



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15983.000951/2008-03
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-009.854 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de maio de 2021
Recorrente BURGER COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2004

MATÉRIA NÃO ADUZIDA EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. RECURSO VOLUNTÁRIO. CONHECIMENTO PARCIAL.

Não é passível de conhecimento matéria consignada no recurso voluntário e não aduzida na impugnação, vez que caracteriza inovação recursal, estando, portanto, preclusa.

AUTO DE INFRAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. SIMPLES. EXCLUSÃO. DECADÊNCIA.

A informação indevida em GFIP de empresa optante pelo regime de tributação SIMPLES, quando a empresa não é optante, respalda o lançamento das contribuições sociais previdenciárias a cargo da empresa.

Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário, não se conhecendo da alegação de que a multa de ofício de 75% teria caráter confiscatório, uma vez que tal alegação não foi levada ao conhecimento e à apreciação da autoridade julgadora de primeira instância, representando inovação recursal, e, na parte conhecida do recurso, negar-lhe provimento. O Conselheiro Gregório Rechmann Junior votou pelas conclusões.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luís Henrique Dias Lima – Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros Marcio Augusto Sekeff Sallem, Gregorio Rechmann Junior, Luis Henrique Dias Lima, Renata Toratti Cassini, Rafael Mazzer de Oliveira Ramos, Francisco Ibiapino Luz, Ana Claudia Borges de Oliveira, Denny Medeiros da Silveira (Presidente).

Relatório

Cuida-se de recurso voluntário em face de decisão de primeira instância que julgou improcedente a impugnação e manteve o crédito tributário constituído em 26/09/2008 mediante o Auto de Infração (AI) – DEBCAD 37.178.811-0 – valor R\$ 6.179,11 – com fulcro em contribuições destinadas a Terceiros decorrentes de fatos geradores de prestação de serviço remunerado a segurados empregados foram apurados conforme folhas de pagamento, termos de rescisão de contrato de trabalho, livro Caixa e Rais.

Cientificada da decisão de primeira instância em 25/05/2010, a Impugnante, agora Recorrente, interpôs recurso voluntário em 23/06/2010, aduzindo, em apertada síntese, preliminarmente, nulidade do processo fiscal por vício formal – pressupostos de validade – cerceamento de defesa; prejudicial de decadência; e, no mérito, que no procedimento fiscal (relatório, levantamento, fundamentação, dispositivo, etc.) falta o principal requisito para validade do auto de infração, ou seja, o ato administrativo que determinou a exclusão da opção do SIMPLES, fatos e objeto constitutivos da pretensão de tributar; e caráter confiscatório da multa de 75% aplicada.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luís Henrique Dias Lima - Relator.

Não obstante a tempestividade do recurso voluntário, dele conheço parcialmente, vez que trata de matéria não aduzida em sede de impugnação, a saber, caráter confiscatório da multa de 75% aplicada, caracterizando inovação recursal, tornando-a, portanto, matéria preclusa a teor do art. 17 Decreto n. 70.235/1972.

Passo à análise.

Por bem contextualizar este contencioso, resgato o relatório da decisão recorrida:

Trata-se de Auto de Infração relativo a contribuições destinadas a Terceiros, como descrito no Relatório Fiscal da Infração de fls. 24/28, nas competências de 01/2003 a 12/2004, cujos fatos geradores de prestação de serviço remunerado a segurados empregados foram apurados conforme folhas de pagamento, termos de rescisão de contrato de trabalho, livro Caixa e Rais. O lançamento totalizou o valor de R\$6.179,11 (Seis mil, cento e setenta e nove reais, e onze centavos), com consolidação em 25/09/2008.

Informa ainda o Relatório Fiscal que o valor integral da remuneração dos segurados empregados foi considerado como não declarado em Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social — GFIP, pois, embora tenham sido incluídas essas remunerações nas GFIP's, a atuada informou

indevidamente no documento que se tratava de empresa optante pelo Simples, quando o correto teria sido como empresa não optante. Este fato configura em tese a prática de ilícito penal e será objeto de Representação Fiscal para Fins Penais.

Enfim relata que a opção pelo Simples feita pela empresa apenas foi considerada pela Receita Federal a partir de 01/2005, sendo que no período de 01/2003 a 12/2004 a empresa não preencheu os requisitos para seu enquadramento.

O contribuinte contestou o lançamento através do instrumento de fls. 31/44, descrevendo sucintamente os fatos, requerendo o arquivamento do Auto, e alegando em síntese o seguinte:

A fiscalização compareceu à empresa trazendo consigo o Auto de Infração em apreço impresso e pronto, lavrado fora do estabelecimento da autuada, em desacordo com o art. 10 do Decreto n.º 70.235/72.

O procedimento fiscal não guarda conformidade com as normas que regem os atos administrativos vinculados, pois a fiscalização não indica a existência de desenquadramento ou o Ato Declaratório que excluiu a empresa do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES. O procedimento adotado afronta o princípio do contraditório e da ampla defesa, criando receitas fictícias com base em GFIP e códigos se era optante ou não pelo Simples, além de "ofensa direta ao art. 150, IV da Constituição Federal, confisco a exigência de um tributo indevido". Desta forma, o ato apresenta-se viciado.

O crédito relativo aos fatos geradores ocorridos de 01 a 08/2003 não foi regularmente constituído, visto que seu lançamento ultrapassou o prazo decadencial de cinco anos, nos termos do art. 150 e parágrafos do Código Tributário Nacional — CTN. Assim, "a Contribuição Social, período de 01/2003 a 08/2003, alcançada pela decadência, bem como os respectivos acessórios e encargos correspondentes (multa e juros de mora), devem ser excluídos do auto de infração".

A alegação da fiscalização de que a opção pelo Simples apenas foi considerada pela Receita Federal a partir de 01/2005, e que durante 01/2003 a 12/2004 a empresa não preencheu os requisitos para seu enquadramento não procede, haja vista que:

somente em agosto de 2003 a impugnante foi comunicada que estava excluída do Simples;

o desenquadramento ocorreu em 08/2003 e seus efeitos a partir de 31/12/2001;

não houve informação prévia para que a empresa pudesse impugnar a decisão;

a impugnante ficou impedida de fazer a opção referente ao ano calendário de 2004;

Ademais o procedimento foi imotivado e sem fundamento, pois não demonstrou a origem do débito apurado, os dispositivos legais e sua fundamentação legal.

A impugnante nunca deixou de cumprir com suas obrigações fiscais como optante do Simples, pois conforme relatórios as contribuições foram recolhidas de acordo com o regime simplificado. Assim, a autuação fiscal não guarda conformidade com a legislação e a verdade jurídica e contábil-fiscal, devendo todo o procedimento fiscal ser nulo, por desvio de finalidade.

Além disso, falta no Auto de Infração fatos e objetos constitutivos da pretensão de tributar, pois não há informações por que a empresa está impedida de integrar o regime jurídico simplificado.

Requer enfim o arquivamento do Auto de Infração, protestando pela apresentação de todas as provas em direito admitidas.

No julgamento de primeira instância a DRJ decidiu pela improcedência da impugnação e manteve integralmente o crédito tributário.

Na parte conhecida do recurso voluntário, a Recorrente aduz, preliminarmente, nulidade do processo fiscal por vício formal – pressupostos de validade – cerceamento de defesa; prejudicial de decadência; e, no mérito, que no procedimento fiscal (relatório, levantamento, fundamentação, dispositivo, etc.) falta o principal requisito para validade do auto de infração, ou seja, o ato administrativo que determinou a exclusão da opção do SIMPLES, fatos e objeto constitutivos da pretensão de tributar.

Pois bem.

Destarte, como na parte conhecida do recurso voluntário a Recorrente reitera, em linhas gerais, os argumentos esgrimidos na impugnação, sem aduzir novas razões de defesa perante a segunda instância, utilizo-me do permissivo regimental do art. 57, § 3º, do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF n. 343, de 09 de junho de 2015, para confirmar e adotar as razões de decidir da decisão recorrida:

[...]

Com relação ao desenquadramento da impugnante do Simples, na verdade a fiscalização foi clara sobre a empresa não estar neste regime no período da autuação, quando mencionou em seu Relatório, no item 10, o seguinte: "A opção pelo SIMPLES apenas foi considerada pela Receita Federal a partir de 01/2005, sendo que no período de 01/2003 a 12/2004, a empresa não preencheu os requisitos para seu enquadramento".

Ora, a partir desta informação entende-se perfeitamente o motivo da autuação, conforme lê-se do Relatório Fiscal, no seu item 9, *in verbis*:

(...) embora tenham sido incluídas as remunerações em GFIP, a autuada informou indevidamente no referido documento que tratava-se de empresa optante pelo SIMPLES — Lei n.º 9.317/96 (código 02— empresa optante), quando o correto teria sido a declaração do código 01 — empresa não optante. A informação indevida implica na alteração dos valores das contribuições devidas, tendo em vista que as empresas optantes pelo Simples devem proceder tão somente ao recolhimento da contribuição descontada dos segurados, pois tem as contribuições patronais substituídas. Tal fato acarretou também na lavratura do AI n.º 37.178.810-2.

Desta forma, com base neste fato, a fiscalização discriminou no anexo RL - Relatório de Lançamento, do Auto de Infração, as bases de cálculo constantes das folhas de pagamento, Livro Caixa e Rais — Relação Anual de Informações Sociais, como mencionado no item 7 do seu Relatório, e no anexo FLD - Fundamentos Legais do Débito foram descritos os dispositivos legais que embasaram o Auto de Infração, explicitando-se assim a origem do débito apurado.

Portanto, tendo em vista o que foi descrito pela fiscalização, não se faz imprescindível a menção expressa sobre o Ato Declaratório Executivo de Exclusão para a compreensão do ocorrido, tendo em vista que a própria impugnante o recebeu quando de sua exclusão do Simples. E tanto isso não cerceou o direito de defesa da impugnante, que na própria peça impugnatória é feita a descrição no seu item 21 que em agosto de 2003 a empresa foi comunicada que estava excluída do regime do Simples.

De fato foi emitido o Ato Declaratório Executivo DRF/STS, n.º **474464**, de 07/08/2003 (doc. fl. 82), o qual foi por ela recebido em **26/08/2003**, conforme cópia do A. R. — Aviso de Recebimento n.º 131405547, juntada A fl. 79. Assim, a impugnante, como informou a fiscalização, não se encontrava no Simples no período do lançamento (de 01/2003 a 12/2004), em vista do efeito do seu desenquadramento ter ocorrido a partir de 01/01/2002. E esta decisão lhe havia sido formalmente informada. Portanto, correto o procedimento fiscal, uma vez que a autuação se baseou na legislação pertinente, conforme descrito no Auto de Infração.

E quanto à arguição de que não houve informação prévia para que a empresa pudesse impugnar a decisão que a excluiu do Simples, não é o que se observa da leitura do Ato Declaratório Executivo que formalizou a exclusão, que menciona expressamente no seu art. 3º o seguinte:

Art. 3º. Poderá o contribuinte, dentro do prazo de trinta dias contados a partir da data do recebimento deste Ato, manifestar sua inconformidade, por escrito, nos termos do Decreto n.º 70.235, de 7 de março de 1972, e suas alterações posteriores, relativamente à exclusão do Simples, ao Delegado da Receita Federal de sua Jurisdição, por meio do formulário Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples (SRS), disponível na página da Secretaria da Receita Federal na Internet (www.receita.fazenda.gov.br/publico/formulários/srs.rtf), ou em suas unidades, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Assim, caso o contribuinte não tivesse concordado com a decisão, foi-lhe dado prazo para apresentar sua manifestação de inconformidade. Tal porém não ocorreu, conforme verificado nos sistemas informatizados da RFB (fl. 81). Portanto, não tem fundamento a argumentação da impugnante de que não procede "A alegação da Agente Fiscal de que a opção pelo SIMPLES feita pela empresa apenas foi considerada pela Receita Federal a partir de 01/2005, e que durante o período de 01/2003 a 12/2004 a empresa não preencheu os requisitos para seu enquadramento (...)".

E quanto à alegação de que a impugnante nunca deixou de cumprir com suas obrigações fiscais como optante do Simples, a autuação foi efetuada exatamente porque, como já visto, houve o enquadramento indevido da empresa como optante, quando na realidade ela não era mais considerada incluída no regime simplificado, o que ocasionou o recolhimento a menor das contribuições a que estava legalmente obrigada. Portanto, a autuação, ao contrário do que é afirmado, está de acordo com a legislação descrita pela fiscalização.

Com relação ao argumento da impugnante sobre a necessidade de se mencionarem os motivos por que a empresa está impedida de estar incluída no Simples, não cabe neste processo este tipo de discussão, uma vez que ele deveria ter sido apresentado quando do recebimento do Ato Declaratório de exclusão, no qual foi aberto prazo para manifestação de inconformidade quanto a esta exclusão, conforme visto anteriormente. O presente processo discute apenas a autuação descrita no Relatório Fiscal, e tem por base a cobrança das diferenças relativas As contribuições patronais, destinadas a Terceiros, já que as empresas optantes pelo Simples recolhem apenas a parte descontada dos segurados empregados. Desta forma, o lançamento já possuía como pressuposto o não enquadramento da impugnante no regime do Simples, conforme anteriormente decidido em outra instância administrativa, de acordo com o ADE n.º 474464/2003.

Com relação à discussão quanto aos fatos geradores ocorridos de 01 a 08/2003 terem ultrapassado o prazo decadencial do art. 150 e parágrafos do Código Tributário Nacional — CTN, deve-se observar as ponderações que se seguem.

Em relação ao presente processo, há que se considerar que, conforme descrição do Relatório Fiscal do Auto de Infração em estudo, foram relatados fatos que em tese caracterizam sonegação de contribuições previdenciárias, por não ter havido declaração do fato gerador aqui discutido em guias GFIP, motivo pelo qual foi objeto de Representação Fiscal para Fins Penais/RFFP.

A Representação Fiscal para Fins Penais é formalizada na presença de fato que possa configurar crime em tese, sendo dever de ofício da fiscalização, sob pena de responsabilidade funcional, conforme determina a Portaria RFB n.º 665 de 24/04/2008, *verbis*:

Portaria RFB n.º 665 de 24/04/2008:

Do Dever de Representar

Art. 1º Os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil deverão formalizar representação fiscal para fins penais, perante o Delegado ou Inspetor-Chefe da Receita Federal do Brasil responsável pelo controle do processo administrativo-fiscal, sempre que no exercício de suas atribuições identificarem situações que, em tese, configurem crime relacionado com as atividades da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).
(...)

Art. 6º A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a Previdência Social, definidos nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, acrescentados pela Lei n.º 9.983, de 14 de julho de 2000, será formalizada e protocolizada em até 10 (dez) dias contados da data da constituição de crédito tributário, devendo ser remetida pelo Delegado da Receita Federal do Brasil responsável pelo controle do processo administrativo-fiscal em até dez dias, contados da data de sua protocolização, ao órgão do Ministério Público Federal que for competente para promover a ação penal.

Art. 9º O servidor que descumprir o dever de representar, nos termos estabelecidos nesta Portaria, fica sujeito às sanções disciplinares previstas na Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, sem prejuízo do disposto na legislação penal.

Ainda que não demonstrado nestes autos, a existência de Representação Fiscal/RFFP pressupõe a ocorrência do elemento subjetivo do tipo, em tese, o dolo na intenção da prática do delito, portanto, inadmissível argüir a decadência com base nas disposições

constantes do art. 150, § 4º, do CTN, neste caso, devendo seguir a regra de contagem disposta no art. 173, inciso I, do CTN:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;(...)

Disto resulta que em 25/09/2008, quando da lavratura do auto em comento, o direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários correspondentes às competências 01/2003 em diante não estava extinto, pois o prazo quinquenal estipulado pela legislação, que no caso seria 31/12/2008, não havia sido ultrapassado. Assim, não há como se acolher a alegação de decadência parcial, considerando-se que a ciência do lançamento se deu em 26/09/2008.

[...]

Acrescente-se que, uma vez caracterizado o dolo específico conforme consta do relatório fiscal, no que foi corroborado pela DRJ, há de se observar o prescrito no Enunciado 72 de Súmula CARF (vinculante), *verbis*:

Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN.

Isto posto, voto por conhecer parcialmente do recurso voluntário e negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)
Luís Henrique Dias Lima