



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13983.000354/2008-45
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-007.661 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 2 de dezembro de 2020
Recorrente INDIGO E BRIM FARDAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/10/2003 a 30/06/2007

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA SUMULADA. SÚMULA CARF N.º 2

É vedado ao órgão julgador administrativo negar vigência a normas jurídicas por motivo de ilegalidade e/ou de inconstitucionalidade. O pleito de reconhecimento de inconstitucionalidade materializa fato impeditivo do direito de recorrer, não sendo possível conhecer o recurso neste particular. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

MANIFESTAÇÃO JUDICIAL DEFINITIVA DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE UM DOS TEMAS DO RECURSO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA SUMULADA. SÚMULA CARF N.º 1

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

DEPÓSITO PRÉVIO. NÃO OBRIGATORIEDADE.

Hodiernamente, não se controverte acerca da não exigência de depósito prévio.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. SÚMULA CARF N.º 28.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais. (Vinculante, conforme Portaria MF n.º 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010).

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Inexistindo a demonstração probatória não há que se falar em nulidade. A identificação clara e precisa dos motivos que ensejaram a autuação afasta a alegação de nulidade. Não há que se falar em nulidade quando a autoridade lançadora indicou expressamente a infração imputada ao sujeito passivo e

propôs a aplicação da penalidade cabível, efetivando o lançamento com base na legislação tributária aplicável. A atividade da autoridade administrativa é privativa, competindo-lhe constituir o crédito tributário com a aplicação da penalidade prevista na lei.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2003 a 30/06/2007

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PARA OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. EMPREGADO.

É obrigação de toda empresa, que não recolha de forma substitutiva, recolher as contribuições para Outras Entidades e Fundos (Terceiros) a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, na forma da legislação.

CONTRIBUIÇÃO PARA O INCRA. EMPRESA URBANA. EXIGIBILIDADE. NATUREZA DE CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. LEGALIDADE DA COBRANÇA.

A contribuição para o INCRA, devida por empregadores rurais e urbanos, mesmo após a publicação das Leis 7.787/89, 8.212/91 e 8.213/91, permanece plenamente exigível, não tendo sido extinta, conforme Súmula 516 do STJ, inclusive em relação às empresas dedicadas a atividades urbanas, especialmente por se tratar de contribuição de intervenção no domínio econômico devida por todas as empresas.

EXIGÊNCIA FISCAL. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. SALÁRIO EDUCAÇÃO, SEBRAE, SESC E SENAC. DISCUSSÃO EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA CARF N.º 2.

Discussão, em tese, das contribuições exigidas no lançamento, especialmente acerca de inconstitucionalidades e ilegalidades da legislação posta não competem ao CARF a teor da Súmula CARF n.º 2.

Tendo o lançamento de ofício sido efetivado bem apontando o fato jurídico que origina a relação jurídico-tributária que impõe a prestação do tributo, conforme descrito na norma de tributação, a incidência tributária não pode ser afastada por argumentações de inconstitucionalidade, sendo a atividade fiscal vinculante consoante artigo 142 do CTN.

Especialmente quanto a contribuição ao SEBRAE, o STF, no tema de Repercussão Geral n.º 325, fixou tese de que a referida exação, devida com fundamento na Lei 8.029/1990, foi recepcionada pela EC 33/2001.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. SÚMULA CARF N.º 4. INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF N.º 2.

É cabível, por expressa disposição legal, a partir de 01/04/1995, a exigência de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Inexiste ilegalidade na aplicação da taxa SELIC devidamente demonstrada no auto de infração, porquanto o Código Tributário Nacional outorga à lei a faculdade de estipular os juros de mora incidentes sobre os créditos não

integralmente pagos no vencimento e autoriza a utilização de percentual diverso de 1%, desde que previsto em lei.

A Súmula CARF n.º 2 enuncia que o Egrégio Conselho não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

MULTA DE MORA. LEGALIDADE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF N.º 2.

É cabível, por expressa disposição legal, a exigência de multa de mora no lançamento e a sua finalidade não se confunde com os juros moratórios inexistindo *bis in idem*.

A Súmula CARF n.º 2 enuncia que o Egrégio Conselho não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do recurso, exceto quanto às matérias inconstitucionalidade e exclusão do SIMPLES, e, na parte conhecida, em negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Leonam Rocha de Medeiros - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mário Hermes Soares Campos, Martin da Silva Gesto, Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Ricardo Chiavegatto de Lima (suplente convocado), Leonam Rocha de Medeiros, Juliano Fernandes Ayres e Ronnie Soares Anderson (Presidente).

Relatório

Cuida-se, o caso versando, de Recurso Voluntário (e-fls. 101/151), com efeito suspensivo e devolutivo — autorizado nos termos do art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal —, interposto pelo recorrente, devidamente qualificado nos fólios processuais, relativo ao seu inconformismo com a decisão de primeira instância (e-fls. 87/96), proferida em sessão de 12/02/2010, consubstanciada no Acórdão n.º 07-18.886, da 6.ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis/SC (DRJ/FNS), que, por unanimidade de votos, julgou improcedente o pedido deduzido na impugnação (e-fls. 39/78), cujo acórdão restou assim ementado:

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/10/2003 a 30/06/2007

Auto de Infração n.º 37.134.186-8 de 29/10/2008

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE.

A declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ilegalidade de atos normativos federais é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário, motivo pelo qual descabe o julgamento destes argumentos na esfera administrativa.

MULTA. JUROS SELIC.

As contribuições previdenciárias, não recolhidas no prazo legal, ficam sujeitas à multa e aos juros equivalentes à taxa referencial do SELIC, conforme determina a legislação em vigor.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do lançamento fiscal

O lançamento, em sua essência e circunstância, para o período de apuração em referência, com auto de infração DEBCAD 37.134.186-8 juntamente com as peças integrativas (e-fls. 2/29; 34) e respectivo Relatório Fiscal juntado aos autos (e-fls. 30/31), tendo o contribuinte sido notificado em 25/11/2008 (e-fl. 35), foi bem delineado e sumariado no relatório do acórdão objeto da irresignação, pelo que passo a adotá-lo:

Trata-se de Auto de Infração lavrado em nome do sujeito passivo identificado, no valor de R\$ 49.276,73, relativo às contribuições destinadas a outras Entidades e Fundos — Terceiros — FNDE/Salário Educação, SESI, SENAI, INCRA E SEBRAE, não declaradas em GFIP.

Conforme descrito no Relatório Fiscal (fls. 29/30), os fatos geradores são as remunerações pagas e/ou creditadas aos segurados empregados, pois a autuada foi excluída de ofício do Sistema Integrado de Pagamentos de Contribuições e Impostos — SIMPLES, com efeitos retroativos a partir de 01/11/2000.

Relata, ainda, a auditoria que a empresa ingressou judicialmente com a Ação Ordinária n.º 2003.72.03.001884-1, na Vara Federal de Joaçaba/SC, pleiteando a sua "reintegração" no Simples Federal. O juízo federal julgou improcedente o pedido, sendo que a decisão já está transitada em julgado.

Da Impugnação ao lançamento

A impugnação, que instaurou o contencioso administrativo fiscal, dando início e delimitando os contornos da lide, foi apresentada pelo recorrente. Em suma, controverteu-se na forma apresentada nas razões de inconformismo, conforme bem relatado na decisão vergastada, pelo que peço vênia para reproduzir:

A empresa, regularmente intimada por via postal (fl. 34), apresenta impugnação (fls. 38/77), na qual, alega:

Da sua Manutenção no SIMPLES: que o requisito exigido pela Lei Complementar n.º 123/2006, art. 17, inciso V, é inconstitucional, porque fere o art. 179 da Constituição e o Princípio da Isonomia, além de configurar forma de coação política para cobrar tributos; que se consubstancia em motivo meramente fiscal de impedimento ao Sistema; que o STJ, ao analisar o pleito da empresa para se manter no SIMPLES, reconheceu como ilegal, arbitrária e inconstitucional a sua exclusão conforme o Recurso Especial 712.124; que esta decisão hierarquicamente superior transitou em julgado em favor do contribuinte e não há que se falar em exclusão do SIMPLES; que, consequentemente, deve ser reconhecida a ilegalidade e inconstitucionalidade do auto de infração;

Da Ilegitimidade da Cobrança da Contribuição ao INCRA: que esta exação é inconstitucional, porque possui a mesma base de cálculo que as contribuições à Seguridade Social, ou seja, sobre a folha de salários, o que configura "bis in idem"; que é ilegal, porque cobrada de empresas que desenvolvem atividades exclusivamente urbanas, que em nada aproveitam os benefícios advindos do pagamento desta contribuição;

Da Ilegalidade da Cobrança do Salário-Educação: neste tópico a impugnante discorre sobre o extenso histórico da legislação acerca desta contribuição, defendendo a sua inconstitucionalidade desde a edição do Decreto-Lei n.º 1.422/75; que a CF/88 não a recepcionou; que há ofensa ao princípio da legalidade; que a Lei n.º 9.424/96 não é clara quanto à materialidade do fato gerador e é omissa no que pertine ao sujeito passivo; que mesmo com a edição da MP 1.565/97 permaneceu indevido o pagamento do Salário-Educação, dadas a incompletude da lei instituidora e a primazia do princípio da anterioridade;

Da inconstitucionalidade da contribuição para o SEBRAE, SESC e SENAC: que ocorre "bis in idem", pois também incide sobre a folha de salários; que é inconstitucional, porque não foi instituída por lei complementar;

Do efeito confiscatório da multa aplicada: alega que é ilegal o percentual de multa acima de 20%, porque caracteriza confisco; viola dispositivos do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal de 1934; que se deve atentar à retroatividade da lei a ato pretérito, quando lhe comine penalidade menos severa, tratando-se de ato não definitivamente julgado (art. 106, II, "c", do CTN); que, com a unificação da administração dos tributos federais, deve ser aplicado o art. 61, § 2.º, da Lei 9.430/96;

Da ilegalidade da Taxa SELIC: que a estipulação de juros diversos do estabelecido no art. 161 do CTN, no percentual de 1%, deve se dar por lei complementar; que a aplicação da taxa SELIC aos débitos fiscais é ilegal e inconstitucional, por possuir natureza remuneratória, por elevar ilegalmente a alíquota do próprio imposto e pela necessidade de sua edição por lei complementar.

Requer o afastamento das contribuições para o INCRA, Salário-Educação, SENAC, SESC e SEBRAE, a eliminação da multa, por ausência de má-fé ou lesão ao fisco ou redução ao percentual de 20%, bem como o afastamento dos juros SELIC.

Do Acórdão de Impugnação

A tese de defesa não foi acolhida pela DRJ, primeira instância do contencioso tributário, conforme bem sintetizado na ementa alhures transcrita. Na decisão *a quo* foram refutadas cada uma das insurgências do contribuinte por meio de razões baseadas nos seguintes tópicos: **a)** Exclusão do SIMPLES; **b)** Alegações e inconstitucionalidade; **c)** INCRA; **d)** Contribuições para o Salário Educação; **e)** SEBRAE/SESC/SENAC; **f)** Multa; e **g)** Juros SELIC.

Ao final, consignou-se que julgava improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário apurado.

Do Recurso Voluntário e encaminhamento ao CARF

No recurso voluntário o sujeito passivo, reiterando termos da impugnação, postula a reforma da decisão de primeira instância, a fim de cancelar o lançamento.

Na peça recursal aborda os seguintes capítulos para devolução da matéria ao CARF: **a)** Declaração de nulidade/inconstitucionalidade do depósito recursal; **b)** Nulidade/inconstitucionalidade do desenquadramento do SIMPLES (inconstitucionalidade do inciso V do art. 17 da Lei Complementar n.º 123/06 – ADI 1.643) – Manutenção no SIMPLES por Ordem Judicial; **c)** Ilegalidade da cobrança da Contribuição ao INCRA; **d)** Da Ilegalidade da cobrança do Salário Educação; **e)** Da inconstitucionalidade da Contribuição ao SEBRAE, SESC e SENAC; **f)** Do efeito confiscatório da multa aplicada e Multa Confiscatória – ADI 551 com pedido de redução – capacidade contributiva e econômica – Multa prevista no CDC; **g)** Da ilegalidade dos juros fixados na Taxa SELIC – Criação e Finalidade da SELIC – Comitê de Política Monetária – Flagrante inconstitucionalidade para instituição da SELIC –

Impossibilidade de Lei Ordinária autorizar a aplicação da SELIC – Impossibilidade de uso da SELIC como juros moratórios dada a natureza de juros remuneratórios.

Consta nos autos Termo de Apensação deste feito ao Processo n.º 13983.000353/2008-09 (e-fl. 163).

Nesse contexto, os autos foram encaminhados para este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), sendo, posteriormente, distribuído por sorteio público para este relator.

É o que importa relatar. Passo a devida fundamentação analisando, primeiramente, o juízo de admissibilidade e, se superado este, o juízo de mérito para, posteriormente, finalizar com o dispositivo.

Voto

Conselheiro Leonam Rocha de Medeiros, Relator.

Admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo (notificação em 06/05/2010, e-fl. 99, protocolo recursal em 25/05/2010, e-fl. 101, e despacho de encaminhamento, e-fl. 162), mas não atende a todos os pressupostos de admissibilidade, sendo caso de conhecimento parcial, pois reconheço fatos impeditivos e mesmo extintivos do direito de recorrer para algumas matérias veiculadas no recurso. Explico.

- Inconstitucionalidades

Pretende a recorrente o reconhecimento de inconstitucionalidades diversas, a saber: inconstitucionalidade do desenquadramento do SIMPLES (inconstitucionalidade do inciso V do art. 17 da Lei Complementar n.º 123/06 – ADI 1.643), inconstitucionalidades/ilegalidades inerentes à Contribuição para o INCRA, para o Salário Educação, SEBRAE, SESC e SENAC, Do efeito confiscatório da multa aplicada – Multa Confiscatória – ADI 551 com pedido de redução – capacidade contributiva, inconstitucionalidade da SELIC.

Lado outro, a contribuinte traz, ainda, “Preliminar de inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio”, essa matéria por ter sido declarada inconstitucional pelo STF não precisa ser conhecida, haja vista que, hodiernamente, o recurso é processado sem qualquer exigência de depósito.

Pois bem. Este Egrégio Conselho não pode adentrar no controle de constitucionalidade das leis, somente outorgada esta competência ao Poder Judiciário, devendo o CARF se ater a observar o princípio da presunção da constitucionalidade das normas legais, exercendo, dentro da devolutividade que lhe competir frente a decisão de primeira instância com a dialética do recurso interposto, controle de legalidade do lançamento para observar se o ato se conformou ao disposto na legislação que estava em vigência por ocasião da ocorrência dos fatos, não devendo abordar temáticas de constitucionalidade, salvo em situações excepcionais quando já houver pronunciamento definitivo do Poder Judiciário sobre dado assunto, ocasião em que

apenas dará aplicação a norma jurídica constituída em linguagem competente pela autoridade judicial, ou se eventualmente houvesse dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei n.º 10.522, de 2002, ou súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar n.º 73, de 1993, ou pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar n.º 73, de 1993, ou na forma da nova sistemática do art. 19-A, inciso III, da Lei n.º 10.522, de 2002, se houvesse, ao menos, manifestação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, independentemente de ato declaratório, o que não é o caso. Não há situação excepcional nestes autos.

Ora, o assunto já resta sumulado administrativamente, a teor da **Súmula CARF n.º 2**, sendo pacificado o entendimento de que: *"O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária"*.

Outrossim, o art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 1972, com redação dada pela Lei 11.941, de 2009, enuncia que, no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Deveras, é vedado ao órgão julgador administrativo negar vigência a normas jurídicas por motivo de alegada ilegalidade de lei e/ou de inconstitucionalidade de lei. O controle de legalidade efetivado pelo CARF, dentro da devolutividade que lhe competir frente a decisão de primeira instância com a dialética do recurso interposto, analisa a conformidade do ato da administração tributária em parâmetro com a legislação vigente, observa se o ato administrativo de lançamento atendeu seus requisitos de validade, se o ato observou corretamente os elementos da competência, da finalidade, da forma, os motivos (fundamentos de fato e de direito) que lhe dão suporte e a consistência de seu objeto, sempre em dialética com as alegações postas em recurso, observando-se a matéria devolvida para a apreciação na instância revisional, não havendo permissão para declarar ilegalidade de lei e/ou a sua inconstitucionalidade, cabendo exclusivamente ao Poder Judiciário este controle.

Logo, não se pode conhecer matérias sobre inconstitucionalidades.

- Demanda judicial sobre exclusão do SIMPLES

Pretende a recorrente o reconhecimento de inconstitucionalidades e ilegalidade na exclusão do SIMPLES. Abre capítulo sobre a sua exclusão do SIMPLES. Sustenta que é nulo e inconstitucional o seu desenquadramento. Ademais, em acréscimo, diz que decisão definitiva do STJ (REsp 712.124) a manteve no SIMPLES, enquanto a DRJ alega que a exclusão do SIMPLES foi definitiva e transitou em julgado.

Pois bem. Observando o REsp 712.124 constato que se cuida de decisão sobre a tutela antecipada da ação proposta pela recorrente para questionar a exclusão do SIMPLES, de modo que não trata do mérito final da demanda. Lado outro, na Apelação Cível n.º 2003.72.03.001884-1/SC, do TRF da 4.ª Região, colhe-se o seguinte conteúdo no acórdão transitado em julgado:

A parte autora insurgiu-se basicamente contra sua exclusão do SIMPLES sem que tenha sido notificada deste ato, dizendo terem sido desrespeitadas as garantias

constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, além de inobservar os princípios da publicidade e motivação.

O aspecto de não ter havido intimação da parte autora foi suprido através do agravo de instrumento, que determinou que o prazo para a adoção das medidas cabíveis contra o ato que determinou a exclusão passasse a correr a contar da intimação da decisão do próprio agravo.

Por outro lado, a exclusão da parte autora do sistema se deu em razão da existência de 11 inscrições em dívida ativa da União, registradas no decorrer dos anos de 1998, 1999 e 2002, das quais 10 já se encontram ajuizadas.

A previsão legal contida na Lei nº 9.317/96, em seus artigos 9º, XV e 13 têm a seguinte redação:

"Art. 9.º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

XV – que tenha débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa; (...)"

"Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - (...)

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

(...)"

Das disposições citadas, depreende-se que a lei utiliza os mesmos critérios para impedir a inscrição no sistema e para excluir a pessoa jurídica do mesmo e não há, aí, tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente a afrontar as disposições dos artigos 5º, I, 150, II, 170 e 179, da CF/88.

Cumprido salientar que a Lei nº 9.317, de 05.12.96, criou o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES para dar eficácia ao artigo 179 da Constituição Federal que dispõe:

"A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas, por meio de lei".

Da análise do dispositivo acima transcrito, percebe-se que o constituinte remeteu à legislação comum a matéria relativa ao incentivo e à diferença no tratamento dispensado a ambos os tipos de formação de empresas ali previstos. Assim, conclui-se não haver óbice legal para excluir os optantes em determinadas situações ou mesmo atividades profissionais da abrangência dos benefícios da Lei nº 9.317/96, ficando ao exclusivo critério do legislador ordinário.

Neste sentido, a jurisprudência desta Corte:

"TRIBUTÁRIO. SIMPLES. OPÇÃO. ATIVIDADE PROFISSIONAL. VEDAÇÃO.

1. A lei nº 9.317/96, que criou o SIMPLES, veio dar eficácia à norma constitucional prevista no artigo 179, conferindo tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte e às microempresas.

2. A exclusão desta ou daquela profissional da abrangência da referida lei, fica ao exclusivo critério discricionário do legislador e da Administração, o que não configura ofensa ao princípio da isonomia."

(TRF 4ª Região - Segunda Turma – Relator Juiz Élcio Pinheiro de Castro – AMS nº 1998.04.01.082713-7/RS – DJU de 09/02/2000, unânime, p. 527)

Ademais, caso a empresa pretenda gozar dos benefícios proporcionados pela Lei do SIMPLES, deverá fazê-lo nos termos naquela regulados, sendo inadmissível interpretação analógica ou ampliada.

A Primeira Turma deste Tribunal já teve oportunidade de manifestar-se sobre tema análogo, em decisão unânime, de lavra do eminente Des. Federal Amir José Finocchiaro Sarti, assim redigida:

"REFIS. ADESÃO FACULTATIVA. LEI Nº 9964/2000.

A adesão ao programa REFIS é facultativa e quem a ele adere sujeita-se às condições impostas pela Lei nº 9964/2000, sem reservas."

(Agravo em AC nº 2000.72.04.000053-4/SC, publicado no DJ do dia 22.11.2000, p. 355)

Assim, a parte que adere ao SIMPLES, sujeita-se às condições legalmente impostas não só para sua inclusão no programa, mas também para ver-se nele mantida, inexistindo qualquer ilegalidade, no ponto.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo, nos termos da fundamentação supra.

Vê-se, portanto, que o Judiciário já confirmou e se pronunciou em definitivo sobre a exclusão da recorrente do SIMPLES.

Aliás, a Súmula CARF n.º 1 prescreve que: *“Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.”* (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Logo, não há como conhecer da matéria exclusão do SIMPLES, seja por inconstitucionalidade ou ilegalidade, pois o Poder Judiciário já proferiu a palavra final.

- Admissibilidade: Conclusão

Por tais razões, reconheço fatos impeditivos e mesmo extintivos do direito de recorrer e declaro que não compete a este Colegiado se pronunciar sobre inconstitucionalidades, nem sobre a exclusão do SIMPLES por haver pronunciamento judicial definitivo.

Sendo assim, conheço parcialmente do recurso voluntário, deixando de conhecer as matérias sobre inconstitucionalidades e sobre a exclusão do SIMPLES.

Apreciação de preliminar antecedente a análise do mérito

- Preliminar de inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio

O contribuinte pretende a declaração de inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio, todavia o STF já a declarou, de modo que essa matéria não é mais controvertida.

Sendo assim, o recurso é conhecido sem a exigência do depósito.

- Preliminar de nulidade

Observo que a recorrente requereu seja reconhecida a nulidade do auto de infração. No processo principal julgado na mesma sessão (13983.000353/2008-09) chega a dizer que as contribuições foram declaradas em GFIP. Neste processo a alegação de nulidade é relativo a sustentar que não foi excluído do SIMPLES ou que a multa é arbitrária e lançada gera nulidade.

Pois bem. Entendo que não assiste razão ao recorrente, uma vez que, a despeito dos argumentos, não restou demonstrado qualquer nulidade ou qualquer prejuízo para a defesa.

Aliás, o pedido de nulidade é até certo ponto bem genérico, não vindicando nenhuma específica violação procedimental que caracterize efetiva nulidade. Em realidade, confunde nulidade com o mérito. Questiona-se, a todo tempo, o mérito da imputação e da sanção, o que deve ser debatido no mérito, sem conhecimento de questões que precisem de declaração de inconstitucionalidade. Ademais, afirmar por si só no processo principal que fez declaração em GFIP não comprova que houve a efetiva declaração.

Ora, não há que se falar em nulidade ou mesmo em cerceamento ou preterição do direito de defesa quando a autoridade lançadora indicou expressamente as infrações imputadas ao sujeito passivo e observou todos os demais requisitos constantes na legislação procedimental de regência, reputadas ausentes às causas de nulidade.

Os relatórios fiscais, em conjunto com os documentos acostados, atenderam plenamente aos requisitos estabelecidos pelo art. 142, do CTN, bem como pela legislação federal atinente ao processo administrativo, pois descreve os fatos que deram ensejo à constituição do presente crédito tributário e fornecendo todo o embasamento legal e normativo para o lançamento.

Discordar dos fundamentos, das razões do lançamento, não torna o ato nulo, mas sim passível de enfrentamento das razões recursais no mérito.

Tem-se, ainda, que no prisma do contencioso administrativo tributário federal hodierno, as hipóteses de nulidade estão enumeradas no art. 59 do Decreto 70.235, de 1972, sendo elas: (i) documentos lavrados por pessoa incompetente; (ii) despachos e decisões proferidos com preterição do direito de defesa; e (iii) despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente. Logo, se nenhuma delas resta presente, não se evidencia nulidade.

Por último, em especial, não observo preterição ao direito de defesa, nos termos do art. 59, II, do Decreto n.º 70.235, de 1972. Não constato qualquer nulidade, portanto.

Sendo assim, rejeito a preliminar de nulidade.

Mérito

Quanto ao juízo de mérito, passo a apreciá-lo.

- Ilegalidade da cobrança para o INCRA

A contribuinte questiona a legalidade da contribuição ao INCRA. Diz que há bis in idem, pois teria a mesma base das contribuições sobre a folha de salários. Isto porque, a considera indevida, pois seria fora do campo de incidência da mencionada contribuição que, ao seu analisar, se destina apenas as atividades rurais, bem como por não ser beneficiada com tal contribuição e não fazer parte da categoria interessada.

Pois bem. A temática já restou pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, a teor da Súmula n.º 516 do STJ, nestes termos:

A contribuição de intervenção no domínio econômico para o INCRA (Decreto-Lei n.º 1.110/1970), devida por empregadores rurais e urbanos, não foi extinta pelas Leis ns.º 7.787/1989, 8.212/1991 e 8.213/1991, não podendo ser compensada com a contribuição ao INSS.

(Súmula 516, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/02/2015, DJe 02/03/2015)

Ora, é pacífico, hodiernamente, que a contribuição para o INCRA, devida por empregadores rurais e urbanos, mesmo após a publicação das Leis 7.787/89, 8.212/91 e 8.213/91, permanece plenamente exigível, não tendo sido extinta, conforme já sumulado pelo

STJ, inclusive em relação às empresas dedicadas a atividades urbanas, especialmente por se tratar de contribuição de intervenção no domínio econômico devida por todas as empresas.

Naqueles precedentes do STJ especialmente se destacou que a natureza da contribuição ao INCRA é diversa da natureza das contribuições incidentes sobre a folha de salários, de modo que se trata de contribuição de intervenção no domínio econômico, uma contribuição especial atípica, com finalidade de promover a reforma agrária, através de projetos e programas vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares, por opção legislativa. Logo, a contribuição destinada ao INCRA não foi extinta, nem com a Lei n.º 7.787/89, nem pela Lei n.º 8.212/91, tampouco pela Lei n.º 8.213/91, ainda estando em pleno vigor. Ora, a supressão da exação para o FUNRURAL (ou a supressão da parcela de custeio do Prorural) pela Lei n.º 7.787/89 e a unificação do sistema de previdência através da Lei n.º 8.212/91 ou a extinção da Previdência Rural com a unificação dos regimes de previdência na forma da Lei n.º 8.213/91 não provocou qualquer alteração na parcela destinada ao INCRA.

Aliás, a Primeira Seção do STJ, ao julgar o Recurso Especial n.º 977.058/RS, da relatoria do Ministro Luiz Fux, hoje Presidente do Supremo Tribunal Federal, submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil (recursos repetitivos), publicado no DJe de 10/11/2008, Tema/Repetitivo n.º 83, firmou entendimento de que *“Tese Firmada: A parcela de 0,2% (zero vírgula dois por cento) - destinada ao INCRA não foi extinta pela Lei 7.787/89 e tampouco pela Lei 8.213/91.”*

Lado outro, o fato de a contribuição para o INCRA não ter referibilidade direta na atividade econômica do recorrente (empresa urbana) não resulta na exclusão da exigência, pois a referibilidade direta não é elemento constitutivo das contribuições de intervenção no domínio econômico.

Por último, eventual discussão sob a ótica constitucional, face ao Tema 495/STF de Repercussão Geral, questionando, à luz dos artigos 149, § 2.º, III, “a” e 195, I, da Constituição Federal, se a contribuição de 0,2%, calculada sobre o total do salário dos empregados (...), destinada ao INCRA, fora, ou não, recebida pela Carta Magna, e qual a sua natureza jurídica, em face da Emenda Constitucional n.º 33/2001, não é possível de ser enfrentada neste Colegiado, a teor da Súmula CARF n.º 2, que reza: *“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”*.

Sendo assim, sem razão o recorrente.

- Ilegalidade da cobrança para do Salário Educação, da Contribuição ao SEBRAE, SESC e SENAC

A contribuinte questiona ainda a legalidade da contribuição para o Salário Educação, SEBRAE, SESC e SENAC. As alegações não especificam fatos ou problemas em si mesmo na autuação, mas sim discutem teses de ilegalidade da lei ou de inconstitucionalidade.

Pois bem. Neste horizonte, não vejo reparos no lançamento. É obrigação de toda empresa, que não recolha de forma substitutiva, recolher as contribuições para Outras Entidades e Fundos (Terceiros) a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, na forma da legislação.

Ora, discussão, em tese, das contribuições exigidas no lançamento, especialmente acerca de inconstitucionalidades e ilegalidades da legislação posta não competem ao CARF a teor da Súmula CARF n.º 2.

Lado outro, no que tange a contribuição ao SEBRAE, em recente julgamento no STF, em data de 23/09/2020, no âmbito do julgamento do Tema de Repercussão Geral n.º 325 – RE 603.624 (*“Subsistência da contribuição destinada ao SEBRAE, após o advento da Emenda Constitucional n.º 33/2001”*), fixou-se a tese: *“As contribuições devidas ao SEBRAE, à APEX e à ABDI com fundamento na Lei 8.029/1990 foram recepcionadas pela EC 33/2001”*.

Deste modo, tendo o lançamento de ofício sido efetivado bem apontando o fato jurídico que origina a relação jurídico-tributária que impõe a prestação do tributo, conforme descrito na norma de tributação, a incidência tributária não pode ser afastada por argumentações de inconstitucionalidade, sendo a atividade fiscal vinculante consoante artigo 142 do CTN.

Ademias, a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil poderá arrecadar e fiscalizar contribuição destinada por lei a outras entidades ou fundos denominados Terceiros. Adicionalmente, são devidas as contribuições sociais a cargo das empresas sobre os valores pagos, devidos ou creditados, a qualquer título, durante o mês, aos segurados que lhe prestem serviços, por contraprestação de serviços, sendo, inclusive, possível a aferição indireta, quando necessário, de modo que cabe ao contribuinte demonstrar, com documentação hábil e idônea, que as verbas concedidas aos segurados empregados e/ou contribuintes individuais se enquadram em hipótese de não incidência ou de isenção ou de imunidade.

Sendo assim, sem razão o recorrente neste capítulo.

- Multa confiscatória e o STF, capacidade contributiva

Quanto a alegação do efeito confiscatório da multa aplicada, dos aspectos da ADI 551 e do correspondente pedido de redução e de aplicação da capacidade contributiva, bem como de aplicação de princípios constitucionais outros e de alegações sobre a visão do STF de forma não vinculante, nos quais poderia se invocar proporcionalidade, razoabilidade, devido processo legal substantivo, necessidade e adequação, moralidade administrativa, interesse público, dentre outros, com a finalidade de afastar a multa exigida no lançamento, sem decisão vinculante do STF, cabe consignar que não compete ao CARF afastar a aplicação da lei tributária impositiva da sanção em comento que se presume constitucional e legítima por restar vigente e integrar o sistema jurídico, sendo matéria sumulada no Egrégio Conselho a teor da **Súmula CARF n.º 2**: *“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”*

Além do mais, a multa se impõe por aplicação da lei. Ora, a multa de mora no lançamento de ofício não é de 20%. Veja-se, tratando-se de lançamento de ofício, isto é, de exigência de crédito tributário constituído pela autoridade fiscal em trabalho de fiscalização, por não conformação da atividade do contribuinte à *mens legis*, não é aplicável a multa de 20% do art. 61, § 2.º, da Lei 9.430, pois ela trata de mero inadimplemento de tributo já constituído ou de antecipação já reconhecida e não recolhida a tempo e modo, situações que não prescindem da constituição ou da exigência impositiva efetivada de ofício pela Administração.

Sendo assim, sem razão o recorrente neste capítulo.

- Ilegalidade da Taxa SELIC

Observo que a recorrente questiona os juros moratórios, especialmente a taxa SELIC, além de alegar *bis in idem* na incidência dos juros moratórios SELIC e da multa ou impossibilidade de uso da SELIC como juros moratórios dada a natureza de juros remuneratórios.

Pois bem. Não vejo reparos a serem tecidos na decisão hostilizada para a referida irresignação quanto aos juros moratórios, sendo tema objeto de enunciado posto na Súmula CARF n.º 4, nestes termos: *“A partir de 1.º 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.”*

Ademais, não há cumulação de juros moratórios e atualização monetária. Na verdade, a taxa SELIC tem esse viés duplo, mas é uma única taxa. Não há outra taxa que incida junto com a SELIC. Ademais, também não se sustenta tese de capitalização ou de anatocismo da SELIC, tantas vezes admitida e reiterada em diversos precedentes administrativos e judiciais. Outrossim, não há cumulação indevida de juros moratórios e da multa, pois cada qual exerce a sua função autorizada e prevista em lei, tendo o lançamento bem apontado a normatização a partir da subsunção efetivada na aplicação do direito.

De mais a mais, no caso específico de débitos para com a Fazenda Nacional, a adoção da taxa de referência SELIC, como medida de percentual de juros de mora, foi estabelecida pela Lei n.º 9.065, de 20/06/1995, nestes termos:

Art. 13. A partir de 1.º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei n.º 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6.º da Lei n.º 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei n.º 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei n.º 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Trata-se de temática já superada e, atualmente, sumulada, como acima ponderado.

Aliás, o cálculo dos juros de mora, equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, está, hodiernamente, previsto, de forma literal, no art. 61, § 3.º, da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

É uma imposição objetivada pela lei e decorre do lançamento, quando formalizado pela Administração Tributária. Trata-se de aplicação da lei, restando legítimo a fixação conforme preceito normativo.

Com respeito à utilização da SELIC para o cálculo dos juros moratórios, cabe citar o art. 161 do Código Tributário Nacional (CTN), nestes termos:

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 garantias previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1.º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

Constata-se que o CTN é claro ao tratar sobre o percentual de juros de mora, dispondo que somente deve ser aplicado o percentual de 1% (um por cento) ao mês calendário quando a lei não dispuser de modo diverso. Há, por conseguinte, regra para instituir taxa de juros distinta daquela calculada à base de 1% (um por cento) ao mês. De mais a mais, o limite de juros em 6% (seis por cento) ao ano não se aplica em matéria tributária.

Logo, fica a critério do poder tributante o estabelecimento, por lei, da taxa de juros de mora a ser aplicada sobre o crédito tributário não liquidado no prazo legal e no caso específico a adoção da SELIC está posta no art. 13 da Lei n.º 9.065, de 1995.

No mais, o julgador administrativo está impedido de afastar a taxa SELIC sob alegação de confisco ou inconstitucionalidade ou de *bis in idem*, conforme Súmula CARF n.º 2: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Por último, havendo lançamento de ofício os encargos moratórios estão previstos e normatizados em lei sendo decorrência da autuação que aplicou o direito ao caso concreto, isto é, a mora no pagamento impõe os juros e a multa, de modo que inexistente *bis in idem* na atualização do valor pela SELIC e na sanção imposta pela multa.

Sendo assim, sem razão o recorrente neste capítulo.

Conclusão quanto ao Recurso Voluntário

De livre convicção, relatado, analisado e por mais o que dos autos constam, não há, portanto, motivos que justifiquem a reforma da decisão proferida pela primeira instância, dentro do controle de legalidade que foi efetivado conforme matéria devolvida para apreciação, deste modo, considerando o até aqui esposado e não observando desconformidade com a lei, nada há que se reparar no julgamento efetivado pelo juízo de piso.

Neste sentido, em resumo, conheço parcialmente do recurso, não conhecendo os pedidos de declaração de inconstitucionalidade e sobre a exclusão do SIMPLES, já tendo o Judiciário afirmado que a empresa foi excluída do SIMPLES em caráter definitivo, rejeito as preliminares e prejudiciais e, no mérito, quanto a parte conhecida, nego provimento ao recurso, mantendo íntegra a decisão recorrida.

Alfim, finalizo em sintético dispositivo.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço em parte do recurso, exceto quanto às matérias inconstitucionalidade e exclusão do SIMPLES, e, na parte conhecida, NEGO-LHE PROVIMENTO.

É como Voto.

(documento assinado digitalmente)

Leonam Rocha de Medeiros

Fl. 15 do Acórdão n.º 2202-007.661 - 2ª Sejul/2ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 13983.000354/2008-45