



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

Processo n° 13888.004921/2010-35
Recurso n° 000.000 Voluntário
Acórdão n° 2403-000.897 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de dezembro de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente DOR RIO CONFECÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2007

EXCLUSÃO DO SIMPLES. REGULARIDADE DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO. GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E AMPLA-DEFESA. INÉRCIA DA PARTE. RECOLHIMENTO COM BASE NO REGIME NORMAL DE TRIBUTAÇÃO.

A empresa excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES terá a oportunidade para defender-se desse ato de exclusão, não sendo apresentada nenhuma manifestação contrária, a empresa fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial para determinar o recálculo do valor da multa de mora, de acordo com o disciplinado no art. 35, *caput*, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009, com prevalência da mais benéfica ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Maurício na questão da multa de mora.

Carlos Alberto Mees Stringari – Presidente.

Cid Marconi Gurgel de Souza – Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro e Cid Marconi Gurgel de Souza. Ausentes os conselheiros Marthius Sávio Cavalcante Lobato (substituído pelo conselheiro Igor Araujo Souza) e Marcelo Magalhães Peixoto (substituído pelo conselheiro Jhonatas Ribeiro da Silva).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado às fls.120 a 141 contra decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Ribeirão Preto/SP que julgou PROCEDENTE o lançamento constante no Auto de Infração AI nº 37.271.224-0 no valor, consolidado em 13/10/2010, de R\$ 332.220,72 (trezentos e trinta e dois mil, duzentos e vinte reais e setenta e dois centavos).

Segundo o relatório fiscal às fls. 22 a 27, a auditoria identificou que o contribuinte deixou de recolher a contribuição incidente sobre a remuneração de seus empregados lançados em folha de pagamento destinadas a terceiros (FNDE, INCRA, SESI, SENAI, e SEBRAE) durante o período de 01/2006 a 12/2007.

A recorrente, após ser intimada a apresentar documentos fiscais, manifestou-se apresentando parte da documentação exigida e deixando de apresentar os livros contábeis, os livros fiscais e os extratos de movimentação bancária das contas correntes, poupança e aplicações financeiras.

Ainda segundo a auditoria e de acordo com as Declarações Simplificadas da Pessoa Jurídica Simples e da Declaração Anual do Simples Nacional, o contribuinte exerceu a opção pelo SIMPLES NACIONAL a partir de 01/07/2007. Entretanto, a empresa incorreu em situações que foram responsáveis por sua exclusão do regime simplificado de recolhimento, tais como deixar reiteradamente de considerar créditos bancários no cálculo de sua receita bruta durante todo o período fiscalizado e não fornecer qualquer tipo de informação sobre movimentação financeira, violando assim a legislação tributária.

Por tais motivos, foi excluída do regime simplificado de arrecadação pelos Atos Declaratórios Executivos 100 (SIMPLES) e 101 (SIMPLES NACIONAL), os quais possuíram efeitos retroativos a partir de 01/2006 com relação ao SIMPLES e 07/2007 com relação ao SIMPLES NACIONAL, sendo-lhe garantida a oportunidade de defesa em ambas as exclusões (fls.35 e 36).

A recorrente foi notificada em **20/10/2010** e apresentou sua impugnação às fls. 38 a 71 carreada de documentos, alegando em síntese que:

- *Só foi autuada por ter sido excluída de ofício do regime simplificado de recolhimento;*
- *As informações exigidas não puderam ser prestadas somente em razão do curto prazo de tempo, não tendo ainda sido respeitada a dupla visita nas fiscalizações trabalhistas e previdenciárias;*
- *Precipitadamente, sem direito de defesa, muito menos de apresentá-la, e em desrespeito aos princípios constitucionais, a empresa de ofício foi excluída do sistema Simples e Simples Nacional;*
- *O princípio da legalidade preleciona que somente haverá cobrança, instituição ou modificação de tributo quando houver a devida previsão legal;*

- Não é o contribuinte que tem de apresentar prova contra as alegações do auto, pois só lhe cabe contradizer o auto, não sendo tal ato capaz de inverter o ônus da prova;
- A sanção tributária deve ser pautada nos princípios da legalidade e razoabilidade, discorrendo acerca desses princípios;
- Deveria ter recebido um tratamento diferenciado em razão de ser empresa de pequeno porte, trazendo disposições legais e doutrinárias para fundamentar seu argumento;
- É necessária a realização de prova pericial, formulando, para isso, quesitos a serem respondidos pelo perito indicado pela própria empresa;
- A exclusão de ofício só apresenta malefícios, esses em destaque após a crise econômica de 2008, e que os débitos contraídos até novembro de 2008 podem ser parcelados em 180 vezes e os contraídos após esse período só poderão ser parcelados em 60 vezes.

Por fim, requereu que fosse julgada procedente a Impugnação, para que fosse reconhecida a improcedência do auto de infração em epígrafe, entendendo que não cabe a aplicação da multa pelo motivo de que a exclusão dos sistema Simples e Simples Nacional ainda está sendo deliberada administrativamente sem prejuízo de reversão em ulterior esfera judicial.

Postulou ainda o deferimento do pedido de prova pericial bem como o julgamento simultâneo dos autos de infração de IR/PIS/COFINS e CSLL que acompanha a peça contestatória pertinentes ao processo.

Instada a manifestar-se acerca da impugnação, a 9ª Turma da DRJ de Ribeirão Preto/SP, proferiu acórdão (nº 14-32.560) nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2007

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL. EMPRESA EXCLUIDA DO SIMPLES MEDIANTE PROCEDIMENTO FISCAL PRÓPRIO.

É devida a contribuição previdenciária da empresa excluída do Simples mediante procedimento fiscal próprio.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Presentes nos autos todos os elementos fáticos e legais que embasam a autuação, não há que se falar em nulidade em decorrência do cerceamento do direito de defesa.

PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA.

Deve ser indeferido o requerimento de produção de provas, quando presentes nos autos todos os documentos necessários ao seu correto entendimento.

*Impugnação Improcedente**Crédito Tributário Mantido.*

Irresignada com a decisão supra a recorrente **Dor Rio Confecção LTDA** interpôs recurso voluntário às fls.120 a 141, alegando inicialmente a inconstitucionalidade do depósito prévio de 30% (trinta por cento) como requisito de admissibilidade para o recurso voluntário dirigido ao CARF, ratificando as demais alegações levantadas em sede de impugnação, destacando a necessidade de ser realizada perícia, bem como a dupla visita da auditoria ao estabelecimento para depois realizar a lavratura do Auto de Infração.

Por fim, requereu o acolhimento do recurso voluntário, julgando-o procedente e entendendo pela manutenção indevida da cobrança, haja vista que os cálculos relativos à exclusão do SIMPLES ainda estão sendo deliberados administrativamente. Sucessivamente, postulou o reconhecimento da nulidade do auto de infração, por não ter a fiscalização realizado a dupla visita e o julgamento simultâneo das outras autuações que acompanham o recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza, Relator.

DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO VOLUNTÁRIO:

O recurso voluntário foi interposto tempestivamente (fls.120 a 141). Acontece que à época da discussão do crédito, exigia-se do sujeito passivo que quisesse recorrer ao Contencioso Administrativo Federal o depósito de 30% (trinta por cento) equivalente ao crédito exigido.

Desse modo, a recorrente pleiteou inicialmente o afastamento dessa exigência sob o argumento de que a mesma seria inconstitucional.

Cabe destacar que não mais se exige a comprovação do depósito recursal como requisito de admissibilidade para a discussão de matéria no âmbito administrativo, tendo sido este o entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula Vinculante nº. 21, que passa a vincular a administração pública, nos termos do art.103-A da Constituição Federal:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Impende-se ainda colacionar o teor do verbete sumular:

Súmula Vinculante 21

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Fonte de Publicação: DJe nº 210, p. 1, em 10/11/2009. DOU de 10/11/2009, p. 1.

Portanto, conheço a admissibilidade do presente recurso e passo a analisar as questões relevantes para a resolução da lide tributária.

DO MÉRITO:

I – DA EXCLUSÃO DO SIMPLES E SEUS EFEITOS:

Cabe destacar que todos os argumentos da recorrente convergem para o mesmo ponto, qual seja, discutir a validade dos Atos Declaratórios Executivos 100 e 101, os quais referem-se à exclusão da empresa do SIMPLES e do SIMPLES NACIONAL, respectivamente.

Em destaque, ressalto o argumento da recorrente quando afirma que a exclusão da pessoa jurídica do regime simplificado de recolhimento foi ato que desrespeitou os princípios da legalidade, contraditório e ampla-defesa, pois, de maneira arbitrária, o fisco não garantiu ao contribuinte a defesa para discutir a validade dos referidos Atos Declaratórios.

Todavia, não há como prosperar tais argumentos pelos motivos que abaixo passo a expor.

A recorrente, quando notificada que havia sido excluída do regime simplificado de tributação, foi informada que teria 30 (trinta) dias para apresentar defesa junto à DRJ de Ribeirão Preto/SP, caso manifestasse alguma discordância com os Atos Declaratórios Executivos, isso porque a exclusão do SIMPLES desfavorece a empresa, considerando o aumento significativo que terá em sua carga tributária ao passar a recolher os tributos sem nenhum benefício legal.

Em razão dos prejuízos que a exclusão do SIMPLES pode representar, em especial, para a empresa, é que lhe é garantida a ampla-defesa. Assim, caso haja manifestação contrária ao Ato Declaratório, a pessoa jurídica prejudicada dá início a um processo administrativo específico cujo objeto será o correto/incorreto enquadramento da empresa no regime simplificado de arrecadação.

Esse processo administrativo terá sua tramitação normal, inicia-se com a manifestação apresentada à DRJ, depois há o de 1 instância e eventual recurso, voluntário ou de ofício, apresentado a uma das turmas da 1 Seção de Julgamento do CARF, segundo previsão regimental (Anexo II da Portaria 256/2009 do Ministério da Fazenda), *in verbis*:

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. Destacou-se.

Ante o transcrito acima, percebe-se que a 1ª Seção do CARF é a competente para apreciar hipóteses de inclusão ou exclusão de empresas do SIMPLES, motivo pelo qual à turma da qual faço parte só cabe analisar a autuação contra a recorrente, mantendo ou exonerando a cobrança que lhe está sendo feita.

Ademais, diante de tudo o que foi exposto, percebe-se que a empresa, ora recorrente, não demonstrou que interpôs defesa que tivesse como objetivo discutir a validade dos Atos Declaratórios, tendo sido feita inclusive consulta junto ao sítio do Ministério da Fazenda <comprot.fazenda.gov.br>, comprovando-se que **não há nenhum processo que discuta a exclusão da empresa do regime simplificado de tributação.**

Desse modo, em face da inércia da empresa em não ter ingressado com defesa para discutir a validade do Ato Declaratório em autos próprios, considero que a autuação é devida, haja vista o recolhimento da pessoa jurídica enquadrar-se, após sua exclusão do regime simplificado de arrecadação, no regime normal, o qual, com relação às contribuições previdenciárias destinadas a terceiros (INCRA, SENAI, SEBRAE, SESI), determina a incidência deste tipo de tributo sobre a folha de salário dos segurados empregados.

Sendo assim, após ser constatada a ausência de recolhimento com relação às contribuições sociais previdenciárias destinadas às outras entidades, e, considerando que no período autuado, entre 01/2006 a 12/2007, em razão dos efeitos dos Atos Declaratórios, a empresa estava obrigada ao recolhimento sob o regime de tributação normal, entendo pela manutenção da cobrança do AI de Obrigação Principal n 37.271.224-0.

II – DA APLICAÇÃO DE MULTA MORATÓRIA E JUROS COM BASE NA TAXA SELIC:

Considerando a manutenção da cobrança, há que se destacar que esses débitos serão recolhidos com a incidência de multa e juros na forma da legislação, Lei n 8.212/91:

Lei N 8.212/91

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Sobre a aplicação deste dispositivo, o qual prevê multa de 0,33% ao dia e limitada a 20%, vale destacar que a redação acima foi dada por Lei diversa daquela vigente à época do fato gerador, motivo pelo qual será aplicada em conformidade com o art.106, II, do Código Tributário Nacional.

Ademais, com relação à incidência da taxa SELIC sobre os débitos federais, inclusive contribuições sociais, registre-se que a legislação de regência à época do fato gerador, a Lei nº 8.212/91, afastava literalmente os argumentos erguidos pela recorrente, *in verbis*::

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Restabelecido com redação alterada pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97. A atualização monetária foi extinta, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta disciplinada no art. 35 desta Lei)

Entretanto, a Lei n 11.941/2009 revogou o dispositivo acima e deu nova redação ao art.35 da Lei n 8.212/91, determinando que os débitos tributários a nível federal, teriam suas cobranças acrescidas de multa e juros na forma do art.61 da Lei n 9.430/96. Então vejamos:

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

LEI N 9.430/96

Art.61.Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a

partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Art. 5º(...)

(...)

§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

A propósito, convém ainda mencionar que o CARF aprovou Súmula nº 04, nos seguintes termos:

Súmula CARF Nº 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Portanto, a aplicação de multa moratória e juros com base na taxa SELIC sobre os débitos tributários federais é devida e tem amparo legal com fulcro no artigo 35, *caput*, da Lei nº 8.212/91.

III – DA APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA AO ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO:

Tratando-se de ato pendente de julgamento, há que se observar alguns preceitos legais do Código Tributário Nacional no que se refere à possibilidade de uma lei retroagir e alcançar fatos pretéritos, os quais ocorreram sob a égide de outra legislação.

No caso em tela, verifica-se que tanto a aplicação de multa como a incidência de taxa SELIC sobre os débitos tributários federais encontra amparo atualmente no art.35, *caput*, da Lei n 8.212/91, dispositivo este alterado pela Lei n 11.941/2009.

Deste modo, caso seja mais benéfico ao sujeito passivo, a Lei n 11.941/2009 deverá retroagir em respeito ao art.106 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

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

(...)

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:

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso voluntário para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, de modo que a cobrança seja mantida com o recálculo da multa de mora previsto no art.35, *caput*, da Lei n 8.212/91, com base na redação dada pela Lei n 11.941/2009, prevalecendo a legislação mais benéfica ao contribuinte.

É como voto.

Cid Marconi Gurgel de Souza.