



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

Processo n° 16004.720065/2013-06
Recurso n° Voluntário
Resolução n° **2401-000.696 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 12 de setembro de 2018
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente GALEGO IMPLEMENTOS PARA TRANSPORTES LTDA EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos do voto da relatora.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(assinado digitalmente)

Luciana Matos Pereira Barbosa - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cleberson Alex Friess, Luciana Matos Pereira Barbosa, Francisco Ricardo Gouveia Coutinho, Rayd Santana Ferreira, Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Andrea Viana Arrais Egypto, Matheus Soares Leite, Miriam Denise Xavier (Presidente).

RELATÓRIO

Contra o contribuinte acima identificado foi lavrado o Auto de Infração de DEBCAD 37.374.856-8 (fls. 3.488), que apurou o crédito tributário no montante de R\$ 152.096,44 (cento e cinquenta e dois mil e noventa e seis reais e quarenta e quatro centavos),

consolidado em 18/04/2013, referente às contribuições destinadas a “Outras Entidades” (Salário-Educação, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE), em decorrência da exclusão da empresa do Sistema Integrado de Pagamento Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, conforme Processo Administrativo nº 16044.720.053/2012-92, Ato Declaratório Executivo nº 095 de 26/02/2013, cópia juntada ao processo digital.

De acordo com o Relatório Fiscal (Termo de Constatação fls. 3.497/3.502), a Fiscalização esclarece que para apuração do crédito tributário tomou como base os valores de remunerações declaradas pelo contribuinte constantes nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social GFIP, as quais foram extraídas do banco de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB e encontram-se anexas ao presente processo.

Considera como fatos geradores das contribuições lançadas as remunerações pagas ou creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais discriminadas e declaradas na GFIP, em consonância com o artigo 28 da Lei nº 8.212/91, cujos valores encontram-se relacionados no Relatório Fiscal, fl. 3.498 e no Relatório de Lançamentos, fls. 3.495/3.496.

Para o cálculo das contribuições devidas informa que aplicou as alíquotas referente ao código “0079” destinadas às “Outras Entidades”, conforme abaixo discriminado:

SALÁRIO EDUCAÇÃO (0001) 2,5%

INCRA (0002) – 0,2%

SENAI (0004) – 1,0%

SESI (0008) – 1,5%

SEBRAE (0064) – 0,6%

DA APLICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

Em decorrência da conduta infracionária descrita acima conforme previsto nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, aplicou a multa de ofício em dobro no percentual de 150% (75% x 2) a partir da competência 12/2008 com fundamento no artigo 44, inciso I e § 1º da Lei nº 9.430/96, e considerou ser irrelevante distinguir se tal conduta se configurou em sonegação, fraude ou conluio já que demonstra infração a tipos definidos na citada lei.

Devidamente cientificada do lançamento por via postal, em 29/04/2013, conforme AR fl. 3.517, a empresa apresentou em 24/05/2013, impugnação ao citado Auto de Infração às fls. 3.519/3.537, acompanhada dos documentos às fls. 3.538/3.539 alegando, em apertada síntese que:

(i) Da preliminar de cerceamento ao direito de defesa e do devido processo legal.

Inicialmente, argumenta que houve inobservância ao que prescreve a Constituição Federal, artigo 5º, inciso LV e o artigo 2º da Lei nº 9.781/99 uma vez que considera que lhe está sendo exigido o pagamento de contribuições previdenciárias antes mesmo de apreciada a manifestação de inconformidade pela sua exclusão do SIMPLES Nacional. Cita ainda o artigo 23, Parágrafo único da Lei Complementar nº 123/2006 para fundamentar que lhe seja assegurado o contraditório, a ampla defesa e as determinações relativas ao processo administrativo fiscal consoante ao que determina o Decreto nº 70.235/1972;

Sustenta que a efetividade da exclusão do SIMPLES ocorre quando o contribuinte perde qualquer dos requisitos estabelecidos na LC 123/2006, o que no caso ainda não se concretizou pelo fato de que a Manifestação de Inconformidade aguarda julgamento, ou seja, o ADE (Retificado) não é ainda uma decisão definitiva;

Defende que o presente lançamento encontra-se eivado de vício insanável, haja vista que o ADE nº 095/2012 e ADE 095 (retificado) de 26/02/2013 foi objeto de manifestação de inconformidade tempestiva, motivo pelo qual não há razões legais para que surta efeitos.

(ii) Do mérito da exclusão do simples inexistência de motivo a justificar a exclusão da impugnante

Demonstrou a insubsistência do ADE nº 095 RETIFICADO, cujo teor inovou ao ato originário, culminando em flagrante vício material que por certo leva à nulidade do referido ato;

O Relatório do Despacho Decisório que determinou a exclusão da Impugnante do Simples Nacional, não têm relação com a realidade dos fatos, conforme já demonstrado pela Impugnante em manifestação de inconformidade e aditamento à manifestação de inconformidade apresentadas nos autos do processo administrativo que trata da exclusão;

(iii) Da impossibilidade de efeitos retroativos ao ato declaratório executivo nº 095/2012 e nº 095 retificado de 26/02/2013

Argumenta que mesmo admitindo a possibilidade de lavratura de auto de infração antes de concluída definitivamente apreciação do ADE que determinou a exclusão da Impugnante do SIMPLES, (pelo princípio da eventualidade), o presente lançamento não merece prosperar pelo fato de que os efeitos do ADE não podem retroagir a situações anteriores. Cita o artigo 22, § 5º da IN/SRF nº 365/2003, como fundamento do seu pleito.

Que não houve mudança na atividade da Impugnante, ou outro motivo qualquer que justificasse sua exclusão do SIMPLES, portanto entende que não há razão para prosperar a repercussão de efeitos retroativos do ADE para os períodos anteriores à ciência do mesmo.

Cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para justificar a sua tese de irretroatividade dos efeitos da exclusão do SIMPLES Nacional.

(iv) Da compensação entre os valores objeto do lançamento de ofício e os valores recolhidos pela impugnante no Simples

O presente lançamento não indica a compensação de valores, o que deveria ser realizado pela autoridade fiscal, no curso do procedimento fiscalizatório, deduzindo do débito que apurado em desfavor da Impugnante, o valor de eventuais créditos que a mesma possui contra a Fazenda Nacional;

Acaso mantido o lançamento de ofício, deve ser compensado os valores recolhidos no SIMPLES com os valores objeto do presente lançamento, sob pena de cobrança de valores além dos supostamente devidos;

Cita jurisprudência administrativa do CARF para justificar o pedido de compensação das contribuições recolhidas pela sistemática do SIMPLES, reduzindo assim o presente lançamento.

(v) Da inaplicabilidade de multa qualificada de 150%

O lançamento tem como único fundamento a decisão de exclusão do SIMPLES Nacional;

Para o período de 01 a 11/2008 a autoridade fiscal aplicou a multa de ofício no percentual de 75%. Já para as competências 12 e 13/2008 qualificou a multa aplicando-a no percentual de 150%. Discorda do procedimento fiscal uma vez que não se justifica tal distinção já que são idênticos os fundamentos que enserjaram a lavratura do presente Auto de Infração para os citados períodos;

No caso em comento não há que se falar em qualquer fraude, conluio ou sonegação, uma vez que a Impugnante estava inserida no sistema do SIMPLES, pelo qual recolhia contribuição previdenciária juntamente com demais tributos em um único pagamento. Considera que nunca adotou conduta maliciosa a ludibriar o Fisco, tanto que defende-se do ADE 95/2012 e nº 095 RETIFICADO (datado de 26/02/2013) que culminou na indicação de exclusão do SIMPLES, certa de que tal ato encontra-se eivado de vícios, o que por certo espera ser corrigido a fim de manter-se no SIMPLES;

(vi) Da decadência.

Em virtude da ciência do presente lançamento ter ocorrido por via postal em 29/04/2013 e por ter havido recolhimentos pela sistemática do SIMPLES, a contagem do prazo decadencial deve obedecer a regra prevista no artigo 150, § 4º, do CTN.

Deve-se portanto reconhecer a decadência para os fatos geradores anteriores a competência de 04/2008.

Destaca que a decadência é matéria de ordem pública e que deve ser reconhecida em qualquer momento processual. Cita jurisprudência administrativa e judicial sobre o tema.

(vii) Do descabimento da Taxa Selic.

A Taxa Selic, na forma como calculada, jamais poderia ser utilizada como "juros moratórios", uma vez que possui natureza jurídica totalmente diferente da "mora" por parte do devedor, qual seja a remuneratória.

A referida Taxa não foi criada e definida em lei, mas por Resoluções do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, o que ofende ao princípio constitucional da legalidade, bem como ao disposto no artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

Considerando-se a natureza remuneratória da taxa SELIC, a inconstitucionalidade de sua aplicação, bem como sua ilegalidade, não há que se admitir a utilização da mesma, no presente caso, com a natureza de juros de mora, razão pela qual deverá ser cancelada por essa autoridade Julgadora.

(viii) Da ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa.

Ainda que se entenda correta a utilização da taxa Selic para cobrança dos juros de mora incidentes sobre o tributo supostamente devido, é certo que os juros calculados com base nessa taxa não poderão ser exigidos sobre a multa de ofício lançada, por absoluta ausência de previsão legal.

O artigo 13 da Lei nº 9.065/95, que prevê a cobrança dos juros de mora com base na taxa Selic, remete ao artigo 84 da Lei 8.981/95, que, por sua vez, estabelece a cobrança de tais acréscimos apenas sobre tributos.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza (CE) lavrou Decisão Administrativa contextualizada no Acórdão nº **08-29.408 da 6ª Turma da DRJ/FOR**, às fls. 3.700/3.723, julgando improcedente a Impugnação apresentada em face do lançamento, mantendo o crédito tributário exigido em sua integralidade. Recorde-se:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2010

Ementa:

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL. INOCORRÊNCIA

Não ocorre cerceamento do direito de defesa quando os fatos descritos nos relatórios do Auto de Infração permitem a exata compreensão dos elementos que o compõem e dos valores apurados no cômputo da multa.

ALEGAÇÃO DE DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA

A ocorrência de dolo, fraude ou simulação afasta a possibilidade de homologação do pagamento de que trata o § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional e remete a contagem do prazo decadencial para a regra geral prevista no art. 173, inciso I do mesmo diploma legal, tendo seu início no exercício seguinte àquele em que tenha havido a ciência pela autoridade tributária da ocorrência dos fatos geradores omitidos pelo sujeito passivo

AUTO DE INFRAÇÃO. FORMALIDADES LEGAIS.

Quando o Auto de Infração encontra-se revestido das formalidades legais, tendo sido lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto, apresentando, assim, adequada motivação jurídica e fática, bem como os pressupostos de liquidez e certeza, podendo ser exigidos nos termos da Lei.

SIMPLES NACIONAL. CONSTITUIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA POR INTERPOSTA PESSOA.

É cabível a exclusão do regime simplificado quando ficar comprovada a utilização de interpostas pessoas na constituição e no funcionamento de pessoa jurídica, de modo a encobrir quem são os verdadeiros sócios administradores.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS

A partir do momento em que operados os efeitos da exclusão, a pessoa jurídica excluída do Simples se sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

SIMPLES. GUIAS DE RECOLHIMENTO. DARF/DAS. APROVEITAMENTO. VEDAÇÃO

É vedada a compensação de contribuições previdenciárias com o valor recolhido indevidamente para o SIMPLES.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

LEGALIDADE. CONSTITUCIONALIDADE.

A declaração de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos federais, bem como de ilegalidade destes últimos, é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Inconformada com a decisão exarada pelo órgão julgador *a quo*, a Recorrente Galego Implemento para Transportes Ltda. EPP interpôs Recurso Voluntário às fls. 3.565/3.589, resumidamente nos seguintes termos:

(i) Cerceamento de Defesa – Sustenta que a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 9.784/99 garantem além da obrigatoriedade de observância de um procedimento administrativo regular, garantem, igualmente, que durante o procedimento seja conferido aos administrados o contraditório e a ampla defesa, o que não teria sido observado na espécie, uma vez que, antes mesmo de decisão definitiva quanto ao ADE 095/2012 (original) e ADE 095

retificado de 26/02/2013, já foram lavrados autos de infrações em desfavor da recorrente, pelo qual se exigem contribuição previdenciária.

Todavia, entende que a efetividade da exclusão do SIMPLES somente ocorre quando o contribuinte perde qualquer dos requisitos estabelecidos na Lei Complementar 123/2006, o que não ocorre no caso presente, pelo fato de que não se tem julgamento em definitivo do ADE retificado.

Dessa forma entende que o presente lançamento se encontra maculado de vício insanável, porquanto a premissa a que se vale não se encontra devidamente e legalmente constituída, uma vez que o ADE não definitivamente julgado.

(ii) Inexistência de motivo a justificar a exclusão da recorrente. Alega que a Fiscalização deturpou a real situação fática da Recorrente, buscando maliciosamente unir duas empresas distintas, administradas por pessoas diferentes, com quadro de funcionários próprios. Argumenta que em nenhum momento os irmãos Florindo Rodrigues e José Antonio Rodrigues, sócios da Recorrente, participaram e/ou administraram a empresa Equipamentos Rodrigues.

Defende que conforme demonstrado, o Sr. Florindo somente passou a ser sócio da empresa Equipamento Rodrigues em 2011, após o falecimento do seu genitor, ocasião em que a Recorrente deixou de integrar o Simples Nacional e passou a apurar lucro tributável através do Lucro Presumido.

Finaliza argumentando que não incorreu em prática que justifique a atitude de sua exclusão do Simples Nacional.

(iii) Da impossibilidade de efeitos retroativos ao Ato Declaratório Executivoº 095/2012. Sustenta que o lançamento não merece prosperar, uma vez que os efeitos do ADE não podem retroagir a situações anteriores. Nesse passo, defende que o entendimento adotado pela DRJ de origem vai na contramão do quanto dispõe o artigo 22, § 5º da Instrução Normativa SRF nº 355, de 2003. Colaciona jurisprudência do STJ para corroborar a sua tese.

(iv) Da compensação entre os valores objeto do lançamento de ofício e os valores recolhidos pela Recorrente no SIMPLES. Caso mantido os valores do lançamento de ofício, estes devem ser compensados com os valores recolhidos pela Recorrente quando do sistema do Simples Nacional, sob pena de cobrança de valores além dos supostamente devidos.

(v) Da inaplicabilidade da multa qualificada de 150%. Defende que jamais se utilizou de conduta maliciosa de modo a ludibriar o Fisco, e que não há nos autos elementos que justifiquem a aplicação da multa de 150%. Assim, requer seja determinada a exclusão da multa qualificada imposta, ou, caso não seja o entendimento, a sua redução ao patamar de 75%.

(vi) Da decadência. Em virtude da ciência do presente lançamento ter ocorrido por via postal em 29/04/2013 e por ter havido recolhimentos pela sistemática do SIMPLES, a contagem do prazo decadencial deve obedecer a regra prevista no art. 150, § 4º, do CTN.

Deve-se portanto reconhecer a decadência para os fatos geradores anteriores a competência de 04/2008.

Destaca que a decadência é matéria de ordem pública e que deve ser reconhecida em qualquer momento processual. Cita jurisprudência administrativa e judicial sobre o tema.

(vii) Do descabimento da Taxa Selic. Sustenta a ilegalidade e inconstitucionalidade da aplicação da Taxa Selic, em razão da sua natureza remuneratória.

(viii) Da ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa.

É o relatório.

VOTO

Conselheira Luciana Matos Pereira Barbosa- Relatora

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

A Recorrente foi cientificada do acórdão em 05/06/2014 (fls. 3.563) e interpôs o Recurso Voluntário, tempestivamente, em 02/07/2014, razão pela qual CONHEÇO DO RECURSO já que presentes os requisitos de admissibilidade.

2. DO MÉRITO

2.1 Da necessidade de sobrestamento.

De início, verifico que a decisão de procedência ou não do presente Auto de Infração está ligado à sorte do DEBCAD 51.016.823-0 (Processo nº 16004.720053/2012-92), onde se discute a exclusão da Recorrente, da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições federais de que trata o artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006, denominada Simples Nacional, uma vez que estaria configurada a hipótese de exclusão pela constituição de empresa por interpostas pessoas, nos termos do artigo 29, inciso IV da referida lei, com todos os consectários daí emergentes.

Dessa forma, o resultado do julgamento daquele processo é determinante para a correta apreciação da matéria em análise. Ocorre, porém, que naqueles autos, os demais sujeitos passivos que integram a lide não foram intimados do teor do Acórdão nº 08-29.406, razão pela qual determinei a conversão do julgamento do Processo 16004.720053/2012-92 em diligência, com o objetivo de sanar o vício apontado e garantir a ampla defesa e o contraditório.

O artigo 55 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), determina que os processos conexos devem ser julgados em conjunto, o mesmo ocorrendo com os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias, mesmo sem conexão entre eles. Confira-se:

“Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

§ 1º Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado.

§ 2º Omissis.

Processo nº 16004.720065/2013-06
Resolução nº **2401-000.696**

S2-C4T1
Fl. 10

§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.”

De outra banda, o Regimento Interno deste Conselho (Artigo 6º e seguintes – RICARF) preleciona que os processos podem ser vinculados por conexão, decorrência ou reflexo.

Assim, com o objetivo de evitar decisões discordantes, entendo ser necessário o julgamento conjunto do presente processo com o referido Processo 16004.720053/2012-92.

É como voto.

CONCLUSÃO:

Pelos motivos expendidos, CONVERTO O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, nos termos do relatório e voto.

(assinado digitalmente)

Luciana Matos Pereira Barbosa.