



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	11080.725896/2010-97
ACÓRDÃO	2301-011.452 – 2ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	1 de outubro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	ABS BRASIL SOLUCOES EM RELACIONAMENTO LTDA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2008

NULIDADE. INOCORRÊNCIA

A ausência do local, da data e da hora da lavratura, remete às disposições do artigo 60 do PAF, em que as irregularidades, incorreções e omissões que não importam em nulidade serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo. O contribuinte não demonstrou que prejuízo teria sofrido na sua defesa com a ausência dos requisitos formais apontados.

OPÇÃO TÁCITA PELO SIMPLES NACIONAL. INOCORRÊNCIA.

A empresa excluída do Simples Federal está sujeita, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

COMPENSAÇÃO. MULTA.

Não restando comprovados recolhimentos desta empresa para o Simples Federal no período de 01/2006 a 06/2007, é ineficaz qualquer pedido de compensação das contribuições previdenciárias englobadas nas guias do Simples Federal.

LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E ACESSÓRIA. MULTA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

No caso de multas por descumprimento de obrigação principal, bem como de obrigação acessória pela falta de declaração em GFIP, referentes a fatos geradores anteriores à vigência da Medida Provisória nº 449/2008, a retroatividade benigna deve ser aferida da seguinte forma: (i) em relação à obrigação principal, os valores lançados sob amparo da antiga redação do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 deverão ser comparados com o que seria devido nos termos da nova redação dada ao mesmo art. 35 pela Medida

Provisória nº 449/2008, sendo a multa limitada a 20%; e (ii) em relação à multa por descumprimento de obrigação acessória, os valores lançados nos termos do art. 32, IV, §§ 4º e 5º, da Lei nº 8.212/1991, de forma isolada ou não, deverão ser comparados com o que seria devido nos termos do que dispõe o art. 32-A da mesma Lei nº 8.212/1991. (Súmula CARF 196)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para estabelecer que os valores das multas lançadas sob amparo da antiga redação do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 deverão ser comparados com o que seria devido nos termos da nova redação dada ao mesmo art. 35 pela Medida Provisória nº 449/2008, sendo a multa limitada a 20%.

Sala de Sessões, em 1 de outubro de 2024.

Assinado Digitalmente

Diogo Cristian Denny – Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Flavia Lilian Selmer Dias, Vanessa Kaeda Bulara de Andrade, Joao Mauricio Vital (substituto integral), Paulo Cesar Mota, Rodrigo Rigo Pinheiro e Diogo Cristian Denny (Presidente).

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto e reproduzo o relatório da Resolução nº 2302-000.350, de 04/11/2014 (e-fls. 129 a 133):

Trata-se do Auto de Infração por Descumprimento de Obrigação Principal, DEBCAD nº 37.302.5106, consolidado em 30/11/2010, em face da ABS BRASIL SOLUÇÕES EM RELACIONAMENTO LTDA., no valor de R\$ R\$ 553.776,75 (quinhentos e cinquenta e três mil, setecentos e setenta e seis reais e setenta e cinco centavos), referente a Contribuições Previdenciárias devidas a terceiros (Sal. Educação, INCRA, SEBRAE, SESC, SENAC.) sobre remuneração pagas, devidas ou creditadas a segurados empregados, constantes das folhas de pagamento apresentadas pela empresa, não declaradas em GFIP Guias de Recolhimento do

Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social, antes do início da ação fiscal, no período de 01/2006 a 13/2008.

Segundo o relatório fiscal o contribuinte foi excluído do Simples Federal em 31/07/2008, com efeitos a partir de 01/01/2003, que não é optante pelo Simples Nacional e que nas competências 01/2006 a 13/2008 declarou em GFIP ser optante pelo Simples. E assim sendo, nas GFIPs entregues não restaram declaradas as contribuições da empresa incidentes sobre remuneração de empregados e contribuintes individuais.

Apresentada impugnação pela empresa, o lançamento foi mantido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre/RS, cuja ementa foi proferida nos seguintes termos:

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2008 AI Debcad nº 37.302.5106 AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. CONTRIBUIÇÕES PATRONAIS PREVIDENCIÁRIAS. EXCLUSÃO DO SIMPLES. SOBRESTAMENTO DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÕES DE NULIDADE. OPÇÃO TÁCITA PELO SIMPLES NACIONAL. INOCORRÊNCIA. MULTA.

O processo administrativo fiscal é regido por princípios, dentre os quais o da oficialidade, que obriga à administração impulsionar o processo até sua decisão final, não havendo previsão normativa para sobrestamento de processo administrativo de determinação e exigência de crédito pelo fato de o procedimento de exclusão de empresa do SIMPLES Federal não ter ainda chegado a uma decisão definitiva.

A ausência do local, da data e da hora da lavratura, remete às disposições do artigo 60 do PAF, em que as irregularidades, incorreções e omissões que não importam em nulidade serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo. O contribuinte não demonstrou que prejuízo teria sofrido na sua defesa com a ausência dos requisitos formais apontados.

A empresa excluída do Simples Federal está sujeita, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Uma vez excluída do Simples Federal a pessoa jurídica que voltar a reunir todos os requisitos exigidos na legislação somente poderá retornar ao sistema mediante opção expressa, de acordo com o determinado no art. 8º da Lei nº 9.317/1996.

A opção tácita pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno (sic) Porte Simples Nacional independe de manifestação da administração. Não ocorrendo a opção tácita (ou automática), o interessado deveria solicitar sua opção voluntária por meio da internet, no prazo estabelecido na legislação.

Estando as penalidades aplicadas de acordo com a legislação que rege a matéria, não há alterações a fazer no lançamento.

Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido Irresignada, a Empresa interpôs Recurso Voluntário tempestivo, alegando, em síntese, que:

O Lançamento é nulo, posto a ilegalidade da exclusão do Simples. E mais, tal Lançamento. está apoiado na pretensa exclusão do Simples formalizada no processo nº 11080.008592/200847 (Ato Declaratório Executivo DRF/POA nº 045, de 31/07/2008), em discussão administrativa, o que impede, ao menos antes do trânsito em julgado daquele processo, que se decida este.. (sic) É, portanto, necessário a suspensão do presente processo até o trânsito em julgado daquele;

O lançamento é nulo por cerceamento do direito de defesa. A pendência de decisão do Processo nº 11080.008592/200847 impõe a suspensão deste, e a não suspensão se apresenta como ofensa ao devido processo legal, posto que a decisão poderia ser apresentada como elemento de defesa; De outra parte, o crédito tributário ora contestado não poderia sequer ter sido exigido, ainda que fosse possível seu lançamento, não poderia ser cobrado ou julgado, já que o a exclusão do simples, fato motivador da autuação, estava suspenso. Ademais (sic), a nulidade se reforça por diversas irregularidades formais no processo vez que infringe as disposições do art. 142 do CTN e art. 10 do Decreto nº 70.235/1972..

Os débitos ora lançados são ilegais, posto que a empresa cumpriu com suas responsabilidades tributárias principais e acessórias ao adotar como tributação o Simples. Também, o fisco agiu como se a exclusão do Simples, no caso por supostas infrações à legislação em 2003, 2004 e 2005, produzisse efeitos por tempo indeterminado. Alega que as supostas infrações à legislação tributária, que culminaram no ADE, produziram efeitos excludentes somente para aqueles anos, de modo que a partir de 2006 a empresa poderia ser tributada pelo Simples. Que seria inadmissível exigir-se a reinclusão no Simples para os anos posteriores, uma vez que a exclusão, até a presente data sequer foi julgada no Primeiro Grau;

As penalidades devem ser declaradas insubsistentes por ser imprópria a fundamentação legal e imprópria a quantificação das multas.

Sem contra-razões (sic).

Assim vieram os autos ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por meio de Recurso Voluntário.

Em análise ao Recurso Voluntário, a 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção, por meio da Resolução nº 2302-000.350 (e-fls. 129 a 133) decidiu por converter o julgamento em diligência, nos seguintes termos:

Da conversão em diligência

Trata-se de Auto de Infração lavrado em razão de não ter a Recorrente recolhido as contribuições previdenciárias, parte patronal, devidas a terceiros (Sal. Educação, INCRA, SEBRAE, SESC, SENAC.).

Alega a recorrente que o Lançamento, ora discutido, está apoiado na pretensa exclusão do Simples formalizada no processo nº 11080.008592/2008-47 (Ato Declaratório Executivo DRF/POA nº 045, de 31/07/2008), o qual se encontra em discussão administrativa, o que impede, ao menos antes do trânsito em julgado daquele processo, que se decida este.

Em relação ao processo supra mencionado, verificou-se, através dos sítio eletrônico do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que esse, de fato, se apresenta pendente de julgamento, tendo a 2ª Turma, da 4ª Câmara, em sessão realizada na data de 06.11.2012, decidido, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso apresentado pelo contribuinte em diligência, para análise cuidadosa de novos documentos comprobatórios do direito que alega o contribuinte possuir..

Diante do exposto, e por entender que a decisão a ser tomada naqueles autos, pode, sobremaneira, surtir efeitos na decisão aqui a ser proferida por essa Egrégia Turma, voto no sentido de CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, para que se aguarde o deslinde do processo nº 11080.008592/2008-47, o qual está apoiado na formalização da pretensa exclusão do Simples.

Da Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso, e determino A CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, para que se aguarde o deslinde do processo nº 11080.008592/2008-47 (Ato Declaratório Executivo DRF/POA nº 045, de 31/07/2008), ante a possibilidade de sua decisão surtir efeitos na decisão aqui a ser proferida.

Em função da diligência, foram anexadas aos autos cópias das decisões relativas ao processo nº 11080.008592/2008-47 (e-fls. 136 a 234).

O Contribuinte não apresentou manifestação quanto ao resultado da diligência.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Diogo Cristian Denny, Relator

O Recurso já foi admitido pela Resolução nº 2302-000.350, assim, dou sequência ao exame da defesa.

Primeiramente, cabe esclarecer que, nesta sessão, estão sendo julgados de forma conjunta: a) autos de infração com lançamento de obrigação principal (processos 11080.725894/2010-06 e 11080.725896/2010-97); b) autos de infração com apuração de multa por omissão de fatos geradores em GFIP (processos 11080.725901/2010-61 – CFL 68,

11080.725911/2010-05 – CFL 78 e 11080.725909/2010-28 – CFL 69); e auto de infração referente a infração por descumprimento de regras relacionadas a folhas de pagamento (11080.725896/2010-97 – CLF 30).

Em relação à solicitação da Recorrente para que o julgamento do presente processo seja suspenso em virtude da pendência de julgamento do processo relativo à exclusão do Simples (processo nº 11080.008592/2008-47), observa-se que já foi atendida em Segunda Instância, por meio da Resolução supramencionada, com a ocorrência da conversão do julgamento em diligência para aguardar o desfecho do referido processo, e como resultado foram trazidos aos autos as decisões naquele processo, de onde se extraem os seguintes trechos:

Acórdão de Recurso Voluntário nº 1402-002.383, de 14/02/2017

Voto

[...]

Em relação à exclusão do SIMPLES, rejeito o argumento de defesa pela inexistência do contraditório eis que foram apresentadas regularmente as peças de defesa estabelecidas na legislação que rege o processo administrativo tributário. Improcedente também a afirmativa de que não teria sido indicada a prática reiterada de infração tributária que motivou a exclusão. Nesse ponto, tem direito o sujeito passivo de contestar os motivos apresentados pela Fiscalização, o que seria questão de mérito neste voto, mas o Termo de Verificação deixa claro o que se entendeu como prática reiterada de infração tributária (item 3.4).

Quanto ao arbitramento, a Representação Fiscal para Exclusão do Simples, o Ato Declaratório Executivo que formalizou a exclusão, a Notificação que cientificou o sujeito passivo da exclusão e o Relatório de Atividade Fiscal deixam claro que a exclusão foi decorrente da prática reiterada de infração tributária. Assim uma única menção a lucro real no auto de infração não pode dar azo à descaracterização do procedimento fiscal.

[...]

Comprovada a omissão de receita direta, justifica-se a exclusão do SIMPLES nos termos do entendimento fiscal:

[...]

demonstrado neste relatório, o contribuinte não escriturou contabilmente todas as movimentações financeiras efetuadas por ele durante os anos-calendário de 2003 a 2005; não ofereceu a tributação valores expressivos de receitas de faturamento

(valores identificados pelo próprio contribuinte como antecipação de receitas e receita de faturamento) e outras receitas, incidindo em prática reiterada de infração à legislação tributária, nos termos do artigo 14, inciso V, da Lei 9.317/96, fato que acarreta a exclusão de ofício do SIMPLES...

[...]

Ao acórdão proferido em segunda instância, houve apresentação de Recurso Especial pela Procuradoria da Fazenda Nacional, o qual foi conhecido, entretanto, não havia questão que alterasse a decisão quanto à procedência da exclusão do Simples. Não houve apresentação de Recursos pelo contribuinte, tornando-se definitiva a referida exclusão.

Portanto, restam superadas as alegações do contribuinte de nulidade do lançamento por ter sido lavrado na pendência de julgamento de processo de exclusão do Simples, assim como foram superadas as alegações de nulidade da exclusão do Simples, visto já terem sido discutidas em processo próprio.

Em adendo, ressalto que a exigibilidade do crédito tributário é decorrência lógica da abertura da fase litigiosa, que se inicia com a Impugnação tempestiva, nos termos do art. 151, III, do CTN, não se confundindo com sobrestamento de andamento do processo. Portanto, não há suporte à alegação de nulidade do lançamento por cobrança ilegal, visto que inexistente a “cobrança imediata” mencionada pelo Recorrente.

Diante do exposto, passo ao exame das demais alegações do contribuinte.

Compulsando os autos, constata-se que, à exceção de pequenos ajustes para adequação da defesa à segunda instância, as alegações em Recurso Voluntário são cópia das erigidas na Impugnação. Nesse sentido, nos termos do disposto no inc. I, § 12, do art. 114, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 1.634/2023 – RICARF, adoto os fundamentos da decisão recorrida, mediante transcrição de trechos de seu inteiro teor, complementando-os conforme meu entendimento, *in verbis*:

DAS PRELIMINARES

[...]

SIMPLES NACIONAL - com relação ao pedido de reconhecimento de opção pelo Simples Nacional [...], tenho que não há como ser atendido, pois a forma de opção pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, foi delegada ao Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN pelo art. 16 da Lei Complementar nº 123/2006, prevendo, para o ano de 2007, que a possibilidade de ingresso no Simples Nacional poderia ocorrer de dois modos: pela opção voluntária ou pela automática ou tácita.

A Resolução CGSN nº 04, de 30/05/2007, disciplina:

DA OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL

Art. 7º A opção pelo Simples Nacional dar-se-á por meio da internet, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

§ 1º A opção de que trata o caput deverá ser realizada no mês de janeiro, até seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo e observado o disposto no § 3º do art. 21.

(...)

Art. 17. Excepcionalmente, para o ano-calendário de 2007, a opção a que se refere o art. 7º poderá ser realizada do primeiro dia útil de julho de 2007 até 20 de agosto de 2007, produzindo efeitos a partir de 1º de julho de 2007.

Migração

Art. 18. Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as ME e EPP regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma das vedações previstas nesta Resolução. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007)

§ 1º Para fins da opção tácita de que trata o caput, consideram-se regularmente optantes as ME e as EPP inscritas no CNPJ como optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, que até 30 de junho de 2007 não tenham sido excluídas dessa sistemática de tributação ou, se excluídas, que até essa data não tenham obtido decisão definitiva na esfera administrativa ou judicial com relação a recurso interposto.

§ 2º No mês de junho de 2007, a RFB disponibilizará, por meio da internet, relação de contribuintes optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, que não tiveram pendências detectadas relativamente à possibilidade de opção pelo Simples Nacional.

§ 3º A verificação de que trata o § 2º implica o deferimento da opção tácita para o Simples Nacional, desde que as ME e EPP não incorram em nenhuma das vedações previstas nesta Resolução até 30 de junho de 2007.

§ 4º Em julho de 2007, será disponibilizado, por meio da internet, o resultado da opção tácita de que trata este artigo.

(sem grifos no original)

Assim, havendo qualquer pendência ou restrição não se efetivou a migração automática do Simples para o Simples Nacional e a interessada deveria, tempestivamente, tomar as providências para sanear sua situação e solicitar sua opção por meio da internet, no prazo estabelecido no art. 17 acima transcrito, 20/08/2007. Não o fazendo na forma estabelecida na legislação, não ocorreu a migração para o Simples Nacional.

2) Da preliminar de nulidade: O sujeito passivo alega, em preliminar, cerceamento de defesa, requerendo que o lançamento seja considerado nulo nos termos do artigo 59, II do Decreto nº 70.235/1972, pelas razões expostas na impugnação.

Com relação à alegação de que os incisos II e VI do artigo 10 do Decreto nº 70.235/1972 (PAF) foram infringidos, percebe-se que a via da folha de rosto do auto de infração, juntada pelo sujeito passivo com a impugnação (fls. 101), não contém o local, a data e a hora da lavratura, nem tampouco a assinatura do atuante, como exige a legislação tributária. Compulsando os autos verifica-se

que a 1ª via do Auto de Infração, que compõe a fls. 02 dos autos, contém as assinaturas da Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil autuante, AFRFB Simone Halpern Faertes e do representante da empresa autuada, com aposição da data de recebimento da 2ª via da autuação. Assim, tenho que o auto de infração foi devidamente assinado pela autoridade autuante.

A respeito desta questão, é importante verificar as disposições expressas no capítulo III do PAF sobre as nulidades:

Das Nulidades

Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

3º Quanto puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

No caso sob exame, não se verifica causa para a nulidade prevista no inciso I do artigo 59 do PAF, já que a Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil que efetuou o lançamento detém a competência legal para tanto, expressamente prevista no artigo 6º da Lei nº 10.593/2002, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.457/2007. O inciso II, suscitado pela impugnante, não se aplica ao caso sob análise, já que trata de situação de **despachos e decisões** proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

A ausência do local, da data e da hora da lavratura, remete às disposições do artigo 60 do PAF, em que as irregularidades, incorreções e omissões que não importam em nulidade serão sanadas **quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo**. O contribuinte não demonstrou que prejuízo teria sofrido na sua defesa com a ausência dos requisitos formais apontados. Portanto, entendo que, neste ponto, o argumento do sujeito passivo é improcedente.

O sujeito passivo também alega que a descrição dos fatos é incompreensível, superficial e incompleta, assim como a referência aos fundamentos legais do débito, que não lhe possibilitou a identificação específica do dispositivo concernente à infração autuada. Questiona ainda a denominação “valor atualizado” que consta no Auto de Infração, especialmente quanto à possibilidade de já ter sofrido ajustes não demonstrados nos autos.

Examinando os autos, verifica-se que o Relatório Fiscal elaborado pela autoridade lançadora traz um panorama completo do lançamento, descrevendo de forma pormenorizada os fatos verificados, as contribuições exigidas, o período do lançamento, os levantamentos utilizados no lançamento e as penalidades legais aplicáveis. O Relatório DD – Discriminativo do Débito discrimina por competência e levantamento quais são as bases de cálculo, as rubricas, as alíquotas, os valores eventualmente já recolhidos, confessados, autuados ou retidos, as deduções permitidas, as diferenças existentes e o valor dos juros SELIC, da multa e do total cobrado. Por meio do Relatório FLD - Fundamentos Legais do Débito, o contribuinte teve oportunidade de examinar os dispositivos legais que fundamentaram o lançamento da obrigação principal. Neste documento, constam os fundamentos legais das rubricas, em que é possível identificar os fundamentos legais das contribuições cobradas da empresa, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e também é possível identificar quais foram os fundamentos legais dos acréscimos legais aplicados ao lançamento (multa e juros).

Com relação ao “valor atualizado” de R\$ 344.969,18 que consta da folha de rosto do Auto de Infração (fls. 2 dos autos), este é o valor original das contribuições devidas, consolidado em 30/11/2010. Para o período a que se refere este lançamento, o valor original não sofreu nenhuma atualização monetária. O Relatório DD – Discriminativo do Débito (fls. 5 a 14) demonstra de forma mais detalhada em cada competência a forma de constituição do valor total devido, apresentando-o sob a forma de total líquido (que corresponde ao valor atualizado cuja soma consta na folha de rosto do AI, ou seja, o valor original do débito), juros e multas.

Pelo exposto, não se vislumbra a ocorrência das inconsistências alegadas pelo sujeito passivo, ou ofensa ao artigo 142 do Código Tributário Nacional, sendo improcedente a arguição de nulidade.

DO MÉRITO

1) A autuada entende que a partir de 2006 não teria nenhum impedimento à tributação pelo Simples, pois os fatos que motivaram sua exclusão reportam-se a período anterior. Equivoca-se. O Ato Declaratório Executivo DRF/POA nº 045, de 31/07/2008 explicita que a exclusão da empresa se operou a partir de 01/01/2003, conforme disposto no inciso II do art. 15 da Lei nº 9.317/1996. Uma vez excluída daquele sistema de tributação a pessoa jurídica que voltar a reunir

todos os requisitos exigidos na legislação somente poderá retornar ao sistema mediante opção expressa, de acordo com o determinado no art. 8º da mesma Lei.

Quanto à opção tácita pelo Regime do Simples Nacional prevista no art. 18 da Resolução CGSN nº 04/2007, vê-se que esta não ocorreu nem há provas de que a interessada tenha consultado o resultado da opção tácita na internet. Para que pudesse usufruir dos benefícios desse tratamento diferenciado, deveria buscar a opção voluntária tratada no art. 7º daquela Resolução. Não consta dos autos nem nos sistemas informatizados que esta empresa tenha solicitado sua inclusão no Simples Nacional, não havendo previsão legal que possibilite seu ingresso por outra forma. A afirmativa de que a ulterior exclusão do Simples Federal não implica anulação da opção tácita pelo Simples Nacional é corretíssima, mas no caso em apreço, não tendo ocorrido opção tácita, não há opção a ser mantida.

2) Das alegações quanto à multa aplicada:

Nos termos do art. 144 do CTN, o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. À época da ocorrência dos fatos geradores, a penalidade de multa para o lançamento de ofício estava disciplinada pelo artigo 35, inciso II da Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei nº 9.876/1999. O caput do art. 35 estabelecia que *“Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos:”* Os percentuais de multa de mora (pelo atraso no pagamento, pagamento espontâneo ou de contribuições objeto de lançamento fiscal ou crédito inscrito em dívida ativa) estavam especificados nos incisos do mesmo artigo. Não se vislumbra o equívoco alegado pela autuada, pois a redação do referido art. 35 remete os percentuais de multa ao momento do pagamento das contribuições em atraso, especificando no inciso II *“para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento”*, que nada mais é que o lançamento de ofício realizado pela fiscalização.

Com a edição da MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, que alterou a legislação e acrescentou o artigo 35-A à Lei nº 8.212/1991, a multa no lançamento de ofício passou a ser aplicada, a partir da competência 12/2008, nos termos do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, nas situações que envolvam falta de pagamento ou recolhimento e ausência ou inexistência da declaração. (neste ponto cabe um complemento à decisão da primeira instância, conforme segue).

Em relação à aplicação da retroatividade benigna da multa, extraio entendimento exposto no Acórdão nº 2401-010.804, sessão de 02/02/2023, de relatoria da Conselheira Miriam Denise Xavier, que adoto como razões de decidir:

A fiscalização, aplicando o entendimento exarado na Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 14, de 2009, efetuou o comparativo das multas, aplicando a mais benéfica,

para cada competência. Assim, para algumas competências foi aplicada a multa de mora de 24% e para outras a multa de ofício de 75%.

Porém, como se verá no próximo tópico, a multa aplicada deverá ser corrigida para 20%.

RETROATIVIDADE BENIGNA – RECÁLCULO DA MULTA

Deve-se ponderar a aplicação da legislação mais benéfica advinda da MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009.

O Parecer SEI N° 11315/2020/ME, ao se manifestar acerca de contestações à Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, foi aprovado para fins do art. 19-A, caput e inciso III, da Lei 10.522/2002, pelo Despacho nº 328/PGFN-ME, de 5 de novembro de 2020, estando a Receita Federal vinculada ao entendimento de haver retroatividade benéfica da multa moratória prevista no art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei 11.941/2009, no tocante aos lançamentos de ofício relativos a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35- A, da Lei nº 8.212, de 1991.

Sendo assim, **para os autos de infração com lançamento de obrigação principal, a multa aplicada deve ser corrigida para 20%.**

Quanto aos autos de infração por descumprimento de obrigação acessória relacionados à omissão de fatos geradores em GFIP, a Súmula CARF nº 119 foi cancelada justamente pela prevalência da interpretação dada pela jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal de Justiça de incidência do art. 35-A da Lei 8.212/1991, apenas em relação aos fatos geradores ocorridos a partir da vigência da MP nº 449, de 2009.

Por conseguinte, ao se adotar a interpretação de que, por força da retroatividade benigna do art. 35 da Lei 8.212/1991, com a redação dada pela Lei 11.941/2009, a multa de mora pelo descumprimento da obrigação principal deve se limitar a 20%, impõe-se o reconhecimento de a multa do § 6º, inciso IV, do art. 32 da Lei nº 8.212, de 1991, na redação anterior à dada pela MP nº 449, de 2008, **deve ser comparada com a multa do art. 32-A da Lei 8.212/1991, incluído pela Lei 11.941/2009, para fins de aplicação da norma mais benéfica.**

Este entendimento foi exarado pela CSRF no Acórdão 9202-009.753, assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/07/2000 a 28/02/2006 PRESSUPOSTOS RECURSAIS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO IDENTIFICADA. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO Considerando a ausência de abordagem, no acórdão paradigma, quanto à matéria objeto da controvérsia sobre a qual se pretende o reexame, resta inviável a identificação da divergência jurisprudencial suscitada, razão pela qual o recurso não pode ser conhecido.

MULTA DE OFÍCIO. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

A fim de aplicar a retroatividade benigna, deve ser realizada comparação entre a multa por descumprimento de obrigação acessória a que alude os §§ 4º e 5º, inciso IV, do art. 32 da Lei 8.212/91 e a multa que seria devida com base no art. art. 32-A da mesma Lei 8.212/91. No presente caso, a fiscalização apurou multa por omissão de fatos geradores em GFIP nos processos 10830.004431/2010-14 (CFL 68) e 10830.004432/2010-51 (CFL 78), conforme a competência.

A multa aplicada deverá ser avaliada em ambos os processos, por competência, efetuando-se o comparativo da multa do § 6º, inciso IV, do art. 32 da Lei nº 8.212, de 1991, na redação anterior à dada pela MP nº 449, de 2008, com a multa do art. 32-A da Lei 8.212/1991, incluído pela Lei 11.941/2009, para fins de aplicação da norma mais benéfica.

Observo que esse tema fora recentemente sumulado:

Súmula CARF 196: No caso de multas por descumprimento de obrigação principal, bem como de obrigação acessória pela falta de declaração em GFIP, referentes a fatos geradores anteriores à vigência da Medida Provisória nº 449/2008, a retroatividade benigna deve ser aferida da seguinte forma: (i) em relação à obrigação principal, os valores lançados sob amparo da antiga redação do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 deverão ser comparados com o que seria devido nos termos da nova redação dada ao mesmo art. 35 pela Medida Provisória nº 449/2008, sendo a multa limitada a 20%; e (ii) em relação à multa por descumprimento de obrigação acessória, os valores lançados nos termos do art. 32, IV, §§ 4º e 5º, da Lei nº 8.212/1991, de forma isolada ou não, deverão ser comparados com o que seria devido nos termos do que dispõe o art. 32-A da mesma Lei nº 8.212/1991.

Finalmente, destaco que, apesar de a Recorrente alegar que há débitos declarados nas declarações anuais do Simples, e que tais débitos foram pagos por meio de processo de parcelamento, não trouxe aos autos qualquer documento que suporte sua alegação, e como já ressaltado pela decisão de piso, todas as deduções possíveis já tinham sido efetuadas, conforme relatórios integrantes do auto de infração.

Assim, considerando o julgamento conjunto dos processos na sessão, encaminho voto no sentido de: a) nos autos de infração com lançamento de obrigação principal (processos 11080.725894/2010-06 e 11080.725896/2010-97), os valores das multas lançadas sob amparo da antiga redação do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 deverão ser comparados com o que seria devido nos termos da nova redação dada ao mesmo art. 35 pela Medida Provisória nº 449/2008, sendo a multa limitada a 20%; b) nos autos de infração com apuração de multa por omissão de fatos geradores em GFIP (processos 11080.725901/2010-61 – CFL 68, 11080.725911/2010-05 – CFL 78 e 11080.725909/2010-28 – CFL 69), determinar o recálculo da multa, aplicando-se a retroatividade benigna, comparando-se a multa do § 6º, inciso IV, do art. 32 da Lei 8.212, de 1991, na redação anterior à dada pela MP nº 449, de 2008, com a multa do art. 32-A da mesma lei.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para estabelecer que os valores das multas lançadas sob amparo da antiga redação do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 deverão ser comparados com o que seria devido nos termos da nova redação dada ao mesmo art. 35 pela Medida Provisória nº 449/2008, sendo a multa limitada a 20%.

Assinado Digitalmente

Diogo Cristian Denny