



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

Processo nº 15540.000576/2010-17
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-01.811 – 3ª Turma Especial
Sessão de 19 de setembro de 2012
Matéria TERCEIROS. EXCLUSÃO DO SIMPLES.
Recorrente MAFIS - COMÉRCIO DE MATERIAIS RECICLÁVEIS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 30/06/2007

AUTO DE INFRAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXCLUSÃO DO SIMPLES. SUSPENSÃO DO DIREITO DE LANÇAMENTO DO FISCO. INOCORRÊNCIA

Sob pena de responsabilidade funcional, o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil tem a obrigação de efetivar o devido 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 que devido.

É devida a contribuição previdenciária para Terceiros (Outras entidades) a cargo da empresa excluída do regime simplificado, a partir da data estabelecida no Ato Declaratório de Exclusão.

SIMPLES. GUIAS DE RECOLHIMENTO. DARF. APROVEITAMENTO. TERCEIROS.

Não é possível a compensação dos valores recolhidos para o regime tributário simplificado - Simples de contribuições destinadas a Terceiros (Outras Entidades), conforme parágrafo 4º do art. 3º da Lei 9.317/96.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Relator(a).

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima – Presidente e Relator

Processo nº 15540.000576/2010-17
Acórdão n.º **2803-01.811**

S2-TE03
Fl. 135

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Oseas Coimbra Junior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Jhonatas Ribeiro da Silva, Bianca Delgado Pinheiro, Andre Luis Marsico Lombardi.

CÓPIA

Relatório

DO LANÇAMENTO

Trata-se de crédito lançado pela fiscalização (DEBCAD nº 37.263.436-2/2010) referente às contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga aos empregados, a cargo da empresa, destinadas às outras entidades ou fundos.

No relatório fiscal de fls. 31/34 a fiscalização informou que:

- o contribuinte foi excluído do SIMPLES, em 06/05/2009, com efeitos a partir de 01/01/2005;
- por conta da exclusão o autuado deveria ter retificado as GFIP do período posterior a data da exclusão declarando a condição de não optante pelo regime simplificado e recolher as contribuições devidas, mas assim não procedeu;
- pela ausência de retificação do enquadramento de opção pelo SIMPLES o autuado deixou de oferecer à tributação as remunerações pagas aos empregados e contribuintes individuais e recolher as contribuições previdenciárias a cargo da empresa sobre estes fatos geradores;
- utilizou dois levantamentos para apurar as contribuições devidas pelo autuado, FII - para os segurados empregados declarados nas GFIP e F21 — para os segurados contribuintes individuais declarados nas GFIP, além do levantamento DAL — para as diferenças de acréscimos legais das GPS recolhidas pela empresa no período auditado.

DA CIÊNCIA DO LANÇAMENTO

O contribuinte foi cientificado do lançamento fiscal em 06/12/2010, apresentando impugnação.

A decisão de primeira instância administrativa fiscal manteve o crédito fiscal exigido para o auto de infração em epígrafe.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O contribuinte foi cientificado da decisão em 29/09/2011, inconformado interpôs recurso voluntário em 24/10/2011, alegando e requerendo em síntese:

- configurada a suspensão da exigibilidade por força do art. 151, III, do Código Tributário Nacional, requer que não seja levado a cabo qualquer ato tendente a exigir os débitos lançados através do Auto de Infração, sob pena de nulidade, como prevê o art. 59 e seguintes do Decreto 70.235/72;
- se existe pendência em processo administrativo que definirá a incidência dos tributos sob o regime especial (Simples) ou geral e estando o contribuinte em dia com seus

tributos devidos no regime a que ainda está vinculado, por força da suspensão, não há configuração de mora;

- ainda que mantida a exclusão do regime especial (Simples), deve ser anulada a notificação por erro no lançamento fiscal ou, caso não se vislumbre vício insanável, deve ser totalmente excluída a multa e os juros de mora se o pagamento for realizado dentro do prazo de 30 (trinta) dias, contados da decisão definitiva a ser proferida no processo nº 15540.000157/2009-41, do qual decorreu a emissão do ato declaratório de exclusão nº 29, de 06/05/2009;

- mantida a exclusão do Simples, requer seja anulado o lançamento, em razão do equívoco na fixação da base de cálculo do tributo. Caso se entenda que não há vício de legalidade, solicita-se que os recolhimentos realizados pelo contribuinte no regime do Simples sejam confrontados e compensados com os créditos constituídos através da presente e demais notificações;

- requer diligência a fim de: a) anexar ao presente processo a íntegra do processo onde se discute a legalidade da exclusão da empresa no regime do SIMPLES; b) no caso de manutenção da exclusão do regime do SIMPLES, apurar o valor dos tributos devidos sem incidência da multa e dos juros de mora, bem como apurar os valores que foram recolhidos sob o regime do SIMPLES; c) esclarecer com elementos seguros, suficientes para determinar a infração, quais os documentos, métodos e critérios foram utilizados para chegar à conclusão perpetrada no auto de infração;

- caso não seja possível a realização da Diligência, requer a produção de prova pericial contábil a fim de buscar a verdade material que informa o processo administrativo fiscal;

- por fim, requer: a) a nulidade do lançamento, em razão das falhas apontadas; b) a suspensão de exigibilidade do tributo lançado, impedindo-se qualquer procedimento de cobrança até o deslinde do processo administrativo nº 15540.000157/2009-41 (Simples); c) exclua a multa e os juros de mora decorrentes da suspensão de exigibilidade; d) confronte e compense os pagamentos realizados no regime do Simples, com os tributos lançados na presente notificação de lançamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche todos os requisitos de admissibilidade, razão pela qual, passo a analisá-lo.

O lançamento fiscal ocorreu em razão da exclusão do contribuinte do regime tributário simplificado (Simples) quando da emissão do ato declaratório de exclusão nº 29, de 06/05/2009, com efeitos a partir de 01/01/2005, DOU nº 87, segunda-feira, 11 de maio de 2009, em virtude de ter excedido o ano calendário de 2004, exercício 2005, o limite da receita

bruta previsto na legislação pertinente ao Simples, apurado em procedimento de fiscalização e formalizado representação fiscal para exclusão do Simples.

Excluído do regime tributário simplificado – Simples as contribuições sociais previdenciárias patronais são devidas pelo contribuinte. Não havendo tais recolhimentos correto o lançamento fiscal para a cobrança das contribuições. Assim, o que é objeto da suspensão é a cobrança do crédito decorrente do lançamento fiscal é não a sua constituição.

O contribuinte não demonstrou que o ato declaratório de exclusão nº 29, de 06/05/2009, está sem efeito.

DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE

Decorre do art. 151, inciso III, do CTN, a suspensão da exigibilidade do Crédito Tributário, impossibilitando o fisco de inscrever em dívida ativa. Destarte, a exigibilidade do crédito permanecerá suspensa enquanto não estiver definitivamente julgada na esfera administrativa.

JUROS. TAXA SELIC

Quanto à aplicação dos juros equivalente a taxa SELIC, para a cobrança de contribuições sociais previdenciárias em atraso, encontra respaldo legal no art. 34 da Lei nº 8.212/91. É utilizada como índice de juros de mora e não de atualização monetária. A utilização da referida taxa surgiu com o advento da Lei nº 9.065/95, artigo 13, quando os juros de mora, a partir de abril de 1995, passaram a ser calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC), acumulada mensalmente. Apesar do art. 34 da Lei nº 8.212/91 ter sido revogado pela Lei nº 11.941/2009, a cobrança dos juros no percentual de 1% (um por cento) e taxa SELIC foram mantidos, nos termos do art. 35 da Lei nº 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 11.941/2009. Ademais, o Código Tributário Nacional - CTN, em seu artigo 161 e § 1º, dispõe que os juros de mora serão calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês, permitindo que a lei disponha de modo diverso.

Ressalte-se que os juros não são penalidades, não se aplicando a retroatividade benigna, tampouco a denúncia espontânea, para esta última conforme expressamente previsto no art. 138 do CTN. A espontaneidade da denúncia se dá antes do início de qualquer procedimento administrativo ou fiscal:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração. nosso grifo

A jurisprudência do STJ entende ser a taxa SELIC aplicável aos créditos de natureza tributária:

RESP 529502 / SC

RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "A". TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC - POSSIBILIDADE - ITERATIVOS PRECEDENTES.

É firme a orientação deste Sodalício no sentido da aplicabilidade da Taxa SELIC para a cobrança de débitos fiscais, entendimento consagrado pela colenda Primeira Seção quando do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC, Relator Ministro Luiz Fux, j. 14.05.03. Ressalva deste Magistrado. Na mesma esteira, os seguintes precedentes: REsp 462710/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 09.06.2003, REsp 475.904/PR, Relatar Min. José Delgado, DJU 12.05.2003, e REsps 596.198/PR, DJU 14.06.2004 e 443.343/RS, DJU 24.11.2003, ambos relatados por este Magistrado. Recurso especial improvido.

ÁgRg no RESP 636703 / PR

TRIBUTÁRIO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS DECLARADAS EM DCTF. PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO, DESNECESSIDA DE. SELIC. APLICABILIDADE.

I - Nos casos em que o contribuinte comunica a existência de obrigação tributária pode o crédito fiscal ser inscrito em dívida ativa e cobrado em execução, independentemente de qualquer procedimento administrativo. Precedentes: REsp nº 551.015/AL, deste Relatar, DJ de 04/10/2004; REsp nº 624.907/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 28/02/2005.

II - A partir do advento da Lei 9.250, de 1995, passou a ser legítima a aplicação da taxa SELIC no campo tributário. Múltiplos precedentes jurisprudenciais.

III - Agravo regimental improvido.

São devidas e legais a aplicação dos juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, bem como, a aplicação da taxa SELIC, enunciadas nas súmulas 4º e 5º do CARF, *in verbis*:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Súmula CARF nº 5: São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.

O Supremo Tribunal Federal - STF, em sede de repercussão geral, no julgamento do RE 582461/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, em 18.5.2011, decidiu ser legítima a incidência da Selic como índice de atualização dos débitos tributários pagos em atraso.

Assim sendo, está correto e é legal o cálculo dos juros com a cobrança da taxa Selic.

MULTA APLICADA

As contribuições previdenciárias estão sujeitas à incidência de multa na forma do artigo 35 da Lei nº 8.212/91, constante do relatório de Fundamentos Legais do Débito – FLD apensado aos autos. Não há previsão legal para exclusão da multa e o juros de mora para o processo administrativo.

A exclusão da multa se o pagamento for realizado dentro do prazo de 30 (trinta) dias contados da decisão definitiva se refere à decisão judicial, nos termos do art. 63 da lei 9430/96, não podendo ser aplicada no caso de processo administrativo.

Art.63.Na constituição de crédito tributária 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 nº5. 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).

Destarte, correta a multa aplicada nos termos do artigo 35 da Lei 8.212/91, em função das alterações implementadas pela lei nº 11.941/09 e em respeito ao disposto no artigo 106, II, "c", do CTN, por ser mais benéfica ao contribuinte.

DA DILIGÊNCIA/PERÍCIA

Não há necessidade de diligência para anexar aos autos a decisão da exclusão da empresa do regime tributário simplificado - Simples, pois se encontra acostada cópia do Diário Oficial da União - DOU nº 87, segunda-feira, 11 de maio de 2009. Não há dúvida quanto ao objeto do lançamento fiscal, assim não há necessidade de diligência/perícia para esclarecer com elementos, documentos, métodos e critérios utilizados para se chegar ao auto de infração.

O pedido de produção de prova pericial/diligência não cumpriu os requisitos necessários pelo requerente. O devido processo legal tributário, disciplinado pelo Decreto nº 70.235/72, disciplina o momento de produção de provas e requerimento de perícia. Todos os elementos de prova devem ser apresentados na impugnação. Considerar-se-á não formulado o pedido de perícia que não atenda aos requisitos previstos no artigo 16, inciso IV, c/c §1º, do Decreto nº 70.235/72, quais sejam, exposição dos motivos que a justifique, a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, o nome, o endereço e a qualificação profissional perito.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA

A declaração de inconstitucionalidade de lei é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário. A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições. Assim, 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/legalidade, nos termos do art. 26-A e parágrafo único, do Decreto n. 70.235/72, bem como, art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de recursos Fiscais - CARF, aprovado pela Portaria GMF nº 256, de 22 de junho de 2009. No mesmo sentido é o que discorre a Súmula nº 2 do CARF:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

COMPENSAÇÃO DOS VALORES DO SIMPLES NACIONAL

Com base no art. 21, § 5º, da Lei Complementar nº 123/2006, o Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN regulou a compensação e a restituição dos valores do Simples Nacional recolhidos indevidamente ou em montante superior ao devido. A Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional nº 94/2011, art. 118, § 3º, dispõe que a compensação pode ser de ofício e com débitos junto à Fazenda Pública do próprio ente, inclusive em caso de exclusão da empresa do Simples Nacional (art. 119, § 5º):

Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006

Art.21. Os tributos devidos, apurados na forma dos arts. 18 a 20 desta Lei Complementar, deverão ser pagos:

§ 5º O CGSN regulará a compensação e a restituição dos valores do Simples Nacional recolhidos indevidamente ou em montante superior ao devido. (Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

§ 6º O valor a ser restituído ou compensado será acrescido de juros obtidos pela aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais, acumulada mensalmente, a partir do mês subsequente ao do pagamento indevido ou a maior que o devido até o mês anterior ao da compensação ou restituição, e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada. (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

.....

Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional nº 94, de 29 de novembro de 2011 ()*

Art. 118. A ME ou EPP optante pelo Simples Nacional somente poderá solicitar a restituição de tributos abrangidos pelo Simples Nacional diretamente ao respectivo ente federado, observada sua competência tributária. (Lei Complementar nº123, de 2006, art. 21, § 5º)

§ 3º Os créditos a serem restituídos no Simples Nacional poderão ser objeto de compensação de ofício com débitos junto à Fazenda Pública do próprio ente. (Lei Complementar nº123, de 2006, art. 21, § 10)

Da Compensação

Art. 119. A compensação dos valores do Simples Nacional recolhidos indevidamente ou em montante superior ao devido, será efetuada por aplicativo a ser disponibilizado no Portal do Simples Nacional, observando-se as disposições desta seção. (Lei Complementar nº123, de 2006, art. 21, §§ 5ª a 14)

§ 1º Quando disponível o aplicativo de que trata o caput:

I - será permitida a compensação tão somente de créditos para extinção de débitos junto ao mesmo ente federado e relativos ao mesmo tributo; (Lei Complementar nº123, de 2006, art. 21, § 11)

II - os créditos a serem compensados na forma do inciso I serão aqueles oriundos de período para o qual já tenha sido apropriada a respectiva DASN apresentada pelo contribuinte, até o ano-calendário 2011, ou a apuração validada por meio do PGDAS-D, a partir do ano-calendário 2012; (Lei Complementar nº123, de 2006, art. 21, § 5º)

III - o valor a ser restituído ou compensado será acrescido de juros obtidos pela aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, a partir do mês subsequente ao do pagamento indevido ou a maior que o devido até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% (um por cento), relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada. (Lei Complementar nº123, de 2006, art. 21, § 6º)

IV - observar-se-ão os prazos de decadência e prescrição previstos no CTN. (Lei Complementar nº123, de 2006, art. 21, § 12)

§ 2º Os valores compensados indevidamente serão exigidos com os acréscimos moratórios previstos para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS. (Lei Complementar nº123, de 2006, art. 21, § 7º)

§ 3º Na hipótese de compensação indevida, quando se comprove falsidade de declaração apresentada pelo sujeito passivo, o contribuinte estará sujeito à multa isolada aplicada no percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicado em dobro, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado. (Lei Complementar nº123, de 2006, art. 21, § 8º)

§ 4º Será vedado o aproveitamento de créditos não apurados no Simples Nacional, inclusive de natureza não tributária, para extinção de débitos do Simples Nacional. (Lei Complementar nº123, de 2006, art. 21, § 9º)

§ 5º Os créditos apurados no Simples Nacional não poderão ser utilizados para extinção de outros débitos junto às Fazendas Públicas, salvo quando da compensação de ofício oriunda de deferimento em processo de restituição ou após a exclusão da empresa do Simples Nacional. (Lei Complementar nº123, de 2006, art. 21, § 10)

§ 6º É vedada a cessão de créditos para extinção de débitos no Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, § 13)

§ 7º Nas hipóteses previstas no § 5º, o ente federado deverá registrar os dados referentes à compensação processada no aplicativo específico do Simples Nacional, para bloqueio de novas compensações ou restituições do mesmo valor. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, § 5º) (Incluído pela Resolução CGSN nº 100, de 27 de junho de 2012)

Deste modo, entendo ser possível a compensação dos valores recolhidos para o regime tributário simplificado – Simples com tributos da mesma espécie, o que não se aplica no caso por se tratar de contribuições destinadas a Terceiros (Outras Entidades), conforme parágrafo 4º do art. 3º da Lei 9317/96.

O crédito tributário encontra-se revestido das formalidades legais do art. 142 e § único, e arts. 97 e 114, todos do CTN, com período apurado, discriminação dos fatos geradores por intermédio do Relatório Fiscal - REFISC; e, ainda, o Discriminativo do Débito - DD; as Instruções para o Contribuinte – IPC; os Fundamentos Legais do Débito – FLD; a identificação do contribuinte, identificação do Auditor Fiscal notificante; e demais informações constantes dos autos, consoante artigo 33 da Lei nº 8.212/91.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto em negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima