



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

Processo nº 10865.722293/2013-96
Recurso nº De Ofício
Acórdão nº 2401-003.722 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de outubro de 2014
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado FORUM METAIS SANITARIOS LTDA - EPP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2012

EMPRESA EXCLUÍDA DO SIMPLES FEDERAL. ATO DE EXCLUSÃO QUE NÃO ALCANÇA O SIMPLES NACIONAL. NECESSIDADE DE ATO ESPECÍFICO.

O regime tributário instituído pela Lei nº 9.317/96 (Simples Federal) é distinto do regime instituído pela Lei Complementar nº 123/2006 (Simples Nacional). A exclusão da empresa de um desses regimes não implica exclusão automática do outro, sendo necessário, para tanto, a emissão de ato específico.

Recurso de Ofício Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Carolina Wanderley Landim – Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Carolina Wanderley Landim, Igor Araújo Soares, Kleber Ferreira de Araújo e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em face do Acórdão nº 06-47.240, proferido pela 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Curitiba/PR, que cancelou as exigências formalizadas nos Autos de Infração DEBCAD nºs 51.041.307-2, 51.041.308-0 e 51.041.311-0, e manteve o Auto de Infração DEBCAD nº 51.041.312-9, cujos respectivos créditos tributários referem-se ao período de 01/2010 a 13/2012.

Segundo consta no Relatório Fiscal (fls. 06 à 30), a FORUSI era optante pelo SIMPLES FEDERAL e migrou automaticamente, em julho de 2007, para o SIMPLES NACIONAL. No entanto, em face do Ato Declaratório Executivo DRF/LIM nº 024, de 23/11/2009, a FORUSI foi formalmente excluída do SIMPLES FEDERAL, com efeitos a partir de 01/08/2008, pelo fato de os seus sócios participarem de outras duas pessoas jurídicas, com participação superior a 10% em cada uma delas, e a receita bruta acumulada pelas três empresas ter ultrapassado o limite legal vigente no ano-calendário.

Diante disto, concluiu a Fiscalização, que, *como houve migração automática em julho de 2007 para o Simples Nacional, nos termos da Lei nº 123/2006, a exclusão providenciada alcança também a nova sistemática*, notadamente pelo fato de a situação impeditiva permanecer quando da lavratura dos Autos de Infração.

Deste modo, a Fiscalização entendeu que a FORUSI não poderia gozar do SIMPLES NACIONAL, pelo que lavrou os Autos de Infração a seguir discriminados:

- **DEBCAD nº 51.041.307-2**, através do qual são exigidas as contribuições previdenciárias patronais incidentes sobre as remunerações pagas pela empresa aos segurados empregados e contribuintes individuais que lhe prestaram serviços no período de janeiro/2010 a dezembro/2012;

- **DEBCAD nº 51.041.308-0**, por meio do qual são exigidas as contribuições destinadas ao Salário Educação, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE, que incidem sobre as remunerações pagas pela empresa aos segurados empregados que lhe prestaram serviços no período de janeiro/2010 a dezembro/2012; e

- **DEBCAD nº 51.041.312-9**, lavrado para exigência das contribuições previdenciárias do segurado contribuinte individual Cristian Colonhese, relativas às competências do período de janeiro/2010 a outubro/2011, que deveriam ter sido descontadas e recolhidas pela empresa autuada.

Além disso, foi lavrado o Auto de Infração **DEBCAD nº 51.041.311-0**, por meio do qual está sendo exigida penalidade pelo fato de a empresa não ter apresentado à fiscalização Livros Diário e Razão dos anos de 2010 a 2012, solicitados através de Termo de Intimação Fiscal.

Ao apreciar os fundamentos aduzidos na impugnação tempestivamente apresentada pela FORUSI, a 7ª Turma da DRJ/CTA entendeu por bem julgá-la parcialmente procedente para cancelar os Autos de Infração DEBCAD nºs 51.041.307-2, 51.041.308-0 e

51.041.311-0 e manter o Auto de Infração DEBCAD nº 51.041.312-9, por meio do Acórdão nº 06-47.240, ementado da seguinte forma:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2012

EMPRESA EXCLUÍDA DO SIMPLES FEDERAL. ATO DE EXCLUSÃO QUE NÃO ALCANÇA O SIMPLES NACIONAL. NECESSIDADE DE ATO ESPECÍFICO.

O regime tributário instituído pela Lei nº 9.317/96 (Simples Federal) é distinto do regime instituído pela Lei Complementar nº 123/2006 (Simples Nacional). A exclusão da empresa de um desses regimes não implica exclusão automática do outro, sendo necessário, para tanto, a emissão de ato específico.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Em razão de a exoneração do crédito tributário exigido nas autuações ter ultrapassado o limite de alçada, a referida decisão foi submetida à apreciação desta instância superior, por força de recurso de ofício, nos termos do art. 34, inciso I, do Decreto 70.325, de 6 de março de 1972, e da Portaria MF nº 3, de 3 de janeiro de 2008.

Em 19/06/2014, a FORUSI foi intimada eletronicamente do acórdão da DRJ, conforme se verifica do Termo de Ciência por Decurso do Prazo constante às fls. 349, tendo transcorrido *in albis* o prazo recursal, certificado no Termo de Perempção colacionado aos presentes autos às fls. 370.

É o relatório.

Voto

Conselheira Carolina Wanderley Landim - Relatora

Entendo que o Recurso de Ofício ora apreciado não merece ser acolhido, pois o posicionamento da DRJ foi preciso ao apreciar as autuações objeto deste processo administrativo fiscal.

Deste modo, compartilho do entendimento consolidado no acórdão de primeira instância, amparando-me nos mesmos fundamentos esposados no seu voto condutor, os quais passo a reproduzir:

Como se pode perceber, a fiscalização considerou que o Ato Declaratório Executivo DRF/LIM nº 024, de 23/11/2009, que excluiu a empresa do SIMPLES, alcança também o regime do Simples Nacional. E o motivo desse entendimento, pelo que consta no Relatório Fiscal, foi o fato de a empresa ter ingressado no Simples Nacional por meio de migração automática, bem como o fato de as circunstâncias que ocasionaram a exclusão terem perdurado nos anos de 2010, 2011 e 2012.

No entanto, com todo o respeito ao entendimento do ilustre Auditor Fiscal, o fato é que a empresa foi excluída tão-somente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, instituído pela Lei nº 9.317, de 05/12/1996. O Ato Declaratório Executivo DRF/LIM nº 024, emitido em 23/11/2009, se refere única e exclusivamente ao regime da Lei 9.317/96 (SIMPLES) e não pode ser considerado como extensivo ao regime da Lei Complementar nº 123, de 2006 (Simples Nacional).

Embora o § 4º do art. 16 da Lei Complementar nº 123/2006 tenha considerado inscritas no novo regime as Micro Empresas-ME e Empresas de Pequeno Porte- EPP optantes pelo regime tributário de que trata a Lei 9.317/96 (migração automática), não há dúvida de que se trata de dois regimes distintos.

Art. 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.

(...)

§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.

Ora, se o regime instituído pela Lei nº 9.317/96 (Simples Federal) e o regime instituído pela Lei Complementar 123/2006 (Simples Nacional) não fossem distintos, não haveria sequer necessidade da inserção do citado § 4º ao art. 16 da Lei Complementar 123/2006, pois bastaria à nova lei tratar apenas de alterações no regime então vigente, o que evidentemente não ocorreu, pois a Lei Complementar nº 123/2006 instituiu de maneira expressa um novo regime tributário, sujeito a regras próprias, distintas e independentes da sistemática anterior.

A distinção entre os dois regimes fica ainda mais evidente quando se observa que o SIMPLES alcançava apenas tributos federais, enquanto que o Simples Nacional abrange também tributos estaduais e municipais (art. 13 da Lei Complementar nº 123/2006). E justamente por isso, o SIMPLES era administrado e fiscalizado exclusivamente pela Secretaria da Receita Federal, e a gestão e regulamentação do Simples Nacional cabe ao Comitê Gestor do Simples Nacional, integrado por quatro representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, dois dos Estados e do Distrito Federal e dois dos Municípios (art. 2º, I, da Lei Complementar nº 123/2006). Outrossim, a fiscalização do cumprimento das obrigações relativas ao Simples Nacional é compartilhado pela Receita Federal do Brasil e pelas Secretarias de Fazenda ou Finanças do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 33 da Lei Complementar nº 123/2006).

Por se tratar de regimes distintos e independentes entre si, o Ato Declaratório Executivo que excluiu a empresa de um deles (no caso o Simples) não tem o condão de excluí-la também do outro (Simples Nacional). É importante observar que a Lei Complementar nº 123 estabeleceu que haveria migração automática de um regime para outro no mês de julho/2007, mas em nenhum momento o texto legal determinou que a eventual exclusão da empresa do primeiro regime acarretaria o cancelamento da migração. Resta evidente, portanto, que o entendimento adotado pela fiscalização não têm amparo na legislação.

Além disso, especificamente em relação à exclusão de contribuintes do regime, existem regras materiais e procedimentais próprias e específicas para o Simples Nacional. A Lei Complementar 123/2006, em seu artigo 29, § 3º, delegou competência ao Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN para regulamentar essa matéria:

Art 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

§3º A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.

O referido Comitê Gestor, por meio da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, regulamentou a exclusão do regime Simples Nacional em seu art. 4º, vejamos:

Art. 4º A competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional é da RFB e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito

Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício.

§ 2º Revogado. (Revogado pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)

§ 3º Será dado ciência do termo a que se refere o § 1º à ME ou à EPP pelo ente federativo que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação. (Alterado pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)

§ 3º-A Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de que trata o § 1º, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º. (Incluído pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)

§ 3º-B Não havendo impugnação do termo de que trata o § 1º, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 6º. (Incluído pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008)

§ 4º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federativo que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro.

§ 5º O contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício será de competência do ente federativo que efetuar a exclusão, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

Pelos dispositivos acima colacionados, verifica-se que não foram seguidas as disposições específicas e obrigatórias pertinentes à exclusão da empresa do regime tributário instituído pela Lei Complementar nº 123/2006 (Simples Nacional). Com efeito, não foi emitido o termo de exclusão específico para o referido regime e, conseqüentemente, não foi possibilitado ao contribuinte o acesso ao contencioso administrativo para discutir tal exclusão, nem houve registro desse fato no Portal do Simples Nacional na internet.

Com base nessas sólidas razões, a DRJ entendeu, a meu ver acertadamente, que sem a exclusão formal do Simples Nacional, a Fiscalização não teria substrato jurídico

para efetuar os lançamentos consubstanciados nos Autos de Infração DEBCAD nºs 51.041.307-2 e 51.041.308-0.

De fato, as exigências postas nos presentes autos não poderiam ser calcadas no Ato Declaratório Executivo DRF/LIM nº 024/2009, que excluiu a FORUSI do SIMPLES FEDERAL, pois aquela exclusão foi realizada à luz dos preceitos contidos na Lei nº 9.317/96.

Ressalte-se que a migração automática para o SIMPLES NACIONAL ocorria, conforme previsão contida no art. 16, § 4º, da Lei Complementar nº 123/06, quando as microempresas e empresas de pequeno porte: (i) estivessem regularmente optado pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317/96; e (ii) não estivessem impedidas de optar pelo novo regime por alguma vedação imposta pela Lei Complementar n. 123/06.

Observe que o primeiro requisito trata de opção regular no SIMPLES FEDERAL, que nosso entendimento corresponde ao contribuinte estar regularmente inscrito nesse regime de tributação no momento da migração.

Em 01/07/2007 (momento da migração) a inscrição da FORUSI no SIMPLES FEDERAL estava regular, o que somente foi afastado pelo Ato Declaratório Executivo DRF/LIM nº 024, que apenas foi expedido em 23/11/2009.

Embora esse ato tenha efeitos retroativos à 01/08/2004, entender que tais efeitos possuem o condão de afastar a migração automática para o SIMPLES NACIONAL, seria um verdadeiro atentado à segurança jurídica, notadamente pelo fato de inexistir impedimento de os contribuintes que, eventualmente, já tivessem com a situação consolidada de exclusão do SIMPLES FEDERAL, realizarem a sua opção pelo SIMPLES NACIONAL.

Assim, os contribuintes que possuíam sua inscrição regular do SIMPLES FEDERAL no momento transição e, por isso, a migração para o novo regime se deu de forma automática, não podem ser surpreendidos com o seu desenquadramento do SIMPLES NACIONAL por impeditivos apontados no antigo regime.

Já quanto ao segundo requisito para a migração automática (as empresas não estarem impedidas de optar por alguma vedação imposta pela Lei Complementar nº 123), está bem nítido que tal pressuposto não pode ser afastado por um Ato Declaratório Executivo de exclusão do SIMPLES FEDERAL, que está calcado nos preceitos contidos na Lei nº 9.317/96.

Como preceitua o próprio art. 16, § 4º, da Lei Complementar nº 123/06, o impedimento deve estar imposto por alguma vedação dessa Lei Complementar. E como bem destacado da decisão de primeira instância *existem regras materiais e procedimentais próprias e específicas* para a aferição desses impedimentos no âmbito do SIMPLES NACIONAL.

Assim, creio que o Fiscal autuante não poderia tomar emprestado o quanto firmado no Ato Declaratório Executivo DRF/LIM nº 024/2009, que excluiu a FORUSI do SIMPLES FEDERAL, para desenquadrar a empresa do novo tratamento diferenciado instituído pela LC nº 123/06 e, conseqüentemente, realizar as exigências consubstanciadas nos Autos de Infração DEBCAD nºs 51.041.307-2 e 51.041.308-0.

Em relação ao Auto de Infração **DEBCAD nº 51.041.311-0**, por meio do qual está sendo exigida penalidade pelo fato de a empresa não ter apresentado à fiscalização Livros Diário e Razão dos anos de 2010 a 2012, também me valho das considerações apontadas no voto condutor do acórdão de primeira instância, para afastar tal cobrança. Vejamos:

O Auto de Infração DEBCAD nº 51.041.311-0, relativo à falta de apresentação dos Livros Diário e Razão, também deve ser cancelado, pois a apresentação da escrituração contábil não é obrigatória para as empresas optantes pelo Simples Nacional, nos termos do disposto no artigo 61 da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011

(...)

Pelo que se depreende da norma acima transcrita, especialmente do disposto no § 3º, a apresentação do Livro Diário e do Livro Razão realmente não é obrigatória, sendo apenas uma opção da empresa optante pelo Simples Nacional. Os instrumentos de controle obrigatórios, tais como Livro Caixa e Livro Registro de Inventário, não foram solicitados pela fiscalização e assim não há como punir a empresa pela falta de apresentação dos mesmos.

Por fim, quanto às exigências formalizadas no Auto de Infração DEBCAD nº 51.041.312-9, estas não são objeto do Recurso de Ofício ora apreciado, por terem sido mantidas pelo órgão julgador *a quo*. Pelo fato de a FORUSI não ter apresentado Recurso Voluntário contra essa parte da decisão, houve o seu trânsito em julgado.

Diante de todo o exposto, conheço do Recurso de Ofício interposto em face do Acórdão nº 06-47.240, proferido pela 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Curitiba/PR, e, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo incólume a decisão recorrida.

Carolina Wanderley Landim.