



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

Processo nº 13971.003959/2008-27
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-002.787 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de novembro de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS
Recorrente TERRA BRASIL INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES DE JEANS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/03/2005 a 28/02/2008

EXCLUSÃO DO REGIME TRIBUTÁRIO DO SIMPLES:
RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO AOS TERCEIROS.
RETROAÇÃO A DATA DO DA EXCLUSÃO.

São devidas pelas empresas excluídas do SIMPLES as contribuições para outras entidades e fundos a partir da data em que a exclusão começou a produzir seus efeitos.

MULTA CARÁTER CONFISCATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Não pode a autoridade fiscal ou mesmo os órgãos de julgamento administrativo afastar a aplicação da multa legalmente prevista, sob a justificativa de que tem caráter confiscatório.

GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE PELO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES COM A SEGURIDADE SOCIAL

As empresas integrantes de grupo econômico respondem solidariamente pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso, de modo que sejam excluídas, para as competências 01 e 02/2008, a multa correspondente a erro no código de opção pelo Simples na GFIP.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento o(a)s Conselheiro(a)s Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Souza, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata o presente processo do Auto de Infração n. 37.191.122-2 decorrente do descumprimento de obrigação acessória, cuja penalidade assumiu o valor de R\$ 318.735,39 (trezentos e dezoito mil, setecentos e trinta e cinco reais e trinta e nove centavos).

Nos termos do Relatório Fiscal da Infração, a autuada deixou de incluir na Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social GFIP as remunerações de segurados empregados e contribuintes Individuais, nas competências 10/2005; 11/2005; 12/2005; 01/2006; 09/2006 e 10/2006.

Afirma-se ainda que o campo referente à opção pelo Simples foi declarado incorretamente, no período 03/2005 a 02/2008, conforme Representações Administrativas para exclusão do Simples Federal e do Simples Nacional e correspondentes Atos Declaratórios Executivos, processos n.ºs 13971.003976/2008-64 e 13971.003977/2008-17, respectivamente.

De acordo com o Fisco, tal enquadramento incorreto alterou para menor o valor devido à Previdência Social, uma vez que não foram declaradas as contribuições patronais devidas sobre as remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais a seu serviço.

A empresa apresentou impugnação, na qual, em apertada síntese, alegou:

a) a inconstitucionalidade da multa de 150%, aplicada no Auto de Infração em lide, por ter caráter confiscatório e malferir o disposto no art. 150, inciso IV, da Lei Maior;

b) a ilegalidade da SELIC, pelo caráter remuneratório e não moratório, o que atropela o disposto no art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional (CTN) e afronta à Constituição;

c) a improcedência das tributações reflexas — PIS, COFINS e CSLL, referindo-se a pareceres no âmbito da SRF sobre a matéria, concluindo por dizer que, mantidas as tributações reflexas (PIS, COFINS e CSLL), o julgador deverá proceder de acordo com o disposto no art. 48 da Lei nº. 9430/96;

d) que o fisco não constatou nenhuma omissão de receita, o que, no seu entendimento, prova e comprova a fragilidade e inconsistência do dolo imputado à impugnante;

e) que houve ilegalidade na exclusão da empresa do SIMPLES, argumentando que este fere a legislação de regência, tanto na inadequação do ato, quanto aos efeitos retroativos;

f) que a afirmação quanto à existência de sócio participando com mais de 10% do capital social de outra empresa, o que ultrapassaria o limite estabelecido em lei, é uma inverdade;

g) que o Dr. Ari Salésio Brasil é procurador da empresa e não se enquadra na condição de "interposta pessoa";

h) que a multa aplicada no patamar de 150% fere o princípio da proporcionalidade

i) que inexistiu nos autos à caracterização do grupo econômico;

j) que não restou comprovada a ação dolosa dos sócios, ou a intenção deliberada de formar um grupo econômico;

k) ocorreu a prescrição do débito.

Por fim, requereu a nulidade dos lançamentos tributários, o reconhecimento da prescrição e o afastamento da caracterização de "grupo econômico".

A DRJ em Florianópolis afastou todas alegações defensórias, todavia, declarou procedente em parte o lançamento, de modo que se aplicasse a multa mais benéfica na comparação da penalidade aplicada no presente AI com aquela prevista na Lei n. 8.212/1991, na redação dada pela Lei n. 11.941/2009.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário, no qual alegou que contestou os Atos Declaratórios Executivos n°s 45 e 48/2008, protocolizados na Delegacia da Receita Federal de Blumenau/SC. A exclusão em questão, estando *sub judice*, não é definitiva, dependendo de evento futuro e incerto para o fisco até que haja o trânsito em julgado.

Depois afirma que a multa, no patamar em que foi aplicada, fere o princípio da proporcionalidade.

Contesta a infração alegando que o Fisco deixou de demonstrar quais foram os segurados, cuja remuneração não foi declarada na guia informativa. Quanto ao erro na declaração do código de opção pelo Simples, afirma que informou o código correto conforme o seu regime tributário na época da ocorrência dos fatos geradores.

Afirma também que para as competências 01 e 02/2008 declarou não ser optante pelo Simples, conforme GFIP enviadas em 29/04/2008. Portanto, não há o que se falar em declaração incorreta.

Alega que, quando a DRJ fez o cálculo da multa, conforme a nova legislação, cometeu equívoco, uma vez que o art. 35-A da Lei n. 8.212/1991 não é aplicável na espécie.

Ao final, pede o cancelamento do crédito ou nova revisão do seu valor.

Essa Turma de Julgamento resolveu baixar o processo em diligência, para que fossem acostados os documentos comprobatórios do trânsito em julgado das decisões administrativas que excluíram a recorrente do Simples Federal e do Simples Nacional.

Acostados os documentos comprobatórios e apresentadas notas explicativas, o processo retorna para julgamento.

É relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

Admissibilidade

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

A existência de grupo econômico

Diferentemente dos AI lavrados para exigência da obrigação principal, não foram arroladas como devedoras solidárias outras empresas componentes de suposto grupo econômico. Por esse motivo, todas as alegações contrárias a corresponsabilidade pelo crédito são impertinentes.

Da exclusão da empresa do SIMPLES

A recorrente foi excluída do Simples Federal mediante o Ato Declaratório Executivo n.º 45/2008, tendo sido apresentada impugnação intempestiva, conforme comprovam os documentos acostados em sede de diligência. Portanto, comprovado o trânsito em julgado do processo administrativo de exclusão, é descabida a alegação recursal de que a sua exclusão do Simples ainda estaria sendo discutida, fato que interferiria na lide que ora se analisa.

A mesma conclusão se pode chegar quanto à exclusão da empresa do Simples Nacional, haja vista que a impugnação contra o Ato Declaratório Executivo n.º 48/2008 também foi apresentada fora do prazo, conforme demonstram os documentos colacionados.

Assim, não cabe a essa Turma de Julgamento rediscutir a matéria relativa às exclusões da empresa dos sistemas de pagamento simplificado de tributos, posto que tal oportunidade a recorrente já teve quando da tramitação dos processos específicos consubstanciados nos Atos Declaratórios Executivos de n.º 45/2008 e de n.º 48/2008, os quais já ganharam caráter de definitividade, tendo sido determinadas as exclusões com efeitos retroativos a 30/08/2004 (Simples Federal) e 01/07/2007 (Simples Nacional).

Nesse sentido não me cabe apreciar as questões que levaram a lavratura da Informação Fiscal que redundou nas exclusões dos sistemas simplificados de pagamento de tributos, tais como: o inter-relacionamento entre as empresas, a interposição de pessoas, o controle do suposto grupo econômico, a distribuição de faturamento, a confusão entre os patrimônios e atividades das empresas envolvidas, etc.

A infração

Acusa a recorrente que o fisco não acostou a relação das remunerações que deixaram de ser declaradas na GFIP.

Essa alegação não encontra respaldo nos autos. Foi juntada extensa planilha sob a denominação ANEXO AI 68, na qual estão listadas, por competência, todas as remunerações que foram omitidas da guia informativa.

É procedente, todavia, o argumento de que para as competências 01 e 02/2008 a empresa enviou GFIP informando o campo opção pelo Simples com o “código 1”, indicativo de que a empresa não fazia parte do regime simplificado.

Essas GFIP, conforme consta dos autos, fls. 262/287, foram enviadas em 29/04/2008, antes do início da fiscalização, de cujo o Termo de Início da Ação Fiscal, a empresa teve ciência em 21/05/2008, ver fl. 10.

Assim, a parcela da multa correspondente a erro no código de opção pelo Simples deve ser afastada para essas duas competências.

Aplicação da multa mais benéfica

Sustenta a recorrente que não caberia a aplicação da multa com esteio no art. 35-A da Lei n.º 8.212/1991, incluído pela MP n.º 449/2008, posteriormente convertida na Lei n.º 11.941/2009.

Com o advento da Medida Provisória MP n. 449/2008, convertida na Lei n.º 11.941/2009, houve profunda alteração no cálculo das multas decorrentes de descumprimento das obrigações acessórias relacionadas à GFIP.

Na sistemática anterior, a infração de omitir fatos geradores em GFIP era punida com a multa correspondente a cem por cento da contribuição não declarada, ficando a penalidade limitada a um teto calculado em função do número de segurados da empresa.

Quanto havia lançamento da obrigação principal relativo aos fatos geradores não declarados, o sujeito passivo ficava também sujeito à aplicação da multa sobre os créditos lançados, num percentual do valor principal que variava de acordo com a fase processual do lançamento, ou seja, quanto mais cedo o contribuinte quitava o débito, menor era a multa imposta.

Com a nova legislação, há duas sistemáticas de aplicação da multa. Inexistindo o lançamento das contribuições, aplica-se apenas a multa de ofício prevista no art. 32-A da Lei n. 8.212/1991, que é calculada a partir de um valor fixo para cada grupo de 10 informações incorretas ou omitidas, nos seguintes termos:

Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e

(...)

Todavia pelo art. 35-A da mesma Lei, também introduzido pela Lei n.º 11.941/2009, ocorrendo o lançamento da obrigação principal, a penalidade decorrente do erro ou omissão na GFIP fica incluída na multa incidente sobre o crédito constituído. Deixa, assim,

de haver cumulação de multa por descumprimento de obrigação acessória e multa sobre as contribuições lançadas, condensando-se ambas em valor único. Vejam o diz o dispositivo:

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

É que o art. 44, I, da Lei n. 9.430/1996¹ prevê que, havendo declaração inexata ou omissa de tributo, acompanhado da falta de recolhimento do mesmo, deve-se aplicar a multa ali especificada. Como já exposto, nessas situações, a multa agora é uma para ambas as infrações, descumprimento das obrigações principal e acessória.

Diante das considerações acima expostas, verifica-se que acertou a DRJ quando aplicou o art. 32-A da Lei n. 8.212/1991 para as omissões em que não resultaram em lançamento das contribuições, e o art. 35-A da mesma Lei, quando se verificou a exigência da obrigação principal.

Assim, não há reparos ao que ficou decidido pela primeira instância quanto ao dispositivo aplicável para a fixação da multa.

Caráter confiscatório da multa

Arguiu a recorrente a inconstitucionalidade da multa aplicada, em face do seu caráter confiscatório. Na análise dessa razão, não se pode perder de vista que o lançamento da multa por descumprimento de obrigação de declarar todas as contribuições na GFIP é operação vinculada, que não comporta emissão de juízo de valor quanto à agressão da medida ao patrimônio do sujeito passivo, haja vista que uma vez definido o patamar da sua quantificação pelo legislador, fica vedado ao aplicador da lei ponderar quanto a sua justeza, restando-lhe apenas aplicar a multa no *quantum* previsto pela legislação.

Cumprindo essa determinação a autoridade fiscal, diante da ocorrência da falta de pagamento do tributo - fato incontestável - aplicou a multa no patamar fixado na legislação, conforme muito bem demonstrado nos anexos do Acórdão Recorrido, que retificou o valor da penalidade para aplicar o valor mais favorável ao sujeito passivo.

Além do mais, salvo casos excepcionais, é vedado a órgão administrativo declarar inconstitucionalidade de norma vigente e eficaz. Nessa linha de entendimento, dispõe o enunciado de súmula, abaixo reproduzido, o qual foi divulgado pela Portaria CARF n.º 106, de 21/12/2009 (DOU 22/12/2009):

Súmula CARF N.º 2

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

¹ 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;

Essa súmula é de observância obrigatória, nos termos do “caput” do art. 72 do Regimento Interno do CARF². Como se vê, este Colegiado falece de competência para se pronunciar sobre a alegação de inconstitucionalidade da multa aplicada, uma vez que o Fisco tão-somente utilizou os instrumentos legais de que dispunha.

Conclusão

Voto por dar provimento parcial ao recurso, de modo que sejam excluídas, para as competências 01 e 02/2008, a multa correspondente a erro no código de opção pelo Simples na GFIP.

Kleber Ferreira de Araújo

² Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.
(...)