



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

Processo nº 37299011017200517
Recurso nº 142.476
Resolução nº **2401-000.136 – 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 Auto de Infração lavrado, em face da empresa em epígrafe, lavrado com fundamento no artigo 32, inciso IV e §§ 3º e 5º da Lei nº 8212/91, c/c os art. 225, inciso IV e § 4º, do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3048/99.

De acordo com o relatório fiscal do Auto de Infração, A Empresa UNICEL SOROCABA LTDA intimada através do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD, com cópia em anexo, comprovou a entrega na rede bancária da GFIP — Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social com dados omissos quanto à remuneração ou retribuição paga aos contribuintes individuais (autônomos), infringindo o disposto no art.32, inciso IV, §5º, da Lei Nº 8212/91, com redação acrescentada pela Lei Nº 9.528/97.

A Empresa UNICEL SOROCABA LTDA comprovou a entrega na rede bancária da GFIP com código de "Optante pelo Simples" nas competências de 06/2003 até 10/2004, entretanto, a empresa não comprovou ter o Termo de Opção, infringindo assim o disposto no art. 32, inciso IV, §5º, da Lei Nº8212/91, com redação acrescentada pela Lei Nº 9528/97.

Informa o citado relatório que a Empresa alega ser Optante pelo Sistema Simplificado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, pelo fato de ter feito pedido de opção por meio postal, conforme aviso de recebimento, em 23/02/2001. Entretanto, a Secretaria da Receita Federal - SRF, por meio de Termo de Intimação Fiscal Nº Rastreamento 17716362-6, lavrado em 15/11/2003, intimou o contribuinte para apresentar Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais — DCTF(s) relativas a todos os trimestres dos anos de 2001 e 2002. Diante disso, em 17/12/2003, a empresa enviou resposta à Delegacia da Receita Federal em Sorocaba declarando ser dispensada dessa apresentação, já que se considerava Optante do SIMPLES, pedindo assim a anulação do Termo acima citado. Posteriormente, em 29/01/2004, a Delegacia da Receita Federal em Sorocaba, através do, Comunicado/10855/SACAT/SICODEC/Nº 174/04-E, negou o pedido de anulação, informando que continua pendência nos sistemas da SRF pela não entrega das DCTF(s). Novamente, em 11/02/2004, a Unicel Sorocaba Ltda reenviou resposta à Delegacia repetindo seus argumentos e pedindo revisão da anulação do Termo de Intimação Fiscal.

Por fim, em consulta a Informação Cadastral, em anexo, tela CONSIMPLES, do sistema da Secretaria da Receita Previdenciária não consta o contribuinte como Optante pelo SIMPLES e, em acréscimo, constata-se no site da SRF a situação de Não Optante pelo Simples.

A multa foi aplicada, de acordo com o estabelecido no artigo 32, inciso IV, § 5º, da Lei nº 8.212/91, na redação acrescentada pela Lei nº 9.528/97, combinado com o artigo 284, inciso II, do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, no valor total de R\$ 41.531,99 (quarenta e um mil quinhentos e trinta e um reais e noventa e nove centavos).

Tempestivamente a Contribuinte apresentou sua impugnação, fls. 127/163, acompanhada dos documentos de fls. 46/105, em que solicita seja declarado nulo o lançamento fiscal.

A Delegacia da Receita Previdenciária em Sorocaba, por meio da Decisão-Notificação nº 21.038.0/00166/2005, julgou procedente a autuação.

Inconformado com a Decisão recorrida, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, conforme razões expendidas às fls. 126/142, em que, em preliminar, argúi a decadência de parte do lançamento conforme artigo 173, c/c o artigo 150 § 4º do CTN.

Sustenta a tese de que tal exigência não pode prosperar, tendo em vista que decorreu de desconsideração da situação da Recorrente de optante pelo regime de tributação denominado Sistema Simplificado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das de Pequeno Porte - SIMPLES, criado pela Lei nº 9.317/96.

Isto porque, conforme aduzido na Impugnação apresentada pela Recorrente, a qual ensejou a prolação da Decisão-Notificação - DN nº 21.038.0/0166/2005, o Fisco Previdenciário não poderia jamais ter DESCONSIDERADO A OPÇÃO DA RECORRENTE PELO SIMPLES, e, com base em tal desconsideração, lavrar o Auto de Infração em comento posto que, apenas a Secretaria da Receita Federal, por despacho decisório, é que tem competência legal para declarar válida ou não a opção da Recorrente pelo SIMPLES.

Esclarece que a Recorrente, por estar enquadrada como Empresa de Pequeno Porte, manifestou o seu interesse de aderir ao SIMPLES, enviando à Secretaria da Receita Federal - SRF, via correio, com Aviso de Recebimento - AR, os documentos necessários para tanto, efetuando, a partir de então, tanto a declaração como o recolhimento de seus tributos nos exatos moldes do referido sistema, permanecendo sempre em dia com suas obrigações tributárias.

Destacou que jamais recebeu qualquer despacho decisório da Secretaria da Receita Federal referentemente ao indeferimento de sua opção pelo SIMPLES. Que o que recebeu foi um Termo de Intimação Fiscal (rastreamento nº 17716362-6), emitido em 15/11/2003, pela Secretaria da Receita Federal — SRF, determinando que a Recorrente apresentasse suas Declaração de Contribuições e Tributos Federais — DCTFs dos anos de 2001 e 2002. Assim, em resposta àquela Intimação, em 23/12/2003, a Recorrente protocolizou petição perante a SRF, esclarecendo estar desobrigada da apresentação de DCTFs em razão de ser optante do SIMPLES. Através do Comunicado nº 10855/ SACAT/SICODEC/ nº 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 do SIMPLES. E em assim sendo, o que temos, de fato, é que 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 ainda, que além disso, o Sindicato das Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência Social, de Orientação e Formação Profissionais no Estado de São Paulo - SINDELIVRE, do qual a Impetrante faz parte, possui sentença procedente proferida nos autos 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

Diante de tais fatos, mister seja reconhecido que o ato que ensejou a lavratura do Auto de Infração em comento carece de motivação, devendo ser cancelada qualquer medida decorrente do mesmo.

Por fim, alega que o é validamente optante do SIMPLES, motivo não incorreu no alegado erro de preenchimento da GFIP quanto aos fatos geradores das contribuições previdenciárias, não havendo, assim, qualquer irregularidade passível de punição que justifique a lavratura do indigitado Auto de Infração!

Ao final requereu fosse acolhida a preliminar de decadência fosse declarada a decadência do direito de lançar parte dos valores, referentes ao ano-base de s 1999 e aos períodos de apuração de janeiro e fevereiro de 2000.

No mérito, que seja totalmente reformada a decisão recorrida, para que seja julgada totalmente improcedente o Auto de Infração nº 35.753.944-3, uma vez que a Recorrente é optante pelo SIMPLES.

A Delegacia da Receita Previdenciária em Sorocaba ofereceu contrarrazões, em que alega que após análise do documento de fls. 126/142 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. 150/194, 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 SINDELIVRE.

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. 186), referente ao requerimento postado pela recorrente em 23/02/2001 e recebido pelo funcionário da recorrida (matrícula nº 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. Cujas seguranças foram concedidas. (juntou aos autos os documentos de fls. 240 a 261. 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. 37299.011017/2005-17, em 22 de dezembro de 2005, de modo a julgar totalmente improcedente o Auto de Infração nº 35.753.945-1.

É o relatório.

VOTO

Conselheira, Cleusa Vieira de Souza, Relatora

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido.

Trata-se de Auto de Infração lavrado em face da empresa em epígrafe, com fundamento no artigo 32, inciso IV e §§ 3º e 5º da Lei nº 8212/91, c/c os art. 225, inciso IV e § 4º, do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3048/99.

Isto porque, segundo o relatório fiscal do Auto de Infração, a Empresa UNICEL SOROCABA LTDA comprovou a entrega na rede bancária da GFIP com código de "Optante pelo Simples", entretanto, não comprovou ter o Termo de Opção.

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. Cuja 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.

O entendimento majoritário dessa Turma de Julgamento é o de que os recursos contra as penalidades por descumprimento de obrigação acessória que guardem conexão com processos de exigência das obrigações principais devem aguardar o desfecho desses.

Nesse sentido, deve o presente julgamento ser convertido em diligência, retornando o processo para a origem até que se resolvam em definitivo as lides relativas às NFLD acima referidas.

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

Cleusa Vieira de Souza.

Processo nº 37299011017200517
Resolução nº **2401-000.136**

S2-C4T1
Fl. 278
