



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

Processo nº 16004.720067/2013-97
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **2401-000.700 – 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 37.374.857-4 (fls. 3.524), que apurou o crédito tributário no montante de R\$ 17.173,80 (dezesete mil, cento e setenta e três reais e oitenta centavos), consolidado em

10/04/2013, em razão de haver a notificada infringido o dispositivo previsto no § 3º, inciso IV, do artigo 32, da Lei nº 8.212/91, acrescentado pela Lei nº 9.528/1997 (CFL 68).

Referido lançamento resultou, segundo o relatório fiscal, da exclusão do Simples Nacional da empresa em epígrafe, conforme ADE/SAORT/DRF/SRJ 095/2012 e ADE/SAORT/DRF/SRJ 095/2013 – retificado.

A Fiscalização constatou que, com a exclusão do SIMPLES, a notificada deixou de declarar as Contribuições Patronais (CP) devidas sobre as remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais a seu serviço. Esta omissão reduziu o valor devido à Previdência Social.

Em decorrência da infração ao dispositivo legal acima citado, foi-lhe aplicada a multa no valor de R\$ 17.173,80 (dezessete mil, cento e setenta e três reais e oitenta centavos), conforme planilha de cálculo às fls. 3.530/3.532, na forma prevista no art. 284, § 2º, inciso II do RPS, considerando a inexistência de circunstância agravante.

Esclarece a auditoria fiscal que em virtude do disposto no artigo 106, inciso II, alínea “c” do CTN, e de acordo com a referida planilha comparativa, contendo os cálculos das multas, inclusive as decorrentes de descumprimento de obrigações acessórias, fixou a multa no montante acima expresso, referente às competências de julho e novembro de 2008, consoante a legislação anterior a MP 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009 por se configurar situação mais benéfica ao contribuinte.

Devidamente cientificada do lançamento por via postal, em 29/04/2013, conforme AR fl. 3.547, a empresa apresentou em 24/05/2013, impugnação ao citado Auto de Infração às fls. 3.549/3.565, acompanhada dos documentos às fls. 3.566/3.567 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 retroatividade benigna – aplicação da multa prevista no art. 32-A da Lei 8.212/91.

Considera que no caso, pelo princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, a multa aplicada deveria ser consoante ao previsto no artigo 32-A da Lei nº 8.212/81, acrescentado pela MP 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, já que lhe seria mais favorável.

Requer que a multa seja calculada com base no dispositivo acima citado para as competências consideradas não decadentes.

(v) 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.

(vi) 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 **08-29.410 da 6ª Turma da DRJ/FOR**, às fls. 3.572/3.583, julgando improcedente a Impugnação apresentada em face do lançamento, mantendo o crédito tributário exigido em sua integralidade. Recorde-se:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 10/04/2013

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.

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.

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.

OMISSÃO DE FATOS GERADORES EM GFIP.

Determina a lavratura de auto de infração, a omissão de fatos geradores previdenciários na declaração prestada pela empresa em GFIP, conforme art. 32, inciso IV, e § 5º, da Lei n.º 8.212/91.

MULTA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Tratando-se de auto de infração decorrente do descumprimento de obrigação tributária não definitivamente julgado, aplica-se a lei superveniente, quando cominar penalidade menos severa que a prevista naquela vigente ao tempo de sua lavratura.

A penalidade prevista no art. 32-A da Lei 8.212/91 somente se aplica na inoccorrência simultânea de lançamento da correspondente obrigação principal; caso contrário, prevalece o disposto no art. 35-A da mesma lei, que estipula a multa de 75% sobre o valor das contribuições devidas lançado de ofício desde que mais benéfica ao contribuinte se comparada à multa calculada pela legislação anterior.

Segundo a Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 14, de 2009, a análise do valor das multas para verificação e aplicação daquela que for mais benéfica, se cabível, será realizada no momento do pagamento ou do parcelamento.

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIAS. JUROS SOBRE MULTA.

A multa por descumprimento de obrigação acessória por ser penalidade pecuniária converte-se em obrigação principal constituindo-se no crédito tributário, e está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

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. 3.590/3.607, 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 retroatividade benigna – aplicação da multa prevista no art. 32-A da Lei 8.212/91. Considera que no caso, pelo princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, a multa aplicada deveria ser consoante ao previsto no artigo 32-A da Lei nº 8.212/81, acrescentado pela MP 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, já que lhe seria mais favorável.

Requer que a multa seja calculada com base no dispositivo acima citado para as competências consideradas não decadentes.

(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) 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. 3.588) 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.

§ 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.

Processo nº 16004.720067/2013-97
Resolução nº **2401-000.700**

S2-C4T1
Fl. 9

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.