



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

Processo nº 15504.014639/2008-34
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº **2403-002.384 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 21 de janeiro de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente TALENTO JOIAS LTDA E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2002 a 31/12/2003

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - IRREGULARIDADE NA
LAVRATURA DO AIOP - INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO
APRECIAÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE
LANÇAMENTO DE DÉBITO - SÚMULA VINCULANTE STF Nº. 8 -
PERÍODO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA QUINQUÊNAL -
APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, CTN.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991. Após, editou a Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nos seguintes termos: “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os

artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

Na hipótese dos autos, aplica-se o entendimento do STJ no REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF - RICARF, com a regra de decadência insculpida no art. 150, § 4º, CTN posto que houve recolhimentos antecipados a homologar feitos pelo contribuinte.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - EXCLUSÃO DO SIMPLES - EFEITOS

Conforme o disposto na legislação à época dos fatos geradores, a pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - MATÉRIA DE DIREITO NÃO IMPUGNADA - PRECLUSÃO DO DIREITO DO IMPUGNANTE FAZÊ-LO EM OUTRO MOMENTO PROCESSUAL

A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento. Considerar-se-á não impugnada a matéria de direito que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante, ocorrendo a preclusão de fazê-lo em outro momento processual.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS E MULTA DE MORA - ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI 11.941/2009 - RECÁLCULO DA MULTA MAIS BENÉFICA - ART. 106, II, C, CTN

Até a edição da Lei 11.941/2009, os acréscimos legais previdenciários eram distintos dos demais tributos federais, conforme constavam dos arts. 34 e 35 da Lei 8.212/1991. A Lei 11.941/2009 revogou o art. 34 da Lei 8.212/1991 (que tratava de juros moratórios), alterou a redação do art. 35 (que versava sobre a multa de mora) e inseriu o art. 35-A, para disciplinar a multa de ofício.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa de mora mais benéfica.

Ressalva-se a posição do Relator, vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma de juros de mora (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) e da multa de ofício (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 15/05/2014 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 02/07/2014 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 03/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para: (i) em preliminar, reconhecer a decadência até a competência 10/2003, inclusive com base no art. 150, § 4º, CTN; (ii) no mérito, por unanimidade de votos, determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei nº 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Freitas Souza Costa, Jhonatas Ribeiro da Silva e Maria Anselma Coscrato dos Santos. Ausente justificadamente o Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pela Recorrente – TALENTO JÓIAS LTDA- contra Acórdão nº 02-42.789 - 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte - MG, que julgou procedente em parte a autuação por descumprimento de obrigações principais, Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP nº. 37.170.283-6, com valor inicial de R\$ 14.796,18, retificado para R\$ 10.246,65.

Conforme o Relatório Fiscal, o crédito previdenciário se refere à contribuição previdenciária da parte dos segurados empregados, no período de 12/2002 a 12/2003.

Em relação ao objeto social da empresa, o Relatório Fiscal informa a atividade produção de jóias:

Assim sendo, uma das modificações observadas ocorreu através da 11ª alteração contratual de 17.10.00, JUCEMG no 2541837 de 10.11.00, que incluiu ao objeto social da empresa a atividade produção de jóias.

Esta atividade de produção de jóias foi excluída através da 1ª alteração contratual de 01.08.2006, JUCEMG nº de 17.08.2006: "...ficam excluídas as atividades a produção de jóias, prestação de serviços de ourivesaria e design, redesenho, conserto e incluída a atividade de licenciamento de marcas próprias".

(...) foi realizado o enquadramento da sociedade na atividade econômica preponderante e no correspondente grau de risco, observando-se os estabelecimentos existentes e desconsiderando-se os segurados empregados que prestavam serviços em atividades-meio, para, ao final, concluir que no período de 12/2002 a 6/2003 a atividade preponderante era a de produção de jóias, enquanto a partir de 7/2003 era a de comercialização de artigos de joalheria.

Em 7/2003, a sociedade extinguiu o departamento de operação da produção, transferindo os empregados para a sociedade Geórgia Ltda, CNPJ nº 03.554.462/0001-49, pertencente ao mesmo grupo empresarial.

O Relatório Fiscal mostra que a empresa foi excluída do SIMPLES a partir de 01.01.2002:

10- A Talento Jóias Ltda. foi optante do SIMPLES, sendo excluída pela Secretaria da Receita Federal a partir de 01.01.2002, por incorrer na situação excludente prevista na Lei nº 9.317, de 05.12.1996, Artigo 90, IX, de acordo com o Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 425.859.

11-Manteve-se como optante do SIMPLES até 07/2003 em relação aos atos praticados referentes às contribuições previdenciárias (recolhimentos e informações em GFIP) para todos os estabelecimentos, exceto, o 38.551.792/0005-99, cuja competência considerada se estendeu até 10/2003;

Em relação aos atos geradores, informa o Relatório Fiscal:

14- São fatos geradores das contribuições sociais componentes deste Auto-de-Infração:

- O exercício de atividade remunerada pelos segurados empregados de 12/2002 a 06/2003, conforme consta da conta: 1.1.3.02 Produção Própria, sub conta: 1.1.3.02.004 Custo mão-deobra sobre produção, código de levantamento MOP;

- O fornecimento de ticket alimentação aos seus empregados, sem convênio com o PAT-Programa de Alimentação do Trabalhador, códigos de levantamento ALI, competências: 12/2002 a 06/2003 e ALI, competências: 07 a 12/2003;

- Prestação de assistência médica aos empregados em desacordo com a legislação tributária previdenciária, códigos de levantamento FP3, competências: 07 a 12/2003 e FP4: 12/2002 a 06/2003;

Os códigos de levantamento, estão assim descritos no Relatório Fiscal:

13- O presente lançamento fiscal refere -se a créditos de contribuição social devida a Seguridade Social correspondente à parte de segurados empregados, não descontada, códigos de levantamento: MOP, ALI, ALI, FP3 e FP4.

16.1-Código levantamento MOP: 12/2002 a 06/2003, valores contabilizados na conta: 1.1.3.02 Produção Própria, sub conta: 1.1.3.02.004 Custo mão-de-obra sobre produção;

16.1.1-Código levantamento MOP: 02/2003 aferido com base no valor de 01/2003, já que não está na contabilidade, o contribuinte não apresentou a documentação relativa a esta mão-de-obra e a DIPJ do exercício de 2004, ano-calendário 2003, informa valores de receita de venda no mercado interno de produtos de fabricação própria

16.2-Código de levantamento: ALI E ALI: Os empregados tem um desconto mensal em folha de pagamento equivalente a 20% do valor mensal do ticket alimentação recebido.

Baseado nesta informação calculamos através de uma regra de três simples, o valor total da custo com ticket refeição no decorrer do mês para cada empregado.

Deste valor total deduzimos o valor descontado em folha mensal de pagamento de cada empregado, obtendo efetivamente a base de cálculo da contribuição social devida para a Previdência Social, cujos valores se encontram no discriminativo a seguir:

16.3-Código de levantamento FP3 e FP4: No período de 12/2002 a 12/2003 há a prestação de assistência médica aos empregados através dos serviços prestados pela Unimed-

Cooperativa de Trabalho Médico Belo Horizonte — MG, contrato celebrado para Plano de Saúde enfermária segundo documentação examinada: contrato de prestação de serviços, notas fiscais de serviços, folhas mensais de pagamento e contabilidade, contas: 2.1.1.01-Fornecedores, subconta: 2.1.1.01.011- Unimed BH Cooperativa de Trabalho Médico, 3.4.1.01-Despesas com Pessoal, subconta: 3.4.1.01.005- Plano de Saúde, 3.2.1.01-Custo com Pessoal-Oficina, subconta: 3.2.1.01.005-Plano de Saúde Através do exame das folhas mensais de pagamento da matriz constatamos que alguns empregados eram beneficiários do Plano de Saúde da Unimed e outros não e que nenhum dos empregados das filiais possuía plano de saúde.

Mediante TLAD-Termo de Intimação para Apresentação de Documentos em anexo, intimamos o contribuinte a apresentar documento demonstrando a opção pelo plano de saúde feita pelo funcionário beneficiário do mesmo, ou a opção pelo não recebimento por quem não tem direito ao benefício, bem como, os Acordos/Convenções Coletivas de Trabalho 2002 e 2003 ou a cartilha de benefícios da empresa para que pudéssemos conhecer as regras estipuladas para concessão do benefício.

A documentação não foi apresentada à fiscalização.

A Lei nº 8.212, artigo 28, & 9º,"q" dispõe: Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:

q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa".

De acordo com a documentação examinada concluímos que a cobertura da assistência médica prestada não abrange a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa como determina a legislação, constituindo-se em salário-de-contribuição para a Previdência Social.

*Os valores mensais constantes dos lançamentos contábeis referentes à assistência médica constituíram-se nas bases de cálculo da contribuição devida, deduzindo-se destas os valores dos descontados em folha de pagamento, pois, a empresa não apresentou a relação de segurados beneficiários e dependentes do plano de saúde, bem como, a mensalidade paga a Unimed por cada titular e **dependente em 12/2002 e 2003***

Também houve a caracterização de grupo econômico, conforme informa o Relatório Fiscal:

*19-Characterizado o "grupo econômico de fato", composto pelo sujeito passivo e pelas empresas: **Geórgia Ltda, Géo Agropecuária Ltda e JR Participações Ltda.**, por se tratar de "grupo de empresas" com personalidade jurídica própria, sob direção, controle ou administração exercida diretamente pelo mesmo grupo de pessoas.*

(...)

19.3-0s responsáveis solidários serão cientificados da lavratura dos documentos constitutivos de crédito emitidos pela fiscalização para os fins previstos no § 1.º, do artigo 37 da Lei nº 8.212/91 com a redação dada pelo Decreto nº 6.103, de 30.04.2007 (Altera a redação do & 2º do artigo 243 do RPS), conforme determinado pelo artigo 749 da Instrução Normativa SRP nº 03, de 14 de julho de 2005, publicada no DOU 135 de 15/07/2005.

O Relatório Fiscal também menciona a formalização de Representação Fiscal para Fins Penais.

A Recorrente teve ciência do AIOP em 20.11.2008, conforme fls. 01.

O período objeto do auto de infração, conforme o Relatório Discriminativo do Débito - DD, às fls. 12, é de 12/2002 a 12/2003.

A Recorrente apresentou Impugnação tempestiva, conforme o Relatório da decisão de primeira instância:

Cientificado do Auto de Infração em 20/11/2008, fls. 3, o contribuinte, por meio de seu procurador, fls. 88, apresentou impugnação em 22/12/2008, fls. 69 a 87, contestando o lançamento.

Recapitula os fatos e alega que a exigência do tributo, se juridicamente adequado, somente seria possível a partir da data da notificação do contribuinte da exclusão do Simples, conforme entendimento jurisprudencial esposado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta, com fundamento no artigo 150, §4º, do CTN, que a atuação da fiscalização não poderia se estender a períodos anteriores a junho de 2003, pois a ação fiscal se iniciou em 2 de junho de 2008, em decorrência do Mandado de Procedimento Fiscal.

Adverte que, no caso concreto, há verdadeira cobrança em duplicidade, pois os fatos aqui discutidos foram objeto de cobrança no Auto de Infração Debcad nº 37.170.284-4, Comprot nº 15504.014640/2008-69.

Pontua que a cobrança encontra-se incorreta, pois a fiscalização, ao aplicar linearmente a alíquota de 8%, sem considerar os recolhimentos que foram feitos a favor dos segurados, exige contribuição em excesso.

Assinala que a Representação Fiscal para Fins Penais enviada ao Ministério Público deve ser imediatamente cancelada, visto que não se esgotou o processo administrativo fiscal, sob pena de caracterização de ato de abuso de autoridade.

Requer que as intimações sejam encaminhadas ao impugnante e aos advogados.

Houve solicitação de Diligência Fiscal, conforme o Relatório da decisão de primeira instância:

Em 6/4/2010, fls. 98 a 102, o processo foi baixado em diligência fiscal para que a autoridade lançadora esclarecesse se o crédito tributário exigido observou o limite máximo do salário-de-contribuição.

Em 29/7/2011, fls. 105 a 114, a autoridade lançadora elaborou informação fiscal para atendimento da diligência, e assim se manifestou:

_ os levantamentos AL1 e ALI foram feitos por aferição, com a alíquota de 8% e o valor do levantamento é inferior ao valor calculado observando o limite máximo do salário-de-contribuição.

_ a sociedade, intimada, apenas apresentou as notas fiscais pagas à Unimed e não discriminou as pessoas beneficiárias do plano de saúde, não havendo possibilidade de a fiscalização nomear os segurados e indicar o valor por eles recebidos, razão pela qual a alíquota aplicada nos levantamentos FP3 e FP4 é a de 8%.

_ juntou nos autos os Anexos I e II, sendo que o confronto entre o Anexo I e o DAD, fls. 4 a 9, demonstra que o valor do levantamento é inferior ao valor calculado.

O contribuinte tomou ciência do relatório fiscal da diligência em 5/8/2011, fls. 137, fato este que se aplica aos solidários (JR Participações Ltda, 26/8/2011, fls. 139;

Geórgia Ltda, 26/8/2011, fls. 141; Geo Agropecuária Ltda, edital, fls. 149) e aos advogados (fls. 143, 26/8/2011).

Em 14/1/2013, fls. 154, a Equipe de Processos Fiscais da DRF/BHE elaborou despacho para encaminhar o processo à DRJ/BHE, frisando que o contribuinte e os sujeitos passivos solidários não se manifestaram sobre o resultado da diligência fiscal.

A **Recorrida** analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente em parte a autuação**, nos termos do **Acórdão nº 02-42.789 - 7ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte - MG, conforme Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2002 a 31/12/2003

EXCLUSÃO DO SIMPLES.

A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir da data em que se processarem os efeitos da exclusão, de acordo com o Ato Declaratório de Exclusão, às normas de tributação e de arrecadação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

JURISPRUDÊNCIA NÃO VINCULANTE.

O autuado não juntou nos autos posição que vincule as decisões prolatadas por este colegiado.

PRAZO DECADENCIAL. CTN. PAGAMENTO NO VENCIMENTO.

Aplicam-se os prazos decadenciais previstos no Código Tributário Nacional - CTN aos créditos destinados à Seguridade Social.

Na disciplina do CTN, há de se observar, para fins de cômputo do prazo de decadência, a regra do artigo 173, I, quando o contribuinte não efetua o pagamento no vencimento, contando-se o prazo do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou a regra do § 4º do artigo 150, para os casos em que o contribuinte tenha efetuado pagamento parcial no vencimento, contando-se o prazo da data de ocorrência do fato gerador.

AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO IN NATURA. REVISÃO DE OFÍCIO DO LANÇAMENTO. ATO DECLARATÓRIO APROVADO PELO MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA.

É revisto de ofício o crédito tributário relativo a auxílio alimentação pago in natura, lançado sob o fundamento de falta de inscrição no PAT, em razão de Ato Declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, expedido em virtude de jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça.

COBRANÇA EM DUPLICIDADE. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO DEVIDA A TERCEIROS. CONTRIBUIÇÃO DEVIDA PELOS SEGURADOS EMPREGADOS.

A exigência no mesmo procedimento fiscal da contribuição devida a terceiros e da contribuição devida pelos segurados empregados não configura a hipótese de cobrança em duplicidade, pois se tratam de exações distintas.

CONTRIBUIÇÃO DEVIDA PELOS SEGURADOS. EMPREGO DA ALÍQUOTA DE 8%. AFERIÇÃO. INTIMAÇÃO NÃO ATENDIDA PELO CONTRIBUINTE.

A aferição da contribuição devida pelo segurado com a aplicação da alíquota de 8% é justificável nos casos em que o contribuinte, intimado a indicar os empregados contemplados com benefícios e verbas trabalhistas, se nega a colaborar com a fiscalização.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. FORMALIZAÇÃO. SÚMULA CARF.

A autoridade fiscal deverá formalizar representação fiscal para fins penais, sempre que tiver conhecimento da ocorrência, em

tese, de crime contra a Seguridade Social ou contra a Ordem Tributária.

Segundo a Súmula CARF nº 28, com efeito vinculante sobre a administração tributária federal, o CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a processo administrativo de representação fiscal para fins penais.

DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ENDEREÇO CADASTRAL. PEDIDO DE INTIMAÇÃO ENDEREÇADA AOS PROCURADORES. INDEFERIMENTO.

O domicílio tributário do sujeito passivo é o endereço postal, eletrônico ou de fax fornecido pelo próprio contribuinte à Secretaria da Receita Federal do Brasil para fins cadastrais, inexistindo determinação legal expressa para que as intimações sejam dirigidas aos procuradores.

MULTA. RETROATIVIDADE BENIGNA. 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 deverá ser feita por ocasião do pagamento ou do parcelamento do débito.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Acórdão

Acordam os membros da 7ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar a impugnação procedente em parte e manter em parte o crédito tributário, alterando-se os seguintes fatos geradores:

a) Exclusão integral dos levantamentos ALI e FP3, competências 8/2003 a 10/2003, para o estabelecimento 38.551.792/0001-65, por reconhecimento da decadência.

b) Exclusão integral dos levantamentos AL1 e ALI – Alimentação sem convênio PAT, competências 12/2002 a 12/2003, para o estabelecimento 38.551.792/0001-65, por aplicação do Ato Declaratório PGFN nº 3, de 20/12/2011.

Intime-se para pagamento do crédito mantido no prazo de 30 dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em igual prazo, conforme facultado pelo art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, alterado pelo art. 1º da Lei n.º 8.748, de 9 de dezembro de 1993, e pelo art. 32 da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002.

Encaminhe-se à Delegacia da Receita Federal do Brasil de origem para cientificar o contribuinte e os responsáveis solidários do inteiro teor deste acórdão e demais providências

manifestou: Em relação à decadência, a decisão de primeira instância assim de

O presente auto de infração foi consolidado em 20/11/2008, com a ciência do lançamento pelo contribuinte em 20/11/2008, fls. 3, e abrange contribuições relativas a fatos geradores ocorridos nas competências de 12/2002 a 12/2003.

Para as competências 12/2002 a 07/2003 (estabelecimento 0001-65), entendo que se deve observar, para fins de cômputo do prazo de decadência, a regra do artigo 173, I, do CTN, pois os pagamentos antecipados realizados pelo sujeito passivo não se vinculam à ocorrência dos fatos geradores exigidos neste Auto de Infração, uma vez que havia efetuado recolhimentos no código de pagamento 2003 (Simples), sistema integrado de tributação distinto das regras previstas na Lei nº 8.212/91. Ver nas fls. 621 a 634 do processo nº 15504.014641/2008-11, cópias das GPS recolhidas pelo autuado, consoante consulta efetuada no Sistema de Arrecadação da Previdência Social – Conta Corrente.

No que se refere às competências 8/2003 a 10/2003 (estabelecimento 0001-65), por se mostrar configurado o pagamento parcial antecipado (código GPS 2100), fls. 635 a 637 do processo nº 15504.014641/2008-11, cabe a aplicação da regra prevista no § 4º do artigo 150 do CTN, o que implica a decadência do direito da Seguridade Social de exigi-la, devendo o lançamento, nesse período e estabelecimento, ser cancelado.

Inconformada com a decisão de primeira instância, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, reiterando os argumentos deduzidos em sede de Impugnação, em apertada síntese:

(i) Da decadência - aplicação do art. 150, § 4º, CTN em função de recolhimentos feitos à título de contribuição social previdenciária.

(ii) Dos efeitos da exclusão do SIMPLES

De acordo com a respeitável decisão recorrida, a Recorrente foi excluída do Simples em 01/01/2002, por ter incorrido na situação excludente prevista no art. 9º, IX da Lei nº 9.317/96. Deste modo, o entendimento da Receita Federal foi no sentido de que os efeitos da tributação à Seguridade Social deveriam ter como marco inicial a data da ocorrência da situação, qual seja, 01/01/2002.

Entretanto, tal decisão não deve prevalecer, haja vista que a Recorrente somente foi notificada de sua exclusão do Simples em agosto de 2003, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 425.859.

Ademais, aceitar a retroatividade dos efeitos oriundos da exclusão do SIMPLES é ser complacente com a ofensa ao direito adquirido, uma vez que a Recorrente operou todo o ano de 2002 sem receber qualquer notificação da Receita Federal.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação colhida aos autos a partir da data de ciência do Acórdão da decisão de primeira instância e a data de protocolo do Recurso Voluntário.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES**(A) Da regularidade do lançamento.**

Analisemos.

Não obstante a argumentação do Recorrente, não confiro razão ao mesmo pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pela Recorrente – TALENTO JÓIAS LTDA- contra Acórdão nº 02-42.789 - 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte - MG, que julgou procedente em parte a autuação por descumprimento de obrigações principais, Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP nº. 37.170.283-6, com valor inicial de R\$ 14.796,18, retificado para R\$ 10.246,65.

Conforme o Relatório Fiscal, o crédito previdenciário se refere à contribuição previdenciária da parte dos segurados empregados, no período de 12/2002 a 12/2003.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foram lavrados AIOPs que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

Lei nº 8.212/91

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará

notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

IN MPS/SRP nº 03/2005

Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário, no âmbito da SRP:

IV - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, que é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal;

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- A autorização por meio da emissão de TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*

a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);

b. DD - Discriminativo Analítico do Débito (Este relatório lista, em suas páginas iniciais, todas as características que compõem o levantamento, que é um agrupamento de informações que servirão para apurar o débito de contribuição previdenciária existente. Na sequência, discrimina, por estabelecimento, competência e levantamento, as bases de cálculo, as rubricas, as alíquotas, os valores já recolhidos, confessados, autuados ou retidos, as deduções permitidas (salário-família, salário-maternidade e compensações), as diferenças existentes e o valor dos juros SELIC, da multa e do total cobrado);

c. FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);

d. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 15/05/2014 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 15/05/2014 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 02/07/2014 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 03/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

e. REFISC – Relatório Fiscal.

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Analisando-se o AIOP, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

(B) Alegações de inconstitucionalidade

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“Art. 26-A. 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. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)“(gn).

Ainda, o art. 59, caput, Decreto 7.574/2011:

Art.59. 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 (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 26-A, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, art. 25).

*Parágrafo único.*O disposto no **caput** não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 26-A, § 6º, incluído pela Lei nº 11.941, de 2009, art. 25):

I-que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou II-que fundamente crédito tributário objeto de:

a)dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de junho de 2002;

b) *súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou*
c) *pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.*

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(i) Da decadência - aplicação do art. 150, § 4º, CTN em função de recolhimentos feitos à título de contribuição social previdenciária.

Analisemos.

Em relação à decadência, a decisão de primeira instância assim de manifestou:

O presente auto de infração foi consolidado em 20/11/2008, com a ciência do lançamento pelo contribuinte em 20/11/2008, fls. 3, e abrange contribuições relativas a fatos geradores ocorridos nas competências de 12/2002 a 12/2003.

Para as competências 12/2002 a 07/2003 (estabelecimento 0001-65), entendo que se deve observar, para fins de cômputo do prazo de decadência, **a regra do artigo 173, I, do CTN**, pois os pagamentos antecipados realizados pelo sujeito passivo não se vinculam à ocorrência dos fatos geradores exigidos neste Auto de Infração, uma vez que havia efetuado recolhimentos no código de pagamento 2003 (Simples), sistema integrado de tributação distinto das regras previstas na Lei nº 8.212/91. Ver nas fls. 621 a 634 do processo nº 15504.014641/2008-11, cópias das GPS recolhidas pelo autuado, consoante consulta efetuada no Sistema de Arrecadação da Previdência Social – Conta Corrente.

No que se refere às **competências 8/2003 a 10/2003** (estabelecimento 0001-65), por se mostrar **configurado o pagamento parcial antecipado (código GPS 2100)**, fls. 635 a 637 do processo nº 15504.014641/2008-11, cabe a aplicação da regra prevista no § 4º do artigo 150 do CTN, o que implica a decadência do direito da Seguridade Social de exigi-la, devendo o lançamento, nesse período e estabelecimento, ser cancelado.

Discordo do posicionamento da decisão de primeira instância.

Senão, vejamos.

O Supremo Tribunal Federal - STF, conforme o Informativo STF nº 510 de 19 de junho de 2008, por entender que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, b, da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nºs 556664/RS, 559882/RS, 559.943 e 560626/RS, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, atribuindo-se, à decisão, eficácia *ex nunc* apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa.

Após, o STF aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nestes termos:

Súmula Vinculante nº 8 - São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Publicada no DOU de 20/6/2008, Seção 1, p.1.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.).”

Portanto, da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, a **administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, deve adequar a decisão administrativa ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”

Cumprе ressaltar que o art. 62, caput do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda, Portaria MF nº 256 de 22.06.2009, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade.

Porém, o art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, ressalva que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (g.n.)”

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional - CTN. Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173 do Código Tributário Nacional.

O meu posicionamento se identifica com o direcionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ no sentido de no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento e não se configure os casos de dolo, fraude ou simulação, se

aplica a regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN, conforme se depreende do REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARF.

Na hipótese dos autos, o Relatório de Documentos Apresentados – RDA, às fls. 16 a 17, apresenta recolhimentos feitos pelo contribuinte, via Guias da Previdência Social - GPS entre as competências 08/2003 a 13/2003, o que, no meu posicionamento, é o suficiente para considerar os recolhimentos antecipados feitos pelo contribuinte a serem considerados para todo o período objeto da autuação ensejando a aplicação do art. 150, § 4º, CTN, com fulcro no REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARF.

Temos que a ciência do AIOP ocorreu em 20.11.2008 e as competências objeto do lançamento são 12/2002 a 12/2003.

Portanto, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos lançados até a competência 10/2003, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, CTN.

(ii) Dos efeitos da exclusão do SIMPLES

De acordo com a respeitável decisão recorrida, a Recorrente foi excluída do Simples em 01/01/2002, por ter incorrido na situação excludente prevista no art. 9º, IX da Lei nº 9.317/96. Deste modo, o entendimento da Receita Federal foi no sentido de que os efeitos da tributação à Seguridade Social deveriam ter como marco inicial a data da ocorrência da situação, qual seja, 01/01/2002.

Entretanto, tal decisão não deve prevalecer, haja vista que a Recorrente somente foi notificada de sua exclusão do Simples em agosto de 2003, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 425.859.

Ademais, aceitar a retroatividade dos efeitos oriundos da exclusão do SIMPLES é ser complacente com a ofensa ao direito adquirido, uma vez que a Recorrente operou todo o ano de 2002 sem receber qualquer notificação da Receita Federal.

Analisemos.

Conforme já debatido em sede de primeira instância, nos termos do Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 425.859, de 7 de agosto de 2003, o Recorrente foi excluído do Simples a partir do dia 01.01.2002, às fls. 115:

Ato Declaratório Executivo DRF/BHE n 2 425.859. de 07 de agosto de 2003

Declara excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) o contribuinte que menciona.

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL. no uso da competência que lhe confere o parágrafo 3º do artigo 15 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, Incluído pelo artigo 32 da

Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998, e tendo em vista o disposto nos artigos 9º, 12, 14, inciso I, e 15 da Lei nº 9.317, de 1996, com suas alterações posteriores, declara:

Art. 1º Fica o contribuinte, a seguir identificado, excluído do Simples a partir do dia 01/01/2002 pela ocorrência da situação excludente indicada abaixo.

Nome: TALENTO JÓIAS LTDA

CNPJ: 38.551.792/0001-85

Data da opção pelo Simples: 01/01/2000

• - Descrição: sócio ou titular participa de outra empresa com mais de 10% e a receita bruta global no ano-calendário de 2001 ultrapassou o limite legal. CPF 600.017.476-49, CNPJ 64.256.183/0001-93

- Data da ocorrência: 31/12/2001.

- Fundamentação legal: Lei nº 9.317, de 05/12/1996: art. 9º, IX; art. 12; art. 14, I; art. 15, II. Medida Provisória nº 2.158 - 34, de 27/07/2001: art. 73. Instrução Normativa SRF nº 2250, de 26/11/2002: art. 20, IX; art. 21; art. 23, I; art. 24, II. c/c parágrafo único. •

Art. 2º A exclusão do Simples surtirá os efeitos previstos nos artigos 15 e 16 nº 9.317, de 1996, e suas alterações posteriores.

Art. 3º Poderá o contribuinte, dentro do prazo de trinta dias contados a partir da recebimento deste Ato, manifestar sua inconformidade, por escrito, nos termos do Decreto nº 70.235, de 7 de março de 1972, e suas alterações posteriores, relativamente à exclusão do Simples, ao Delegado da Receita Federal de sua jurisdição, por meio do formulário Solicitação - de Revisão da Exclusão do Simples (SRS), disponível na página da Secretaria da Receita Federal na Internet (www.receita.fazenda.gov.br/publico/formularios/srs.rtf), ou em suas unidades, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Art. 4º Não havendo manifestação no prazo previsto no artigo anterior, a exclusão do Simples tornar-se-á definitiva.

Ora, conforme a fundamentação do Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 425.859, de 07 de agosto de 2003, o art. 16 da Lei 9317/1996 determina a sujeição das pessoas jurídicas excluídas do SIMPLES às regras de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, enquanto que o art. 15, Lei 9317/1996 delimita o marco temporal a partir do qual ocorre a produção dos efeitos da exclusão do SIMPLES, in verbis:

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

I - a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 13;

II – a partir do mês subsequente ao em que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XVIII do art. 9º;
II – a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão, ainda que de ofício, em virtude de constatação de situação excludente prevista nos incisos III a XVIII do art. 9º-; (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998) (Vide Lei nº 10.925, de 2004)

II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - a partir do início de atividade da pessoa jurídica, sujeitando-a ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, apenas, de juros de mora quando efetuado antes do início de procedimento de ofício, na hipótese do inciso II, "b", do art. 13;

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º; V - a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.

VI - a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência do ato declaratório de exclusão, nos casos dos incisos XV e XVI do caput do art. 9º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

Art. 16 *A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.*

A argumentação do Recorrente no sentido dos efeitos da exclusão pudessem ser contados a partir da notificação da exclusão do Simples, em agosto/2003, não pode prosperar porque contraria os arts. 15 e 16 da Lei 9317/1996, os quais, ademais, fundamentaram o Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 425.859, de 07 de agosto de 2003.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

DO MÉRITO

(C) Da matéria não impugnada

Após as Preliminares, considerando-se também a tributação já anteriormente afastada pela decisão de primeira instância, **restou a ser discutido apenas as competências 11/2003 e 12/2003 em relação ao Código de Levantamento FP3 - Assistência médica.**

Nos termos do art. 58 do Decreto 7574/2011 e dos arts. 17 do Decreto 70235/1972, considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. Ou seja, para se discutir as matérias aduzidas pela autuação fiscal, o momento processual adequado é aquele da Impugnação:

Decreto 70235/1972 - Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante

Decreto 7574/2011 - Art.58.Considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 17, com a redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997, art. 67).

Ora, diante do preceituado pelo art. 17, Decreto 70.235/1972, percebe-se que não foram argüidas pela Recorrente, em sede de Recurso Voluntário, as matérias objeto do Código de Levantamento FP3 - Assistência Médica.

Portanto, diante do exposto, concluo pela preclusão da discussão das matérias de direito não discutidas neste momento processual do Recurso Voluntário.

DA MULTA DE MORA

Esta Colenda Turma de Julgamento vem se posicionando reiteradamente, por maioria, em relação ao recálculo dos acréscimos legais, para que se **recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte:**

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal.

Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Ressalta-se a posição do Relator, posição vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma **de juros de mora** (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) **e da multa de ofício** (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **para dar PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso, para: (i) em Preliminar, se reconhecer a decadência até a competência 10/2003, inclusive, com base no art. 150, § 4º, CTN; (ii) No mérito, determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei no 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro