



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10935.721283/2011-09
Recurso Voluntário
Resolução nº 2402-001.097 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de outubro de 2021
Assunto SOLICITAÇÃO DE DILIGÊNCIA
Recorrente R. E. FERRARI & CIA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência para que a Unidade de Origem da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil instrua os autos com as informações solicitadas, nos termos do voto que segue na resolução, consolidando o resultado da diligência, de forma conclusiva, em Informação Fiscal que deverá ser cientificada à contribuinte para que, a seu critério, apresente manifestação em 30 (trinta) dias.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Márcio Augusto Sekeff Sallem - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, Márcio Augusto Sekeff Sallem, Renata Toratti Cassini, Rafael Mazzer de Oliveira Ramos, Marcelo Rocha Paura (suplente convocado), Ana Claudia Borges de Oliveira, Denny Medeiros da Silveira (Presidente).

Relatório

Lançamento (fls.126 a 176)

Trata-se de auto de infração referente a contribuições sociais previdenciárias do empregador (patronal) e destinadas a entidades e fundos, em face ao contribuinte identificado, no período de 4/2007 a 12/2008, no valor de R\$326.216,61, acrescido de multa e juros de mora, em razão de a empresa ser excluída do Simples (Federal e depois Nacional) por exercer atividade impeditiva, segundo art.9º, XII, f, da Lei 9.317/96 e art.17, XII, da Lei Complementar 123/2006.

Ciência em 6/10/2011, fls.187.

Fl. 2 da Resolução n.º 2402-001.097 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10935.721283/2011-09

Impugnação (fls.231 a 242)

O contribuinte formalizou impugnação em 3/11/2011, e postulou o cerceamento do direito de defesa por não ter a autoridade tributária aberto a oportunidade para discussão da exclusão do contribuinte do regime de apuração simplificado.

No mérito, defendeu a conformidade da atividade empresarial com o regime de apuração simplificado dos tributos.

Ao fim, defendeu a inconstitucionalidade da aplicação de taxa remuneratória para o cálculo de juros moratórios.

Acórdão de Impugnação (fls.257 a 263)

Por unanimidade de votos, a turma de julgamento considerou improcedente a impugnação e manteve integralmente o crédito tributário.

A título preliminar, esclareceu que não existe irregularidade no fato de o Termo de Exclusão do Simples Nacional e o Ato Declaratório de Exclusão do Simples Federal terem chegado ao conhecimento do sujeito passivo conjuntamente com o lançamento. Esclareceu ainda que houve o desmembramento dos feitos em processos administrativos diversos, embora isto não atrairia o cerceamento do direito de defesa porque o contribuinte tomou conhecimento e pôde defender-se da acusação fiscal.

No mérito, em face à confirmação da exclusão da empresa do regime de apuração simplificado, ratificou a autuação.

Depois, confirmou a legalidade na aplicação dos juros de mora.

Ciência em 6/6/2012, fls.265.

Recurso Voluntário (fls.266 a 281)

O contribuinte formalizou recurso voluntário em 3/7/2002, e reiterou os termos já apresentados na impugnação, **acrescentando** um tópico a respeito da confiscatoriedade da multa.

Acórdão de Recurso Voluntário (fls.321 a 334)

Por unanimidade de votos, a turma de julgamento conheceu o recurso voluntário em parte, exceto a matéria tendente a discutir a exclusão do Simples Federal/Nacional, rejeitou as preliminares suscitadas e, no mérito, deu provimento parcial para recálculo da multa nos termos do art.35 da Lei 8.212/91.

Ao final, condicionou a execução do acórdão à decisão definitiva referente ao julgamento da exclusão do Simples Federal/Nacional.

Recurso Especial da Procuradoria (fls.336 a 345)

A União, por intermédio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, requereu a reforma do acórdão recorrido a fim de que prevaleça a forma de cálculo utilizada pela autoridade

Fl. 3 da Resolução n.º 2402-001.097 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10935.721283/2011-09

tributária para aferição da multa mais benéfica, em conformidade com o disposto na Instrução Normativa 1.027/2010.

Em face ao Recurso Especial, o contribuinte apresentou contrarrazões em defesa da decisão proferida pelo CARF (fls.374 a 379).

Recurso Especial do Contribuinte (fls.396 a 413)

O contribuinte formalizou recurso especial em 1/10/2013, reiterando a nulidade de cerceamento do direito de defesa e a confiscatoriedade da multa, apresentando decisão judiciais a seu favor. Pede a anulação da decisão recorrida e a reunião dos processos administrativos de exclusão a este para que sejam julgados conjuntamente.

Todavia, o recurso especial do contribuinte não restou admitido (fls.432 a 434).

Acórdão de Recurso Especial (fls.436 a 439)

Por unanimidade de votos, a turma de julgamento anulou o acórdão recorrido e sobrestou o julgamento até sobrevir decisão definitiva nos processos 10935.721701/2011-50 e 10935.721700/2011-13.

Embargos de Declaração (fls.441 a 446)

A União, por intermédio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, opôs embargos de declaração, com efeitos infringentes, para que seja apenas **sobrestado** o julgamento do recurso especial até sobrevir decisão definitiva nos processos supracitados.

Acórdão de Embargos de Declaração (fls.457 a 460)

Por unanimidade de votos, a turma de julgamento acolheu e deu provimento aos embargos declaratórios, sem efeitos infringentes, ratificando os termos do acórdão embargado e mantendo a anulação do acórdão recorrido.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Márcio Augusto Sekeff Sallem, Relator.

Admissibilidade

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os pressupostos de admissibilidade, eis que dele tomo conhecimento.

Mérito

Como narrado no relatório, a Câmara Superior de Recursos Fiscais decidiu anular o Acórdão de Recurso Voluntário 2402-003.428, de 12/3/2013, e devolveu a matéria para o julgamento ser sobrestado até sobrevir decisão definitiva nos processos 10935.721701/2011-50 e 10935.721700/2011-13.

Fl. 4 da Resolução n.º 2402-001.097 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10935.721283/2011-09

Mister conhecer o teor das decisões definitivas nos processos citados.

No Acórdão de Embargos 1402-004.957, de 15 de setembro de 2020, fls. 476/482, a autoridade julgadora conheceu a impetração de mandado de segurança com o mesmo objeto do processo administrativo e decidiu:

Por fim, por tudo que consta processado nos autos, conheço dos Embargos de Declaração e concedo efeitos infringentes para alterar o v. acórdão embargado e deixar de conhecer o Recurso Voluntário, devido a constatação de concomitância e renúncia a instância administrativa.

O Despacho de Arquivamento do Processo 10935.721701/2011-50, fls. 491, aponta o desfecho favorável ao contribuinte da ação judicial. Confira:

Em consulta à referida Ação Judicial, MS 5003780-20.2015.4.04.7005/PR, verifica-se que a decisão foi favorável ao contribuinte ao considerar que não foi caracterizado o exercício da atividade vedada de cessão de mão de obra, fls. 278-285.

Idêntico deslinde alcançou o processo 10935.721700/2011-13, referente ao julgamento da manifestação de inconformidade nos termos do Acórdão 1402-004.958, de 15/9/2020, fls. 492/498, arquivado a teor do Despacho de Arquivamento, fls. 499.

Nos autos, está a Apelação/Reexame Necessário 5003780-20.2015.4.04.7005/PR, fls.483/489, de onde retiro excertos do Relatório e Voto:

RELATÓRIO

R.E. FERRARI & CIA LTDA impetrou o presente mandado de segurança em face de ato do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CASCAVEL, pleiteando, em sede liminar, a declaração de nulidade dos autos de infração nº 51.003.241-9 e nº 51.003.242-7, bem como a suspensão do crédito tributário em virtude da referida nulidade.

Narrou que é pessoa jurídica de direito privado atuante no ramo de Marketing Direto com promoção de vendas, publicidade no local da venda e reposição de produtos, sendo que, no dia 29/04/2011 deu-se início mandado de procedimento fiscal nº 0910300.2011.00327-2, cujo encerramento deu origem aos autos de infração de contribuições previdenciárias nº 51.003.241-9 e nº 51.003.242-7, sob a alegação da não declaração em GFIP (Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social) das contribuições sociais previdenciárias patronais e das contribuições devidas a outras entidades e fundos, incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados que prestaram serviços à empresa naquele período. Contudo, alegou que mesmo declarada como optante do SIMPLES durante o período apontado foi excluída pela Impetrante do Regime de Tributação Simples Federal, do Simples Nacional e, no mesmo ato, reenquadrada no Regime de Lucro Presumido, sendo lavrados então os referidos autos de infração, inclusive com a imposição de multa de ofício na margem de 75% (setenta e cinco por cento) em cada, não obstante a apresentação de defesa administrativa pela impetrante nas várias esferas de julgamento. Assim, atestou a nulidade dos referidos autos de infração, pois a referida constituição do crédito tributário referente à multa tem caráter confiscatório e encontra-se pendente de julgamento em repercussão geral do STF (autos nº 640.452/RO).

A liminar pleiteada foi indeferida (Evento 9).

Fl. 5 da Resolução n.º 2402-001.097 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10935.721283/2011-09

Em face dessa decisão a impetrante interpôs agravo de instrumento, o qual restou convertido em agravo retido (Evento 19).

Sobreveio sentença que concedeu a segurança pleiteada e julgou extinto o processo, com resolução do mérito, com base no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para, reconhecendo o exercício da atividade da impetrante mediante prestação de serviços, declarar a nulidade dos Autos de Infração nº 51.003.241-9 e 51.003.242-7, com a consequente extinção do respectivo crédito tributário. Condenou o impetrado a ressarcir as custas adiantadas pelo impetrante (Evento 6, GRU1). Incabíveis honorários de sucumbência, nos termos do artigo 25 da Lei n.12.016/2009. Sentença sujeita ao reexame necessário.

...

VOTO

...

A controvérsia está em saber se a atividade exercida pela autora é causa impeditiva para a inclusão no SIMPLES, ou seja, saber se a empresa, de fato, exerce cessão/locação de mão-de-obra.

O objeto dos contratos analisados é reposição de produtos nas gôndolas dos supermercados, retirada de produtos vencidos, entre outras atividades não ficando os funcionários à disposição dos contratantes senão pelo tempo de necessário à realização das atividades.

As atividades de prestação de serviços e locação de mão-de-obra distinguem-se precipuamente em função da subordinação e responsabilidade pela execução do serviço. Enquanto a locação de mão-de-obra caracteriza-se tão-somente pela disponibilização dos trabalhadores para a empresa tomadora, que determina as diretrizes de execução do trabalho, na prestação de serviços a execução corre por responsabilidade da empresa contratada, que apenas desloca seus empregados até o local designado, como no caso dos autos.

Por fim, no tocante à retenção de 11% prevista no art. 31 da Lei 8.212/91, não configura confissão, por parte do impetrante, de que o serviço prestado é de locação de mão-de-obra, porquanto é justamente esta classificação ora questionada. Neste particular, inclusive, esclareceu em sua impugnação administrativa, que tal retenção se dá em grande medida por imposição da parte contratante.

Ante o exposto, nos termos da fundamentação voto por negar provimento ao apelo da União e à remessa oficial.

As decisões tomadas na 1ª Seção estão alinhadas com a Súmula CARF 1¹, ante a incontroversa renúncia à instância administrativa pela propositura pelo sujeito passivo de ação judicial com o mesmo objeto do processo administrativo.

A leitura do relatório da decisão que negou provimento ao apelo da União e à remessa oficial, com trânsito em julgado em 25/7/2016, revela que a sentença que concedeu a segurança e julgou extinto o processo com resolução de mérito declarou a nulidade dos Autos de Infração 51.003.241-9 e 51.003.242-7, que são referentes ao período de 1/2009 a 12/2010.

¹ Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Fl. 6 da Resolução n.º 2402-001.097 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10935.721283/2011-09

A toda evidência, a ação mandamental não requereu a anulação dos lançamentos DEBCADs 37.342.328-4 e 37.342.329-2, julgados nos autos e referentes ao período de apuração de 4/2007 a 12/2008, então não existe concomitância da ação judicial com a matéria analisada.

Contudo, a decisão em mandado de segurança reconheceu o exercício da atividade mediante **prestação de serviços**, não cessão de mão de obra, embora não haja, nos autos, qualquer informação a respeito da reintegração, ou não, do contribuinte no regime simplificado.

Ante os motivos expostos, para que não reste qualquer dúvida no julgamento, entendo que o processo ainda não se encontra em condições de ter um julgamento justo, razão pela qual voto no sentido de ser convertido em diligência para que a repartição de origem, em face às decisões judiciais e administrativas acima relatadas, instrua os autos com a documentação conclusiva se a empresa restou reintegrada no Simples/Simples Nacional nos anos de 2007 e 2008, pertinentes a este lançamento, produzindo informação fiscal que deverá ser cientificada ao contribuinte para, querendo, apresentar manifestação.

(documento assinado digitalmente)

Márcio Augusto Sekeff Sallem