



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

Processo n° 13982.000796/2010-16
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2803-003.974 – 3ª Turma Especial
Sessão de 21 de janeiro de 2015
Matéria CP: AUTO DE INFRAÇÃO: GFIP. FATOS GERADORES.
Recorrente RODAOESTE MECÂNICA E CHAPEAÇÃO LTDA EPP.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 21/07/2010

EXCLUSÃO DO SISTEMA SIMPLES. SUSPENSÃO DO CRÉDITO LANÇADO EM RAZÃO DA EXCLUSÃO EM DECORRÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE RECURSO NO PROCESSO DE EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. O RECURSO APRESENTADO NO PROCESSO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES OPERA EFEITO APENAS EM RELAÇÃO A ELE MESMO. IMPEDIDO QUE O ADE SE TORNE DEFINITIVO ATÉ O JULGAMENTO FINAL DAQUELE RECURSO. MAS, NÃO OPERA EFEITOS NO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO POSTERIOR, AINDA, QUE DA EXCLUSÃO DECORRENTE. SÚMULAS DO CARF ATENDIDAS E RESPEITADAS. AS MATÉRIAS RELATIVAS AOS MOTIVOS DA EXCLUSÃO E AS QUE SE DEIXOU DE SUSCITAR EM PRIMEIRO GRAU TEM SUA APRECIÇÃO VEDADA, POIS IMPLICARIA VIOLAÇÃO DE COMPETÊNCIA NO CASO DA EXCLUSÃO E EM SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA, INOVAÇÃO RECURSAL E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM* EM RELAÇÃO AS MATÉRIAS QUE SE DEIXOU DE SUSCITAR EM PRIMEIRO GRAU.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade, em dar provimento parcial ao recurso, para aplicar o artigo 32 - A - I, da lei 8.212/91 na redação dada pela Lei 11.941/2009, se mais benéfica, conforme o momento do pagamento, parcelamento ou execução.

(Assinado digitalmente).

Processo nº 13982.000796/2010-16
Acórdão n.º **2803-003.974**

S2-TE03
Fl. 96

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra o Auto de Infração de Obrigação Acessória - AIOA - DEBCAD 37.268.705-9, CFL.68, em razão de apresentar a empresa o documento a que se refere a Lei 8.212, de 24.07.91, art. 32, inciso IV, parágrafo 3º, acrescentados pela Lei n. 9.528, de 10.12.97, com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, IV, parágrafo 5º., também, acrescentado pela Lei 9.528, de 10.12.97, combinado com o art. 225, IV e parágrafo 4º., do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, conforme Relatório Fiscal da Infração – REFISC, de fls. 12 a 21, com período de apuração de 01/2005 a 05/2010, conforme Termo de Início de Procedimento Fiscal - TIPF, de fls. 18 e 19.

O sujeito passivo foi cientificado da autuação, em 04/08/2010, conforme Folha de Rosto do Auto de Infração de Obrigação Acessória – AIOA, de fls. 01.

O contribuinte apresentou petição de defesa/impugnação com suas razões, as fls. 27 a 37, recebida, em 30/08/2010, acompanhada dos documentos, de fls. 38 a 49.

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 53 e 54.

Consta, as fls. 55, Termo de Apensação(2), pelo qual este processo foi apensado ao processo 13982.000797/2010-61.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão N° 16-54.451 - 12ª, Turma DRJ/SP1, em 23/01/2014, fls. 56 a 69.

No qual a impugnação foi considerada improcedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em data ilegível, conforme Termo de Ciência nos Autos com o recebimento de cópia do acórdão, de fls. 70.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição com razões recursais, as fls. 71 a 92, recebido, em 05/02/2014, conforme carimbo de recepção, de fls. 71, desacompanhado de qualquer documento.

Prejudicial.

- que tendo em vista que o julgamento do processo 13982.000494/2010-48 de exclusão do sistema SIMPLES não foi concluindo, estando o mesmo em fase de recurso voluntário, o julgamento do presente feito deve ser suspenso até a decisão daquele em razão da interligação das matérias;

Preliminar.

- que a decisão recorrida deixou de aplicar o artigo 151, III, do CTN e o artigo 33, do Decreto 70.235/72, pois o recurso contra a exclusão do

SIMPLES tem efeito suspensivo, citando decisão do TRF5 e a IN/SRF 355/2003, cita precedente do TRF3 e transcreve doutrina Agustín Gordillo, citado por Eduardo Domingos Bottallo, afirma a recorrente que conforme jurisprudência do TRF5 só após sua notificação e manifestação e que ela pode ser excluída do SIMPLES, transcreve decisões;

- que se entendido pela inexistência de efeito suspensivo o lançamento efetuado para prevenir a decadência desrespeita a Súmula CARF 17, a qual possui efeito vinculante ao fisco federal nos termos da PT/MF Nº 383/2010, não cabendo a aplicação de multa de ofício;
- que realizado o lançamento deve este ficar com a exigibilidade suspensa até a julgamento da exclusão, sendo que a Súmula 77, do CARF apenas autoriza o lançamento de ofício para evitar a decadência, mas não autoriza a aplicação de penalidade, nem autoriza que o crédito seja exigido, pois essa está suspensa por força de lei, devendo o recurso ser acolhido;

A parte do recurso em preliminar que se refere a possibilidade ou não da exclusão em razão de ato simulado e ausência de decisão judicial NÃO SERÁ SUMARIADA E NEM OBJETO DE ANÁLISE E JULGAMENTO POR NÃO SER DE COMPETÊNCIA DESTA TURMA E POR ENCONTRAR-SE EM DISCUSSÃO EM OUTRO PROCESSO 13982.000494/2010-48, O QUE OCORRE A PARTIR DO 3º PARÁGRAFO, DA FLS. 79, A TE O ÚLTIMO PARÁGRAFO QUE SE INICIA NA FLS. 88 E SE FINALIZA NA FLS 89, DOS AUTOS.

Mérito.

NÃO SERÁ SUMARIADA E ANALISADA A QUESTÃO DA MULTA QUALIFICADA DE 150%.

- Requerimento Final: a) espera ver o recurso acolhido, para reformar a decisão guerreada, desobrigando a recorrente do pagamento do crédito representado pelo autos de infração;

A autoridade preparadora considerou o recurso tempestivo e sugeriu seu encaminhamento ao CARF, o que foi feito, fls. 94.

Os autos foram sorteados e distribuídos a esse conselheiro, em 18/07/2014, Lote 16.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

Delimitação da lide.

Esclareço, inicialmente, qual é o âmbito de discussão nesses autos.

A matéria relativa as razões pela qual a empresa foi excluída do SIMPLES FEDERAL e do SIMPLES NACIONAL, não comportam julgamento no bojo do processo administrativo fiscal que discute lançamento tributário, pois isso implicaria violação de competência de outra Seção do CARF, bem como duplicidade de tramitação de processo (litispendência), uma vez que a exclusão está sendo contestada no processo 13982.000494/2010-48.

Aliás, o contribuinte tem plena consciência dessa impossibilidade, pois assim diz na impugnação de defesa, veja a transcrição.

Apesar deste processo administrativo não ser a seara própria para o questionamento acerca da exclusão da requerente do Simples Federal e do Simples Nacional, é de se realçar questões de direito a impedir o procedimento na forma como foi levado a efeito pela autoridade administrativa.

Todavia, não é só, também, não comporta julgamento na via recursal a questão da multa qualificada de 150% e varias são a razões.

A uma, porque tal matéria não foi questionada em primeiro grau e assim em relação a ela aplica-se os artigos 14, 15 e 17, do Decreto 70.235/72, pois considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

A duas, por que o conhecimento dessa matéria implicaria supressão de instância.

EMEN: AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. 1. EXECUÇÃO DA PENA. SUPERVENIENTE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRETENSÃO DE REDUÇÃO DOS DIAS REMIDOS PERDIDOS. INTERESSE PROCESSUAL NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RECONHECIMENTO. 2. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. VÍCIO NÃO CONFIGURADO. PERDA DOS DIAS REMIDOS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.433/11. ÓBICE À ANÁLISE EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL E SUPRESSÃO DE

INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Tendo em conta que ainda persiste o interesse da parte agravante no conhecimento dos embargos de declaração opostos contra acórdão desta eg. Quinta Turma, merece reforma o decisum monocrático que os julgou prejudicados, com a submissão deles ao Órgão Colegiado. 2. O pleito de apreciação da questão referente à revogação dos dias remidos à luz da Lei nº 12.433/11 não foi deduzido na inicial do writ, tampouco enfrentado pelo Tribunal de origem no acórdão do recurso de agravo em execução, **tratando-se, a um só tempo, de inovação recursal, que impede o conhecimento da matéria neste momento processual, tendo em vista o advento da preclusão consumativa e também de supressão de instância.** 3. Agravo regimental provido para, afastada a ausência de interesse, rejeitar os embargos de declaração, com a observação de que caberá à Primeira Instância examinar a questão relativa à retroação benéfica da nova lei. ..EMEN: (AGRHC 201101494878, MOURA RIBEIRO, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:11/12/2013 ..DTPB:.)

Ementa: HABEAS CORPUS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 38 DA LEI 8.038/90. IMPETRAÇÃO CONTRA ALEGADA DEMORA DO STJ PARA PROCEDER AO JULGAMENTO DE HC. INEXISTÊNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Não há falar em ofensa ao princípio da colegialidade, já que a viabilidade do julgamento por decisão monocrática do relator se legitima quando se tratar de pedido manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal (art. 38 da Lei 8.038/1990). Ademais, eventual nulidade da decisão monocrática fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, na via de agravo interno. 2. O art. 5º, LXXVIII, da CF assegura, nos âmbitos judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Duração razoável é o processo que se desenvolve regularmente, consideradas, ainda, a natureza e a complexidade da causa, bem como a quantidade de demandas em trâmite no órgão judicial. Nessa perspectiva, o exíguo período de tempo que o recurso aguarda julgamento no STJ (agosto de 2014) afasta qualquer alegação de constrangimento ilegal. 3. As alegações de mérito não podem ser conhecidas, já que (a) não foram enfrentadas definitivamente pelo Superior Tribunal de Justiça, **dando azo ao óbice da supressão de instância;** e (b) só foram suscitadas em sede de agravo regimental, **constituindo indevida inovação recursal.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento.(HC-AgR 125068, TEORI ZAVASCKI, STF.) (destaquei).

A três, por que não ocorre a devolutividade da matéria, pois tal não foi levada do conhecimento do julgador a quo, violando o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*.

EMEN: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. PERÍODO DE 2002 A 2006. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. 2. O efeito devolutivo expresso nos arts. 505 e 515 do CPC consagra o princípio do tantum devolutum quantum appellatum, que consiste em transferir ao tribunal ad quem todo o exame da matéria impugnada. Se a apelação for total, a devolução será total. Se parcial, parcial será a devolução. Assim, o tribunal fica adstrito apenas ao que foi impugnado no recurso. 3. A alegada violação dos arts. 168, inciso I, e 6º, inciso XIV, da Lei n. 7.713/88, não foi sequer citada nas razões de apelação. Logo, não foi devolvida ao Tribunal de origem, não podendo ser apreciada também em recurso especial por tratar-se de inovação recursal. Agravo regimental improvido. ..EMEN:(AGRESP 201402621001, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:21/11/2014 ..DTPB:.)

Destarte, com esses esclarecimentos ficam definidas as matéria sujeitas a apreciação, o que se fará a seguir.

Prejudicial.

A pendência de julgamento do processo de exclusão do SIMPLES FEDERAL e NACIONAL (13982.000494/2010-48 – vide anexo), não tem o condão de suspender a tramitação do processo administrativo fiscal que discute um lançamento tributário, ainda, que tal lançamento tenha se dado por conta de tal exclusão, e o motivo é muito simples são processos autônomos que expressão interesses/situações diferentes.

Aliás, não existe previsão legal de suspensão de lançamento ou da exigibilidade de um lançamento efetuado em razão da exclusão do SIMPLES.

O recurso apresentado no processo de exclusão do SIMPLES evita que o ADE torne-se definitivo e nada mais, mas não pode impedir que o fisco faça lançamentos tributários, cientifique o contribuinte de tal lançamento e dê início ao processo administrativo fiscal, caso o contribuinte apresente impugnação nos termos da lei.

Todavia, entendo que apenas os atos executivos ficarão suspensos até a decisão do processo de exclusão, pois uma vez confirmada o lançamento pode ir à cobrança e caso anulada a exclusão, cabe ao fisco de ofício anular o lançamento, pois não há mais base para tal.

Assim, nenhum prejuízo há para o contribuinte na tramitação conjunta dos dois processos.

A jurisprudência do CARF, também, afirma a falta do efeito suspensivo do recurso da exclusão frente ao lançamento.

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/01/2008 a 01/01/2010 INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. NEGATIVA DE CONHECIMENTO. RECURSO DA EXCLUSÃO DO SIMPLES. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. O LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO INDEPENDE DA SOLUÇÃO DO PROCESSO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. AUSÊNCIA DE VÍCIO FORMAL OU DE VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. LANÇAMENTO QUE CONTÉM TODOS OS ELEMENTOS E RELATÓRIOS NECESSÁRIOS. CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADOS NA CATEGORIA DE EMPREGADOS. COMPETÊNCIA DO FISCO. BASE DE CÁLCULO E VALOR DO CRÉDITO DE FÁCIL E SIMPLES VERIFICAÇÃO. MERA OBSERVAÇÃO E CÁLCULOS ARITMÉTICOS BÁSICOS. RELEVAÇÃO DA MULTA. SITUAÇÃO QUE SÓ APLICAVA AO AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. CONFISCO MATÉRIA FORA DO CAMPO DE APRECIÇÃO ADMINISTRATIVA. Recurso Voluntário Negado. Processo 11860721520201144. 2803-003.865. 02/12/2014. Cons. Eduardo de Oliveira.

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009 AUTO DE INFRAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXCLUSÃO DO SIMPLES. SUSPENSÃO DO DIREITO DE LANÇAMENTO DO FISCO. INOCORRÊNCIA Sob pena de responsabilidade funcional a Autoridade Fiscal tem o dever de efetuar o lançamento quando presentes as condições legais para tanto. A discussão acerca da exclusão do SIMPLES não tem efeito suspensivo, não impedindo o fisco de lançar o devido, inclusive evitando a decadência de eventuais créditos. SIMPLES. GUIAS DE RECOLHIMENTO. DARF. APROVEITAMENTO. É possível a compensação dos valores recolhidos para o regime tributário simplificado - SIMPLES com os valores apurados no lançamento fiscal, desde que o contribuinte tenha cumprido todos os requisitos legais para a compensação. ILEGALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO APRECIÇÃO. Não cabe apreciação, pela instância administrativa, de alegações de ilegalidade e/ou inconstitucionalidade de lei e ato normativo em vigor, a qual incumbe ao Poder Judiciário. Recurso Voluntário Provido em Parte. Processo 15563.720094/2012-81. 2803-003.579. 09/09/2014. HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA

A Súmula 77, do CARF, inclusive prevê a inexistência de tal efeito, veja sua redação.

Súmula CARF nº 77: A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.

Assim sendo, a prejudicial não deve ser acatada.

A decisão recorrida não deixou de aplicar o artigo 151, III, da Lei 5.172/66, pois por imperativo legal, assim que o contribuinte interpôs a impugnação de primeiro grau, dentro das determinações legais, teve a autoridade local da DRF que promover o seu registro nos controle de crédito SICOB, SIEF e etc e desta forma automaticamente tal registro implica em suspensão da exigibilidade do crédito, o que pode ser confirmado na DRF ou simplesmente fazendo pedido de CND ou CPD – EN no sistema.

O contribuinte não é destinatário de decisão judicial que lhe favoreça ao menos não há tal informação nos autos, assim as jurisprudências suscitadas não lhe aproveitam.

A Súmula 17 do CARF não se aplica ao caso, pois essa se limita as hipóteses de suspensão da exigibilidade quando tal ocorrer por conta do artigo 151, IV e V, da Lei 5.172/66, o que não é o caso dos autos.

Ademais, no presente processo não existe a aplicação de multa de ofício, basta ler o que diz o lançador em seu Relatório Fiscal da Multa Aplicada, observe-se abaixo.

8. Com relação aos meses de competência janeiro/2005 a março/2005, abril/2007, janeiro/2007, março/2007, maio/2007 a agosto/2007, outubro/2007 a dezembro/2007, janeiro/2007 a junho/2008 e de agosto/2008 a novembro/2008, NÃO houve aplicação desta multa nestas competências, pois que a apuração da multa mais benéfica determinou a aplicação do percentual de 75% de multa no auto de infração de obrigação principal e, assim sendo, NÃO há multa por descumprimento da obrigação acessória nesta hipótese, conforme se demonstra na planilha de fls. 05 e 06 do presente processo.

Não se aplica como supramencionado a suspensão da exigibilidade do lançamento em razão de recurso em outro processo, não havendo efeito suspensivo em razão do crédito, tal situação está sumulada no CARF Súmula 77 como já descrito.

Em momento algum a súmula fala em decadência e, ainda, que o fizesse apenas nos casos do artigo 63, da Lei 9.430/96 é que tal vedação se impõe, não sendo esse o caso dos autos.

Débitos com Exigibilidade Suspensa

Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

Assim sendo, não há razões para o acatamento dos pedidos da recorrente.

Entretanto, como diz o agente lançador a multa foi determinada levando em consideração a metodologia de cálculo do artigo 284, II, do Regulamento da Previdência Social – RPS apenso ao Decreto 3.048/99, veja a passagem.

7. A multa foi determinada na forma do artigo 284, II, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99, a saber:

Porém, com o advento da MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009 tal sistemática de cálculo mudou, assim, reconheço que a aplicação da multa como estabelecido no auto de infração fere o espírito da nova lei, pois a pena que era estipulada no artigo 32, parágrafo 5º, com a limitação do parágrafo 4º, tudo da Lei 8.212/91 na redação anterior, passou a ter outro patamar, conforme nova sistemática introduzida pelo artigo 32, A, I, da Lei 8.212/91 na redação da Lei 11.941/2009.

Assim sendo, nos termos do artigo 106, II, “c”, da Lei 5.172/66 deve a multa ser recalculada na forma estabelecida em lei, como acima declinado e sem levar em consideração o cálculo da PT Conjunta PGFN/RFB 14/2009.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por conhecer do recurso, para no mérito, dar-lhe provimento parcial para aplicação do artigo 32 – A – I, da Lei 8.212/91 na redação dada pela Lei 11.941/2009, se mais benéfica, conforme o momento do pagamento, parcelamento ou execução.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.