que as remunerações dos segurados empregados e contribuintes individuais a seu serviço, constantes em sua folha de pagamento, não fossem computadas como base de cálculo para as contribuições previdenciárias parte patronal, RAT, bem como para as contribuições a terceiros.

Registra, ainda, o relatório fiscal, que a empresa ajuizou a ação ordinária nº 5000417- 46.2011.404.7108, com pedido de tutela antecipada, em 01/02/2011, pretendendo ver incluídos em parcelamento ordinário os débitos com o Simples Nacional, bem como sua manutenção nesse regime simplificado de tributação e a declaração de nulidade do ADE.

Em 16/06/2011 sobreveio a sentença julgando os pedidos improcedentes e o contribuinte recorreu com apelação, estando, quando da lavratura dos AIOPS, o processo com Recurso Especial ao STJ, não havendo decisão favorável ou definitiva que lhe permitisse continuar enquadrando-se como optante pelo Simples Nacional.

Informa o relatório fiscal que foi aplicada multa qualificada de 150% devido ao fato do contribuinte não oferecer as contribuições à tributação através de sua não declaração em GFIP, incorrendo a autuada nas condutas que configuram o descrito no art. 71 da Lei nº 4.502/64, pois foram atos dolosos tendentes a impedir o conhecimento do fato gerador da obrigação tributária de modo a reduzir o montante das contribuições previdenciárias e a terceiros por ela devidas.

Após devidamente intimando do lançamento em 24.03.2013, o contribuinte apresentou impugnação tempestiva às fls.109/114 e 213/219, alegando:

a) que somente deixou de incluir na base de cálculo das contribuições as remunerações dos segurados empregados e contribuintes individuais por considerar ilegal o ato de sua exclusão do Simples, tendo em vista a questão encontrar-se sub judice, não havendo trânsito em julgado da matéria discutida na demanda judicial (processo no 5000417-46.2011.404.7108), que se encontra em grau de recurso, estando, portanto, autorizada a promover o recolhimento de impostos e contribuições na forma estabelecida por aquele regime simplificado de tributação, não havendo qualquer valor devido a tal título e, conseqüentemente, de multa e juros;

b) que os valores estabelecidos a título de multa estão fora da razoabilidade e muito superiores ao que seria devido por conta de tal infração;

c) a ilegalidade da utilização da taxa Selic.

Contudo, a DRJ não acolheu as ponderações da recorrente, mantendo na íntegra o crédito lançado, em acórdão assim ementado:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2012

EXCLUSÃO DO SIMPLES. LANÇAMENTO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DECORRENTES.

A exclusão da empresa do Simples implica no retorno ao pagamento mensal normal de impostos e contribuições, incluindo contribuições à Seguridade Social a cargo da pessoa jurídica.

PROCESSO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. LANÇAMENTO FISCAL. COEXISTÊNCIA.

O processo correspondente ao lançamento fiscal motivado pela exclusão do contribuinte do Simples Nacional não se confunde com o processo que trata da procedência da exclusão, uma vez que aquele objetiva prevenir a decadência, além de constituir obrigação funcional da autoridade notificante.

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO. ARGUIÇÃO.

A instância administrativa é incompetente para se manifestar sobre inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei ou ato normativo.

SELIC. LEGALIDADE.

É legítima a aplicação da SELIC para fixação dos acréscimos incidentes sobre o crédito previdenciário lançado pela fiscalização.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. ASPECTO QUANTITATIVO. LANÇAMENTO INCONTROVERSO.

Consolida-se administrativamente a matéria não impugnada, assim entendida aquela que não tenha sido expressamente contestada pela impugnante, notadamente quanto ao seu aspecto quantitativo e material, vale dizer, o montante da remuneração paga aos segurados.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Irresignada, a contribuinte apresentou recurso voluntário (fls.365/370), reiterando as alegações trazidas em sede de impugnação.

Sem contrarrazões fiscais, os autos foram encaminhados à apreciação e julgamento por este conselho, sendo a mim sorteada a relatoria.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Magaldi Messetti

Da Admissibilidade

O recurso é tempestivo e presentes se encontram os demais requisitos para a sua admissibilidade, razão pela qual passo a examiná-lo.

Da Exclusão do Simples

A empresa foi excluída do Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/DIV - ADE no. 4256685, de 01/09/2010 (a partir de 01/01/2011) e do ADE DRF/DIV no. 13 (a partir de 01/03/2008), por *“possuir débitos deste Regime Especial, com exigibilidade não suspensa, conforme disposto no inciso V do art. 17 da Lei Complementar no. 123, de 14 de dezembro de 2006, e na alínea “d” do inciso II do art. 3o., combinada com o inciso I do art. 5o., ambos da Resolução CGSN no. 15, de 23 de julho de 2007.*

A recorrente, por sua vez, alega que nem a legislação do Simples Federal (Lei nº. 9.317/96) nem a do Simples Nacional (Lei Complementar nº. 123/2006) tratam dessa possibilidade de maneira explícita e refuta a sua exclusão do programa, bem como que teria o direito adquirido de permanecer sob a égide daquele sistema.

A contribuinte foi excluída no Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo, sendo que não se vislumbra a necessidade de apreciação do presente feito com o Processo 10665.720.345/2013-46, sem, contudo, trazer aos autos qualquer demonstração da necessidade de conexão. Ora, a conexão somente se deve operar quando há a necessidade de decisão uniforme, evitando, por consectário, julgamentos conflitantes.

Com efeito, diante do quadro fático que se apresenta, entendo que o lançamento tributário é medida que se impõe. A autoridade fazendária representa a administração pública, que deve pautar-se pelo princípio da legalidade, insculpido no art. 37 da Constituição Federal. Assim sendo, patente a realização do fato gerador, incide o tributo, devendo o Fisco proceder o lançamento, uma vez que se encontra subordinado, de forma completa, à lei. Destarte, como preleciona o art. 142 do Código Tributário Nacional, o lançamento possui natureza vinculada, o que significa que não cabe a autoridade Fazendária a escolha, sendo ele definido em lei.

A legislação é clara no sentido que com a exclusão do Simples, a contribuinte se sujeita às normas tributárias aplicáveis às demais pessoas. Observo ainda que, em momento algum o recorrente impugnou a constituição do lançamento, limitando-se a rechaçar a sua exclusão do Simples.

Diante no exposto, neste ponto, não acolho a tese trazida pela recorrente.

Da Arguição de Inconstitucionalidade

A recorrente aduz em suas razões que sua exclusão no Simples é miguada de constitucionalidade, suscitando, em seu entendimento, a inconstitucionalidade do art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006.

Ocorre que, como é cediço, este Conselho Administrativo não pode enfrentar as questões constitucionais suscitadas pelos contribuintes. Ora, a declaração de inconstitucionalidade de normas vigentes, é procedimento de competência exclusiva do Poder Judiciário. Os Conselhos Administrativos, ainda que sejam órgãos de julgamento estão subordinados ao controle de legalidade exercido pelo Ministro da Fazenda; portanto, não gozam de autonomia para a declaração de inconstitucionalidade de norma.

Além do que, toda norma, ao ser introduzida no ordenamento jurídico, passa por testes de constitucionalidade preventivo no processo legislativo. Quer dizer que, antes de entrar no ordenamento, a lei passa por 07 (sete) provas de constitucionalidade: Comissão de Constituição e Justiça da Casa Legislativa, Câmara Temática, Plenário, caso aprovado, o projeto vai para exame da Casa Legislativa revisora, que percorrerá pela Comissão de Constituição e Justiça daquela Casa, pela Câmara Temática e pelo plenário.

Depois, conseguida a maioria simples ou absoluta, dependendo da natureza ordinária ou complementar da futura legislação, o projeto vai à apreciação do Presidente da República que, consoante os termos do artigo 66, §1º, da Constituição Federal, poderá vetá-lo por contrariedade ao interesse público ou por inconstitucionalidade. E, se sancionado, carrega consigo a presunção de constitucionalidade.

Ora, se a presunção é outorgada pela sanção do Chefe do Poder Executivo, não poderá um tribunal administrativo, que é um órgão do Poder Executivo, afastá-la ou mitigá-la. Afinal, a declaração de inconstitucionalidade de lei é atribuição exclusiva do Poder Judiciário, conforme previsto nos artigos 97 e 102, I, "a" e III, "b" da Constituição Federal, logo, no âmbito administrativo fica vedado aos órgãos julgadores afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de lei em vigor. Há exceção somente quando determinada lei for declarada inconstitucional por controle direto de constitucionalidade, quando então irão vigor os efeitos vinculantes da decisão proferida.

Ademais, este Conselho Administrativo já se posicionou sobre a impossibilidade dos Tribunais Administrativos se posicionarem sobre a inconstitucionalidade da norma, editando a Súmula 02, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Assim sendo, entendo ser correto o posicionamento adotado pelos tribunais administrativos, no sentido de não apreciarem declarações de inconstitucionalidades de leis, salvo no caso de decisão de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em virtude dos efeitos vinculantes gerados, deixando, assim, de apreciar as alegações da recorrente nestes termos.

Da Taxa Selic

A Recorrente alega a inconstitucionalidade da aplicação da SELIC. Pretende o reconhecimento neste sentido.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 161, prevê expressamente a possibilidade de lei fixar juros diversos do quanto por ele previsto:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1o Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

Em complemento, a Lei nº 8.212/91, em seu art. 89, § 4º, prevê :

“Art. 89. As contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

(...)

§ 4º O valor a ser restituído ou compensado será acrescido de juros obtidos pela aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, a partir do mês subsequente ao do pagamento indevido ou a maior que o devido até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada.”

Este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já pacificou entendimento, inclusive mediante Súmula, a respeito da aplicação da SELIC para aplicação de juros nos casos referentes às contribuições previdenciárias:

“Súmula CARF no 4: 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.”

Ademais, não cabe a este Conselho discutir quanto ao caráter remuneratório da Taxa SELIC, pois a Administração Pública é regida pelo Princípio da Legalidade e, sendo assim, deve respeito às normas vigentes.

Destarte, patente o indeferimento do recurso da contribuinte neste tópico.

Da Compensação

De ofício faço a aplicação da Súmula 76 do CARF, para que os valores eventualmente recolhidos pela contribuinte na sistemática do Simples no período autuado sejam devidamente abatidas para a aferição do montante efetivamente devido pela contribuinte.

Súmula CARF nº 76: Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

Conclusão

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/12/2014 por RICARDO MAGALDI MESSETTI, Assinado digitalmente em 18/12/

2014 por RICARDO MAGALDI MESSETTI, Assinado digitalmente em 06/01/2015 por HELTON CARLOS PRAIA DE LI

MA

Impresso em 13/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 11065.721207/2013-14
Acórdão n.º **2803-003.905**

S2-TE03
Fl. 397

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer do recurso voluntário para, no mérito, dar-lhe parcial provimento, para que os valores referentes a CPP - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL, eventualmente recolhidos pela contribuinte na sistemática do Simples no período autuado sejam devidamente abatidas para a aferição do montante efetivamente devido pela contribuinte, desde que não tenham sido já utilizados.

(assinado digitalmente)

Ricardo Magaldi Messetti - Relator