



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

Processo n° 12269.003498/2010-81
Recurso n° 12.269.003498201081 Voluntário
Acórdão n° **2803-002.881 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 20 de novembro de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente REDES DE PETRI COMERCIO E SERVICO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 30/06/2007

EXCLUSÃO DO SIMPLES. PRECLUSÃO ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA DA SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO. NÃO CONHECIMENTO.

Creditos tributários (contribuições previdenciárias) constituídos por ofício em razão de exclusão do SIMPLES, por Ato Declaratório precluso, objetos de recurso apenas questionando tal fato não podem ser apreciados pela 3ª Turma Especial da Segunda Seção de Julgamento do CARF/MF, em razão de incompetência.

MULTA MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA.

Apenas cabe aplicação retroativa de multa ou penalidade quando a mesma for realmente mais benéfica.

Recurso Voluntário Provido em Parte - Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do relator, no sentido de que nos casos dos créditos lançados com base em fatos geradores não declarados em GFIP ocorridos anteriormente à 05.12.2008, a multa a ser aplicada seja a estabelecida no art. 35, da Lei n. 8.212-1991, com redação anterior à MP n 449, de 04.12.2008, conforme a fase processual, até o limite de 75% que está estabelecido art.. 35-A da Lei n. 8.212-1991 (atual redação) combinado com o art. 44, II, da Lei n. 9.430-1996. Vencido o Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima, quanto à multa.

(Assinado Digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

Processo nº 12269.003498/2010-81
Acórdão n.º **2803-002.881**

S2-TE03
Fl. 86

(Assinado Digitalmente)

Gustavo Vettorato - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima (presidente), Gustavo Vettorato (vice-presidente), Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira dos Santos, Oséas Coimbra Júnior, Amilcar Barca Teixeira Júnior.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra crédito tributário com base em contribuições devidas pela empresa à Seguridade Social e a outras entidades, constituídas em razão de exclusão da contribuinte do Simples Federal e Simples Nacional com efeitos retroativos. O período do lançamento é 01/01/2007 a 30/06/2007.

Em recurso voluntário, tempestivo, apenas recorre quanto nulidade do lançamento em razão de ser a sua exclusão do Simples também indevida, e da multa aplicada por ser primário, requerendo a aplicação retroativa das alterações realizadas pela Medida Provisória n. 449/2008 e sua lei de conversão, a Lei n. 11.941/2009, limitando-as a 20%.

Os autos vieram à turma especial.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Vettorato

I - O recurso é tempestivo, preenchendo os requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido, pelo menos parcialmente.

II – Preliminarmente, a razão da parcialidade de conhecimento está na incompetência da presente Turma Especial em anular o crédito tributário questionado com fundamento apenas na ilegalidade ou nulidade do ato de exclusão da Recorrente do SIMPLES (Lei nº 9.317/96 - SIMPLES e a partir de 01/07/2007, vigência da LC nº 123/06 - Simples Nacional).

O ato de exclusão e sua possível anulação fora apreciado em procedimento próprio e diverso, como observado pela decisão *a quo*, não podendo ser rediscutido dentro do procedimento de lançamento de contribuições previdenciárias, porque conforme o art. 2º, inciso V, do Regimento Interno do CARF/MF, a competência para processamento e julgamento de recursos que discutam propriamente essa matéria é da Primeira Seção de Julgamento deste Conselho.

Tal incompetência para apreciação inclui inclusive quanto aos efeitos da retroatividade das decisões de exclusão, pois são matérias atinentes às próprias causas da mesma. Inclusive, os artigos 13 e 15 da Lei nº 9.317/96 e artigos 28 e 31 da LC nº 123/06.

Bem como, não foi trazido aos autos qualquer documento que comprove que a sua exclusão do Simples fora revertida pela autoridade julgadora competente, o que poderia criar causa prejudicial ao lançamento.

Em tempo, deve-se atentar que por não ser o ato de exclusão do Simples efetivo lançamento tributário (constituição de crédito tributário – art. 142, do CTN), o mesmo não inclui-se nas causas de suspensão do crédito tributário (art. 151, III, do CTN), pois tal ato não constitui o crédito tributário. Assim, o recurso voluntário para reversão da decisão de exclusão, não suspende a exclusão crédito tributário.

Assim, as alegações da ilegalidade da exclusão da Recorrente do SIMPLES, bem como a extensão temporal de seus efeitos, não devem ser conhecidos, conhecendo-se apenas as demais matérias devolvidas à apreciação.

III – Ultrapassada a preliminar, observa-se que auto lavrado que ele constitui créditos não declarados em GFIP. Assim, quanto à análise da multa aplicada aos créditos lançados sobre fatos geradores **não declarados** e anteriores à 05.12.2008, início da vigência da MP n 449, publicada no Diário da União no dia 04.12.2008, que foi aplicada no patamar de 75%, deve-se atentar o que segue.

Em análise ao art. 35, da Lei n. 8.212-1991, com redação anterior à MP n 449, de 04.12.2008, a multa aplicada ao caso é escalonada de acordo com a fase do processo de constituição e cobrança das contribuições previdenciárias, iniciando com 4% a 100%. Os patamares superiores à 75% somente eram aplicáveis após o ajuizamento de ação de execução fiscal. Ou seja, em fase administrativa, a aplicação mais favorável é a da redação do art. 35, da Lei n. 8.212-1991, com redação anterior à MP n 449, publicada em 04.12.2008. Note-se que os créditos são inclusive anteriores à publicação da MP n 449, publicada em 04.12.2008. Assim, entendimento contrário, será uma afronta à irretroatividade da aplicação da lei, salvo se mais benéfica, (art. 104, III, c/c 106, I, do CTN) bem como negar vigência à necessidade de interpretação mais benéfica ao contribuinte (art. 112, do CTN), pois o ato omissivo de não pagamento de contribuições que não foram devidamente declaradas ocorreu antes do lançamento.

Toda multa tributária é uma sanção, ou seja tem natureza primária punitiva, ou de penalização. Contudo, ainda assim podem ser classificadas em multa moratória, decorrente do simples atraso na satisfação da obrigação tributária principal, e multa punitiva em sentido estrito, quando decorrente de infração à obrigação instrumental cumulada ou não com a obrigações principais.

Tal classificação é necessária pois, apesar de não terem natureza remuneratória, mas sancionatória, os tribunais brasileiros admitem que as multas tributárias devem ser classificadas em moratórias e punitivas (sentido estrito), em razão da existência de tratamentos diversos para cada espécie pelo próprio Código Tributário Nacional e legislação esparsas. (RESP 201000456864, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, 29/04/2010; PAULSEN, Leandro. Direito tributário, constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 12ª Ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010, p.1103-1109)

Assim, coloco como premissa que a diferença entre multa moratória e multa punitiva em sentido estrito. Como supra colocado, a primeira decorre do mero atraso da obrigação tributária principal, podendo sendo constituída pelo próprio contribuinte inadimplente no momento de sua apuração e pagamento. Já, a segunda espécie de multa, a punitiva em sentido estrito, demanda constituição pelos instrumentos de lançamento de ofício por parte dos agentes fiscais (art. 149, do CTN), em que se apura a infração cometida e a penalidade a ser aplicada. Inclusive a estipulação e definição da espécie de multa é dado exclusivamente pela lei, fato ressaltado em face do princípio da estrita legalidade a que se regula o Direito Tributário e suas sanções (art. 97, V, do CTN). A mudança de natureza para fins de comparação no tempo, não pode ser realizada sem autorização legal, e por isso não se poderia comparar com multas punitiva em sentido estrito (referente à descumprimento de obrigação exclusivamente instrumental) com multas de natureza moratória a exemplo com a nova redação do art. 35-A, da Lei n. 8212/1991, com a redação a partir da Medida Provisória n. 449/2008.

Não se pode tratar a hipótese de incidência da multa moratória disposta no art. 32-A cumulada com a multa do art. 35, com a redação anterior, como uma possível multa de ofício para comparar com a nova redação do art. 35-A, da Lei n. 8.212/1991, incluso pela Medida Provisória n. 449/2008, convertida em Lei n. [11.941/2009](#), porque a multa aplicada pela redação anterior do art. 35, somente tratava de multa de natureza moratória, variada em razão das fases (tempo) do processo. Salvo se a própria lei, expressamente assim definisse.

Dessa forma, entendo que deve ser aplicado ao caso as penalidades estabelecidas no art. 35, da Lei n. 8.212-1991, com redação anterior à MP n 449, de 04.12.2008, até o limite de 75% (art. 35-A da Lei n. 8.212-1991 combinado com o art. 44, II, da Lei n. 9.430-1996), conforme estabelecido pela redação posterior a da comentada alteração.

IV – Conclusão

Isso posto, voto por conhecer o recurso voluntário, para, no mérito, dar-lhe parcial provimento no sentido de que nos casos dos créditos lançados com base em fatos geradores NÃO declarados em GFIP ocorridos anteriormente à 05.12.2008, a multa a ser aplicada seja a estabelecida no art. 35, da Lei n. 8.212-1991, com redação anterior à MP n 449, de 04.12.2008, conforme a fase processual, até o limite de 75% que está estabelecido art. 35-A da Lei n. 8.212-1991 (atual redação) combinado com o art. 44, II, da Lei n. 9.430-1996.

É como voto.

(Assinado Digitalmente)

Gustavo Vettorato - Relator