



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	13603.723622/2010-42
ACÓRDÃO	2401-011.973 – 2ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	6 de setembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	MEGA FRUTAS LTDA
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/12/2008

CONTRIBUIÇÕES PARA TERCEIROS. RECOLHIMENTO.

A empresa não optante pelo Simples Nacional tem de recolher a contribuição para terceiros.

OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. SÚMULA CARF N° 196.

No caso de multa por descumprimento de obrigação principal, referente a fatos geradores anteriores à vigência da Medida Provisória nº 449/2008, a retroatividade benigna deve ser aferida de modo a que os valores lançados sob amparo da antiga redação do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 sejam comparados com o que seria devido nos termos da nova redação dada ao mesmo art. 35 pela Medida Provisória nº 449/2008, sendo a multa limitada a 20%.

AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. MULTA DE MORA. ATENUAÇÃO E RELEVAÇÃO. INVIABILIDADE.

A atenuação e a relevação retiravam seu fundamento de validade do parágrafo único do art. 93 da Lei nº 8.212, de 1991, revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008, e se aplicavam apenas à multa por descumprimento de obrigação acessória, eis que a multa de mora incidente sobre o lançamento de ofício de obrigação principal tinha caráter irrelevável por força do art. art. 34 da Lei nº 8.212, de 1994, na redação da Lei nº 9.528, de 1997, também revogado pela MP nº 449, de 2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para que, até a competência 11/2008, seja recalculada a multa, nos termos da Súmula CARF nº 196.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro - Relator

Participaram do presente julgamento assíncrono os conselheiros: Elisa Santos Coelho Sarto, Guilherme Paes de Barros Geraldi, Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Monica Renata Mello Ferreira Stoll e Miriam Denise Xavier.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 100/104) interposto em face de decisão (e-fls. 89/95) que julgou improcedente impugnação contra Auto de Infração - AIOP nº 37.104.723-4 (e-fls. 02/18), a envolver as rubricas "15 Terceiros" (levantamentos: F31 - FP NAO DECLARADO EM GFIP e F32 - FP NAO DECLARADO EM GFIP) e competências 07/2007 a 12/2008, cientificada(o) em 21/12/2010 (e-fls. 02). O Relatório Fiscal consta das e-fls.27/28), merecendo destaque:

A empresa declarou GFIP com o código de optante pelo SIMPLES Nacional no período de 07/2007 a 12/2008. O enquadramento legal foi indeferido, por apresentação de pendências no cadastro. Com o indeferimento do enquadramento a empresa sujeita-se a contribuição previdenciária patronal e contribuição para terceiros.

Na impugnação (e-fls. 31/35), foram abordados os seguintes tópicos:

- (a) Optante pelo Simples.
- (b) Inconstitucionalidade da multa.
- (c) Relevação e Atenuação da multa.

A seguir, transcrevo do Acórdão de Impugnação (e-fls. 89/95):

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

CONTRIBUIÇÕES OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS.

A empresa é obrigada a recolher as contribuições para Outras Entidades e Fundos a seu cargo.

SIMPLES NACIONAL

Os valores eventualmente recolhidos no âmbito do SIMPLES Nacional não podem ser compensados na apuração de contribuições devidas à previdência social.

Na hipótese de existirem valores recolhidos indevidamente ou a maior no âmbito do mencionado regime, o sujeito passivo deve protocolar pedido de restituição.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE.

É vedado ao fisco afastar a aplicação de lei, decreto ou ato normativo por inconstitucionalidade ou ilegalidade.

MULTA RETROATIVIDADE. MOMENTO DO CÁLCULO.

A lei aplica-se a fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

A comparação para determinação da multa mais benéfica apenas pode ser realizada por ocasião do pagamento.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O Acórdão foi cientificado em 23/11/2012 (e-fls. 97/98) e o recurso voluntário (e-fls. 100/104) interposto em 20/12/2012 (e-fls. 100), em síntese, alegando:

- (a) Optante pelo Simples. A autuada no período fiscalizado estava na condição de microempresa, conforme previsto no art. 3º da lei Complementar 123/06, tendo optado pelo Simples Nacional, conforme Temo de Opção e declarações simplificadas, aceitas pela Receita Federal, a dar conta de sua condição. As certidões negativas apresentadas, referentes ao período fiscalizado, também dão conta da aptidão da empresa para a adesão ao Simples Nacional. Sendo optante, não obrigada a declarar em GFIP débitos referentes às cotas patronais, tendo efetuado recolhimento no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas Pelas Microempresas. Logo, as cotas patronais das contribuições cobradas no auto de infração estão pagas através do recolhimento unificado do SIMPLES, sendo, por decorrência, indevida a multa por sua natureza acessória.
- (b) Inconstitucionalidade da multa. A Multa de ofício é inconstitucional por significar a utilização de tributo com efeito de confisco, bem como ofensa à capacidade contributiva.
- (c) Relevação e Atenuação da multa. Na seara previdenciária existe a possibilidade do contribuinte, dentro do prazo de impugnação à autuação, corrigir a infração (cumprir a obrigação acessória) e requerer a relevação da multa aplicada, nos termos do art. 291, § 1º, do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto n.º 3048/1999. Analisando o presente caso verifica-se que estão presentes todos os requisitos para que a multa seja Relevada, pois, conforme

consta do Relatório Fiscal da Infração no item 6, o próprio Auditor registra que a empresa efetuou as devidas correções na GFIP, retransmitindo-as, dentro do prazo estipulado, ficando portanto supridas as informações incorretas e/ou omissões, e o presente pedido está sendo feito dentro do prazo da defesa do auto de infração, sendo que a autuada é primária nunca foi autuada pela Receita Previdenciária por nenhum outro motivo anterior ao procedimento fiscal em que foi lavrado o auto de infração, e finalmente conforme consta no próprio "Relatório Fiscal da Aplicação da Multa" pg 2 do auto de infração em epígrafe, não estão presentes nenhuma das circunstâncias agravantes previstas no art. 290 do Regulamento da Previdência Social — RPS, constando ainda que a empresa efetuou a correção das infrações durante o curso da ação fiscal. Ultrapassado o pedido anterior que seja Atenuada a multa reduzindo-a para 50% de seu valor.

O presente processo encontra-se apenso ao processo principal nº 13603.723620/2010-53, ambos constando da pauta de julgamento.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Relator.

Admissibilidade. Diante da intimação em 23/11/2012 (e-fls. 97/98), o recurso interposto em 20/12/2012 (e-fls. 100) é tempestivo (Decreto nº 70.235, de 1972, arts. 5º e 33). Preenchidos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento do recurso voluntário.

Optante pelo Simples. A autuada sustentar ser optante pelo Simples Nacional no período de 07/2007 a 12/2008, conforme Termo de Opção (e-fls. 46 do processo nº 13603.723620/2010-53 e e-fls. 36) e Declaração Simplificada Pessoa Jurídica Simples - PJSI (e-fls. 33/44 do processo nº 13603.723620/2010-53 e e-fls. 37/49), PJSI aceita pela Receita Federal, a dar conta de sua condição de optante pelo Simples Nacional. Além disso, invoca certidões negativas, referentes ao período fiscalizado e que revelariam aptidão para a adesão ao Simples Nacional (e-fls. 50/52). Compulsando os autos detecta-se ainda: (1) Consulta de Regularidade para Ingresso no Simples Nacional (opção automática) em que consta em 30/06/2007 a situação impeditiva débito exigível com o INSS e com a Receita Federal (e-fls. 45 do processo nº 13603.723620/2010-53); (2) Consulta Optantes e Consulta ao Histórico da Empresa no Simples Nacional a revelar não ter sido a empresa optante no período objeto do lançamento (e-fls. 47/48 do processo nº 13603.723620/2010-53) e uma única solicitação de opção efetuada em 08/01/2009 e processada em 25/03/2009; (2) Detalhamento da Solicitação de Opção a revelar solicitação e em 08/01/2009 e indeferimento em 25/03/2009 (e-fls. 50 do processo nº 13603.723620/2010-53).

A PJSI constante dos autos (e-fls. 33/44 do processo nº 13603.723620/2010-53 e e-fls. 37/49) não comprova que a empresa era optante pelo Simples Nacional no período de 07/2007 a 12/2008, eis que se refere ao período anterior de 01/01/2007 a 30/06/2007, período atinente ao Simples Federal.

Sendo optante pelo Simples Federal e inexistindo pendências impeditivas à opção pelo Simples Nacional até 30/06/2007, o contribuinte migraria automaticamente (opção tácita, passível de cancelamento até 31/07/2007) (Resolução CGSN nº 004, de 2007, art. 18).

A não migração automática (= a não opção tácita ou automática) não configurou indeferimento de opção, diante da ausência de uma solicitação de opção, cabendo ao contribuinte consultar as pendências impeditivas ao ingresso automático e formular solicitação de opção até 20/08/2007.

As Certidões Negativas carreadas aos autos (e-fls. 50/52) não contemplam a data de 30/06/2007, data em que a existência de débito com exigibilidade não suspensa impediu a migração automática do Simples Federal para o Simples Nacional (e-fls. 45 do processo nº 13603.723620/2010-53), cabendo à contribuinte impedida de ingressar automaticamente mediante opção tácita solicitar expressamente sua inclusão no Simples Nacional até 20/08/2007.

O documento de e-fls. 46 do processo nº 13603.723620/2010-53 consta também das e-fls. 36 e se constitui de impressão de página da internet intitulada “Termo de Opção pelo Simples Nacional” a afirmar que a solicitação foi encaminhada com sucesso, mas que o procedimento não estava concluído, sendo necessário clicar no link salvar constante da página para o processamento da opção e conhecimento do seu resultado, sendo necessário habilitar/desbloquear no navegador a exibição de pop-ups e habilitar o download de arquivos. Não consta dos autos, contudo, o Termo de Opção pelo Simples Nacional a ser gerado a partir do link salvar.

Diante disso, cabe ponderar a Consulta Optantes e Consulta ao Histórico da Empresa no Simples Nacional (e-fls. 47/48 do processo nº 13603.723620/2010-53) e o detalhamento de e-fls. 50 do processo nº 13603.723620/2010-53 a revelar que a primeira solicitação de ingresso no Simples Nacional foi efetivada pela empresa tão somente em 08/01/2009, restando a constatação de não ter sido a empresa optante pelo Simples Nacional no período objeto do lançamento, ou seja, de 07/2007 a 12/2008.

Logo, cabível o lançamento de ofício das contribuições não confessadas em GFIP, bem como da respectiva multa. Por fim, a recorrente não comprovou nos autos ter efetuado pagamento por meio de Documento de Arrecadação do Simples Nacional (DAS) nas competências objeto do lançamento, restando, de plano, prejudicado o pedido para aproveitamento de recolhimentos, sendo da defesa o ônus de comprovar o alegado fato extintivo (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 16, III e §§ 4º, 5º e 6º; Lei nº 5.869, de 1973, art. 333, II; e Lei nº 13.105, de 2015, arts. 15 e 373, II).

Inconstitucionalidade da multa. Não cabe ao presente colegiado afastar penalidade tributária prevista em lei (Súmula CARF nº 2). Impõe-se, contudo, o reconhecimento, até a competência 11/2008, da retroatividade da multa da Lei 8.212, de 1991, art. 35, na redação dada pela Lei 11.941, de 2009, sendo a multa limitada a 20% (Súmula CARF nº 196).

Relevação e Atenuação da multa. A atenuação e a relevação retiravam seu fundamento de validade do parágrafo único do art. 93 da Lei nº 8.212, de 1991, já revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008, ao tempo do início da fiscalização. Além disso, elas se aplicavam apenas à multa por descumprimento de obrigação acessória, eis que a multa de mora incidente sobre o lançamento de ofício de obrigação principal tinha caráter irrelevável, por força do art. 34 da Lei nº 8.212, de 1994, restabelecido e na redação da Lei nº 9.528, de 1997, também revogado com o advento da MP nº 449, de 2008. Sendo o lançamento posterior à revogação do parágrafo único do art. 93 da Lei nº 8.212, de 1991, e não havendo no presente processo multa por descumprimento de obrigação acessória, não há que se cogitar de atenuação ou relevação das multas de mora e de ofício, esta inclusive instituída somente a partir da MP nº 449, de 2008.

Isso posto, voto por CONHECER do recurso voluntário e DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO para aplicar, até a competência 11/2008, a retroação da multa da Lei 8.212/91, art. 35, na redação dada pela Lei 11.941/2009, sendo a multa limitada a 20%¹.

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro

¹ Nas palavras da Ata da Reunião de julgamento, registrou-se meu voto, sem alteração de significado, nos seguintes termos: dar provimento parcial ao recurso voluntário para que, até a competência 11/2008, seja recalculada a multa, nos termos da Súmula CARF nº 196.