



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 10935.721283/2011-09
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9202-003.791 – 2ª Turma
Sessão de 17 de fevereiro de 2016
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente Fazenda Nacional
Interessado R. E. Ferrari & Cia Ltda.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2007 a 31/12/2008

AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E ACESSÓRIA - MULTAS - LANÇAMENTO DECORRENTE DA EXCLUSÃO DO SIMPLES - SOBRESTAMENTO.

Tendo o lançamento sido motivado pela exclusão da empresa do regime tributário simplificado das micro e pequenas empresas, deve a discussão acerca dos créditos tributários ser sobrestada até a decisão definitiva do processo administrativo por meio do qual o contribuinte questiona a legalidade da própria exclusão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para anular o acórdão recorrido e sobrestar o julgamento do recurso na Câmara *a quo*, até a decisão definitiva nos processos n° 10935.721701/2011-50 e 10935.721700/2011-13, que tratam da exclusão da empresa do Simples.

(assinado digitalmente)

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO - Presidente.

(assinado digitalmente)

RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI - Relatora.

EDITADO EM: 24/02/2016

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 26/02/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 26/02/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 01/03/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

Impresso em 02/03/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente), Maria Teresa Martinez Lopez (Vice-Presidente), Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo, Patricia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior, Gerson Macedo Guerra.

Relatório

Trata-se de processo administrativo decorrente do lançamento fiscal datado de outubro de 2011, por meio do qual, realizada a exclusão do contribuinte dos regimes de tributação unificada do Simples Federal, da Lei nº 9.317/96 e Simples Nacional, da Lei Complementar nº 123/07, exige-se o recolhimento das contribuições previdenciárias e também das multas pelo descumprimento de obrigações acessórias.

As exclusões foram motivadas pela constatação de que a empresa realizava cessão e/ou locação de mão de obra, situação incompatível com a permanência no Simples Federal e no Simples Nacional, conforme disposto no art. 9º, inciso XII, "f", da Lei 9.317/96, e no artigo 17, inciso XII, da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006.

Segundo relatório juntado aos autos, a atividade fiscal culminou com dois lançamentos: o DEBCAD 37.342.3284 - referente às contribuições sociais relativas à parte patronal, inclusive ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (SAT/GILRAT); e o DEBCAD 37.342.3292 referente às contribuições destinadas aos terceiros. Aplicou-se multa de mora e por descumprimento de obrigação acessória mais benéfica ao contribuinte conforme critério de comparação entre a norma vigente à época da ocorrência dos fatos geradores e aquela vigente quando do lançamento.

Em impugnação o Contribuinte arguiu: I) nulidade do lançamento em razão do cerceamento de defesa, haja vista as inúmeras questões tratadas em um único auto - exclusão dos Simples e cobrança do tributo; II) ilegalidade da exclusão da empresa do regime tributário diferenciado pois a atividade desenvolvida era de "reposição de mercadorias nas gôndolas de supermercado e não de locação/cessão de mão de obra; e III) inconstitucionalidade da aplicação de taxa remuneratória (SELIC) como juros de mora. Por fim, alega conexão entre o processo atual e o de 10935.721284/2011-45 (período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010).

A Delegacia de Julgamento, por unanimidade, julgou improcedente a impugnação e manteve integralmente o crédito tributário. Os processos conexos foram julgados em mesma sessão para evitar contradições.

Recurso Voluntário tempestivamente apresentado. Foi alegado cerceamento de defesa e caráter confiscatório da multa.

O Colegiado *a quo*, por unanimidade de votos, conheceu em parte do recurso para, na parte conhecida, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, dar provimento parcial para recálculo da multa, determinando a aplicação da multa de mora nos percentuais da época (redação anterior do artigo 35, inciso II da Lei 8.212/1991), limitando-se ao percentual máximo de 75%.

Importante destacar que o Relator, prudentemente, fez a seguinte ressalva em seu voto:

Caso o Fisco ainda não tenha proferido a decisão definitiva das questões concernentes à exclusão do regime diferenciado de tributação SIMPLES FEDERAL/NACIONAL (processos 10935.721701/2011-50 e 10935.721700/2011-13), deverá haver a suspensão dos efeitos deste Acórdão, eis que a cobrança do crédito objeto do presente auto de infração somente poderá ser levado a efeito quando transitado em julgado os processos de exclusão desses regimes diferenciados.

Acessando o "acompanhamento processual" esclarecemos que os processos acima citados, que tratam, respectivamente, da exclusão da empresa do Simples Federal e do Simples Nacional foram distribuídos à Primeira Seção com Recurso Voluntário ainda pendente de julgamento.

A Fazenda Nacional, inconformada com o que foi decidido no acórdão 2402-003.428, no que tange ao critério utilizado para aplicação das multas, interpôs Recurso Especial de Divergência, apontando como paradigmas os acórdãos 2401-002.453 e 920202.086.

Segundo a fundamentação do recurso, para fins de apuração da multa mais benéfica ao sujeito passivo deve-se realizar a comparação entre: **a)** somatório das multas aplicadas por descumprimento de obrigação principal, nos moldes do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à Lei nº 11.941, de 2009, e das aplicadas pelo descumprimento de obrigações acessórias, nos moldes dos §§ 4º, 5º e 6º do art. 32 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à Lei nº 11.941, de 2009; e **b)** multa aplicada de ofício nos termos do art. 35A da Lei nº 8.212, de 1991, acrescido pela Lei nº 11.941, de 2009.

Em sede de contra razões o contribuinte tece comentários acerca da retroatividade da legislação tributária e ao final requer seja negado provimento ao recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri

Conforme despacho de admissibilidade, o recurso preenche todos os requisitos legais razão pela qual dele conheço.

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional com base nos artigos 67 e 68 do então vigente Regimento Interno deste órgão, haja vista comprovada divergência jurisprudencial no que tange a aplicação de multa por lançamento de ofício e pelo descumprimento de obrigação acessória vinculado ao recolhimento de contribuições previdenciárias do período de 01/04/2007 a 31/12/2008.

A Fazenda Nacional ao demonstrar a divergência entre os acórdãos, acabou por resumir seu entendimento no sentido de que para aferição da penalidade mais benéfica ao contribuinte deve-se somar as multas das obrigações principal e acessória (art. 35, II e art. 32, IV da norma revogada), referentes à sistemática antiga, e comparar o resultado com a multa atual (art. 35-A da Lei nº 8.212/91, introduzida pela MP nº 449/2008), em conformidade com o que dispõe a Instrução Normativa RFB nº 1.027, de 22/10/2010.

Em que pese a propriedade do debate, é importante mencionar - conforme descrito no relatório - que o lançamento do crédito tributário decorreu do fato de o fiscal ter entendido que a empresa não era optante pelo Simples Nacional e Federal e como tal não tinha o direito de recolher a Contribuição Previdenciária moldes em efetuado.

Ocorre que, ainda estão pendentes de decisão definitiva os processos onde se discute exatamente a propriedade da exclusão do contribuinte dos regimes do Simples Federal e Nacional. Ora, o crédito tributário discutido no presente processo tem ligação direta de causa e efeito com os processos de exclusão citados.

Importante considerar a determinação do §5º do art. 6º do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho:

Art. 6º Os processos vinculados poderão ser distribuídos e julgados observando-se a seguinte disciplina:

(...)

§ 5º Se o processo principal e os decorrentes e os reflexos estiverem localizados em Seções diversas do CARF, o colegiado deverá converter o julgamento em diligência para determinar a vinculação dos autos e o sobrestamento do julgamento do processo na Câmara, de forma a aguardar a decisão de mesma instância relativa ao processo principal.

(...)

Diante do exposto, dou provimento parcial ao recurso apresentado pela Fazenda Nacional, para anular o acórdão recorrido e determino o sobrestamento do julgamento do recurso na Câmara *a quo*, até a decisão definitiva nos processos nº 10935.721701/2011-50 e 10935.721700/2011-13, que tratam da exclusão da empresa do Simples Federal e Nacional.

(assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri - Relatora