



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

Processo nº 11020.001879/2010-75
Recurso nº 999.999 Voluntário
Resolução nº **2403-000.144 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Data 14 de maio de 2013
Assunto CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente ÍCARO ARTEFARTOS DE METAIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

RESOLVEM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, **em converter o processo em diligência**. Acompanhou o julgamento o Dr. Cristiano Coelho Borneo -OAB/RS nº 57.093.

CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Jhonatas Ribeiro da Silva, Maria Anselma Coscrato dos Santos e Marcelo Freitas. Souza Costa. Ausente justificadamente o Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, apresentado contra Acórdão nº 09-33.871 - 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Juiz de Fora - MG, que julgou procedente em parte o lançamento, oriundo de descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 01, Auto de Infração – AI nº 37.277.849-6, no montante original de R\$ 165.367,83.

Conforme o Relatório Fiscal:

3.1. Este relatório é integrante do Auto de Infração das contribuições destinadas à Seguridade Social, a cargo da empresa, incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados empregados e contribuintes individuais a seu serviço, bem como das contribuições para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho.

6 - DOS FATOS GERADORES 6.1. Constituem fatos geradores das contribuições lançadas as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados, assim como as remunerações pagas ou creditadas aos segurados contribuintes individuais a serviço do sujeito passivo.

7 - DA EXCLUSÃO DO SIMPLES 7.1. Tendo por objeto social a indústria, o comércio, a importação e a exportação de relógios, cronômetros, ótica em geral, jóias, bijuterias e assemelhados, em 16 de setembro de 2002 o sujeito passivo requereu adesão ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES retroativamente ao início de suas atividades, em 1º de junho de 2001.

7.2. A análise do pedido, consubstanciado no processo administrativo nº 13018.000174/2002-03, motivou a realização de diligência fiscal, a qual concluiu pela constituição da pessoa jurídica ora autuada por interposta pessoa e, via de consequência, pela anulação de ofício de sua inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, em razão do que expedido o Ato Declaratório Executivo DRF/CXL nº 25, de 27 de maio de 2003, que anulou a referida inscrição, e indeferido, por despacho decisório de 20 de novembro de 2003, o pedido de inclusão retroativa no SIMPLES.

7.2.1 A então requerente insurgiu-se contra o ato administrativo através do Mandado de Segurança nº 2003.71.07.008183-3, em trâmite junto à Vara Federal de Execuções Fiscais de Caxias do Sul, nos autos do qual deferida liminar para suspender o ADE DRF/CXL nº 25, de 2003, até o julgamento do mérito. Em razão da decisão judicial, foi

emitido o ADE DRF/CXL nº 32, de 04 de agosto de 2003, suspendendo os efeitos do Ato Declaratório Executivo que anulara, de ofício, sua inscrição no CNPJ.

7.2.2 Uma vez denegada a segurança, e como a decisão não enfrentasse o mérito da questão inerente à desconsideração dos atos constitutivos da empresa, restringindo-se à alegada violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como à alegada inaplicabilidade do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional - CTN, foi restabelecida a anulação do CNPJ, emitindo-se o ADE DRF/CXL nº 10, de 12 de março de 2004. Negado provimento à apelação, assim como aos embargos de declaração, a ora autuada interpôs recurso especial, o qual, após ter sido admitido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, deverá ser remetido ao Superior Tribunal de Justiça, conforme consulta processual ao portal daquele órgão na Internet.

7.2.3. *Outro Mandado de Segurança, tombado sob o nº 2004.71.07.001417-4, ajuizado perante a Vara Federal de Execuções Fiscais de Caxias do Sul, foi distribuído por dependência à ação mandamental nº 2003.71.07.008183-3, tendo sido extinto sem julgamento de mérito.*

7.2.4. Irresignada, a ora autuada ajuizou então a Ação Ordinária nº 2004.71.04.003653-2, junto à 2ª Vara Federal de Passo Fundo. Concedida parcialmente antecipação de tutela para determinar o imediato restabelecimento do CNPJ e a reintegração da empresa no SIMPLES. Proferida sentença ratificando a liminar que determinara a reativação do CNPJ e a reinserção da empresa no SIMPLES e julgando procedentes os pedidos para declarar a regularidade do ato de constituição, decretar a nulidade do cancelamento do CNPJ e reconhecer o direito da empresa a permanecer no SIMPLES. Depois de negado provimento à apelação da União, restou inadmitido o recurso especial interposto, tendo a União agravado a referida decisão (AI nº 0017341-41.2010.404.0000), também como demonstra consulta processual ao sítio da Justiça Federal da 4ª Região.

7.3. À parte a discussão judicial, que, por ora, garante sua inscrição no CNPJ e permanência no SIMPLES, em 2009 a empresa foi submetida à ação fiscal determinada pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 10.1.06.00-2009-00312-9, de que resultaram os processos nº 11020.003765/2009-26 e 11020.003766/2009-71, relativos, o primeiro, a Autos de Infração de Imposto de Renda sobre o Lucro Arbitrado - IRPJ, de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, de contribuição para o Programa de Integração Social - PIS e de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, bem como à sua exclusão do SIMPLES e, o segundo, a Auto de Infração de Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI.

7.3.1. Diante da constatação da emissão de notas fiscais com valores abaixo do efetivamente negociado e da não escrituração da real movimentação bancária, o que caracterizaria prática reiterada de infração à legislação tributária - notadamente o art. 14, inciso V, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte e

instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, assim como o art. 195, inciso V, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 - , a ora autuada foi excluída da sistemática simplificada de pagamento dos tributos e contribuições de que trata o art. 3º da já citada Lei nº 9.317, de 1996, tendo a exclusão, com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 2004, sido formalizada através do Ato Declaratório Executivo DRF/CXL nº 95, de 30 de novembro de 2009.

7.3.2. Como resultassem improficuas as tentativas de intimação por meio pessoal ou por via postal, a ciência dos Autos de Infração e do Ato Declaratório Executivo se deu por edital, conforme art. 23, § 1º, inciso II, e § 2º, inciso IV, do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que rege o processo administrativo fiscal. Os Editais ARF/Guaporé nº 004/MPF 10.1.06.00-2009-00312-9, correspondente ao Auto de Infração de IPI, e nº 005/MPF 10.01.06.00-2009-00312-9, correspondente aos Autos de Infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, bem como ao ADE que excluiu a empresa da sistemática simplificada prevista na Lei nº 9.317, de 1996, foram publicados na Agência da Receita Federal do Brasil em Guaporé, onde permaneceram afixados de 15 a 30 de dezembro de 2009.

7.3.3. Não obstante a ciência se considerasse ocorrida quinze dias após a publicação do Edital, sendo contado dali o prazo de trinta dias para apresentação de manifestação de inconformidade da declaração de exclusão, ainda em 05 de janeiro de 2010 a ora autuada veio a impugnar os Autos de Infração e o Ato Declaratório Executivo já mencionados, tendo as referidas impugnações sido encaminhadas à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Porto Alegre, onde aguardam apreciação.

8 - DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS EM RAZÃO DA EXCLUSÃO DO SIMPLES
8.1. Em que pese ainda não ter se tornado definitiva, a exclusão da empresa do regime simplificado faz restabelecer a exigibilidade dos impostos e contribuições antes nele abrangidos, notadamente as contribuições patronais previdenciárias, como se vê dos arts. 3º e 16 da Lei nº 9.317, de 1996, (...)

8.2. As contribuições para a Seguridade Social, a cargo da ora autuada, devidas em razão de sua exclusão do SIMPLES, e não recolhidas, são aquelas previstas no art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, que instituiu o Plano de Custeio, 8.3. No que diz respeito à contribuição destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão dos riscos ambientais do trabalho, contemplada no inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, à atividade preponderante é dado, até maio de 2007, enquadramento conforme CNAE, e grau de risco conforme Anexo V do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999; a partir de junho de 2007, o enquadramento passa a ser dado conforme CNAE 2.0, e, o grau de risco, conforme redação dada ao Anexo V do RPS pelo Decreto nº 6.042, de 12 de janeiro de 2007.

8.3.1. Nesse sentido, a atividade preponderante desenvolvida pela ora autuada enquadra-se, de janeiro de 2005 a maio de 2007, no código 36.91-9 da CNAE, lapidação de pedras preciosas e semipreciosas,

fabricação de artefatos de ourivesaria e joalheria - e, de junho de 2007 em diante, no código 3211- 6/02 da CNAE 2.0 - fabricação de artefatos de joalheria e ourivesaria - , sendo que, ao primeiro enquadramento, corresponde grau de risco máximo, com contribuição calculada à razão de 3%, e, ao segundo, grau de risco mínimo, com contribuição calculada à razão de 1% da remuneração paga, devida ou creditada a segurados empregados e trabalhadores avulsos a serviço da empresa.

8.4. Além de incluir no pagamento mensal unificado as contribuições patronais previdenciárias, o SIMPLES dispensava microempresas e empresas de pequeno porte do pagamento das demais contribuições instituídas pela União, assim consideradas aquelas destinadas a entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical e demais entidades de serviço social autônomo. Com a exclusão da empresa do regime simplificado, restabelecem-se igualmente as contribuições destinadas a tais entidades e fundos, as quais, contudo, são objeto do Auto de Infração DEBCAD nº 37.277.850-0.

10 - DOS LEVANTAMENTOS 10.3. Levantamento FP - Folha de Pagamento Empregados 10.3.1. Em razão da exclusão da empresa do SIMPLES, este levantamento engloba as contribuições destinadas à Seguridade Social, a cargo da empresa, relativamente às competências 01/2005 a 06/2007, incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados empregados, bem como as contribuições para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho 10.4. Levantamento FC - Folha de Pagamento Contribuintes Individuais 10.4.1. Em razão da exclusão da empresa do SIMPLES, este levantamento engloba as contribuições destinadas à Seguridade Social, a cargo da empresa, relativamente às competências 01/2005 a 06/2007, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada a título de pro labore aos sócios-administradores, contribuintes individuais que são.

10.5. Levantamento CV - Comissões sobre Vendas 10.5.1. Este levantamento engloba as contribuições destinadas à Seguridade Social, a cargo da empresa, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada a contribuintes individuais, a título de comissões sobre vendas, no período de 01/2005 a 06/2007.

11. As alíquotas aplicáveis ao cálculo das contribuições incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada pela ora autuada aos segurados empregados a seu serviço, destinadas à Seguridade Social, são as seguintes:

- 20% - Previdência Social;*
- 3%, até 05/2007, e 1%, a partir de 06/2007 - financiamento dos benefícios de aposentadoria especial e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (RAT).*

13 - DA MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES RELACIONADAS À GFIP 13.1. No que diz respeito às contribuições previdenciárias e àquelas destinadas a outras entidades e fundos, a MP

nº 449, de 2008, depois convertida na Lei nº 11.941, de 2009, acrescentou à Lei nº 8.212, de 1991, o art. 35-A, alterando a fundamentação legal da multa em lançamento de ofício, a qual passou a ser regida pelo art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. A multa prevista no inciso I do referido dispositivo corresponde a 75% do tributo devido e visa a penalizar, de forma conjunta, tanto o não pagamento quanto a inexactidão da declaração apresentada.

13.1.1. Dessa forma, para fatos geradores ocorridos até a publicação da citada Medida Provisória, ou seja, até 11/2008, a aplicação da penalidade mais benéfica, em observância ao princípio da retroatividade benigna, insculpido no art. 106, inciso I I, alínea V, do Código Tributário Nacional, deve levar em consideração a comparação entre a multa de mora do art. 35, inciso II (24% das contribuições previdenciárias em atraso), MAIS a multa pela omissão de fatos geradores em GFIP, prevista no § 5º do art. 32 (100% das contribuições previdenciárias devidas e não declaradas, limitada ao valor equivalente a um multiplicador sobre o valor mínimo da penalidade pecuniária aplicável ao descumprimento de obrigação acessória para a qual não haja penalidade expressamente cominada, em função do número de segurados a serviço da empresa, por competência, correspondente ao Código de Fundamento Legal-CFL 68), ou a multa pela não apresentação da GFIP, prevista nos §§ 4º e 7º do art. 32 (multa variável equivalente a um multiplicador sobre o mesmo valor mínimo, também limitada em função do número de segurados, acrescida de 5% por mês-calendário ou fração, a partir do mês subsequente àquele em que o documento deveria ter sido entregue, por competência, correspondente ao Código de Fundamento Legal-CFL 67), todos da Lei nº 8.212, de 1991, E a multa de ofício do art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996 (7 5% do tributo devido).

13.1.2. Para essas mesmas competências, se o descumprimento da obrigação acessória - não apresentação da GFIP ou apresentação com omissões ou incorreções - só se consubstanciar na vigência da lei nova, não haverá que falar em qualquer comparação, cabendo apenas a cobrança da multa de mora, de 24% das contribuições previdenciárias em atraso, além da imposição das penalidades agora previstas no art. 32-A, incisos I e II, da Lei nº 8.212, de 1991 (de R\$ 20,00 para cada grupo de até dez informações incorretas ou omitidas, e de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, no caso de falta de entrega da declaração ou de entrega após o prazo, limitada a 20%, observados, em qualquer caso, os limites mínimos por competência a que se refere o § 3º do mesmo dispositivo, de R\$ 200,00 para omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores, e de R\$ 500,00 para os demais casos), acrescentado pela Medida Provisória em tela, convertida na Lei nº 11.941, de 2009.

13.1.3. De outra banda, para fatos geradores ocorridos após a publicação da MP nº 449, ou seja, a partir de 12/2008, tampouco haverá que falar em comparação, cabendo apenas o lançamento de ofício, a que corresponde multa de 75% do tributo devido, aplicável ao descumpr/mento tanto da obrigação principal quanto da obrigação acessória. E em havendo recolhimento sem declaração correspondente,

serão aplicadas tão-somente as penalidades a que se refere o art. 32-A da Lei nº 8.212, de 1991, explicitados no subitem anterior.

Conforme observa o relatório da decisão de primeira instância, foi juntado, às fls 86, o Ato Declaratório Executivo DRF/CXL nº 95, de 30 de novembro de 2009, que declarou a empresa excluída do SIMPLES:

"em virtude da constatação da emissão de notas fiscais com valores abaixo do efetivamente negociado e a não escrituração da sua real movimentação bancária, o que caracteriza prática reiterada de infração à legislação tributária a que se refere o inciso V, do art. 14º, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, e inciso V, do art. 195 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999."

O período do débito, conforme o Anexo do Relatório Fiscal é de 01/2005 a 06/2007.

A Recorrente teve ciência do AIOP em 07.2010, conforme fls. 01.

A Recorrente apresentou Impugnação tempestiva, conforme o Relatório da decisão de primeira instância:

Salienta que o presente AI decorre do procedimento fiscal nº 10.1.06.00-2009-00312-9, quando a fiscalização lavrou os Autos de Infração nº 11020.003766/2009-71 e 11020.003765/2009-26 para fins de lançamento tributário de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS, exclusão do SIMPLES e IPI, tudo em decorrência de suposto subfaturamento realizado pela contribuinte, razão pela qual pleiteia a suspensão do presente processo administrativo até decisão definitiva nos AI mencionados.

Preliminarmente, alega nulidade do AI por afronta ao art. 151, III, do CTN, tendo em vista o ato de exclusão do SIMPLES estar pendente de decisão administrativa, havendo, do contrário, ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Cita decisões judiciais.

Alternativamente, pleiteia a análise do mérito, impugnado abaixo, somente após o julgamento definitivo dos autos mencionados, no caso de sua procedência.

Inicialmente, alega ilegalidade e inexigibilidade da contribuição previdenciária patronal sobre as verbas relativas ao terço constitucional de férias, ao aviso prévio indenizado e sobre os valores pagos aos trabalhadores afastados de suas atividades nos primeiro quinze dias do auxílio-doença. Cita decisões judiciais.

Em relação ao terço de férias, alega sua natureza indenizatória e cita o inciso IV do § 9º do art. 214 do RPS, segundo o qual não integram o salário de contribuição as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional.

Em relação ao aviso prévio indenizado, alega também sua natureza indenizatória, pelo que vislumbra a ilegalidade da cobrança da contribuição previdenciária.

Entende que o pagamento relativo aos primeiros quinze dias de afastamento do empregado não constitui verba remuneratória, estando, por essa razão, fora do campo de incidência da contribuição previdenciária.

Alega, em seguida, a inexigibilidade da contribuição destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão dos riscos ambientais do trabalho, prevista no inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991.

Nesse sentido, alega ilegalidade e inconstitucionalidade da referida cobrança, nascida a partir de parâmetros quantitativos e qualitativos estabelecidos discricionariamente por ato da administração e não pela lei, constituindo afronta aos princípios da segurança jurídica, da legalidade e da tipicidade cerrada.

Afirma a inconstitucionalidade dos Decretos nº 83.081, de 1979; 612, de 1992; 2.173, de 1997; e 3.048, de 1999, por afronta ao princípio da legalidade, não sendo possível ao Fisco lidimamente exigir as contribuições de SAT e respectivo adicional, até que lei ordinária venha a definir o conceito de atividade preponderante e os conceitos de risco leve, médio e grave.

Alega, alternativamente, a inexigibilidade do SAT em percentual superior à alíquota mínima de 1% sobre a remuneração dos trabalhadores empregados, enquanto lídima legislação não regule a matéria.

Em seguida, argui inexigibilidade do SAT sob a atividade da empresa como um todo, desconsiderando as particularidades do ambiente laborativo e o efetivo bem segurado. Cita decisões judiciais e afirma haver ofensa ao disposto no § 5º do art. 195 da Constituição Federal de 1988 e do princípio da moralidade pública, pois se estaria favorecendo o locupletamento do ente fiscal.

Continuando, alega inconstitucionalidade da Lei nº 9.732, de 1998, e do Decreto nº 3.048, de 1999, os quais seriam instrumentos regulamentares impróprios para instituir a Contribuição Adicional ao Seguro de Acidentes do Trabalho - Adicional ao SAT, o que se traduz em afronta ao princípio da legalidade e inobservância do art. 195, § 5º da Constituição Federal.

Considera confiscatório o percentual da penalidade aplicada, que caracteriza ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Diz serem os valores exigidos ilegais e inconstitucionais, nulificando o Al impugnado, em virtude do excesso de exação nele contido. Cita doutrina.

Diz ser inaplicável aos supostos débitos, como juros de mora, a taxa SELIC, em razão da limitação destes juros dada pelo CTN. Cita doutrina e decisões judiciais.

Ao fim, requer a suspensão da apreciação do presente AI até decisão definitiva nos AI 11020.003766/2009-71 e 11020.003765/2009-26, nos termos do art. 151, III, do CTN ou, alternativamente, caso julgados

definitivamente os referidos AI, seja desconstituído o presente, pelo acima exposto.

A Recorrida analisou a autuação e a impugnação, julgando procedente em parte em parte a autuação, conforme Ementa do **Acórdão nº 09-33.871 - 5ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Juiz de Fora - MG, a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/01/2005 a 30/06/2007 CONTRIBUIÇÕES A CARGO DA EMPRESA INCIDENTES SOBRE A REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS.

A empresa deve recolher as contribuições previdenciárias a seu cargo, incidentes sobre a remuneração de segurados empregados e contribuintes individuais.

ILEGALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO APRECIAÇÃO.

Não cabe apreciação, pela instância administrativa, de alegações de ilegalidade e ou inconstitucionalidade de leis e atos normativos em vigor, a qual incumbe ao Poder Judiciário.

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA.

Para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, tendo havido pagamento antecipado, o prazo decadencial é contado a partir da ocorrência do lato gerador.

Impugnação Procedente em Parte

Credito Tributário Mantido em Parte

Ainda, a decisão de primeira instância manteve o crédito tributário em parte ao aplicar a decadência parcial até a competência 06/2005, com base no art. 150, § 4º, CTN:

*Em consonância com o entendimento acima expresso, aplicando o art. 150. §4º do CTN. considera-se decaído o direito de lançar o crédito previdenciário nas competências 01/2005 e 06/2005, passando o valor total originário do crédito tributário de **RS 73.395,53** para **RS 58.772,35**,*

Inconformada com a decisão da recorrida, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, onde combate a decisão de primeira instância reitera os argumentos deduzidos em sede de Impugnação.

Em julgamento nesta Colenda Turma, sendo relator o Ilustre Conselheiro Cid Marconi, converteu-se o processo em Diligência, nos seguintes termos:

Considerando que a grande celeuma do caso em tela refere-se ao fato da auditoria ter lavrado auto de infração cujo objeto é a cobrança de valores referentes às contribuições patronais e as relativas ao SAT decorrente da exclusão da empresa do SIMPLES (período 01/2005 a 06/2007), por ter sido constatada a emissão de nota fiscal com o valor

abaixo do negociado na realidade acompanhada da falta de escrituração na real movimentação bancária, configurando-se como prática reiterada de infração à legislação tributária. Considerando que o ato que determinou a exclusão do SIMPLES deve possuir caráter definitivo.

Considerando que de acordo com as informações trazidas aos autos, o ADE nº 95 de 30/11/2009, que excluiu a recorrente do regime simplificado de arrecadação, provocou a insatisfação do contribuinte mediante impugnação e o conseqüente início de um processo administrativo tributário (13018.000174/200203).

Entendo, portanto, que seja imprescindível verificar se a empresa estar definitivamente excluída do regime simplificado de tributação, o que só pode ser confirmado com a decisão de última instância do referido processo.

Nesse processo, segundo os autos e conforme informações obtidas do sítio do Ministério da Fazenda de consulta processual <comprot.fazenda.gov.br>, só houve o julgamento por parte da DRJ, ou seja, não há como saber se uma das turmas da 1ª Seção de Julgamento do CARF, competentes para apreciar situações que envolvam a inclusão/exclusão da empresa do SIMPLES, já se pronunciou acerca da matéria.

Além disso, há dois processos em discussão neste Contencioso cuja autuação é decorrente também da exclusão da empresa do SIMPLES, os processos 11020.003766/200971 e 11020.003765/200926.

O primeiro encontra-se ainda para ser julgado pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento, já o segundo, foi julgado pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, tendo ficado decidido que o lançamento deverá ser mantido.

Assim, para que haja um julgamento mais acertado, torna-se imprescindível saber a situação da recorrente perante o regime simplificado de tributação, o que só será possível com a realização de diligência que tenha como objetivo verificar a atual posição do processo 13018.000174/200203, inclusive se o mesmo já foi apreciado pelo CARF, pois é este o processo que visa ratificar ou anular o Ato Declaratório Executivo 95, de 30 de novembro de 2011.

Posteriormente, houve a Informação Fiscal emitida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Caxias do Sul / RS:

1) que, em **16/09/02**, ÍCARO ARTEFATOS DE METAIS LTDA. protocolizou, sob processo nº 13016.000174/2002-03, pedido de adesão ao SIMPLES FEDERAL, retroativamente a 05/06/01 (data de inscrição no CNPJ);

2) que, em **06/06/03**, em vez de cientificada do indeferimento desse pedido de adesão ao SIMPLES FEDERAL, a denominada pessoa jurídica foi cientificada do ADE DRF/CXL nº 25, de 27/05/03 (DOU de 29/05/03), com base no qual fora determinada a baixa (cancelamento) de sua inscrição no CNPJ, por inexistência de fato;

3) que, em **13/06/03**, ÍCARO ARTEFATOS DE METAIS LTDA. impetrou mandado de segurança, sob processo nº 2003.71.07.008183-3, pedindo a nulidade do ADE DRF/CXL nº 25, de 27/05/03;

4) que a decisão judicial definitiva, não concessiva da segurança pleiteada, relativamente ao referido mandado de segurança, ocorreu no julgamento do recurso especial - RESP nº 1.214.382;

5) que, em 12/04/04, a mencionada pessoa jurídica protocolizou ação de rito ordinário, sob nº 2004.71.04.003653-2, pedindo a nulidade do ADE DRF/CXL nº 25, de 27/05/03, e sua adesão ao SIMPLES FEDERAL, retroativamente a 05/06/01;

6) que a decisão judicial nessa ação ordinária ajuizada no ano de 2004, embora não definitiva, visto que, sob recurso especial - RESP nº 1.277.129, foi no sentido de nulificar o ADE DRF/CXL nº 25, de 27/05/03, e de inclusão da ÍCARO ARTEFATOS DE METAIS LTDA. no SIMPLES FEDERAL, retroativamente a 05/06/01; e,

7) que há decisão judicial em execução provisória de sentença contra a Fazenda Nacional no sentido do restabelecimento da inscrição da pessoa jurídica no CNPJ.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão.

É o Relatório.

VOTO

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O Recurso Voluntário foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 501.

Avaliados os pressupostos, passo para o exame das Questões Preliminares.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES.

Trata-se de Recurso Voluntário, apresentado contra Acórdão nº 09-33.871 - 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Juiz de Fora - MG, que julgou procedente em parte o lançamento, oriundo de descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 01, Auto de Infração – AI nº 37.277.849-6, no montante original de R\$ 165.367,83.

Conforme o Relatório Fiscal, os processos de exclusão do SIMPLES se referem ao **processo nº 13018.000174/2002-03** e ao **processo nº 11020.003765/2009-26**:

7.1. Tendo por objeto social a indústria, o comércio, a importação e a exportação de relógios, cronômetros, ótica em geral, jóias, bijuterias e assemelhados, em 16 de setembro de 2002 o sujeito passivo requereu adesão ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES retroativamente ao início de suas atividades, em 1º de junho de 2001.

7.2. A análise do pedido, consubstanciado no processo administrativo nº 13018.000174/2002-03, motivou a realização de diligência fiscal, a qual concluiu pela constituição da pessoa jurídica ora autuada por interposta pessoa e, via de consequência, pela anulação de ofício de sua inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, em razão do que expedido o Ato Declaratório Executivo DRF/CXL nº 25, de 27 de maio de 2003, que anulou a referida inscrição, e indeferido, por despacho decisório de 20 de novembro de 2003, o pedido de inclusão retroativa no SIMPLES.

7.3. À parte a discussão judicial, que, por ora, garante sua inscrição no CNPJ e permanência no SIMPLES, em 2009 a empresa foi submetida à ação fiscal determinada pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 10.1.06.00-2009-00312-9, de que resultaram os processos nº 11020.003765/2009-26 e 11020.003766/2009-71, relativos, o primeiro,

a Autos de Infração de Imposto de Renda sobre o Lucro Arbitrado - IRPJ, de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, de contribuição para o Programa de Integração Social - PIS e de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, **bem como à sua exclusão do SIMPLES** e, o segundo, a Auto de Infração de Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI.

A Diligência Fiscal requerida por esta Colenda Turma foi no sentido de se informar o resultado do processo de exclusão do SIMPLES, processo nº 13018.000174/200203, posto que a competência para tal julgamento é da 1ª Seção do CARF:

Considerando que a grande celeuma do caso em tela refere-se ao fato da auditoria ter lavrado auto de infração cujo objeto é a cobrança de valores referentes às contribuições patronais e as relativas ao SAT decorrente da exclusão da empresa do SIMPLES (período 01/2005 a 06/2007), por ter sido constatada a emissão de nota fiscal com o valor abaixo do negociado na realidade acompanhada da falta de escrituração na real movimentação bancária, configurando-se como prática reiterada de infração à legislação tributária Considerando que o ato que determinou a exclusão do SIMPLES deve possuir caráter definitivo.

Considerando que de acordo com as informações trazidas aos autos, o ADE nº 95 de 30/11/2009, que excluiu a recorrente do regime simplificado de arrecadação, provocou a insatisfação do contribuinte mediante impugnação e o conseqüente início de um processo administrativo tributário (13018.000174/200203).

Entendo, portanto, que seja imprescindível verificar se a empresa estar definitivamente excluída do regime simplificado de tributação, o que só pode ser confirmado com a decisão de última instância do referido processo.

Assim, para que haja um julgamento mais acertado, torna-se imprescindível saber a situação da recorrente perante o regime simplificado de tributação, o que só será possível com a realização de diligência que tenha como objetivo verificar a atual posição do processo 13018.000174/200203, inclusive se o mesmo já foi apreciado pelo CARF, pois é este o processo que visa ratificar ou anular o Ato Declaratório Executivo 95, de 30 de novembro de 2011.

A seguir, a Informação Fiscal emitida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Caxias do Sul / RS não aborda diretamente tal requerimento feito, ou seja, a de informar qual o resultado do julgamento no âmbito do CARF do processo de exclusão do SIMPLES, processo nº 13018.000174/200203.

Outrossim, A Recorrente apresentou tanto em sede de Impugnação quanto em sede de Recurso Voluntário, dentre outros argumentos, o de que os processos administrativos nº 11020.003766/2009-71 e 11020.003765/2009-26, de exclusão do SIMPLES encontram-se em fase de Recurso no âmbito do CARF.

DA NECESSIDADE DE DILIGÊNCIA FISCAL

Desta forma, considerando-se os princípios da celeridade, efetividade e segurança jurídica, surge a prejudicial de se determinar o resultado do julgamento dos processos administrativos, processo nº 13018.000174/2002-03 e ao processo nº 11020.003765/2009-26, de exclusão do SIMPLES, posto que tais processos produzem efeitos diretamente no presente processo nº 11020.001879/2010-75 veiculado pelo AIOP nº 37.277.849-6.

Anote-se ainda que a competência para o julgamento de processo de exclusão do SIMPLES é da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme se depreende do art. 2º, V, do Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARF:

Art. 2º À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

I - Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ);

II - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL);

III - Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando se tratar de antecipação do IRPJ;

IV - demais tributos e o Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando procedimentos conexos, decorrentes ou reflexos, assim compreendidos os referentes às exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ; {2}

V - exclusão, inclusão e exigência de tributos decorrentes da aplicação da legislação referente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES) e ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação (SIMPLES-Nacional);

*VI - penalidades pelo descumprimento de obrigações acessórias pelas pessoas jurídicas, relativamente aos tributos de que trata este artigo; e
VII - tributos, empréstimos compulsórios e matéria correlata não incluídos na competência julgadora das demais Seções.*

CONCLUSÃO

CONVERTER o presente processo em DILIGÊNCIA para que a Unidade da Receita Federal do Brasil de jurisdição do Recorrente informe:

(i) o resultado final dos julgamentos dos processos administrativos **nº 13018.000174/2002-03 e nº 11020.003765/2009-26**, de exclusão do SIMPLES, no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, com a conseqüente coisa julgada administrativa;

(ii) bem como, se há processo judicial na qual a Recorrente seja parte, por qualquer modalidade processual, com o mesmo objeto do presente processo administrativo-tributário.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro