



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

Processo nº 13896.720493/2012-54
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-004.848 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de janeiro de 2016
Matéria PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO. EXCLUSÃO SIMPLES
Recorrente FIP SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

I) DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL: AIOP Debcad nº 37.316.219-7 (patronal e SAT) e AIOP Debcad nº 37.343.436-7 (Outras Entidades/Terceiros).

EXCLUSÃO DO SIMPLES. COMPETÊNCIA. DISCUSSÃO EM FORO ADEQUADO. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO (ADE) nº 21/2011 DECISÃO DEFINITIVA. NÃO CONHECER.

O foro adequado para discussão acerca da exclusão da empresa do tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, na apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação (SIMPLES-Federal/SIMPLES-Nacional) é o respectivo processo instaurado para esse fim. Descabe em sede de processo de lançamento fiscal de crédito tributário o exame dos motivos que ensejaram a emissão do ato de exclusão, com decisão definitiva reconhecida no processo nº 13896.722526/2011-10, consubstanciado pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 21/2011.

SIMPLES. RECOLHIMENTOS. DEDUÇÃO. POSSIBILIDADE. SOMENTE OS VALORES RECOLHIDOS PELA RECORRENTE.

Eventuais recolhimentos na sistemática do SIMPLES FEDERAL/SIMPLES NACIONAL, realizados exclusivamente pela Recorrente, devem ser deduzidos das contribuições previdenciárias apuradas sobre a folha de pagamento, nos percentuais destinados à previdência social.

CONTRIBUIÇÃO PARA TERCEIROS. ARRECADAÇÃO.

A arrecadação das contribuições para outras Entidades e Fundos Paraestatais deve seguir os mesmos critérios estabelecidos para as contribuições Previdenciárias (art. 3º, § 3º da Lei 11.457/2007).

DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA PARCIAL. SÚMULA VINCULANTE 08 do STF.

De acordo com a Súmula Vinculante 08 do STF, os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência, o que dispõe o art. 150, § 4º, ou o art. 173 e seus incisos, ambos do Código Tributário Nacional (CTN), nas hipóteses de o sujeito ter efetuado antecipação de pagamento ou não, respectivamente.

No caso de lançamento das contribuições sociais, em que para os fatos geradores efetuou-se antecipação de pagamento, deixa de ser aplicada a regra geral do art. 173, inciso I, para a aplicação do art. 150, § 4º, ambos do CTN.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DESTINADAS AO INCRA, SESC e SENAC. INCIDÊNCIA. PREVISÃO EM LEI.

O Poder Judiciário já se manifestou sobre o tema de que são constitucionais e legítimas as contribuições destinadas a outras Entidades ou Fundos: INCRA, SESC e SENAC.

JUROS/SELIC. MULTA. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE.

O sujeito passivo inadimplente tem que arcar com o ônus de sua mora, ou seja, os juros e a multa legalmente previstos.

Nos termos do enunciado nº 4 de Súmula do CARF, é cabível a cobrança de juros de mora com base na taxa SELIC para débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

II) DA OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA:

AIOA Debcad nº 37.316.216-2 (CFL 68).

OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. DESCUMPRIMENTO. INFRAÇÃO.

Consiste em descumprimento de obrigação acessória a empresa apresentar a Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP) com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, contendo informações incorretas ou omissas.

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE 08 DO STF. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. APLICAÇÃO ART. 173, I, CTN.

De acordo com a Súmula Vinculante 08 do STF, os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional (CTN).

O prazo de decadência para constituir as obrigações tributárias acessórias, relativas às contribuições previdenciárias, é de cinco anos e deve ser contado nos termos do art. 173, inciso I, do CTN.

LEGISLAÇÃO DA MULTA MAIS FAVORÁVEL. APLICAÇÃO EM PROCESSO PENDENTE JULGAMENTO.

A lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Em decorrência das alterações promovidas pela MP 449/2008, quanto às modificações dos artigos 32 e 35 da Lei 8.212/91, o Fisco apresentou comparativo das penalidades previstas à época dos fatos e à época da autuação, em cumprimento ao previsto no inciso II do artigo 106 do Código Tributário Nacional, aplicando a multa benéfica ao contribuinte.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer em parte do recurso, para na parte conhecida, dar provimento parcial ao recurso para reconhecer que: (a) com relação ao AIOP Debcad nº 37.343.436-7, sejam excluídos, em razão da decadência, os valores apurados nas competências 01/2007 e 02/2007; e (b) eventuais pagamentos na sistemática do SIMPLES, realizados exclusivamente pela Recorrente e referentes à parcela patronal, sejam aproveitados no presente lançamento fiscal.

Ronaldo de Lima Macedo - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Ronaldo de Lima Macedo, Kleber Ferreira Araújo, Ronnie Soares Anderson, Marcelo Oliveira, Lourenço Ferreira do Prado, João Victor Ribeiro Aldinucci e Natanael Vieira dos Santos.

Relatório

Trata-se de lançamento fiscal decorrente do descumprimento de obrigação tributária principal, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais, concernente à parcela patronal, incluindo as contribuições para o financiamento das prestações concedidas em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (SAT/GILRAT) e as contribuições destinadas a outras Entidades/Terceiros. O período de lançamento dos créditos previdenciários é de 01/2007 a 12/2008.

Também foi lavrado auto de infração da obrigação tributária acessória prevista no art. 32, inciso IV e § 5º, da Lei 8.212/1991, acrescentados pela Lei 9.528/1997, c/c o art. 225, inciso IV e § 4º, do Decreto 3.048/1999, que consiste em a empresa apresentar a Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP) com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias. AIOA Debcad nº 37.316.216-2 (CFL 68).

A ciência do lançamento fiscal ao sujeito passivo deu-se em 15/03/2012 (fls.01 e 02).

A autuada apresentou impugnação tempestiva (fls. 1489/1822), alegando, em síntese, que:

1. as exigências consignadas no Auto de Infração teriam sido lavradas em razão da exclusão da impugnante do Simples Nacional, formalizada pela fiscalização por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/BRE/SEORT nº 21/2011, pois, no entender da fiscalização, teria sido supostamente praticada pela empresa impugnante a locação de mão-de-obra, atividade diversa daquelas descritas em seus atos constitutivos e cadastradas junto ao seu CNPJ perante a Receita Federal do Brasil, para a qual seria vedada sua opção pela inscrição no aludido regime tributário simplificado;
2. a fiscalização deixou de computar, para fins de dedução e determinação do valor supostamente devido, os valores efetivamente retidos a título de contribuições previdenciárias por tomadores dos serviços prestados pela impugnante, bem como as importâncias efetivamente pagas pela empresa por meio de guias DAS as quais englobam, também, segundo a legislação aplicável à matéria, parcela referente à contribuição previdenciária patronal;
3. se está diante de absoluta falta de suporte jurídico e da completa ausência de prova material acerca da suposta prática, pela impugnante, de condutas que justifiquem a aplicação dos dispositivos legais e infralegais correspondentes, e a conseqüente formalização de tais exigências, bem como em razão da completa inobservância, pela fiscalização federal emitente do lançamento tributário ora contestado, de dispositivos constitucionais e legais que asseguram a aplicação dos princípios da busca pela verdade material, da legalidade, da

motivação, da razoabilidade e a da proporcionalidade aos atos administrativos em geral;

4. DO DIREITO. O CARÁTER INDEVIDO DA EXCLUSÃO DA PETICIONANTE DO SIMPLES NACIONAL

5. a impugnante, embora prestasse serviços nas áreas de nutrição, de cozinha industrial e de fornecimento de alimentação escolar, conforme consta de suas notas fiscais emitidas contra seus clientes contratantes e nos contratos de prestação de serviços analisados pela fiscalização, não desenvolvia tais atividades de sob a forma de cessão de mão-de-obra, razão pela qual não merece prosperar o fundamento para a supostamente válida exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES Nacional;

6. no caso da impugnante, seus funcionários, ainda que alocados nas dependências dos contratantes para execução das atividades aqui referenciadas, não se encontram subordinados aos representantes dos referidas contratantes, não detendo estes qualquer poder de gerência ou de comando sobre os profissionais da contratada, os quais são simplesmente destacados para desenvolver suas atividades fora do estabelecimento da contratada, na forma estabelecida no contrato firmado entre as partes; que, diante de todo o exposto, se afigura absolutamente indevida a exclusão da empresa impugnante do Simples Nacional;

7. DA CONFIGURAÇÃO DA DECADÊNCIA DO DIREITO DA AUTORIDADE FISCAL PARA A CONSTITUIÇÃO DE PARTE DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS CONSIGNADOS NO PRESENTE AIDEBCAD

8. aduz ter ocorrido a extinção do direito de constituir o crédito tributário, por força da decadência, em relação às competências anteriores a março de 2007, em face do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN; cita doutrina e julgados administrativo e judiciais;

9. DO CARÁTER INDEVIDO DA GLOSA DE VALORES PAGOS PELA IMPUGNANTE A TÍTULO DE SALÁRIO-FAMÍLIA E SALÁRIO-MATERNIDADE, BEM COMO DA AUSÊNCIA DE DEDUÇÃO, PELA FISCALIZAÇÃO, DOS VALORES EFETIVAMENTE PAGOS PELA EMPRESA POSTULANTE SOB A RUBRICA DE CONTRIBUIÇÃO PATRONAL POR MEIO DE DOCUMENTOS DE ARRECADAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL "DAS". ILEGITIMIDADE DA GLOSA DE VALORES PAGOS PELA EMPRESA IMPUGNANTE A TÍTULO DE SALÁRIO-FAMÍLIA E SALÁRIO-MATERNIDADE A SEUS COLABORADORES

10. o salário-família é pago aos segurados empregados, exceto os domésticos, e aos trabalhadores avulsos com salário mensal de até

R\$915,05 (novecentos e quinze reais e cinco centavos), para auxiliar no sustento dos filhos de 0 a 14 anos de idade ou inválidos de qualquer idade; que se trata de um benefício concedido pela Previdência Social cujo valor, nos termos da Portaria Interministerial nº 02/2012, varia de acordo com a faixa salarial do beneficiário, de R\$ 22,00 a R\$ 31,22, por filho de até 14 anos incompletos ou inválido;

11. além do benefício acima descrito, a Previdência Social também concede às seguradas gestantes, durante até 120 (cento e vinte) dias, com início entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação pertinente, o salário-maternidade;
12. para fins de pagamento de ambos os benefícios aos seus destinatários, a legislação pátria estabelece que o seu crédito para o(a) trabalhador(a) beneficiário(a) seja feito diretamente pela empresa empregadora/contratante, a qual é concedido o direito de, por sua vez, deduzir as importâncias pagas sob estas rubricas na GPS a ser recolhida, por ocasião da quitação mensal dos valores devidos à Previdência Social; que a impugnante promoveu o crédito dos valores competentes aos beneficiários que lhe prestavam serviços entre 2007 e 2008;
13. a fiscalização procedeu à glosa dos valores deduzidos em seus recolhimentos, não obstante tenha a impugnante apresentado todos os comprovantes dos referenciados pagamentos realizados a seus colaboradores a este título, bem como todos os documentos comprobatórios da observância quanto à satisfação dos requisitos necessários para a configuração da essencial dedução; que, como pode ser observado nas cópias acostadas aos autos, resta comprovado o integral atendimento, pela empresa impugnante, de todos os requisitos autorizadores da necessária e imperiosa dedução dos valores pagos a seus colaboradores a título de salário-família e salário-maternidade quando da determinação das exigências previdenciárias supostamente devidas pela impugnante;
14. INEXISTÊNCIA DE NECESSÁRIA DEDUÇÃO, PELA FISCALIZAÇÃO, DOS VALORES EFETIVAMENTE PAGOS PELA EMPRESA POSTULANTE SOB A RUBRICA DE CONTRIBUIÇÃO PATRONAL POR MEIO DE DOCUMENTOS DE ARRECADAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL "DAS"
15. houve a injustificada desconsideração, por parte da fiscalização, dos valores efetivamente pagos pela empresa postulante sob a rubrica de contribuição patronal por meio de documentos de arrecadação do Simples Nacional (DAS) recolhidos pela empresa por conta de sua condição de pessoa jurídica inscrita no aludido regime tributário; que, durante os anos de 2007 e 2008 o contribuinte apurava e recolhia seus tributos federais no Simples Nacional, nos moldes prescritos pela Lei Complementar nº 123/2006; cita o artigo 14 da Lei Complementar 123/2006; cita doutrina;

16. FALTA DE SUPORTE MATERIAL PARA A IMPOSIÇÃO E A QUANTIFICAÇÃO DAS MULTAS DE OFÍCIO QUALIFICADAS LANÇADAS NO CORPO DO AUTO DE INFRAÇÃO AQUI ATACADO NOS AUTOS AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE E DE PROPORCIONALIDADE
17. a impugnante não pode se conformar com as exigências de multa de ofício que se pretendeu constituir por meio do Auto de Infração, no percentual de 225% (duzentos e vinte e cinco por cento) dos valores formalizados a título de contribuições previdenciárias em sede do Auto de Infração, por conta da suposta prática das infrações descritas e consignadas em documento anexo ao Auto de Infração que, em tese, justificaria a aplicação do disposto no artigo 44 da Lei 9.430/96, tendo em vista, notadamente, a completa ausência de demonstração e de comprovação da efetiva ocorrência das causas que justifiquem a aplicação das referidas penalidades majoradas; transcreve o artigo 44 da Lei 9.430/96;
18. não deve prosperar o acréscimo de multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) das importâncias pretensamente devidas, fixada nos termos do artigo 44, I e § 2º da Lei 9.430/96, por suposta falta de atendimento, por parte da autuada, às requisições formuladas pela fiscalização, haja vista que todos os termos de intimação emitidos pelo agente fiscalizador foram devidamente atendidos pela empresa contribuinte autuada;
19. a autoridade fiscal limitou-se apenas a imputar a multa de 50% em referência e citar o dispositivo legal supostamente aplicável, sem, contudo, descrever a conduta da contribuinte fiscalizada que pretensamente justificaria a fixação de tal penalidade indevidamente estabelecida;
20. DA INAPLICABILIDADE DE JUROS EQUIVALENTES À SELIC EM RELAÇÃO AO DÉBITO FISCAL AQUI ATACADOS NOS AUTOS
21. aduz a inconstitucionalidade e a ilegalidade da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) considerada no cálculo das exigências referentes a contribuições previdenciárias, aduzindo argumentos, doutrina e julgados judiciais em favor da tese;
22. Em relação ao Auto de Infração DEBCAD nº 37.343.4367, conforme instrumento de impugnação, além dos argumentos acima apresentados, aduz o contribuinte:
23. DA IMPROPRIEDADE DOS VALORES LANÇADOS A TÍTULO DE CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS A OUTRAS ENTIDADES DA ILEGITIMIDADE DA CONTRIBUIÇÃO AO SESC/SENAC
24. o Serviço Social do Comércio (SESC) foi criado pela Confederação Nacional do Comércio, com a finalidade de planejar e executar, direta

ou indiretamente, medidas que contribuam para o bem estar social e a melhoria do padrão de vida dos comerciários, conforme dispôs o artigo 1º do Decreto-Lei 9.853/46; que, por sua vez, o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), também criado pela Confederação Nacional do Comércio, tem como objetivo organizar e administrar escolas de aprendizagem comerciais e cursos de especialização, na área do comércio, conforme determinou o artigo 1º do Decreto-Lei 8.621/46; que a legislação instituidora de mencionadas entidades paraestatais estabeleceu que o seu custeio seria promovido pelo recolhimento de contribuições sociais, as quais foram instituídas pelo artigo 3º, § 1º, do Decreto-Lei 9.853/46 (SESC) e pelo artigo 4º do Decreto-Lei 8.621/46 (SENAC); que as mencionadas exações, nos termos do artigo 149 da Constituição Federal de 1988, constituem-se contribuições de interesse de categoria profissional ou econômica, de natureza tributária parafiscal; cita doutrina;

25. DA ILEGITIMIDADE DA CONTRIBUIÇÃO AO INCRA

26. a contribuição ao INCRA se afigura ilegítima à luz do sistema tributário instituído pela Carta Magna de 1988; que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a exação em referência tornou-se incompatível com o recém inaugurado Sistema Tributário Constitucional desenhado na Carta Magna, pois não foi acobertado pelas previsões normatizadas no artigo 195, inciso I, II e III, e menos ainda nas exceções preconizadas no artigo 240 do texto constitucional; que, para a instituição de outras fontes de custeio, faz-se necessária a observância das disposições contidas no § 4o do mesmo artigo 195, da Constituição Federal de 1988;

27. Por fim, em relação ao Auto de Infração DEBCAD nº 37.316.2162, o contribuinte o impugna aduzindo os seguintes argumentos: (i) tem direito de ver reconhecida em seu favor a absoluta falta de suporte legal do lançamento de ofício dos débitos em comento, caracterizada pela notória falta de proporcionalidade e de razoabilidade da imputação de multa pecuniária consignada no Auto de Infração; (ii) conforme restou demonstrado e comprovado nas manifestações ofertadas pela impugnante em face dos demais Autos de Infração (DEBCAD nºs 37.316.2197 e 37.343.4367), as exigências fiscais ali descritas e caracterizadas não merecem prevalecer, em razão de as contribuições ali exigidas serem integralmente indevidas, nos termos da legislação aplicável à espécie.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Campinas/SP – por meio do Acórdão nº 05-38.652 da 6ª Turma da DRJ/CPS (fls. 1925/1950) – considerou o lançamento fiscal procedente em parte, eis que concluiu:

“[...] a) pela procedência parcial da impugnação apresentada ao Auto de Infração DEBCAD nº 37.316.2197, para o efeito de reconhecer a decadência do direito de lançamento em relação às competências 01 e 02/2007, mantendo-se as referidas lavraturas fiscais quanto ao remanescente; e,

b) pela improcedência da impugnação apresentada aos Autos de Infração DEBCAD nº 37.316.2162 e nº 37.343.4367, mantendo-se integralmente os créditos tributários por meio deles constituídos. [...]”

A Notificada apresentou recurso voluntário, manifestando seu inconformismo pela obrigatoriedade do recolhimento dos valores lançados e no mais efetua repetição das alegações da peça de impugnação.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em Barueri/SP informa que o recurso interposto é tempestivo e encaminha os autos ao CARF para processamento e julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Relator

Recurso tempestivo. Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço, em parte, do recurso interposto.

No presente lançamento fiscal ora analisado, constam as contribuições devidas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais, relativas à parcela patronal, incluindo as contribuições destinadas ao SAT/GILRAT e as contribuições destinadas a outras Entidades/Terceiros.

Esclarecemos que a empresa foi excluída do sistema de tratamento tributário diferenciado “SIMPLES”, por meio de processo próprio (13896.722526/2011-10), no qual foi expedido o Ato Declaratório Executivo DRF/BRE/SEORT nº 21/2011, de 31/10/2011, com decisão definitiva na esfera administrativa.

Como os motivos fáticos e jurídicos da exclusão da empresa do “SIMPLES” estão devidamente registrados no processo nº 13896.722526/2011-10, consubstanciado pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 21/2011, iremos afastar e não conhecer todos os motivos que fundamentam o pleito de declaração de ilegalidade ou nulidade do aludido ADE, que não estão em julgamentos nesta oportunidade, pois este não é o momento ou o local oportuno para analisar essas matérias. O foro adequado para a discussão dessas matérias é o respectivo processo instaurado para esse fim (processo nº 13896.722526/2011-10) e não o presente processo de lançamento fiscal de crédito previdenciário oriundo de uma obrigação tributária principal. Esse entendimento está consubstanciado nos artigos 2º e 3º do Regimento Interno do CARF – Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 –, que estabelecem as atribuições (competências) específicas de cada órgão dessa Corte Administrativa.

Regimento Interno do CARF - Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009:

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, dos 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);

Art. 3º. À Segunda Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

(...)

IV - Contribuições Previdenciárias, inclusive as instituídas a título de substituição e as devidas a terceiros, definidas no art. 3º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007;

Por outro lado, o que se deve preponderar, para fins de análise do lançamento fiscal da obrigação tributário-previdenciária principal, é a informação de que a Recorrente permanece excluída desse sistema de recolhimento dos tributos (SIMPLES FEDERAL/SIMPLES NACIONAL), inclusive com decisão definitiva no bojo do processo nº 13896.722526/2011-10.

Diante desse quadro, faremos análise apenas das matérias que não dizem respeito da sua exclusão do sistema “SIMPLES FEDERAL/SIMPLES NACIONAL”.

I) DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL: AIOP Debcad nº 37.316.219-7 (patronal e SAT) e AIOP Debcad nº 37.343.436-7 (Outras Entidades/Terceiros).

A Recorrente alega que seja declarada a extinção dos valores lançados até a competência 02/2007, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN).

Pelos motivos a seguir delineados, tal alegação decadencial será acatada em parte.

Com relação ao AIOP Debcad nº 37.316.219-7, a decisão de primeira instância já reconheceu a decadência até a competência 02/2007, inclusive, por meio do Acórdão nº 05-38.652 da 6ª Turma da DRJ/CPS (fls. 1925/1950).

Por sua vez, para o AIOP Debcad nº 37.343.436-7, registramos que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, negou provimento aos mesmos por unanimidade, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, ambos da Lei 8.212/1991.

Na oportunidade, os ministros ainda editaram a Súmula Vinculante 08 a respeito do tema, a qual transcrevo abaixo:

Súmula Vinculante 8 - STF: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

É necessário observar os efeitos da súmula vinculante, conforme se depreende do art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal que foi inserido pela Emenda Constitucional 45/2004, *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. (g.n.)

Da leitura do dispositivo constitucional, pode-se concluir que, a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

Art. 173. *O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (g.n.)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo Único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Por outro lado, ao tratar do lançamento por homologação, o Códex Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

Art. 150. *O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

(...)

§ 4º *Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça que, nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação. Se, no entanto, o sujeito passivo não efetuar pagamento algum, nada há a ser homologado e, por consequência, aplica-se o disposto no art. 173 do CTN, em que o prazo de cinco anos passa a ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Verifica-se que o lançamento fiscal em tela refere-se às competências 01/2007 a 12/2008 e foi efetuado em 15/03/2012, data da intimação e ciência do sujeito passivo (fls. 01/02).

No caso em tela, trata-se do lançamento de contribuições, cujos fatos geradores o Fisco já reconheceu que a Recorrente efetuou antecipação de pagamento, conforme Relatório Fiscal, decisão de primeira instância (Acórdão nº 05-38.652 da 6ª Turma da DRJ/CPS (fls. 1925/1950) e Discriminativo Analítico do Débito - DAD. Esses documentos afirmam que houve o recolhimento parcial de contribuições devidas. Nesse sentido, a teor do enunciado da súmula 99 do CARF¹ e do art. 3º, § 3º, da Lei 11.457/2007², aplica-se o art. 150, § 4º, do CTN, para considerar que os valores apurados até a competência 02/2007, inclusive, foram abrangidos pela decadência tributária.

Com isso – como o crédito foi constituído com fundamento no direito potestativo do Fisco em lançar os valores das contribuições não recolhidas em época determinada pela legislação vigente –, a preliminar de decadência será acatada em parte, excluindo-se os valores apurados nas competências 01/2007 e 02/2007, já que o lançamento fiscal refere-se ao período de 01/2007 a 12/2008 e as competências posteriores a 02/2007 não foram abarcadas pela decadência tributária.

Diante disso, com relação ao AIOP Debcad nº 37.343.436-7, acata-se parcialmente a preliminar de decadência tributária, excluindo as contribuições apuradas até a competência 02/2007, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN. Após isso, passo ao exame de mérito.

Com relação aos valores recolhidos indevidamente na sistemática do SIMPLES FEDERAL/SIMPLES NACIONAL, referentes à parcela patronal, entendo que todos os valores efetivamente recolhidos, nas competências 03/2007 a 12/2008, deverão ser apropriados no presente lançamento fiscal.

Não há registro no Relatório Fiscal que o Fisco deduziu do montante dos valores apurados aqueles relativos às contribuições previdenciárias patronais e recolhidas de forma equivocada pelo SIMPLES FEDERAL/SIMPLES NACIONAL.

Quando a empresa, de forma equivocada, enquadra-se na condição de optante pelo SIMPLES FEDERAL/SIMPLES NACIONAL e, efetivamente, realiza o pagamento por meio de guia própria criada para essa finalidade, no caso em tela o Documento de Arrecadação do Simples Nacional (DAS), isso evidencia que parcela desse valor destina-se à previdência social nos percentuais estabelecidos pelo art. 23 da Lei 9.317/1996 e pelo art. 13, inciso VI, da LC 123/2006, e devem ser deduzidos das contribuições a que se refere o artigo 3º, alínea “f”, dessa Lei.

Lei 9.317/1996 - SIMPLES FEDERAL:

¹ Súmula 99 do CARF: Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.

² A arrecadação das contribuições para outras Entidades e Fundos Paraestatais deve seguir os mesmos critérios estabelecidos para as contribuições previdenciárias, bem como deverá sujeitar-se aos mesmos prazos, condições, sanções e privilégios designados para as contribuições previdenciárias.

Art. 3º. A pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, na forma do art. 2º, poderá optar pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

§ 1º A inscrição no SIMPLES implica pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições: (...)

f) Contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que tratam a Lei Complementar no 84, de 18 de janeiro de 1996, os arts. 22 e 22A da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991 e o art. 25 da Lei no 8.870, de 15 de abril de 1994. (Redação dada pela Lei nº 10.256, de 9.10.2001) (Vide Lei 10.034, de 24.10.2000)

(...)

Art. 5º. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, será determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal auferida, dos seguintes percentuais:

(...)

Art. 23. Os valores pagos pelas pessoas jurídicas inscritas no SIMPLES corresponderão a:

I - no caso de microempresas: (...)

II - no caso de empresa de pequeno porte: (...)

Lei Complementar (LC) 123/2006 - SIMPLES NACIONAL:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;

II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;

IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

V - Contribuição para o PIS/PASEP, observado o disposto no inciso XII do § te deste artigo;

VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dediquem às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar;

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

*VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.
(grifos nossos)*

Com isso, entendo que assiste razão ao recorrente, eis que a Lei 9.317/1996, que instituiu o SIMPLES FEDERAL, assim como a Lei Complementar 123/2006 que instituiu o SIMPLES NACIONAL, não criaram novas hipóteses de incidência para as contribuições previdenciárias ou para os demais tributos, apenas promoveu tratamento fiscal simplificado para pagamento das contribuições e impostos por elas contemplados, o que implicou que todos fossem apurados através de uma única base de cálculo, a receita bruta mensal, inclusive a contribuição previdenciária, cuja hipótese de incidência é e continua sendo a prestação de serviço remunerado por segurados.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade/ilegalidade das contribuições destinadas ao INCRA, frise-se que incabível seria sua análise na esfera administrativa. Não pode a autoridade administrativa recusar-se a cumprir norma cuja constitucionalidade vem sendo questionada, razão pela qual são aplicáveis os preceitos regulados na Lei 8.212/1991 e demais disposições das legislações vigentes que embasaram o lançamento fiscal ora analisado.

Dessa forma, quanto à inconstitucionalidade/ilegalidade na cobrança das contribuições destinadas ao INCRA, não há razão para a Recorrente. Como dito, não é de competência da autoridade administrativa a recusa ao cumprimento de norma supostamente inconstitucional, razão pela qual são exigíveis as contribuições incidentes sobre a remuneração paga, creditada ou debitada aos segurados empregados.

Isso está em consonância com o Enunciado nº 2 de Súmula do CARF: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Por outro lado, esclarecemos que a matéria já se encontra pacificada no âmbito do poder Judiciário, firmando entendimento de que é devida a contribuição social destinada ao INCRA, conforme se percebe do recente precedente do Superior Tribunal de Justiça, sob a égide da nova Lei de Recursos Repetitivos, confira-se:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PARA O INCRA. EXTINÇÃO PELAS LEIS 7.787/89 OU 8.212/91. NÃO OCORRÊNCIA. EXAÇÃO EXIGÍVEL DAS EMPRESAS URBANAS. ACÓRDÃO EMBARGADO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO. SÚMULA 168/STJ.

1. Agravo regimental contra decisão que indeferiu liminarmente os embargos de divergência (art. 266, § 3º, do RISTJ).

2. A jurisprudência da Primeira Seção, consolidada inclusive em sede de recurso especial repetitivo (REsp 977.058/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 10/11/2008), firmou o entendimento de que a contribuição para o Incra (0,2%) não foi revogada pelas Leis 7.787/89 e 8.213/91, sendo exigível, também, das empresas urbanas.

3. Incidência da Súmula 168/STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado".

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EREsp 803.780/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 30/11/2009)".

Logo, é devida a contribuição destinada ao INCRA, afastando assim as alegações de ilegalidade dessa contribuição.

Com relação às contribuições destinadas ao SESC e SENAC, afasta-se a alegação da Recorrente que tais contribuições são ilegítimas para as empresas prestadoras de serviços, já que o STJ se manifestou-se no sentido de que as empresas prestadoras de serviços devem contribuir com o Serviço Social do Comércio (Sesc) e com o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac). Esse é o teor do enunciado da súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de número 499: "As empresas prestadoras de serviços estão sujeitas às contribuições ao Sesc e Senac, salvo se integradas noutra serviço social".

Acrescenta-se a isso que não há qualquer evidência nos autos que a Recorrente poderia estar integrada noutra serviço social. Assim, os empregados da empresa prestadora de serviço, que é o caso da Recorrente, não podem ser excluídos dos benefícios sociais das entidades em questão (Sesc e Senac) quando inexistente entidade específica a amparar a categoria profissional a que pertencem, no mesmo sentido do teor do Recurso Especial - REsp 1.255.433, relatado pelo ministro Mauro Campbell.

Outro precedente do STJ (REsp 895.878, da ministra Eliana Calmon) apontou que a empresa registrada como sociedade comercial deverá ser contribuinte do Sesc e Senac, afirmando que: "Empresas prestadoras de serviço que auferem lucros, e com esse produto remuneram os seus sócios, são inquestionavelmente estabelecimentos comerciais, à luz do conceito moderno de empresa".

Seguem trechos das decisões do STJ:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA N. 284/STF. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. QUESTÕES NÃO APRECIADAS. SÚMULA 211/STJ. CONTRIBUIÇÕES AO SESC E SENAC. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS. INCIDÊNCIA.

(...)

3. As empresas prestadoras de serviço são aquelas enquadradas no rol relativo ao art. 577 da CLT, atinente ao plano sindical da Confederação Nacional do Comércio CNC e, portanto, estão sujeitas às contribuições destinadas ao SESC e SENAC. Precedente: REsp n. 431.347/SC, Primeira Seção, Rel. Min Luiz Fux, julgado em 23.10.2002; AgRgRD no REsp 846.686/RS. (REsp 967177/PE, Relator o Ministro Mauro Campbell Marques)"

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SESC E SENAC. ENTIDADE HOSPITALAR. ENTIDADE VINCULADA À CONFEDERAÇÃO CUJA INTEGRAÇÃO É PRESSUPOSTO DA EXIGIBILIDADE DA EXAÇÃO. RECEPÇÃO DO ART. 577 CLT E SEU ANEXO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA CONCRETIZADORA DA CLÁUSULA PÉTREA DE VALORIZAÇÃO DO TRABALHO E DIGNIFICAÇÃO DO TRABALHADOR. EMPRESA COMERCIAL. AUTOQUALIFICAÇÃO, MERCÊ DOS NOVOS CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DO CONCEITO. VERIFICAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA LEI À LUZ DO PRINCÍPIO DE SUPRADIREITO DETERMINANDO A APLICAÇÃO DA NORMA AOS FINS SOCIAIS A QUE SE DESTINA, À LUZ DE SEU RESULTADO, REGRAS MAIORES DE HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO.

1. As empresas prestadoras de serviços médicos e hospitalares estão incluídas dentre aquelas que devem recolher, a título obrigatório, contribuição para o SESC e para o SENAC, porquanto enquadradas no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, consoante a classificação do artigo 577 da CLT e seu anexo, recepcionados pela Constituição Federal (art. 240) e confirmada pelo seu guardião, o STF, a assimilação no organismo da Carta Maior.

2. Deveras, dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 240, que: "Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical."

3. As Contribuições referidas visam à concretizar a promessa constitucional insculpida no princípio pétreo da 'valorização do trabalho humano' encartado no artigo 170 da Carta Magna: verbis : "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, (...)" 4. Os artigos 3º, do Decreto-Lei 9853 de 1946 e 4º, do Decreto-lei 8621/46 estabelecem como sujeitos passivos da exação em comento os estabelecimentos integrantes da Confederação a que pertence e sempre pertenceu a recorrente (antigo IAPC; DL 2381/40), conferindo "legalidade" à exigência tributária.

5. Os empregados do setor de serviços dos hospitais e casas de saúde, ex-segurados do IAPC, antecedente orgânico das recorridas, também são destinatários dos benefícios oferecidos pelo SESC e pelo SENAC.

6. As prestadoras de serviços que auferem lucros são, inequivocamente estabelecimentos comerciais, quer por força do seu ato constitutivo, oportunidade em que elegeram o regime jurídico próprio a que pretendiam se submeter, quer em função

da novel categorização desses estabelecimentos, à luz do conceito moderno de empresa.

7. O SESC e o SENAC tem como escopo contribuir para o bem estar social do empregado e a melhoria do padrão de vida do mesmo e de sua família, bem como implementar o aprimoramento moral e cívico da sociedade, beneficiando todos os seus associados, independentemente da categoria a que pertençam;

8. À luz da regra do art. 5º, da LICC – norma supralegal que informa o direito tributário, a aplicação da lei, e nesse contexto a verificação se houve sua violação, passa por esse aspecto teleológico-sistêmico – impondo –se considerar que o acesso aos serviços sociais, tal como preconizado pela Constituição, é um "direito universal do trabalhador", cujo dever correspectivo é do empregador no custeio dos referidos benefícios.

9. Consectariamente, a natureza constitucional e de cunho social e protetivo do empregado, das exações sub judice , implica em que o empregador contribuinte somente se exonere do tributo, quando integrado noutro serviço social, visando a evitar relegar ao desabrigo os trabalhadores do seu segmento, em desigualdade com os demais, gerando situação antiisonômica e injusta.

10. A pretensão de exoneração dos empregadores quanto à contribuição compulsória em exame recepcionada constitucionalmente em benefício dos empregados, encerra arbítrio patronal, mercê de gerar privilégio abominável aos que através a via judicial pretendem dispor daquilo que pertence aos empregados, deixando à calva a ilegitimidade da pretensão deduzida.

11. Recurso especial improvido (REsp. 431.347/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 23/10/2002)."

No julgamento desse REsp. 431.347/SC , o Ministro Relator afirmou que “a expressão estabelecimentos comerciais, para os fins do art. 3º, do Decreto-lei nº 9.853/46 (SESC) e art. 4º, do Decreto-lei n. 8.621/46 (SENAC), inclui não apenas as empresas comerciais stricto sensu, mas também aquelas de prestação de serviços, dado o seu caráter empresarial”.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 240, prescreve que: “Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical”. Logo, são devidas as contribuições destinadas ao Sesc e Senac, afastando assim as alegações de ilegalidade dessas contribuições.

No que corresponde aos documentos acostados aos autos pela Recorrente, referentes às alegações de que os valores de salário-família e de salário-maternidade glosados pelo Fisco seriam indevidos, entende-se que se cuida de documentos incapazes de modificar o lançamento, pois eles referem-se aos documentos apresentados ao Fisco durante o procedimento de auditoria e não apontam para qualquer inconsistência dos valores apurados.

De mais a mais, adotam-se os fundamentos da decisão de primeira instância que bem dirimiu a controvérsia posta nesta Corte Administrativa, nos seguintes termos:

“[...] Em relação aos valores supostamente pagos a título de salário-família e salário-maternidade, as razões do contribuinte não merecem acolhida. Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que a fiscalização somente procedeu à glosa dos valores cuja documentação necessária não foi apresentada pelo contribuinte, conforme anexos aos Termos de Intimação Fiscal nº 07 e 09, constantes dos autos. Em segundo lugar, o farto conjunto probatório juntado pelo contribuinte aos autos, após verificação por este Relator, consiste na própria documentação já apresentada à fiscalização, de forma a não inovar, o sujeito passivo, quanto à demonstração de procedência de seu pedido no que toca aos valores de salário-família e salário-maternidade glosados pela fiscalização. [...]” (Acórdão nº 05-38.652 da 6ª Turma da DRJ/CPS, fls. 1925/1950)

No que tange à arguição de inconstitucionalidade, ou ilegalidade, de legislação previdenciária que dispõe sobre a utilização taxa de juros (taxa SELIC), frise-se que incabível seria sua análise na esfera administrativa. Não pode a autoridade administrativa recusar-se a cumprir norma cuja constitucionalidade vem sendo questionada, razão pela qual são aplicáveis as normas reguladas na Lei 8.212/1991. Isso está em consonância com o Enunciado nº 2 de Súmula do CARF: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Esclarecemos que foi correta a aplicação do índice pelo Fisco, pois o art. 144 do CTN dispõe que o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e rege-se pela lei então vigente, ainda que modificada ou revogada, e a cobrança de juros (taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC) estava prevista em lei específica da previdência social, art. 34³ da Lei 8.212/1991.

Nesse sentido já se posicionou o STJ no Recurso Especial nº 475904, publicado no DJ em 12/05/2003, cujo relator foi o Min. José Delgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COBRANÇA DE JUROS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. A averiguação do cumprimento dos requisitos essenciais de validade da CDA importa o revolvimento de matéria probatória, situação inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. No caso de execução de dívida fiscal, os juros possuem a função de compensar o Estado pelo tributo não recebido tempestivamente. Os juros incidentes pela Taxa SELIC estão previstos em lei. São aplicáveis legalmente, portanto. Não

³ Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/97) Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento.

há confronto com o art. 161, § 1º, do CTN. A aplicação de tal Taxa já está consagrada por esta Corte, e é devida a partir da sua instituição, isto é, 1º/01/1996 (REsp 439256/MG). Recurso especial parcialmente conhecido, e na parte conhecida, desprovido.

A propósito, convém mencionar que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) uniformizou a jurisprudência administrativa sobre a matéria por meio do enunciado da Súmula nº 4 (Portaria MF nº 383, publicada no DOU de 14/07/2010), nos seguintes termos:

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.*

Não tendo o contribuinte recolhido à contribuição previdenciária em época própria, tem por obrigação arcar com o ônus de seu inadimplemento. Caso não se fizesse tal exigência, poder-se-ia questionar a violação ao princípio da isonomia, por haver tratamento similar entre o contribuinte que cumprira em dia com suas obrigações fiscais, com aqueles que não recolheram no prazo fixado pela legislação.

Dessa forma, não há que se falar em ilegalidade de cobrança de juros, estando os valores descritos no lançamento fiscal, em consonância com o prescrito pela legislação previdenciária, eis que o art. 34 da Lei 8.212/1991 dispunha que as contribuições sociais não recolhidas à época própria ficavam sujeitas aos juros SELIC e multa de mora, todos de caráter irrelevável. Isso está em consonância com o próprio art. 161, § 1º, do CTN⁴, pois havendo legislação específica dispondo de modo diverso, abre-se a possibilidade de que seja aplicada outra taxa e, no caso das contribuições previdenciárias pagas com atraso, a taxa utilizada é a SELIC.

O disposto no art. 161 do CTN não estabelece norma geral em matéria de legislação tributária. Portanto, sendo materialmente lei ordinária pode ser alterado por outra lei de igual *status*, não havendo necessidade de lei complementar.

Ainda, conforme estabelecia os arts. 34 e 35⁵ da Lei 8.212/1991, sem as alterações da Lei 11.941/2009, **a multa de mora é bem aplicável pelo não recolhimento em**

⁴ Lei 5.172/1966 – Código Tributário Nacional (CTN):

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.

⁵ Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99)

(...)

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

Documentação emitida conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 12/02/2016 por RONALDO DE LIMA MACEDO, Assinado digitalmente em 12/02/20

16 por RONALDO DE LIMA MACEDO

Impresso em 17/02/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

época própria das contribuições previdenciárias. Além disso, o art. 136 do CTN descreve que a responsabilidade pela infração independe da intenção do agente ou do responsável, e da natureza e extensão dos efeitos do ato.

Dessa forma, não há que se falar em ilegalidade de cobrança da multa, estando os valores descritos no lançamento fiscal, bem como os seus fundamentos legais, em consonância com o prescrito pela legislação previdenciária.

No que tange à multa aplicada na competência 12/2008, entende-se que o percentual aplicado não merece reparo, e a alegação de que o valor calculado é desproporcional não será acatado, já que o Fisco demonstrou a conduta fraudulenta da Recorrente em razão dos seguintes fatos:

1. enviou as DIPJ relativas ao período de 01/07/2007 a 31/12/2007 e de 01/01/2008 a 31/12/2008 “zeradas”, contendo erro quanto ao código de atividade informado nas DIPJ (46.656/00 Comércio atacadista de máquinas e equipamentos para uso comercial; partes e peças), em detrimento da informação da real atividade;
2. DIPJ de 2008, para o período de 01/07/2007 a 31/12/2007, ficha 02 DADOS CADASTRAIS, foi informado que o Sr. Fabiano Iuquio Mori era o representante da Empresa, enquanto que na ficha 50, Identificação dos sócios ou titular, constam os Srs. Alessandro Mori Pegoraro e Fabiano Iuquio Mori, como sendo os sócios, com 50% de participação cada um. Segundo a alteração de contrato social de 01/10/2005, com registro na JUCESP em 17/05/2006, esses dois sócios se retiraram da empresa;
3. DIPJ de 2009, ano calendário 2008, ficha 02, dados cadastrais, o Sr. Fabiano Iuquio Mori foi informado como o representante do contribuinte, enquanto na ficha 50 o mesmo foi informado como sócio, com 5% de participação;
4. na ficha 61B das DIPJ, exercício 2008 e 2009, anos calendário 2007 (de 01/07/2007 a 31/12/2007) e 2008, linha 11, consta a informação de que o contribuinte tem escrituração contábil. O contribuinte não apresentou nenhuma DCTF/DACON, deixando de informar ao Fisco todo e qualquer valor devido a título de impostos e contribuições federais;
5. em atendimento às intimações fiscais, o contribuinte declarou que não entregou DCTF. Em relação à real atividade da empresa, muito embora conste como o "comércio atacadista de máquinas e

d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa; (Redação dada pela Lei nº 9.876/99).

(...)

§ 4º Na hipótese de as contribuições terem sido declaradas no documento a que se refere o inciso IV do art. 32, ou quando se tratar de empregador doméstico ou de empresa ou segurado dispensados de apresentar o citado documento, a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos será reduzida em cinquenta por cento. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.876/99)

equipamentos para uso comercial; partes e peças" (código 46.65600), pelas folhas de pagamento apresentadas, todos os funcionários da área operacional, ostentam funções ligadas à área da alimentação, quais sejam: merendeira, cozinheira, auxiliar de cozinha, nutricionista, auxiliar de serviços de alimentação e ajudante de cozinha, de modo que não se negar que a real atividade do contribuinte não é a que foi informada no CNPJ;

6. a quantidade média de segurados empregados para o período fiscalizado foi de 320 empregados, acrescida de aproximadamente 75 sócios cotistas. Tendo em vista a não apresentação da escrituração contábil, nada foi localizado sobre eventuais pagamentos feitos aos sócios cotistas, bem como nada foi declarado em GFIP sobre os mesmos;
7. das notas fiscais de saída apresentadas, todas elas se referem à prestação de serviços e, em nenhuma delas houve destaque de venda de qualquer produto;
8. nas GFIP de todo o período objeto da fiscalização, o contribuinte apresentou GFIP, informando o código de optante pelo Simples (código 2), o que não é o caso. Tal comportamento teve a flagrante intenção da ocultação perante o Fisco Federal, dos valores devidos a título de contribuição previdenciária patronal e GILRAT e para Terceiros, já que o contribuinte estava ciente de que não poderia ser optante pelo Simples, tanto assim que a partir de 01/07/2007 até 31/12/2008 apresentou as suas DIPJ com opção pelo lucro presumido.

Além disso, a Recorrente deixou de apresentar a escrituração contábil ao Fisco, devidamente intimada por meio do Termo de Início de Procedimento Fiscal, lavrado em 08/11/2010 até o último Termo de Intimação Fiscal (Termo nº 11, lavrado em 16/12/2011). Também não apresentou os contratos de prestação de serviços, os arquivos digitais – relativos à folha de pagamento e contabilidade –, extratos bancários e Lalur.

Diante desses fatos noticiados, entende-se que a multa aplicada na competência 12/2008 deve ser mantida em sua integralidade, já que o Fisco demonstrou a conduta fraudulenta da Recorrente, a qual visava ao pagamento da contribuição previdenciária a menor, a teor do artigo 44, §§ 1º e 2º, da Lei 9.430/1996⁶.

II) DA OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA: AIOA Debcad nº 37.316.216-2 (CFL 68).

⁶ Lei 9.430/1996:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

I - prestar esclarecimentos;

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991;

A Recorrente alega que seja declarada a extinção dos valores lançados até a competência 02/2007, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN).

Tal alegação não será acatada pelos motivos a seguir delineados.

Inicialmente, constata-se que o lançamento fiscal em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei 8.212/1991.

Entretanto, a decadência deve ser verificada considerando-se a Súmula Vinculante nº 8, editada pelo Supremo Tribunal Federal, que dispôs o seguinte:

Súmula Vinculante nº 8 do STF: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Vale lembrar que os efeitos da súmula vinculante atingem a administração pública direta e indireta nas três esferas, conforme se depreende do art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal que foram inseridos pela Emenda Constitucional 45/2004, *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.** (g.n.)

Da análise do caso concreto, verifica-se que embora se trate de aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, há que se verificar a ocorrência de eventual decadência à luz das disposições do Código Tributário Nacional que disciplinam a questão ante a manifestação do STF quanto à inconstitucionalidade do art. 45 da Lei 8.212/1991.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo Único - O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Quanto ao lançamento por homologação, o Código Tributário definiu no art. 150, §4º, o seguinte:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º. Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

No caso, como se trata de aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória não há que se falar em antecipação de pagamento por parte do sujeito passivo, assim, para a apuração de decadência, aplica-se a regra geral contida no art. 173, inciso I, do CTN.

Assim – como a autuação se deu em **15/03/2012**, data da ciência do sujeito passivo (fl. 01/02), e a multa aplicada decorre do período compreendido entre **01/2007 a 12/2008**, percebe-se que as competências posteriores a 12/2006 não foram atingidas pela decadência tributária, nos termos do art. 173, inciso I, do CTN.

Com isso – como o crédito foi constituído com fundamento no direito potestativo do Fisco em lançar os valores da multa determinados pela legislação vigente –, a preliminar de decadência não será acatada, eis que o lançamento fiscal refere-se ao período de 01/2007 a 12/2008 e as competências posteriores a 12/2006 não estão abarcadas pela decadência tributária.

Com relação ao procedimento utilizado pela auditoria fiscal, a Recorrente alega que não houve cumprimento da legislação vigente.

Tal alegação não será acatada, eis que o Fisco cumpriu a legislação de regência, ensejando o lançamento de ofício em decorrência da Recorrente ter incorrido no descumprimento de obrigação tributária acessória, conforme os fatos e a legislação a seguir delineados.

Verifica-se que a Recorrente não informou ao Fisco, por intermédio da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), todos os fatos geradores das contribuições previdenciárias, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais. Os valores da remuneração dos segurados foram devidamente delineados no Relatório Fiscal e nos AIOP nºs 37.316.219-7 e 37.343.436-7.

Com isso, a Recorrente incorreu na infração prevista no art. 32, inciso IV e § 5º, da Lei 8.212/1991, transcrito abaixo:

Lei 8.212/1991 – Lei de Custeio da Previdência Social (LCPS):

Art. 32. A empresa é também obrigada a:

(...)

IV - informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS.

(...)

§ 5º. A apresentação do documento com dados não correspondentes aos fatos geradores sujeitará o infrator à pena administrativa correspondente à multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no parágrafo anterior. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

Esse art. 32, inciso IV e § 5º, da Lei 8.212/1991 é claro quanto à obrigação acessória da empresa e o Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto 3.048/1999, complementa, delineando a forma que deve ser observada para o cumprimento do dispositivo legal, como, por exemplo, o preenchimento e as informações prestadas são de inteira responsabilidade da empresa, conforme preceitua o seu art. 225, inciso IV e §§ 1º a 4º:

Decreto 3.048/1999 – Regulamento da Previdência Social:

Art. 225. A empresa é também obrigada a:

(...)

IV - informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social, por intermédio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, na forma por ele estabelecida, dados cadastrais, todos os fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse daquele Instituto;

§ 1º As informações prestadas na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social servirão como base de cálculo das contribuições arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, comporão a base de dados para fins de cálculo e concessão dos benefícios previdenciários, bem como constituir-se-ão em termo de confissão de dívida, na hipótese do não-recolhimento.

§ 2º A entrega da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social deverá ser efetuada na rede bancária, conforme estabelecido pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, até o dia sete do

mês seguinte àquele a que se referirem as informações. (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 29/11/1999)

§ 3º A Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social é exigida relativamente a fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 1999.

§ 4º O preenchimento, as informações prestadas e a entrega da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social são de inteira responsabilidade da empresa.

Nos termos do arcabouço jurídico-previdenciário acima delineado, constata-se, então, que a Recorrente – ao não incluir na GFIP todos os fatos geradores das contribuições previdenciárias, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais – incorreu na infração prevista no art. 32, inciso IV e § 5º, da Lei 8.212/1991, c/c o art. 225, inciso IV e §§ 1º a 4º, do Regulamento da Previdência Social (RPS).

Portanto, o procedimento utilizado pela auditoria fiscal para a aplicação da multa foi devidamente consubstanciado na legislação vigente à época da lavratura do auto de infração. Ademais, não verificamos a existência de qualquer fato novo que possa ensejar a revisão do lançamento em questão nas alegações registradas na peça recursal da Recorrente.

No que tange à alegação de que a imposição das multas por descumprimento de obrigação principal e por descumprimento de obrigação acessória estaria incorreta, essa alegação não será acatada, pois foi aplicado o princípio da retroatividade benéfica, a teor do inciso II do artigo 106 do Código Tributário Nacional (CTN).

Cumprе esclarecer que a Medida Provisória (MP) 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009, revogou o artigo 32, parágrafo 5º da Lei 8.212/91, alterou o artigo 35 e incluiu os artigos 32-A e 35-A nessa mesma lei, e, com isso, houve modificação nas regras para aplicação de multa decorrente do descumprimento de obrigações acessórias relativas à GFIP, que é o caso dos autos.

Em decorrência das modificações promovidas pela MP 449/2008 nos artigos 32 e 35 da Lei 8.212/91, convertida na Lei 11.941/2009, o Fisco apresentou comparativo das penalidades previstas à época dos fatos e à época da autuação, e aplicou a multa benéfica ao contribuinte, conforme previsão do inciso II do artigo 106 do Código Tributário Nacional. Diante desse quadro, somente houve a aplicação da multa oriunda da obrigação acessória, AIOA Debcad nº 37.316.216-2 (CFL 68) – para as competências 03/2007, 03/2008, 04/2007, 05/2007, 05/2008, 06/2007, 06/2008, 07/2007, 07/2008, 08/2007, 08/2008, 09/2007, 10/2007, 11/2007, 11/2008, e 12/2007 –, e de forma simultânea a aplicação da multa de mora pelo não cumprimento da obrigação principal no tempo oportuno, com fundamento no artigo 35 da Lei 8.212/91, na redação da Lei 9.876/99, além do recolhimento do valor referente à própria obrigação principal, conforme Anexo III do Relatório Fiscal.

Para as demais competências do lançamento, aplicou-se a multa de ofício prevista no artigo 44 da Lei 9.430/1996, na redação dada pela Lei 11.488/2007, além do lançamento do valor relativo às contribuições devidas (Anexo III do Relatório Fiscal).

Assim, afastam-se tanto a alegação da Recorrente de que deveria ser aplicada a multa prevista no art. 32-A da Lei 8.212/1991, na redação dada pela Lei 11.941/2009, para a obrigação acessória, como a alegação de que não se deveria aplicar a multa de ofício prevista no artigo 44 da Lei 9.430/1996, na redação dada pela Lei 11.488/2007, já que a situação

apresentada pelo Fisco no quadro comparativo entre o total da multa anterior e o total multa atual (Anexo III do Relatório Fiscal) representa um contexto fático mais benéfico ao contribuinte, conforme preconiza o princípio da retroatividade benéfica tributária, previsto no inciso II do artigo 106 do Código Tributário Nacional.

Portanto, o procedimento utilizado pela auditoria fiscal para a aplicação da multa foi devidamente embasado na legislação vigente à época da lavratura do auto de infração. Ademais, nas alegações registradas na peça recursal da Recorrente não se verificou a existência de qualquer fato novo que possa ensejar a revisão da multa aplicada.

CONCLUSÃO:

Voto no sentido de **CONHECER, em parte**, do recurso e, na parte conhecida, **DAR PARCIAL PROVIMENTO** para reconhecer que:

(i) com relação ao AIOP Debcad nº 37.343.436-7, sejam excluídos, em razão da decadência, os valores apurados nas competências 01/2007 e 02/2007; e

(ii) eventuais pagamentos na sistemática do SIMPLES, realizados exclusivamente pela Recorrente e referentes à parcela patronal, sejam aproveitados no presente lançamento fiscal, nos termos do voto.

Ronaldo de Lima Macedo.