



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

Processo nº 10320.001441/2010-40
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2302-01.422 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de outubro de 2011
Matéria Contribuições destinadas a outras entidades. Terceiros.
Recorrente WMS DE MELO & CIA LTDA
Recorrida DRJ - FORTALEZA CE

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/12/2009

SIMPLES FEDERAL X SIMPLES NACIONAL. INDEFERIMENTO DA OPÇÃO. PENDÊNCIA COM ENTE MUNICIPAL. EFEITOS.

Há que se diferenciar a existência dos dois regimes jurídicos que concederam tratamento diferenciado para as Microempresas-ME e Empresas de Pequeno Porte-EPP. Com a publicação da Lei n 9.317 de 1996 surgiu o Simples Federal, que abrangia os tributos federais, e para inclusão do ICMS e do ISS dependia de opção da unidade da Federação. Por sua vez, com a entrada em vigor da Lei Complementar n 123 de 2006, surgiu o Simples Nacional, que automaticamente passou a incluir o ICMS e o ISS.

De acordo com o disposto no parágrafo 4º do art. 16 da Lei Complementar n 123, seriam consideradas inscritas no Simples Nacional, a partir de 1º de julho de 2007, as ME e EPP regularmente optantes pelo Simples Federal, que não estivessem impedidas de optar por alguma proibição imposta pela Lei Complementar n 123.

A recorrente não foi excluída do Simples Nacional, pois não chegou a ser inscrita no novo regime.

Se a exclusão foi devida ou indevida, essa questão não será resolvida nos presentes autos. A exclusão já foi resolvida nos processos administrativos de indeferimentos, desse modo caberia à autuada interpor o recurso quando do conhecimento do indeferimento.

Uma vez que essa questão prejudicial já foi resolvida em outros autos, cabe a este Colegiado simplesmente conhecer da matéria e tomar como verdadeira a solução conferida naqueles autos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Segunda Turma da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade foi negado provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o julgado.

Marco André Ramos Vieira - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Marco André Ramos Vieira (Presidente), Liege Lacroix Thomasi, Arlindo da Costa e Silva, Adriana Sato, Manoel Coelho Arruda Júnior e Eduardo Augusto Marcondes de Freitas.

Relatório

A presente NFLD engloba as contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte da empresa, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados destinadas a outras entidades e fundos, cujos valores constaram em GFIP. O lançamento abrange o período compreendendo as competências julho de 2007 a dezembro de 2009, conforme relatório fiscal às fls. 27 a 31.

Inconformada a autuada apresentou impugnação conforme fls. 122 a 136.

A unidade da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza proferiu a decisão de fls. 196 a 199, mantendo a autuação na integralidade.

Não concordando com a decisão do órgão a quo, a autuada interpôs recurso, fls. 215 a 233. Alega em síntese que:

1. A recorrente estava regularmente inscrita no Simples;
2. Os efeitos da exclusão somente poderiam incidir após 2008, sendo insubsistente o lançamento;
3. A prova emprestada deve observar o contraditório e a ampla defesa;
4. Não foi expedido termo de indeferimento da opção pelo Simples;
5. Sem a comunicação do Município, a recorrente não teve oportunidade para regularizar a situação;
6. Falta clareza e precisão quanto aos fundamentos legais do débito;
7. Não houve cotejamento quanto à retroatividade benigna;

Não foram apresentadas contrarrazões.

É o relato suficiente.

Voto

Conselheiro Marco André Ramos Vieira, Relator

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 269. Pressuposto superado, passo ao exame das questões preliminares ao mérito.

Não procede o argumento recursal de que a autuada estaria regularmente inscrita no Simples. Há que se diferenciar a existência dos dois regimes jurídicos que concederam tratamento diferenciado para as Microempresas-ME e Empresas de Pequeno Porte-EPP. Com a publicação da Lei n 9.317 de 1996 surgiu o Simples Federal, que abrangia os tributos federais, e para inclusão do ICMS e do ISS dependia de opção da unidade da Federação. Por sua vez, com a entrada em vigor da Lei Complementar n 123 de 2006, surgiu o Simples Nacional, que automaticamente passou a incluir o ICMS e o ISS.

De acordo com o disposto no parágrafo 4º do art. 16 da Lei Complementar n 123, seriam consideradas inscritas no Simples Nacional, a partir de 1º de julho de 2007, as ME e EPP regularmente optantes pelo Simples Federal, que não estivessem impedidas de optar por alguma proibição imposta pela Lei Complementar n 123, nestas palavras:

Ari. 16. A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

(...)omissis

§4º Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as microempresas e empresas de pequeno porte regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por esta Lei Complementar.

In casu, a autuada incorreu em vedação, pois havia pendência junto ao Município de São José de Ribamar, conforme demonstram os documentos às fls. 200 a 202.

Não procede o argumento recursal de que os efeitos da exclusão somente poderiam incidir após 2008, sendo insubsistente o lançamento. Como visto, somente se exclui algo de alguém que possuía esse algo. A recorrente não foi excluída do Simples Nacional, pois não chegou a ser inscrita no novo regime. Somente conseguiu superar as pendências e usufruir os benefícios do Sistema em 2010, conforme fl. 201.

Também não procede o argumento de que não teria sido expedido o termo de indeferimento da opção pelo Simples.

A forma de ciência do indeferimento da opção ocorreu de forma eletrônica nos termos da Lei Complementar n 123 e do ato do Comitê Gestor do Simples Nacional, nestas palavras:

Art. 29 (...)

§7ª Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, a notificação de que trata o §6º deste artigo poderá ser feita por meio eletrônico, com prova de recebimento, sem prejuízo de adoção de outros meios de notificação, desde que previstos na legislação específica do respectivo ente federado que proceder à exclusão, cabendo ao Comitê Gestor discipliná-la com observância dos requisitos de autenticidade, integridade e validade jurídica.

§8. A notificação de que trata o §7º deste artigo aplica-se ao indeferimento da opção pelo Simples Nacional.

O disciplinamento da matéria por meio do Comitê Gestor ocorreu por meio da Resolução CGSN nº 4/2007, nestas palavras:

Art. 18. (...)

§ 2º No mês de junho de 2007, a RFB disponibilizará, por meio da internet, relação de contribuintes optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, que não tiveram pendências detectadas relativamente à possibilidade de opção pelo Simples Nacional.

§ 3º A verificação de que trata o § 2º implica o deferimento da opção tácita para o Simples Nacional, desde que as ME e EPP não incorram em nenhuma das vedações previstas nesta Resolução até 30 de junho de 2007.

§ 4. Em julho de 2007, será disponibilizado, por meio da internet, o resultado da opção tácita de que trata este artigo.

§ 5º A opção tácita realizada de conformidade com o caput submeterá o contribuinte à sistemática do Simples Nacional a partir de 1º de julho de 2007, sendo irretratável para todo o segundo semestre do ano-calendário de 2007, ressalvado o disposto no § 6º.

§ 6º Os contribuintes inscritos no Simples Nacional na forma do caput poderão cancelar sua opção no período de que trata o caput do art. 17, mediante aplicativo específico disponível na internet. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 16, de 30 de julho de 2007)

§ 7. A opção tácita não exclui a responsabilidade do contribuinte quanto ao atendimento dos requisitos exigidos para o ingresso no Simples Nacional.

§ 8. Os contribuintes inscritos no Simples Nacional na forma do caput que incorram em pelo menos uma das situações impeditivas previstas nesta Resolução deverão cancelar sua inscrição no Simples Nacional na forma do § 6º.

O processamento do indeferimento ocorreu por pendência junto ao ente municipal. Dessa maneira, o contraditório e ampla defesa deveria ter sido exercida pela autuada junto àquela unidade da Federação, conforme previsto no art. 8º da Resolução CGSN nº 4, nestas palavras:

Art. 8. *Na hipótese de a opção a que se refere o art. 7º ser indeferida, será expedido termo de indeferimento da opção pelo Simples Nacional por autoridade fiscal integrante da estrutura administrativa do respectivo ente federado que decidiu o indeferimento, inclusive na hipótese de existência de débitos tributários.*

§ 1º-A O contencioso administrativo relativo ao indeferimento de opção será de competência do ente federativo que decidir o indeferimento, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

A recorrente tentou regularizar as pendências junto ao Município, sem obter sucesso nos anos de 2007, 2008 e 2009; conforme fls. 201. Os pedidos foram todos indeferidos.

Não se trata da obtenção de prova emprestada. Trata-se de simples juntada de documentos que demonstram que houve solicitações indeferidas da opção pelo Simples Nacional. Tais solicitações foram pedidas pela própria autuada. Assim, a recorrente não pode alegar que desconhecia o indeferimento.

Se a exclusão foi devida ou indevida, essa questão não será resolvida nos presentes autos. A exclusão já foi resolvida nos processos administrativos de indeferimentos, desse modo caberia à autuada interpor o recurso quando do conhecimento do indeferimento.

O Município ter ou não comunicado à recorrente, não será conhecido nos presentes autos. Tal questão deveria ter sido discutida pela autuada nos processos de indeferimento. Além do mais, a autuada por três vezes solicitou o deferimento da opção (julho de 2007, janeiro de 2008 e janeiro de 2009) e em todas as oportunidades teve o pleito negado, fl. 201.

Uma vez que essa questão prejudicial já foi resolvida em outros autos, cabe a este Colegiado simplesmente conhecer da matéria e tomar como verdadeira a solução conferida naqueles autos.

Pelo exposto, a autuada não estava enquadrada no Simples Nacional durante o período objeto do presente lançamento, e assim as contribuições sociais são devidas na forma das empresas em geral.

Quanto ao argumento de que o auto de infração deve ser declarado nulo; não lhe confiro razão. O lançamento foi realizado com base em documentação da própria recorrente, conforme relatório fiscal às fls. 27 a 31; o relatório indicou os motivos do lançamento; os fatos geradores estão devidamente descritos às fls. 09 a 12; a forma para se apurar o quantum devido, por competência, encontra-se às fls. 05 a 08. Os valores foram apurados em folhas de pagamento e recibos, que são registros elaborados pela própria recorrente.

Os relatórios juntados pela fiscalização favorecem a ampla defesa e o contraditório, possibilitando ao notificado o pleno conhecimento acerca dos motivos que ensejaram o lançamento. Desse modo, não assiste razão à recorrente de que houve omissão na motivação do lançamento. A motivação é simples, e restou cabalmente demonstrada no relatório fiscal: a empresa remunerou segurados e não recolheu os valores devidos; sendo irregular a informação prestada pela autuada de que seria optante pelo Simples Nacional.

O relatório fiscal e respectivos anexos indicaram corretamente a fundamentação legal, conforme fls. 29, 30 e 23 a 25. A fiscalização não tinha que indicar os fundamentos para exclusão do Simples Nacional, pois não houve tal exclusão. O que ocorreu, como já analisado, foi a não inclusão no Sistema.

A multa não deve ser alterada, pois foi aplicada de acordo com a legislação vigente à época, sendo que o novo regime é mais gravoso.

É bem verdade que o art. 35 da Lei nº 8.212 foi alterado por meio da Medida Provisória nº 449, tendo, inclusive, sido acrescentado o art. 35-A à Lei nº 8.212. Assim, a partir da MP nº 449, convertida na Lei nº 11.941, há que se diferenciar se os valores constaram ou não em lançamento de ofício. Se não houver lançamento de ofício e o contribuinte recolher espontaneamente os valores devidos aplica-se a multa prevista no art. 35 da Lei 8.212, caso os valores tenham sido apurados por meio de lançamento de ofício, aplica-se o disposto no art. 35-A da Lei 8.212.

In casu, os valores constam em lançamento de ofício, e para os contribuintes que não declararam em GFIP, o regime jurídico novo ficou mais gravoso. Atualmente, para esses casos, deve ser observada a multa prevista no art. 44 da Lei nº 9.430 de 1996, que prevê aplicação de multa de no mínimo 75% (setenta e cinco por cento). A autuada informou incorretamente o enquadramento no Simples Nacional, e assim a cobrança somente poderia ser realizada por meio de lançamento de ofício.

Conforme previsto no art. 106, inciso II do CTN, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Entendo que o novo regime (aplicação da multa de 75%) é mais gravoso. Desse modo para as competências anteriores a dezembro de 2008 (entrada em vigor da MP nº 449) deve ser aplicada a multa prevista no art. 35 da Lei nº 8.212 para todo o período. In casu, a fiscalização já aplicou essa legislação. Para os fatos geradores posteriores deve ser aplicada a multa de 75%.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, CONHEÇO do recurso voluntário, para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Marco André Ramos Vieira



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por MARCO ANDRE RAMOS VIEIRA em 11/11/2011 12:12:53.

Documento autenticado digitalmente por MARCO ANDRE RAMOS VIEIRA em 11/11/2011.

Documento assinado digitalmente por: MARCO ANDRE RAMOS VIEIRA em 11/11/2011.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 02/10/2019.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

- 1) Acesse o endereço:
<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>
- 2) Entre no menu "Legislação e Processo".
- 3) Selecione a opção "e-AssinaRFB - Validar e Assinar Documentos Digitais".
- 4) Digite o código abaixo:

EP02.1019.10368.CC9E

- 5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

**Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha1:
D7A4912D48C9BE1F7629A5CD0D0CFDA372ED9780**