



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

Processo nº 13831.000505/2007-18
Recurso nº 262908 Voluntário
Acórdão nº **2301-002.971 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 14 de agosto de 2012
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente B & L ASSESSORIA E COMÉRCIO EM INFORMÁTICA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/05/2007

DECADÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DO ART. 150, §4º DO CTN. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. EMPRESA EXCLUIDA DO SIMPLES. IMCOMPETÊNCIA DA 2ª SEÇÃO PARA APRECIAR E JULGAR A QUESTÃO. APLICAÇÃO DA MULTA MAIS BENÉFICA.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional.

No presente caso, aplica-se a regra do artigo 150, §4º, do CTN, haja vista a existência de pagamento parcial do tributo, considerada a totalidade da folha de salários da empresa recorrente.

A competência para apreciar e julgar a exclusão, inclusão e exigência de tributos decorrentes da aplicação da legislação referente ao SIMPLES pertence à 1ª Seção de Julgamento do CARF (art. 2º, V, do Regimento Interno do CARF).

As contribuições sociais previdenciárias estão sujeitas à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso devendo observar o disposto na nova redação dada ao artigo 35, da Lei 8.212/91, combinado com o art. 61 da Lei nº 9.430/1996.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, nas preliminares, para excluir do lançamento as contribuições apuradas até a competência 09/2002, anteriores a 10/2002, devido à aplicação da regra decadencial expressa no § 4º, Art. 150 do CTN, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencido o Conselheiro Mauro José Silva, que votou pela aplicação do I, Art. 173 do CTN para os fatos geradores não homologados tacitamente até a data do pronunciamento do Fisco com o início da fiscalização; b) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram em manter a multa aplicada; II) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a).

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Mauro Jose Silva, Damiao Cordeiro de Moraes, Wilson Antonio de Souza Correa, Bernadete De Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário apresentado pela empresa B & L ASSESSORIA E COMÉRCIO EM INFORMÁTICA LTDA que julgou procedente o lançamento de débito referente à constatação do não recolhimento de Contribuições Sociais Previdenciárias.

2. Segundo o relatório fiscal, a autuação refere-se “a contribuição da empresa incidente sobre a remuneração dos segurados empregados; as contribuições destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (RAT) e as destinadas aos fundos denominados Terceiros: FNDE – Salário Educação, INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE, no período de 01/2002 a 05/2007”. (f. 74)

3. Ainda conforme a peça introdutória “a empresa fez opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Imposto e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES em 21/12/1998, data de sua constituição. Em 01/01/2002 foi excluída do sistema, conforme consta da base de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil-RFB” (f. 74)

4. A decisão de primeira instância, que manteve o débito fiscal, restou ementada nos termos abaixo:

“EXCLUSÃO DO SIMPLES

Empresa excluída do SIMPLES fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

PROVAS. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO. PRECLUSÃO.

A prova documental no contencioso administrativo previdenciário deve ser apresentada juntamente com a impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, salvo se fundada nas hipóteses expressamente previstas.

PEDIDO DE PERÍCIA. NÃO FORMULADO.

No processo administrativo fiscal, considera-se não formulado o pedido de diligência/perícia, quando o requerente não apresenta justificativas para o pedido ou não formula quesitos referentes aos exames desejados.

PERÍCIA. DESNECESSÁRIA.

Desnecessária perícia, uma vez que o lançamento se deu com base em descumprimento de requisitos da lei específica.

LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE.

É vedado à Administração Pública o exame da Legalidade e Constitucionalidade das Leis.

Lançamento Procedente.” (f. 106)

5. O colegiado *a quo* não analisou a questão da exclusão da empresa do SIMPLES por entender que “cabe ao Contribuinte, em não concordando com o Ato excludente, manifestar sua inconformidade, por escrito, relativamente à exclusão do SIMPLES, ao Delegado da Receita Federal de sua jurisdição. É um ato espontâneo do Contribuinte e no seu silêncio, a exclusão do SIMPLES torna-se definitiva.” (f. 110)

6. Em sede recursal, o contribuinte apresentou suas razões aduzindo, em síntese:

a) a nulidade do lançamento tendo em vista que o ato declaratório que excluiu a empresa do SIMPLES deixou de atender o §3º, do art. 15 da Lei 9.732, de 11 de dezembro de 1988, que garante o direito ao contraditório e à ampla defesa;

b) que deve ser aplicado o princípio da retroatividade mais benigna ao fato pretérito, previsto no art. 106, II, b, do CTN, pois de acordo com a RESOLUÇÃO CGN Nº4, ART. 2º, ITEM II, de 30/05/07, DOU 01/06/07, ao ter alterado o limite de faturamento para R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), reflexamente, a empresa autuada deixou de ser

infratora por não ter recolhido o imposto devido, à época posterior da sua exclusão do SIMPLES;

c) por fim, alega que “se houve infração pelo não recolhimento do tributo a partir da exclusão do SIMPLES, por ter ultrapassado o limite previsto, esta deixou de existir, a infração, no exato momento em que a legislação posterior não mais a definiu como fato gerador da obrigação tributária, pois o faturamento voltou ao limite permitido”.

7. Não houve apresentação de contrarrazões. Os autos foram encaminhados à apreciação e julgamento por este Órgão.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1. Conheço do recurso voluntário, uma vez que atende aos pressupostos de admissibilidade.

DA DECADÊNCIA

2. Preliminarmente, é importante que seja feita a análise da decadência, conforme requerido pelo contribuinte, tendo em vista que parte do crédito tributário constituído já se encontra decaída, segundo o prazo quinquenal previsto no Código Tributário Nacional.

3. Sobre essa questão, cumpre ressaltar que, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08, *verbis*:

“(...) Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.”

.....
“Súmula Vinculante nº 08:

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.”

4. Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentados pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *in verbis*:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

5. Ainda sobre o assunto, a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, dispõe o que segue:

“Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciais ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.”

6. Assim, como demonstrado, a partir da publicação na imprensa oficial, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante. Dessa forma, afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional - CTN se aplicar ao caso concreto.

7. Acerca das regras de verificação da decadência, frise-se, posto que importante, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no seguinte sentido:

“(…) 1. Está assentado na jurisprudência desta Corte que, nos casos em que não tiver havido o pagamento antecipado de tributo sujeito a lançamento por homologação, é de se aplicar o art. 173, inc. I, do Código Tributário Nacional (CTN). Isso porque a disciplina do art. 150, § 4º, do CTN estabelece a necessidade de antecipação do

pagamento para fins de contagem do prazo decadencial. Precedente em recurso representativo de controvérsia (REsp 973733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18.9.2009). [...] 3. Recurso especial parcialmente provido”. (REsp 1015907/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/09/2010)

“(…) 1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o 'primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado' corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, 'Decadência e Prescrição no Direito Tributário', 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199)

(...)

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo. 7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008". (REsp 973733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/09/2009).

8. Compulsando os autos, depreende-se do Relatório Fiscal, juntado às ff. 76 a 77, que foram analisadas folhas de pagamento e GFIPs – Guia de Recolhimento do FGTS e Informação da Previdência Social Além disso, consta do Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados – RADA, ff. 43 a 57, que houve o recolhimento parcial das contribuições previdenciárias, considerando a totalidade das contribuições sociais previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamentos da empresa. Assim, tenho como certo que deva ser aplicada a regra constante do artigo 150, §4º, do CTN.

9. Dessa forma, tendo em vista que a recorrente foi cientificada do lançamento fiscal em 18/10/2007, referente às contribuições do período de 01/01/2002 a 31/05/2007 ficam alcançadas pela decadência quinquenal as competências **01/01/2002 a 30/09/2002**, restando mantidas as competências 10/2002 a 05/2007.

10. No entanto, considerando a existência de débito remanescente, passo a examinar as demais questões recursais.

DA INEXISTÊNCIA DE NULIDADE

11. Insurge-se o contribuinte contra sua exclusão do SIMPLES sob a argumentação de que “o ato declaratório do qual teria excluído a Impugnante do SIMPLES deixou de atender o § 3º do art. 15 da Lei 9.732, de 11 de dezembro de 1988, qual seja o direito do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual pugna-se pela **nulidade** da presente NFLD, sob pena de violação de vários princípios constitucionais, consagrados na carta cidadã”. (ff. 119)

12. Ocorre que tal assertiva não merece prosperar. Isso porque conforme documentação juntada pela autoridade fiscal às ff. 102 a 105, a empresa foi devidamente cientificada de sua exclusão do SIMPLES, no dia 26/05/2003, por intermédio do Ato Declaratório Executivo DRF/MRA nº 467119, de 07 de agosto de 2003, o qual concedeu o prazo de trinta dias para que o contribuinte se manifestasse sobre a questão:

“(…) Poderá o contribuinte, dentro do prazo de trinta dias contados a partir da data do recebimento deste Ato, manifestar sua inconformidade, por escrito, nos termo do Decreto nº 70.235, de 7 de março de 1972, e suas alterações posteriores, relativamente à exclusão do Simples, ao Delegado da Receita Federal de sua Jurisdição, por meio do formulário Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples (SRS), disponível na página da Secretaria da Receita Federal na Internet (...), ou em suas unidades, assegurados o contraditório e a ampla defesa.” (f. 102)

13. E da análise dos autos, verifica-se que o recorrente não colacionou aos autos qualquer documentação capaz de demonstrar sua manifestação de inconformidade com a exclusão do SIMPLES dentro do prazo oferecido no Ato Declaratório.

14. Dessa forma, não há que se falar em cerceamento do direito à ampla defesa e contraditório, posto que fora dado o prazo de 30 dias para que o contribuinte se manifestasse, quedando-se, este, inerte.

15. Ademais, como não houve manifestação por parte da empresa, a respeito da questão, dentro do prazo concedido pela autoridade fiscal, entendo que o direito de buscar a reversão de sua exclusão do SIMPLES encontra-se precluso.

16. Além disso, ainda que a matéria pudesse ser discutida, a competência para apreciar e julgar a exclusão, inclusão e exigência de tributos decorrentes da aplicação da legislação referente ao SIMPLES pertence à 1ª Seção de Julgamento do CARF (art. 2º, V, do Regimento Interno do CARF):

“Art. 2º À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

(...)

V – exclusão, inclusão e exigência de tributos decorrentes da aplicação da legislação referente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES) e ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, do Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação (SIMPLES – Nacional);”

17. Por fim, cumpre ressaltar que o lançamento encontra-se devidamente fundamentado e motivado, em consonância com o que determina a legislação que rege o processo administrativo fiscal, notadamente o art. 50, da Lei n.º 9.784/99 e art. 38, do Decreto 7.574/2011. Assim, não há que se falar em anulação do lançamento fiscal, no que rejeito a tese levantada pelo contribuinte.

DA MULTA APLICADA

18. Por fim, sobre a multa aplicada, torna-se importante apreciar, de ofício, a matéria, tendo em vista se tratar de questão de ordem. Dessa forma, em respeito ao art. 106 do CTN, inciso II, alínea “c”, deve o Fisco perscrutar, na aplicação da multa, a existência de penalidade menos gravosa ao contribuinte. No caso em apreço, esse cotejo deve ser promovido em virtude das alterações trazidas pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, que instituiu mudanças à penalidade cominada pela conduta da Recorrente à época dos fatos geradores.

19. Assim, identificando o Fisco benefício ao contribuinte na penalidade nova, essa deve retroagir em seus efeitos, conforme ocorre com a nova redação dada ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991 que assim dispõe:

“Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras

entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.”

20. E o supracitado art. 61, da Lei nº 9.430/96, por sua vez, assevera que:

“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.

(...)

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.”

21. Confrontando a penalidade retratada na redação original do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 com a que ora dispõe o referido dispositivo legal, vê-se que a primeira permitia que a multa atingisse o patamar de cem por cento, dado o estágio da cobrança do débito, ao passo que a nova limita a multa a vinte por cento.

22. Sendo assim, diante da inafastável aplicação da alínea “c”, inciso II, art. 106, do CTN, conclui-se pela possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, se for mais benéfica para o contribuinte.

CONCLUSÃO

23. Dado o exposto, CONHEÇO do recurso voluntário para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para:

a) decotar do lançamento o período abrangido pela decadência, nos termos do artigo 150, §4º, do CTN, qual seja, **01/01/2002 a 30/09/2002**;

b) aplicar a multa prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/91 combinado com o art. 61, § 2º da Lei nº 9.430/96, se mais benéfica ao contribuinte.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator

CÓPIA