



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

Processo nº 13971.002123/2008-13
Recurso nº 517.857 Voluntário
Acórdão nº 2402-001.908 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de agosto de 2011
Matéria TERCEIROS
Recorrente BOM SONO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1998 a 31/08/2004

REUNIÃO DE PROCESSOS PARA JULGAMENTO CONJUNTO

O parágrafo 1º do artigo 9º do Decreto nº 70.235/1972 dispõe que a Administração tem a faculdade de efetuar o lançamento num único processo de impostos, contribuições ou penalidades, desde que em face do mesmo sujeito passivo e comprovados pelos mesmos elementos de prova. O citado dispositivo não obriga a Administração a efetuar o julgamento conjunto dos recursos apresentados contra lançamentos que não foram efetuados num único processo

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE - DOLO - REGRA GERAL - INCISO I ART. 173

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

No caso de lançamento por homologação, restando caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, deixa de ser aplicado o § 4º do art. 150, para a aplicação da regra geral contida no art. 173, inciso I do CTN.

EXCLUSÃO DO SIMPLES - COMPETÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO DO CARF

Cabe à Primeira Seção do CARF analisar recurso contra ato que levou relativa à exclusão de empresa do SIMPLES, bem como a data de início de seus efeitos

SUSPENSÃO EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO - LANÇAMENTO - POSSIBILIDADE

As reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo, suspendem a exigibilidade do crédito tributário,

impedem sua cobrança mas não a sua constituição. De igual forma, a suspensão da exigibilidade do crédito não representa óbice ao andamento do contencioso administrativo fiscal.

BIS IN IDEM - NÃO OCORRÊNCIA - Não há que se falar em *bis in idem* se a empresa que efetuou os recolhimentos pela sistemática do SIMPLES e que foi posteriormente excluída do referido sistema, venha sofrer lançamento das contribuições patronais nos moldes das empresas em geral.

RELAÇÃO JURÍDICA APARENTE - DESCARACTERIZAÇÃO

Pelo Princípio da Verdade Material, se restar configurado que a relação jurídica formal apresentada não se coaduna com a relação fática verificada, subsistirá a última. De acordo com o art. 118, inciso I do Código Tributário Nacional, a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos

GRUPO ECONÔMICO DE FATO - CARACTERIZAÇÃO

Existe grupo econômico de fato quando há unicidade no comando entre empresas. Tal comando pode se dar pela existência em seus quadros societários de pessoa física ou jurídica comuns que detenham o poder de gerir as empresas

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA NO PRAZO - PRECLUSÃO - NÃO INSTAURAÇÃO DO CONTENCIOSO

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante no prazo legal. O contencioso administrativo fiscal só se instaura em relação àquilo que foi expressamente contestado na impugnação apresentada de forma tempestiva

CONTRIBUIÇÃO INCRA - - As empresas urbanas e rurais estão sujeitas à incidência da contribuição social para o INCRA

CONTRIBUIÇÃO Sesi, SENAI, SEBRAE E SALÁRIO EDUCAÇÃO - As contribuições destinadas ao Sesi, SENAI, SEBRAE e a relativa ao Salário Educação têm a cobrança amparada por dispositivos legais vigentes

INCONSTITUCIONALIDADE

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais

SIMPLES/SIMPLES NACIONAL. ENQUADRAMENTO. COMPETÊNCIA.

É competente a Primeira Seção do CARF para julgar recursos contra decisão de primeira instância que tenha decidido sobre exclusão do SIMPLES/SIMPLES NACIONAL.

SIMPLES. RECOLHIMENTOS. DEDUÇÃO. POSSIBILIDADE.

Eventuais recolhimentos na sistemática do SIMPLES/SIMPLES NACIONAL devem ser deduzidos das contribuições previdenciárias apuradas na sistemática das empresas em geral, nos percentuais destinados à

previdência social, OBSERVADA a isenção pela LC nº 123/2006 das contribuições destinadas a terceiros.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer em parte do recurso para, na parte conhecida, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, vencidos os conselheiros Ronaldo de Lima Macedo e Ana Maria Bandeira que negavam provimento.

Júlio César Vieira Gomes – Presidente e Redator Designado

Ana Maria Bandeira- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Tiago Gomes de Carvalho Pinto e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes às contribuições destinadas a terceiros (Salário-Educação, SESI, SENAI, SEBRAE e INCRA).

De acordo com o Relatório Fiscal (fls. 51/54), constituem fatos geradores das contribuições lançadas as remunerações pagas, devidas ou creditadas, aos segurados empregados relacionadas na Folha de Pagamento da autuada.

É informado que as contribuições destinadas a terceiros não foram recolhidas e não declaradas em GFIP, em virtude da empresa ter optado indevidamente pelo SIMPLES, no período de 03/06/1997 a 01/09/2004.

Em 19 de maio de 2008, foi lavrado o Ato Declaratório Executivo nº 11, com base em auditorias fiscais desenvolvidas nas empresas relacionadas ao Grupo Altenburg, do qual fazem parte a Bom Sono Ltda., a Plumi Confecções Ltda EPP e também a empresa Altenburg Indústria Têxtil Ltda, que determinou a exclusão da autuada do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES (Processo: 13971.001873/2008-60), por constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas (art. 14, inciso IV da Lei 9317/96 e art. 23, inciso IV da IN SRF 608/06) e, conseqüentemente, por incidir na vedação imposta pelo artigo 9º, inciso IX da Lei 9317/96.

Foi considerada a existência de grupo econômico de fato entre a autuada, a Plumi Confecções Ltda - PLUMI, incorporada pela Bom Sono Ltda – BOM SONO e a Altenburg Indústria Têxtil Ltda - ALTENBURG que integra o pólo passivo com base no instituto da responsabilidade solidária.

Os motivos que levaram à convicção da existência do grupo econômico de fato constam da representação elaborada pela auditoria fiscal (fls. 56/68) e são basicamente os que se seguem.

O Grupo Altenburg seria composto pelas empresa Bom Sono Ltda, Plumi Confecções e Altenburg Indústria Têxtil Ltda, cujo sócio majoritário é o Senhor Rui Altenburg.

EMPRESA BOM SONO LTDA

A BOM SONO foi criada em 22/04/1997 com a denominação social de Ursa Confecções Ltda, tinha sua sede no mesmo local funcionava também e permanece até esta data o Posto de Vendas da empresa ALTENBURG.

O objeto da sociedade era "Produção, Comercialização e Prestação de Serviços de Confecção e Fação Têxtil", seu capital social subscrito e integralizado era de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e constavam como sócias as Sras. Ursula Teske (participação de 90%) e Flávia Cristina Teske (participação de 10%).

Posteriormente, em primeira Alteração Contratual de 11/09/2002, sua sede foi alterada para o mesmo local onde funcionava também e permanece até esta data a Filial 04 da empresa ALTENBURG — CNPJ 75.293.662/0004-49.

Na 2ª Alteração Contratual datada de 11/12/2002, as sócias fundadoras retiraram-se da sociedade cedendo suas cotas para Tiago Altenburg (95% das cotas) e Danielle Altenburg (5% das cotas), filhos do Sr. Rui Altenburg.

Também foi alterada a denominação para Bom Sono Ltda, o objeto social para “ Produção, Comercialização de Mantas, Edredons, Acolchoados, Colchas, Travesseiros e Demais Produtos de Cama, Mesa, Banho e Decoração e Prestação de Serviço de Confecção e Facção Têxtil.

Na 4ª Alteração Contratual, ingressou na sociedade a empresa Altenburg Participações Ltda com significativo aumento do capital social e com a nomeação no cargo de Diretor Presidente do Sr. Rui Altenburg.

Em 30/11/2004, por meio da 5ª Alteração Contratual ingressam na sociedade Irene Reuter Altenburg e Gabriel Altenburg. Também foi aprovada a incorporação da empresa Plumi Confecções Ltda somando-se ao valor de seu capital R\$ 11.000,00. Na mesma data foi assinada a 6ª Alteração Contratual com cisão parcial do patrimônio da Bom Sono Ltda com absorção da parcela cindida no valor de R\$ 66.015.180,00 pela empresa Altenburg, ficando o capital social reduzido para R\$ 21.000,00.

EMPRESA PLUMI CONFECÇÕES LTDA

A PLUMI CONFECÇÕES LTDA foi criada em 31/08/2000 sendo sua sede na Rodovia BR 470, KM 63, nº 8484 — Sala 01. o objeto da sociedade era "Produção, Comercialização e Prestação de Serviços de Confecção e Facção Têxtil" e seu capital social subscrito e integralizado era de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Constavam como sócias as Sras. Danielle Altenburg (participação de 5%) e Irene Reuter Altenburg (participação de 95%) — filha e esposa, respectivamente do Sr. Rui Altenburg.

Na Primeira Alteração Contratual, sua sede foi alterada para o mesmo local onde funcionava também e permanece até esta data a Filial 04 da empresa ALTENBURG — CNPJ 75.293.662/0004-49 e a empresa BOM SONO.

Na 3ª Alteração Contratual datada de 30/11/2004, as sócias decidiram pela extinção da sociedade com sua incorporação pela empresa Bom Sono Ltda.

A auditoria fiscal ressalta a evolução no faturamento e no valor da folha de pagamento das empresas BOM SONO e PLUMI, optantes pelo SIMPLES, ocorrida no período, uma vez que houve incremento no número de empregados.

Também foi constatado que todo o faturamento das empresas se originou dos serviços de facção, cujo único cliente foi a empresa Altenburg Industrial Ltda.

Embora sua atividade fosse de prestação de serviços facção para indústria têxtil, as empresas BOM SONO e PLUMI não possuíram, pelo menos até 31/12/2004, qualquer bem lançado em seu ativo imobilizado (como imóveis, máquinas e equipamentos). Sobre este particular alegou que possui contrato de comodato onde são cedidas as máquinas e equipamentos por seu único cliente.

Além disso, dentro dos livros contábeis apresentados não foram constatados, em alguns exercícios lançamentos de custos e despesas necessários ao desenvolvimento de suas atividades como, por exemplo, energia elétrica, água e esgoto, telefone, material de limpeza.

A grande parte das despesas contabilizadas está relacionada à folha de pagamento e seus encargos.

Foi verificado através das suas folhas de pagamento e contabilidade que os sócios das empresas BOM SONO e PLUMI em momento algum efetuaram retirada a título de pró-labore, sendo que a sócia fundadora da empresa BOM SONO, Flávia Teske, era também funcionária desta, tendo assim permanecido mesmo após sua retirada da sociedade.

O gerenciamento de pessoal das sociedades sempre foi exercido pela empresa ALTENBURG, inclusive sendo esta, por intermédio de seus empregados, quem fazia o processamento da folha de pagamento, contratação de empregados e rescisão de contrato de trabalho das empresas BOM SONO e PLUMI.

De igual modo, suas escritas contábeis sempre foram efetuadas pelo contador da ALTENBURG, Sr. Marcos Aurélio Gabriel, este tendo assinado como contador responsável em todo período. Além disso, na análise dos documentos comprobatórios dos lançamentos contábeis das representadas foram encontradas provas de que a gestão administrativo/financeira destas empresas era igualmente exercida por empregados da ALTENBURG, conforme cópias de documentos juntadas fartamente para tal comprovação.

Outra prática realizada pela empresa que confirma a unicidade de seus comandos é que no período de 08/2000 até 11/2001 os pagamentos das obrigações da URSA CONFECÇÕES LTDA eram efetuados diretamente a crédito da conta de "Duplicatas a Receber" e não em conta "Caixa" ou "Bancos". Na conta "Duplicatas a Receber" apenas eram lançados valores a receber da ALTENBURG INDÚSTRIA TÊXTIL LTDA.

Da análise dos documentos de folha de pagamento e escrita contábil ficou evidenciada uma mesma política salarial e de concessão de benefícios entre as empresas BOM SONO, PLUMI e ALTENBURG.

Esta afirmação é corroborada, por exemplo, pelo fato de que o início do pagamento do Programa de Participação nos Resultados aconteceu no mesmo período para todas as empresas.

Outro fato que inequivocamente comprova a afirmação é que os empregados da BOM SONO e PLUMI, durante um grande período, estiveram incluídos nos contratos de plano de saúde e odontológico da ALTENBURG, sendo que os valores eram descontados na folha de pagamento e repassados para a ALTENBURG INDUSTRIA TÊXTIL LTDA, conforme se verifica nos registros destes lançamentos que eram efetuados na conta contábil "2899 Reembolso Altenburg".

Alguns funcionários da BOM SONO e PLUMI faziam parte do quadro de associados da ALFA — Associação Funcionários Altenburg.

Com base nos fatos narrados, a auditoria fiscal considerou que integravam grupo econômico de fato as empresas BOM SONO, PLUMI E ALTENBURG que deveriam responder solidariamente pelos tributos não recolhidos na forma do inciso IX, do art. 30, da Lei nº 8.212/1991.

A BOM SONO teve ciência do lançamento em 10/06/2008 e apresentou defesa (fls. 70/103) onde alega que os recolhimentos devidos foram todos efetuados e que a empresa seria optante pelo SIMPLES.

Irresigna-se pelo fato de apesar de estar pendente de julgamento o Ato Declaratório Executivo nº 11 que a excluiu do SIMPLES, a Autoridade Fiscal emitiu o presente Auto de Infração. Entende que obsta a instauração de qualquer procedimento fiscal movido em face da Impugnante, até que a referida discussão seja devidamente solucionada e menciona o art. 151, Inciso III do Código Tributário Nacional.

Argumenta que a retroatividade da exclusão do SIMPLES não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio.

Aduz que até que a desconstituição da Impugnante do Sistema Especial de recolhimento de tributos (SIMPLES) seja analisada e meritariamente discutida, não há como proceder a pretendida cobrança de tributos oriundos desta "desclassificação" e que seria admitir que o Fisco, baseado em meras suposições/presunções de direito, possui total autonomia para constituir a cobrança de tributos, o que é, deveras, contrário ao que dispõe o ordenamento jurídico pátrio.

Considera que a exigência das contribuições lançadas em período em que a empresa já efetuou os recolhimentos na sistemática do SIMPLES representa verdadeiros *bis in idem*.

Entende que o ato de exclusão do SIMPLES não pode alcançar períodos retroativos ao da decisão acima mencionada, pois a mesma não pode surtir efeitos *ex tunc*.

Alega que ocorreu a decadência até 05/2003.

Entende ser inexigível a contribuição destinada ao INCRA, sob o argumento de que a Carta Magna não recepcionou a legislação que instituiu tal contribuição, qual seja o art. 3º, § 1º, da Lei nº. 7.787/89.

Considera as contribuições destinadas ao SESI, SENAI e SEBRAE são incompatíveis com a Carta Magna, bem como o Salário Educação.

Apresenta irresignação pelo fato de a auditoria fiscal haver efetuado o lançamento considerando juros e multa, uma vez que estes só seriam devidos no caso de constituição do crédito de forma legal, o que não se verifica no presente caso. Menciona o art. 161, § 2º do CTN.

Argumenta que a multa aplicada e prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/1991 é confiscatória o que é vedado pela Carta Magna.

Na mesma data, a empresa ALTENBURG apresentou defesa (fls. 162/174) onde também apresenta seu inconformismo pelo fato de a auditoria fiscal haver efetuado o lançamento das contribuições patronais quando o ato que excluiu a empresa BOM SONO do SIMPLES tinha sido impugnado e encontrava-se pendente de julgamento.

Argúi que não constitui grupo econômico de fato com a empresa BOM SONO e que para caracterização de "grupo econômico", é imprescindível que as empresas

estejam sob a direção, controle e administração de outra, o que, inegavelmente, não é o caso da ora Impugnante.

Considera que a mera administração das empresas por pessoa comum, não é, por si só, capaz de caracterizar um grupo econômico, pois, como já demonstrado acima, o principal fator para essa configuração seria a composição de capital social entre as duas.

Argumenta que para a imposição de responsabilidade solidária seria imprescindível a configuração do interesse comum na situação constitutiva do fato gerador da obrigação principal, no caso em tela, das obrigações supervenientes com a exclusão retroativa do SIMPLES das empresas BOM SONO LTDA.

Entende que a solidariedade não pode ser presumida.

Pelo Acórdão nº **07-17.803** (fls. 255/262), a 6ª Turma da DRJ/Florianópolis (SC) considerou o lançamento procedente em parte para excluir do lançamento as competências até 11/2002, haja vista a decadência verificada nos termos do art. 173, Inciso I, do CTN.

Contra tal decisão apresentou recurso tempestivo somente a empresa BOM SONO (fls. 267/316) onde efetua a repetição das alegações de defesa.

A empresa inova ao solicitar que todas as autuações oriundas da ação fiscal originada após a exclusão da empresa do SIMPLES sejam reunidas a fim de se evitar julgamentos díspares.

Considera que para o cálculo da decadência deveria ter sido aplicado o art. 150, § 4º do CTN.

Também inova no questionamento da existência de grupo econômico e afirma que houve aplicação indireta, pelo fisco, da norma anti-elisão introduzido pela Lei Complementar n. 104/2001, ao art. 116 do Código Tributário Nacional, ao qual acrescentou o parágrafo único, ou seja, se valeram de norma ainda não regulamentada.

Considera que não praticou dissimulação que implicaria em um ato ilícito, não podendo se confundir com o caso dos contribuintes ora Recorrentes que optaram pela prática de um ato jurídico válido, em vez de outro.

Os autos foram encaminhados a este Conselho para apreciação do recurso voluntário proposto.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

Salienta-se que embora a empresa ALTENBURG tenha sido devidamente intimada do acórdão de primeira instância não apresentou recurso.

A recorrente apresenta pedido de reunião dos processos emitidos contra as empresas que decorrem do ato de exclusão das mesmas do SIMPLES com fulcro no que dispõe o § 1º do art. 9º do Decreto nº 70.235/1972.

Não obstante tratar-se de matéria cujo direito à discussão precluiu por não haver sido apresentada em defesa, tem-se que a solicitação não merece acolhida.

O citado dispositivo versa que os autos de infração e as notificações de lançamento, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova.

Como se observa, o dispositivo traz a faculdade de a Administração efetuar o lançamento num único processo das contribuições devidas por um único sujeito passivo, desde que a comprovação dependa dos mesmos elementos de prova.

No entanto, o dispositivo é claro no sentido de que não se trata de uma obrigatoriedade, cabendo à Administração decidir se fará uso desta ou não.

No caso, as contribuições não recolhidas deram origem a mais de um processo, no entanto, não se vislumbra a necessidade de que estes sejam reunidos para julgamento. Não obstante, cumpre ressaltar que todos os processos oriundos da ação fiscal em questão, relativamente às autuações decorrentes da exclusão da empresa BOM SONO do SIMPLES e que já se encontram no CARF foram distribuídos a esta conselheira para relatoria. Ou seja, relativamente a estes processos os recursos serão julgados pelo mesmo colegiado o que já afasta a possibilidade de decisões conflitantes.

Vale salientar que o processo 13971.001873/2008-60 que trata do recurso contra o Ato Declaratório Executivo nº 11 que excluiu a empresa do SIMPLES não foi distribuído a essa conselheira em razão de se tratar de matéria cuja competência para apreciação pertence à 1ª Seção do CARF.

Quanto à preliminar de decadência, as recorrentes apresentam seu inconformismo pelo fato da decisão recorrida tê-la reconhecido, porém, tomando por base o que dispõe o art. 173, Inciso I, do CTN, quando as recorrentes entende que o dispositivo aplicável seria o § 4º do art. 150, do mesmo diploma legal.

De fato, com a edição da Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991, a decadência deve ser verificada à luz dos dispositivos do Código Tributário Nacional.

Da análise do caso concreto, verifica-se que o lançamento em tela refere-se a período compreendido entre **01/04/1998 a 31/08/2004** e foi efetuado em **10/06/2008**, data da intimação do sujeito passivo.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

“Art.173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo Único - O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Por outro lado, ao tratar do lançamento por homologação, o Códex Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

“Art.150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

.....

§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Entretanto, tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Se, no entanto, o sujeito passivo não efetuar pagamento algum, nada há a ser homologado e, por consequência, aplica-se o disposto no art. 173 do CTN, em que o prazo de cinco anos passa a ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

A decisão de primeira instância considerou a aplicação do art. 173, Inciso I, do CTN por duas razões. A primeira refere-se ao fato da inexistência de qualquer pagamento antecipado quanto às contribuições patronais (empresa e GILRAT), uma vez que a empresa efetuava recolhimentos sob a sistemática do SIMPLES.

A segunda razão refere-se à conduta da recorrente que, segundo a decisão recorrida, permitiu visualizar a ocorrência de simulação, a qual seria inerente aos próprios motivos ensejadores da exclusão do referido SIMPLES.

A meu ver, a decisão recorrida não merece reparo. É certo que não há que se falar em antecipação de pagamento se os recolhimentos foram efetuados utilizando-se a sistemática própria das empresas optantes pelo SIMPLES.

Além disso, não se pode olvidar que o que levou à exclusão da empresa do SIMPLES foi o disposto no art. 14, Inciso IV da Lei nº 9.317/1996.

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses: (...)

IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual;

Os elementos que levaram a auditoria fiscal à convicção de que se tratava de empresa constituída por interpostas pessoas foram descritos na representação efetuada, a qual levou à emissão do Ato Declaratório Executivo de exclusão da empresa do SIMPLES.

Assevere-se que tais questões são discutidas nos autos do processo 13971.001873/2008-60, onde a recorrente impugnou o ato de exclusão do referido sistema.

No caso em tela, trata-se do lançamento de contribuições destinadas a terceiros em decorrência da exclusão da empresa do SIMPLES e embora não caiba a arguição nos presentes autos das razões que levaram à tal exclusão, os motivos ensejadores da mesma, caso julgados procedentes pelo colegiado responsável, mantém o entendimento a respeito da conduta da recorrente em apresentar situação fática divergente da jurídica no que tange à interposição de pessoas.

Assim, se no julgamento do recurso contra o Ato Declaratório Executivo que excluiu a empresa do SIMPLES for decidido pela sua improcedência, o lançamento será desconstituído em sua integralidade.

No entanto, se for julgado que a empresa efetivamente não poderia continuar vinculada ao SIMPLES, a decadência deve ser verificada considerando-se a conduta simulada adotada pela mesma que leva ao afastamento da aplicação do § 4º do art. 150, regra específica, para a aplicação do art. 173, Inciso I, regra geral, ambos do CTN.

Nesse sentido, entendo que a decisão de primeira instância em aplicar o art. 173, Inciso I, do CTN deve prevalecer.

As recorrentes também alegam a irretroatividade da decisão de exclusão do SIMPLES, bem como se manifestam contra a própria decisão de exclusão que foi efetuada por meio do Ato Declaratório Executivo nº 11.

Conforme alegado pela própria recorrente, houve contestação ao referido ato de exclusão da empresa do SIMPLES, a qual foi apresentada nos autos do processo nº 13971.001873/2008-60.

O presente processo, por sua vez, trata das contribuições da empresa e GILRAT, cujo lançamento ocorreu em virtude da exclusão da empresa do SIMPLES e com isso passou a ter o mesmo tratamento das demais empresas não optantes pelo referido sistema.

Entendo que não cabe apreciar no julgamento do recurso apresentado contra o lançamento em tela as questões relativas à correção ou não do ato administrativo que excluiu a empresa BOM SONO do SIMPLES, bem como a data a partir da qual produziu seus efeitos, uma vez que essas questões foram apresentadas no recurso proposto contra o próprio ato de exclusão.

Portanto, abstenho-me de tratar tais matérias pela razão apresentada e também porque a competência para o julgamento da questão é da Primeira Seção do CARF.

A recorrente apresenta preliminar de nulidade consubstanciada no fato do lançamento ter sido levado a efeito quando havia impugnação pendente de julgamento contra o ato de exclusão do SIMPLES.

Não se vislumbra a nulidade apontada.

A existência de contestação ao Ato Declaratório Executivo que excluiu a empresa BOM SONO do SIMPLES não é óbice ao lançamento das contribuições patronais, GILRAT e as destinadas a terceiros, conforme entende a recorrente.

O recurso apresentado contra o ato de exclusão suspende a exigibilidade do tributo conforme dispõe o art. 151, Inciso III, do CTN, *in verbis*:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: (...)

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

No entanto, a suspensão da exigibilidade do crédito não impede a Fazenda Pública de proceder ao lançamento, pois este, segundo o parágrafo único do artigo 142 do CTN, constitui atividade vinculada e obrigatória da autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade funcional.

O lançamento tem como objetivo resguardar o crédito tributário. Não efetuado o lançamento no curso do prazo de decadência, o Fisco não mais poderá fazê-lo, ainda que mantida a decisão que dava azo ao lançamento, no caso, o ato de exclusão da empresa do SIMPLES.

O prazo decadencial não se interrompe nem se suspende com a interposição de medida judicial ou discussão administrativa, fluindo a partir da ocorrência do fato gerador ou da data prevista em lei.

Portanto, não poderia o fisco permanecer inerte enquanto a recorrente impugnava o ato que excluiu as empresas BOM SONO e PLUMI do SIMPLES.

De igual forma, a contestação do ato de exclusão do SIMPLES não tem o condão de suspender o andamento do contencioso administrativo fiscal. No entanto, cabe salientar que a cobrança das contribuições ora lançadas não pode ser efetuada até o trânsito em

julgado administrativo da decisão de exclusão da empresa do SIMPLES, haja vista a suspensão da exigibilidade do crédito.

Outra nulidade apontada pela recorrente diz respeito à alegada ocorrência de *bis in idem*. Entende a recorrente que a empresa efetuou o recolhimento das contribuições sob a sistemática adotada pelas empresas optantes pelo SIMPLES e que o lançamento das contribuições patronais como se fosse uma empresa normal representaria duplicidade de pagamentos.

Não confiro razão à recorrente.

Não se pode olvidar que o presente lançamento ocorreu após a verificação de que as empresas BOM SONO e PLUMI incorram em conduta incompatível com a opção ao SIMPLES o que levou à emissão de ato visando sua exclusão do citado sistema.

Portanto, ainda que tenha havido impugnação contra tal exclusão, a emissão do ato de exclusão já autorizaria a realização do lançamento, inclusive para prevenir a decadência.

É necessário salientar que a empresa quando opta pelo SIMPLES, o faz com o conhecimento de que não deve incorrer em nenhuma das situações excludentes, sob o risco de ter a opção cancelada e a obrigatoriedade de efetuar os recolhimentos como as demais empresas.

No caso de recolhimento de acordo com o SIMPLES, as contribuições patronais (empresa e GILRAT) e destinadas a terceiros são substituídas por parte do recolhimento unificado de tributos.

No entanto, o fato de a empresa ter sido excluída do programa com efeitos retroativos relativamente a períodos em que teria efetuado recolhimentos nos moldes do SIMPLES não a desonera do recolhimento da contribuição patronal à Seguridade Social como as demais empresas, não havendo que se falar em *bis in idem*.

Conforme bem salientado na decisão de primeira instância, no caso em questão, prevalecendo administrativamente o ato de exclusão do SIMPLES, caberia à empresa pleitar a restituição dos valores recolhidos na sistemática do SIMPLES no período, não cabendo qualquer compensação no que tange às contribuições lançadas, por ausência de permissão legal.

Tal impossibilidade pode ser verificada na legislação, conforme trecho da decisão recorrida abaixo transcrito.

Ademais, não existe permissão legal para abater dos valores das contribuições ora lançadas os valores recolhidos em guias DARF — Documento de Arrecadação da Receita Federal para o SIMPLES.

Tal impossibilidade já era prevista no artigo 89 e seus parágrafos, da Lei 8.212/91, com a redação vigente na época da lavratura desta autuação, a seguir transcrita:

*Art.89. Somente poderá ser restituída ou compensada contribuição para a Seguridade Social **arrecadada pelo Instituto Nacional do Seguro Social-INSS na hipótese de pagamento ou recolhimento indevido. (Redação dada ao caput e parágrafos pela Lei nº9.129, de 20.11.95).***

*§1ºAdmitir-se-á apenas a restituição ou a compensação de contribuição a cargo da empresa, recolhida **ao INSS, que, por sua natureza, não tenha sido transferida ao custo de bem ou serviço oferecido à sociedade.***

§2ºSomente poderá ser restituído ou compensado, nas contribuições arrecadadas pelo INSS, o valor decorrente das parcelas referidas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11 desta Lei. (grifei)

Com a edição da Medida Provisória nº 449, de 03 de dezembro de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, o mencionado art. 89, da Lei 8.212/91, teve seus parágrafos revogados e a redação do caput alterada da seguinte forma:

*Art. 89. As contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, **nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.** (grifei)*

Como se vê, a Lei deixou a cargo da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) o estabelecimento das condições para restituição e compensação de pagamentos indevidos. Dessa forma, foi publicada a Instrução Normativa RFB nº 900, de 30 de dezembro de 2008, na qual há vedação expressa da compensação de contribuições previdenciárias com valores recolhidos indevidamente para o SIMPLES, conforme abaixo:

Art. 44. (..)

*§ 6º **É vedada a compensação de contribuições previdenciárias com o valor recolhido indevidamente para o Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006, e o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples), instituído pela Lei nº9.317, de 5 de dezembro de 1996.*** (grifei)

Fica evidente, portanto, que a autoridade fiscal agiu corretamente quando, no ato da lavratura da presente autuação, não abateu no cálculo dos valores devidos os montantes recolhidos para o SIMPLES.

A recorrente insurge-se pela caracterização de grupo econômico de fato entre as empresas BOM SONO, PLUMI E ALTENBURG, sob o argumento de que a mera administração das empresas por pessoa comum, não é, por si só, capaz de caracterizar um grupo econômico.

Verifica-se que as empresas em questão tem como sócios membros da família Altenburg ou empregados de empresas vinculadas ao grupo e o controle das empresas é efetuado sobretudo pelo Sr. Rui Altenburg.

Também verifica-se que a BOM SONO desde sua criação funciona em estabelecimento da empresa ALTENBURG, inicialmente um Posto de Vendas e, posteriormente o mesmo local da filial 04.

O quadro social inicial da empresa BOM SONO era composto das Sras. Ursula Teske (participação de 90%) e Flávia Cristina Teske (participação de 10%), sendo que a última empregada da empresa e voltou a tal condição após a saída da sociedade.

Na 2ª Alteração Contratual datada de 11/12/2002, as sócias fundadoras retiraram-se da sociedade cedendo suas cotas para Tiago Altenburg (95% das cotas) e Danielle Altenburg (5% das cotas), filhos do Sr. Rui Altenburg.

Na 4ª Alteração Contratual, ingressou na sociedade a empresa Altenburg Participações Ltda com significativo aumento do capital social e com a nomeação no cargo de Diretor Presidente do Sr. Rui Altenburg.

Em 30/11/2004, por meio da 5ª Alteração Contratual ingressam na sociedade Irene Reuter Altenburg e Gabriel Altenburg. Também foi aprovada a incorporação da empresa Plumi Confecções Ltda somando-se ao valor de seu capital R\$ 11.000,00. Na mesma data foi assinada a 6ª Alteração Contratual com cisão parcial do patrimônio da Bom Sono Ltda com absorção da parcela cindida no valor de R\$ 66.015.180,00 pela empresa Altenburg, ficando o capital social reduzido para R\$ 21.000,00.

Não obstante o controle das empresas estar nas mãos de membros da família Altenburg ainda foram verificadas outras situações que não se coadunam com o funcionamento de empresas independentes.

Foi constatado que todo o faturamento das empresas se originou dos serviços de facção, cujo único cliente foi a empresa ALTENBURG.

Embora sua atividade fosse de prestação de serviços facção para indústria têxtil, as empresas BOM SONO e PLUMI não possuíam, pelo menos até 31/12/2004, qualquer bem lançado em seu ativo imobilizado (como imóveis, máquinas e equipamentos). Sobre este particular alegou que possui contrato de comodato onde são cedidas as máquinas e equipamentos por seu único cliente.

Além disso, dentro dos livros contábeis apresentados não foram constatados, em alguns exercícios lançamentos de custos e despesas necessários ao desenvolvimento de suas atividades como, por exemplo, energia elétrica, água e esgoto, telefone, material de limpeza.

A grande parte das despesas contabilizadas está relacionada à folha de pagamento e seus encargos.

Foi verificado através das suas folhas de pagamento e contabilidade que os sócios das empresas BOM SONO e PLUMI em momento algum efetuaram retirada a título de pró-labore, sendo que a sócia fundadora da empresa BOM SONO.

O gerenciamento de pessoal das sociedades sempre foi exercido pela empresa ALTENBURG, inclusive sendo esta, por intermédio de seus empregados, quem fazia o processamento da folha de pagamento, contratação de empregados e rescisão de contrato de trabalho das empresas BOM SONO e PLUMI.

De igual modo, suas escritas contábeis sempre foram efetuadas pelo contador da ALTENBURG, Sr. Marcos Aurélio Gabriel, este tendo assinado como contador responsável em todo período. Além disso, na análise dos documentos comprobatórios dos lançamentos contábeis das representadas foram encontradas provas de que a gestão administrativo/financeira destas empresas era igualmente exercida por empregados da ALTENBURG, conforme cópias de documentos juntadas fartamente para tal comprovação.

Outra prática realizada pela empresa que confirma a unicidade de seus comandos é que no período de 08/2000 até 11/2001 os pagamentos das obrigações da URSA CONFECÇÕES LTDA eram efetuados diretamente a crédito da conta de "Duplicatas a Receber" e não em conta "Caixa" ou "Bancos". Na conta "Duplicatas a Receber" apenas eram lançados valores a receber da ALTENBURG INDÚSTRIA TÊXTIL LTDA.

Da análise dos documentos de folha de pagamento e escrita contábil ficou evidenciada uma mesma política salarial e de concessão de benefícios entre as empresas BOM SONO, PLUMI e ALTENBURG.

Esta afirmação é corroborada, por exemplo, pelo fato de que o início do pagamento do Programa de Participação nos Resultados aconteceu no mesmo período para todas as empresas.

Outro fato que inequivocamente comprova a afirmação é que os empregados da BOM SONO e PLUMI, durante um grande período, estiveram incluídos nos contratos de plano de saúde e odontológico da ALTENBURG, sendo que os valores eram descontados na folha de pagamento e repassados para a ALTENBURG INDUSTRIA TÊXTIL LTDA, conforme se verifica nos registros destes lançamentos que eram efetuados na conta contábil "2899 Reembolso Altenburg".

Alguns funcionários da BOM SONO e PLUMI faziam parte do quadro de associados da ALFA — Associação Funcionários Altenburg.

Conforme se vê, há elementos suficientes nos autos para a convicção de que as empresas em questão fazem parte do mesmo grupo econômico, caracterizado pela unicidade de comando exercido pelos membros da família Altenburg.

A recorrente alega que houve aplicação indireta, pelo fisco, da norma anti-elisão introduzida pela Lei Complementar n. 104/2001, ao art. 116 do Código Tributário Nacional, ao qual acrescentou o parágrafo único, ou seja, se valeram de norma ainda não regulamentada.

Assevere-se que, tais alegações não foram apresentadas na defesa e, a meu ver, o contencioso administrativo fiscal só é instaurado mediante apresentação de defesa tempestiva e somente em relação às matérias expressamente impugnadas.

Dessa forma, entendo que encontra-se precluído o direito à discussão de matéria trazida de forma inovadora na segunda instância administrativa, em razão do que dispõe o art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, *in verbis*:

“Art.17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante”

No entanto, a título de informação, cumpre dizer que a auditoria fiscal não fez qualquer menção à utilização como fundamento para o lançamento do art. 116, parágrafo único do CTN.

Além disso, a discussão trazida sob esse argumento tem por objetivo discutir a exclusão das empresas do SIMPLES, o que não será argüido no julgamento do presente recurso pelas razões já apresentadas.

A recorrente alega que seria inexigível a contribuição destinada ao INCRA em razão da legislação que a instituiu não ter sido recepcionada pela Constituição Federal e sua cobrança não ser cabível para as empresas urbanas.

Não assiste razão à recorrente.

Cumprir informar que a contribuição ao INCRA possui natureza jurídica de contribuição social e a jurisprudência colacionada pela recorrente não representa entendimento superado conforme se verifica nas decisões abaixo transcritas:

TRIBUTÁRIO – ATIVIDADE COMERCIAL QUE É FOMENTADA PELA ATIVIDADE RURAL – LEGITIMIDADE DA COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO – FUNRURAL E INCRA – INOCORRÊNCIA DE LBI – TRIBUTAÇÃO – CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA – I. Nenhum óbice a que seja cobrada, de empresa urbana, contribuição social destinada a financiar o FUNRURAL INCRA, eis que a contribuição social cobrada ao empregador financia a cobertura dos riscos aos quais está sujeita toda a coletividade de trabalhadores e não apenas seus empregados. II. A partir da Emenda nº 08/7 à Constituição Federal de 1967/69, a contribuição ao Funrural passou a ter natureza jurídica de contribuição social. Como tal, destina-se ao financiamento de atividades que não são próprias do Estado mas que, pelas suas fundas repercussões sociais, a ele interessa incentivar e desenvolver, em benefício da coletividade como um todo, decorrendo a obrigação do sujeito passivo, na espécie, exclusivamente do mandamento que lhe impõe este dever, no caso a Lei 2.613/55, com suas alterações posteriores. III. Entendimento que se mantém após a promulgação da Carta Magna atual, à inteligência do seu art. 195, I. IV. Constitucionalidade da cobrança da parcela de 2,4%, incluída na contribuição previdenciária e destinada ao custeio da previdência rural a cargo da apelante, empresa urbana, reconhecida (TRF 2ª R – MAS 2000.02.01.000998-6 – RJ – 1ª T. – Relª Desª Fed. Julieta Lídia Lunz – DU 05/04/2001).

PREVIDENCIÁRIO – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PARA O INCRA – CONSTITUCIONALIDADE – *As empresas urbanas e rurais estão sujeitas à incidência da contribuição social para o INCRA, mesmo após o advento da CF/88 e da criação do SENAR pela Lei 8.315/91. A exação a cargo do INCRA possui a natureza de contribuição social, pois tem como objeto atividades que*

interessam ao Estado, em virtude de beneficiarem toda a sociedade, atendido o princípio da solidarização da Seguridade Social, incerto no art. 195 da Constituição Federal 9TRF 2ª R – MAS 2000.02.01.044087-9 – RJ - 4ª T. – Des. Fed. Fernando Marques – DJU 12.03.2001

De igual forma, a recorrente questiona a constitucionalidade das contribuições destinadas ao FNDE (Salário Educação, SESI, SENAI e SEBRAE).

Ressalta-se que as contribuições encimadas foram lançadas com base em dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio e não cabe ao julgador no âmbito administrativo afastar-lhes a aplicação sob o argumento de que seriam inconstitucionais.

A impossibilidade acima decorre do fato ser o controle da constitucionalidade no Brasil do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la;

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repute inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juis Saraiva 21). (g.n.)”

A abstenção de manifestação a respeito de constitucionalidade de dispositivos legais vigentes é pacífica na instância administrativa de julgamento, conforme se verifica na decisão deste Conselho que decidiu por sumular a questão por meio da Súmula nº 02 publicada no DOU em 14/07/2010, por meio da Portaria MF nº 383, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Por fim, a recorrente alega a impossibilidade da cobrança de juros e multa, uma vez que estes só seriam devidos no caso de crédito tributário constituído de forma legal, o que não seria o caso dos autos.

Cumprido dizer que o lançamento foi efetuado com base em dispositivos legais vigentes, conforme se verifica no relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD que traz de forma pormenorizada toda a fundamentação legal que ampara o lançamento.

Ademais, não há ilegalidade no fato de ter sido constituído o crédito tributário relativo à parte patronal de empresa excluída do SIMPLES por meio do competente ato de exclusão, que é o caso em testilha.

A recorrente busca socorro no § 2º do art. 161 do CTN que dispõe o seguinte:

Art. 161. O crédito tributário não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo de imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária. (...)

§2º. O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito

Como se vê, o dispositivo acima não se aplica ao caso, uma vez que não se trata de situação de consulta pendente formulada pelo devedor no prazo legal para pagamento do crédito.

Além disso, a recorrente afirma que a multa aplicada com base no art. 35 da Lei nº 8.212/1991, em razão de seu caráter progressivo, possui caráter confiscatório o que afronta o art. 150, Inciso IV, da Constituição Federal.

À época do lançamento, a multa era aplicada de acordo com o dispositivo citado e, como já argüido, esta não é a instância competente para apreciar a constitucionalidade da legislação.

Assim, não há razão no argumento.

Nada mais a ser tratado, salienta-se que a 1ª Seção 2ª Câmara 2ª Turma Ordinária já julgou o recurso apresentado contra o Ato Declaratório de Exclusão negando-lhe provimento pelo Acórdão nº 1202-00.545, ou seja, foi mantida a exclusão da empresa do SIMPLES.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER dos recursos em parte e, na parte conhecida,
NEGAR-LHES PROVIMENTO.

É como voto.

Ana Maria Bandeira

Voto Vencedor

Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes, Redator Designado

Fiquei com vistas dos autos para verificação do resultado no processo onde se discute a exclusão do SIMPLES. Constatei que a Segunda Turma da Segunda Câmara da Segunda Seção, através do Acórdão 1202-00.545, de 27/06/2011, decidiu pela procedência da pretensão fiscal de excluir do SIMPLES o recorrente. Assim, acompanho a relatora em não conhecer das alegações sobre o enquadramento no SIMPLES; no entanto, divirjo do entendimento de que os recolhimentos através de DARF não possam ser aproveitados para apuração da contribuição devida.

A Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 que instituiu o SIMPLES bem como a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 que instituiu o SIMPLES NACIONAL não criaram novas hipóteses de incidência para as contribuições previdenciárias ou para os demais tributos, apenas promoveu tratamento fiscal simplificado para pagamento das contribuições e impostos por elas contemplados, o que implicou que todos fossem apurados através de uma única base de cálculo, a receita bruta mensal, inclusive a contribuição previdenciária, cuja hipótese de incidência é e continua sendo a prestação de serviço remunerado por segurados. Seguem transcrições da Lei nº 9.317/96:

Art. 1º Esta Lei regula, em conformidade com o disposto no art. 179 da Constituição, o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às microempresas e as empresas de pequeno porte, relativo aos impostos e às contribuições que menciona.

...

Art. 3º A pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, na forma do art. 2º, poderá optar pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

§ 1º A inscrição no SIMPLES implica pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições:

...

f) Contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que tratam a Lei Complementar nº 84, de 18 de janeiro de 1996, os arts. 22 e 22A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 e o art. 25 da Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994. (Redação dada pela Lei nº 10.256, de 9.10.2001) (Vide Lei 10.034, de 24.10.2000)

...

Art. 5º O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, será determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal auferida, dos seguintes percentuais:

...

Quando o optante pelo SIMPLES/SIMPLES NACIONAL realiza o pagamento através da guia própria criada para essa finalidade, DARF-SIMPLES, parte desse valor destina-se à previdência social nos percentuais fixados pelo artigo 23 da Lei nº 9.317/96 tais como os recolhimentos realizados pelas empresas em geral, e devem ser deduzidos das contribuições a que se refere o artigo 3º alínea f da Lei nº 9.317/96 e o artigo 13, VI da LC nº 123/2006, observados os §§ 1º, incisos IX e X e 3º, apuradas e lançadas através dos Autos-de-Infração de Obrigação Principal – AIOP. É certo que não modificam os valores das multas aplicadas através dos Autos-de-Infração de Obrigação Acessória – AIOA, por se originarem de fatos jurídicos distintos, coincidentes com o descumprimento de deveres instrumentais.

Também é assim no caso dos recolhimentos de retenções sobre notas fiscais de serviços pelas empresas contratantes de mão de obra. A empresa cedente tem direito a compensação dos valores retidos das contribuições incidentes sobre a folha de pagamento ou mesmo à restituição. E não poderia ser de outra forma. A diferença na sistemática de apuração não justifica a constituição do crédito ignorando-se eventuais recolhimentos parciais do mesmo tributo, sobre os mesmos fatos e relativos ao mesmo período de apuração. O ônus de se requerer a restituição é solução dissociada dos princípios escorreitos norteadores da relação fisco-contribuinte.

Por fim, é oportuno esclarecer que, considerando a isenção concedida pelos §§1º e 3º do artigo 13 da LC nº 123/2006, período abrangido pelo SIMPLES NACIONAL, não são deduzidas contribuições relativas aos empresários contribuintes individuais e as contribuições destinadas a terceiros; no entanto, no presente processo somente foram lançadas contribuições relativas ao período abrangido pelo SIMPLES FEDERAL, Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

Em razão do exposto, voto pelo conhecimento parcial do recurso para na parte conhecida dar provimento parcial para que eventuais pagamentos na sistemática do SIMPLES sejam aproveitados nos termos acima.

É como voto.

Julio Cesar Vieira Gomes