



Processo nº 13116.720640/2016-50
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1401-005.194 – 1^a Seção de Julgamento / 4^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 21 de janeiro de 2021
Recorrente ROGER AUTO CENTER LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Exercício: 2013

SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE SEGURADO EMPREGADO. PRÁTICA REITERADA. NÃO OCORRÊNCIA.

A omissão de forma reiterada da folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária de segurado empregado que lhe preste serviço é causa de exclusão de ofício da empresa optante pelo Simples Nacional, que produz efeitos a partir do próprio mês em que incorrida, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido pelos próximos três anos calendários seguintes.

A prática reiterada configura-se com a segunda ocorrência de idênticas infrações. A infração tipificada é a falta de registro de empregado razão pela qual sua reiteração apenas pode ser compreendida ou ocorrer com a falta de registro de um segundo empregado não com a continuidade da primeira infração cometida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário para cancelar o Ato Declaratório de Exclusão nº 11, de 02/05/2017, editado pela Delegacia da Receita Federal de Anápolis/GO e determinar a reinclusão da Contribuinte no SIMPLES NACIONAL a partir de 01/06/2013.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Daniel Ribeiro Silva (Vice-Presidente), Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Cláudio de Andrade Camerano, Carlos André Soares Nogueira, Letícia Domingues Costa Braga, Andre Severo Chaves e Itamar Artur Magalhaes Alves Ruga.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal em Porto Alegre (RS) que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pelo contribuinte em razão da exclusão do contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

O Ato Declaratório Executivo - ADE nº 11, de 02/05/2017, publicado no DOU de 03/05/2017 (fl. 15), excluiu a empresa Roger Auto Center Ltda - ME do Simples Nacional, tendo em vista manter, informalmente, vínculo de emprego com trabalhador, a partir de junho de 2013, incorrendo na situação excludente prevista no inciso XII do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006. Os efeitos da exclusão retroagiram a 01/06/2013, nos termos do § 1º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006, ficando a empresa impedida de optar pelo Simples Nacional nos três anos-calendário seguintes.

Cientificada do ADE nº 11/2017 em 26/05/2017 (fl. 18), a empresa Roger Auto Center Ltda - EPP apresentou impugnação tempestiva em 26/06/2017 (fls. 21 a 53), relatando que foi citada para se manifestar na ação trabalhista nº 0010737-86.2015.5.18.05171, movida por Alex Dante Lira de Farias, tendo sido feito um acordo na audiência ocorrida no dia 13/10/2015 para pagamento das verbas em parcela única de R\$ 3.500,00 e as devidas anotações na carteira de trabalho.

Afirma que todas as verbas devidas foram recolhidas pelo impugnante, que assinou a carteira de trabalho do funcionário. Informa que o Ministério Público do Trabalho abriu procedimento interno que resultou em um TAC firmado em 17/12/2015, em que o impugnante realizou o pagamento do valor do acordo em parcela única de R\$ 1.500,00 e se comprometeu a não cometer atos semelhantes. Em seguida, a Receita Federal foi noticiada, tendo aberto processo administrativo para excluir o impugnante do Simples, que culminou com a publicação do Ato Declaratório nº 11, de 02/05/2017, com efeitos a partir de 01/06/2013.

O contribuinte alega, em síntese, que sempre cumpriu com suas obrigações tributárias junto ao Fisco, não possuindo nenhuma parcela do Simples em aberto, e nenhum parcelamento. Afirma que nunca teve nenhuma ação trabalhista proposta, tanto no passado como atualmente, sendo o caso em debate neste processo o único em toda a existência da empresa. Assim, entende que não pode ser considerado reincidente em ter funcionário sem carteira assinada em sua empresa. Não havendo outros casos de ações trabalhistas, sustenta que não há repetição e muito menos reiteração que justifique o Ato Declaratório nº 11/2017 para que seja excluído do Simples Nacional.

Aduz que, sendo primário em ações trabalhistas, é desproporcional a sanção de exclusão do Simples, ou até injusta, pois em outras situações de exclusão, como atraso no pagamento do tributo ou outras obrigações acessórias, o contribuinte é intimado para sanar a irregularidade, sob pena de exclusão.

Salienta que o inciso XII do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006 foi inserido pela Lei Complementar nº 139/2011, colocando a forma reiterada como um critério mais rigoroso para a exclusão de ofício do Simples pelo Fisco, e que o artigo 29, § 9º, I, descreve o que deve ser considerado como prática reiterada: a ocorrência, em dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada, em relação aos últimos cinco anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento. Alega que jamais recebeu outra notificação ou teve qualquer tributo lançado que justificasse a imposição de critério reiterado a sua atividade, pois nunca houve o envio de nenhuma notificação de caso semelhante.

Entende que a pena da exclusão é desproporcional e não razoável, e deve ser reformada, pois não é reincidente e a pendência foi solucionada antes do conhecimento pela Receita Federal.

Referindo-se à data da exclusão do Simples, 01/06/2013, afirma que, pelo princípio da irretroatividade das sanções, a lei não pode retroagir para aplicar sanções de fatos passados, somente podendo ser utilizadas as causas passadas para aplicar sanções no presente.

A aplicação da sanção retroativa teria o efeito de decretar a sua falência, pois teria sua contabilidade alterada do Simples Nacional para o lucro presumido de 2013 até o presente momento.

Entende que deve ser aplicado ao caso em tela o efeito suspensivo, nos termos do artigo 151, III, do CTN, até a decisão final.

Ao final, requer o recebimento da impugnação e apresenta seus pedidos.

O Acórdão ora Recorrido (10-61.353 - 6^a Turma da DRJ/POA) recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do Fato Gerador: 01/06/2013

EXCLUSÃO. IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA. EFEITO SUSPENSIVO.

A impugnação apresentada tempestivamente suspende os efeitos do Ato Declaratório de Exclusão até a decisão definitiva desfavorável ao contribuinte.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

No âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de constitucionalidade.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do Fato Gerador: 01/06/2013

SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE SEGURADO EMPREGADO DE FORMA REITERADA DE GFIP. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. EFEITOS.

A omissão de forma reiterada da folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária de segurado empregado que lhe preste serviço é causa de exclusão de ofício da empresa optante pelo Simples Nacional, que produz efeitos a partir do próprio mês em que incorrida, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido pelos próximos três anos calendários seguintes.

PRÁTICA REITERADA.

A prática reiterada configura-se com a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

Manifestação de Inconformidade Improcedente.

Sem Crédito em Litígio.

Isto porque, segundo entendimento da Turma, (...) “a obrigação da empresa de entregar a GFIP mensalmente, a partir dos fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 1999, consta do artigo 225, inciso IV e § 3º do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999. Assim, no que diz respeito às informações para a Previdência Social, a cada mês em que a empresa descumpriu a obrigação de declarar o segurado empregado na GFIP ocorreu uma infração. Portanto, a prática do contribuinte de deixar de informar mensalmente segurado empregado na GFIP se insere nas disposições do inciso II do § 9º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006, sendo improcedente a alegação da impugnante de que não é reincidente”. “nestes termos, voto por julgar improcedente a manifestação de inconformidade do interessado, mantendo sua exclusão do Simples Nacional nos termos do Ato Declaratório Executivo nº 11, de 02 de maio de 2017, emitido pelo Delegado da Receita Federal do Brasil em Anápolis/GO”.

Ciente da decisão do Acórdão, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 413 dos autos - alegando em síntese os mesmos argumentos trazidos em sede manifestação de inconformidade.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, Relator.

Observo que as referências a fls. feitas no decorrer deste voto se referem ao e-processo.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, por isso dele conheço.

Da análise dos autos é fácil constatar que o Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte constitui-se em repetições dos argumentos utilizados em sede de impugnação, salvo alguns poucos novos tópicos que, em verdade, acabam por repetir e reafirmar a tese sustentada pelo contribuinte, as quais foram apreciadas pelo julgador *a quo*.

O contribuinte alega, em síntese, que sempre cumpriu com suas obrigações tributárias junto ao Fisco, não possuindo nenhuma parcela do Simples em aberto, e nenhum parcelamento. Afirma que nunca teve nenhuma ação trabalhista proposta, tanto no passado como atualmente, sendo o caso em debate neste processo o único em toda a existência da empresa. Assim, entende que não pode ser considerado reincidente em ter funcionário sem carteira assinada em sua empresa. Não havendo outros casos de ações trabalhistas, sustenta que não há repetição e muito menos reiteração que justifique o Ato Declaratório nº 11/2017 para que seja excluído do Simples Nacional.

Por sua vez, a DRJ assim se posicionou quanto ao enquadramento de prática reiterada:

Da exclusão do Simples Nacional

A exclusão do Simples Nacional da empresa Roger Auto Peças Ltda – EPP está fundamentada no artigo 29, inciso XII, da Lei Complementar nº 123/2006, com os efeitos previstos no § 1º do mesmo artigo. Já o conceito de prática reiterada encontra-se no § 9º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006. Transcreve-se a seguir os dispositivos citados:

Lei Complementar nº 123/2006

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

XII – omitir de forma reiterada da folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária, segurado empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual que lhe preste serviço;

(...)

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo

regime diferenciado e favorecido da Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguinte.

(...)

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou de qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento do tributo.

Conforme se verifica, a prática reiterada ocorre em duas situações, e não apenas na situação indicada pelo contribuinte em sua impugnação, correspondente ao inciso I do § 9º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006.

No caso sob exame, não localizei nos autos informação sobre a existência de auto de infração ou notificação de lançamento, a não ser a trazida pelo contribuinte, de que jamais recebeu outra notificação, ou teve qualquer tributo lançado que justificasse a imposição de critério REITERADO a sua atividade, pois nunca houve o envio de nenhuma notificação de caso semelhante (...). Portanto, o inciso I do § 9º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006 não pode ser aplicado como justificativa para a prática reiterada.

No entanto, os documentos dos autos dão notícia, sem que tenha havido contestação pelo contribuinte, de que este manteve trabalhador sem registro em livro ou ficha competente, sem anotação na CTPS, sem comunicação de vínculo ao CAGED, à RAIS, omitindo reiteradamente os dados relativos ao trabalhador nas comunicações mensais pertinentes à GFIP-SEFIP.

Tais informações permitem concluir que houve supressão de pagamento de tributo mediante utilização de meio fraudulento, já que o trabalhador que prestava serviços ao contribuinte como segurado empregado não tinha o vínculo de emprego registrado na carteira de trabalho, assim como não constava das Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIPs no período de 05/06/2013 a 29/08/2015, obrigação acessória mensal a que a empresa está obrigada desde a competência 01/1999, em razão da edição da Lei nº 9.528/1997, que alterou a Lei nº 8.212/1991, e do Decreto nº 2.803/1998.

O inciso IV do artigo 32 da Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009, dispõe sobre a obrigação acessória para a empresa de 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 estabelecidas 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.

A obrigação da empresa de entregar a GFIP mensalmente, a partir dos fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 1999, consta do artigo 225, inciso IV e § 3º do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999.

Assim, no que diz respeito às informações para a Previdência Social, a cada mês em que a empresa descumpriu a obrigação de declarar o segurado empregado na GFIP ocorreu uma infração.

Portanto, a prática do contribuinte de deixar de informar mensalmente segurado empregado na GFIP se insere nas disposições do inciso II do § 9º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006, sendo improcedente a alegação da impugnante de que não é reincidente.

A legislação de regência não dá margem à discricionariedade do agente público em razão da situação econômico-financeira do contribuinte. A atividade administrativa é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do parágrafo único do artigo 142 do CTN. Portanto, tendo sido identificado que o impugnante incorreu na hipótese de exclusão do Simples Nacional disciplinada no inciso XII do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006, agiu corretamente a autoridade tributária ao emitir o Ato Declaratório Executivo nº 11, de 02 de maio de 2017, estabelecendo os efeitos da exclusão a partir de 01/06/2013, conforme determina a Lei.

Concordo com a decisão recorrida na conclusão de que o inciso I do § 9º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006 não pode ser aplicado como justificativa para a prática reiterada no presente caso. Resta, portanto, a análise quanto ao enquadramento no inc. II do mesmo dispositivo legal, e neste ponto discordo da conclusão a que chegou a DRJ.

O referido dispositivo legal assim dispõe:

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou de qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento do tributo.

Para a configuração e análise da repetição da infração para fins de enquadramento como prática reiterada faz-se necessário analisar a amplitude da norma legal que fundamentou o presente ADE. Nos termos do inc. XII do art. 29 da LC 123/2006:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

XII – **omitir de forma reiterada da folha de pagamento da empresa** ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária, **segurado empregado**, trabalhador avulso ou contribuinte individual que lhe preste serviço;

A infração descrita na norma possui como tipo legal *omitir de forma reiterada da folha de pagamentos ou documentos acessórios segurado empregado*. Em outras palavras, entendo que a infração punível com a exclusão do SIMPLES é a omissão de empregado.

Por consequência, para fins de se considerar a prática reiterada necessário se faz, no meu entendimento, que seja praticada nova infração de omissão de registro de outro empregado.

A continuidade ou o período de tempo em que o contribuinte deixou de registrar o empregado não pode contar como reiteração de nova infração já que se trata de ato continuado.

No caso concreto constam dos autos informações relativas à uma única reclamação trabalhista promovida contra a contribuinte onde fora realizado acordo além de TAC com o MPT, regularizando a sua conduta.

Assim, para fins de reiteração da falta de registro de segurado empregado seria necessário comprovar que o contribuinte repetiu a infração deixando de registrar outro trabalhador, e essa prova não consta dos autos.

Pelo contrário, o contribuinte traz certidão de distribuição de processos trabalhistas provando que não teve contra si nenhum outro processo.

Cumpre relembrar que a CF em seu art. 179 garante o tratamento diferenciado aos pequenos contribuintes, exatamente por isso que a legislação do SIMPLES dá oportunidade para regularização de eventuais pendências que impeçam o ingresso.

O objetivo é exatamente o de dar oportunidades e garantir o ingresso do pequeno contribuinte em um sistema de tributação diferenciado, e não o de impedir o seu ingresso ou excluir o contribuinte do regime pela prática de um erro ou infração.

A função de julgador administrativo deve incorporar a capacidade de identificar situações nas quais a interpretação mais adequada da norma tributária se afaste da estrita literalidade, incorporando, entre outros, os aspectos finalísticos. Nesses casos – diferentemente do que ocorre com os sistemas automatizados – o decisum do julgador pode se afastar dos parâmetros objetivos para, tomando em conta o contexto, decidir segundo a hermenêutica que melhor se lhe afigure. Mas aqui não me parece nem que seja esse o caso.

A compreensão que tenho da norma legal é objetiva, direta e literal. A infração tipificada é a falta de registro de empregado razão pela qual sua reiteração apenas pode ser compreendida ou ocorrer com a falta de registro de um segundo empregado. Procede a irresignação da Recorrente.

Por todo o exposto, encaminho o voto para dar provimento ao recurso voluntário para anular o ADE 11 de 02/05/2017 bem como os efeitos da exclusão do Simples Nacional a partir de junho de 2013.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva