



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

Processo nº 15586.001972/2010-35
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2403-001.582 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de agosto de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente ZORTRAN LOCAÇÕES E SERVIÇOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/07/2007

EMPRESA EXCLUÍDA DO SIMPLES. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Com base no livre convencimento do julgador, o processo que discute a incidência de contribuição previdenciária é momento oportuno para analisar o mérito da exclusão do SIMPLES.

MULTA DE MORA.

Recálculo da multa de mora para que seja aplicada a mais benéfica ao contribuinte por força do art. 106, II, “c” do CTN.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de voto, dar provimento parcial ao recurso para determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei no 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Marcelo Magalhães Peixoto - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Maria Anselma Coscrato dos Santos, Marcelo Magalhães Peixoto, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro e Ewan Teles Aguiar.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de Auto de Infração – AI nº 37.310.622-0, cuja notificação ocorreu em 22/12/2010, lavrado no valor de **R\$ 106.374,68** (cento e seis mil, trezentos e setenta e quatro reais e sessenta e oito centavos), em relação ao período compreendido entre 01/2006 a 07/2007, por ter o contribuinte deixado de recolher à seguridade social as contribuições sociais relativas à parte patronal, incidentes sobre a remuneração paga aos segurados empregados e contribuintes individuais – empresários (pró-labore), bem como as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa, decorrente dos riscos ambientais do trabalho - RAT.

A Recorrente informou em suas GFIPs que era optante do SIMPLES, não sendo as remunerações do período consideradas como base de cálculo previdenciária, o que ensejou o auto em tela.

Consta no Relatório Fiscal, que para a apuração dos valores foram verificados os documentos, a seguir relacionados: Diário n.º 4 e Razão; Folhas de Pagamento; Rescisões Contratuais; Registro de Empregados; RAIS; Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP, Guias da Previdência Social — GPS; Contrato Social e alterações posteriores; Documentos contábeis.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com o lançamento, a Recorrente contestou o presente Auto de Infração por meio do instrumento de fls. 285/310.

DA DECISÃO DA DRJ

Após analisar os argumentos da Recorrente, a 14ª Turma da Delegacia da Receita do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro-DRJ/RJ1, prolatou o Acórdão nº 12-36.151, de fls. 1.049/1.054, da numeração digital, mantendo procedente lançamento, conforme ementa que abaixo se transcreve, *in verbis*:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIARIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/07/2007

INDEFERIMENTO DE OPÇÃO AO SIMPLES. DISCUSSÃO INOPORTUNA EM PROCESSO DE LANÇAMENTO FISCAL PREVIDENCIÁRIO.

O foro adequado acerca do indeferimento da opção da empresa pelo SIMPLES é o respectivo processo instaurado para esse fim. Descabe em sede de processo de lançamento fiscal de crédito tributário previdenciário discussão acerca dos motivos que conduziram ao indeferimento da opção.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

DO RECURSO

Inconformada, a empresa interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário de fls. 1.059/1.075, requerendo a reforma total do Acórdão da DRJ, com os seguintes argumentos:

Empresa do SIMPLES

Alega a empresa nulidade do Auto de Infração em face da ausência de fato capaz de fazer com que a fiscalização desconsiderasse o regime tributário SIMPLES, para que pudesse lhe exigir contribuições previdenciárias referentes à contribuição relativa à parte patronal, incidente sobre a remuneração paga aos segurados empregados e contribuintes individuais, inclusive para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais de trabalho.

A Recorrente alega que apesar de não ser o posicionamento adotado no acórdão de 1º Instância esse seria o momento para se discutir os motivos que conduziram ao indeferimento/exclusão da opção pelo SIMPLES, em face do princípio da legalidade.

Acrescenta que, a motivação é elemento norteador dos atos administrativos e sendo assim, não se verificando a exclusão da empresa no regime tributário SIMPLES não haveria motivo para haver lançamento fiscal que decorreu justamente dessa desconsideração.

Também aduz não concordar com a retroatividade da exclusão do SIMPLES, até mesmo porque não teria sido demonstrado pela fiscalização o exercício pela empresa de atividades descritas, no ano de 2002, que pudessem ensejar esta referida exclusão.

Por fim, colaciona algumas decisões do STJ as quais dispõem que o ato de excluir a pessoa jurídica do SIMPLES somente surtirá efeitos a partir do mês subsequente, o que torna impossível retroagir os efeitos da exclusão a período anterior, sob ofensa ao princípio da irretroatividade.

Do Pedido

Requer seja dado provimento ao recurso para que seja declarada a nulidade do Auto de Infração.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme fls. 1.058 e 1.059 da numeração digital dos autos, o Recurso Voluntário é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

Com relação à alegação da Recorrente de que pertence ao regime tributário do SIMPLES e este processo é o momento oportuno para fazer valer seu direito de permanecer no regime especial, mesmo após a instauração de um processo específico, entendo que assiste razão à Recorrente, pois, com base no livre convencimento do julgador, este relator pode se manifestar acerca da legalidade ou não da exclusão. Por esse motivo, passa-se a analisar o mérito da exclusão do SIMPLES.

Segundo o Relatório Fiscal de fl. 121/131, *verbis*:

“9.1 a empresa é uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, constituída em 02/06/1998, e que nesta mesma data efetuou a opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

9.1.1 A Receita Federal do Brasil, mediante o Ato Declaratório DRF/VIT/ES n.º 10, de 24/01/2008, cópia em anexo, excluiu a empresa do SIMPLES, a partir de 01/01/2002, em decorrência do exercício de atividades vedadas à opção por esta forma de tributação.”

De acordo com o Ato Declaratório DRF/VIT/ES nº 10/2008, constante na fl. 143, *verbis*:

“ZORTRAN LOCAÇÕES E SERVIÇOS LTDA – CNPJ 02.598.140/0001-39 está EXCLUÍDA da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições de que trata o artigo 3º da Lei supracitada, denominada SIMPLES, a partir de 1º de janeiro de 2002, pelo exercício de atividades tipificadas como sendo de locação de mão-de-obra e construção civil; atividades vedadas à opção pela sistemática tributária em questão, nos termos do inciso V, § 4º, e inciso XII, alínea ‘f’, do art. 9º, da Lei 9.317/96.

Os efeitos da exclusão estão em conformidade com o disposto no inciso II do art. 15 da Lei 9.317/96, com as alterações dadas pelo art. 33 da Lei 11.196/05 e art. 24, § 1º, inciso II da Instrução Normativa SRF nº 608/06.”

Para a Recorrente, a exclusão do SIMPLES foi nula, tendo em vista que ela não realizou locação apenas de maquinário e não de mão de obra (fato impeditivo para a permanência no SIMPLES, nos termos da alínea “f”, inciso XII, do art. 9º da Lei n. 9.317/96, vigente na época), *verbis*:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

XII - que realize operações relativas a:

(...)

f) prestação de serviço vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra; (grifo nosso)

Contudo, analisando as Notas Fiscais juntadas pela própria Recorrente em sede de Impugnação, especificamente nas fls. 533, 537, 547, 549, entre outras, verifica-se que de fato houve a locação de mão de obra.

Por essa razão, restou comprovada que a exclusão da Recorrente do SIMPLES ocorreu por ela ter realizado atividades incompatíveis aos optantes desse regime diferenciado. Logo, nesse ponto, deve o lançamento ser mantido.

DA MULTA APLICADA

A multa aplicada teve por base o artigo 35-A da lei 8.212/91, combinado com o art. 44, inciso I da Lei n. 9.430, de 27.12.96, ambos com redação da MP n. 449 de 04.12.2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27.05.2009, o qual dispõe que nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei no 9.430, de 1996.

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

Ocorre que, no presente caso, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 em comparativo com a multa aplicada com base na redação do artigo 35-A da Lei 8.212/91, para determinação e prevalência da multa mais benéfica ao contribuinte.

Tendo em vista que o artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, comine-lhe penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 em comparativo com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35-A da Lei 8.212/91, combinado com o art. 44, inciso I da Lei n. 9.430, de 27.12.96, ambos com redação da MP n. 449 de 04.12.2008, convertida na Lei n. 11.941, de 27.05.2009, para determinação e prevalência da multa mais benéfica, **no momento do pagamento**.

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

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

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

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

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

O artigo 61 da Lei 9.430/96 estabelece que os débitos referentes a contribuições não recolhidas no prazo previsto em lei, **estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.**

CONCLUSÃO

Do exposto, voto pelo **provimento parcial** ao Recurso Voluntário para determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei no 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.

Marcelo Magalhães Peixoto