



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

Processo nº 37313.006411/2006-99
Recurso nº 148.389
Resolução nº 2401-00.065 – 4ª Câmara 1ª Turma Ordinária
Data 20 de agosto de 2009
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente VISUPLAC PROJETOS E MÍDIAS URBANAS LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

RESOLVEM os membros da Primeira Turma Ordinária da Quarta Câmara do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por maioria de votos, em converter o julgamento do recurso em diligência. Vencido o Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo (relator). Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.

ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente

KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO - Relator

ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA - Redatora Designada

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

RELATÓRIO

Trata-se do Auto de Infração – AI nº 37.030.647-3, com lavratura em 23/10/2006, posteriormente cadastrado na RFB sob o número de processo constante no cabeçalho. A penalidade aplicada foi de R\$ 983,28 (novecentos e oitenta e três reais e vinte e oito centavos).

De acordo com o Relatório Fiscal da Infração, fl. 37/40, a empresa apresentou a Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP com informações inexatas incompletas ou omissas nos dados não relacionados aos fatos geradores de contribuições previdenciárias.

Afirma-se que foi informado incorretamente o campo relativo ao enquadramento no SIMPLES para o período de 01/2002 a 09/2004. Segundo a auditoria, a empresa, que optou pelo sistema simplificado de tributação em 01/01/2000, foi excluída do mesmo pela Secretaria da Receita Federal – SRF, cujo ato fixou os efeitos da exclusão a partir de 01/01/2002.

Segundo o agente do fisco, a infração em questão deu ensejo a lançamento da obrigação principal, bem como, a outra autuação, esta última relativa ao período de 06/2003 a 09/2004, posto que no presente AI consta o período de 01/2002 a 05/2003.

Explica-se que a separação das infrações em autos distintos decorreu de alteração normativa, que tornou a multa mais gravosa a partir da competência 06/2003, porquanto erro no campo relativo ao enquadramento do SIMPLES passou a ser tratado como incorreção relacionada aos fatos geradores de contribuição.

O Relatório da Multa Aplicada, fls. 38/40, apresenta a fundamentação legal utilizada na fixação da penalidade e os critérios de sua gradação.

A empresa apresentou impugnação, fl. 46/47, todavia, as razões alegadas não foram acolhidas órgão julgador de primeira instância, fls. 99/103.

Então, foi interposto recurso voluntário, fls. 114/125, no qual a empresa alega que:

- a) é ilegítima a exigência do depósito prévio para garantia de instância;
- b) não se pode querer que a empresa tenha efetuado as declarações como não optante pelo SIMPLES, uma vez que ainda não havia desfecho nos processos relativos à sua exclusão do regime simplificado;
- c) a Lei nº 9.317/1998, que trata do SIMPLES, garante ao sujeito passivo a ampla defesa e o contraditório nos processos de exclusão desse sistema;
- d) a empresa jamais deixou de apresentar a GFIP com regularidade, portanto, inexistiu a conduta infracional;

e) a própria auditoria reconheceu a concessão de medida liminar em Mandado de Segurança tornando ilegal a exclusão da recorrente do SIMPLES no período sob discussão;

f) durante o seu período de atuação, jamais deixou de cumprir com suas obrigações fiscais;

g) fez sua opção pelo SIMPLES em 01/01/2000 e, desde então, passou a recolher os tributos de acordo com a sistemática desse regime, quando foi tomada de surpresa pela sua exclusão do sistema simplificado, sob a alegação de que a sua atividade econômica era incompatível com o mesmo;

h) a exclusão não tem razão de ser, porquanto a atividade de “confecção e locação de mobiliários urbanos, equipamentos e placas de sinalização interna e externa e serviços de comunicação” não se encontra nas hipóteses de vedação constantes do art. 9.º, inciso XII, alínea “d” e inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996, além de que preenche os demais requisitos para se manter no sistema simplificado;

i) não se deve olvidar da medida judicial de que era detentora, fato que afasta a cobrança retroativa de contribuições previdenciárias;

j) somente após o mês seguinte a sua exclusão definitiva do SIMPLES, que se deu em 28/07/2004, de acordo com o art. 16 da Lei nº 9.317/1996, é que retomaria o recolhimento nos moldes da legislação geral. Essa tese é corroborada pela decisões judiciais que colaciona;

k) de acordo com o inciso II do art. 15 da Lei do SIMPLES, os efeitos da exclusão somente se dariam ao mês subsequente a sua ocorrência, não sendo devidas as contribuições de forma retroativa;

l) além de que a SRF acatou sua opção pelo regime em comento, não lhe dando ciência até 2003 de qualquer irregularidade;

m) a decisão final do mandado de segurança que impetrou não pode ser tomada isoladamente, ante o entendimento firmado por instâncias superiores, tanto é que está manejando as providências necessárias ao saneamento da injustiça;

Ao final, pede a anulação do lançamento.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade, além de que a recorrente possuía decisão judicial garantindo o seguimento do recurso independentemente de depósito prévio.

Toda a celeuma posta a julgamento se resume ao inconformismo da recorrente quanto aos efeitos da sua exclusão pela então SRF do SIMPLES. Advoga que somente após a decisão definitiva da Administração Tributária, ocorrida, em 28/07/2004, é que estaria obrigada a recolher os tributos nos moldes das empresas em geral.

Consequência disso, afirma, é que a obrigação de se declarar como não optante do regime tributário simplificado não existiria para período do AI, cujas competências envolvidas é de 01/2002 a 05/2003.

O julgador monocrático sustentou a tese de que quem detinha competência para se pronunciar sobre os efeitos da exclusão do SIMPLES era a SRF, portanto, como esse órgão posicionou-se pela exclusão com efeitos retroativos, a aplicação da multa seria procedente, haja vista que se configurou a errônea declaração na GFIP do campo relativo à opção pelo SIMPLES, conduta tida como contrária à legislação de regência.

Não há maiores dificuldades na solução dessa contenda, posto que já solucionada tanto no âmbito administrativo, quanto na esfera judicial. Administrativamente foi exarada a decisão da Delegacia da Receita Previdenciária em Brasília, fl. 243, da qual é bom que se transcreva o excerto:

"Observa-se, à fl. 11, que a ciência do resultado da análise da Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão à Opção pelo Simples – SRS ocorreu em 30/08/2001 e o presente processo foi formalizado em 31/07/2002. Portanto, a impugnação em questão foi apresentada intempestivamente e, verifica-se, não apresenta requisitos que obriguem o seu encaminhamento à Delegacia da Receita Federal de Julgamento.

Assim, informo à requerente que a sua exclusão do Simples tornou-se definitiva, na esfera administrativa com efeitos a partir de 01/11/2000."

A empresa atacou a decisão acima pelo manejo do Mandado de Segurança n.º 2004.027256-7, tendo o Juiz da 21.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal ~~concedido parcialmente a segurança para declarar a impossibilidade de se conferir efeito retroativo à decisão que excluiu a impetrante do SIMPLES.~~

A Procuradoria da Fazenda nacional interpôs recurso de apelação, o qual obteve provimento por decisão unânime, tendo o relator *ad quem* lançado os seguintes argumentos na sua fundamentação:

“Assim, constatado o não preenchimento das condições legais desde o ingresso da optante no SIMPLES, os efeitos da exclusão, ou melhor da não-inclusão a esse regime devem retroagir à data em que a contribuinte passou a optar à aludida sistemática, sob pena de enriquecimento ilícito. Frise-se que esse entendimento não induz a retroatividade da MP 2.158-65/2001, que alterou a redação do art. 15, II, da Lei n.º 9.317/96, uma vez que a hipótese em comento não trata de exclusão, não havendo o que se falar de situação excludente, mas de indeferimento de inclusão.

Dessa forma não há óbice para que os efeitos da exclusão se operem a partir da data de opção no regime do SIMPLES, em 01 JAN 2000.”

O referido Acórdão foi publicado no DJ do dia 02/06/2006, tendo transitado em julgado no dia 21/06/2006¹.

Isso posto, fácil concluir que, tendo sido conferido caráter retroativo aos efeitos das exclusão da recorrente do SIMPLES, há reflexo dessa decisão também nas obrigações acessórias que têm como núcleo o dever do sujeito passivo de informar corretamente o regime tributário ao qual estava submetido.

Vê-se, então, que a incorreta declaração relativa a opção pelo SIMPLES é conduta que fere o dever instrumental previsto no § 6.º do art. 32 da Lei n.º 8.212/1991, ensejando a aplicação da sanção legal correspondente. Nesse sentido, a empresa excluída deveria ter promovido a retificação das GFIP para corrigir a informação do campo relativo à opção pelo SIMPLES, sob pena de sofrer autuação.

Na espécie, não se verificou a retificação da declaração de GFIP, quanto a esse aspecto, com o que se conclui pela procedência do AI.

Há, todavia, um aspecto a ser considerado na aplicação da penalidade. É que ocorreu alteração do cálculo da multa para esse tipo de infração pela Medida Provisória n.º 449, de 03/12/2008, convertida na Lei n.º 11.941, de 27/05/2009.

Nessa toada, deve-se verificar qual critério é mais benéfico para o contribuinte, de forma a prestigiar o comando contido no art. 106, II, “c”, do CTN, *verbis*:

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

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

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

¹ Consulta efetuada em <http://www.trf1.gov.br/Processos/ProcessosTRF/>, dia 10/07/2009, às 17:30 h.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso, ressaltando, no entanto, que seja feita adequação no valor da penalidade, de forma que prevaleça a menos severa, quando se compare, para cada uma das competências que compõem o débito, de um lado a soma da multa do presente AI com a da NFLD correlata (critério antigo), e do outro, à multa prevista no inciso I do art. 44 da Lei n.º 9.430/1996 (critério atual).

Sala das Sessões, em 20 de agosto de 2009


KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO – Relator

VOTO VENCEDOR

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Redatora Designada

Divirjo do entendimento do ilustre relator por considerar que existe um óbice ao julgamento do Auto de Infração em questão, vista a existência de NFLD correlata lavrada durante o mesmo procedimento fiscal.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

Apesar de terem sido apresentados e rebatidos diversos argumentos em sede de recurso, entendo haver uma questão prejudicial ao presente julgamento. A decisão da procedência ou não do presente auto-de-infração está ligado à sorte das Notificações Fiscais lavradas sob fatos geradores de mesmo fundamento, sendo que não foi possível identificar qual o fato gerador objeto de cada uma delas e existência de decisão final a respeito das mesmas.

Assim, para evitar decisões discordantes faz-se imprescindível a análise conjunta com as referidas Notificações Fiscais.

Dessa forma, este auto-de-infração deve ficar sobrestado aguardando o julgamento das NFLD conexa(s). Caso as referidas NFLD já tenham sido quitadas, parceladas ou julgadas deve ser colacionada tal informação aos presentes autos. No caso, requer seja realizado detalhamento acerca do resultado, do período do crédito e da matéria objeto da NFLD (ou seja, individualizando o resultado em relação a cada um dos fatos geradores apurados), para que se possa identificar corretamente a correlação e proceder ao julgamento do auto em questão.

CONCLUSÃO:

Voto pela CONVERSÃO do julgamento EM DILIGÊNCIA, devendo ser sobrestado este auto-de-infração até o transito em julgado das Notificações Fiscais conexas e prestadas as informações nos termos acima descritos. Do resultado da diligência, antes de os autos retornarem a este Colegiado deve ser conferida vistas ao recorrente, abrindo-se prazo normativo para manifestação.

Sala das Sessões, em 20 de agosto de 2009



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA - Redatora Designada