MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 15540.000047/2009-80

Processo nº	15540.000047/2009-80
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	**2201-009.745 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	05 de outubro de 2022
Recorrente	SECURITY LIFE SISTEMAS OPERACIONAIS LTDA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Período de apuração: 01/02/2004 a 30/06/2007

SIMPLES. ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. DISCUSSÃO EM PROCESSO PRÓPRIO.
O ato de exclusão do SIMPLES e sua anulação devem ser apreciados em procedimento próprio e diverso, não podendo ser rediscutido dentro do procedimento de lançamento de contribuições previdenciárias.

RETROATIVIDADE BENÉFICA. REVOGAÇÃO DO ART. 35 DA LEI 8.212/1991.
Deve-se apurar a retroatividade benigna a partir da comparação do devido à época da ocorrência dos fatos com o regramento contido no atual artigo 35, da Lei 8.212/1991, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, mesmo em se tratando de lançamentos de ofício.

RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA. INCLUSÃO EM DÍVIDA ATIVA.
A relação de corresponsáveis apenas identifica os sócios e diretores da empresa e respectivo período de gestão sem, por si só, atribuir-lhes responsabilidade solidária ou subsidiária pelo crédito constituído. Não é consequência do Termo de Inscrição em Dívida Ativa que os referidos representantes legais passem a constar no polo passivo da obrigação tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para determinar a aplicação da retroatividade benigna mediante a comparação entre as multas de mora previstas na antiga e na nova redação do art. 35 a Lei 8.212/91.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Fernando Gomes Favacho - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Debora Fofano dos Santos, Douglas Kakazu Kushiyama, Francisco Nogueira Guarita, Fernando Gomes Favacho, Marco Aurelio de Oliveira Barbosa, Thiago Duca Amoni (suplente convocado(a)), Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

Trata o Auto de Infração DEBCAD: 37.203.955-3 de crédito para a Seguridade Social no valor originário de R$ 109.034,77, abrangendo as **competências 02/2004 a 06/2007**, decorrente de contribuições para Outras Entidades incidentes sobre o pagamento de remuneração aos segurados empregados.

Informa o **Relatório Fiscal** que o lançamento teve como justificativa a exclusão do contribuinte do regime do SIMPLES FEDERAL, por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/NIT 27, de 03/03/2008, com situação excludente (evento 306 – Atividade Econômica Vedada – 7830-2/00 FORNECIMENTO E GESTÃO DE MÃO-DE-OBRA PARA TERCEIROS), com efeitos retroativos a 01/02/2004. A exclusão deu-se com base no art. 90, XII, "c" e "f' da Lei 9.317/1996.

Os fatos tributários foram obtidos nas folhas de pagamento e informados nas GFIPs do contribuinte. Todavia, tais GFIPs foram elaboradas com a informação de "optante do Simples Federal", motivo pelo qual se entende que **as contribuições patronais devidas não foram declaradas**.

O Auto anexa: o Ato Declaratório Executivo DRF/NIT 27, de 03/03/2008, folhas de pagamento de empregados, e GFIPs.

A **Impugnação** apresentada em 23/03/2009 (fls. 187 a 190) alega que a) a exclusão do SIMPLES FEDERAL com efeitos retroativos afronta o princípio da segurança jurídica; que b) o Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES FEDERAL foi objeto de impugnação; que c) recolheu as contribuições pelo regime do SIMPLES FEDERAL e d) requer a revisão da multa aplicada, por não ter agido de má-fé.

Em 13/11/2009 foi requisitada Diligência Fiscal, por meio da Resolução 278, com o fito de esclarecer a situação atual da exclusão da empresa do SIMPLES FEDERAL. Em atendimento à diligência, o agente fiscal informou por meio de **Relatório de Diligência Fiscal** de 31/03/2010 (fls. 208 e 209) que não consta na Secretaria da Receita Federal do Brasil qualquer registro que o sujeito passivo tenha entrado com manifestação de inconformidade e/ou impugnação contra o Ato Declaratório de Exclusão e que, uma vez intimado expressamente o sujeito passivo acerca da diligência, não apresentou qualquer documento que comprovasse a manifestação de inconformidade e/ou impugnação ao Ato Declaratório de Exclusão.

O **Acórdão** 12-32.126 da 15ª Turma da DRJ/RJ1, Sessão de 13/07/2010 (fls. 225 a 234) julgou a impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário. Inicialmente a) rejeita os argumentos de inconstitucionalidade e ilegalidade das normas. Entende que b) não houve impugnação ao Ato Declaratório de Exclusão; e d) que conforme o art. 136 do CTN a responsabilidade por infrações independe da intenção do agente.

Original

Quanto aos recolhimentos, julga c) que o contribuinte excluído do Simples deve recolher as contribuições de acordo com as normas da Lei 8.212/1991 para as empresas em geral (art. 16 da Lei 9.317/1996). O ordenamento veda a compensação de valores indevidamente recolhidos para o Simples (IN RFB 900/2008 e IN MPS/SRP 03/2005) e que não há comprovação de pagamento dos tributos.

Intimada (fl. 238), a empresa apresentou **Recurso Voluntário** (fls. 240 a 254), apresentando o que segue:

(a) Que o lançamento tributário deve ser julgado improcedente, pois não possui intimação do Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES; (b) Que, com a revogação do art. 35 da Lei 8.212/1991, as multas que integram o crédito devem ser revistas, de modo a aplicar a retroatividade benéfica do art. 106, II, "a" e "c" do CTN; e (c) Que se declare a inexistência de responsabilidade dos sócios da recorrente pelos créditos impugnados, determinando a não inclusão de seus nomes em Certidão de Dívida Ativa eventualmente expedida.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Fernando Gomes Favacho, Relator.

Admissibilidade

O Recorrente foi cientificado da decisão dia 06/09/2010, conforme AR (fl. 238), e o Recurso Voluntário foi apresentado tempestivamente no dia 06/10/2010. Reconhecida a tempestividade, conheço do Recurso.

Cabe observar que, também a partir da exclusão do SIMPLES da ora Recorrente, consta como julgado em Sessão de 10/03/2015 o Acórdão 2302-003.676, com o período de apuração de 01/09/2006 a 31/12/2006.

Ausência da intimação do Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES

A alegação da contribuinte é de que não foi intimado do ADE. Entende haver nulidade por violação ao art. 5º, LV, da Constituição – contraditório e ampla defesa nos processos administrativos, e §3° do art. 15 da Lei 9.317/1996 – exclusão de ofício por ato declaratório.

Afirma que, no Processo Administrativo 13738.000200/2006-93 (processo no qual se formalizou a exclusão da Recorrente do SIMPLES FEDERAL), a empresa recorrente não foi intimada da decisão que a excluiu do SIMPLES, sendo impedida de apresentar manifestação de inconformidade ao Ato Declaratório Executivo (ADE).

Aqui vejo ocorrer **incompetência** e **preclusão**.

Original

Incompetência porque não cabe julgar novamente o processo de exclusão do Simples, reavaliando os argumentos apresentados àquele processo, em especial nesta 2ª Seção do CARF.

O ato de exclusão e sua possível anulação devem ser apreciados em procedimento próprio e diverso, não podendo ser rediscutido dentro do procedimento de lançamento de contribuições previdenciárias. 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.

> RICARF
>
> Art. 2º À 1ª (primeira) Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância que versem sobre aplicação da legislação relativa a:
>
> V - exclusão, inclusão e exigência de tributos decorrentes da aplicação da legislação referente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) e ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação (Simples- Nacional);

Tal incompetência para apreciação atrai, inclusive, os efeitos da retroatividade das decisões de exclusão, pois são matérias atinentes às suas próprias causas originárias, inclusive em relação aos artigos 13 e 15 da Lei nº 9.317/1996 e artigos 28 e 31 da LC nº 123/2006.

Preclusão, pois a matéria não contestada expressamente na fase impugnatória é considerada definitivamente apreciada na esfera administrativa, nos termos do artigo 17 do Decreto nº 70.235/72 e alterações.

O Recorrido foi instado a se manifestar exatamente sobre a diligência realizada em razão dessa matéria Processo de Exclusão do SIMPLES FEDERAL – determinada pelo órgão julgador de 1ª Instância, entretanto quedou-se inerte, não podendo agora ressuscitar a matéria que sequer foi oportunizada à análise e manifestação do órgão julgador de 1ª instância, sob pena deste colegiado incorrer em supressão de instância, o que lhe é vedado.

Retroatividade benéfica a partir da revogação do art. 35 da Lei 8.212/1991

Segundo a Recorrente, as penalidades pecuniárias aplicáveis em sede de contribuições previdenciárias eram contempladas no art. 35 da Lei 8.212/1991, que foram expressamente revogados pelo art. 79, I, da Lei 11.941/2009. Desde então, a sistemática aplicável passou a ser prevista no art. 44 da Lei 9.430/1996, cujo parágrafo terceiro atrai a aplicação das reduções insertas no art. 6° da Lei 8.218/1991 e no art. 60 da Lei 8.383/1991. Em outras palavras, pede para aplicar a multa que mais beneficiá-la.

De fato a legislação atual é de que:

> Lei 8.212/1991, Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das **contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em**

Original

> **legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430**, de 27 de dezembro de 1996.
>
> Art. 35-A. Nos casos de **lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei no 9.430**, de 27 de dezembro de 1996.
>
> Lei 9.430/1996, Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:
>
> § 3º Aplicam-se às multas de que trata este artigo as reduções previstas no art. 6º da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, e no art. 60 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991.
>
> Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, **serão acrescidos de multa de mora**, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.
>
> § 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subseqüente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.
>
> **§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.**

O tema tem sido recorrente nos últimos meses neste Conselho, em especial com a revogação da Súmula CARF n. 119 pela 2ª Turma da CSRF em sessão de 06/08/2021.

> Súmula CARF nº 119. No caso de multas por descumprimento de obrigação principal e por descumprimento de obrigação acessória pela falta de declaração em GFIP, associadas e exigidas em lançamentos de ofício referentes a fatos geradores anteriores à vigência da Medida Provisória n° 449, de 2008, convertida na Lei n° 11.941, de 2009, a retroatividade benigna deve ser aferida mediante a comparação entre a soma das penalidades pelo descumprimento das obrigações principal e acessória, aplicáveis à época dos fatos geradores, com a multa de ofício de 75%, prevista no art. 44 da Lei n° 9.430, de 1996.

Existia uma regra sumulada a ser aplicada neste caso. Com a revogação da súmula nº 119, DOU 16/08/2021, o CARF alinhou seu entendimento ao consolidado pelo STJ.

Deve-se apurar a retroatividade benigna a partir da comparação do devido à época da ocorrência dos fatos com o regramento contido no atual artigo 35, da Lei 8.212/1991, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, mesmo em se tratando de lançamentos de ofício.

Declaração de inexistência da responsabilidade dos sócios

Pede a Recorrente que se declare a inexistência de responsabilidade dos sócios da recorrente pelos créditos impugnados, determinando a não inclusão de seus nomes em Certidão de Dívida Ativa eventualmente expedida.

Quanto à essa alegação da indevida responsabilização dos sócios (diretores), cabe esclarecer que os corresponsáveis mencionados pela fiscalização não figuram no polo passivo do presente lançamento fiscal.

Original

A relação de corresponsáveis, anexada pela fiscalização, tem como finalidade identificar as pessoas que poderiam ser responsabilizadas na esfera judicial, caso fosse constatada a prática de atos com infração de leis ou estatuto, conforme determina o Código Tributário Nacional, e permitir que se cumpra o estabelecido no art. 2º, inciso I, § 5º, da Lei 6.830/1980, que dispõe:

> Art. 2º, § 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:
>
> I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

A relação de corresponsáveis apenas identifica os sócios e diretores da empresa e respectivo período de gestão sem, por si só, atribuir-lhes responsabilidade solidária ou subsidiária pelo crédito constituído. Não é consequência do documento que os referidos representantes legais passem a constar no polo passivo da obrigação tributária.

No entanto, nem por isso os representantes legais não devam constar em relação preparada pelo Fisco. É da analise dos contratos sociais e estatutos que são identificados os sócios e diretores da empresa. Dessa relação a PGFN poderá indicar eventuais corresponsáveis pelo crédito, conforme dispõe em especial o artigo 135 do CTN.

> Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
>
> I – as pessoas referidas no artigo anterior;
>
> II – os mandatários, prepostos e empregados;
>
> III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Não é possível, portanto, declarar a inexistência de responsabilidade dos sócios da recorrente pelos créditos impugnados, ou mesmo a não inclusão em Certidão de Dívida Ativa eventualmente expedida.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do Recurso Voluntário e, no mérito, dou-lhe parcial provimento, unicamente para determinar a aplicação da retroatividade benigna mediante a comparação entre as multas de mora previstas na antiga e na nova redação do art. 35 da Lei 8.212/1991.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Gomes Favacho

Original

Original