



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

Processo nº 13656.720148/2011-62
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-005.620 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de setembro de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E A TERCEIROS E MULTA
Recorrente GM COSTA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2006 a 30/06/2010

INCONSTITUCIONALIDADE.

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

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. PRECLUSÃO. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Conhece-se do recurso voluntário apenas quanto a matérias impugnadas. Recurso não conhecido quanto a matéria não trazida na impugnação, porquanto não compõem a lide e ficou-se preclusa.

INTIMAÇÃO PRÉVIA AO ENCERRAMENTO DA AÇÃO FISCAL. PREJUÍZO À DEFESA. NULIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

Estando presentes todos os requisitos do lançamento e não se verificando quaisquer das causas do artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, não há falar em nulidade. A ação fiscal se inicia com o primeiro ato de ofício comunicado ao sujeito passivo e se encerra na ciência do lançamento. A fase contraditória do processo administrativo fiscal tem início com a impugnação. Inexiste obrigatoriedade intimações interlocutórias.

SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO. INSCRIÇÃO AUTOMÁTICA NO SIMPLES NACIONAL.

É automática a inscrição automática no regime tributário da Lei Complementar nº 123, de 2006 (SIMPLES NACIONAL) para os optantes pelo regime tributário da Lei nº 9.317, de 1996 (SIMPLES FEDERAL) que não se enquadravam em condições impeditivas quando do advento do novo regime. Não inscrita automaticamente no SIMPLES NACIONAL, caberia à empresa efetuar a opção, observadas as exigências legais.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DESCUMPRIMENTO. MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO VINCULADA. PERCENTUAIS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. JUROS MORATÓRIOS.

Os encargos de multa e juros decorrem da legislação tributária. Não se aplicam as normas de relações de consumo às relações tributárias.

REALIZAÇÃO DE NOVA FISCALIZAÇÃO.

Os atos administrativos perfeitos são válidos. Havendo elementos suficientes ao convencimento do julgador, os autos não retornam à fase investigatória para a produção de novas provas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer das alegações de inconstitucionalidade de lei e das questões alheias ao lançamento para, na parte conhecida, denegar o pedido de nova fiscalização, afastar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

João Bellini Júnior - Presidente.

(assinado digitalmente)

João Maurício Vital - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Mauricio Vital, Wesley Rocha, Reginaldo Paixão Emos (suplente convocado para completar a representação fazendária), Alexandre Evaristo Pinto, Mônica Renata Mello Ferreira Stoll (suplente convocada para substituir o conselheiro Antônio Sávio Nastureles, ausente justificadamente), Marcelo Freitas de Souza Costa, Juliana Marteli Fais Feriato e João Bellini Junior (Presidente).

Relatório

Tratam-se de autos de infração, cujas ciências se deram em 24/03/2011 (e-fls. 2, 3, 36 e 68), para constituição das seguintes obrigações tributárias incidentes sobre verbas consideradas salário indireto ou salário utilidade, nos termos constantes do Relatório Fiscal (e-fls. 97 a 108):

- a) Auto de Infração nº 37.322.867-8, contribuição previdenciária dos segurados empregados e segurado contribuinte individual (sócio-gerente);
- b) Auto de Infração nº 37.322.868-6 contribuição previdenciária patronal e SAT/RAT;
- c) Auto de Infração nº 37.322.869-4 contribuição devida a terceiros, e
- d) Auto de Infração nº 37.306.393-8, relativo à multa por omissão de informações em Gfip (§ 5º do art. 32 da Lei nº 8.212, de 1991).

Foram apresentadas, para cada auto de infração, impugnações tempestivas cujas alegações foram, em síntese:

- a) a empresa é optante pelo SIMPLES e sua exclusão teria sido indevida, pois que teve por fundamento a existência de sócio com participação maior do que 10% e receita global acima do limite legal, mas tal sócio teria sido excluído da sociedade;
- b) houve prejuízo à defesa porquanto a Autoridade Fiscal não intimou o contribuinte antes de concluir a ação fiscal;
- c) há precedentes judiciais que apontam para a inconstitucionalidade da contribuição;
- d) o percentual da multa é abusivo e deveria ser limitado a 2%, nos termos do art. 52 da lei nº 9.298, de 1996;
- e) os juros são indevidos por já haver a incidência de multa, porque proporcionam enriquecimento ilícito ao órgão fiscalizador e porque não se coadunam com a lei;
- f) os índices de correção monetária são exorbitantes;
- g) que as verbas honorárias são descabidas, e
- h) pugna pela improcedência do lançamento e pela realização de nova fiscalização.

A DRJ de origem considerou as impugnações totalmente improcedentes e manteve o crédito tributário.

A Recorrente, então, interpôs recursos voluntários em que repisou os exatos termos das impugnações.

Os autos foram submetidos a julgamento nesta turma que, em 12/03/2015, por meio da Resolução nº 2301-000.540 (e-fls. 418 a 422), entendeu por bem determinar diligência para que a Unidade Preparadora informasse sobre a exclusão da empresa do SIMPLES.

Em resposta à diligência, a Unidade Preparadora informou (e-fl. 426):

.....
2)- Verificamos que não existe processo de exclusão, o ocorrido foi que, em 30/06/2007 o Simples Federal deixou de existir, e entrou em vigor o SIMPLES NACIONAL. E a exclusão então se deu por batimento automático do sistema. Fato este não contestado pela empresa quando do ocorrido.

3)- Conforme consulta no Portal do Simples, verificamos o histórico das opções da empresa, e constatamos que existe um único evento registrado, ou seja, a opção em 01/01/2010.

Portanto, no período entre 01/07/2007 até 30/12/2009 a empresa não era optante pelo Simples Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Maurício Vital, Relator.

Os recursos são tempestivos.

Deixo de conhecer da alegação de inconstitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária, por força do disposto na Súmula CARF nº 2, que estabelece a incompetência do órgão para se manifestar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Também não conheço sobre a alegação de exorbitância dos índices de correção monetária porque esse instituto já não se aplica, desde o advento da Lei nº 9.249, de 1995, aos tributos federais. Por conseguinte, sobre os valores lançados não consta correção monetária, sendo, pois, essa matéria, estranha à lide.

De igual forma, não há, nos créditos tributários lançados, qualquer valor referente a honorários, razão pela qual também desconheço dessa matéria.

Conheço das demais alegações e, tendo em conta que as matérias conhecidas são comuns aos quatro recursos apresentados, os apelos serão apreciados em conjunto.

Registre-se que não houve questionamento quanto à natureza das verbas que foram consideradas integrantes do salário de contribuição.

1 Das preliminares

1.1 DA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PRÉVIA AO ENCERRAMENTO DA AÇÃO FISCAL

Alega nulidade dos autos de infração porque não teria sido intimada a prestar esclarecimentos antes das lavraturas.

As nulidades no processo administrativo fiscal são as que contam do art. 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e se resumem a apenas duas hipóteses: 1) termos e atos lavrados por autoridade incompetente e 2) despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

A ação fiscal se inicia com o primeiro ato de ofício comunicado ao sujeito passivo e se encerra na ciência do lançamento. É procedimento administrativo inquisitorial e o contraditório somente tem início com a apresentação da impugnação, não havendo, por isso, qualquer preterição do direito de defesa se a Autoridade Lançadora não intimar o fiscalizado, no curso da ação fiscal, para prestar esclarecimentos.

No caso, a Autoridade Fiscal observou o disposto nos arts. 7º a 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, e no art. 142 do CTN e procedeu ao lançamento. Mesmo não sendo obrigatório, o contribuinte foi regularmente intimado (e-fls. 110 e 111) no curso da ação fiscal, permanecendo silente quanto à matéria fundamental destes autos que é a opção pelo SIMPLES NACIONAL. Ademais, exerceu plenamente o direito de defesa nos termos das normas

processuais que regem o contencioso tributário. Não há, pois, qualquer nulidade no lançamento.

2 Do mérito

2.1 DO ENQUADRAMENTO NO SIMPLES FEDERAL E NO SIMPLES NACIONAL

Nos recursos, a Recorrente alega que, por ser optante pelo SIMPLES NACIONAL, não seriam devidas as contribuições previdenciárias, e que o desenquadramento teria se dado indevidamente.

Consta do relatório fiscal (e-fls. 96 e 97) que de 07/2007 a 12/2009 a empresa não era optante pelo SIMPLES NACIONAL, embora tenha se declarado nessa condição nas GFIPs do período.

Registre-se que os lançamentos relativos a 06/2006 a 06/2007, período em que a empresa esteve optante pelo SIMPLES FEDERAL, contemplaram tão-somente as contribuições de segurados, porquanto a contribuição patronal teria sido recolhida com base no regime de tributação simplificada.

Conforme esclarecido na diligência determinada por esta turma (e-fl. 426), com a revogação, em 01/07/2007, da Lei nº 9.317, de 1996, a empresa não foi considerada automaticamente inscrita no SIMPLES NACIONAL, nos termos do § 4º do art. 16 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Art. 16.

§ 4º Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as microempresas e empresas de pequeno porte regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por esta Lei Complementar.

Intimada a apresentar a documentação relativa à opção pelo SIMPLES FEDERAL e pelo SIMPLES NACIONAL (e-fls. 110 e 111), a empresa não apresentou documentos e nada informou sobre as opções aos regimes tributários simplificados (e-fl. 115).

Consta do cadastro da Receita Federal que a empresa apresentou DIPJs relativas aos anos-calendário de 2007, 2008 e 2009 como optante pelo lucro presumido (e-fl. 118).

Dos autos, consta que a empresa fez sua opção ao SIMPLES NACIONAL em 01/01/2010 (e-fl. 120). A mesma informação está na resposta à diligência.

Pois bem, inicialmente é importante fixar que não houve a exclusão da empresa do SIMPLES NACIONAL, ocorre que sua inscrição no regime anterior, do SIMPLES FEDERAL, não foi automaticamente considerada. O § 4º do art. 16 da Lei Complementar nº 123, de 2006, determinava que, em havendo situações impeditivas, o contribuinte não seria automaticamente inscrito no novo regime, o SIMPLES NACIONAL. A Recorrente informa que:

Em 01/01/2002, a autuada foi excluída do "simples", pelo fato de constar nos registros da Receita Federal, de que em seu quadro societário, o sócio LAÉRCIO OTÁVIO MARTINS, era detentor de mais de 10% (dez por cento) do capital, com como a receita global da autuada, estava acima do limite legal. (sic.)

Obviamente, a Recorrente alude ao SIMPLES FEDERAL, que é o regime simplificado que vigorava na data referida. As alterações contratuais juntadas pela Recorrente não comprovam a exclusão de Laércio da sociedade. Além disso, a própria recorrente afirma que a exclusão teria se dado também por haver excedido o limite de receita para a permanência no regime. E também não se verifica, no documento que traz o histórico de eventos cadastrais (e-fl. 119), a exclusão em 01/01/2002 a que a Recorrente se referiu. Independente de tudo isso, fato é que a empresa somente veio a fazer a opção pelo SIMPLES NACIONAL em 01/01/2010, ou seja, ela de fato permaneceu fora do regime desde o seu advento, em 01/07/2007, até 31/12/2009.

A própria Recorrente apresentou, no período, declarações na condição de lucro presumido, e também não trouxe qualquer prova de que teria feito a opção pelo SIMPLES NACIONAL antes de 01/01/2010.

Apesar de não haver provas de que estaria enquadrada no SIMPLES NACIONAL no período da autuação, a Recorrente apresentou GFIPs e recolheu as contribuições previdenciárias nessa condição. Deixou, assim, de efetuar o recolhimento da contribuição para a seguridade social, parte patronal. Entendo, pois, correto que o lançamento das contribuições previdenciárias não recolhidas em razão de a Recorrente pretensamente ser optante pelo regime favorecido.

2.2 DA MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA E DA MULTA DE OFÍCIO

Alegou, a Recorrente, que a multa por descumprimento de obrigação acessória, constante do Auto de Infração nº 37.306.393-8, teria sido fundamentada na falta de apresentação de documentos solicitados pela Autoridade Fiscal (e-fl. 326). Isso não é verdade, a multa lançada teve por fundamento a omissão de informações em GFIP (e-fls. 2 e 106).

A Recorrente também questionou o percentual da multa aplicada, alegando que se aplicaria, ao caso, o § 1º do art. 52 da Lei nº 8.078, de 1990, Código de Defesa do Consumidor, com a redação dada pela Lei nº 9.298, de 1996, que limita a 2% o percentual de multa de mora pelo inadimplemento tempestivo de obrigações. Acontece que, ao caso, não se aplicam as disposições das relações de consumo, senão a legislação tributária, que define percentuais distintos.

O valor da multa isolada resultou da aplicação do inc. II do art. 35 (multa variável em razão da fase processual de 12% a 100%) da Lei nº 8.212, de 1991, combinado com o art. 32 (equivalente a 100% das informações de contribuição omitidas em GFIP) da mesma lei. O valor da multa vinculada resultou da aplicação do inc. I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que estabelece a multa de ofício vinculada de 75% sobre o crédito tributário lançado.

Conforme consta do relatório fiscal (e-fls. 191 a 200), foram fiscalizados os períodos de apuração de 06/2006 a 11/2008. Nos períodos de 07/2007 a 11/2007, 01/2008, 02/2008 e 04/2008, a Autoridade Lançadora constatou que a aplicação da legislação da época dos fatos geradores era mais vantajosa ao contribuinte e, para esses períodos, lançou a multa

isolada constante do Auto de Infração nº 37.306.393-8. Para os demais períodos, aplicou a legislação vigente no momento do lançamento e atribuiu a multa de ofício vinculada de 75%.

Registre-se que, em relação à parte da multa Auto de Infração nº 37.306.393-8 fundada no inc. II do art. 35, cujo percentual varia de 12% a 100%, a depender da fase processual, a comparação deverá ser feita novamente, quando do efetivo pagamento das contribuições. É o que estabelece a Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 14, de 4 de dezembro de 2009:

Art. 2º No momento do pagamento ou do parcelamento do débito pelo contribuinte, o valor das multas aplicadas será analisado e os lançamentos, se necessário, serão retificados, para fins de aplicação da penalidade mais benéfica, nos termos da alínea "c" do inciso II do art. 106 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN).

Portanto, tendo em conta que a legislação invocada pela Recorrente é inaplicável ao caso e que os valores da multa por omissão em GFIP (Auto de Infração nº 37.306.393-8) e multa de ofício vinculada (autos de infração nº 37.322.867-8, 37.322.868-6 e 37.322.869-4) atenderam ao que dispõe a alínea c do inc. II do art. 106 do CTN, entendo ser improcedente a alegação trazida no apelo.

2.3 DOS JUROS DE MORA

As conclusões deste item referem-se a todos os autos de infração deste processo e respectivos recursos voluntários.

Alegou, a Recorrente, que os juros e multa moratórios não poderiam incidir sobre o mesmo débito, sendo possível a incidência de apenas um tipo de acréscimo moratório. Também alegou que a cobrança dos juros proporciona enriquecimento ilícito do órgão fiscalizador (e-fl. 332).

De pronto, percebe-se que não houve incidência de multa moratória, mas multa de ofício. Mesmo a multa isolada constante do Auto de Infração nº 37.306.393-8, que resultou de ação fiscal, tem natureza de multa de ofício, como já se manifestou a CSRF no Acórdão nº 9202-006.028.

Sobre a incidência de juros, tratam-se de encargos estabelecidos no § 1º do art. 161 do CTN¹ e no § 3º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996². Não cabe ao julgador

¹ 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.

² Art. 61 Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

administrativo substituir o papel do legislador para suprimir, aumentar ou modificar a forma de cálculo dos juros.

Denego o pedido da Recorrente na matéria.

2.4 DA REALIZAÇÃO DE NOVA FISCALIZAÇÃO

O contribuinte solicita *nova fiscalização, para comprovar que além dos valores abusivos, este têm-se ilegais, vez que a autuada é "optante pelo simples"* (sic).

A prova é dirigida ao julgador. Não percebo absoluta necessidade de realização de diligências ou nova fiscalização, como pugnado pela Recorrente, para comprovar o que já está evidente nos autos: a empresa não era optante do SIMPLES NACIONAL entre 07/2007 e 12/2009, como demonstrado no item 2.1 deste voto.

Além disso, não há qualquer vício no ação fiscal, que atendeu ao disposto nos arts. 7º a 10 do Decreto nº 70.235, de 1972. Portanto, os autos de infração lavrados são plenamente válidos.

Indefiro, pois, o pedido de nova fiscalização.

3 Conclusões

Voto por não conhecer do recurso voluntário quanto à alegada inconstitucionalidade e quanto às questões alheias ao lançamento, afastar a preliminar de cerceamento de defesa, denegar pedido de nova fiscalização e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao apelo.

(assinado digitalmente)

João Maurício Vital - Relator