



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

Processo nº 13971.722950/2012-03
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-003.074 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de maio de 2018
Matéria DECLINAR COMPETÊNCIA
Recorrente MESH COMÉRCIO E CONFECÇÕES DE ROUPAS LTDA. - EPP E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

AUTO DE INFRAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EXCLUSÃO DO SIMPLES. INCOMPETÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO. NÃO CONHECIMENTO.

Nos termos do art. 3º, IV, do Anexo II do RICARF, os recursos interpostos em processos que versem sobre aplicação da legislação relativa a Contribuições Previdenciárias, inclusive as instituídas a título de substituição e as devidas a terceiros, são da competência da Segunda Seção e, não, desta Primeira.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em declinar da competência à Segunda Seção de Julgamento.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, Roberto Silva Junior, Jose Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Amelia Wakako Morishita Yamamoto e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Ausente justificadamente a Conselheira Bianca Felícia Rothschild.

Relatório

Tratam-se de Recursos Voluntários interpostos pelo contribuinte e demais interessados contra o acórdão 12-61.462, proferido pela 11ª Turma da DRJ/RJ1, na sessão de 19 de novembro de 2013, que, ao apreciar a impugnação apresentada pelo contribuinte, por unanimidade de votos, julgou-a improcedente.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, a seguir transcrito:

Trata o presente processo de Auto de Infração nº 37.350.5230, lavrado em 14/11/2012, no valor de R\$ 183.729,22 (cento e oitenta e três mil setecentos e vinte e nove reais e vinte e dois centavos), que acrescido de multa e juros corresponde ao valor consolidado de R\$ 423.065,01 (quatrocentos e vinte e três mil e sessenta e cinco reais e um centavo), referente a contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa incidente sobre a remuneração paga aos segurados empregados e contribuintes individuais e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, incidente sobre a remuneração paga aos segurados empregados.

2. De acordo com o Relatório Fiscal, de fls. 41/48 do processo digital, foi realizada auditoria na autuada, MESH COMÉRCIO E CONFECCÇÕES DE ROUPAS LTDA e, concomitantemente, nas empresas COISAS DE BEBÊ CONFECCÇÕES LTDA, CNPJ:01.232.447/0001-59 e WRCP TÊXTIL LTDA, CNPJ: 08.869.459/0001-38, onde constatou-se que as mesmas integram, DE FATO, um GRUPO ECONÔMICO e, portanto, solidariamente responsáveis, conforme fundamentações legais: CTN, art. 124, I e II; Lei 8.212/1991, art. 30, IX; Decreto 3.048/1999, art. 222 e Lei 8.884/1994, art. 17.

3. Diante disso, a autuada foi excluída do Simples Nacional, conforme Ato Declaratório Executivo – ADE nº 49, de 01/11/2012 (fls. 23), decorrente do processo de Representação Administrativa para Exclusão do SIMPLES, processo nº 13971.722923/2012-22.

4. Em função da exclusão do SIMPLES, com efeito retroativo a 01/01/2008, foram lançadas as contribuições previdenciárias patronais que deixaram de ser recolhidas. O presente lançamento compreende o período de 01/2008 a 12/2008, inclusive o décimo terceiro salário.

5. Os fatos geradores foram as contribuições omitidas nas GFIPs, devido à informação incorreta referente à opção pelo SIMPLES e não recolhidas, constantes das folhas de pagamento. Nos levantamentos E1 (segurados empregados) e I1 (contribuintes individuais), referentes ao período de 01/2008 a 11/2008, foi aplicada a multa de 75% prevista na Lei 11.941/2009, que se mostrou mais benéfica ao contribuinte, conforme demonstrado no comparativo de fls. 39/40. Nos levantamentos E2 (segurados empregados) e I2 (contribuintes individuais), que abrangem as competências 12/2008 e 13/2008, foi aplicada a multa qualificada (2 x 75%), por serem posteriores à edição da Medida Provisória nº 449, de 04/12/2008, que estipulou a nova multa, e por ter restado caracterizada a prática de sonegação e conluio previstas nos arts. 71 e 73 da Lei 4.502/64.

6. “Numa análise objetiva dos fatos relatados, constantes nos processos de Representações Administrativas para Exclusão do SIMPLES, mencionados no item 5, frente aos dispositivos legais em comento, não há como deixar de enquadrar a ação dolosa, intencional e consciente de simular a existência de empresas, formalmente distintas (MESH, COISAS DE BEBÊ e WRCP), porém formando um GRUPO ECONÔMICO DE FATO, com o evidente intuito de impedir o conhecimento do Fisco da incidência da Contribuição Previdenciária Patronal sobre as remunerações dos segurados das empresas MESH e COISAS DE BEBÊ (optantes, indevidamente, pelo SIMPLES), nas definições de sonegação e conluio, contidas nos arts. 72 e 73 da Lei 4.502/64, já transcritos.”

IMPUGNAÇÃO

7. O contribuinte foi cientificado do lançamento em 26/11/2012, conforme AR de fls. 57. Caracterizada a sujeição passiva solidária, foram cientificadas do “Termo de Sujeição Passiva Solidária” as empresas Coisas de Bebê Confecções Ltda, CNPJ nº 01.232.447/0001-59 (AR fls. 58) e WRCP Têxtil Ltda, CNPJ nº 08.869.459/0001-38 (AR fls. 59).

8. O contribuinte “MESH” apresentou impugnação em 26/12/2012, fls. 203/256,

alegando, em síntese:

8.1 Não é possível que o lançamento seja objeto de emissão de Representação

Fiscal para Fins Penais (RFFP), antes mesmo do fim do processo administrativo tributário.

8.2 Faz-se necessário o julgamento em conjunto dos processos nº 13971.722951/201240, 13971.722950/201203, 13971.722959/201214, 13971.722963/201274, por envolverem os mesmos fatos geradores e identidade dos elementos de prova.

Preliminar:

8.3 O Auto de Infração tem como fundamento básico a exclusão da Impugnante do Simples Nacional, que se deu através do Ato Declaratório Executivo nº 49/2012, processo administrativo nº 13971.722923/2012-22. Porém, a empresa apresentou Manifestação de Inconformidade contra a sua exclusão, que por sua vez ainda não foi julgada.

8.4 Conforme art. 4º, § 3ºA da Resolução CGSN nº 15/07 e art. 75, § 3º da Resolução nº 94/2011, o termo de exclusão do Simples só se tornará efetivo após decisão irrecurável desfavorável ao contribuinte. Dessa forma, somente após o julgamento definitivo, desfavorável à empresa, do processo de exclusão do Simples é que ela poderia ser notificada para o pagamento das contribuições em questão.

Mérito

Insubsistência da exclusão do Simples

8.5 Alega a insubsistência da exclusão do Simples e reproduz os mesmos argumentos apresentados na manifestação de inconformidade apresentada contra a ADE que a excluiu, processo nº 13971.722923/2012-22, apenso ao presente.

Insubsistência do Auto de Infração

8.6 Independente dos argumentos relativos à exclusão do Simples, há outros motivos que impedem a manutenção do Auto de Infração:

8.6.1 A exigência de contribuições sobre verbas não remuneratórias, que não possuem natureza de salário/remuneração. Para que possam ser consideradas como salário ou remuneração é indispensável que elas apresentem duas características: contraprestação pelo trabalho e habitualidade.

8.6.2 Dentre as rubricas indevidamente incluídas na base de cálculo das contribuições está o Salário Maternidade, que sempre se constituiu em um benefício de natureza previdenciária e de responsabilidade da Previdência Social. As empresas apenas são chamadas a adiantar os valores devidos pelo INSS a esse título, tanto é assim que tais importâncias desembolsadas são prontamente compensadas com os valores devidos pela empresa ao INSS. Cita decisão do STF e do STJ nesse sentido.

8.6.3 Outra verba que também não se constitui em salário ou remuneração é o chamado Auxílio-doença nos primeiros 15 dias de afastamento do segurado. Tal verba não é compatível com os conceitos jurídicos de salário e de remuneração, pois não representam contraprestação aos serviços prestados e nem é dotada da característica da habitualidade. Cita decisão do STJ e do TRF da 4ª Região.

8.6.4 O 1/3 de férias e respectivos reflexos também não tem natureza jurídica de salário ou remuneração, o que impede que

ele seja considerado salário de contribuição. Ele se configura um abono pago ao funcionário que tira férias. Cita entendimento do STJ para respaldar o posicionamento defendido pela Impugnante.

8.6.5 O mesmo se dá em relação aos valores pagos a título de férias. Tais valores não poderiam ser considerados como salário/remuneração, porque pagos enquanto os funcionários não prestam serviços para a empresa. Transcreve decisão do STJ.

8.6.6 “Há, ainda, diversas outras verbas que, muito embora sejam pagas pela Impugnante às pessoas que lhe prestem serviços, não poderiam ser incorporadas à base de cálculo das contribuições.” Podem ser citadas, entre outras, importâncias pagas a título de horas-extras, gratificações e outras verbas delas decorrentes.

8.6.7 O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que as contribuições não podem incidir sobre abonos ou demais verbas trabalhistas de natureza indenizatória.

8.6.8 “Dessa forma, caso seja mantido o Auto de Infração (o que se admite somente por hipótese), as verbas que não correspondem a salário e demais rendimentos do trabalho precisam ser excluídas da base de cálculo adotada pela fiscalização.”

8.7 O Auto de Infração aplicou a alíquota única de 2 % de SAT/GILRAT sem levar em conta que a empresa possui vários funcionários trabalhando em atividades de escritório, como setor financeiro, setor de pessoal e na administração em geral, para os quais o risco de acidente é ínfimo. O Auto de Infração abrange todos os estabelecimentos e setores da empresa, e, em alguns deles são praticadas apenas atividades administrativas de risco leve.

8.7.1 Não há proporcionalidade entre o benefício auferido pelo funcionário e o seu custeio.

8.7.2 Não é juridicamente lógica a utilização da mesma alíquota de SAT/GILRAT para todos os setores de uma empresa.

8.7.3 Portanto, como a empresa possui tanto funcionários alocados em setores sujeitos ao grau de risco médio como em setores sujeitos ao grau leve é impossível a aplicação de alíquota única da contribuição ao SAT/GILRAT;

8.8 A fiscalização deixou de abater do montante exigido os valores recolhidos pela empresa a título de Contribuição Previdenciária Patronal no âmbito do Simples Nacional (anexa os comprovantes de recolhimento – doc. nº 14).

8.8.1 O CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já pacificou o entendimento, através da Súmula nº 76, de que, no caso de lançamentos decorrentes da exclusão de empresas do

Simples, devem ser deduzidos os valores pagos pela empresa no âmbito do Simples.

8.9 Mantido o lançamento, não poderiam prevalecer as multas aplicadas.

8.9.1 Nas competências de 01/2008 a 11/2008 foi aplicada a multa de ofício de 75%, pois conforme citado no Relatório Fiscal, essa seria mais benéfica ao contribuinte.

8.9.2 No entanto, tal comparação só pode ser feita quando do cumprimento de eventual obrigação pela Impugnante, uma vez que a multa do art. 35, II da Lei nº 8.212/91 em vigor à época dos supostos fatos geradores varia em função do momento em que o contribuinte paga o débito. Neste exato momento a multa da MP nº 449/08 sem dúvida não é a opção mais benéfica à Impugnante e sim aquela prevista no art. 35, II, isto é, a multa de 24%.

8.9.3 Também não pode ser somada à multa anterior, para a comparação de qual a multa mais benéfica, a multa do AI 68 porque, ao que parece, seria uma outra penalidade e prevista para um outro tipo de infração.

8.9.4 No caso concreto, não é possível a aplicação da multa qualificada no percentual de 150% da exigência, uma vez que o intuito de fraude, consubstanciado em ação/omissão dolosa tendente a impedir o conhecimento da ocorrência de fato gerador das contribuições, tem que estar materialmente comprovado e não meramente presumido.

8.9.5 As multas são desproporcionais à falta hipoteticamente cometida pela contribuinte, contrariando os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do devido processo legal material. Além de possuírem caráter confiscatório.

8.10 Requer seja julgada procedente a Impugnação para que:

a) não seja formalizada qualquer representação para fins penais;

b) sejam julgados em conjunto os processos citados;

c) o Auto de Infração seja cancelado em virtude da ausência de julgamento da Manifestação de Inconformidade apresentada contra o ato de exclusão do Simples;

d) o Auto de Infração seja cancelado diante da inexistência de qualquer valor devido; ou na pior das hipóteses,

e) sejam excluídas: as parcelas relativas às verbas não-remuneratórias; ao SAT/GILRAT; os valores já pagos do Simples Nacional; as multas aplicadas; a multa de ofício nas competências anteriores a 12/2008, quando ela não representar a penalidade mais benéfica, nos termos expostos e a multa qualificada de 150%, reduzindo-a para, no máximo, 75%.

9. A empresa Coisas de Bebê Confecções Ltda EPP, responsável solidária, apresentou impugnação em 26/12/2012, fls. 792/799, alegando, em síntese:

9.1 Insurge-se contra a responsabilidade solidária imputada, conforme Termo de Sujeição Passiva Solidária. A fiscalização, para concluir que haveria responsabilidade solidária entre a Impugnante e a empresa originalmente autuada, alegou que teria ocorrido a formação de grupo econômico “de fato”, o que justificaria a responsabilidade solidária, com fundamento nos arts. 124 do CTN, 30, IX, da Lei nº 8.212/91 e 222 do Decreto nº 3.048/99.

9.2 Tais normas não poderiam, no entanto, amparar a pretensão da fiscalização, uma vez que o art. 124 do CTN está inserido no capítulo IV que não trata de responsabilidade tributária, função desempenhada pelo capítulo V, que não prevê a situação em análise. O mesmo ocorre com o art. 30, IX da Lei nº 8.212/91 e o art. 222 do Decreto nº 3.048/99.

9.3 Segundo a jurisprudência pacífica dos tribunais, a responsabilidade tributária é matéria que somente pode ser regida por lei complementar e não por lei ordinária ou decreto.

9.4 O argumento da fiscalização contraria a definição de “grupo de sociedades”, prevista no art. 265 da lei das S/A (Lei nº 6.404/76).

9.5 Alega que as pessoas jurídicas em questão são independentes e a inexistência de atos de gestão da Impugnante junto à empresa originalmente autuada.

9.6 Reitera os termos da impugnação apresentada pela autuada.

10. A empresa WRCP Têxtil Ltda – EPP, responsável solidária, apresentou impugnação em 26/12/2012, fls. 857/864, trazendo exatamente as mesmas argumentações da Mesh Comércio e Confecções de Roupas Ltda – EPP.

11. É o relatório.

Na sequência, foi proferido o Acórdão recorrido, julgando improcedente a impugnação apresentada, mantendo o crédito tributário exigido.

Após intimadas todas as interessadas, elas apresentam seus respectivos Recursos, pugnando pelo provimento, onde apresentam argumentos que serão posteriormente analisados.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Relator

Antes de qualquer outra verificação do recurso interposto, um questão preliminar requer averiguação;

I. DA INCOMPETÊNCIA DESTA 1ª SEJUL

Analisando os autos, verifico que ao cabo de uma única auditoria, a autoridade encarregada formalizou seis processos administrativos.

No caso dos autos, trata-se de lançamento, onde é exigido crédito tributário de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa incidente sobre a remuneração paga aos segurados empregados e contribuintes individuais e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho.

Assim, embora o presente processo seja decorrente do Ato da exclusão do Simples da recorrente, a exigência aqui reclamada baseia-se em remunerações de seus empregados e de contribuintes individuais.

Sobre a competência desta Seção de Julgamento, transcrevo o inciso IV, artigo 2º do Anexo II, com a redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016:

Art. 2º À 1ª (primeira) Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância que versem sobre aplicação da legislação relativa a:

(...)

*IV - CSLL, IRRF, Contribuição para o PIS/Pasep ou Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), **Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB), quando reflexos do IRPJ, formalizados com base nos mesmos elementos de prova;** (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)*

(G.N)

De acordo com tal norma, no que aqui nos interessa, apenas recursos que versem sobre aplicação da legislação relativa à Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta atrairiam a competência para esta Seção de Julgamento, e só se a exigência fosse formalizada com base nos mesmos elementos de provas de eventual lançamento de IRPJ/CSLL. No caso, **não** se trata nem mesmo de Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta.

Dispõe ainda o mesmo diploma no art. 3º, IV, que:

Art. 3º À 2ª (segunda) Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância que versem sobre aplicação da legislação relativa a:

(...)

IV - Contribuições Previdenciárias, inclusive as instituídas a título de substituição e as devidas a terceiros, definidas no art. 3º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007;

(G.N)

A distribuição de competência entre as três Seções de Julgamento do CARF consiste em repartição jurisdicional em razão funcional, para atender o interesse público. Como tal, não é passível de modificação, devendo eventual incompetência ser conhecida de ofício

Assim, tendo em vista que o presente caso trata de exigência de contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações de seus empregados e de contribuintes individuais, resta claro que ele está fora do âmbito de competência de julgamento desta 1ª Seção, devendo ser remetido à 2ª Seção, que tem a efetiva competência para o julgamento.

Conclusão

Diante do exposto, voto por declinar da competência para julgamento do recurso em favor da Segunda Seção de Julgamento.

(assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza