



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11444.000953/2009-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2005-000.028 – 2ª Seção de Julgamento / 5ª Turma Extraordinária
Sessão de 03 de janeiro de 2023
Recorrente CRIATIVO EDUCACAO INFANTIL LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2007 a 31/07/2008

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. LANÇAMENTO DECORRENTE DE ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. VINCULAÇÃO.

Em se tratando de lançamento decorrente da exclusão de contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, uma vez confirmada a exclusão, deve ser mantido o Auto de Infração em virtude de sua vinculação/subordinação ao processo principal.

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES PRINCIPAIS. RETROATIVIDADE BENIGNA.

De acordo com a jurisprudência pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, após as alterações promovidas na Lei nº 8.212/1991 pela Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, em se tratando de obrigações previdenciárias principais, a retroatividade benigna deve ser aplicada considerando-se a nova redação do art. 35 da Lei 8.212/1991, que fixa o percentual máximo de 20% para a multa moratória. Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME e PARECER SEI Nº 11.315/2020/ME.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para que o valor da multa seja reduzido a 20%, nos termos do art. 35 da Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009. Vencida a conselheira Sheila Aires Cartaxo Gomes, que negou provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Sheila Aires Cartaxo Gomes, Marcelo Milton da Silva Risso e Mario Pereira de Pinho Filho (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em face do Acórdão nº 14-31.114, da 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto/SP – DRJ/RPO (fls. 60/64), que julgou improcedente impugnação apresentada em face do Auto de Infração registrado sob o Dbcad nº 37.203.914-6, lavrado contra a empresa acima identificada para cobrança de contribuições de terceiros (Salário Educação, INCRA, SESC e SEBRAI), em virtude de sua exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

Por bem retratar os fatos narrados no Relatório do Auto de Infração (fls. 36/39) e na peça impugnatória (fls. 50/57), transcreve-se a seguir o relatório da decisão recorrida:

Trata-se de Auto de Infração de obrigação principal - AI/DEBCAD nº 37.203.914-6 - que constitui contribuições devidas às outras entidades ou fundos, ditas ‘terceiros’ (Salário Educação, INCRA, SESC e SEBRAE) incidentes sobre o total das remuneração pagas, devidas ou creditada aos segurados empregados apuradas pelo exame das folhas de pagamento e das declarações feitas pela empresa em GFIP’s - Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social.

A autuação foi lavrada em face do contribuinte acima identificado em decorrência de sua exclusão do regime de tributação conhecido como SIMPLES através do Ato Declaratório Executivo nº 23 datado de 22/05/2009, com os efeitos da exclusão nele estabelecidos, pelo exercício de atividade vedada (ensino médio).

O crédito tributário assim constituído importa em R\$ 18.936,24 (Dezoito mil, novecentos e trinta e seis reais e vinte e quatro centavos), consolidado em 02/09/2009, composto pelo principal acrescido de juros e multa de mora.

A empresa autuada interpôs impugnação ao lançamento fiscal fundada nos seguintes argumentos, em síntese:

I) Da necessidade de julgamento do presente em apenso ao processo administrativo nº 11444.000438/2009-31

Informa que a empresa autuada era partícipe do regime tributário do SIMPLES NACIONAL à época dos fatos, razão pela qual não era obrigada ao pagamento das contribuições aqui vertidas, tendo sido excluída desse regime através do ADE DRF/MRA nº 23/2009, do qual recorreu apresentando suas razões em Manifestação de Inconformidade que, caso acolhida, tornará insubsistente os créditos tributários constituídos, de maneira que postula pelo julgamento do presente em conjunto com os daqueles autos de exclusão de nº 11444.000438/2009-31, reiterando os argumentos contrários à exclusão ali alinhavados c postulando pela a anulação do presente auto.

II) Da multa moratória

Postula pela aplicação da multa moratória prevista no art. 61 da Lei 9.430/96, a qual deverá ser limitada ao percentual de 20% consoante seu parágrafo 2º o . uma vez que a Lei nº 11.941/09, resultante da conversão da MP 449/08, alterou as disposições legais sobre a qual se fundamentou a aplicação, ao inovar a redação do art. 35 da Lei nº 8.212/91. em conformidade com o art. 106, II. ‘c’ do CTN.

Posta nestes argumentos requer o recebimento da defesa, o julgamento em apenso àquele em que se estabelece a exclusão das interessadas do SIMPLES com a decorrente

desconstituição integral do auto de infração em tela ou para apreciação sobre a flagrante cobrança de valores em excesso a título de multa de mora.

A DRJ RPO considerou a impugnação improcedente, conforme é possível verificar da ementa da decisão de piso:

Assunto : Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/08/2007 a 31/07/2008

Ementa: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. OUTRAS ENTIDADES OU FUNDOS.

Competem à Receita Federal do Brasil a fiscalização, a arrecadação e a cobrança das contribuições destinados às outras entidades ou fundos, na forma da legislação em vigor.

SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA. ENSINO MÉDIO. CISÃO OU DESMEMBRAMENTO DE EMPRESA. CONFIGURAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO DE FATO.

Os estabelecimentos de educação que atuam na área do ensino médio estiveram impedidos de optar pelo regime do Simples até janeiro de 2009, não se lhes aplicando a norma de exceção contida na Lei nº 10.034/2000.

A empresa resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica está impedida de optar pelo Simples.

Caracteriza-se o grupo econômico de fato quando duas ou mais empresas estão sobre a direção, o controle ou a administração de uma delas.

A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir da data em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação e de arrecadação aplicáveis às empresas em geral.

MULTAS APLICADAS EM DECORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA E PRINCIPAL. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. MULTA MAIS BENÉFICA. ANÁLISE COMPARATIVA PARA RECALCULO DA MULTA.

Verificando-se em relação aos mesmos fatos geradores a aplicação de multa em decorrência do descumprimento da obrigação acessória prevista no parágrafo 5º do artigo 32 da Lei 8.212/91 e de multa moratória cominada no artigo 35 da mesma Lei (na redação dada pela Lei 9.876/99), para fins de determinação da penalidade mais benéfica, o somatório das mesmas deve ser comparado à multa de ofício prevista na legislação superveniente (artigo 44, I da Lei 9.430/96, em virtude da nova redação conferida pela MP 449/2008 ao artigo 35 da Lei 8.212/91).

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificado do resultado do julgamento em 02/02/2011 (fl. 66), o Sujeito Passivo, em 04/03/2011 (fl. 67), interpôs recurso voluntário (fls. 67/76) em que repisa os argumentos suscitados na impugnação.

Voto

Conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto dele conheço.

Como visto no relatório que acompanha o presente voto, o lançamento em discussão é decorrente da exclusão do Contribuinte do SIMPLES, por força do Ato Declaratório nº 23, de 22 de maio de 2009. O contencioso administrativo relativo à exclusão do Sujeito Passivo do sistema simplificado de pagamento de impostos e contribuições foi objeto do Processo nº 11444.000438/2009-31.

Cumpra esclarecer ainda que, nos termos do inciso V do art. 2º do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, os recursos de exclusão do SIMPLES são de competência da Primeira Seção de Julgamento, ao passo que, cabe à Segunda Seção, consoante inciso IV do art. 3º do Anexo II do RICARF, processar e julgar recursos de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação relativa às Contribuições Previdenciárias.

Em vista disso, não há como acatar o requerimento da Recorrente, quanto ao julgamento do recurso em discussão conjuntamente com o de exclusão do SIMPLES (Processo nº 11444.000438/2009-31). Aliás, essa questão, relativa às competências das turmas vinculadas às seções de julgamento do CARF, foi oportunamente esclarecida quando da prolação do Acórdão nº 1301-003.015 (fls. 77/85).

De outra parte, o lançamento em discussão, repise-se, é consequente da exclusão da Contribuinte do SIMPLES, portanto, resta verificar o resultado do julgamento do Recurso Voluntário pertinente ao Ato Declaratório nº 23, de 22 de maio de 2009, e aplica-lo à presente situação como, aliás, foi suscitado na peça recursal.

No caso, por força do Acórdão nº 1301-003.013, de 15 de maio de 2018, o Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES foi confirmado em decisão administrativa de caráter definitivo, conforme é possível verificar dos seguintes trechos do julgado:

Processo nº 11444.000438/2009-31

Recurso nº Voluntário

Acórdão nº 1301-003.013 – 3ª Câmara/1ª Turma Ordinária

Sessão de 15 de maio de 2018

Matéria ATO EXCLUSÃO SIMPLES. DESMEMBRAMENTO DE EMPRESA

Recorrente COLÉGIO CRIATIVO LTDA E OUTROS

Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Micro empresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

Ano-calendário: 2002

NULIDADE. ATO DE EXCLUSÃO. DA CORRETA DISPOSIÇÃO LEGAL INFRINGIDA. NÃO CABIMENTO.

De certo que o Ato de exclusão deve conter os dispositivos das referidas Leis que tratam da matéria, porém, tal equívoco não macula o procedimento fiscal que concluiu pela exclusão no Simples Federal e Nacional, vez que toda a situação constatada pela fiscalização foi descrita na Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional

EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA. ENSINO MÉDIO. CISÃO OU DESMEMBRAMENTO DE EMPRESA. CONFIGURAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO DE FATO.

Os estabelecimentos de educação que atuam na área do ensino médio estiveram impedidos de optar pelo regime do Simples até janeiro de 2009, não se lhes aplicando a norma de exceção contida na Lei nº 10.034/2000.

A empresa resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica está impedida de optar pelo Simples.

Caracteriza-se o grupo econômico de fato quando duas ou mais empresas estão sobre a direção, o controle ou a administração de uma delas.

Assunto: Simples Nacional

NULIDADE. ATO DE EXCLUSÃO. DA CORRETA DISPOSIÇÃO LEGAL INFRINGIDA. NÃO CABIMENTO.

De certo que o Ato de exclusão deve conter os dispositivos das referidas Leis que tratam da matéria, porém, tal equívoco não macula o procedimento fiscal que concluiu pela exclusão no Simples Federal e Nacional, vez que toda a situação constatada pela fiscalização foi descrita na Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional.

EXCLUSÃO- CISÃO OU DESMEMBRAMENTO DE EMPRESA. CONFIGURAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO DE FATO.

A empresa resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica está impedida de optar pelo Simples.

Caracteriza-se o grupo econômico de fato quando duas ou mais empresas estão sobre a direção, o controle ou a administração de uma delas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento aos recursos voluntários.

Assim, o Auto de Infração em voga deve ser mantido, visto que decorrente e subordinado ao processo de exclusão do Contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte.

Por fim, quanto à aplicação da retroatividade benigna, haja vista as modificações implementadas pela Lei nº 11.941/2009 na sistemática de aplicação das penalidades pelo descumprimentos de obrigações tributárias principais, a jurisprudência administrativa havia se consolidado no sentido de que, em se tratando de contribuições devidas a terceiros, o valor das multas aplicadas, na forma do art. 35 da Lei nº 8.212/1991, em sua redação anterior à dada pela Lei nº 11.941/2009, sobre tais contribuições, deveria ser comparado com o valor da multa de ofício prevista no art. 35-A daquela Lei, acrescido pela Lei nº 11.941/2009, e, caso resultasse mais benéfico ao sujeito passivo, seria reduzido àquele patamar. Esse foi o procedimento adotado pela autoridade autuante e mantido pela decisão de primeira instância.

Ocorre que o entendimento do STJ a respeito do tema caminhou em sentido diverso, fixando, nos casos como o ora examinado, o percentual máximo de multa moratória em 20%, em relação aos lançamentos de ofício, conforme art. 35 da Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009. Além do que, em decorrência da jurisprudência firmada no âmbito da Corte Superior, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional incluiu o tema em lista de dispensa de contestar e recorrer, com amparo nas conclusões do Parecer SEI nº 11.315/2020/ME e da Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME. Conforme se verifica a seguir:

Tema 1.26

c) Retroatividade benéfica da multa moratória prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009, no tocante aos lançamentos de ofício relativos a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35-A, da Lei nº 8.212/1991.

Resumo: A jurisprudência do STJ acolhe, de forma pacífica, a retroatividade benigna da regra do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, em relação aos lançamentos de ofício. Nessas hipóteses, a Corte afasta a aplicação do art. 35-A da Lei

nº 8.212, de 1991, que prevê a multa de 75% para os casos de lançamento de ofício das contribuições previdenciárias. por considerá-la mais gravosa ao contribuinte. O art. 35-A da Lei 8.212, de 1991, incide apenas em relação aos lançamentos de ofício (*rectius*: fatos geradores) realizados após a vigência da referida Lei nº 11.941, de 2009. sob pena de afronta ao disposto no art. 144 do CTN.

Precedentes: AgInt no REsp 1341738/SC; REsp 1585929/SP, AgInt no AREsp 941.577/SP, AgInt no REsp 1234071/PR, AgRg no REsp 1319947/SC, EDcl no AgRg no REsp 1275297/SC, REsp 1696975/SP, REsp 1648280/SP, AgRg no REsp 576.696/PR, AgRg no REsp 1216186/RS.

Referência: Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, Parecer SEI Nº 11315/2020/ME

No atual contexto, não parece razoável deixar de observar a jurisprudência pacífica do STJ quanto à aplicação da retroatividade benigna, de modo que, neste ponto, há de se acatar as razões recursais do Contribuinte, reduzindo a multa aplicada no procedimento de ofício ao percentual de 20% sobre o valor do tributo devido.

Conclusão

Ante o exposto, dou provimento parcial ao Recurso Voluntário, para que o valor da multa seja reduzido a 20%, nos termos do art. 35 da Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009.

(documento assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho