



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

Processo nº 13971.003942/2008-70
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2301-003.516 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2013
Matéria TERCEIROS
Recorrente BRASIL REAL INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES DE JEANS LTDA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2002 a 28/02/2008

CONTRIBUIÇÃO A TERCEIRAS ENTIDADES

Toda empresa está obrigada a recolher a contribuição devida aos Terceiros, incidente sobre a totalidade da remuneração paga aos segurados empregados.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO - AUSÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO DO TRIBUTO.

Não havendo recolhimento antecipado da contribuição devida aos Terceiros, incidente sobre a remuneração paga pela empresa aos segurados a seu serviço, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 173, do CTN, pois trata-se de lançamento de ofício.

MULTA. RETROATIVIDADE.

Incide na espécie a retroatividade benigna prevista na alínea “c”, do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, devendo a multa lançada na presente autuação ser calculada nos termos do artigo 35 caput da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, se mais benéfica ao contribuinte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a) em conhecer parcialmente do recurso, nos termos do voto da Relatora; II) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do(a) Redator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram em manter a multa aplicada. Redator: Adriano Gonzáles Silvério

MARCELO OLIVEIRA - Presidente.

BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Relator.

Adriano Gonzáles Silvério - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silvério, Bernadete de Oliveira Barros, Wilson Antonio de Souza Correa, Mauro José Silva, Manoel Coelho Arruda Júnior

Relatório

Trata-se de crédito lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas às Terceiras Entidades e Fundos, SESI, SENAI, INCRA, SEBRAE e FNDE, incidentes sobre a remuneração dos segurados a seu serviço.

Conforme Relatório Fiscal (fls.52), o fato gerador da contribuição lançada é a remuneração paga aos segurados empregados a serviço da empresa, e não declaradas em GFIP.

A autoridade autuante informa que os elementos de prova que motivaram a exclusão da autuada do SIMPLES e do SIMPLES NACIONAL constam dos processos de Representações Administrativas nºs 13971.00397612008-64 e 13971.00397712008-17, fls. 09 a 207 e 09 a 173, respectivamente e lista as empresas que, segundo entende, integram Grupo Econômico de fato, fundamentando a responsabilidade solidária no art. 124, I e II, do CTN, e no art. 30, IX, da Lei 8.212/91.

A recorrente impugnou o débito e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 07-15.032, da 6ª Turma da DRJ/FNS (fls. 104), julgou o lançamento procedente em parte, excluindo do débito o lançamento efetuado na competência 12/2002, tendo em vista que a exclusão da empresa do SIMPLES surtiu efeito somente a partir de 01/01/2003, e observando que deve ser desconsiderada a solidariedade entre as empresas integrantes do Grupo Econômico de fato, uma vez que as outras entidades e fundos não estão inseridas na responsabilidade solidária prevista na Lei nº. 8.212/91.

Inconformada com a decisão, a autuada, apresentou recurso tempestivo (fls. 110), repetindo basicamente as alegações já apresentadas na impugnação.

Inicialmente, reafirma que a exclusão do Simples foi contestada pela recorrente através de Impugnação contra o Atos Declaratórios Executivos 43 e 47/2008, protocolizados, tempestivamente, na Delegacia da Receita Federal em Blumenau/SC, estando, portanto, a *sub judice*, não sendo definitiva, dependendo de evento futuro e incerto para o fisco.

Preliminarmente, reitera que a fiscalização fez incidir multa exacerbada de 150% sobre o Imposto de Renda que considerou devido, contrariando, dessa forma, o artigo 150, IV, da Constituição da República.

Entende que a sanção tributária tem por finalidade dissuadir o possível devedor de eventual descumprimento da obrigação a que estiver sujeito, não podendo nunca ser utilizada como expediente ou técnica de arrecadação, como verdadeiro tributo disfarçado, e reafirma que a multa aplicada é inconstitucional, assim como a aplicação da taxa SELIC para fins tributários.

Alega divergência entre Pareceres da COSIT referentes às improcedências dos reflexos de PIS e COFINS quando o regime de tributação no IRPJ foi o lucro arbitrado, entendendo que, por extensão e analogia, a CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, também improcede.

Argumenta que, in casu, mantidas as tributações reflexas - PIS, COFINS e CSLL, o Sr. Julgador deverá representar ao seu superior hierárquico, porque provocado um conflito de divergência.

No mérito, insiste na necessidade de se comprovar o dolo de sonegação, alegando que o artigo 44, da Lei nº 9.430/96, ao recepcionar, no inciso II, o disposto nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, restringiu a aplicação da multa de 150% ao evidente intuito de fraude, possuindo uma conotação mais ampla, "ação ou omissão dolosa...", o que é diferente de evidente intuito de fraude.

Tenta demonstrar a ilegalidade da exclusão da empresa do SIMPLES e defende a observância do Princípio da Proporcionalidade na aplicação da penalidade pecuniária.

Sustenta a ocorrência da prescrição do direito de se cobrar o débito, argumentando que a Autoridade Fazendária dispõe de cinco anos para efetivar lançamento suplementar, caso discorde do montante declarado pelo contribuinte, ressaltando que tal episódio não se verificou em nenhum momento.

Por meio da Resolução 2301-000.204, de 13/03/2012, esta Turma decidiu converter o julgamento em diligência, a fim de obter informações acerca dos motivos da exclusão da empresa do SIMPLES, bem como o teor das decisões prolatadas nos processos que discutem a citada exclusão.

Em cumprimento à diligência, a autoridade autuante se manifestou, conforme Informação Fiscal de fls. 922, juntando aos autos cópias dos processos de exclusão do SIMPLES, e esclarecendo que os recursos apresentados contra a decisão que manteve a exclusão não foram conhecidas, tendo em vista a intempestividade das impugnações.

Cientificada da Resolução do Carf e do resultado da diligência, a recorrente não se manifestou

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Bernadete de Oliveira Barros

O recurso é tempestivo e todos os pressupostos de admissibilidade foram cumpridos, não havendo óbice ao seu conhecimento.

Da análise do recurso apresentado, registro o que se segue.

Inicialmente, a recorrente alega que contestou sua exclusão do Simples por meio de Impugnação contra os Atos Declaratórios Executivos 42 e 46/2008, protocolizados, tempestivamente, na Delegacia da Receita Federal em Blumenau/SC, estando, portanto, a *sub judice*, não sendo definitiva, dependendo de evento futuro e incerto para o fisco.

Contudo, em diligência determinada por esta Turma de Julgamento, a fiscalização informou, e comprovou por meio de documentos e telas extraídas dos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil, anexados aos autos, que os recursos apresentados contra as decisões administrativas relativas aos referidos Atos não foram conhecidos em razão de intempestividade das impugnações.

Assim, não procedem os argumentos da recorrente, tendo sido demonstrado, nos autos, a exclusão da empresa dos referidos sistemas de tributação.

Cumprir observar que, cientificada do resultado da diligência, a recorrente não se manifestou.

Em relação aos argumentos relativos à omissão de receitas, presunção de utilização de pessoas interpostas, PIS, COFINS e CSLL, multa de 150% sobre Imposto de Renda, verifica-se que tratam-se de matérias estranhas e totalmente impertinentes ao lançamento discutido por meio do presente processo administrativo fiscal, o que constitui razão para o não conhecimento dessa parte do recurso, motivo pelo qual serão objeto de análise por esta Conselheira.

A fiscalização deixa muito claro, nos relatórios que integram o AI, que o lançamento se refere à contribuição devida terceiros, incidente sobre a remuneração paga aos segurados empregados que lhe prestaram serviços.

E nem mesmo a fiscalização fundamentou o AI no art. 32, IV § 5º, acrescido pela Lei 9528/97, conforme afirma equivocadamente a autuada em seu recurso.

No que tange à alegação de que o débito com prazo anterior superior a cinco anos anteriores disposto neste processo encontra-se prescrito, cumpre observar que não há, no lançamento em discussão, a figura jurídica da prescrição.

Quanto à decadência, verifica-se que a fiscalização lavrou

No entanto, conforme bem entenderam as autoridades julgadoras de primeira instância, o caso presente se refere a contribuição devida e não recolhida aos Terceiros,

tratando-se, portanto, de lançamento de ofício, para o qual não houve adiantamento do tributo, caso em que se aplica o disposto no art. 173, do CTN, transcrito a seguir:

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.*

O AI foi consolidado em 13/10/2008, e sua cientificação ao sujeito passivo se deu em 24/10/2008, conforme AR de fls. 60.

Dessa forma, considerando o exposto acima, constata-se que não se operara a decadência do direito de constituição do crédito, pois, para as competências compreendidas entre 12/2002 a 02/2008, inicia-se a contagem do prazo em 01/01/2003, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do dispositivo legal transcrito acima.

Portanto, a partir da competência 12/2002, o Fisco se encontra ainda no direito de cobrar a contribuição devida lançada.

Portanto, os argumentos relativos à prescrição restaram prejudicados.

A autuada entende, ainda, que houve agravamento de multa de 50%.

Contudo, não se verifica o agravamento alegado, tendo o agente autuante aplicado a multa prevista nos normativos legais que regem o lançamento fiscal.

A recorrente poderia fazer jus à benesse de 50% de redução da multa, caso os fatos geradores tivessem sido declarados em GFIP, o que não ocorreu no presente caso.

Dessa forma, foi aplicada a multa correta, prevista para os lançamentos de contribuições incidentes sobre remunerações não declaradas em GFIP.

E sendo o lançamento um ato vinculado e não sendo facultado ao servidor público eximir-se de aplicar a lei, a Autoridade Fiscal, ao constatar que a empresa autuada remunerou segurados que lhe prestaram serviços e deixou de recolher a contribuição incidente devida às Terceiras Entidades, lavrou o competente AI, em observância à legislação que rege a matéria.

E o lançamento foi acrescido de juros e multa, conforme normativos legais vigentes à época.

Nesse sentido, constata-se que o AI foi lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam a matéria, tendo o agente autuante demonstrado, de forma clara e precisa, a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, fazendo constar,

nos relatórios que compõem a Autuação, os fundamentos legais que amparam o procedimento adotado e as rubricas lançadas.

O Relatório Fiscal traz todos os elementos que motivaram a lavratura do AI e o relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, encerra todos os dispositivos legais que dão suporte ao procedimento do lançamento, separados por assunto e período correspondente, garantindo, dessa forma, o exercício do contraditório e ampla defesa ao autuado.

A autuada insurge-se, ainda, contra a multa aplicada, alegando que a mesma é exacerbada de 150%, contrariando, dessa forma, o artigo 150, IV, da Constituição da República.

Entende que a sanção tributária tem por finalidade dissuadir o possível devedor de eventual descumprimento da obrigação a que estiver sujeito, não podendo nunca ser utilizada como expediente ou técnica de arrecadação, como verdadeiro tributo disfarçado, e reafirma que a multa aplicada é inconstitucional, assim como a aplicação da taxa SELIC

No entanto, cumpre observar que, conforme entendimento fixado no Parecer CJ 771/97, “o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional, o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei porque o seu destinatário entende ser inconstitucional quando não há manifestação definitiva do STF a respeito”.

Dessa forma, o foro apropriado para questões dessa natureza não é o administrativo.

É oportuno salientar que a utilização da Taxa SELIC para atualizações e correções dos débitos apurados encontra respaldo no art. 34, da Lei 8.212/91 e a multa encontra-se amparada no art. 35 do mesmo diploma legal, vigente à época da lavratura do AI.

Cabe destacar, ainda, que a atividade administrativa é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais. Nesse sentido, o ilustre jurista Alexandre de Moraes (curso de direito constitucional, 17ª ed. São Paulo. Editora Atlas 2004.314) colaciona valerosa lição: *“o tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de vontade subjetiva. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sem em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica”*

Ademais, o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, veda aos Conselhos de Contribuintes afastar aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme disposto em seu art. 62.

E o Conselho Pleno, no exercício de sua competência, uniformizou a jurisprudência administrativa sobre tais matérias, por meio dos Enunciados 02/2007 e 03/2007, transcritos a seguir:

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

Enunciado nº 03:

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.

Portanto, a penalidade aplicada encontra fundamento nos dispositivos legais discriminados nos relatórios que compõem o Auto de Infração.

Mister lembrar que o descumprimento de obrigações legais, sejam elas acessórias ou principais, sempre prejudica o erário, e é com o objetivo do melhor funcionamento da administração tributária, para que não se faça letra morta à lei e se evite a sonegação fiscal em massa é que o legislador impôs a penalidade pecuniária ao sujeito passivo que vilipendia obrigação legal a todos imposta.

A recorrente argumenta, ainda, que há necessidade de se comprovar o dolo de sonegação, e que o artigo 44, da Lei nº 9.430/96, ao recepcionar, no inciso II, o disposto nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, restringiu a aplicação da multa de 150% ao evidente intuito de fraude, possuindo uma conotação mais ampla, "ação ou omissão dolosa...", o que é diferente de evidente intuito de fraude.

Todavia, cumpre salientar que a autoridade fiscal autuante não é titular da pretensão punitiva estatal, cabendo-lhe apenas representar ao órgão competente — no caso, ao Ministério Público Federal — a quem caberá tipificar o fato e oferecer ou não a denúncia. Logo, o que é pertinente na Representação Fiscal para Fins Penais é tão-somente o relatório dos fatos e não a sua tipificação penal, devendo-se enfatizar, ainda, que o resultado da persecução penal não interfere no julgamento do processo administrativo fiscal, eis que distintos os seus objetos.

Nesse sentido, a auditoria fiscal agiu no estrito dever funcional, uma vez que tomou ciência da ocorrência, em tese, de crime contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, da Lei nº 8.137/90.

Portanto, não cabe nesta instância administrativa discutir a ocorrência ou não de crime, devendo a recorrente apresentar suas alegações perante o órgão competente para a apuração do ilícito.

Nesse sentido e,

CONSIDERANDO tudo mais que dos autos consta;

Voto no sentido de CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO VOLUNTÁRIO para, na parte conhecida, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Bernadete de Oliveira Barros - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Adriano Gonzáles Silvério, Redator Designado

Conforme decidido pela E. 1ª Turma, a divergência ora versada diz respeito apenas em relação à aplicação da multa, em virtude das alterações sofridas pela legislação face a Lei 11.941/09 e, em atenção, ao disposto no artigo 106 do Código Tributário Nacional.

Segundo as novas disposições legais, a multa de mora que antes respeitava a gradação prevista na redação original do artigo 35, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, passou a ser prevista no caput desse mesmo artigo, mas agora limitada a 20% (vinte por cento), uma vez que submetida às disposições do artigo 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Incabível a comparação da multa prevista no artigo 35-A da Lei nº 8.212/91, já que este dispositivo veicula multa de ofício, a qual não existia na legislação previdenciária à época do lançamento e, de acordo com o 106 do Código Tributário Nacional deve ser verificado o fato punido.

Ora se o fato “atraso” aqui apurado era punido com multa moratória, conseqüentemente, com a alteração da ordem jurídica, só pode lhe ser aplicada, se for o caso, a novel multa moratória, prevista no caput do artigo 35 *caput* acima citado.

Em princípio houve beneficiamento da situação do contribuinte, motivo pelo qual incide na espécie a retroatividade prevista na alínea “c”, do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, devendo ser a multa lançada na presente autuação calculada nos termos do artigo 35 caput da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

Ante o exposto, VOTO no sentido de **CONHECER** o recurso voluntário e, no mérito, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO** para determinar, se mais benéfica ao contribuinte, que a multa seja calculada nos termos do artigo 35 caput da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.