



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	11080.725901/2010-61
ACÓRDÃO	2301-011.451 – 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.

OMISSÃO DE FATOS GERADORES EM GFIP (CFL 68).

Determina a lavratura de auto de infração, a omissão/incorreção de fatos geradores previdenciários na declaração prestada pela empresa em GFIP, conforme art. 32, inciso IV, § 5º, da Lei n.º 8.212/91.

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 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.

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 2302-000.351, de 04/11/2014 (e-fls. 108 a 112):

Trata-se do Auto de Infração por Descumprimento de Obrigação Acessória DEBCAD nº 37.314.5497, lavrado em 01/11/2010, em face da ABS BRASIL SOLUÇÕES EM RELACIONAMENTO LTDA., no valor de R\$ 100.224,53 (cem mil, duzentos e vinte e quatro reais e cinquenta e três centavos), referente à multa por omissão na Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP, no período de 01/08/2006 a 31/07/2007.

Segundo o relatório fiscal do processo nº 11080.725894/2010-06, ao qual este está apensado, pois formalizado com base nos mesmos elementos de prova, 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 dedaradas 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: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS Período de apuração: 01/08/2006 a 31/07/2007 Al Debcad nº 37.314.5497 INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. GFIP. DECLARAÇÃO COM OMISSÃO DE CONTRIBUIÇÕES. EMPRESA EXCLUÍDA DO SIMPLES FEDERAL. NÃO OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. SOBRESTAMENTO DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÕES DE NULIDADE. 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 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 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.. 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, diversas irregularidades formais no presente processo apontam para tal nulidade, pois infringe as disposições do art. 142 do CTN e art. 10 do Decreto nº 70.235/1972. Ademais, a nulidade decorre, ainda, do enquadramento legal informado no auto de infração Lei nº 8.212/1991, art. 32, parágrafo 5º já revogado pela Lei nº 11.941/2009. Além disso, incompreensível se apresente a descrição dos fatos, pois o auto de infração não permite à litigante inferir a razão que levou o fisco a exigir a multa em relação a determinados meses de 2006 e 2007, já que a exclusão é em 2008;

As penalidades impostas nos Autos 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;

O Lançamento é nulo por inadmissível a exigência de multa regulamentar quando os mesmos fatos já foram submetidos a lançamento de ofício com multa de ofício. Desta feita, é patente a dupla penalidade por pretensão descumprimento de um mesmo fato e a vedação à concomitância de multas tem suporte no art. 35A da Lei nº 8.212/1991, que prevê apenas multa de ofício para os lançamentos de ofício;

Incompreensível se mostra a quantificação da multa regulamentar lançada. Haja vista que, o enquadramento legal que permeia o lançamento esta revogado, e ainda que a autuação quisesse enquadrar o fato no dispositivo legal da multa aplicada do art. 32A da Lei nº 8.212/1991 não caberá multa regulamentar quando o mesmo fato já assolhou lançamento de ofício com multa de ofício, punindo incorreções nas GFIPs.

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 2302-000.351 (e-fls. 108 a 112) decidiu por converter o julgamento em diligência, nos seguintes termos:

Da conversão em diligência

Da simples análise dos documentos acostados ao AI DEBCAD nº 37.314.5497, percebe-se que o Lançamento em exame se deve averiguação de que a empresa omitiu na Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social — GFIP.

Por conta dessa constatação, foi aplicada à Recorrente multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 100.224,53 (cem mil, duzentos e vinte e quatro reais e cinquenta e três centavos).

Alega a recorrente que cumpriu com todas as obrigações (principal e acessória) e 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. 115 a 185).

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 2302-000.351, 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 (11080.725901/2010-61 – 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...

[...]

Em face do 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 cerceamento de defesa, requerendo que o lançamento seja considerado nulo por infringir o art. 142 do CTN e o art. 10 do Decreto nº 70.235/1972 devido já estar revogada a legislação que o embasou, arguindo ser deficiente e incompreensível a descrição dos fatos, o que não lhe permite inferir a razão da exigência em relação a determinados meses de 2006 e 2007.

Inicialmente não se vislumbra nulidade por ofensa ao art. 10 do Decreto nº 70.235/1972, já que a autuação contém a qualificação do autuado, data e hora da lavratura, descrição do fato, disposição legal infringida, penalidade aplicável, determinação da exigência, intimação para cumpri-la ou impugná-la e assinatura da AFRFB autuante com indicação de seu cargo e número de matrícula. O Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, DOU 07/03/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, define em seu art. 59 as hipóteses de nulidade, descrevendo-as como sendo: I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e, II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. E adiante, no seu art. 60, determina que 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.

A única irregularidade que se poderia apontar diz respeito à falta de anotação do Local onde foi lavrado o auto de infração, já que não consignado pela Auditora Fiscal autuante, porém, tenho que se trata de mera irregularidade que não influi na solução do litígio, não resulta em prejuízo para o sujeito passivo nem requer saneamento.

Dentre as alegações de cerceamento de defesa, o contribuinte aponta a legislação que embasou a infração cometida, que no seu entendimento estaria revogada, não se prestando para fundamentar a autuação e também que não entendera a exigência em relação a determinados meses de 2006 e 2007 devido à deficiente descrição dos fatos.

Equívoca-se mais uma vez o impugnante. Ele próprio, na impugnação, demonstra ter conhecimento de que a autuação decorre da falta de declaração de contribuições previdenciárias face à sua exclusão do Simples Federal desde 01/2003. Declarou em GFIP ser optante pelo Simples quando não detinha direito a esta forma de tributação tanto que ao longo de sua manifestação reporta por diversas vezes que, se vier a ser reconhecida a improcedência de sua exclusão, improcedente também será esta autuação. Os fatos que levaram à autuação são justamente ter dedarado em GFIP ser uma empresa optante pelo Simples Federal e pelo Simples Nacional quando não era, de forma que, nas GFIPs entregues não restaram declaradas as contribuições patronais incidentes sobre a remuneração

de empregados e contribuintes individuais em todo o período de 01/2006 a 12/2008.

A legislação que embasou a autuação veio a ser revogada com a edição da MP 449, de 03/12/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009, porém, nos termos do art. 144 do CTN, o lançamento reporta-se à data da ocorrência da infração e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. Portanto, a infração cometida de omitir contribuições patronais em GFIP foi corretamente capitulada no art. 32, IV e § 3º da Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei nº 9.528/1997 e a multa aplicada, fundamentada no § 5º do art. 32 da mesma Lei, também era a vigente quando do cometimento das infrações, conforme adiante explicitado, descabendo a alegação de estar revogada quando da lavratura deste auto de infração.

Outra alegação da impugnante é no sentido de desconhecer os motivos da fiscalização ter-lhe autuado apenas com relação a determinados meses de 2006 e 2007. Este esclarecimento encontra-se no “Relatório Fiscal da Aplicação da multa”, que compõe a pág. 02 do auto de infração (fls. 06 destes autos), em conjunto com a planilha “Comparação das Multas” às fls. 08, também entregue ao autuado, dos quais se extrai que, em obediência ao art. 106, II, “c”, do CTN, foram calculadas e comparadas as multas aplicáveis de acordo com a legislação vigente à época dos fatos e de acordo com a legislação atual, sendo aplicadas nesta autuação as multas menos severas ao contribuinte, penalizando as infrações verificadas nas competências 08/2006, 09/2006, 10/2006, 01/2007, 02/2007, 06/2007 e 07/2007.

Portanto, o presente Auto de Infração atende os requisitos do art. 142 do CTN bem como do art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972 e não se enquadra nas causas enumeradas no art. 59 do mesmo Decreto, descabendo o pedido de nulidade por cerceamento do direito de defesa.

DO MÉRITO

1) A autuada defende-se afirmando ter prestado informações em GFIP de acordo com sua forma de tributação à época, pelo Simples Federal e Simples Nacional.

Conforme já colocado neste voto, este contribuinte não é e nem foi optante pelo Simples Nacional e a pessoa jurídica 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 (art. 16 da Lei nº 9.317/1996), incluídas as obrigações acessórias, de modo que ao não declarar em GFIP todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias, bem como as contribuições incidentes, cometeu, sim, infração à legislação previdenciária.

Entende a impugnante 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.

2) Das alegações quanto à multa aplicada: entende a autuada que lhe estão sendo exigidas duas multas pelos mesmos fatos – multa de ofício no lançamento de ofício e multa regulamentar objeto desta autuação. Não lhe assiste razão.

A legislação previdenciária vigente até o advento da MP 449/2008 previa no inciso II do art. 35 da Lei nº 8.212/1991, a aplicação de multa nos lançamentos de ofício decorrentes de falta de recolhimento de obrigação principal e, nos casos de falta de dedaração das contribuições previdenciárias em GFIP, multa punitiva pelo descumprimento da obrigação acessória, disciplinada no § 5º do art. 32 da mesma Lei. Estas multas conviveram perfeitamente por tratarem de penalidades por condutas distintas.

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 de contribuições E ausência ou inexatidão da declaração com relação aos mesmos fatos.

A autuação contém competências anteriores à modificação da Lei nº 8.212/1991 pela MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009. Em razão das disposições da alínea “c” do inciso II do artigo 106 do CTN, que determina a aplicação da legislação posterior se cominar penalidade menos severa do que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática [...] (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 Nº 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. 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 dedaração 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.

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 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.

Assinado Digitalmente

Diogo Cristian Denny