



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12571.000288/2009-73
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-010.043 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de junho de 2021
Recorrente ORSON NOVACKI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2005 a 30/05/2007

NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS DOS EMPREGADOS.

A empresa optante pelo regime de tributação Simples deve recolher as contribuições arrecadadas dos empregados e trabalhadores avulsos e a cumprir todas as obrigações acessórias previstas na legislação previdenciária.

PERÍCIA.

É desnecessária a prova pericial quando as provas materiais constantes dos autos são suficientes para firmar o convencimento do julgador.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO. INCONSTITUCIONALIDADE.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, inclusive quanto ao caráter confiscatório de multa aplicada em conformidade com a legislação vigente.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a processo administrativo de representação fiscal para fins penais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira – Presidente

(assinado digitalmente)

Luís Henrique Dias Lima – Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros Luís Henrique Dias Lima, Gregorio Rechmann Junior, Francisco Ibiapino Luz, Renata Toratti Cassini, Rafael Mazzer de

Oliveira Ramos, Marcio Augusto Sekeff Sallem, Ana Claudia Borges de Oliveira e Denny Medeiros da Silveira (Presidente).

Relatório

Cuida-se de recurso voluntário em face de decisão de primeira instância que julgou improcedente a impugnação e manteve o crédito tributário constituído em **02/12/2009** e consignado no Auto de Infração (AI) – DEBCAD 37.220.897-5 – valor R\$ 10.815,63 – período de apuração 01/03/2005 a 30/05/2007 – com fulcro em contribuições sociais previdenciárias descontadas de seus segurados empregados, sem, no entanto, ter sido efetuado recolhimento à Previdência Social em época própria, conforme discriminado no relatório fiscal.

Cientificado do teor da decisão de primeira instância em **27/07/2010** o Impugnante, agora Recorrente, interpôs recurso voluntário em **27/08/2010**, alegando, em apertada síntese, preliminarmente, cerceamento de defesa; nulidade da decisão recorrida e ausência de prova pericial, e, no mérito, nulidade do auto de infração; impossibilidade de retroatividade da exclusão do Simples; caráter confiscatório da multa aplicada e descabimento de representação fiscal para fins penais.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luís Henrique Dias Lima - Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstas no Decreto n. 70.235/1972.

Para uma melhor contextualização deste contencioso, resgato o relatório da decisão recorrida:

Trata o presente de crédito lançado pela fiscalização contra a empresa acima identificada que, de acordo com o Relatório Fiscal, refere-se a contribuições descontadas dos segurados empregados sem recolhimento à Previdência Social em época própria, perfazendo um total de R\$10.815,63, consolidado em 27/11/2009.

Conforme se verifica nos autos, a Fiscalização constatou, nos resumos de folhas de pagamento da empresa, que ela deixou de recolher em GPS — Guia da Previdência Social, os valores que foram descontados dos segurados empregados entre as competências 03/2005 a 05/2007.

A empresa foi cientificada deste Auto de Infração em 02/12/2009 (f1s.01).

Faz uma sinopse dos fatos e diz que jamais se conformou com a sua exclusão do SIMPLES. Afirma que enquanto a DRJ em Curitiba, Pr., não se manifestar sobre os recursos administrativo apresentado por ela (Processo nº 12571.000027/2009-53), *resulta que a empresa agiu corretamente ao declarar-se optante do SIMPLES.*

Preliminar

Nulidade do Auto de Infração

Diz que foi excluída do SIMPLES através do Ato Declaratório Executivo nº 10, de 3 de abril de 2009, com exclusão a partir de 1º de janeiro de 2005.

Que apresentou tempestivamente manifestação de inconformidade relativamente a esse ato de exclusão e que está aguardando o julgamento pela DRJ de Curitiba.

Trata das razões que fundamentam a sua inconformidade com referência à citada exclusão. Afirmar que requereu o cancelamento do Ato Declaratório, com a determinação expressa de manutenção da empresa no regime simplificado.

Prossegue arguindo que em momento algum concordou com a sua exclusão do SIMPLES, tendo se manifestado contra o ato da autoridade fiscal que a determinou.

Diz que os efeitos da exclusão somente se operam após o trâmite regular do processo administrativo em que seja assegurada a ampla defesa e o contraditório, o que não está ocorrendo porque antes da impugnação haver sido apreciada o Fisco lavrou o Auto de Infração.

Considerando a pendência da discussão administrativa do ato de exclusão do SIMPLES, não pode a autoridade fiscal exigir o pagamento dos tributos apontados no Auto de Infração. Diz que fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário e desse modo não poderia a fiscalização efetuar qualquer cobrança de créditos tributários decorrentes da exclusão, haja vista a suspensão operada.

Mérito

Impossibilidade de retroatividade da exclusão

Que o Auto de Infração decorre da exclusão do SIMPLES com efeitos retroativos e conseqüente cobrança de contribuições previdenciárias que não foram pagas em época própria.

O Ato Declaratório excluiu a empresa com efeitos retroativos a 01/01/2005. Tal ato declaratório foi impugnado pelo contribuinte e encontra-se pendente de julgamento pela DRJ de Curitiba.

Tal conduta, defende a empresa, caracteriza-se como abusiva e contrária ao ordenamento jurídico. Violou o princípio da irretroatividade e da segurança jurídica, previstos na Constituição.

Prossegue afirmando que com o advento da Medida Provisória 252, por força do seu art. 32, o inciso II do art. 15 da Lei do SIMPLES foi alterado, de modo que os efeitos da exclusão, na constatação das hipóteses previstas nos incisos III a XIV e XVII a XIX do art. 9º da Lei do SIMPLES passem a ocorrer a partir do mês subsequente ao da ciência da declaração de exclusão e não mais do fato que a ensejou.

Foi incluído o inciso VI ao art. 15 que prescreve que constatadas as hipóteses dos incisos XV e XVI do art. 9 1 os efeitos da exclusão se dá a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência do ato declaratório de exclusão.

Isso significa que o contribuinte não será tributado na forma comum a partir do fato motivador da exclusão.

Portanto, não se admite a retroatividade na exigência do pagamento de diferenças de recolhimento de tributos. O contribuinte estaria desde 01/01/2005, em situação de vedação à permanência no Simples, porém continuou efetuando os recolhimentos pela sistemática do Simples sem que a receita tomasse qualquer providência.

O efeito do ato declaratório de afastamento do SIMPLES gera efeitos desde a ocorrência da situação excludente somente na hipótese de mudança de, atividade após o ingresso no regime simplificado. Na hipótese em julgamento desde a opção pelo SIMPLES, cujo termo descrevia como atividade principal a fabricação de madeira laminada e de chapas de madeira compensadas, prensadas ou aglomeradas.

Assim a mudança de critério por parte da autoridade administrativa não tem o condão de ensejar a revisão do lançamento e produzir efeitos retroativos.

Não cabe ao Fisco, após quase cinco anos da inclusão no Simples, excluí-lo com efeitos retroativos.

Afirmar que o termo inicial dos efeitos da exclusão é a data da efetiva notificação do contribuinte do referido ato, o que se deu em abril de 2009, mesmo que se admita que a empresa tenha ultrapassado o valor do faturamento anual para se manter incluída no referido sistema.

Requer que os efeitos do ato sejam possíveis apenas a partir do mês subsequente ao da intimação.

Proteção constitucional às microempresas e empresas de pequeno porte

Passa a tratar sobre a proteção constitucional às microempresas e empresas de pequeno porte. Trata das atividades que podem ser desenvolvidas pelas empresas que se encontram nessa situação. Diz qual é a atividade da impugnante e diz que enquanto

recolher seus tributos pelo SIMPLES deve estar desobrigada do pagamento das contribuições previdenciárias e fundiárias conforme exigido pela Receita Federal. Isto porque o ato de exclusão está sendo contestado em fase administrativa e porque o ato de exclusão só poderá produzir efeitos a partir da notificação.

Portanto, o contribuinte não está sujeito à retenção de 11%, pois essa forma de pagamento é incompatível com a maneira de pagamento unificado da Lei 9.317/96.

Por isso, deve ser anulado o Auto de Infração.

RAT (Risco de Acidente de Trabalho)

A seguir a notificada ataca as contribuições destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, com a alíquota de 3 %.

Diz que primeiramente deve ser considerado que há impugnação ao ato de exclusão, depois, se houver a exclusão a mesma só pode ser considerada a partir de 24 de abril de 2009, que foi quando foi publicado o ato no Diário Oficial.

Mesmo que sejam ultrapassados esses argumentos ainda assim está equivocada a cobrança no percentual lançado.

O grau de risco da atividade da empresa é 2% segundo a Relação de Atividades Preponderantes e Correspondentes Graus de Risco, conforme a Classificação Nacional de Atividades Econômicas, do Anexo V do Decreto 3.048, de 1999, e não 3% como pretende a Receita Federal.

O percentual aplicado deve ser revisto.

Perícia

A empresa requer perícia, indica os quesitos, o seu perito e o assistente técnico.

Selic

A seguir ataca a taxa Selic, dizendo que o valor dos juros deverá ser reduzido por abarcar acréscimos que *malferem direitos*.

Diz que por ser manipulada por ato administrativo a Selic ultraja o art. 16 do Código Tributário Nacional, sendo necessário subtrair do débito os acréscimos correspondentes à Selic que ultrapassarem 12% ao ano.

Caráter confiscatório da multa

Diz que a multa aplicada tem caráter confiscatório e por isso não concorda com ela. Diz que depreendem que o Auditor Fiscal aplicou as multas previstas nos artigos 32, inc. IV e § 5º da Lei 8.212, de 1991 e o disposto no art. 284 inciso II e 373 do RPS — Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo decreto 3.048, de 1999, atualizado pelo Decreto 5.443, de 2005 e pela Portaria 48 de 2009, correspondente a 100% do valor relativo à contribuição não declarada, respeitando o limite legal.

Além disso, diz que foi aplicada a multa correspondente a 100% do valor devido relativo à contribuição não declarada, respeitado o limite legal previsto por competência. Além disso foi aplicada multa moratória de 24% incidente sobre o AI da obrigação principal apurada, confrontando-se esse resultado com a multa de ofício de 75% da obrigação principal.

Que a multa de 75% do valor principal implica em confiscar o patrimônio do contribuinte.

Conclui afirmando que não pode prevalecer tal exigência.

Representação fiscal para fins penais

Diz que é descabido qualquer tipo de representação fiscal para fins penais.

Diz que mesmo que venha a se entender pela ocorrência da omissão de receita pela Impugnante, isso decorre de presunção legal que não se aplica na área penal.

Pedido

Requer que se receba e se conheça da impugnação;

Que seja acolhida a preliminar declarando a nulidade do Auto de Infração;

No mérito

Que seja dado provimento à impugnação;

Que seja anulado o Auto de Infração

Que seja reduzida a alíquota do SAT;

Que seja reduzida a multa aplicada;

Subtração do crédito tributário dos valores indevidamente apurados e aqueles relativos à taxa Selic que ultrapassarem o percentual de 1% ao mês;

Produção dos meios de provas admitidos em processo administrativo — perícias, diligências e juntadas de novos documentos.
Junta cópia da procuração, da declaração de firma mercantil individual, da impugnação apresentada no processo 12571.000027/2009-53 e cópia do trâmite do citado processo.

No julgamento de primeira instância, a DRJ decidiu pela improcedência da impugnação e manteve integralmente o crédito tributário.

Perante a segunda instância, o Recorrente aduz, preliminarmente, cerceamento de defesa; nulidade da decisão recorrida e ausência de prova pericial, e, no mérito, reitera os argumentos trazidos na impugnação, a saber, nulidade do auto de infração; impossibilidade de retroatividade da exclusão do Simples; caráter confiscatório da multa aplicada e descabimento de representação fiscal para fins penais.

Pois bem.

No que diz respeito às preliminares de cerceamento de defesa; nulidade da decisão recorrida e ausência de prova pericial, entendo não assistir razão ao Recorrente.

Isto porque não configura cerceamento de defesa a ensejar a nulidade da decisão de primeira instância a recusa de produção pericial quando a autoridade julgadora não vislumbrar fundamentos para o mister.

Nesse ponto, é oportuno resgatar o excerto do voto condutor da decisão recorrida ao tratar da matéria:

Não cabe ser acatado o pedido da autuada em produzir prova pericial, pois os fatos por provar devem ser controvertidos ou controversos, hipótese não ocorrida no presente processo.

Basta ser observado que nos quesitos formulados o assunto se reduz a questionar o Ato Declaratório de exclusão da empresa do Simples. Quanto aos demais quesitos se prendem exclusivamente a análise dos argumentos e dos documentos oferecidos na fase de impugnação.

O fato gerador e os elementos que serviram de base para o lançamento fiscal foram indicados no relatório fiscal e são de fácil verificação pela interessada, e a análise procedida na documentação juntada aos autos foi suficiente para apuração dos fatos, portanto, não há que se falar em outros meios de provas, como a perícia.

A propósito, citamos IPPO WATANABE e LUIZ PIGATTI JUNIOR, Manual de Processo Administrativo Tributário, Editora Juarez de Oliveira, 2000, p.146 a 150:

PERÍCIA DENEGADA.

A perícia se reserva à elucidação de pontos duvidosos que requerem conhecimentos especializados para o deslinde de litígio, não se justificando a sua realização quando o fato probando puder ser demonstrado pela juntada de documentos (Ac. n. 107-1.365, DOU de 2.1.97, p. 66, Rel. Cons. Carlos Alberto Gonçalves Nunes). No mesmo sentido AC. n. 107-1.291, DOU de 2.1.97, p. 6819; 107-2.300, DOU de 7.1.97, p.335; 107-02.984, DOU de 22.1.97, p. 1.275)

Por esse motivo, indefere-se o pedido de perícia.

Ademais, impende esclarecer que o deferimento de perícia é faculdade da autoridade julgadora, que, considerando a realidade fática do caso concreto, poderá determinar, inclusive de ofício, a realização de perícia, ou indeferi-la, fundamentando a decisão, da forma como o fez a DRJ. É esse o racional do art. 18 do Decreto n. 70.235/1972:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Quanto às questões de mérito, igualmente não prosperam as alegações da Recorrente, por tratarem de matérias já sumuladas neste Conselho.

Com efeito, a possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão, a teor do Enunciado 77 de Súmula CARF, de natureza vinculante, destacando-se que as alegações quanto à impossibilidade de retroatividade de exclusão do Simples devem ser abordadas naquela discussão.

Ademais, conforme destaca a DRJ, o lançamento em litígio refere-se a contribuições previdenciárias que foram descontadas dos segurados empregados e não foram recolhidas pela empresa, que caracteriza apropriação indébita previdenciária.

Nesse sentido, exaustivo é o entendimento da DRJ:

[...] em relação à legislação previdenciária, a empresa optante pelo sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições - SIMPLES, deverá continuar a recolher as contribuições arrecadadas dos empregados e trabalhadores avulsos e a cumprir todas as obrigações acessórias.

Logo, mesmo que a empresa não estivesse sido excluída do Simples, ainda assim estaria obrigada pelo recolhimento das contribuições descontadas dos segurados empregados, já que tal tributo não integra o sistema. A empresa é obrigada a efetuar tal recolhimento em qualquer situação, pertencendo ou não ao Simples.

Assim sendo, todos os argumentos relativos à sua exclusão do Simples, neste caso, não tem nenhuma razão de ser. Em suma: A empresa deixou de cumprir uma obrigação principal à qual está obrigada pela legislação pertinente.[...]

No que diz respeito ao caráter confiscatório da multa aplicada, é de observar que a autoridade lançadora pautou-se em norma cogente que disciplina a coima imposta à Recorrente, conforme discriminado nos Fundamentos Legais do Débito — FLD (e-fls. 13/14).

Assim, não há que se discutir o caráter confiscatório da multa, discussão essa que adentraria, necessariamente, em aspectos de inconstitucionalidade, devendo-se observar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, a teor do Enunciado 2 de Súmula CARF, de natureza vinculante.

Outrossim, no que diz respeito à representação fiscal para fins penais cabe destacar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais (Enunciado 28 de Súmula CARF, **Vinculante**, conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010).

Isto posto, voto por conhecer do recurso voluntário e negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Luís Henrique Dias Lima