



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

Processo n° 10935.720300/2011-82
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-002.687 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de setembro de 2012
Matéria DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES
Recorrente MMS REPRESENTAÇÕES COMERCIAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/05/2006 a 31/12/2008

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - AUSÊNCIA DE ENFRENTAMENTO DE TODOS OS ARGUMENTOS TRAZIDOS NA IMPUGNAÇÃO PELA DECISÃO NOTIFICAÇÃO - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - NULIDADE DA DECISÃO.

Os pontos trazidos pelo impugnante devem ser devidamente refutados na decisão notificação, sob pena de cercear o direito de defesa e o contraditório implicando nulidade.

A autoridade julgadora não rebateu devidamente os argumentos apresentados na impugnação, quanto a ausência de fundamentação da base de cálculo de autônomos e cooperativas, implicando cerceamento do direito de defesa e por conseguinte nulidade da decisão.

Decisão de Primeira Instância Anulada

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, anular a decisão de primeira instância.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

CÓPIA

Relatório

A presente Auto de Infração de Obrigação Principal, lavrado sob o n. nº **37.327.232-4, 37.327.233-2 e 37.327.234-0**, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa, incluindo as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, parcelas destinadas a terceiros, bem como diferenças de contribuições descontadas de segurados empregados não recolhidas em sua totalidade sobre os valores pagos aos segurados empregados e contribuintes individuais. O lançamento compreende competências entre o período de 05/2006 a 12/2008.

Destaca-se que conforme descrito no relatório fiscal, o objeto do lançamento foi assim descrito:

*O contribuinte identificado em epígrafe está sendo autuado através do Auto de Infração nº 37.327.232-4 devendo a recolher à Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB , débito no montante de **R\$ 1.226.445,41 (Um milhão, duzentos e vinte e seis mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e quarenta e um centavos)** consolidado em 13 de abril de 2011 , referente a contribuições sociais patronais (empresa+SAT) destinadas à Seguridade Social , incidentes sobre as remunerações pagas/devidas/creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais, referente ao período de Maio/2006 a Dezembro/2008, inclusive sobre o décimo-terceiro salário.*

*4.1 O contribuinte está sendo autuado também através do Auto de Infração nº 37.327.233-2 a recolher à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), débito no montante de **R\$ 56.555,08 (Cinqüenta e seis mil, quinhentos e cinqüenta e cinco reais e oito centavos)** referente às contribuições sociais a cargo dos segurados empregados e contribuintes individuais relativo ao período de Maio/2006 a Dezembro/2008, inclusive o décimo terceiro salário.*

*4.2 Está sendo autuado também através do Auto de Infração nº 37.327.234-0 a recolher à Secretaria da Receita Federal do Brasil débito no montante de **R\$ 366.793,93 (Trezentos e sessenta e seis mil, setecentos e noventa e três reais e noventa e três centavos)** referente a contribuições destinadas a Outras Entidades (Terceiros) incidentes sobre as remunerações pagas/devidas ou creditadas aos segurados empregados referente ao período de Janeiro/2006 a Dezembro/2008, inclusive o décimo terceiro salário.*

Ainda conforme descrito no referido relatório na autuação os fatos geradores foram separados em códigos denominados “levantamentos”, códigos estes utilizados para a individualização e a identificação nos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil, de forma a permitir a apuração das contribuições sociais e a possibilitar o exato enquadramento na

legislação de regência, a saber: CÓDIGO DO LEVANTAMENTO e FATO GERADOR / CONTRIBUIÇÃO SOCIAL.

FP Contribuições sociais patronais (empresa + SAT) apuradas mediante a aplicação das alíquotas respectivas destinadas a Seguridade Social e incidentes sobre as remunerações pagas/devidas/creditadas aos segurados empregados e contribuinte individual, bem como as contribuições a cargo dos segurados empregados e contribuinte individual referente ao período de 05/2006 a 13/2008;

T1 Contribuições sociais destinadas a Outras Entidades (Terceiros) referente ao período de 01/2006 a 11/2008;

T2 Contribuições sociais destinadas a Outras Entidades (Terceiros) referente as competências de 12/2008 e 13/2008;

Com vistas a fundamentar o lançamento descreveu o auditor o objeto da empresa, bem como em que condições davam-se os trabalhos, esclarecendo assim, sua impossibilidade de opção pelo SIMPLES e por consequência encontrar-se em débito em relação as contribuições previdenciárias:

Fato a ser observado é que a empresa acima teve seu novo nome empresarial alterado na segunda alteração contratual registrada na JUCEPAR Agência de Toledo (PR) sob nº 20102574650 em 25.03.2010. O nome anterior era A.L. Meneguello & Cia Ltda.

9. Concluído o planejamento dos procedimentos fiscais, a fiscalização deu ciência do início do procedimento fiscal ao representante legal da empresa, Sr. Nilson Oliveira dos Santos, no dia 24 de Fevereiro de 2011 através do Termo de Início de Procedimento Fiscal (TIPF). Após a ciência do TIPF pelo representante legal da empresa foi concedido prazo para a entrega dos documentos e arquivos digitais necessários ao trabalho da auditoria-fiscal.

10. No transcorrer do procedimento fiscal a empresa foi intimada no dia 17.03.2011 e 19.04.2011 através dos Termos de Intimação Fiscal 001/2011 e 002/2011 a apresentar outros documentos necessários à fiscalização.

11. Durante a fase da análise documental propriamente dita, foi constatado por essa auditoria-fiscal, que a empresa ALM Marketing Promocional Ltda optante do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples Federal instituído pela Lei 9.317/1996 e do Simples Nacional instituído pela Lei Complementar 123, de 14.12.2006, estava cadastrada com o CNAE 47.29.6.99 – Comércio varejista de produtos alimentícios em geral ou especializado em produtos alimentícios não especificados anteriormente, porém a atividade econômica da empresa mencionada no Artigo 3º da Primeira Alteração Contratual de 30 de Junho de 2005 é o Comércio varejista de produtos alimentícios, cosméticos, higiene e limpeza, através de catálogos e prestação de serviços de promoção de vendas, merchandising, abordagem e degustação de gêneros alimentícios.

Nota-se que no comprovante de inscrição e de situação cadastral do CNPJ da empresa não consta como atividade

econômica principal nem secundária a prestação de serviços de promoção de vendas.

12. A fiscalização verificou que a totalidade da receita bruta obtida pela empresa nos anos de 2006, 2007 e 2008 é decorrente da prestação de serviços a terceiros. Esses serviços executados pela ALM Marketing Promocional Ltda referiam-se a Promoções de Vendas e Merchandising, bem como a reposição e abastecimento de mercadorias em expositores e gôndolas nas lojas especificadas pelo contratante dos serviços. Anexo ao presente relatório fiscal cópias de algumas notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela ALM (por amostragem), cópia dos registros contábeis dos lançamentos efetuados na conta 3.1.501.001 Serviços A Vista extraídas dos Livros Diário/Razão de 2006 e 2008.

13 Da análise dos contratos de prestação de serviços firmados entre a ALM Marketing Promocional Ltda ME e algumas empresas, dentre elas, a Bettanin Industrial S.A, SEPAC Serrados e Pasta de Celulose Ltda, Aloés Ind e Comércio Ltda e A C Comercial, Importação e Exportação Ltda, nota-se claramente que os serviços contratados objetos dos contratos eram o Abastecimento ou Reposição de Mercadorias nas gôndolas, prateleiras e demais expositores , bem como a Promoção de Vendas e o Merchandising dos produtos fabricados pelos contratantes.

15. Os locais de prestação dos serviços eram determinados pelos contratantes dos serviços, os quais eram principalmente, grandes redes de supermercados e atacadistas, localizados nos estados do Paraná e Santa Catarina.

*16. A característica essencial dos serviços prestados pela ALM Marketing Promocional Ltda é a **cessão ou locação de mão-de-obra**, a qual é uma espécie de contrato em que uma pessoa disponibiliza algo, no caso, “mão-de-obra”, a uma outra pessoa por determinado prazo, para trabalhar segundo orientações do contratante, mediante pagamentos periódicos em decorrência dessa utilização.*

(...)

18. A fiscalização observou nas fichas de registro de empregados que a empresa ALM Marketing Promocional Ltda, embora sediada em Cascavel mantinha apenas um “escritório” nessa cidade e teve vários segurados empregados que lhe prestaram serviços mas que residiam em localidades diferentes de Cascavel, como por exemplo Curitiba, Londrina, Maringá, Foz do Iguaçu, Colombo, São José dos Pinhais, conforme quadro e gráfico descritos no próprio relatório.

(...)

19. Da análise do quadro acima é possível verificar que a maioria dos empregados da empresa ALM Marketing Promocional Ltda não residiam em Cascavel ,ou seja, moravam

em outras cidades e lá prestavam os serviços para as contratantes dos serviços e mantinham vínculo empregatício com a ALM.

*Isso é característico da cessão/locação de mão-de-obra, onde não é necessário que os empregados morem na cidade sede da empresa, haja vista que o trabalho por eles prestados serão executados nas dependências do contratante ou nos locais por eles determinados 20. A fiscalização apurou também nas folhas de pagamento da empresa que dos 1.070 (um mil e setenta) empregados que prestaram serviços durante os anos de 2006, 2007 e 2008, 998 (novecentos e noventa e oito) exerciam a função de **Promotor de Vendas**, concluindo que a atividade principal da empresa ALM Marketing Promocional era a prestação de serviços de promoção de vendas.*

Conforme descrito no relatório fiscal a Secretaria da Receita Federal em solução de consulta formulada a este órgão já havia se posicionado a respeito do assunto, concluindo que é vedada a opção pelo SIMPLES o exercício de atividades de exposição e demonstração de mercadorias em supermercados e lojas, promoção de vendas, assessoria e contratação de recursos humanos.

Assim, indevida a opção pelo SIMPLES. Ainda em seu relatório esclarece a autoridade como se deu a exclusão:

22. Desta forma, restou comprovado que o contribuinte exerceu atividade que lhe impedia de adotar o regime especial, nos termos do Art. 9º, inciso XII “f” da Lei 9.317/96 e Art. 17, inciso XII da Lei Complementar nº 123/2006, devendo, portanto, submeter-se ao regime tributário das empresas em geral.

*23. A exclusão do regime do SIMPLES Federal ocorreu de ofício conforme previsto nos arts. 12 e 14, inciso I da Lei nº 9.317/96, surtindo efeitos a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente nos termos do Art. 15, II do mesmo diploma legal. Considerando que o contribuinte já exercia a atividade impeditiva à opção pelo Simples Federal desde o período anterior a **1º de janeiro de 2006**, a exclusão do regime simplificado retroagiu até aquela data, conforme constante do Ato Declaratório Executivo de Exclusão do Simples nº 005/2011 de 26 de Abril de 2011.*

*24 A exclusão do SIMPLES NACIONAL ocorreu conforme previsto nos arts. 28 e 29, inciso I da LC nº 123/2006, surtindo efeitos a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente nos termos do Art. 31, II do mesmo diploma legal. Considerando que o contribuinte já exercia a atividade impeditiva à opção pelo Simples Nacional desde o período anterior a **1º de julho de 2007**, a exclusão do regime especial retroagiu até aquela data, conforme constante do Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 008/2011 de 26 de Abril de 2011.*

25. Tendo em vista que a empresa teve sua exclusão do SIMPLES efetivada com os atos acima descritos (item 23 e 24) e considerando que os efeitos foi retroativo a 01/01/2006 quanto ao Simples Federal e 01/07/2007 relativo ao Simples Nacional, a

fiscalização procedeu aos lançamentos das contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamento dos segurados empregados e contribuintes individuais relativo aos períodos em que surtiram os efeitos da exclusão do SIMPLES (anos de 2006 a 2008)

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 09/05/2011, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 23/05/2011.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela notificada, fls. 253 a 275.

A Decisão de Primeira Instância confirmou a procedência, total do lançamento, fls. 323 a 326.

*ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Ano calendário: 2007, 2008
UNICIDADE DE PROCESSO. MESMO ELEMENTOS DE PROVA.*

POSSIBILIDADE.

Os autos de infração e as notificações de lançamento tributário, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova.

SIMPLES NACIONAL. LOCAÇÃO OU CESSÃO DE MÃO DE OBRA.

IMPEDIMENTO.

Constitui impedimento ao ingresso do Simples Federal e do Simples Nacional o exercício da atividade de cessão ou locação de mão-de-obra.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 331 a 345. Em síntese, a recorrente em seu recurso alega o seguinte:

1. Seja declarada a nulidade do lançamento anterior, pois o julgador a quo preferiu “julgar as escuras” do que determinar a diligência para compreender a atividade real exercida pela empresa.
2. Na hipótese de se entender que a nulidade anterior pode ser sanada nesta fase processual, que determinem a realização de diligência, a fim de sanar a questão central do processo.
3. Na hipótese de entender não ser cabível a diligência, requer-se ao menos seja permitido ao contribuinte juntar Ata Notarial e Declarações de testemunhas, para com fé-pública provar que não há cessão de mão de obra.

4. No mérito que se reconheça que a atividade da empresa é de promoção de vendas e marketing direto, atividades estas que podem optar pelo simples. Sustenta que o procedimento fiscal é improcedente, visto que as atividades secundárias de promoção de vendas (CNAE 73190/ 02) e de marketing direto (73190/ 03 não constam das atividade impeditivas ao Simples Nacional relacionadas nas Resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional nº 06/2007 e 77/2010. Acrescenta que as atividade de promoção de vendas e merchandising (marketing direito), não estão englobadas no conceito de cessão de mão de obra, conforme equivocadamente foi considerado pelo auditor fiscal.
5. A autoridade fiscal entendeu que sua atividade é sinônimo de locação de mão-de-obra com base em solução de consulta técnica, formulada por terceiro, em 2005, na qual a consultante prestava além de promoção de vendas, também a cessão de mão de obra, que não é o caso em análise.
6. Por consequência declarar o direito da empresa de ter estado no SIMPLES no período, e anular o auto de infração em tela.
7. Entretanto, caso seja diverso o entendimento de Vossas Senhorias e sejam mantidos os lançamentos de ofício, requer sejam apreciadas as razões recursais no tópico III, no sentido de reconhecer o direito da recorrente de abater do montante que está sendo cobrado, o valor que a mesma já pagou relativamente a contribuição previdenciária patronal.

A unidade da DRFB encaminhou o recurso a este Conselho para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 330. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

Pela análise dos autos identifica-se que o fato que ensejou a lavratura dos Autos de infração nos moldes em que se encontram, foi o indevido enquadramento no SIMPLES de acordo com informações prestadas pelo próprio auditor fiscal em seu relatório.

A autoridade julgadora de 1ª instância julgou o AI procedente, tendo em vista o julgamento de procedência do ato de exclusão do SIMPLES em primeira instância

QUANTO A NÃO APRECIACÃO DA POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS PELO SIMPLES.

Em sua impugnação, a ora Recorrente argumentou acerca da possibilidade da compensação da contribuição previdenciária patronal, conforme verifica-se no item V, fl. 274. A decisão do julgador do órgão "a quo", em sua fundamentação, sequer esboçou reação contra os argumentos da Recorrente quanto a possibilidade de dita compensação.

Dessa forma, entendo que a análise do lançamento por parte da autoridade de 1. Instância deve cumprir os preceitos constitucionais quanto ao princípio constitucional do contraditório e a ampla defesa. Assim, ao não apreciar devidamente os argumentos do recorrente em primeira instância, impossibilita a autoridade julgadora o exercício do poder de defesa em toda a sua plenitude, o que enseja a nulidade da mesma.

E, conforme art. 32, inciso II, da Portaria MPAS nº 520/04, são nulas as decisões proferidas com preterição do direito de defesa.

Art. 32. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa;

III - o lançamento não precedido do Mandado de Procedimento Fiscal.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo, a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Portanto, a nulidade da Decisão de Primeira Instância merece ser decretada afim de que se possa ofertar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Embora, o processo esteja retornando a origem para emissão de nova Decisão, entendo exista outro ponto que merece ser observado após a emissão da nova decisão e antes do retorno a este Conselho para novo julgamento.

Apesar de terem sido apresentados e rebatidos diversos argumentos em sede de recurso, a decisão da procedência ou não do presente auto-de-infração está ligado à sorte da Representação Fiscal – Exclusão do SIMPLES, Processo n. 10935.720415/2011-77, considerando que as contribuições aqui lançadas deram-se exclusivamente pela exclusão da empresa do sistema SIMPLES.

Assim, para evitar decisões discordantes faz-se imprescindível primeiro a análise da Representação de Exclusão, para só então julgar-se a procedência da autuação.

Dessa forma, entendo que o melhor encaminhamento é determinar o retorno do processo a este Conselho após a decisão final acerca do referido processo, devendo o auto-de-infração ficar sobrestado aguardando o julgamento das do AI conexas. Tão logo o processo de Representação Fiscal – Exclusão do SIMPLES, Processo n. 10935.720415/2011-77 seja julgado, devem os autos retornar ao CARF para que seja dado prosseguimento ao julgamento.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por ANULAR A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, nos termos acima expostos.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.