



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

Processo nº 10665.001864/2010-69
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-001.665 – 3ª Turma Especial
Sessão de 12 de julho de 2012
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO.
Recorrente COLÉGIO NOVO SER LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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 11/2005 a 06/2007. De acordo com o Relatório do Auto de Infração (fls. 37/39), o crédito é referente a Contribuições para a Previdência Social, correspondentes à parte patronal, inclusive à destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, incidentes sobre pagamentos efetuados a empregados e a contribuições incidentes.

Consta ainda no mencionado relatório de fls. 37/39:

- 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;

- que foi realizada a comparação (fls. 47/49), entre a multa calculada conforme a legislação vigente na data da lavratura (após edição da MP 449/2008, convertida na Lei nº 11.941 de 27/5/2009) e a multa aplicável conforme o que previa a legislação quando da ocorrência dos fatos geradores, com vistas a aplicar aquela mais favorável ao contribuinte.

O auditor fiscal juntou cópias de documentos às fls. 50/90, dentre os quais:

- cópia do Ato Executivo DRF/DIV nº 66, de 8/11/2010 pelo qual o sujeito passivo foi excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES tendo em vista que haveria vedação à sua opção, nos termos do artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 5/12/1996, uma vez que o

mesmo prestaria serviços de professor e assemelhados. Consta, ainda em tal documento que os efeitos de tal exclusão iniciaram-se em 1/10/2004 (fl. 50);

- cópia do Ato Executivo DRF/DIV nº 65, de 8/11/2010 pelo qual o sujeito passivo foi excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, tendo em vista que haveria vedação à sua opção no período de 1/7/2007 a 31/12/2008, nos termos do artigo 17, inciso XI, da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006 e no artigo 12, inciso XXII da Resolução CGSN nº 15 de 23/07/2007. Consta, ainda em tal documento que os efeitos de tal exclusão iniciaram-se em 1/7/2007 (fl. 51);

- cópia de alteração contratual (fls. 56/59) de 6/1/2004, na qual consta que o contribuinte tem por objeto social a educação infantil, fundamental e ensino médio, cursos de línguas estrangeiras;

- cópias de resumos de Folhas de Pagamento (fls. 64/77) e cópias de resumos de informações à previdência constante no arquivo SEFIP (GFIP) (fls. 81/90).

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 66/2010 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 66/2010 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 66/2010 que excluiu o contribuinte do SIMPLES (fls. 162/163), 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 um 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. 37, 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 9 824/2004, de 29/09/2004, Portarias nº 9 556/2005 e nº 9 557/2005, de 03/05/2005 e Portaria nº 9 641/2007, 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 11/2005 a 06/2007. 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 01/10/2004 (fl. 50), conforme Ato Executivo DRF/DIV nº 66, de 8/11/2010 como segue:

Ato Declaratório Executivo DRF/DIV nº 66, de 08 de novembro de 2010.

Excluí do Sistema Integrado de Pagamento de impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples, de que trata a Lei 9.317, de 05 de dezembro de 1996, a pessoa jurídica que menciona.

O CHEFE DA SEÇÃO DE ORIENTAÇÃO E ANÁLISE TRIBUTÁRIA (SAORT)

DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM DIVINÓPOLIS, no uso das atribuições dadas pela Portaria de Delegação de Competência DRF/DIV nº 43, de 20 de abril de 2010 e tendo em vista o disposto no parágrafo 3 .do art. 15 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, incluído pelo art. 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998, com a regulamentação dada pela Instrução Normativa SRF nº 608, de 09 de janeiro de 2006, art. 23, parágrafo único, e ainda, à vista do contido no Processo Administrativo nº 10665.001732/2010-37, declara;

Art. 1º Fica EXCLUÍDA do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples, a empresa COLÉGIO NOVO SER LIDA, CNPJ 86.465.036/0001-66, pelo exercício da atividade de ENSINO MÉDIO, enquadrando-se na vedação à opção

constante no artigo 9., inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 (prestação de serviços de professor ou assemelhados ao de professor).

Art. 2º A presente exclusão surtirá efeito a partir de 01 de outubro de 2004, conforme disposto no artigo 15, inciso II, da Lei 9.317, de 1996, e suas alterações posteriores, com a regulamentação dada pelo artigo 24, inciso II, da Instrução Normativa SRF nº 608, de 09 de janeiro de 2006.

Art. 3. A pessoa jurídica poderá apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste Ato Declaratório Executivo, manifestação de inconformidade dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento, protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, nos termos do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 - Processo Administrativo Fiscal (PAF).

Art. 4º Não havendo apresentação de manifestação de inconformidade ao prazo de que trata o art. 3º, a exclusão tomar-se-á definitiva.

(...)

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 nº. : 10166.016255/2002-25. Acórdão nº. : 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 está 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 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

Pelo exposto, voto em negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima