



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 13858.000258/2009-13  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** **1003-002.725 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**  
**Sessão de** 09 de novembro de 2021  
**Recorrente** NOVA IGARAPAVA PREST. DE SERV. ADM. A EMPR. LTDA. ME  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/02/2005 a 31/12/2006

**SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO.**

A pessoa jurídica excluída do Simples Federal sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

**OPÇÃO PELO SIMPLES FEDERAL. INDUÇÃO AO ERRO PELA RECEITA FEDERAL.**

O contribuinte deve ter pleno conhecimento dos requisitos que devem ser observados, especialmente no que se refere às vedações previstas no artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, vigente à época do fato.

**EXCLUSÃO DE OFÍCIO. DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA.**

As questões relacionadas aos motivos da exclusão de ofício do Simples Federal, com efeitos retroativos, devem ser apreciadas no âmbito do processo administrativo próprio a tal finalidade.

**MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. SÚMULA CARF Nº 2**

Discussão de matéria que teria caráter confiscatório e inconstitucional vai além das atribuições dessa instância administrativa. A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador. Nos moldes do disposto na Súmula nº 02, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

**LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO Nº 44, DA LEI Nº 9.430/1996.**

Nos lançamentos de ofício de contribuições sociais, aplica-se a multa prevista no Art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996, não se cogitando da aplicação da multa moratória prevista no artigo nº 59 da Lei nº 8.383/1991.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Benatti Marcon – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva(Presidente), Bárbara Santos Guedes, Maurîtânia Elvira de Sousa Mendonça e Carlos Alberto Benatti Marcon.

## Relatório

NOVA IGARAPAVA PRESTADORA DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS A EMPRESAS LTDA - ME, recorre a este Conselho, em face do Acórdão n.º 14-31.616 da 6ª Turma da DRJ/RPO, em 23 de novembro de 2010, que julgou improcedente a impugnação e o crédito procedente em parte, mantendo o valor de R\$ 56.803,88, relativo às contribuições sociais devidas à Seguridade Social. A seguir as Ementas e o Acórdão:

### **ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2006

**SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO OU MANUTENÇÃO NO SISTEMA.**

Incabível qualquer discussão em autos de constituição de crédito a respeito de suprimir ou manter a empresa no regime Simplificado, por ter sido formalizado processo distinto, igualmente com direito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

**SIMPLES FEDERAL. EMPRESA EXCLUÍDA.**

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

**EFEITOS DA EXCLUSÃO. RETIFICAÇÃO.**

Deve ser procedida à retificação para fins de suprimir competência ainda abrigada pelo Regime do SIMPLES.

**MULTA APLICADA. LEGALIDADE.**

Multa fixada nos parâmetros da legislação vigente tem respaldo legal.

**LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE. ÂMBITO ADMINISTRATIVO.**

A instância administrativa é incompetente para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis e a legalidade dos atos normativos infralegais.

**PROVAS. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO. PRECLUSÃO.**

A prova documental no contencioso administrativo deve ser apresentada juntamente com a impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, salvo se fundada nas hipóteses expressamente previstas.

### **Acórdão**

Acordam os membros da 6ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, considerar IMPROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO E O CRÉDITO PROCEDENTE EM PARTE, MANTENDO O VALOR DE R\$ 56.803,88 (CINQUENTA E SEIS MIL, OITOCENTOS E TRÊS REAIS E OITENTA E OITO CENTAVOS), consolidado em

23/07/2009, conforme DADR - Discriminativo Analítico do Débito Retificado, parte integrante, conforme o contido no Voto da Relatora.

Por bem refletir o litígio, adoto o relatório da decisão de primeira instância, para melhor compreensão dos fatos:

#### Relatório

Trata o presente Auto-de-Infração de Obrigações Principais - AIOP n.º 37.197.903-0, de 23/07/2009, de contribuições sociais devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte da empresa e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, acrescido da contribuição adicional para complementação da aposentadoria especial para os trabalhadores expostos à agente nocivo, incidentes sobre a remuneração paga aos segurados empregados, e, ainda, cota patronal incidente sobre a remuneração de contribuintes individuais.

Narra a Auditoria Fiscal, em seu Relatório, que devido à constatação da real atividade de locação de mão-de-obra, a Autuada não poderia ser optante do SIMPLES FEDERAL, razão pela qual emitiu Representação ao Delegado da Receita Federal do Brasil/RFB em Franca, que determinou a exclusão da Empresa do referido Regime, por intermédio do Ato Declaratório Executivo - ADE n.º 11, de 16.07.2009, com efeitos para o período de 01/01/2005 a 31/12/2006.

Os fatos geradores foram extraídos em GFIP - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, com opção pelo SIMPLES, constantes do Sistema Informatizado da RFB.

Informa, ainda, que, para todo o período lançado, em obediência ao art. 106 do CTN, que trata da retroatividade mais benéfica, procedeu à comparação da multa vigente à época da ocorrência do fato gerador e a atribuída pela legislação superveniente introduzida pela Medida Provisória n.º 449/2008, convertida na Lei n.º 11.941/2009, no que resultou na aplicação da multa de ofício, da novel legislação, que se mostrou mais favorável ao contribuinte.

E, mais, que será formalizada RFPF - Representação Fiscal para Fins Penais, em razão de constatação de fatos que, em tese, configuram a prática de ilícito de sonegação de contribuição previdenciária, previsto na legislação penal.

Importa o presente em R\$ 60.255,31 (sessenta mil, duzentos e cinquenta e cinco reais e trinta e um centavos), consolidado em 23/07/2009.

Tudo de conformidade com o Feito, Relatório Fiscal e demais Anexos integrantes do AI.

A Empresa Autuada foi cientificada, via postal, em 28/07/2009, conforme Aviso de Recebimento.

E dentro do prazo regulamentar, interpôs Impugnação consubstanciada nas seguintes alegações, em síntese:

a) reporta-se, inicialmente no ADE, porém, não estando a exclusão fundada pelo ADE, cabe a possibilidade de considera-la com fulcro no art. 3º, inc. III a XVIII, que prevê o efeito a partir do mês subsequente, como demonstrado no art. 15, II, da Lei n.º 9.317, que transcreve;

b) as previsões contidas no art. 14 e art. 15, II, da Lei n.º 9.137 estão consideradas nos art. 23 e 24, II, respectivamente da IN SRF n.º 355/2003, e as vedações à opção tratadas no art. 9º da mesma Lei estão ratificadas no art. 20 da mesma IN;

c) em nenhum momento surgiu que o efeito da exclusão deva retroagir à data da opção exercida e convalidada pelo órgão competente. O que falta buscar é a irretroatividade que deve imperar na decisão, face à mudança da interpretação quanto à opção pelo sistema, que deverá definir o entendimento de forma pacífica e traz inúmeras doutrinas, procurando mostrar que em nenhum instante encontrou legalidade à pretensão de

retroagir à exclusão, a não ser em caso de comprovada fraude e, mesmo assim, por direito constitucional, há o Fisco conceder ampla defesa. E o assunto SIMPLES é tão complexo e cita as diversas leis e Medidas Provisórias que alteraram a Lei n.º 9.317, revogada a partir de 01/07/2007, pela Lei Complementar n.º 123/2006, já alterada pelas Leis Complementares n.º 127/2007 e 128/2008;

d) desde a opção que o próprio Fisco homologou vem cumprindo com suas obrigações. E, de repente, foi destituído daquele direito outorgado pelo próprio Órgão. No dia 23/04/2009, a Auditoria compareceu na sede da Empresa e induziu ao erro, com dolo, o Sr. Afonso D. de Carvalho, pedindo uma declaração constando os cargos dos empregados conforme folhas de pagamentos e notas fiscais, dizendo que os cargos relacionados efetivamente estavam corretos, desta maneira induziu ao erro, utilizando dessa declaração, dolosamente, como prova de exclusão, conforme fl. 62;

e) assim, estava impedida de optar por vedação expressa na lei. A identificação se deu com base no CNAE, fornecido pelas próprias empresas. Entende que o contribuinte quando opta pelo Simples, à luz do art. 8º, se sujeita à aprovação do órgão. Não se trata de uma informação nova. Houve alteração na interpretação pelo Órgão? Ou falha ao liberar a opção?

f) o Impugnante tem o direito de, caso mantida a exclusão de ofício, que seja a partir do ADE e não retroativo, pois acarretaria prejuízos sem precedentes, tendo de fechar as portas. Da mesma forma que no direito penal, no direito tributário a lei benéfica retroage para beneficiar o contribuinte;

g) Do Direito. Com relação aos efeitos da retroatividade da exclusão, nova ilegalidade ao violar o art. 150, III, “a”, da CF, que transcreve. O próprio art. 15 da Lei n.º 9.317, que trata dos efeitos da exclusão, consigna que a exclusão surtirá efeito a partir do mês subsequente ao em que incorrida a situação excludente. E não se pode admitir que o mês em que ocorreu a situação excludente não seja outro, se não, aquele em que recebeu a notificação do ADE. Conclui que o Ato possui a ilegalidade e mesmo que se operada a exclusão, esta deve se dar a partir da notificação e não retroagir;

h) Do Caráter Confiscatório da Multa de Ofício. A multa de ofício possui caráter confiscatório, afrontando os princípios da capacidade contributiva (art. 134, § 1º) e da não confiscatoriedade (art. 150, IV), insculpidos na CF, que transcreve. O Impugnante é microempresa e a multa de ofício imposta contrapõe a sua realidade financeira. Não houve má fé e nem omissão, de modo que se deve ter no mínimo ponderação na aplicação da multa em respeito à equidade bem assim ao princípio da razoabilidade. Assim sendo, caso mantida a exclusão do Simples (o que não se acredita), o expurgo da multa de ofício aplicada ou quando menos sua redução para 20%, nos termos do art. 59 da Lei n.º 8.383/91, como medida de Justiça;

i) e, ao final, demonstrada a improcedência e insubsistência da exclusão do Simples com data retroativa, e que seja a partir do ADE, requer acolhida da presente Impugnação, para que seja desconstituído o crédito tributário reclamado em sua totalidade. Caso mantida a exclusão, que seja a partir do ADE. Requer também o expurgo da multa de ofício ou sua redução para 20%. Requer, ainda, o reconhecimento de juntada posterior de documentos, consoante previsão do art. 16, § 4º, alínea “b”, do Decreto n.º 70.235/72.

[...]

### **Recurso Voluntário**

A Recorrente apresentou o Recurso Voluntário, e-fls. 140-149, em 24.01.2011, discorrendo sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge, importando mencionar que o recurso atende aos pressupostos de admissibilidade.

Após descrever sobre os tópicos da decisão de 1ª instância, passa a discorrer, no Mérito, as suas alegações(excertos):

[...]

### **DO MÉRITO**

Nobres Julgadores, nas fls. 131, diz que a RECORRENTE não apresentou qualquer contestação a respeito dos valores lançados no presente, pois apenas argumentou sobre a sua exclusão do SIMPLES FEDERAL.

Data Vênia, Senhores conselheiros, no tópico "DO DIREITO", a RECORRENTE contestou sim, conforme, transcrito, in verbis:

**É de se notar, que, a ofensa ao princípio da legalidade se revela no próprio absurdo que se chega com a aceitação da premissa contrária, pois a Administração Pública se aproveitaria da própria torpeza para se enriquecer indevidamente às custas do suor daqueles que laboram anos e anos, gerando empregos e riquezas para o país. (grifo nosso).**

A premissa maior que esta em discussão é a EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL, pois, não existiria esse enriquecimento indevido, ou esse valor exorbitante, caso a RECORRENTE não fosse excluída do SIMPLES FEDERAL.

Ademais, conforme já se defendeu, e não foi analisado e considerado pelos Nobres Julgadores de 1ª instância, é de se considerar que o contribuinte, desde a opção que o próprio Fisco homologou em 11/07/2002, conforme consulta de dados do estabelecimento emitido pelo sistema da DATAPREV fl. 61, na sua maioria queremos crer, vêm cumprindo com suas obrigações. De repente, como num passe de mágica, são atacados por uma ferramenta que podemos comparar com a guilhotina, e destituídos daquele direito que o próprio órgão houvera outorgado.

A RFB, diante de um grave e grande "ERRO", na qual também estava induzindo todos os contribuintes ao mesmo "ERRO", onde o contribuinte fazia o requerimento de sua inscrição junto ao cadastro do CNPJ e concomitantemente a sua opção no SIMPLES FEDERAL, e homologado pelo fisco, conforme já descrito no parágrafo anterior, e agora, depois de 07 (sete) anos vem aplicar essa sanção ao RECORRENTE, por seu próprio erro.

E a RFB, reconhecendo o seu erro, que atualmente, faz-se a inscrição junto ao CNPJ e posteriormente faz-se o pedido de OPÇÃO DO SIMPLES, na qual será analisada pelo fisco que poderá ter sua opção deferida ou indeferida.

Ora, nobres conselheiros, se as regras atuais fossem aplicadas na época em que a RECORRENTE requereu sua inscrição e OPÇÃO DO SIMPLES FEDERAL, teria sido autuada pelo fisco? Teria essa dívida exorbitante com o fisco?

Com certeza não, pois a penalidade imposta através dessa AUTUAÇÃO, poderia deixar mais uma empresa no mercado, dando emprego e aumentando o índice das MICROS e PEQUENAS empresas, nas quais são as que mais empregam nesse país.

Conforme já foi objeto de defesa, porém não foi observada, no dia 23 de abril de 2009, compareceu na sede da empresa o fiscal o Sr. Rogério Abdalla Franco Martins que induziu ao erro, com dolo, o Sr. Afonso Donizeti de Carvalho, dizendo para que fizesse uma declaração constando os cargos dos empregados conforme folhas de pagamentos e notas fiscais, dizendo que os cargos relacionados efetivamente estavam corretos, desta maneira induziu ao erro, utilizando dessa declaração, dolosamente, como prova de exclusão, conforme fl. 62,

Assim, a RECORRENTE ora excluída do Simples **estava impedida** de optar por este sistema simplificado de tributação por vedação expressa na Lei. A identificação se deu com base no código de atividade econômica (CNAE Fiscal), fornecido pelas próprias empresas" (grifo nosso).

Entendemos que, por que o contribuinte quando opta pelo Simples, a luz do art. 8º, sujeita-se à aprovação do Órgão.

Não se trata de uma informação nova, pois sem tais informações iniciais, suporte para a aprovação, não haveria como optar.

E quando a RECORRENTE assim procedeu, obtendo o direito do ingresso no sistema, o entendimento teria sido outro?

Houve alteração na interpretação pelo órgão? Ou ainda, teria havido a falha do servidor ao liberar a opção? Questões que, a nosso ver, devam ser avaliadas, nas quais não foram analisadas em sede de sua defesa.

A RECORRENTE tem o direito de, no caso seja mantida a exclusão de ofício do Simples Federal, que seja a partir do Ato Declaratório Executivo e não retroativo, ou seja, no período de FEVEREIRO/2005 A DEZEMBRO DE 2006, pois acarretaria prejuízos sem precedentes, não tendo a RECORRENTE condições econômicas de dar continuidade em sua atividade, tendo assim de fechar as portas, que acredito que não ser a política econômica com relação às empresas no Brasil.

#### DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA DE OFÍCIO

Reitero o pedido em relação da multa de ofício, uma vez que a RECORRENTE não concorda com a r. acórdão.

Note-se que é de evidência solar que a multa de ofício aplicada possui caráter confiscatório, afrontando os princípios da capacidade contributiva (art. 134, § 1º) e da não confiscatoriedade (art. 150, IV) insculpidos na carta magna de 1988.

É ler:

***"Artigo 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguinte tributos:***

***(omissis).***

***§ 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetivamente a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividade econômicas do contribuinte.***

***(omissis)"***

***Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e ao Municípios:***

***(omissis).***

***IV- Utilizar tributo com efeito de confisco;***  
***(omissis)."***

Nesse esteio, se é exato que somente uma situação que reflita capacidade contributiva pode ser objeto de tributação, não é menos correto que uma empresa envolvida na relação jurídico-tributária não pode ser tributada num nível excessivo, ao ponto de retirar-lhe o indispensável para a manutenção de sua própria subsistência, eis que ambos os princípios (capacidade contributiva e não confiscatoriedade) atuam em conjunto.

Ora, senhores Conselheiros, o impugnante em questão é microempresa, com baixo faturamento, empresa na qual luta com suas obrigações, empregando pessoas, de sorte que, a multa de ofício imposta contrapõe a sua realidade financeira, e sua manutenção será o mesmo que lançá-lo à vala comum aos míseros.

Não podemos nos olvidar, que a sanção tributária, e qualquer outra, carrega a finalidade de dissuadir o possível devedor de eventual descumprimento da obrigação, sendo ainda que, na esfera tributária busca tão somente estimular o pagamento correto e pontual dos tributos sob pena de sua oneração, e não, ser vista como expediente ou técnica de arrecadação, como verdadeiro tributo dissimulado.

A exarcebada multa de ofício imposta no percentual de 75% (setenta e cinco por cento) foge à realidade, ainda mais quando os indicadores da inflação giram em patamares gritantemente menores, denotando que a penalidade aplicada é desmedida e expropriará o impugnante não só de uma parcela de seu patrimônio, mas também, de dar continuidade em suas atividades.

No mais, segundo dito alhures, não houve má-fé e nem omissão, de modo que, deve-se ter no mínimo ponderação na aplicação da multa em respeito à equidade, bem assim ao princípio razoabilidade.

Assim sendo, caso seja mantida a decisão de primeira instância, o entendimento em relação à exclusão do simples (o que não se acredita), o expurgo da multa de ofício aplicada no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), ou quando menos, sua redução para 20% (vinte por cento) do valor do débito, nos termos do art. 59 da Lei n.º 8.383/91, apresentar-se-á como medida de Justiça e, portanto, impositiva.

Senhores Conselheiros, são estes, em síntese, os pontos de discordância apontados neste Recurso:

a) - A Manutenção da RECORRENTE no sistema do SIMPLES FEDERAL consequentemente a improcedência do crédito ora cobrado, referente a contribuições sociais devidas à Seguridade Social, correspondente a parte da empresa, e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, acrescido da contribuição adicional para complementação da aposentadoria especial para os trabalhadores expostos à agente nocivo, incidentes sobre a remuneração paga aos segurados empregados, e ainda, cota patronal incidente sobre a remuneração de contribuintes individuais, no valor de R\$56.803,88 (cinquenta e seis mil, oitocentos e três reais e oitenta e oito centavos), consolidado em 23/07/2009;

b) - O expurgo da multa de ofício aplicada no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), ou quando menos, sua redução para 20% (vinte por cento) do valor do débito, nos termos do art. 59 da Lei n.º 8.383/91.

Finaliza, afirmando que foi demonstrada a insubsistência e improcedência parcial da decisão de primeira instância, requerendo que seja dado provimento ao presente Recurso.

É o Relatório.

## **Voto**

Conselheiro Carlos Alberto Benatti Marcon, Relator.

### **Tempestividade**

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional.

Assim, dele tomo conhecimento.

### **A Autuação**

A autuação foi decorrente do fato da empresa ter como atividade real a locação de mão de obra, a qual se caracterizava como uma das vedações à opção pelo Simples Federal, conforme estabelecido no artigo 9º, Inciso XII, alínea f, da Lei n.º 9.317/1996, vigente à época do fato.

Por essa razão, a auditoria fiscal efetuou a Representação ao Delegado da Receita Federal do Brasil em Franca, SP., que determinou a exclusão da Recorrente do referido regime,

por meio do Ato Declaratório Executivo-ADE n.º 11, de 16.07.2009, com efeitos para o período de 01.01.2005 a 31.12.2006.

Ressalte-se que na decisão de 1ª Instância houve retificação, passando os efeitos da exclusão do regime para o período de 01.02.2005 a 31.12.2006, redundando na exclusão dos valores referentes à competência 01/2005, conforme DADR — Discriminativo Analítico do Débito Retificado.

### **Contextualização do Simples Federal**

Em conformidade com o disposto no art. 179 da Constituição Federal, a Lei n.º 9.317/1996 introduziu o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às microempresas e as empresas de pequeno porte, relativo aos impostos e às contribuições, denominado de Simples Federal.

A partir da opção por esse regime, a pessoa jurídica que se enquadrasse nos requisitos determinados pela citada lei, recolheria os tributos e contribuições para a Seguridade Social de uma forma simplificada e englobada, tendo como base a receita bruta.

A inscrição no Simples Federal implicava no pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições:

- a) Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ;
- b) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP;
- c) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;
- d) Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS;
- e) Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI;
- f) Contribuição para a Seguridade Social (INSS), a cargo da pessoa jurídica, de que tratam o art. 22 da Lei 8.212/91 e a Lei Complementar 84/96 (contribuição patronal).
- g) As contribuições destinadas ao SESC, SESI, SENAI, SENAC, SEBRAE, Salário-Educação e contribuição sindical patronal. Desta forma, a empresa recolherá a título de Previdência Social em sua GPS, apenas o valor descontado de seus empregados, estando, portanto, excluídos da obrigação de recolhimento a contribuição patronal de 20% sobre a folha de pagamento, 20% sobre a remuneração paga ou creditada aos empresários e autônomos, seguro acidente de trabalho e terceiros (SENAI, SESC, SEBRAE etc.).

### **O Objeto da Lide**

O cerne do litígio corresponde exatamente à autuação das contribuições previdenciárias que constavam do valor resultante da alíquota unificada aplicada sobre a receita bruta. Sobre elas foram aplicadas as alíquotas normais, ou seja, para as empresas que não estão enquadradas no Simples Federal.

### **Da Análise das Alegações da Recorrente**

A Recorrente centra suas alegações na exclusão propriamente dita, fato que motivou a lavratura do auto de infração e no caráter confiscatório da multa de ofício. Vamos a elas:

Com relação à sua exclusão do Simples Federal, alega que desde a opção que o próprio Fisco homologou em 11.07.2002, conforme consulta de dados do estabelecimento emitido pelo sistema da DATAPREV fl. 61, acredita que em sua maioria vem cumprindo com sua obrigações e que de repente foi destituída do direito que o próprio órgão houvera outorgado.

Alega, também, que a Receita Federal do Brasil induzia os contribuintes ao erro, onde o contribuinte fazia o requerimento de sua inscrição no cadastro do CNPJ e concomitantemente a sua opção pelo Simples Federal, sendo ambos homologados pelo Fisco, e agora, depois de sete anos vem aplicar a sanção à Recorrente por seu próprio erro.

Primeiramente há que se registrar que o documento DATAPREV à fl. 61, não consta do presente processo. A Recorrente comete um equívoco, uma vez que tal documento consta do processo 13858.000243/2009-55, que se refere à Representação para Exclusão de Ofício do Simples Federal.

Quanto ao fato da indução ao erro por parte da Receita Federal, a Recorrente equivocou-se ao afirmar que houve irregularidade daquele órgão por ocasião da sua inscrição no CNPJ concomitantemente com a opção pelo Simples Federal, uma vez que tal opção tratou-se de um ato voluntário dela própria.

A Recorrente deveria ter pleno conhecimento dos requisitos que deveriam ser observados, especialmente no que se refere às vedações previstas no artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, vigente à época do fato. Por essa razão nenhuma objeção foi feita.

No entanto, se constatado posteriormente qualquer fato ou atividade que se enquadrasse nas vedações previstas no artigo citado, a pessoa jurídica seria excluída de ofício do regime mediante a emissão de Ato Declaratório Executivo. Foi o que ocorreu com a Recorrente por desenvolver a atividade de locação de mão de obra.

O próprio artigo nº 13 da citada lei estabelecia que a exclusão da pessoa jurídica dar-se-ia por opção ou obrigatoriamente quando incorresse em qualquer das situações de vedação descritas no artigo 9º.

Frise-se que a exclusão deveria ser formalizada mediante alteração cadastral, conforme determinado no § 1º do citado artigo nº 13.

*Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:*

*I - por opção;*

*II - obrigatoriamente, quando:*

*a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;*

*[...]*

*§ 1º A exclusão na forma deste artigo será formalizada mediante alteração cadastral.*

*[...]*

Como constatado, a Recorrente não tomou as devidas providências para evitar a autuação.

Quanto à acusação da Recorrente, de que o Auditor Fiscal induziu ao erro, dolosamente, o Sr. Afonso Donizeti de Carvalho, convém reproduzi-la:

*Conforme já foi objeto de defesa, porém **não foi observada**, no dia 23 de abril de 2009, compareceu na sede da empresa o fiscal o Sr. Rogério Abdalla Franco Martins que induziu ao erro, com dolo, o Sr. Afonso Donizeti de Carvalho, dizendo para que fizesse uma declaração constando os cargos dos empregados conforme folhas de pagamentos e notas fiscais, dizendo que os cargos relacionados efetivamente estavam corretos, desta maneira induziu ao erro, utilizando dessa declaração, dolosamente, como prova de exclusão, **conforme fl. 62.***

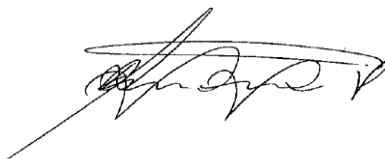
Trata-se de outro documento que não consta do presente processo.

A Recorrente comete novamente um equívoco, ao referenciar documento que não consta deste processo e sim do processo n.º 13858.000243/2009-55, que se refere à Representação para Exclusão de Ofício do Simples Federal.

Considerando que aquele processo está sob análise também deste Relator, é interessante reproduzir a dita declaração a seguir:

AFONSO DONIZETI DE CARVALHO,  
CPF 979.444.838.91, SÓCIO ADMINISTRADOR  
DA EMPRESA NOVA IGAARAPAVA PNEU. DO  
SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS A EMPRESA  
LTDÁ, CNPJ 05.142.827/0001.53, DECLARA QUE  
AS FUNÇÕES DE FRENTESTA, OBRATA, AUXIL-  
LIAR DE LAVADOR, LAVADOR DE CARROS,  
CONSTANTE DE SUA FOLHA PAGO NO PERÍODO  
DE 03/06/2005 A 31/12/06, E OS FUNCIONÁRIOS  
QUE AS EXERCEREM SÃO OS QUE PRESTAM OS  
SERVIÇOS RELACIONADOS COM AS NOTAS FISCAIS  
DE N.ºS 32 A 55 EMITIDAS POR NOSSA EMPRESA

IGAARAPAVA 23 ABRIL 2009.




Em que pese tratar-se de uma acusação grave ao Auditor Fiscal, importa mencionar os atos praticados pelo Sr. Afonso Donizeti de Carvalho durante a Auditoria Fiscal:

Tomou ciência do Termo de Início do Procedimento Fiscal,

Assinou Termos de Intimação Fiscal,

Atendeu a auditoria durante os trabalhos e

Assinou a Impugnação e o Recurso Voluntário.

Sua participação no capital da empresa, durante a época dos fatos, variou de 80% a 40% .

Segundo o Contrato Social, o Sr. Afonso sempre foi o administrador da sociedade, cabendo a ele isoladamente, com poder e atribuição de realizar todas as operações para a consecução de seu objeto social e assinar em conjunto ou separadamente, representando a sociedade ativa e passivamente, judicial e extrajudicial. Fica autorizado a usar o nome empresarial, vedado, no entanto, o uso em atividades estranhas ao interesse social.

Como verificado, o Sr. Afonso Donizeti de Carvalho, por ser o administrador ativo da sociedade, era na época dos fatos sabedor de todas as atividades funcionais e pessoais que são desenvolvidas em sua empresa, e portanto, fica impossível sustentar afirmação de que ele foi induzido a erro.

Quanto à exclusão do Simples Federal, a Recorrente alega que caso seja mantida a exclusão de ofício, que seja a partir da data do Ato Declaratório Executivo e não retroativo ao período de fevereiro de 2005 a dezembro de 2006, uma vez que isto acarretaria a ela prejuízos sem precedentes, não tendo condições de continuar com a sua atividade.

No entanto, o presente processo trata especificamente de autuação com lançamento de crédito previdenciário, por descumprimento de obrigação principal, a qual se refere às parcelas relativas às contribuições sociais devidas à Seguridade Social, consideradas como de uma empresa não optante pelo Simples Federal.

A exclusão do regime do Simples Federal é objeto do processo n.º 13858.000243/2009-55, o qual teve origem, conforme informado anteriormente, na Representação ao Delegado da Receita Federal do Brasil em Franca, SP., que determinou a exclusão da Recorrente do referido regime, por meio do Ato Declaratório Executivo-ADE n.º 11, de 16.07.2009, com efeitos para o período de 01.01.2005 a 31.12.2006, ressaltando que na decisão de 1ª Instância houve retificação, passando os efeitos da exclusão do regime para o período de 01.02.2005 a 31.12.2006.

Quanto à autuação propriamente dita, convém reproduzir novamente a manifestação da Recorrente:

É de se notar, que, a ofensa ao princípio da legalidade se revela no próprio absurdo que se chega com a aceitação da premissa contrária, pois a Administração Pública se aproveitaria da própria torpeza para se enriquecer indevidamente às custas do suor daqueles que laboram anos e anos, gerando empregos e riquezas para o país. (grifo nosso).

Não há ofensa ao princípio da legalidade, como alega a Recorrente, pois a autuação foi efetuada de acordo com os ditames da Lei n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES e dá outras providências.

O artigo n.º 16 da citada Lei é claro ao afirmar que a pessoa jurídica excluída do regime, sujeitar-se-á às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas a partir do período em que processarem os efeitos da exclusão. Veja a seguir:

*Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.*

E a Recorrente foi excluída do regime como já mencionado, por meio do Ato Declaratório Executivo-ADE n.º 11, de 16.07.2009, com efeitos para o período de 01.01.2005 a 31.12.2006, ressaltando que na decisão de 1ª Instância houve retificação, passando os efeitos da exclusão do regime para o período de 01.02.2005 a 31.12.2006.

Quanto a multa de ofício, a Recorrente alega que ela possui caráter confiscatório, afrontando os princípios da capacidade contributiva conforme artigo n.º 145, § 1º, e da não confiscatoriedade conforme artigo n.º 150, IV, insculpidos na carta magna de 1988.

Requer também o expurgo da multa de ofício aplicada no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), ou quando menos, sua redução para 20% (vinte por cento) do valor do débito, nos termos do art. 59 da Lei n.º 8.383/91.

Em relação ao caráter confiscatório da multa de ofício no percentual de 75%, a vedação prevista no artigo n.º 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, a qual proíbe à

União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco, é endereçada ao legislador.

Esse princípio deve nortear a elaboração de leis, que deve observar a capacidade contributiva, não podendo dar ao tributo a conotação de confisco.

Portanto, a multa no percentual de 75%, conforme preceitua o artigo nº 44, inciso I, da Lei n. 9.430/96, foi aplicada em observância aos atos normativos legais que regem a matéria.

Além disso, abordar essa matéria que teria caráter confiscatório e inconstitucional segundo a Recorrente, vai além das atribuições dessa instância administrativa.

O próprio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, veda aos membros das Turmas de Julgamento afastar a aplicação de lei ou decreto sob o fundamento de inconstitucionalidade, conforme o enunciado da Súmula CARF nº 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Em relação ao expurgo da multa de 75%, reduzindo-a para 20% do valor do débito, há que registrar que a Fiscalização, na fixação da multa de ofício, aplicou a penalidade mais benéfica, cujos excertos, à fl. 34, do RELATÓRIO DO AUTO DE INFRAÇÃO n.º 37.197.903-0 reproduz-se a seguir:

Aplicação da Penalidade mais Benéfica:

- a) Considerando que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional pronunciou-se no Parecer PGFN/CAT no 433/2009 pela aplicação da penalidade menos severa em acordo com o contido na alínea "c" do inciso II do artigo 106 do CTN, que em suma, traz o entendimento de que se deve proceder à comparação, para a mesma conduta, entre as penalidades da legislação posterior e anterior a MP 449/08, convertida na Lei 11941/09;
- b) Considerando que os fatos geradores de contribuições previdenciárias que serviram de base para o presente lançamento se referem às competências anteriores à vigência da MP 449/08, convertida na Lei 11941/09 e que depois de efetuada a comparação das multas [(multa mora do inciso I do art. 35 da Lei 8.212/91 - 24%) + (multa prevista no § 50 do art. 32 da Lei 8.212/91 - CFL 68) com a (multa de ofício estabelecida pelo inciso I do art. 44 da Lei 9430/96-75%)] apurou-se que a legislação atual é mais benéfica ao contribuinte, ao presente lançamento está sendo aplicada a multa de ofício prevista no inciso I do artigo 44 da Lei 9430/96. (Grifo nosso)

Como visto, a Recorrente requer que seja aplicada a multa prevista no artigo nº 59 da Lei nº 8.383/91. Todavia esse dispositivo somente se aplica aos tributos e contribuições que não forem pagos até o vencimento, ou seja, nos casos de recolhimento espontâneo.

Ocorrendo lançamento de impostos e contribuições, a multa a ser aplicada deve ser aquela prevista no artigo nº 44, I, da Lei nº 9.430/1996. Assim, a Fiscalização agiu acertadamente, primeiro em fazer a comparação entre as multas conforme acima descrito e, depois, aplicar a penalidade mais benéfica, não havendo reparos a serem feitos quanto ao procedimento utilizado.

### Conclusão

Diante do exposto, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Benatti Marcon

