



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	13962.000002/2010-52
ACÓRDÃO	2002-009.174 – 2ª SEÇÃO/2ª TURMA EXTRAORDINÁRIA
SESSÃO DE	18 de dezembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	GIORGIO FADELLI CONFECÇÕES LTDA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2005 a 30/06/2007

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PATRONAIS.

Tendo a empresa remunerado segurados empregados e contribuintes individuais com verbas integrantes do salário de contribuição previdenciário, tornasse obrigada ao recolhimento das contribuições patronais incidentes sobre tais valores, conforme determina o art. 22, I, II e III, da Lei 8.212/91.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário, não conhecendo das alegações relativas à exclusão da empresa do Simples Nacional e, na parte conhecida, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário, para determinar a aplicação da retroatividade benigna reduzindo a multa de mora ao patamar de 20%.

Assinado Digitalmente

André Barros de Moura – Relator

Assinado Digitalmente

Marcelo de Sousa Sáteles – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros André Barros de Moura, Ricardo Chiavegatto de Lima, Carlos Eduardo Avila Cabral e Marcelo de Sousa Sateles (Presidente).

Ausente o conselheiro Joao Mauricio Vital.

RELATÓRIO

Os fundamentos legais das exigências se encontram no anexo Fundamentos Legais do Débito (FLD) de fls. 19 e 20.

De acordo com o Relatório Fiscal (REFISC), fl. 23 e 24, a empresa foi excluída do Simples por meio do Ato Declaratório Executivo nº 091, de 04/06/2009, por ter incorrido na hipótese de vedação prevista no art. 14, inciso IV, da Lei nº 9.317, de 1997.

Em decorrência, foram lançadas contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte da empresa e as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, apuradas nas competências 01/2005 a 06/2007, incidentes sobre a remuneração de segurados empregados e contribuintes individuais.

Os fatos geradores foram apurados em folhas de pagamento e não foram declarados em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP), devido à informação incorreta no campo referente à opção do Simples.

Devido a configuração, em tese, do crime de sonegação de contribuições previdenciárias, foi emitida Representação Fiscal para Fins Penais.

Contrariada com o lançamento, a empresa apresentou, por intermédio de procurador constituído (fl. 67), a impugnação de fls. 32 a 63, instruída com os documentos de fls. 64 a 184, fundamentando-se nas razões a seguir sintetizadas.

Em nota introdutória, resume o procedimento prévio da fiscalização, que culminou com a lavratura do Auto de Infração em epígrafe, alegando que está pautado em premissa fática equivocada (a exclusão da empresa mediante o ADE nº 01/1999), além de conter vícios que o tornam inválido.

Preliminarmente, requer a suspensão do ato de exclusão do Simples até a conclusão do julgamento definitivo da manifestação de inconformidade apresentada pela impugnante no processo nº 13962.000002/2010-52, em conformidade com o art. 151, III, do CTN, defendendo que o débito em exame não poderia sequer ter sido lançado, citando doutrina e jurisprudência sobre o assunto.

Também em preliminar, alega a nulidade do Termo de Início do Procedimento Fiscal. Cita o art. 196, caput e parágrafo único do CTN, que impõe ao órgão fiscalizador que antes de iniciar qualquer fiscalização emita o Termo de Início de Ação Fiscal, o qual deve ser cientificado

ao contribuinte através do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), o qual não lhe foi cientificado. Reporta-se, também, ao Decreto nº 6.104, de 30 de abril de 2007 e ao art. 7º do Decreto nº 70.235, de 1972.

Aduz, ainda, que no caso específico, o termo de início da ação fiscal não foi assinado pelo representante legal da empresa impugnante ou seu preposto, mas pelo Senhor Graziano Andrade Gregório, que exerce a função de assistente de Recursos Humanos da empresa Perfil Contabilidade, conforme se depreende da carteira de trabalho em anexo.

Requer, por tais motivos, a nulidade do procedimento fiscal. Aponta que o cancelamento do AI também se impõe por deficiência de fundamentação legal, pois o pressuposto para o lançamento é a exclusão da empresa impugnante do Simples, todavia os dispositivos legais utilizados para fundamentar o lançamento não fazem referência à configuração do grupo econômico.

No mérito, especificamente no item 5, trata da inexistência da hipótese de exclusão prevista no art. 14, inciso IV, da Lei nº 9.317, de 1996 (fls. 43 a 57). No bojo de tais alegações, sustenta, no item 5.B, que o lançamento lavrado com base nos substratos fáticos utilizados pela agente fiscal para excluir a empresa impugnante do Simples não merece prosperar, tendo em vista que a situação envolvendo a empresa aqui impugnante e a Fadei Fabril Ltda. já foi devidamente analisada pela 6ª Turma de Julgamento da DRF de Florianópolis, no julgamento do acórdão nº 07-16.639, relativo ao processo administrativo nº 13962.000723/2007-67, ocasião em que restou comprovado que a fiscalização não comprovou, de forma inequívoca, a existência da irregularidade afirmada pela fiscalização. Entende que é nula a lavratura deste segundo Auto de Infração, que pretende constituir crédito tributário sob o mesmo fundamento do anterior, e, ainda, em relação ao mesmo período, violando a decisão já proferida pela DRJ. Diz, também, que o AI pretende introduzir modificação do critério jurídico, contrariando o art. 146 do CTN. No item 5.C, trata do afastamento da multa por necessária interpretação benigna prevista no art. 112 do CTN, uma vez que não houve falta de pagamento pelo contribuinte, hipótese de aplicação da multa de 75% prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, mas a divergência do Fisco em relação ao entendimento do contribuinte quanto ao enquadramento legal de sua opção pelo Simples, tanto que efetuou o regular pagamento dos tributos devidos naquele regime fiscal simplificado, logo, não enquadrado na hipótese legal de imposição da penalidade prevista no citado artigo, deve a multa ser afastada com fundamento no art. 112 do CTN. No item 5.C, defende que deve ser reconhecida a impossibilidade de retroação dos efeitos do ato declaratório de exclusão do Simples para alcançar tributos recolhidos anteriormente a sua lavratura. Defende, também, a impossibilidade de formalização, no presente momento, de representação fiscal para fins penais e da ausência de configuração de qualquer crime contra a ordem tributária no caso em tela. Requer, ao final, o cancelamento e a anulação do auto de infração, impondo-se o reconhecimento das preliminares levantadas e o acatamento dos argumentos de defesa produzidos na impugnação; a produção de todos os meios de provas necessários ao deslinde da controvérsia, especialmente a juntada de documentos e a prova testemunhal e, ainda, que todas

as citações e intimações referentes ao presente feito sejam feitas diretamente em nome dos procuradores legalmente constituídos, no endereço que indica.

A Delegacia da Receita Previdenciária emitiu a Decisão, fls. 188 a 196, mantendo a autuação em sua integralidade com a seguinte Ementa:

ASSUNTO: OUTRO S TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/01/2005 a 30/06/2007

EXCLUSÃO DO SIMPLES. LANÇAMENTO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DECORRENTES.

Promovida a exclusão da pessoa jurídica do Simples, proceder-se-á, se for o caso, a lavratura de auto de infração para a exigência do crédito tributário devido, independentemente do julgamento de eventual manifestação de inconformidade contra o ato declaratório de exclusão.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS.

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.

MULTA DE OFÍCIO. APLICABILIDADE.

Nos casos de lançamento de ofício, será aplicada a multa de 75 % sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2005 a 30/06/2007

VALIDADE DA INTIMAÇÃO A FUNCIONÁRIO OU A SÓCIO NÃO REPRESENTANTE LEGAL.

E regular a ciência da intimação feita por funcionário ou sócio não representante legal da empresa.

PROVAS. JUNTADA POSTERIOR.

O prazo para apresentação de provas no processo administrativo fiscal coincide com o prazo de que o contribuinte dispõe para impugnar o lançamento, salvo se comprovada alguma das hipóteses autorizadoras para juntada de documentos após esse prazo.

PROVA TESTEMUNHAL. DESNECESSIDADE.

Descabe a realização de prova testemunhal quando sua necessidade não for justificada pelo requerente e presentes nos autos todos os elementos para que a autoridade julgadora forme sua convicção.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS.

O Auditor-Fiscal formalizará representação fiscal para fins penais sempre que, no exercício de suas funções internas ou externas, tiver conhecimento da ocorrência, em tese, de crime de ação penal pública que não dependa de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

ENDEREÇAMENTO DAS INTIMAÇÕES.

A intimação do sujeito passivo deve se dar no domicílio tributário, assim considerado o do endereço postal, eletrônico ou de fax informado pelo contribuinte para fins cadastrais à Secretaria da Receita Federal. Inexiste previsão legal para envio ao endereço do procurador.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformado, cientificado do lançamento em 24/02/2011 o contribuinte apresentou recurso voluntário em 21/03/2011, onde alega em síntese:

- a) teria havido cerceamento do direito de defesa pela ausência de pronunciamento sobre todos os argumentos expostos;
- b) os efeitos do ato de exclusão do Simples estavam suspensos;
- c) o termo de início não fora assinado pelo representante legal da empresa;
- d) era nulo o auto de infração pela ausência de fundamentos legais;
- e) os fatos já foram objetos de decisão administrativa;
- f) não houvera simulação;
- g) o crédito fora lançado somente com base em presunções;
- h) a multa devia ser afastada;
- i) não podiam retroagir os efeitos do ato de exclusão do Simples.

A 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária exarou a Resolução nº 2302-000.178 pela qual converteu o julgamento em diligência para que os autos retornem à origem, a fim de aguardar a decisão definitiva, na esfera administrativa, sobre a exclusão do Contribuinte do SIMPLES e somente após tal informação retornem a este Colegiado.

Houve a juntada do Acórdão nº 1003-001.506 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária que manteve a exclusão de ofício do Simples Nacional por ter ficado caracterizada a constituição de pessoa jurídica mediante a utilização de interposta pessoa, efetivada pelo Ato Declaratório Executivo DRF/Blumenau nº 091, de 04 de junho de 2009 em decisão definitiva.

Intimada a Autuada da juntada da referida decisão a mesma não se manifestou.

Diante disso, os autos retornaram para julgamento do Recurso Voluntário manifestado.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **André Barros de Moura**, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo.

Como acima relatado a autuada foi excluída do Sistema de Tributação Simplificada – SIMPLES NACIONAL, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/Blumenau nº 091, de 04 de junho de 2009, processo administrativo fiscal de nº 13971.003986/2007-19, cuja decisão final consubstanciada no Acórdão nº 1003-001.506, negou provimento ao recurso voluntário interposto e manteve a exclusão da empresa do Simples Nacional.

Assim, tendo a questão sido decidida de forma definitiva na esfera administrativa não conheço das alegações relativas à exclusão da empresa do Simples Nacional, em especial das preliminares suscitadas.

O litígio recai sobre as contribuições previdenciárias patronais incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados e contribuintes individuais, no período de: 01/01/2005 a 30/06/2007.

Quanto à demais alegações, tendo em vista que a recorrente trouxe em sua peça recursal basicamente os mesmos argumentos deduzidos na impugnação, nos termos do art. 114, § 12º, I do Regimento Interno do CARF (RICARF/2023), reproduzo no presente voto parte da decisão de 1ª instância com a qual concordo e que adoto:

PRELIMINARES DE NULIDADE.

(...)

2. Termo de Início da Fiscalização e Mandado de Procedimento Fiscal.

Cientificação.

Como do relatório se viu, o sujeito passivo alega que o procedimento fiscal é nulo, porquanto não teria sido cientificado do Termo de Início de Ação Fiscal, o que deveria se dar através do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF).

Tocante ao Mandado de Procedimento Fiscal, cumpre esclarecer que, nos termos do art. 2º da Portaria RFB nº 11.371/2007, os procedimentos fiscais relativos a tributos administrados pela RFB serão executados, em nome desta, pelos AFRFB e instaurados mediante Mandado de Procedimento Fiscal (MPF). Atualmente o MPF é emitido exclusivamente em forma eletrônica e a ciência pelo sujeito passivo dá-se por intermédio da Internet, no site da Receita Federal, com a utilização de código de acesso consignado no Termo de Início de Fiscalização, conforme a previsão legal:

Portaria RFB nº 11.371/2007:

Do Mandado de Procedimento Fiscal Art. 4º O MPF será emitido exclusivamente em forma eletrônica e assinado pela autoridade outorgante, mediante a utilização de certificado digital válido, conforme modelos constantes dos Anexos desta Portaria.

Parágrafo único. A ciência pelo sujeito passivo do MPF, nos termos do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 10 de novembro de 1997, dar-se-á por intermédio da Internet, no endereço eletrônico www.receita.fazenda.gov.br, com a utilização de código de acesso consignado no termo que formalizar o início do procedimento fiscal.

Em consulta ao Termo de Início de Procedimento Fiscal, fls. 29 e 30, verificamos que consta a identificação do número do Mandado de Procedimento Fiscal e o Código de Acesso ao mesmo. Portanto, contrariamente ao alegado, a ação fiscal foi precedida, como se vê, da emissão de MPF.

O impugnante também alega que o presente auto de infração deve ser cancelado porque não foi cientificado do Termo de Início de Procedimento Fiscal através dos seus representantes legais, mas pelo Senhor Graziano Andrade Gregório, que exerce a função de assistente de Recursos Humanos da empresa Perfil Contabilidade, conforme se depreende da carteira de trabalho em anexo.

Com efeito, a autoridade lançadora emitiu o Termo de Início de Procedimento Fiscal (fl. 29 e 3), o qual foi recebido, em 15/12/2009, por Graziano Andrade Gregório, que assinou o documento registrando como seu cargo na empresa "RH". Esse fato é reconhecido pela empresa que, inclusive, apresentou o termo juntamente com a impugnação, o qual foi juntado à fl. 107 e 108.

O referido Termo tem por finalidade cientificar o sujeito passivo de que ele se encontra sob ação fiscal e intimá-lo a apresentar os documentos necessários à verificação do regular cumprimento das obrigações previdenciárias.

A ciência do início do procedimento fiscal implica na perda da espontaneidade do sujeito passivo, conforme estabelece o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal:

Art. 7º O procedimento fiscal tem início com:

1 - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto; II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros; III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

E o Decreto 70.235/1972 nos explica como se realiza a intimação pessoal dos atos e termos processuais:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - Pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532/97)

Verificamos assim que a legislação não restringe as pessoas aptas ao recebimento dos termos e intimações emitidos pela fiscalização somente aos representantes legais da empresa, mas incluiu também o mandatário e o preposto do sujeito passivo no rol das pessoas com tal competência.

E, a pessoa que recebeu o Termo de Início de Procedimento Fiscal -

Graziano Andrade Gregório - foi quem atendeu a fiscalização.

A validade da entrega de documentos destinados ao sujeito passivo à figura do preposto está prevista também no Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), art. 1.171: Considera-se perfeita a entrega de papéis, bens ou valores ao preposto, encarregado pelo preponente, se os recebeu sem protesto, salvo nos casos em que haja prazo para reclamação.

Além disto o art. 1.178 do mesmo Código dispõe que os preponentes são responsáveis pelos atos de quaisquer prepostos, praticados nos seus estabelecimentos e relativos à atividade da empresa, ainda que não autorizados por escrito.

Deve ser observado que a empresa, em face da ciência do termo de início do procedimento fiscal, apresentou os documentos examinados pela autoridade lançadora, arrolados no REFISC (item 8), o que também evidencia a regularidade do início da fiscalização.

Tocante ao argumento de que o citado preposto possui vínculo empregatício com outra empresa, tal fato, mesmo que comprovado nos autos, o que não é o caso, vez que não consta no anexo 2 da impugnação a cópia da Carteira de Trabalho e Previdência Social de Graziano Andrade Gregório, conforme alegado, não teria o condão de invalidar o procedimento fiscal. Com tal alegação, pretende o contribuinte induzir à conclusão de que este empregado não teria vínculo com a empresa. Todavia, extrai-se do contexto da ação fiscal, que a empresa tomou conhecimento da ação fiscal, tendo inclusive apresentado sua via do Termo às fls. 107 e 109, bem como disponibilizou à fiscalização documentos solicitados por aquele instrumento, o que evidencia que a pessoa que recebeu o Termo de Início possuía vínculo com a autuada, tendo-a representado nesse ato, como preposto.

Diante do exposto, ante a ausência de descumprimento de qualquer formalidade prevista na legislação, afasta-se o pleito de nulidade do lançamento.

3. Ausência de Fundamentação Legal Carece de procedência a alegação de que o lançamento é nulo devido à ausência de fundamentação legal.

O anexo Fundamentos Legais do Débito (FLD), fls. 19/20, informa ao contribuinte os dispositivos legais que fundamentam o lançamento, de acordo com a legislação vigente quando da ocorrência do fato gerador. Observa-se que os fundamentos legais são arrolados por rubrica, a fim de facilitar a consulta em relação a cada um dos fatos geradores que se encontram devidamente descritos no Relatório da fiscalização.

Assim, no item 200 encontram-se os dispositivos legais da contribuição da empresa sobre a remuneração dos empregados, cuja fundamentação é o art. 22, inciso I, da Lei nº 8.212, de 1991, que define a contribuição da empresa sobre a remuneração. No item 224 e subitem, consta a fundamentação legal para a contribuição da empresa sobre a remuneração paga aos segurados contribuintes individuais (art. 22, III, da Lei nº 8.212, de 1991) e, no item 301, os fundamentos legais da contribuição da empresa para financiamento dos benefícios em razão da incapacidade laborativa, com fulcro no art. 22, inciso II da Lei nº 8.212, de 1991.

Desnecessário que a Fiscalização tivesse apontado, como fundamento legal para o lançamento, dispositivos legais que fizessem referência à configuração de grupo econômico ou quaisquer outros que fundamentaram a exclusão da empresa do SIMPLES.

Conforme já apontado alhures, a exclusão do Simples, mediante o Ato Declaratório Executivo 091, de 1999 (fl. 27) é objeto de processo administrativo distinto, lá constando os fundamentos de fato e de direito (dispositivos legais) relacionados àquela infração.

Nos presentes autos, são exigidos os tributos decorrentes da exclusão, e, como se viu, todos os dispositivos legais relacionados aos fatos geradores objeto do lançamento estão arrolados no anexo próprio.

Ademais, o contribuinte apresentou impugnação envolvendo vários aspectos da autuação, evidenciando o conhecimento acerca dos elementos fáticos e jurídicos do lançamento, exercendo, por meio deste expediente, o contraditório e a ampla defesa.

MÉRITO

(...)

Entretanto, entendo como matéria diferenciada daquele objeto do processo nº 13971.003986/2007-19 (apenso) o alegado no item 5.B (5.17 a 5.24), tocante à modificação de critério jurídico para a lavratura do presente AI. Nesse item, sustenta o impugnante que o lançamento lavrado com base nos substratos fáticos utilizados pela agente fiscal para excluir a empresa impugnante do Simples não merece prosperar, tendo em vista que a situação envolvendo a empresa aqui impugnante e a Fadei Fabril Ltda. já foi devidamente analisada pela 6ª Turma de Julgamento da DRJ de Florianópolis, no julgamento do acórdão nº 07-16.639, relativo ao processo administrativo nº 13962.000723/2007-67, ocasião em que restou comprovado que a fiscalização não comprovou, de foram inequívoca, a

existência da irregularidade afirmada pela fiscalização. Entende que é nula a lavratura deste segundo Auto de Infração, que pretende constituir crédito tributário sob o mesmo fundamento do anterior e em relação ao mesmo período, violando a decisão já proferida pela DRJ. Defende, desse modo, que o AI pretende introduzir modificação do critério jurídico, contrariando o art. 146 do CTN.

Com efeito, colhe-se do Acórdão nº 07-16.639 da 6ª Turma de Julgamento desta Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis, que foi lavrada contra a empresa FADEL FABRIL LTDA (CNPJ nº 85.277.408/0001-68), a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) nº 37.128.551-8 de 14/12/2007, no valor de R\$ 997.082,44, referente às contribuições previdenciárias a cargo da empresa incidentes sobre as remunerações de segurados empregados e segurados contribuintes individuais vinculados à empresa Giorgio Fadelli Confecções Ltda (ora autuada) e ditos segurados foram caracterizados como segurados da Fadei Fabril Ltda. no período de 01/09/2004 a 31/08/2007. No acórdão, o lançamento foi declarado nulo, por terem entendidos os julgadores que a fiscalização não demonstrou, adequadamente, estarem presentes os pressupostos necessários à caracterização da relação de emprego, como se extrai da ementa abaixo transcrita:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/09/2004 a 31/08/2007 Auto de Infração nº 37.128.551-8 de 14/12/2007 CONTRIBUIÇÃO PROVIDENCIARIA. CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADOS EMPREGADOS.

Para qualificar trabalhadores como segurados empregados de uma empresa, deve a fiscalização demonstrar estarem presentes os pressupostos necessários à caracterização da relação de emprego.

Não ocorreu, no corpo daquele voto, manifestação de improcedência quanto aos fatos alegados pela fiscalização. A nulidade foi declarada, como apontou o relator do Voto, o julgador Ricardo Rodolfo Pering, porque os fatos levados a conhecimento pela auditoria fiscal apontavam para a existência de configuração de grupo econômico entre a Fadei Fabril Ltda. e a Giorgio Fadelli Confecções Ltda., senão vejamos o trecho do voto:

Por outro lado, o que ficou constatado foi a existência de uma estreita relação entre as duas empresas, havendo, inclusive, fortes indícios de configuração de grupo econômico de fato e, quiçá, a presença de situações impeditivas de opção pelo Simples por parte da Fadelli como o fato de, possivelmente, ser resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica e/ou ser constituída por interpostas pessoas que não sejam seus verdadeiros sócios ou acionistas, (grifo nosso)

Declarada nula a NFLD por vício formal, o Fisco dispunha de 5 anos para constituir o crédito tributário em relação à empresa notificada, no caso a FADEL FABRIL

LTDA, contado da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado o lançamento anteriormente efetuado.

Ocorre que em 04 de junho de 2009, o Delegado da Receita Federal de Blumenau, em face da Representação Administrativa datada de 13 de dezembro de 2007, emitida em razão de fatos constatados por ocasião da ação fiscal sofrida pela Fadei Fabril Ltda., emitiu o ADE nº 091, de 04 de junho de 2009, excluindo Giorgio Fadelli Confeções Ltda. (ora autuada) do Simples a partir de 15/09/2004.

Em face da exclusão, a Giorgio Fadelli Ltda sofreu ação fiscal, na qual foi lavrado o AI em epígrafe, objetivando resgatar as contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga aos seus segurados empregados e contribuinte individuais nas competências 01/2005 a 06/2007 (observando-se o período decadente), que não foram recolhidas em face do enquadramento, nesse período, como empresa optante pelo Simples.

O fato de o Fisco lançar nesses autos as contribuições previdenciárias incidentes sobre fatos geradores que, de fato, haviam sido objeto de lançamento na NFLD nº 37.128.551-8, não configura mudança de critério jurídico.

Primeiro, porquanto a relação jurídico tributária existente na NFLD nº 37.128.551-8 se formou em relação à Fadei Fabril Ltda., sendo está a parte legítima para alegar a modificação de critério jurídico, caso houvesse sido lavrada contra ela uma nova autuação, agravando sua situação em face da opção de outro critério jurídico pelo Fisco.

Questões relacionadas à permanência no Simples da empresa ora autuada não foram objeto de julgamento na decisão da 6ª Turma de Julgamento da DRJ/FNS, onde está sequer integrou a relação jurídico tributária.

Essas questões foram abordadas e discutidas, com oportunidade para manifestação contrária do contribuinte em epígrafe no processo administrativo nº 13971.003986/2007-19, em apenso.

O que se extrai disso tudo, é que ocorreu uma adequação dos fatos apurados naquela ação fiscal ao direito aplicável, em face de erro por parte da autoridade então lançadora, e não uma revisão do lançamento por mudança de critério jurídico adotado pelo Fisco.

(...)

No que refere à aplicação do art. 112, incisos, do Código Tributário Nacional, que estabelece que a lei que define infrações, ou lhe comine penalidades, interpretasse da maneira mais favorável ao acusado nas hipóteses de dúvida, não cabe aplicação ao caso presente.

O âmbito de aplicação do art. 112 do CTN se restringe às hipóteses em que há dúvida na interpretação da lei. Essa situação é diversa da que se apresenta nos autos, onde há uma divergência entre o entendimento do contribuinte e do Fisco.

Entretanto, quanto multa aplicada e questionada é de aplicar a retroatividade da mais benigna ao presente caso.

Diante da revogação da Súmula n.º 119 do CARF, bem como em razão do tema está incluso em lista de contestar e de recorrer da Procuradoria da Fazenda Nacional, não há motivos para deixar de observar a jurisprudência pacífica do STJ quanto à aplicação da retroatividade benigna da regra do art. 35 da Lei 8.212, com a redação dada pela Lei 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, em relação aos lançamentos procedidos pela Administração Tributária constituindo crédito tributário após início de fiscalização das obrigações principais:

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b, e c, do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art.61 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009).

Aliás, a multa de mora do art. 35 da Lei n.º 8.212 determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal, entretanto o dispositivo foi alterado pela mesma Lei n.º 11.941, de 2009, fruto da conversão da MP 449, de 2008, ocasião em que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei n.º 9.430, que estabelece multa de 0,33% ao dia, porém limitada aos 20%.

No caso, por outras palavras e sintetizando, para lançamentos de ofício relativos a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35-A da Lei nº 8.212, isto é, para lançamentos até 11/2008, inclusive, não se aplica a multa de ofício de 75% (art. 35-A, da Lei 8.212, combinada com o art. 44 da Lei 9.430), mas apenas a multa de mora decorrente de lançamento de ofício, que se limitará a 20%.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário, não conhecendo das alegações relativas à exclusão da empresa do Simples Nacional e, na parte conhecida, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário, para determinar a aplicação da retroatividade benigna reduzindo a multa de mora ao patamar de 20%.

Assinado Digitalmente

ACÓRDÃO 2002-009.174 – 2ª SEÇÃO/2ª TURMA EXTRAORDINÁRIA

PROCESSO 13962.000002/2010-52

André Barros de Moura

DOCUMENTO VALIDADO