



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

Processo nº 13962.000616/2008-10
Recurso nº 922.111 Voluntário
Acórdão nº 2301-002.546 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de janeiro de 2012
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente WORD BLUE INDÚSTRIA E CONFECÇÕES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Período de Apuração: 01/2003 a 05/2006

EXCLUSÃO DO SIMPLES. MATÉRIA OBJETO DE OUTRO PROCESSO ADMINISTRATIVO. MULTA DE MORA. LIMITE DE VINTE POR CENTO.

Há óbice à apreciação da matéria relativa à exclusão da empresa do SIMPLES, pois a questão já foi discutida e definitivamente decidida na esfera administrativa.

As contribuições sociais previdenciárias estão sujeitas à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso devendo observar o disposto na nova redação dada ao artigo 35, da Lei 8.212/91, combinado com o art. 61, § 2º, da Lei nº 9.430/1996.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em manter a aplicação da multa, nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro Mauro José Silva, que votou pelo afastamento integral da multa; b) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencido o Conselheiro Marcelo Oliveira, que votou em manter a multa aplicada; II) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a).

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silverio, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro José Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário interposto pelo contribuinte, Word Blue Indústria e Confecções LTDA, contra decisão que julgou válido o lançamento, mantendo o débito contra a empresa.

2. Como consta do Relatório Fiscal, constituem fatos geradores dos tributos ora lançados as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados relacionadas no levantamento FP – Folha de Pagamento; aos segurados empregadores FP1 – Folha de Pagamento Pro-labore e FP3 da autuada e declaradas em GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, no período de 01/2003 a 05/2006, cujas contribuições previdenciárias não foram recolhidas e não declaradas em GFIP em razão da opção indevida ao simples.

3. Cumpre transcrever a ementa do julgamento administrativo de origem nos seguintes termos:

“DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

Declarada a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, com a edição da Súmula Vinculante nº 8 pelo Supremo Tribunal Federal, o prazo decadencial para a constituição do crédito das contribuições previdenciárias, à falta de recolhimentos, bem como na presença de dolo, fraude ou simulação, passa a ser regido pelo art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. CONSTITUIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA POR INTERPOSTAS PESSOAS.

A evidência da interposição de pessoas no quadro societário da pessoa jurídica implica exclusão de ofício do Simples com efeitos retroativos ao mês da ocorrência, inclusive, inviabilizando a tributação dentro desta sistemática de tributação.

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE.

A declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ilegalidade de atos normativos federais é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário, motivo pelo qual descabe o julgamento destes argumentos na esfera administrativa.

MULTA. JUROS SELIC.

Contribuições previdenciárias, não recolhidas no prazo legal, ficam sujeitas à multa e aos juros equivalentes à taxa referencial do SELIC,

conforme determina a legislação em vigor.

*Impugnação Procedente em Parte
Crédito Tributário Mantido em Parte."*

4. O contribuinte, por sua vez, interpôs recurso voluntário, alegando em suma:

- a) distinção real, fática, formal e jurídica entre a recorrente e a Samborá, nos períodos de dezembro de 2003 a maio de 2006, não havendo razão para a responsabilização da recorrente com relação ao recolhimento das contribuições previdenciárias;
- b) irregularidade e ilegalidade do Ato Declaratório de exclusão do Simples;
- c) não comprovação, por meio dos indícios apontados, da inter-relação entre a recorrente e a Samborá;
- d) todas as despesas relevantes eram contabilizadas e devidamente demonstradas pela empresa;
- e) jamais houve inclusão de pessoas não sócias ou sócios ocultos no quadro societário da recorrente;
- f) excesso do valor cobrado relativamente à suposta infração cometida, sendo que a multa pecuniária aplicada foi mais alta que a efetivamente devida.

5. Sem contrarrazões, os autos foram encaminhados a este Conselho para apreciação do recurso voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1. Conheço do recurso voluntário, uma vez que atende aos pressupostos de admissibilidade.

DA EXCLUSÃO DA EMPRESA DO SIMPLES

2. As alegações trazidas pela recorrente, quanto a sua exclusão do SIMPLES, não possuem fundamento suficiente para reformar a decisão vergastada.

3. Como se depreende dos autos, restou constatada a exclusão da empresa do SIMPLES, por meio do Ato Declaratório Executivo n.º 36, de 11 de setembro de 2008, ff. 50/53, exarado no processo n.º 13962.000575/2008-61, em razão da constituição de pessoas jurídicas por interpostas pessoas (art. 14, inciso IV da Lei n.º 9.317/96 e art. 23, inciso IV da IN/SRF 608/06), consequentemente por incidir na vedação do art. 9º, inciso IX da Lei n.º 9.317/96.

4. Acrescente-se que o Ato Declaratório possui eficácia retroativa ao período de 01/01/1997 a 30/05/2006 e, corroborando tal entendimento, tem-se a seguinte jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“TRIBUTÁRIO - SIMPLES - EXCLUSÃO - EFICÁCIA RETROATIVA - MODIFICAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO - VALIDADE DO ATO. 1. A exclusão do contribuinte do SIMPLES opera-se com a notificação do contribuinte, mas este não se encontra obrigado, nem lhe assiste direito, de recolher as contribuições e impostos federais na forma deste programa após a situação fática que determinou sua exclusão. 2. É hipótese de exclusão do SIMPLES a participação com mais de 10% do capital de outra pessoa jurídica, cujos faturamentos somados ultrapassam o teto limite para participação no programa, que passa a vigorar no mês seguinte subsequente ao da ciência do óbice pelo Fisco, nos termos do art. 9º, IX c/c o art. 13, § 2º, b, da Lei 9.317/96. 3. A eficácia declaratória da exclusão não implica em modificação do critério jurídico do lançamento. 4. Recurso especial não provido. Decisão Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.” (REsp 1021095/RS, Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, 04/11/2008).”

5. Assim, como a matéria em questão já foi discutida e definitivamente decidida na esfera administrativa, há óbice à apreciação das razões que postulam o direito ao regime. Nesse sentido, tem-se o seguinte julgado:

“NORMAS PROCESSUAIS. MATÉRIA OBJETO DE OUTRO PROCESSO ADMINISTRATIVO. A matéria versando sobre objeto de litígio tratado em outro processo administrativo, no caso a exclusão do Simples, não pode ser tratada por este Colegiado, ainda mais quando foi decidida definitivamente desfavorável à recorrente. Recurso não conhecido. EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS. A exclusão do Simples, efetuada de ofício, nos casos dos incisos III a XVIII do art. 9º. da Lei nº. 9317/96, passa a surtir efeitos a partir do mês subsequente àquele em que se proceder a exclusão. FALTA DE RECOLHIMENTO. É legítima a exigência decorrente da falta ou insuficiência de recolhimento da contribuição. Recurso negado.” (Segundo Conselho de Contribuintes. 4ª Câmara. Turma Ordinária, Acórdão nº 20400867 do Processo n.º 10865000668200120, de 06/12/2005).

6. Ademais, alega, ainda, o contribuinte a inexistência de relação com a empresa Samborá Comércio e Confeções Ltda e, conseqüentemente, a indevida conclusão de que todos os segurados empregados da Samborá eram supostamente seus integrantes.

7. Entretanto, infere-se dos autos que as duas empresas funcionavam conjuntamente no mesmo local, sendo que os empregados da Samborá utilizavam-se do maquinário da Word Blue.

8. Assim, diante da verificação da situação das empresas, resta evidente que não havia independência entre ambas, tratando-se de uma única empresa, sob mesma administração.

9. Além disso, o contribuinte trouxe em seu recurso, com o intuito de afastar a exclusão do simples, as seguintes afirmações: a ilegalidade e irregularidade do Ato Declaratório n.º 36; falta de comprovação da inter-relação das empresas ora analisadas; devida contabilização das despesas relevantes e não inclusão de pessoas que não eram sócias na empresa.

10. Contudo, a Samborá utilizou-se de interpostas pessoas em seu quadro social no período de 02/12/2003 e 31/05/2006, configurando-se situação impeditiva delineada no Ato Declaratório; observa-se também que o faturamento da Samborá era insuficiente para cobrir as suas despesas com a folha de pagamento e tributação e, dessa forma, é incontroverso que as empresas tinham sede no mesmo endereço e dependiam uma da outra, havendo unicidade entre as mesmas.

11. Desta feita, são devidas as contribuições previdenciárias dos segurados empregados a que está sujeita a contribuinte excluída do SIMPLES, no período de 12/2003 a 05/2006, as quais integram o presente lançamento.

DA MULTA APLICADA

12. E no que se refere à multa aplicada, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem se sedimentando no sentido de que os juros de mora constituem matéria de ordem pública, de forma que sua aplicação, alteração de cálculo, ou modificação do termo inicial – de ofício – não configuram *reformatio in pejus* (reforma para piorar a situação de quem recorre), nem dependem de pedido das partes. (*AgRg no Ag 1.114.664-RJ, DJe 15/12/2010. EDcl nos EDcl no REsp 998.935-DF, Rel. Min. Vasco Della Giustina, Desembargador convocado do TJ-RS, julgado em 22/2/2011*).

13. Cumpre ressaltar que, em respeito ao art. 106 do CTN, inciso II, alínea “c”, deve o Fisco perscrutar, na aplicação da multa, a existência de penalidade menos gravosa ao contribuinte. No caso em apreço, esse cotejo deve ser promovido em virtude das alterações trazidas pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, que instituiu mudanças à penalidade cominada pela conduta da Recorrente à época dos fatos geradores.

14. Assim, identificando o Fisco benefício ao contribuinte na penalidade nova, essa deve retroagir em seus efeitos, conforme ocorre com a nova redação dada ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991 que assim dispõe:

“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.”

15. E o supracitado art. 61, da Lei nº 9.430/96, por sua vez, assevera que:

“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.

(...)

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

16. Confrontando a penalidade retratada na redação original do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 com a que ora dispõe o referido dispositivo legal, vê-se que a primeira permitia que a multa atingisse o patamar de cem por cento, dado o estágio da cobrança do débito, ao passo que a nova limita a multa a vinte por cento.

17. Sendo assim, diante da inafastável aplicação da alínea “c”, inciso II, art. 106, do CTN, conclui-se pela possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 61, § 2º, da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, se for mais benéfica para o contribuinte.

CONCLUSÃO

18. Ante o exposto, voto por CONHECER do recurso para, no mérito, dar-lhe PROVIMENTO PARCIAL para aplicação da multa prevista no art. 61, § 2º da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica ao contribuinte, limitando a multa a 20%, nos termos acima delineados.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator

Voto