



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

Processo nº 37299.010955/2005-08
Recurso nº 142.474
Resolução nº **2401-000.135 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 09 de fevereiro de 2011
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente UNICEL SOROCABA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

RESOLVEM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência.

Elias Sampaio Freire
Presidente

Cleusa Vieira de Souza
Relatora

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Cleusa Vieira de Souza, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

RELATÓRIO

Trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra a empresa em epígrafe, constante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito –NFLD nº 37.753.948-6 que, de acordo com o Relatório Fiscal de 97/100, refere-se à diferenças das contribuições destinadas à Seguridade Social, a cargo da empresa, incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados e aos pro-labore dos sócios, devidas e não recolhidas ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, na época própria, conforme previsão contida no artigo 30, alínea “b” da Lei nº 8212/91, relativas ao período de 06/1997 a 10/2004, num montante de R\$ 868.012,68 (oitocentos e sessenta e oito mil, doze reais e sessenta e oito centavos).

Tempestivamente a Contribuinte apresentou sua impugnação, fls. 127/163, acompanhada dos documentos de fls. 164/197, alegando, em síntese o seguinte:

que a notificação considerou a empresa como não optante pelo SIMPLES. No entanto a empresa é optante pelo referido sistema, uma vez que não consta qualquer determinação de exclusão da impugnante;

que a Lei nº 9639/98, em seu artigo 11, anistiou todos aqueles responsabilizados pelos fatos descritos no artigo 95 da Lei nº 82123/91, devendo, portanto, tal disposição aqui ser aplicada;

que as contribuições anteriores a março de 2000, não podem mais ser exigidas em face ter operado a decadência prevista no artigo 173 c/c o art. 150 § 4º do do CTN;

que a multa não foi individualizada conforme prevê a Constituição Federal, devendo, portanto, ser anulada;

que a aplicação da multa não pode ser exorbitante a ponto de constituir em verdadeiro confisco do patrimônio do contribuinte, o que é vedado pela Constituição Federal; não podendo ser superior a 20%;

que a multa foi aplicada em virtude de recolhimento fora de época, no entanto, deve ser considerado o instituto da denúncia espontânea onde há pagamentos, devendo ser excluídos os valores a título de multa;

que os serviços foram prestados por pessoas jurídicas devidamente inscritas no CNPJ e não pessoas físicas como informa o agente fiscal, devendo ser excluídos do lançamento os valores indevidamente considerados;

que não existe a obrigatoriedade das empresas optantes pelo SIMPLES apresentarem folha de pagamento;

que a contribuição para o SAT é inconstitucional e ilegal, porque o artigo 22 da Lei nº 8212/91, não obedeceu aos princípios da legalidade tipicidade que regem os tributos;

que a Lei complementar nº 84/96 que instituiu a remuneração de autônomo é inconstitucional, não podendo ser exigidas as referidas contribuições;

insurge contra a aplicação da taxa SELIC, argüindo também, sua ilegalidade.

Solicita seja declarado nulo o lançamento fiscal.

A Delegacia da Receita Previdenciária em Sorocaba, por meio da Decisão-Notificação nº 21.038.0/00172/2005, julgou procedente o lançamento.

Inconformado com a Decisão recorrida, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, conforme razões expendidas às fls. 222/242, em que, em preliminar, argüi a decadência de parte do lançamento conforme artigo 173, c/c o artigo 150 § 4º do CTN.

Sustenta a tese de que o fisco previdenciário não poderia jamais ter DESCONSIDERADO A OPÇÃO DA RECORRENTE PELO SIMPLES e com base em tal desconsideração, lavrar a NFLD em comento, posto que, tal como demonstrado cabalmente, juntamente com outras questões subsidiárias (decadência, inaplicabilidade da Taxa SELIC) apenas a Secretaria da Receita Federal, por despacho decisório, é que tem competência para declarar válida ou não a opção da Recorrente pelo SIMPLES.

Esclarece que a Recorrente manifestou seu interesse de aderir ao SIMPLES (em 23/02/2001), enviando à Secretaria da Receita Federal, via correio, com aviso de Recebimento –AR (doc. 05) os documentos necessários para tanto, efetuando, a partir de então, tanto a declaração, quanto o recolhimento de seus tributos nos exatos moldes do referido sistema, permanecendo sempre em dia com suas obrigações; destaca que jamais recebeu qualquer despacho decisório da SRF referentemente ao indeferimento de sua opção pelo SIMPLES.

Por outro lado, o que recebeu foi um Termo de Intimação Fiscal (rastreamento nº 17716362-6) emitido em 15/11/2003 pela Secretaria da Receita Federal, determinando que a recorrente apresentasse suas declarações de Contribuições e Tributos Federais – DCTF dos anos de 2001 e 2002; em resposta a recorrente protocolizou petição, esclarecendo estar desobrigada da apresentação de DCTF em razão de ser optante pelo SIMPLES.

Por meio do Comunicado nº 10855/SACAT/SICODC/ 174/04-E, a Recorrente tomou conhecimento da decisão proferida pela Secretaria da Receita Federal, não acolhendo a alegação exposta na referida petição, acarretando, assim, a apresentação de nova manifestação, onde foram ratificados os termos daquela primeira, inclusive enfatizando ser a mesma optante pelo SIMPLES.

Alega, então, que de fato, a Secretaria da Receita Federal ainda não apreciou referida petição e, muito menos, proferiu despacho decisório indeferindo a opção pelo SIMPLES efetuada pela Recorrente, permanecendo a questão, desta forma, ainda pendente de decisão final.

Alega, por fim, que o Sindicato das Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência Social, de Orientação e Formação Profissional no Estado de São Paulo – SINDELIVRE, do qual a Recorrente faz parte, possui sentença procedente proferida nos autos do Mandado de Segurança Coletivo nº 97.0008609-7, impetrado perante a Seção Judiciária de

São Paulo em 04/04/1997, assegurando o direito de seus filiados de apurarem e recolherem seus tributos com base no SIMPLES

Do exposto e considerando que a lavratura da presente NFLD decorreu da DESCONSIDERAÇÃO DA OPÇÃO DA RECORRENTE PELO SIMPLES, ato de competência conferida exclusivamente à Secretaria da Receita Federal, é imprescindível que seja reconhecido que o ato que ensejou a lavratura da NFLD carece de motivação.

Que é incorreta a aplicação da taxa de juros com base na SELIC

Ao final requereu fosse declarada a decadência do direito de lançar parte dos valores, referentes aos anos de 1997, 1998, 1999 e aos períodos de apuração de janeiro e fevereiro de 2000, nos termos do § 4º do artigo 150 do CTN e no mérito, que seja totalmente reformada a decisão recorrida, para que seja julgada totalmente improcedente a NFLD nº 35.753.948-6, uma vez que a Recorrente é optante pelo SIMPLES.

No entanto caso não seja esse o entendimento desse E. Conselho, e tendo em vista a pendência de manifestação final da Secretaria da Receita Federal quanto à validade de sua opção ao SIMPLES, requer o sobrestamento dos presentes autos até a prolação da referida decisão.

A Delegacia da Receita Previdenciária em Sorocaba ofereceu contrarrazões, em que alega que após análise do documento de fls. 222/242 e das alegações apresentadas pela recorrente, à luz da legislação pertinente, conclui-se que o RECURSO não pode ser provido, pois, os elementos novos carreados aos autos não têm força probatória capaz de modificar a origem do débito levantado, assim como a decisão prolatada pela autoridade julgadora.

A recorrente, apesar de insistir no argumento de que é optante pelo SIMPLES, não comprovou de forma cabal o alegado. Os documentos juntados, as fls. 329/338, corroboram o entendimento de que não é optante pelo SIMPLES, tanto que a Receita Federal, órgão competente para admitir a inclusão da contribuinte no Simples, indeferiu pleito da empresa quanto a dispensa de entrega de DCTF, dando a ela o tratamento exigido das empresas não admitidas no sistema. O aviso de recebimento apresentado, bem como as respostas ao Termo de Intimação para apresentação de DCTF, expedidos pela Receita Federal, não permitem firmar o entendimento de que a empresa é realmente optante, como também não comprovam a existência de litígio entre a recorrente e a Receita Federal, quanto ao enquadramento no Simples.

Da mesma forma, a alegação de que teria assegurado o direito de apurar e recolher seus tributos com base no Simples, por força de decisão em Sentença proferida nos Autos de Mandado de Segurança Coletivo nº 97.0008609-7, em Ação Judicial impetrada perante a Seção Judiciária de São Paulo, em 04/04/1997, pelo Sindicato das Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência Social, de Orientação e Formação Profissionais no Estado de São Paulo- SINDELIVRE, do qual afirma fazer parte, conforme documento de fls. 340, não pode ser acolhida, uma vez que o documento apresentado, por si só, não comprova o alegado direito. Ademais, a recorrente não trouxe aos autos, nem mesmo a Decisão Judicial mencionada, assim como não comprovou a alegada filiação ao referido sindicato.

A Recorrente apresenta aditamento ao recurso, em que alega, em síntese:

Que conforme já amplamente aduzido e comprovado nos autos do processo em epígrafe, a recorrente fez a opção pelo SIMPLES nos termos do artigo 8º da lei nº 9.317/96.

Que a prova da efetivação dessa opção é a cópia autenticada da guia de visto de Recebimento do Termo de Opção pelo Simples (acostada às fls. 330), referente ao requerimento postado pela recorrente em 23/02/2001 e recebido pelo funcionário da recorrida (matrícula ti.º 9116550).

Desse modo, a opção da recorrente pelo SIMPLES ocorreu plenamente, através da entrega do DBE, bem como do FCPJ através de disquete para a Secretaria da Receita Federal.

Também demonstra a opção realizada pela recorrente o fato de que ela, desde então, vem recolhendo os tributos federais incluídos no SIMPLES de acordo com este regime especial.

Vem cumprindo pontualmente as obrigações acessórias pertinentes a esse regime — fato este não impugnado pela recorrida até então.

Ocorre que até a presente data não houve qualquer despacho decisório indeferindo a opção da recorrente pelo SIMPLES ou a excluindo deste regime.

Nesta senda, não há como se admitir os efeitos desta exclusão — se é que ela realmente existiu —, enquanto dela não for o contribuinte regularmente intimado e, portanto, sem ter sido oportunizado o contraditório.

Aduz que é importante informar que o sindicato integrado pela recorrente, ingressou com o Mandado de Segurança nº 97.0008609-7, na 22ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo/SP como objeto a concessão de ordem judicial que permitisse o direito de seus associados se inscreverem no SIMPLES. Cuja segurança foi concedida. (juntou aos autos os documentos de fls. 381 a 395. Informa que atualmente os autos encontram-se aguardando julgamento da Apelação interposta pela União Federal, na Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Traz à colação excertos de casos semelhantes julgados por este Conselho:

"Indevida a exclusão do contribuinte da Sistemática do SIMPLES, através de Ato Declaratório de Exclusão inexistente.

"SIMPLES - EXCLUSÃO - PROCESSUAL - NULIDADE.

É nula a exclusão do Simples que não segue as formalidades legais, previstas no Art. 15, § 3º, da Lei nº 9.317/96, com as alterações da Lei nº 9.732/98.

PROCESSO QUE SE ANULA AB INITIO."

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

O ato administrativo que determina a exclusão da opção pelo SIMPLES deve observar o prescrito na lei quanto à forma, devendo ser motivado com a demonstração dos fundamentos e dos fatos jurídicos que o embasaram, consoante o art. 50 da Lei nº 9.784/99. Caso contrário, é ato que deve ser declarado nulo, ex vi do art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

“Opção pelo SIMPLES deve observar o prescrito na lei quanto à forma, devendo ser motivado com a demonstração dos fundamentos e dos atos

jurídicos que o embasaram. Caso contrário, é ato que deve ser declarado nulo”

SIMPLES - NULIDADE - VICIO DE FORMA —

É nulo o ato administrativo eivado, já que deve observar o prescrito na lei quanto à forma, devendo ser motivado com a demonstração dos fundamentos e dos fatos jurídicos que o embasaram. Inobservados os requisitos formais, há de ser considerado nulo, não acarretando nenhum efeito.

"A falta de ciência do Ato Declaratório de exclusão do SIMPLES impede o início dos seus efeitos, devendo a Recorrente permanecer no SIMPLES desde a datado início do efeito de sua opção pelo sistema.

RECURSO PROVIDO POR UNANIMIDADE."

Requer o aditamento ao Recurso Protocolizado sob o n. 37299.010955/2005-08, em 22 de dezembro de 2005, de modo a julgar totalmente improcedente o Auto de Infração nº 35.753.948-6.

É o relatório.

VOTO

Conselheira, Cleusa Vieira de Souza, relatora

Conforme relatado, a tese principal do presente recurso é a de que a recorrente fez a opção pelo SIMPLES nos termos do artigo 8º da lei nº 9.317/96.

Que a prova da efetivação dessa opção é a cópia autenticada da guia de visto de Recebimento do Termo de Opção pelo Simples (acostada às fls. 330), referente ao requerimento postado pela recorrente em 23/02/2001 e recebido pelo funcionário da recorrida (matrícula ti.º 9116550).

Contudo, não se pode afirmar que a opção da recorrente pelo SIMPLES tenha ocorrido plenamente, seja através da entrega do DBE, ou do FCPJ através de disquete para a Secretaria da Receita Federal.

Por outro lado, tende a demonstrar a opção realizada pela recorrente o fato de que ela, desde então, vem recolhendo os tributos federais incluídos no SIMPLES de acordo com este regime especial, vem cumprindo pontualmente as obrigações acessórias pertinentes a esse regime — fato este não impugnado pela recorrida até então.

A Secretaria de Receita Previdenciária, por seu turno alega que apesar de a recorrente insistir no argumento de que é optante pelo SIMPLES, não comprovou de forma cabal o alegado. Os documentos juntados, as fls. 329/338, corroboram o entendimento de que não é optante pelo SIMPLES, tanto que a Receita Federal, órgão competente para admitir a inclusão da contribuinte no Simples, indeferiu pleito da empresa quanto a dispensa de entrega de DCTF, dando a ela o tratamento exigido das empresas não admitidas no sistema. O aviso de recebimento apresentado, bem como as respostas ao Termo de Intimação para apresentação de DCTF, expedidos pela Receita Federal, não permitem firmar o entendimento de que a empresa é realmente optante, como também não comprovam a existência de litígio entre a recorrente e a Receita Federal, quanto ao enquadramento no Simples.

Nesse sentido, não se pode ter a convicção do indeferimento da Opção pelo Simples, uma vez que esta foi, de fato, formalizada e demonstrada nos autos, nos termos do artigo 8º da 9.317/96, que determina:

Art. 8º a opção pelo SIMPLES dar-se-á mediante a inscrição da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda — CGC/MF, quando o contribuinte prestará todas as informações necessárias, inclusive quanto:

I'- especificação dos impostos, dos quais pé contribuinte (IPI, ICMS OU ISS);

II - ao porte da pessoa jurídica (microempresa ou empresa de pequeno porte).

É de se ver portanto, que a opção ao citado regime é ato unilateral do contribuinte. É certo que este ato fica pendente de aprovação que se dará com a convalidação feita pela Receita Federal que irá verificar se realmente o contribuinte preenche todas as condições para estar no referido regime. Porém, no presente caso, se não houve uma convalidação formal, posto que a opção não consta do sistema, também não consta dos autos qualquer despacho decisório indeferindo a opção da recorrente pelo SIMPLES ou a excluindo deste regime, conforme determinação do § 6º do mesmo artigo determina que “o *indeferimento da opção pelo SIMPLES*’, mediante despacho decisório de autoridade da Secretaria da Receita Federal, submeter-se-á ao rito processual do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

Quanto ao argumento de que Sentença proferida nos Autos de Mandado de Segurança Coletivo nº 97.0008609-7, em Ação Judicial impetrada perante a Seção Judiciária de São Paulo, em 04/04/1997, pelo SINDELIVRE, do qual afirma fazer parte, não pode ser acolhida, uma vez que o documento apresentado, por si só, não comprova o alegado direito. A recorrente não trouxe aos autos, nem mesmo a Decisão Judicial mencionada, assim como não comprovou a alegada filiação ao, referido sindicato.

Nesse ponto, não lhe confiro razão, pois conforme se verifica dos documentos de fls. 381 a 395, a Recorrente, de fato, é associada do referido SINDELIVRE e que este impetrou Mandado de Segurança nº 97.0008609-7, na 22ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo/SP como objeto a concessão de ordem judicial que permitisse o direito de seus associados se inscreverem no SIMPLES. Cujas segurança foi concedida.

Entretanto, consta dos autos a informação de que tal decisão foi objeto de apelação que ainda se encontra tramitando, por outra, não há a informação da conclusão do citado feito. Além disso, por si só não comprova sua inclusão no referido sistema, uma vez que tal decisão garante apenas o direito de as empresas se inscreverem no SIMPLES.

Por essas razões entendo que estes autos devam retornar à origem para que a Receita Federal do Brasil informe qual a real situação da empresa com relação ao SIMPLES, se sua opção foi ou não convalidada e, ainda, se a segurança concedida no citado Mandado de Segurança, tenha transitado em julgado, ou seja se a apelação foi ou não julgada.

Diante do exposto, voto pela conversão do julgamento em diligência nos termos acima propostos.

Cleusa Vieira de Souza.