



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

Processo n° 10665.001863/2010-14
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **2803-01.664 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 12 de julho de 2012
Matéria TERCEIROS
Recorrente COLÉGIO NOVO SER LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/11/2005 a 31/12/2008

AUTO DE INFRAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXCLUSÃO DO SIMPLES. SUSPENSÃO DO DIREITO DE LANÇAMENTO DO FISCO. INOCORRÊNCIA

Sob pena de responsabilidade funcional, o Auditor Fiscal da Receita Federal tem a obrigação de efetivar o devido lançamento quando presentes as condições legais para tanto. A discussão acerca da exclusão do SIMPLES não tem efeito suspensivo, não impedindo o fisco de lançar o que devido, inclusive evitando a decadência de eventuais créditos.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) relator(a).

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Oséas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Natanael Vieira dos Santos e Osmar Pereira Costa.

Relatório

DO LANÇAMENTO

Trata-se de crédito lançado contra o contribuinte em epígrafe, relativo às competências de 07/2007 a 12/2008, inclusive 13º salário/2008. De acordo com o Relatório do Auto de Infração (fls. 34/36), o crédito é referente a contribuições para Outras Entidades e Fundos (Salário Educação -FNDE, INCRA, SESC e SEBRAE), incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada a qualquer título, no decorrer do mês a empregados.

Consta ainda no mencionado relatório de fls. 34/36:

- que o sujeito passivo ministrou de 11/2005 a 12/2008, entre outros, os cursos de "Educação Infantil", "Ensino Fundamental" e "Ensino Médio", desde 29/06/2004, conforme Parecer nº 824/2004 de 29/9/2004, Portarias nº 556/2005 e nº 557 de 3/5/2005 e Portaria nº 641 de 2/6/2007 emitidas pela Secretaria Regional de Educação - SER Pará de Minas;

- que a partir de 1/1/2009 o contribuinte transferiu o Ensino Médio para o Colégio Cidade de Bom Despacho Ltda;

- que por manter o curso de Ensino Médio, o contribuinte incorreu em vedação à opção pelo SIMPLES FEDERAL no período de 29/9/2004 a 30/6/2007 e em razão disso foi excluído desse regime de tributação pelo Ato Declaratório nº 66, de 8/11/2010 com efeitos retroativos a partir de 1/10/2004;

- que o sujeito passivo também foi excluído do SIMPLES NACIONAL por meio do Ato Declaratório nº 65, de 8/11/2010, com efeitos retroativos a 1/07/2007. Tais efeitos se estenderam até 12/12/2008;

- que apesar de excluído do SIMPLES FEDERAL e NACIONAL o contribuinte enviou GFIP declarando-se, indevidamente, como optante pelo SIMPLES o que provocou a omissão nessa declaração de contribuições para a Previdência Social;

DA CIÊNCIA DO LANÇAMENTO

O contribuinte foi cientificado do lançamento fiscal em 26/11/2010 (fl. 01), apresentando impugnação.

A decisão de primeira instância administrativa fiscal confirmou a procedência parcial do lançamento para aplicar a multa mais benéfica.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O contribuinte foi cientificado da decisão em 04/08/2011, inconformado interpôs recurso voluntário em 05/09/2011, alegando em síntese:

- preliminarmente, a suspensão da exigibilidade da exação até o julgamento definitivo da manifestação de inconformidade interposta contra o Ato Executivo DRF/DIV nº 65/2010 que o excluiu do SIMPLES, não examinada na decisão recorrida, que deve ser anulada e feito novo julgamento, examinando todos os fundamentos apresentados na impugnação;

No Mérito:

- a insubsistência do presente lançamento por ilegalidade do ADE DRF/DIV nº 65/2010 e ausência de prova do exercício de atividade de ensino médio pelo recorrente;

- a aplicação do princípio da isonomia, pois não pode haver tratamento desigual em razão de ocupação profissional e violação ao direito constitucional da educação. O simples deve funcionar como instrumento de alcance de fins constitucionais. Não havendo substrato legal e constitucional para a exclusão do Recorrente do SIMPLES, o lançamento fiscal é insubsistente;

- o direito do recorrente à dedução no cálculo do crédito dos montantes pagos a título de contribuições previdenciárias e incluídos no Simples;

- por fim, requer o cancelamento do lançamento fiscal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche todos os requisitos de admissibilidade, razão pela qual, passo a analisá-lo.

Preliminarmente, a decisão de primeira instância se manifestou sobre todos os pontos da impugnação do contribuinte, inclusive sobre a desnecessidade da suspensão da exigibilidade da exação até o julgamento definitivo da manifestação de inconformidade interposta contra o Ato Executivo DRF/DIV nº 65/2010 que excluiu o contribuinte do SIMPLES (fl. 114), como segue:

A ocorrência de manifestação de inconformidade, dirigida à Delegacia da Receita Federal de Julgamento- DRJ ou de eventual recurso endereçado ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, relativa à exclusão de contribuinte do regime de tributação SIMPLES, não obsta o lançamento sendo desnecessário que a Administração Tributária aguarde o julgamento em todas as instâncias administrativas para só então, com a decisão definitiva final desfavorável ao contribuinte proceder ao lançamento de ofício das contribuições devidas. Tal procedimento é legítimo e visa a evitar a ocorrência da decadência tributária.

Assim, uma vez excluído do SIMPLES, a partir do termo em relação ao qual tal exclusão deve produzir efeitos, não há que se falar na substituição tributária oferecida por tal regime, devendo o sujeito passivo contribuir para a Previdência Social e para Outras Entidades e Fundos da mesma forma que as empresas em geral nos termos da Legislação Previdenciária.

(...)

Assim, improcedentes os argumentos preliminares do recurso. Não há necessidade de novo julgamento da decisão recorrida, pois está correta.

Consta do relatório fiscal, fl. 34, que o sujeito passivo ministrou de 11/2005 a 12/2008, entre outros, os cursos de "Educação Infantil", "Ensino Fundamental" e "Ensino Médio", desde 29/06/2004, conforme Parecer nº 824/2004 de 29/9/2004, Portarias nº 556/2005 e nº 557 de 3/5/2005 e Portaria nº 641 de 2/6/2007 emitidas pela Secretaria Regional de Educação - SER Pará de Minas, com cópia de comprovação nos autos:

3. A empresa é mantenedora do colégio, de mesmo nome, que funciona na Rua Flávio Cançado, 168 - Centro - Bom Despacho/MG. A empresa mantém também uma filial localizada na Rua Dr. José Gonçalves, 148 - Centro - Bom Despacho/MG.

4. A empresa ministrou no período de 11/2005 a 12/2008, entre outros, os cursos de "Educação Infantil", "Ensino Fundamental" e "Ensino Médio", desde 29/06/2004, conforme Parecer nº 824/2004, de 29/09/2004, Portarias nº 556/2005 e nº 557/2005, de 03/05/2005 e Portaria nº 641/2007, de 02/06/2007, emitidas pela Secretária Regional de Educação - SER/Pará de Minas. A partir de 01/01/2009 a empresa transferiu o curso de "Ensino Médio" para o Colégio Cidade de Bom Despacho Ltda., CNPJ nº 09.334.093/0001-65.

5. A empresa, por manter em suas unidades, entre outros, o curso de "Ensino Médio", incorreu em vedação a opção pelo "SIMPLES FEDERAL" no período de 29/09/2004 a 30/06/2007. Em razão desta irregularidade, a empresa foi excluída do mesmo através do Ato Declaratório nº 66, de 08/11/2010, com efeitos retroativos a 01/10/2004. A empresa foi também excluída do "SIMPLES NACIONAL", no período de 01/07/2007 a 12/12/2008, pelo mesmo motivo de vedação, através do Ato Declaratório nº 65, de 08/11/2010, com efeitos a partir de 01/07/2007.

Destarte, deve o contribuinte provar nos autos que os argumentos da fiscalização são improcedentes.

Os autos foram lavrados em 22/11/2010 e se referem ao período de 07/2007 a 12/2008, inclusive 13º salário/2008. Observa-se assim que abrange período no qual a recorrente não se encontrava no referido regime diferenciado, em razão de sua exclusão do SIMPLES desde 01/07/2007, conforme Ato Executivo DRF/DIV nº 65, de 8/11/2010.

Sob pena de responsabilidade funcional, o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil tem a obrigação de efetivar o devido lançamento quando presentes as condições

legais para tanto. A discussão, em outro processo, acerca da exclusão do SIMPLES, não tem efeito suspensivo, não impedindo o fisco de lançar o que devido, inclusive evitando a decadência de eventuais créditos, senão vejamos jurisprudência deste Colegiado.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO — ARGÜIÇÃO DE NULIDADE — DECISÃO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES — CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA — DESNECESSIDADE — É desnecessário que o Fisco percorra todas as instâncias administrativas com o processo de exclusão do SIMPLES para só então, com a decisão final desfavorável ao contribuinte, proceder ao lançamento de ofício. A tramitação conjunta dos processos de exclusão do SIMPLES e do auto de infração evita a ocorrência da decadência tributária. Assim sendo, considerados os fatos geradores em período não alcançado pela regular opção ao SIMPLES, procedente a autuação lavrada. (...).Processo n.º : 10166.016255/2002-25. Acórdão n.º : 108-08.231 de 16.03.2005

Não cabe a esta Turma, neste processo, se manifestar acerca das razões da exclusão do SIMPLES – o que já esta sendo feito em processo próprio – cabendo-lhe somente decidir acerca da procedência ou não dos autos lavrados nesta ação fiscal.

Assim sendo, considerados os fatos geradores em período não alcançado pela regular opção ao SIMPLES, procedente o lançamento fiscal.

A competência para apurar e lançar os valores devidos a Outras Entidades e Fundos está fundamentada no art. 94 da Lei 8.212/91 e passou a ser da Secretaria da Receita Federal do Brasil após sua criação nos termos da Lei nº11. 457, de 16/3/2007.

A declaração de inconstitucionalidade de lei é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário. A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições. Assim, no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, nos termos do art. 26-A e parágrafo único, do Decreto n. 70.235/72, bem como, art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aprovado pela Portaria GMF n.º 256, de 22 de junho de 2009. No mesmo sentido é o que discorre a Súmula nº 2 do CARF:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Os valores eventualmente recolhidos por intermédio do Simples Nacional não podem ser objeto de compensação na apuração de contribuições previdenciárias conforme dispõe o art. 44, § 6º da Instrução Normativa – IN RFB 900, de 30/12/2008, vigente na data da lavratura do lançamento fiscal. Ademais, para ter direito a compensação o contribuinte deve preencher alguns requisitos, como estar em situação regular, a compensação deve ser com contribuições previdenciárias devidas e ser informada em GFIP, até mesmo para que haja o controle dos valores compensados. São os termos da legislação:

Art. 44. O sujeito passivo que apurar crédito relativo às contribuições previdenciárias previstas nas alíneas "a" a "d" do

inciso I do parágrafo único do art. 1º, passível de restituição ou de reembolso, poderá utilizá-lo na compensação de contribuições previdenciárias correspondentes a períodos subseqüentes.

§ 1º Para efetuar a compensação o sujeito passivo deverá estar em situação regular relativa aos créditos constituídos por meio de auto de infração ou notificação de lançamento, aos parcelados e aos débitos declarados, considerando todos os seus estabelecimentos e obras de construção civil, ressalvados os débitos cuja exigibilidade esteja suspensa.

§ 2º O crédito decorrente de pagamento ou de recolhimento indevido poderá ser utilizado entre os estabelecimentos da empresa, exceto obras de construção civil, para compensação com contribuições previdenciárias devidas.

§ 3º Caso haja pagamento indevido relativo a obra de construção civil encerrada ou sem atividade, a compensação poderá ser realizada pelo estabelecimento responsável pelo faturamento da obra.

§ 4º A compensação poderá ser realizada com as contribuições incidentes sobre o décimo terceiro salário.

§ 5º A empresa ou equiparada poderá efetuar a compensação de valor descontado indevidamente de sujeito passivo e efetivamente recolhido, desde que seja precedida do ressarcimento ao sujeito passivo.

§ 6º É vedada a compensação de contribuições previdenciárias com o valor recolhido indevidamente para o Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006, e o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples), instituído pela Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

§ 7º A compensação deve ser informada em GFIP na competência de sua efetivação.

O contribuinte deve demonstrar atender os requisitos que o habilita para fazer jus à compensação, entretanto, não provou ter preenchido todos os requisitos, não sendo devida a compensação.

Não há que se falar em ilegitimidade do lançamento em razão de violação ao princípio da isonomia e ao direito constitucional da educação. O crédito tributário encontra-se revestido das formalidades legais do art. 142 e § único, e arts. 97 e 114, todos do CTN, com período apurado, discriminação dos fatos geradores por intermédio do Relatório Fiscal - REFISC; e, ainda, o Discriminativo do Débito - DD; as Instruções para o Contribuinte - IPC; os Fundamentos Legais do Débito - FLD; a identificação do contribuinte, identificação do Auditor Fiscal notificante; e demais informações constantes dos autos, consoante artigo 33 da Lei nº 8.212/91.

CONCLUSÃO

Processo nº 10665.001863/2010-14
Acórdão n.º **2803-01.664**

S2-TE03
Fl. 216

Pelo exposto, voto em negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima

CÓPIA