



Processo nº 13888.721897/2011-83
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2302-003.753 – 2^a Seção de Julgamento / 3^a Câmara / 2^a Turma Ordinária
Sessão de 08 de maio de 2024
Recorrente E MARTINS DOS SANTOS TRANSPORTES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

AI nº 37.321.998-9 e AI nº 37.322.008-1

NÃO CONHECIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADES

Súmula CARF nº2 - O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

OPÇÃO DO SIMPLES NACIONAL. INDEFERIMENTO. NÃO EFEITO SUSPENSIVO. RECOLHIMENTO EMPRESA EM GERAL

O pedido de revisão do indeferimento não tem efeito suspensivo, motivo pelo qual não justifica o cumprimento das obrigações tributárias na sistemática do Simples Nacional até que vier decisão confirmando a opção.

INTIMAÇÃO DO PATRONO. INCABÍVEL

Súmula CARF nº110 - No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.

CONTRIBUIÇÃO PARA O SIMPLES. COMPENSAÇÃO. VEDAÇÃO.

É vedada a compensação de contribuições previdenciárias com o valor recolhido indevidamente para o Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário, não conhecendo das alegações de inconstitucionalidades e, no mérito, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Johnny Wilson Araujo Cavalcanti - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Alfredo Jorge Madeira Rosa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marcelo Freitas de Souza Costa, Alfredo Jorge Madeira Rosa, Angelica Carolina Oliveira Duarte Toledo, Johnny Wilson Araujo Cavalcanti (Presidente).

Relatório

Por bem reproduzir os fatos contidos nos autos, transcrevemos abaixo o relatório constante do acórdão de DRJ.

Trata-se de crédito lançado pela fiscalização contra a empresa acima identificada, relativo ao período de 01/2009 a 12/2009, que de acordo com o Relatório Fiscal de fls. 5/9, refere-se a:

- *AI 37.321.998-9 – contribuições destinadas à Seguridade Social correspondentes à parte da empresa e para financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (RAT);*
- *AI 37.322.008-1 – contribuições destinadas a Outras Entidades e Fundos (FNDE, INCRA, SEBRAE, SEST e SENAT).*

O relatório fiscal informa que, a empresa solicitou em 16/02/2009 a opção pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, porém, a solicitação foi indeferida por problemas fiscais.

Foi emitido em 11/03/2009 o Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional, ao qual o contribuinte apresentou sua impugnação em 08/04/2009 e em 05/08/2009 foi emitido o Despacho Decisório nº 1167, que manteve o indeferimento à opção pelo referido regime simplificado de tributação.

Embora a sua solicitação de opção ao Simples Nacional tenha sido indeferida, a empresa declarou nas GFIPs e efetuou os recolhimentos como se fosse optante pelo referido sistema, razão pela qual foram apuradas as contribuições devidas incidentes sobre as remunerações pagas/creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais a serviço da empresa.

O Relatório Fiscal informa, ainda, ter sido emitida a competente Representação Fiscal para Fins Penais pela configuração, em tese, de ilícito previsto no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90.

O contribuinte foi cientificado do Auto de Infração em 27/05/2011 (AR fls. 14).

Em 28/06/2011, através de seu representante legal, apresentou impugnações individualizadas para cada auto de infração, consoante documentos de fls. 91/199 e 200/353, onde contesta o procedimento fiscal apresentando os argumentos relatados, a seguir, de forma resumida.

Inicialmente faz um breve relato dos fatos.

Argumenta que o seu pedido de ingresso no Simples Nacional foi indeferido sob a alegação de existência de débito com a Secretaria da Receita Federal do Brasil, cuja exigibilidade não está suspensa. Entretanto, anteriormente ao indeferimento do pedido de inclusão no Simples Nacional, havia solicitado o parcelamento dos débitos

pendentes junto à Receita Federal – Pedido de Parcelamento nº 00056399895999789100, tendo inclusive efetuado o pagamento da primeira parcela. Apresentou impugnação ao Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples, protocolada em 08/04/2009, estando aguardando o julgamento do seu recurso.

Invocando o artigo 151, VI, do CTN, aduz que na data do indeferimento da opção ao Simples Nacional, não existiam motivos legais para a prática do ato inquinado de nulidade, vez que, os créditos tributários existentes se encontravam com a exigibilidade suspensa.

Diz que também os parágrafos 3º A e 3º B, do artigo 4º da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, não deixam dúvidas que os efeitos da decisão de indeferimento somente se aplicam quando decorrido o prazo de 30 dias da publicação do ato sem apresentação de impugnação pelo sujeito passivo, ou quando proferida decisão definitiva na esfera administrativa se exercida a faculdade de impugnação pelo impugnante.

Alega que apresentou impugnação ao Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional dentro do prazo legal e que, portanto, o indeferimento da sua opção pelo Simples Nacional somente se tornará efetivo se a decisão definitiva for a ela desfavorável.

Enquanto referida decisão não era proferida, continuou promovendo recolhimento através do Simples Nacional, em razão da suspensão da eficácia do Termo de Indeferimento.

Friza que todas as guias de recolhimento foram extraídas do sistema disponibilizado pela Receita Federal do Brasil para liquidação das obrigações previdenciárias geradas pela pessoa jurídica.

Diz que cumpria os requisitos para a obtenção do tratamento tributário diferenciado instituído pela Lei Complementar 123/06, logo, não há razões para a exigência tributária constante do auto de infração impugnado.

Argumenta que mesmo que assim não fosse, verifica-se que inexistiu a devida compensação dos valores oportunamente recolhidos com os valores apurados pela autoridade fiscal o que representa vício material ao lançamento.

Aduz que os pagamentos realizados pela impugnante devem ser desmembrados e deve ser promovida a devida compensação dos valores recolhidos a título de contribuição previdenciária com os valores apurados no lançamento exigindo-se apenas a diferença apurada, o que seria mais adequado ao cumprimento das disposições do artigo 112 do CTN. Cita doutrina de Leandro Paulsen.

Diz que o artigo 74 da Lei 9.430/96 estabelece o direito de compensação dos créditos apurados pelo contribuinte com as obrigações devidas à Receita Federal do Brasil, logo, tal procedimento é inafastável para a validade do lançamento tributário impugnado.

Argumenta que promoveu a correta apresentação das GFIPs, apresentando todos os fatos geradores das obrigações tributárias incidentes sobre suas atividades e que o fato da autoridade administrativa apurar, posteriormente, existência de contribuições não recolhidas, principalmente face ao indeferimento da opção ao Simples Nacional, não é razão relevante para justificar a imputação de infração à impugnante.

Salienta que não ocorreu nenhuma circunstância agravante ou infração anterior, assim requer seja a multa relevada, com fulcro nas disposições do item 26 da

Ordem de Serviço INSS/DAF nº 214, de 10 de junho de 1999, vez que preenche todos os requisitos exigidos pela citada Ordem de Serviço.

Diz, ainda, que a análise das circunstâncias que possibilitem ao contribuinte a obtenção da relevação da multa punitiva deve dar-se em contemplação às disposições do artigo 112 do CTN.

Cita lição de Maria de Fátima Ribeiro e Sérgio Feltrin Correa e conclui que por qualquer ângulo que se analise a demanda, conclui-se pela absoluta improcedência da exigência tributária notificada.

Requer seja realizada diligência fiscal para que o auditor fiscal preste as necessárias informações acerca da lavratura dos autos de infração, demonstrando quais os critérios que adotou para a exigência da exação e para a apuração da base de cálculo e, ainda, quais os fatos jurídicos que ensejaram a capitulação legal adotada para a infração; que seja decretada a nulidade do auto de infração e o consequente arquivamento do processo, ou, alternativamente, a relevação da multa aplicada.

Alternativamente, requer seja determinada a compensação dos valores recolhidos no Simples Nacional.

Na impugnação ao Auto de Infração 37.322.008-1, além dos argumentos anteriormente relatados, a impugnante invoca a inconstitucionalidade da exigência para o Salário Educação, INCRA, SEBRAE, SEST e SENAT.

Aduz, também, que nem se argumente quanto a impossibilidade de apreciação das questões de constitucionalidade ou não das normas legais em sede administrativa, posto que a atividade estatal é vinculada também às decisões judiciais, especialmente, aquelas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, o que impõe o conhecimento, análise e decisão acerca das questões postas.

O acórdão 02-63.078, 6^a Turma da DRJ/BHE, por unanimidade julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário integralmente. A seguinte ementa foi apresentada no acórdão.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

SIMPLES NACIONAL. OPÇÃO INDEFERIDA.

O contribuinte cuja opção pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional foi indeferida, deve recolher as Contribuições Previdenciárias como as empresas em geral.

CONTRIBUIÇÃO PARA O SIMPLES. COMPENSAÇÃO. VEDAÇÃO.

É vedada a compensação de contribuições previdenciárias com o valor recolhido indevidamente para o Simples Nacional.

DILIGÊNCIA. PERÍCIA

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.

NULIDADE.

Ausentes as hipóteses do art. 59 do Decreto n.º 70.235/72, não há como prosperar a argüição de nulidade.

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.**INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIAÇÃO.**

Compete privativamente ao Poder Judiciário decidir acerca de constitucionalidade e/ou ilegalidade de leis.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Irresignado, apresentou tempestivamente Recurso Voluntário às e-fls. 369/376 no qual alega:

- Que “*A opção ao Regime Tributário denominado SIMPLES NACIONAL foi realizada pela contribuinte regularmente, na forma preconizada pela legislação. A não aceitação da opção, ou indeferimento, representa, para os fins legais como exclusão do regime tributário diferenciado.*.”;
- Que “*demonstrou que apresentou tempestiva manifestação de inconformidade com o indeferimento da opção ao SIMPLES NACIONAL, fato que representou a suspensão dos efeitos daquele indeferimento e permitiu que a contribuinte, ora Recorrente, promovesse a emissão das guias de recolhimentos de contribuições federais diretamente no sistema do SIMPLES NACIONAL*”;
- Que “*As disposições do Artigo 89 da Lei Federal nº 8.212/91 claramente estabelecem a possibilidade de compensação das obrigações previdenciárias devidas pelo contribuinte com obrigações previdenciárias recolhidas indevidamente.*.”;
- Que “*O fato de refutar o conhecimento da constitucionalidade defendida pela Recorrente, não afasta a obrigação da análise da legalidade da exigência tributária. Não defendida a legalidade, evidente se torna que a exigência é indevida, impondo-se sua exclusão do lançamento tributário*”.

Requer ainda que o Recurso Voluntário seja conhecido e lhe seja dado integral provimento. Requer intimação do patrono para apresentação de memoriais e sustentação oral, assim como a devolução “*do conhecimento de todas as matérias de fato e de direito deduzidas em Instância primária, que restaram debeladas pela decisão guerreada*”.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alfredo Jorge Madeira Rosa, Relator.

Conhecimento

O Recurso Voluntário é tempestivo e dele conheço, exceto quanto às alegações de inconstitucionalidade, sobre as quais é imperiosa a aplicação da Súmula CARF nº2.

Súmula CARF nº 2

(Aprovada pelo Pleno em 2006)

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Acórdãos Precedentes:

Acórdão nº 101-94876, de 25/02/2005 Acórdão nº 103-21568, de 18/03/2004 Acórdão nº 105-14586, de 11/08/2004 Acórdão nº 108-06035, de 14/03/2000 Acórdão nº 102-46146, de 15/10/2003 Acórdão nº 203-09298, de 05/11/2003 Acórdão nº 201-77691, de 16/06/2004 Acórdão nº 202-15674, de 06/07/2004 Acórdão nº 201-78180, de 27/01/2005 Acórdão nº 204-00115, de 17/05/2005

Preliminares

Não há questões preliminares a serem analisadas.

Mérito

Do Indeferimento e sua suspensão

O Recurso Voluntário defende que a opção ao Regime Tributário denominado SIMPLES NACIONAL foi realizada pela contribuinte regularmente, na forma preconizada pela legislação. Em seu entendimento, a não aceitação da opção, ou indeferimento, representa, para os fins legais como exclusão do regime tributário diferenciado. Defende também, que o indeferimento da opção ao SIMPLES NACIONAL representou a suspensão dos efeitos daquele indeferimento e permitiu que a contribuinte, ora Recorrente, promovesse a emissão das guias de recolhimentos de contribuições federais diretamente no sistema do SIMPLES NACIONAL.

Não assiste razão ao recorrente. O acórdão recorrido acertadamente fez os seguintes destaques em seu voto:

“Os presentes autos não cuidam do indeferimento da opção da empresa pelo Simples Nacional, cuidam, sim, do lançamento de contribuições previdenciárias

devidas em decorrência de não estar a empresa abarcada pela substituição tributária oferecida pelo referido regime de tributação.”

Acrescenta adiante:

“No caso, não há que se falar em exclusão da impugnante do Simples Nacional uma vez que ela nem mesmo foi incluída no referido sistema, já que o seu pedido de inclusão foi indeferido.”

Os dois destaques acima posicionam adequadamente a lide. A um, a discussão administrativa sobre o indeferimento, ou não, da opção da empresa pelo Simples Nacional, já foi decidido. O Despacho Decisório DRF/PCA nº 1167, de 05 de agosto de 2009 (e-fls. 41/44), dado no Processo nº 13886.000365/2009-12, resolveu a questão frente à Administração Tributária Federal. A dois, restou claro que não houve exclusão, ou mesmo fato equiparado, conforme defende o contribuinte, a despeito do detalhamento dado à questão pelo acórdão de DRJ.

Resgatemos a principal legislação de referência, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

A LC nº 123/2006 estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Neste contexto, institui o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

O acesso e fruição do tratamento tributário diferenciado não é automático, sendo dependente do enquadramento em uma série de critérios, e do cumprimento de uma lista de requisitos, os quais devem ser aferidos pela administração tributária.

A aferição pela administração tributária se dá mediante pedido formulado pelo solicitante. Havendo o solicitante cumprido com todas as exigências legais, a administração expede ato administrativo de deferimento, o qual constitui a nova situação jurídica do contribuinte frente a administração. Situação jurídica esta que lhe permite fruir do tratamento tributário diferenciado pleiteado.

Assim dispõe a LC nº 123/2006:

Art. 16. A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

§1 (...)

§ 2º A opção de que trata o caput deste artigo deverá ser realizada no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo.

§ 3º A opção produzirá efeitos a partir da data do início de atividade, desde que exercida nos termos, prazo e condições a serem estabelecidos no ato do Comitê Gestor a que se refere o caput deste artigo.

§ 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.

§ 5º O Comitê Gestor regulamentará a opção automática prevista no § 4º deste artigo.

§ 6º O indeferimento da opção pelo Simples Nacional será formalizado mediante ato da Administração Tributária segundo regulamentação do Comitê Gestor

Os trechos acima destacados por este relator, evidenciam que, à exceção das situações dispostas no §4º do art. 16 da LC nº123/2006, a opção pelo Simples Nacional não se dá de modo automático. Logo, não há um direito, ou presunção de direito, à fruir do tratamento tributário diferenciado, no qual se reveste o Simples Nacional. O deferimento da opção pelo Simples Nacional, se revela um ato administrativo vinculado, sendo constitutivo quanto aos seus efeitos, visto que constitui nova situação jurídica do contribuinte frente à administração tributária.

Por sua vez, a exclusão do Simples Nacional, e o indeferimento da opção, possuem naturezas distintas. A exclusão do Simples Nacional é ato administrativo, também vinculado, sendo desconstitutivo quanto aos seus efeitos, enquanto o indeferimento é mero ato administrativo de constatação.

A exclusão desfaz uma situação jurídica preexistente. A existência de situação jurídica diferenciada e anterior, justifica a cautela positivada nos parágrafos 3º-A e 3º-B, do artigo 4º, da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, invocada pelo recorrente.

Art. 4º A competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional é da RFB e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

(-..)

§3º-A Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de que trata o §1º, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º. (Incluído pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)

§3º-B Não havendo impugnação do termo de que trata o §1º, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º-.(Incluído pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)

Adiante, na citada Resolução CGSN, o artigo 6º traz uma detalhada modulação de efeitos quando da exclusão do Simples Nacional. O regime jurídico previsto para situação de exclusão do Simples Nacional, evidencia uma cautela quanto a se desfazer definitivamente, a situação jurídica que, anteriormente, foi reconhecida pela administração tributária.

Por consequente, não se aplica tal cautela, tampouco há previsão normativa para isso, para os casos de indeferimento da opção. Trata-se de situação diversa, na qual não houve em momento algum a constituição de uma situação jurídica de tratamento tributário diferenciado. O indeferimento da opção não constitui, nem desconstitui, situação jurídica alguma. O indeferimento da opção pelo Simples Nacional, apenas constata uma situação de não elegibilidade ao tratamento diferenciado pleiteado. Esta situação se mantém até que sobrevenha um ato constitutivo que a altere. Não há que se falar em suspensão de efeitos do indeferimento da opção pelo Simples Nacional, visto que ele não modifica, mas apenas mantém, uma situação de tratamento tributário não diferenciado.

Portanto, deferimento de opção, indeferimento de opção, e exclusão do Simples Nacional, são atos jurídicos administrativos e vinculados de naturezas distintas entre si. A distinção entre os três atos se verifica na produção de distintos efeitos, o que lhes confere regimes jurídicos distintos atribuíveis a cada um.

Deste modo, não podem prosperar as alegações do recorrente quanto à suspensão dos efeitos do indeferimento de opção, como se de exclusão se tratasse.

Da compensação de tributos recolhidos

A alegação de que “*As disposições do Artigo 89 da Lei Federal nº 8.212/91 claramente estabelecem a possibilidade de compensação das obrigações previdenciárias devidas pelo contribuinte com obrigações previdenciárias recolhidas indevidamente*” não merecem prosperar, tendo sido bem atacadas pelo acórdão de DRJ. Do acórdão de DRJ reproduzo o trecho abaixo, o qual acolho como razões de decidir.

“ (...) a Lei deixou a cargo da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) o estabelecimento das condições para restituição e compensação de pagamentos indevidos. Dessa forma, foi publicada a Instrução Normativa RFB nº 900, de 30 de dezembro de 2008, na qual há vedação expressa da compensação de contribuições sociais previdenciárias com valores recolhidos indevidamente para o SIMPLES, conforme abaixo:

Art. 44. (...)

§ 6º É vedada a compensação de contribuições previdenciárias com o valor recolhido indevidamente para o Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006, e o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples), instituído pela Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996. (grifei)

Verifica-se, portanto, que carece de razão a insurgência contra o não aproveitamento pela fiscalização das contribuições recolhidas pela empresa ao Simples Nacional.

Demais disposições

Nego o pedido de intimação do patrono, com fundamento na Súmula CARF nº110.

Súmula CARF nº 110

No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Sobre a apresentação de memoriais e/ou sustentação oral, estas devem seguir rito estipulado na Portaria MF nº 1.634, de 21 de Dezembro de 2023 (RICARF).

O requerimento da devolução “*do conhecimento de todas as matérias de fato e de direito deduzidas em Instância primária, que restaram debeladas pela decisão guerreada*”, demonstra-se em alegação genérica, na qual o recorrente não inclui claramente matérias no objeto do recurso voluntário.

Tornam-se definitivas as decisões de 1º instância sobre matérias que não foram objeto do Recurso Voluntário, nos termos do parágrafo único, do art. 42, do Decreto nº70.235/1972.

Art. 42. São definitivas as decisões:

I - de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto;

II - de segunda instância de que não caiba recurso ou, se cabível, quando decorrido o prazo sem sua interposição;

III - de instância especial.

Parágrafo único. Serão também definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício.

Conclusão

Pelo exposto, voto por conhecer parcialmente do Recurso Voluntário, exceto quanto às alegações de inconstitucionalidade (Súmula CARF nº2). No mérito voto por NEGAR PROVIMENTO.

(documento assinado digitalmente)

Alfredo Jorge Madeira Rosa