



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

Processo n° 10980.724407/2012-35
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2302-003.198 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de julho de 2014
Matéria Remuneração de Segurados: Parcelas em Folha de Pagamento
Recorrente LHB COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/12/2008

Ementa:

SIMPLES - INDEFERIMENTO DA INCLUSÃO

O indeferimento da inclusão do contribuinte no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno -SIMPLES, implica no recolhimento integral das contribuições previdenciárias .

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA

Em virtude do disposto no art. 17 do Decreto n ° 70.235 de 1972 somente será conhecida a matéria expressamente impugnada.

MULTA MORATÓRIA

A aplicação do artigo 35 da Lei n.º 8.212/91, na redação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores até a competência 11/2008, traz percentuais variáveis, de acordo com a fase processual em que se encontre o processo de constituição do crédito tributário e se mostra mais benéfico ao contribuinte, uma vez em que se aplicando a redação dada pela Lei n.º 11.941/2009, mais precisamente o artigo 35 A da Lei n.º 8.212/91, o valor da multa seria mais oneroso ao contribuinte, pois deveria ser aplicado o artigo 44, I da Lei n.º 9430/96.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Acordam os membros da Segunda Turma Ordinária da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por voto de qualidade, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, devendo a multa aplicada ser calculada considerando as disposições do art. 35, II, da Lei n.º. 8.212/91, na redação dada pela Lei n.º 9.876/99, para o período anterior à entrada em vigor da Medida Provisória n. 449 de 2008, ou seja, até a

competência 11/2008, inclusive. Vencidos na votação os Conselheiros Leo Meirelles do Amaral, Juliana Campos de Carvalho Cruz e Leonardo Henrique Pires Lopes, por entenderem que a multa aplicada deve ser limitada ao percentual de 20% em decorrência das disposições introduzidas pela MP 449/2008 (art. 35 da Lei n.º 8.212/91, na redação da MP n.º 449/2008 c/c art. 61, da Lei n.º 9.430/96).

Liege Lacroix Thomasi – Relatora e Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Liege Lacroix Thomasi (Presidente), Arlindo da Costa e Silva, André Luís Mársico Lombardi , Leonardo Henrique Pires Lopes, Juliana Campos de Carvalho Cruz, Leo Meirelles do Amaral.

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal engloba os seguintes Autos de Infração de Obrigação Principal, lavrados e cientificados ao sujeito passivo em 15/06/2012:

AIOP DEBCAD 51.023.362-7, relativo às contribuições previdenciárias e para o seguro acidente do trabalho incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração dos segurados contribuintes individuais, ambas apuradas através das folhas de pagamento, já que a autuada se entendia optante do SIMPLES e informou tal situação em GFIP, no período de 07/2007 a 12/2008.

Constam, também, do levantamento contribuições incidentes sobre diferenças havidas entre os valores constantes das folhas de pagamento e aqueles informados em GFIP; contribuições referentes à aposentadoria especial, já que autuada informou em GFIP a ocorrência “4” – segurado exposto a agente nocivo.

AIOP DEBCAD 51.023.363-5, relativo às contribuições da cota do segurado na competência 13/2010.

AIOP DEBCAD 51.023.364-3, relativo às contribuições arrecadadas para as terceiras entidades sobre as mesmas bases já identificadas.

O Relatório Fiscal de fls. 40/48, esclarece que a autuada não é optante do SIMPLES Nacional no período de 01/2007 a 12/2010, conforme consta do sítio do Ministério da Fazenda, documento de fls. 57/60, dos autos.

O contribuinte impugnou a autuação argumentando que migrou automaticamente para o SIMPLES Nacional, já que cumpria os requisitos para tanto, não sendo possível a aplicação das multas impostas pela falta de recolhimento de tributos.

Acórdão de primeira instância às fls. 128/137, julgou o lançamento procedente.

Inconformado, o contribuinte apresentou recurso voluntário, reiterando os termos da impugnação de que:

- a) estivera cadastrado no SIMPLES Federal e que a migração para o SIMPLES Nacional era automática, bastando estar em dia com os débitos relativos aos tributos;
- b) junta prova irrefutável de que estava com os tributos quitados;
- c) encontra-se pendente de julgamento pedido para inclusão no SIMPLES Nacional processo 10980.001000/2012-36, no qual constam provas necessárias para o deferimento do pedido.

Por fim, requer o cancelamento do débito.

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheira Liege Lacroix Thomasi, Relatora

O recurso cumpriu com o requisito de admissibilidade, frente à tempestividade, devendo ser conhecido e examinado.

De acordo com o Relatório Fiscal que sustenta a presente autuação, o lançamento das contribuições previdenciárias patronais, para o seguro acidente do trabalho e as arrecadadas para as terceiras entidades, incidentes sobre a remuneração dos segurados, se deu porquanto a recorrente se entendia optante do SIMPLES Nacional, quando não o era.

Do exame dos autos, resta claro que a recorrente nunca foi optante do SIMPLES NACIONAL, conforme comprovam os dados constantes dos sistemas informatizados do programa às fls. 57/60. A recorrente até solicitou a sua inclusão no SIMPLES nas datas de 30/07/2007 e 31/01/2008, mas em ambas as vezes foi indeferida devido a pendências com as Administrações Tributárias dos Estados, Distrito Federal e Municípios e pendências com a Receita Federal, resultando que em nenhum momento a empresa foi optante do Sistema.

Ademais, consta das fls. 127, dos autos que a recorrente ainda teve indeferidos mais duas solicitações de inclusão no SIMPLES em 11/02/2012 e 11/02/2013.

Assim, é improcedente a alegação de que migrou automaticamente do SIMPLES Federal para o SIMPLES Nacional, porque a recorrente nunca foi optante pelo Sistema, haja visto os indeferimentos de 10/2007, 03/2008, 02/2012 e 02/2013.

Da mesma forma, é inócua a assertiva de que junta aos autos provas irrefutáveis de que seus tributos estão quitados, porque tais provas não foram acostadas e este procedimento administrativo está assentado em situação fática existente de que a recorrente não é optante do SIMPLES Nacional. E, isto sim, comprovado nos autos através dos documentos de fls. 57/60 e 127.

Por derradeiro, a arguição de que possui processo em andamento, protocolado em 2012, buscando novamente a inclusão no SIMPLES, não altera o presente levantamento relativo às competências de 07/2007 a 12/2008, onde comprovadamente a empresa não era optante do Sistema e por isso obrigada ao recolhimento da cota patronal das contribuições previdenciárias.

A recorrente não se insurge quanto ao mérito das contribuições lançadas, de forma que faço referência ao disposto no art. 17 do Decreto n.º 70.235 de 1972, onde somente será conhecida a matéria expressamente impugnada, com exceção das matérias que podem ser conhecidas independentemente de impugnação, como a decadência, por exemplo, e assim, deixo de me manifestar sobre a natureza das rubricas que compõem a autuação:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

Entretanto, é de se notar que no caso em tela, o fisco ao promover a aplicação da multa, efetuou uma comparação entre a multa de 24%, prevista no artigo 35, inciso II, acrescida da multa pelo descumprimento de obrigação acessória e pela multa imposta pela legislação vigente quando do lançamento, multa de ofício de 75%, prevista no artigo 44, da lei n.º 9.430/96, a fim de apurar o percentual mais benéfico ao contribuinte, que do resultado se mostrou a multa de ofício, sendo então aplicada.

Contudo, meu entendimento é que à luz da legislação vigente, as multas devem ser aplicadas de forma isolada, conforme o caso, por descumprimento de obrigação principal ou de obrigação acessória, da forma mais benéfica ao contribuinte, de acordo com o disposto no artigo 106, do Código Tributário Nacional.

Embora, em algumas vezes, a obrigação acessória descumprida esteja diretamente ligada à obrigação principal, isto não significa que sejam únicas para aplicação de multa conjunta. Pelo contrário, uma subsiste sem a outra e mesmo não havendo crédito a ser lançado, é obrigatória a lavratura de auto de infração se houve o descumprimento de obrigação acessória. As condutas são tipificadas em lei, com penalidades específicas e aplicação isolada.

O art. 44 da Lei n.º 9.430/96, traz que a multa de ofício de 75% incidirá sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento, de falta de declaração e nos de declaração inexata. Portanto, está claro que as três condutas não precisam ocorrer simultaneamente para ser aplicada a multa:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

(...)

Quando o contribuinte tiver recolhido os valores devidos antes da ação fiscal, não será aplicada a multa de 75% prevista no art. 44 da Lei n.º 9.430; porém, se apesar do pagamento não tiver declarado em GFIP, é possível a aplicação da multa isolada do art. 32-A da Lei n.º 8.212, justamente por se tratar de condutas distintas.

Se o contribuinte tiver declarado em GFIP não se aplica a multa do art. 44 da Lei n.º 9.430, sendo aplicável somente a multa moratória do art. 61 da Lei n.º 9430, pois os débitos já estão confessados e devidamente constituídos, sendo prescindível o lançamento.

A multa do art. 44 da Lei n.º 9.430 somente se aplica nos lançamentos de ofício. Desse modo, se o contribuinte tiver declarado em GFIP, mas não tiver pago, o art. 44 da Lei 9.430 não é aplicado pelo motivo de o contribuinte não ter recolhido, mas ter declarado. Neste caso, não se aplica o art. 44 em função de não haver lançamento de ofício, pois o crédito já está constituído pelo termo de confissão que é a GFIP. E nas hipóteses em que o contribuinte não tiver recolhido e não tiver declarado em GFIP, há duas condutas distintas: por não recolher o tributo e ser realizado o lançamento de ofício, aplica-se a multa de 75%; e por não ter declarado em GFIP a multa prevista no art. 32-A da Lei n.º 8.212. Conforme já foi dito, a multa será aplicada ainda que o contribuinte tenha pago as contribuições, conforme previsto no inciso I do art. 32 A.

Pelo exposto, é de fácil constatação que as condutas de não recolher ou pagar o tributo e não declarar em GFIP não estão tipificadas no mesmo artigo de lei, no caso o art. 44

da Lei nº 9.430/96. A lei ao tipificar essas infrações, inclusive em dispositivos distintos, demonstra estar tratando de obrigações, infrações e penalidades tributárias distintas, que não se confundem e tampouco são excludentes.

Portanto, no exame do caso em questão é de se ver que a aplicação do artigo 35 da Lei n.º 8.212/91, na redação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores até a competência 11/2008, traz percentuais variáveis, de acordo com a fase processual em que se encontra o processo de constituição do crédito tributário e mostra mais benéfico ao contribuinte, uma vez em que se aplicando a redação dada pela Lei n.º 11.941/2008, mais precisamente o artigo 35 A da Lei n.º 8.212/91, o valor da multa seria mais oneroso ao contribuinte, pois deveria ser aplicado o artigo 44, I da Lei n.º 9430/96, já transcrito anteriormente.

Já, para a competência 12/2008, está correta a aplicação do artigo 35 A da Lei n.º 8.212/91, com a redação dada pela Medida Provisória n.º 449/2008, convertida na Lei n.º 11.941/2008.

Pelo exposto, voto pelo provimento parcial do recurso voluntário, para que a multa do **AIOP 37.375.451-5**, seja aplicada observando as disposições do artigo 35, II, da Lei n.º 8.212/91, na redação vigente à época dos fatos geradores para as competências até 11/2008, inclusive.

Liege Lacroix Thomasi - Relatora