



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

**Processo n°** 10783.724353/2011-53  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 2302-002.400 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 14 de março de 2013  
**Matéria** OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E ACESSÓRIA  
**Recorrente** ANDRÉ PAIVA NOGUEIRA ME.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/01/2007 a 30/12/2008

**EXCLUSÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. VIGÊNCIA DO ART. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96 c/c art. 18 da LC 123/06.**

No período de 01/2007 a 06/2007 embora a empresa Recorrente tenha declarado sem movimento, recolheu as mencionadas contribuições previdenciárias pelo regime tributário simplificado - SIMPLES NACIONAL. No entanto, neste período, o art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96 impedia os escritórios de contabilidade, tal qual o Recorrente, de optarem por este benefício.

No tocante ao período de 07/2007 a 13/2008, consta no relatório fiscal (fls. 55/56) que a Recorrente informou nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP o código de pagamento “2003” e no campo destinado ao SIMPLES o código “2” indicando a opção pelo SIMPLES. Entretanto, as suas Declarações de Imposto de Renda Pessoa Jurídica relacionadas as anos-calendários 2007, 2008 e 2009 indicam que a forma de tributação escolhida era o Lucro Presumido.

**DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. VALORES COBRADOS. NÃO IMPUGNAÇÃO.**

Considerando que não houve qualquer impugnação do contribuinte no tocante aos valores cobrados, restringindo-se a atacar tão somente o ato de exclusão do SIMPLES NACIONAL, nos termos do art. 17 do decreto 70.235/72 c/c art. 8º da Portaria da RFB nº 10.875/07, a matéria não impugnada está preclusa o que impede esta Egrégia Corte de se manifestar a respeito.

**RETROATIVIDADE BENIGNA. GFIP. MEDIDA PROVISÓRIA N° 449. REDUÇÃO DA MULTA.**

As multas em GFIP foram alteradas pela Medida Provisória n° 449 de 2008. Foi acrescentado o art. 32-A à Lei n° 8.212 cuja penalidade imposta foi mais favorável ao contribuinte.

Conforme previsto no art. 106, inciso II do CTN, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. A multa aplicada deve ser calculada considerando as disposições do artigo 32-A, inciso I, da Lei n.º 11.941/2009.

**DA MULTA APLICADA. CONFISCO.**

De acordo com a Súmula 2 do CARF esta Corte não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Segunda Turma da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso, frente à questão já transitada em julgado na esfera administrativa, e na parte conhecida dar-lhe provimento parcial no que se refere ao Auto de Infração de Obrigação Acessória - AIOA Código de Fundamento Legal 68, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. A multa aplicada neste AIOA deve ser calculada considerando as disposições da Medida Provisória n.º 449 de 2008, mais precisamente o art. 32-A, inciso II, que na conversão pela Lei n.º 11.941 foi renumerado para o art. 32-A, inciso I, da Lei n.º 8.212 de 1991.

Liege Lacroix Thomasi – Presidente

Juliana Campos de Carvalho Cruz – Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Liége Lacroix Thomasi (Presidente), Arlindo da Costa e Silva, André Luis Marsico Lombardi, Manoel Coelho Arruda Junior, Adriana Sato e Juliana Campos de Carvalho Cruz (Relatora).

## Relatório

Adoto o relatório de fls. 365/371:

*"Trata o presente processo administrativo dos lançamentos referentes a contribuições devidas à Seguridade Social, incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes*

*individuais, pela empresa em epígrafe, no período de 01/2007 a 13/2008, relativas a) a parcela devida pelos segurados empregados e arrecadada pela empresa (DEBCAD 37.319.035-2); b) a parte da empresa e financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – GILRAT (DEBCAD 37.319.036-0 e 37.319.038-7); e c) as devidas a outras entidades e fundos (Salário Educação, INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE – DEBCAD 37.319.037-9 e 37.319.039-5) abrangendo ainda Auto de Infração de Obrigação Acessória, DEBCAD 37.319.040-9, por ter a empresa apresentado a GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme art. 32, IV e § 5º da Lei 8.212/91 c/c art. 225, IV e § 4º. do Decreto 3.048/99. A inclusão no presente procedimento de diversos Autos de Infração baseados nos mesmos elementos de prova obedece ao disposto no art. 1º da Portaria RFB nº 666, de 24/04/2008, alterado pela portaria RFB nº 2.324, de 03/12/2010.*

*2. Integra ainda o processo o Ato Declaratório Executivo (ADE) DRFB/VTA n. 085, de 12/09/2011 (fls.112/113), através do qual a empresa foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, com fulcro no art. 9º, inciso XIII da Lei nº 9.317/96, em virtude do exercício de atividade econômica vedada, qual seja, a prestação de serviços de contabilidade, com efeitos de 01/01/2007 a 30/06/2007.*

*3. De acordo com o Relatório Fiscal, fls. 54/62, constituem fatos geradores das contribuições previdenciárias e daquelas devidas a Outras Entidades as remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais informadas nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP, folhas de pagamento, recibos de pagamento e Livro Razão. Além disto, no período de 01 a 05/2007 as GFIP's foram declaradas como sem movimento, além de conter a opção pelo SIMPLES, porém foi verificada nas folhas de pagamento a existência de empregados no citado período. A empresa retificou as GFIP no período de 01 a 05/2007, durante a ação fiscal, apenas para incluir os empregados registrados.*

*4. Afirma ainda a autoridade fiscal que a empresa em questão foi incluída no Sistema Integrado de Imposto e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES FEDERAL, a partir de 01/01/2002, entretanto, analisando-se os Atos Constitutivos da empresa constatou que o objetivo social é a prestação de serviços de contabilidade, assessoria e auditoria (CNAE 69.20-6-01), situação que se configura desde 03/11/2005. Por este motivo, foi lavrada a Representação Fiscal propondo sua exclusão do regime do SIMPLES FEDERAL, uma vez que a mesma exerce atividade de prestação de serviços (contador), sendo impeditiva à*

*opção pelo regime especial de tributação, conforme artigo 9º, inciso XIII da Lei 9.317/1996.*

*5. Para formalizar a exclusão do regime especial de tributação, o Delegado da Receita Federal do Brasil em Vitória/ES emitiu o Ato Declaratório no. 85, de 12/09/2011, excluindo a empresa da sistemática de pagamento pertinente ao supracitado regime, com efeitos a partir de 01/01/2007 até 30/06/2007, conforme previsão do artigo 15 da Lei 9.317/96 e alterações posteriores. Consta ainda expressa a orientação sobre o prazo para manifestação de inconformidade acerca do ADE, assegurando o contraditório e a ampla defesa, nos termos da Portaria MF 125/2009, artigo 212.*

*6. Acrescenta que a empresa estava sem opção para o SIMPLES a partir de 01/07/2007, recolhendo entretanto como se desse regime fosse, e que optou pela tributação pelo Lucro Presumido nos anos calendários de 2007 e 2008.*

*7. Foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais pela constatação, em tese, do crime de Sonegação de Contribuição Previdenciária, em função da omissão de informações em GFIP relativas a segurados empregados.*

*8. Acrescenta que, através da análise das GFIP's entregues pela autuada, verificou-se que a empresa se enquadrou indevidamente tanto do SIMPLES FEDERAL como no SIMPLES NACIONAL, informando o "código 2" no campo destinado à informação acerca de opção pelos citados regimes, bem como entregou as GFIP's de 07/2007 a 13/2008 com código de pagamento 2003, e agindo desta forma, as contribuições foram substituídas pelas contribuições sobre o faturamento, impedindo que se efetuasse o cálculo correto das contribuições sociais devidas.*

*9. O Auto de Infração **DEBCAD 37.319.040-9** (AI 68) foi lavrado por descumprimento de obrigação acessória Tal fato constitui infração ao artigo 32, IV da Lei 8.212/91, com redação da MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009. Aduz que o auto de infração foi lavrado respeitando-se o disposto no artigo 106 do CTN, aplicando-se o princípio da retroatividade benigna.*

*10. No Relatório Fiscal ainda consta que, em virtude da nova forma de cálculo da multa por motivo de atraso no pagamento das contribuições previdenciárias, instituída pela MP nº 449/2008, foi feito comparativo entre a multa aplicável na data da ocorrência do fato gerador com a estipulada pela MP, sendo infligida a mais favorável para o contribuinte, em obediência ao art. 106, II, "c", do CTN. Acosta planilha comparativa dos valores da multa, demonstrada por competência, e demonstrativo do cálculo da multa do Auto de Infração CFL 68, que corresponde a 100% do valor devido, respeitado o limite máximo por competência.*

*11. Informa ainda a autoridade fiscal que os recolhimentos constantes do conta-corrente da empresa e verificados através das Guias de Previdência Social foram todos analisados e considerados durante a ação fiscal. Os documentos que serviram de base para os lançamentos foram: Folhas de Pagamento, Declaração de Informações Econômico-Fiscais (DIPJ) de 2007 e 2008, Livro Razão e GFIP's.*

*12. Esclarece, ainda, que o contribuinte entregou GFIP retificadora no período de 01 a 13/2009 em 19/07/2011, entretanto, sendo as mesmas entregues após o início do procedimento fiscal (iniciado em 18/07/2011), as mesmas não produziram efeitos tributários em função da perda da espontaneidade, sendo, assim, as contribuições previdenciárias nelas informadas consideradas como não-declaradas, conforme previsão expressa do § 6º do artigo 625-A da IN SRP no. 03/2005.*

*13. Cientificado pessoalmente do Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES e dos lançamentos em 30/09/2011, o contribuinte impugna os lançamentos em petição única, protocolada em 01/11/2011, às fl. 232/244, firmada por seu patrono legal, constituído pelo instrumento particular à fl. 245, sob os seguintes argumentos:*

*13.1. A exclusão realizada pelo Delegado da Receita Federal retroagiu a atos já praticados, estabelecida entre o período de 01/01/2007 a 30/06/2007, ofendendo a garantia constitucional da irretroatividade da lei e ao direito adquirido.*

*13.2. A Receita Federal não vem observando a Lei 9.317/96, a qual em seu artigo 15, VI, § 3º prevê que a exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da SRFB, assegurado o contraditório e a ampla defesa, eis que lavrou, juntamente com a emissão do Ato Declaratório de Exclusão, autos de infração.*

*13.3. A RFB deve respeitar a legislação relativa ao processo administrativo (Lei 9.784/99), bem como o artigo 5º VV da Constituição Federal, garantindo ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa. A praxe da RFB consiste em primeiramente excluir a pessoa jurídica do SIMPLES, para posteriormente abrir prazo para a impugnação do ato de exclusão, o que afronta o princípio do contraditório, eis que a exclusão efetivada sem o prévio direito ao contraditório é ato arbitrário. Por este motivo, deve ser declarado nulo o Termo de Ciência de Exclusão do Simples, permitindo ao contribuinte que impugne, ainda em fase de análise, as questões apontadas no referido documento.*

*13.4. Alega que a exclusão do SIMPLES com efeito retroativo fere o direito adquirido da impugnante, uma vez que a impetrante operou em 2007 sem receber qualquer notificação da Receita Federal, sendo*

*assim, configurou-se uma situação de fato, que não importa em ilícito.*

**13.5.** *Afirma que a exclusão com efeito retroativo desestrutura a contabilidade da empresa e abocanha parte do patrimônio, ferindo o princípio do não-confisco.*

**13.6.** *Rende-se parcialmente ao Ato Declaratório de Exclusão, aceitando ser excluída em função do exercício de atividade vedada (contador), por desconhecimento da hipótese de exclusão prevista na lei, mas irresigna-se quando ao efeito retroativo da exclusão, sendo certo que se o ato de exclusão data de setembro de 2011, deveria surtir efeito apenas a partir de outubro deste ano, ou, no mínimo, a partir da notificação ao contribuinte, ocorrida em agosto de 2011. Assevera não ter sido permitido o exercício da ampla defesa antes da exclusão do SIMPLES.*

**13.7.** *Se a REFB alterou sua interpretação acerca das atividades econômicas passíveis de se inscreverem no SIMPLES, não pode aplicar o método de maneira retroativa. O contribuinte não pode ser penalizado pela demora da RFB em visualizar o seu não enquadramento no sistema do SIMPLES. Se a inscrição no SIMPLES foi aceita, tal ato vincula o Estado, não podendo o mesmo desfazê-lo, devendo a impetrante ser mantida no SIMPLES até o momento do procedimento de exclusão, quando se verificou não mais estarem presentes os requisitos para a permanência no sistema. Acosta jurisprudência sobre o tema.*

**13.8.** *Argumenta que a notificação na pendência de recurso administrativo é nula, tendo em vista o artigo 151, III do CTN e o artigo 33 do Decreto 70.235/72, sendo certo que não se pode exigir o pagamento das contribuições previdenciárias enquanto o Ato Declaratório de Exclusão estiver pendente de julgamento. O lançamento efetivado constitui crime de excesso de exação, nos termos do art. 316, § 1º do Código Penal. Afirma que não pode haver nenhum ato visando a cobrança do crédito enquanto não sobrevier a decisão final e irreformável sobre a exclusão do SIMPLES.*

**13.9.** *O descumprimento da obrigação acessória pelo contribuinte (informar ao Fisco que não preenche as condições para permanência no SIMPLES) não pode trazer como consequência o pagamento retroativo de diferenças de tributos decorrente da alteração na modalidade de tributação.*

**13.10.** *Requer a nulidade do Ato de Exclusão do Simples Nacional, que seja reformulado o ato de exclusão para que surta efeito a partir do mês posterior a ciência da exclusão, que sejam declarados inexigíveis os autos de infração lançados antes de se tornar definitiva a exclusão do recorrente do Simples Nacional, e que sejam declarados inexigíveis os tributos constantes dos Autos de Infração em comento.*

*14. Às fls. 359 consta Termo de Transferência, atestando que o contribuinte solicitou parcelamento dos valores cobrados no DEBCAD no. 37.319.035-2, sendo que estes foram transferidos para os autos apartados que integram o COMPROT 10783.725168/2011-86, não sendo este processo objeto deste julgamento."*

Em 15/02/2012, a 13ª Turma da DRJ no Rio de Janeiro/RJ julgou improcedente a impugnação, mantendo incólume o crédito tributário (fls. 365/382).

Intimado do julgado (fls. 383/385), o sujeito passivo interpôs recurso voluntário (fls. 387/410), reiterando todos os termos dispostos na impugnação.

É o relatório.

## Voto

**Conselheira Juliana Campos de Carvalho Cruz, Relatora.**

O recurso é tempestivo, por isso, passo a análise das questões suscitadas.

Alega o Recorrente os seguintes pontos controvertidos: i) Nulidade dos autos de infração e ii) Exacerbação na aplicação da multa - violação ao princípio do não-confisco, vejamos:

### **1) NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO:**

Afirmou o Recorrente que a exclusão da empresa no SIMPLES NACIONAL não levou em consideração as hipóteses de exclusão estabelecidas na Lei 9.317/96.

Não bastando, aduziu, ainda, que a Receita Federal não havia observado o art. 15, §3º da Lei nº 9.317/96 cuja disposição normativa determinava que a exclusão de ofício deveria ocorrer mediante a expedição de Ato Declaratório da Autoridade Fiscal da Secretaria da Receita Federal, de forma a lhe ser assegurado o contraditório e a ampla defesa.

O SIMPLES NACIONAL é um regime tributário diferenciado concedido as microempresas e as empresas de pequeno porte para pagamento de impostos e contribuições visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas tributárias. Eis o teor do art. 179 da CF:

***"Art. 179 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresa e às empresa de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei."***

Inicialmente, o SIMPLES NACIONAL foi regulamentado pela Lei nº 9.317/96. Esta lei, por sua vez, vedava as empresas prestadoras de serviços profissionais de contador a optarem por este regime:

***"Art. 9º - Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:***

...

***XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;"***

A legislação acima transcrita foi revogada pela Lei Complementar nº 123, instituída em 14 de dezembro de 2006 cujos efeitos foram expandidos a partir de 01/07/2007 (art. 88 da LC 123/06).

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

Autenticado digitalmente em 16/04/2013 por JULIANA CAMPOS DE CARVALHO CRUZ, Assinado digitalmente em 16/04/2013 por JULIANA CAMPOS DE CARVALHO CRUZ, Assinado digitalmente em 16/04/2013 por LIEGE LACROIX THOMASI

Impresso em 22/04/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A partir de então, os escritórios de contabilidade (assim como o Recorrente) foram beneficiados com o regime simplificado de tributação. Entretanto, o benefício alcançou apenas o ISS, PIS, COFINS, IRPJ e CSLL, ficando de fora as contribuições previdenciárias patronais, *verbis*:

*“Art. 18 - O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar:*

...

*§ 5º-B - Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, serão tributadas na forma do Anexo III desta Lei Complementar as seguintes atividades de prestação de serviços:*

...

*XIV - escritórios de serviços contábeis, observado o disposto nos §§ 22-B e 22-C deste artigo.*

...

*§ 22-B - Os escritórios de serviços contábeis, individualmente ou por meio de suas entidades representativas de classe, deverão:*

*I - promover atendimento gratuito relativo à inscrição, à opção de que trata o art. 18-A desta Lei Complementar e à primeira declaração anual simplificada da microempresa individual, podendo, para tanto, por meio de suas entidades representativas de classe, firmar convênios e acordos com a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por intermédio dos seus órgãos vinculados;*

*II - fornecer, na forma estabelecida pelo Comitê Gestor, resultados de pesquisas quantitativas e qualitativas relativas às microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional por eles atendidas;*

*III - promover eventos de orientação fiscal, contábil e tributária para as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional por eles atendidas.*

*§ 22-C - Na hipótese de descumprimento das obrigações de que trata o § 22-B deste artigo, o escritório será excluído do Simples Nacional, com efeitos a partir do mês subsequente ao do descumprimento, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor.*

Pois bem! O presente processo administrativo teve origem nos lançamentos referentes às contribuições devidas pela empresa à Seguridade Social, incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais, no período de 01/2007 a 13/2008, relativas a i) parcela

devida pelos segurados empregados e arrecada pela empresa (DEBCAD 37.319.035-2); ii) parcela referente ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais de trabalho – GILRAT (DEBCAD 37.319.036-0 e 37.319.038-7); e às outras entidades e fundos (Terceiros – DEBCAD 37.319.037-9 e 37.319.039-5), abrangendo o auto de infração decorrente de obrigação acessória – 37.319.340-9 (art. 32, inciso IV, da Lei 8.212/91).

No período de 01/2007 a 06/2007 embora a empresa Recorrente tenha declarado sem movimento, recolheu as mencionadas contribuições previdenciárias pelo regime tributário simplificado - SIMPLES NACIONAL. No entanto, como dito acima, neste período, o art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96 impedia os escritórios de contabilidade, tal qual o Recorrente, a optarem pelo benefício concedido por esta lei.

Desse modo, ao invés do Recorrente recolher as contribuições previdenciárias apuradas com base no regime normal, assim foi feito levando em consideração o regime tributário diferenciado (SIMPLES NACIONAL), em completo desrespeito a legislação pátria em vigor.

No tocante ao período de 07/2007 a 13/2008, consta no relatório fiscal (fls. 55/56) que a Recorrente informou nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP o código de pagamento “2003” e no campo destinado ao SIMPLES o código “2” indicando a opção pelo SIMPLES.

Todavia, as Declarações de Imposto de Renda Pessoa Jurídica relacionadas as anos-calendários 2007, 2008 e 2009 indicam como forma de tributação o Lucro Presumido (fls. 55). Na ocasião do início do procedimento, a empresa foi intimada a apresentar o Termo de Opção pelo Simples, deixando de assim proceder sob a alegação de não possuir. **Vale dizer, tais fatos não foram impugnados pelo Recorrente.**

Apenas a título de curiosidade, é bom ressaltar que neste período (07/2007 a 13/2008), por força da entrada em vigor da Lei Complementar nº 123/2006 (art. 88), os escritórios de contabilidade puderam aderir ao SIMPLES, entretanto, o benefício estava limitado apenas ao ISS, PIS, COFINS, IRPJ e CSLL. **As contribuições previdenciárias continuaram a ser recolhidas com base no regime normal.**

Com tantas irregularidades, a autoridade fiscal foi obrigada a emitir o Ato Declaratório nº 85/2001 excluindo o Recorrente do SIMPLES NACIONAL (fls. 112) cumprindo, com isso, o disposto no art. 28 da LC 123/2006 c/c art. 23, parágrafo único, da IN SRF nº 608/06:

***“Lei Complementar nº 123/06:***

***Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.”***

***“IN SRF 608/06:***

***Art. 23. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:***

***Parágrafo único. A exclusão de ofício dar-se-á mediante Ato Declaratório Executivo (ADE) da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o***

*contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo administrativo fiscal da União, de que trata o Decreto n.º 70.235, de 1972.”*

O procedimento adotado pela autoridade fazendária, ao contrário do alegado pelo Recorrente, encontra-se em conformidade com a legislação de regência, sendo respeitadas as garantias constitucionais do contribuinte, tais quais, a ampla defesa e o contraditório (fls. 112/113). Dito isto, observa-se que os argumentos utilizados no recurso são totalmente insubsistentes.

## **2) EXACERBAÇÃO NA APLICAÇÃO DA MULTA - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NÃO-CONFISCO:**

De acordo com o relatório fiscal a multa aplicada, com base no art. 106, inciso II, alínea ‘c’ do CTN, foi aquela prevista no art. 32-A da Lei nº 8.212/91 (fls. 60). No entanto, ao observar a fls. 50, o título “dispositivo legal da multa aplicada”, constatei que a multa exigida, na verdade, havia sido aquela disposta no art. 32, §5º da Lei nº 8.212/91. Por isso, é importante destacar, na verdade, qual norma seria aplicada à espécie.

O art. 32, § 5º da Lei n.º 8.212/91, quando em vigor, tipificava a penalidade do contribuinte que deixasse de informar corretamente à Secretaria da Receita Federal do Brasil e ao Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço dados relacionados a fatos geradores, base de cálculo e valores devidos da contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS ou do Conselho Curador do FGTS, fixando uma multa no percentual de 100% (cem por cento) do valor devido relativo à contribuição não declarada, vejamos:

*"Art. 32. A empresa é também obrigada a:*

...

*IV – declarar à Secretaria da Receita Federal do Brasil e ao Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, na forma, prazo e condições estabelecidos por esses órgãos, dados relacionados a fatos geradores, base de cálculo e valores devidos da contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS ou do Conselho Curador do FGTS;*

...

*§ 5º A apresentação do documento com dados não correspondentes aos fatos geradores sujeitará o infrator à pena administrativa correspondente à multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no parágrafo anterior."*

Posteriormente, com a edição da MP nº 449 de 2008, convertida na Lei nº 11.941/09, foi acrescentada à Lei nº 8.212/91 o art. 32-A beneficiando o sujeito passivo, vejamos:

**“Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas:**

**I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e**

**II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo.**

**§ 1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso II do caput deste artigo, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo fixado para entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, a data da lavratura do auto de infração ou da notificação de lançamento.**

**§ 2º Observado o disposto no § 3º deste artigo, as multas serão reduzidas:**

**I – à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício; ou II – a 75% (setenta e cinco por cento), se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação.**

**§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de:**

**I – R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária; e**

**II – R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos.”**

A partir de então (03.12.2008 – data da publicação da MP nº 449), o contribuinte foi beneficiado com a redução da multa. Se antes era fixado um percentual de 100% sobre o valor devido a título de contribuição não declarada (art. 32, §5º, da Lei 8.212/91 c/c art. 284, inciso II, do Decreto nº 3.048/99 (RPS)), hoje foi reduzido ao montante de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas (art. 32-A, inciso I, da Lei nº 8.212/91 com redação dada pela Lei nº 11.941/09).

Sendo a Lei nº 11.941/09 mais benéfica ao contribuinte, ainda que posterior ao fato gerador (2007/2008), admite o Código Tributário Nacional em seu art. 106, inciso II, alínea “c”, aplicação retroativa da nova legislação. *Vide:*

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

Autenticado digitalmente em 16/04/2013 por JULIANA CAMPOS DE CARVALHO CRUZ, Assinado digitalmente em 16/04/2013 por JULIANA CAMPOS DE CARVALHO CRUZ, Assinado digitalmente em 16/04/2013 por LIEGE LACROIX THOMASI

Impresso em 22/04/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

...

***II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:***

...

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

nosso

Por fim, não menos importante, é válido mencionar que o art. 32-A, inciso I da Lei 8.212/91, até então, não foi objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, seja em sede de controle difuso ou concentrado.

Por isso, não tendo o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF competência para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade das normas tributárias, conforme Súmula nº 2 do CARF, está impedida de apreciar a tese defendida neste tópico:

**“Súmula CARF nº 2:**

***O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”***

### **3) DA NÃO IMPUGNAÇÃO DOS VALORES COBRADOS EM RELAÇÃO AS RESPECTIVAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS:**

Em relação a este tópico, ressaltando que não houve qualquer impugnação do contribuinte no tocante aos valores cobrados, restringindo-se a atacar tão somente o ato de exclusão do SIMPLES NACIONAL, nos termos do art. 17 do decreto 70.235/72 c/c art. 8º da Portaria da RFB nº 10.875/07, a matéria não impugnada está preclusa o que impede esta Egrégia Corte de se manifestar a respeito.

### **CONCLUSÃO:**

CONHEÇO do Recurso Voluntário para:

1 – Negar provimento em relação ao ato de exclusão do SIMPLES, mantendo o Ato Declaratório Executivo nº 85/2011 emitido pela autoridade competente;

2 – Negar parcialmente, mantendo incólume os valores cobrados nos Autos de Infração nºs 37.319.036-0 , 37.319.037-9 , 37.319.038-7 e 37.319.039-5 , nos termos expostos no relatório fiscal do processo. No entanto, no tocante ao AI 37.319.340-9 (obrigação acessória) aplico a retroatividade benigna da norma, com escopo no art. 106, inciso II, alínea "c", do CTN, de modo a incidir a multa prevista na norma no art. 32-A, inciso I da Lei nº 8.212/91 afastando quaisquer outras.

É como voto.

Sala das Sessões, em 14 de Março de 2013.

CÓPIA