



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

Processo n° 11176.000340/2007-20
Recurso n° 255.289 Voluntário
Acórdão n° 2403-00.234 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de outubro de 2010
Matéria Contribuição Social Previdenciária
Recorrente Hard Center Informatica LTDA ME
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2002 a 30/06/2005

COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
SEGUNDO O REGIME DO LUCRO PRESUMIDO - EMPRESA COM
PROCESSO DE REQUERIMENTO DE INCLUSÃO NO SIMPLES.

Pode-se afirmar seguramente que no período de 01/2002 a 13/2003 a Recorrente esteve inclusa no regime do SIMPLES, sendo, portanto, indevidas as contribuições exigidas no auto de lançamento para o referido período. Para o período de 01/2004 a 13/2004, como a empresa fez o recolhimento, pelo lucro presumido, a partir de 01/01/2004, é devida as contribuições sociais previdenciárias pelo sistema do lucro presumido.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos em dar provimento parcial ao recurso, para que se recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao Art. 35, caput, da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte. Vencidos na questão de multa de mora os conselheiros Paulo Maurício Pinheiro Monteiro e Núbia Moreira Barros Mazza.

Carlos Alberto Mess Stringari - Presidente.

Marcelo Magalhães Peixoto - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Marcelo Magalhães Peixoto, Cid Marconi Gurgel de Souza, Nubia Moreira Barros Mazza e Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro.

Relatório

Trata esta NFLD de crédito lançado pela fiscalização contra a empresa HARD .CENTER INFORMÁTICA LTDA – ME em 03/08/2005 e se refere a contribuições destinadas à Seguridade Social, correspondente à parte dos segurados empregados (diferenças em algumas competências), à contribuição da empresa, à contribuição destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, contribuição às entidades denominadas Terceiros e 1111 contribuições relativas a contribuintes individuais, perfazendo o total de R\$16.841,02 (dezesesseis mil, oitocentos e quarenta e um reais e dois centavos), consolidado em 03 de agosto de 2005.

Segundo o Relatório Fiscal da NFLD, os fatos geradores das contribuições previdenciárias lançadas nesta NFLD consiste na remuneração efetivamente paga a segurado empregado e retirada de pro-labore, discriminada em Folha e Pagamento e na Contabilidade.

A empresa, conforme consta às fls. 01, foi cientificada desta NFLD em 03 de agosto de 2005. Em 18 de agosto de 2005, fls. 76, ingressou com defesa, alegando, em síntese, o seguinte:

Que a empresa fez opção pelo Simples em 04 de maio de 2000 e que pelo Ato Declaratório Executivo DRF/MGA n.º 441623, de 07 de agosto de 2003, foi excluída do sistema por exercer atividade não permitida.

Que com base na Lei 10.964, de 28 de outubro de 2004, solicitou junto à Delegacia da Receita Federal em Maringá a revisão da exclusão do Simples.

Que em momento algum exerceu atividade com restrições, estando apta a reingressar no Sistema; portanto, não há documento ou fonte que a obrigue ao recolhimento das contribuições patronais à Previdência Social. Que se encontra regularizada através do recolhimento efetuado nas guias do Simples.

Pede o cancelamento total do débito.

A DRJ em julgamento manteve o lançamento, posto que não encontrou nos autos nenhum documento que comprovasse o deferimento do pedido de revisão da exclusão ou seu reingresso no SIMPLES, fls. 108 a 110.

Inconformada, a empresa interpôs Recurso Voluntário alegando que somente foi re-inclusa no SIMPLES retroativamente desde 04/05/2000 e somente foi intimada em 11 de dezembro de 2006 (doc. nº 27, fl. 157); que em Janeiro de 2007 foi intimada de nova exclusão do SIMPLES por ter efetuado o primeiro recolhimento do ano-calendário de 2004 com base na tributação pelo lucro presumido (doc. 28, fl. 158) retroativamente a partir de 01/01/2004 (doc. 30, fl. 160) e que ainda está pendente de apreciação seu pedido de re-inclusão no SIMPLES desde 01/01/2004 (docs. 40 a 49, fls. 170 a 179), requerendo, assim, a suspensão do feito até o julgamento de sua defesa em face da decisão que a excluiu do SIMPLES.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto

O presente Recurso Voluntário preenche todos os requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Preliminarmente, consoante entendimento do STF quanto à inconstitucionalidade da aplicação do artigo 33, § 2º do Decreto nº 70.235/72 que previa o depósito prévio de 30% (trinta por cento) para a interposição de recurso administrativo, nos termos do RE 388359 - 2007 / PE, seja a Recorrente intimada a levantar o depósito efetuado dos 30% do montante integral.

A Recorrente acosta a estes autos decisão da Delegacia da Receita Federal de Maringá que decidiu pelo deferimento do pleito da interessada, reincluindo-a no SIMPLES desde 04/05/2000 (fl. 157). Se a Recorrente está re-inclusa no SIMPLES desde a referida data, implica que efetuou o recolhimento de seus tributos nos termos da tributação do SIMPLES descrita no art. 13 da Lei Complementar 123/2006, *in verbis*:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;

II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, observado o disposto no inciso XII do § 1o deste artigo;

III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;

IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do § 1o deste artigo;

V - Contribuição para o PIS/Pasep, observado o disposto no inciso XII do § 1o deste artigo;

VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5o-C do art. 18 desta Lei Complementar;

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS. (grifos nossos)

Dessa forma, a Recorrente não poderá ser compelida a recolher contribuições previdenciárias segundo outro tipo de sistema de tributação, *in casu*, de lucro presumido.

Sendo certo que a Recorrente também trouxe aos autos cópia do Ato Declaratório nº 39 (fl. 160) que a excluiu novamente do SIMPLES retroativamente a partir de 01/01/2004, **pode-se afirmar seguramente que no período de 01/2002 a 13/2003** a Recorrente esteve inclusa no regime do SIMPLES, sendo, portanto, indevidas as contribuições exigidas no auto de lançamento para o referido período.

Para o período de **01/2004 a 13/2004**, como a empresa fez o recolhimento, embora de forma cautelar, segundo o lucro presumido, o Comunicado 037/2007 da Delegacia da Receita Federal de Maringá excluiu-a do SIMPLES a partir de 01/01/2004, é devida as contribuições sociais previdenciárias pelo sistema do lucro presumido.

Multa de mora

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal. Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. 61 da Lei 9.430/96, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso para excluir do lançamento as contribuições lançadas no período de 01/2002 a 13/2003 e para determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o determinado no Art. 35, caput, da Lei 8.212/91 na redação dada pela Lei 11.941/2009 prevalecendo o mais benéfico ao contribuinte.

É como voto.

MARCELO MAGALHÃES PEIXOTO - Relator