



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13962.000372/2008-75
Recurso Voluntário
Resolução nº 2402-001.100 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de outubro de 2021
Assunto CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente MGR CONFECÇÕES LTDA. - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, sobrestar o presente processo até o retorno dos processos nº 13962.000375/2008-17 e 13962.000374/2008-64, cujo julgamento foi convertido em diligência, possibilitando, assim, que sejam julgados conjuntamente.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ana Claudia Borges de Oliveira - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Claudia Borges de Oliveira (Relatora), Denny Medeiros da Silveira (Presidente), Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, Marcelo Rocha Paura (suplente convocado), Márcio Augusto Sekeff Sallem, Rafael Mazzer de Oliveira Ramos e Renata Toratti Cassini.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário em face da Decisão (fls. 213 a 241) que julgou:

- *Improcedente a impugnação apresentada por **MARGRIFF CONFECÇÕES LTDA.** e afastou sua responsabilidade solidária;*
- *Procedente, em parte, a impugnação apresentada por **MGR CONFECÇÕES LTDA.**;*
- *Exonerou do crédito o montante de R\$ 80.690,74, correspondente às competências atingidas pela decadência 07/2007 a 13/2007 e manteve o restante da exigência, no total de R\$ 408.904,53.*

O crédito foi constituído por meio do **Auto de Infração DEBCAD nº 37.128.556-9 (fl. 2 a 6)**, emitido em 16/06/2008, no valor de R\$ 489.595,26, por ter a empresa apresentado GFIP, no período de 06/2003 a 12/2007, com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias (CFL 68), nos termos do disposto nos arts.

Fl. 2 da Resolução n.º 2402-001.100 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 13962.000372/2008-75

32, IV, § 5º, da Lei nº 8.212/91; 225, IV, e § 4º, do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99.

Relatório Fiscal às fls. 7 e 8 assim contextualiza a infração:

1- Em auditoria fiscal na empresa, constatamos que a mesma elaborou e encaminhou GFIP, no período de 06/2003 a 12/2007, inclusive o 13º salário, com dados não correspondentes a todos os fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, o que constitui infração ao disposto no artigo 32, inciso IV, parágrafo 5º da Lei nº 8.212/91, na redação da Lei nº 9.528, de 10/12/1997, combinado com o art. 225, parágrafo 4º do Regulamento de Previdência Social- RPS, aprovado pelo Decreto 3.048, de 06/05/1999.

2- O fato foi constatado no exame das GFIP apresentadas, as quais foram solicitadas através do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos- TIAD, verificando-se que no período de 06/2003 a 12/2007, a empresa informou o código 2, como sendo empresa do SIMPLES, ao invés de 1, como empresa normal, discriminando as remunerações pagas ou creditadas a todos os segurados empregados de acordo com a Folha de Pagamento de Salários. O enquadramento incorreto alterou para menor o valor devido à Previdência Social, uma vez que não foi declarada a contribuição patronal, conforme Demonstrativo da Multa Aplicada em anexo.

3- A empresa optou indevidamente pelo SIMPLES no período de 04/1997 a 12/2007.

4- Foi lavrado o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 13/2008, com base em auditorias fiscais desenvolvidas nas empresas relacionadas ao Grupo, do qual fazem parte a MGR CONFECÇÕES LTDA e também a empresa MARGRIFF CONFECÇÕES LTDA, que determinou a exclusão da autuada do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte- SIMPLES (PROCESSO:13962.000293/2008-64), por constituição de pessoas jurídicas por interpostas pessoas(art. 14, inciso IV da Lei 9.317/96 e art. 23, inciso IV da IN SRF 608/06), e conseqüentemente, por incidir na vedação imposta pelo artigo 9º, inciso IX da Lei 9.317/96.

5- A exclusão de que trata este Ato Declaratório produz efeitos retroativos ao período de 01/01/1998 a 31/12/2007, nos termos inciso VII do art. 24 da IN SRF 608/2006, podendo ser apresentada manifestação de inconformidade no prazo de 30 dias a partir da data da ciência do contribuinte, conforme determina o art. 15 do Decreto 70.235/72.

6- Não constam Autos de Infração lavrados contra a empresa em procedimentos fiscais anteriores.

7- Não constam circunstâncias agravantes ou atenuantes.

A Decisão da DRJ restou assim ementada:

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/06/2003 a 31/12/2007

AUTO DE INFRAÇÃO. GFIP. OMISSÃO DE DADOS RELACIONADOS A FATOS GERADORES.

Constitui infração apresentar a empresa Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP com dados não correspondentes a todos fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/06/2003 a 31/12/2007

TERMO DE INÍCIO DA AÇÃO FISCAL - TIAF. TEORIA DA APARÊNCIA.

Em consonância com o princípio da instrumentalidade processual, que recomenda o desprezo a formalidades desprovidas de efeitos prejudiciais, é de se aplicar a teoria da aparência para reconhecer a validade das intimações lavradas em nome da pessoa jurídica, assinadas por quem se encontrava em seu domicílio fiscal e se apresentou como seu representante legal, sem ressalvas oportunas, mormente se a Autuada diligentemente atendeu às requisições fiscais expedidas, mediante a intermediação do preposto putativo.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF. PORTARIA RFB Nº11.371/2007.

A partir da vigência da Portaria da Receita Federal do Brasil nº 11.371/2007, o Mandado de Procedimento Fiscal passou a ser emitido exclusivamente em forma eletrônica, e sua ciência ao sujeito passivo passou a dar-se por intermédio da Internet, com a utilização de código

Fl. 3 da Resolução n.º 2402-001.100 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 13962.000372/2008-75

de acesso consignado no termo que formalizar o início do procedimento fiscal.

**ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.
INCOMPETÊNCIAS DAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.**

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

Assumo: Normas GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/06/2003 a 31/12/2007

**MULTA EM LANÇAMENTO DE OFÍCIO., LEI NOVA.
RETROATIVIDADE BENIGNA. MEDIDA PROVISÓRIA Nº449/2008.
LEI Nº 11.941/2009. ARTIGO 106 DO CTN.**

Por ocasião do pagamento ou parcelamento do débito, a multa prevista no art. 32, § 5º, da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, que se refere à apresentação de GFIP com dados não correspondentes a todos fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias, deverá ser comparada com a penalidade aplicável nos termos da Medida Provisória nº 449/2008 (convertida na Lei nº 11.941/2009) para verificação da norma mais benéfica ao contribuinte.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

A **MGR** foi cientificada em 03/02/2010 (fl. 243) e apresentou recurso voluntário em 26/02/2010 (fls. 245 a 276) sustentando: a) nulidade do lançamento em face da suspensão dos efeitos do ato de exclusão do SIMPLES; b) nulidade do lançamento em face da ausência de assinatura do representante legal da empresa; c) os períodos anteriores a junho de 2003 foram atingidos pela decadência; d) inexistência de grupo econômico; e) a multa aplicada deve ser afastada ou aplicada a penalidade menos severa; f) os efeitos do ato de exclusão do SIMPLES não podem retroagir.

Já a **MARGRIFF** (responsável solidária) apresentou recurso voluntário em 26/02/2010 (fls. 2326) sustentando: a) nulidade do lançamento quanto à forma de constituição do crédito; b) inexistência de grupo econômico e ilegitimidade passiva.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Claudia Borges de Oliveira , Relatora.

RECURSO VOLUNTÁRIO DA MGR

Da admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade. Assim, dele conheço e passo à análise da matéria.

Das alegações recursais

1. Preliminar de nulidade do lançamento

Fl. 4 da Resolução n.º 2402-001.100 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 13962.000372/2008-75

A MGR sustenta a nulidade do lançamento por ausência de assinatura do representante legal da empresa. Já a MARGRIFF alega a nulidade do lançamento porque o crédito teria sido constituído por meio de ofício.

A Administração Pública deve obediência, dentre outros, aos princípios da legalidade, motivação, ampla defesa e contraditório, cabendo ao processo administrativo o dever de indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinam a decisão e a observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados – arts. 2º, *caput*, e parágrafo único, incisos VII e VIII, e 50 da Lei nº 9.784/99.

No processo administrativo fiscal, são nulas as decisões proferidas com preterição do direito de defesa (art. 59, II, do Decreto nº 70.235/72¹), consubstanciado no princípio do contraditório e da ampla defesa que se traduz de duas formas: por um lado, pela necessidade de se dar conhecimento da existência dos atos do processo às partes e, de outro, pela possibilidade das partes reagirem aos atos que lhe forem desfavoráveis no processo administrativo fiscal.

Há violação ao direito de defesa do contribuinte quando há descrição deficiente dos fatos imputáveis ao contribuinte ou quando a decisão contém vício na motivação por não enfrentar todos os argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, ou que se enquadre em uma das hipóteses do art. 489, § 1º, do CPC.

O devido processo legal pressupõe uma imputação acusatória certa e determinada, permitindo que o sujeito passivo, conhecendo perfeita e detalhadamente a acusação, possa exercitar a sua defesa plena.

O auto de infração deve conter, obrigatoriamente, entre outros requisitos formais, a capitulação legal e a descrição dos fatos. A ausência dessas formalidades implica na invalidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa e gera nulidade quando seus efeitos comprometem o direito de defesa assegurado constitucionalmente² – art. 5º, LV, CF.

A DRJ rejeitou a nulidade suscitada nos termos abaixo transcritos, o quais incluo em meu voto como complemento das minhas razões de decidir. Confira-se (fls. 222 a 226):

1. Termo de Início da Ação Fiscal – TIAF

A sociedade empresária MGR Confecções Ltda afirma que o procedimento fiscal que deu origem a presente autuação é nulo, em decorrência do Termo de Início da Ação Fiscal – TIAF de fls. 13/14 ter sido firmado por pessoa (Sr. Sérgio Tadeu Waldrich) que segundo ela (MGR) não é sua representante legal.

Ocorre que analisando o TIAF de fls. 13/14, verifica-se que o mesmo foi assinado por pessoa (Sr. Sérgio Tadeu Waldrich) que se encontrava no endereço da MGR (Rua França, nº 150, Bairro Santa Rita, Brusque/SC) e que não levantou qualquer ressalva em firmar documento relativo a esta (MGR).

Ademais, observa-se, compulsando os autos, que não existe nenhuma notícia de que a MGR tenha deixado de atender as requisições constantes do TIAF de fls. 13/14.

Tendo em vista tais constatações, entendo que, malgrado não exista nenhuma prova nos autos de que o Sr. Sérgio Tadeu Waldrich responde formalmente pela MGR, a intimação do Termo de Início da Ação Fiscal – TIAF de fls. 13/14, por força da aplicação da teoria da aparência, deve ser considerada plenamente válida.

(...)

¹ Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

² PAULSEN, Leandro. Direito Tributário, 2020, p. 748.

Fl. 5 da Resolução n.º 2402-001.100 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 13962.000372/2008-75

Afasto, portanto, a preliminar de nulidade por vício na intimação do Termo de Início da Ação Fiscal – TIAF de fls. 13/14.

Cabe ressaltar, por fim, que mesmo que a intimação do Termo de Início da Ação Fiscal – TIAF de fls. 13/14 fosse considerada eivada de vício, tal fato não comprometeria o procedimento fiscal que deu origem a presente autuação, já que a única consequência seria a transferência do seu marco inicial (do procedimento fiscal) para a data em que foi entregue o Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD de fl. 16 ao sócio-gerente da MGR Rafael Waldrich. Isso porque o início de procedimento fiscal, nos termos do artigo 7º, inciso I, do Decreto nº 70.235/1972, não depende de lavratura de “Termo de Início da Ação Fiscal”, mas apenas de ato de ofício escrito.

2. Mandado de Procedimento Fiscal

A Portaria da Receita Federal do Brasil nº 11.371/2007, que foi publicada no DOU de 20/12/2007, ao tratar do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, preceitua em seu artigo 4º que:

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 de I a III 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.

Da leitura do dispositivo legal transcrito acima, depreende-se que a partir da data em que a Portaria RFB nº 11.371/2007 passou a produzir efeitos (01/01/2008, conforme seu artigo 23), o Mandado de Procedimento Fiscal passou a ser emitido exclusivamente em forma eletrônica, e sua ciência ao sujeito passivo passou a dar-se por intermédio da Internet, com a utilização de código de acesso consignado no termo que formalizar o início do procedimento fiscal.

Analisando o Termo de Intimação da Ação Fiscal – TIAF de fls. 13/14, observa-se que tanto o Número do Mandado de Procedimento Fiscal (0920400.2008.00059) como seu respectivo código de acesso (602422), constam expressamente indicados neste documento (TIAF).

Não podem prosperar, portanto, as alegações no sentido de que o procedimento fiscal que originou a presente autuação estaria eivado por vícios relativos ao Mandado de Procedimento Fiscal, já que a autoridade fiscal observou fielmente a disposição contida no artigo 4º da Portaria RFB nº 11.371/2007.

Mesmo que restasse configurado vício relativo ao Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, o que não ocorreu, insta observar que tal fato não constituiria motivo suficiente para decretar a nulidade dos atos praticados pela autoridade fiscal no procedimento que deu origem a presente autuação, porquanto o MPF é um instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos fiscais.

As competências dos auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil, posto que decorrentes de lei, não podem sofrer limitações pelos atos infralegais que regulam o MPF, até porque as atividades exercidas pelas autoridades fiscais são vinculadas e obrigatórias, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)

3. Substituição do auto de infração

Contrastando o auto de infração originalmente entregue a sociedade empresária MGR Confecções Ltda (fls. 100 a 109) com a autuação que, conforme informado pela autoridade fiscal (fl. 123), o substituiu (fls. 01 a 10), observa-se que o motivo da substituição efetuada foi a aplicação errônea da legislação tributária no que tange ao cálculo da multa aplicada.

A multa originalmente lançada (R\$ 472.417,28), conforme se depreende do relatório fiscal da aplicação da multa de fl. 106, foi calculada com supedâneo em dispositivo normativo (artigo 9º, inciso V, da Portaria MPS nº 142, de 11 de abril de 2007) que não estava mais em vigor na época da lavratura da autuação (junho/2008).

Tendo em vista tal fato, a autoridade fiscal, decorridos 5 (cinco) dias da entrega do auto de infração original, substituiu o mesmo (auto de infração original), entregando nova autuação com o mesmo número de DEBCAD, mas com a multa recalculada de acordo

Fl. 6 da Resolução n.º 2402-001.100 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 13962.000372/2008-75

com a legislação então vigente (artigo 8º, inciso V, da Portaria Interministerial MPS/MF nº 77, de 11 de março de 2008).

A sociedade empresária MGR Confeções Ltda pretende a declaração de nulidade do procedimento de substituição adotado pela autoridade fiscal, ao argumento de que foi efetuado sem o amparo do disposto nos artigos 145 e 149 do CTN e que ocorreu alteração de critério jurídico.

Entendo, porém, que as razões da MGR Confeções Ltda não devem prosperar. De se ver.

Malgrado a legislação tributária prever que o lançamento pode ser revisto de ofício, nos termos do art. 149 do CTN, especificamente no seu inciso IX, nos autos em discussão o que se constatou foi a ocorrência de equívoco na elaboração do documento entregue ao sujeito passivo, que, ainda durante a ação fiscal, teve a devolução solicitada, tal como demonstrado, para correção e reenvio, agora na boa forma.

Ainda que tenha o contribuinte tomado ciência do documento elaborado em equívoco, tomado sem efeito, não macula o auto de infração feito corretamente.

Qual seria o resultado prático de tornar válido aquele documento emitido anteriormente com defeito? Necessariamente seria a convivência de dois autos de infrações, sendo que o primeiro seria anulado e o segundo mantido, ou seja, o mesmo efeito traduzido no procedimento adotado pela autoridade lançadora.

Portanto, constatado ainda em tempo, na ação fiscal, tal situação, entendo correto o procedimento adotado pela autoridade fiscal, que ainda prestou as informações sobre o ocorrido ao sujeito passivo, a fim de espantar quaisquer dúvidas.

Diga-se, ademais, que sequer aquele lançamento primitivo equivocado havia se perfectibilizado no Sistema Informatizado de Débitos da Receita do Brasil, somente levado a efeito quando apresentado na forma correta.

Cabe observar, também, que não se trata de modificação de critério jurídico, posto que os fundamentos legais e a forma de cálculo da multa são as mesmas, dispostas na Lei nº 8.212/91, que apenas sofreu alteração de valor, por força de atualização.

Disto, observa-se que não há que se falar, no presente caso, de nulidade do lançamento.

Ademais, se o contribuinte revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante impugnação, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa.

Se o ato alcançou os fins postos pelo sistema, sem que se verifique prejuízo as partes e ao sistema de modo que o torne inaceitável, ele deve permanecer válido. O cerceamento do direito de defesa deve se verificar concretamente, e não apenas em tese.

A declaração de nulidade de qualquer ato do procedimento administrativo depende da **efetiva demonstração de prejuízo** à defesa do contribuinte, o que, no presente caso, verifica-se não ter ocorrido, atraindo a incidência do princípio *pas de nullité sans grief*.

Nesse ponto, rejeito a nulidade suscitada pela recorrente.

2. Decadência

A recorrente MGR sustenta que os períodos anteriores a junho de 2003 foram atingidos pela decadência.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, devendo ser aplicada a regra quinquenal da decadência do Código Tributário Nacional.

Para o emprego do instituto da decadência previsto no CTN é preciso verificar o *dies a quo* do prazo decadencial de 5 (cinco) anos aplicável ao caso: se é o estabelecido pelo art. 150, §4º ou pelo art. 173, I, ambos do CTN.

Fl. 7 da Resolução n.º 2402-001.100 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 13962.000372/2008-75

O critério de determinação da regra decadencial (art. 150, § 4º ou art. 173, I) é a existência de pagamento antecipado do tributo, ainda que parcial.

Nos casos em que há pagamento antecipado, o termo inicial é a data do fato gerador, na forma do § 4º, do art. 150, do CTN. Por outro lado, na hipótese de não haver antecipação do pagamento, o *dies a quo* é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme prevê o inciso I, do art. 173, do mesmo Código.

Caracteriza pagamento antecipado qualquer recolhimento de contribuição previdenciária na competência do fato gerador, independentemente de ter sido incluída na base de cálculo do recolhimento a rubrica específica exigida no Auto de Infração.

É o que dispõe o Enunciado nº 99 da Súmula do CARF:

Súmula CARF nº 99: Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.

No mesmo sentido é o entendimento do STJ proferido no REsp 973.733/SC, processado sob o rito dos recursos representativos de controvérsia, de aplicação obrigatória nos julgamentos deste Tribunal, conforme o art. 62, § 2º, do Regimento Interno do CARF – RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015

Ocorre que, **em se tratando de obrigações acessórias**, não há que se cogitar de pagamento prévio, que pudesse atrair a aplicação do art. 150, § 4º.

A contagem do prazo decadencial para constituição de multa por descumprimento da obrigação acessória segue regra distinta porque não há pagamento a ser homologado pelo Fisco, sendo aplicável a regra do art. 173, I, do CTN.

A Súmula CARF nº 148 assim dispõe:

Súmula CARF nº 148: No caso de multa por descumprimento de obrigação acessória previdenciária, a aferição da decadência tem sempre como base o art. 173, I, do CTN, ainda que se verifique pagamento antecipado da obrigação principal correlata ou esta tenha sido fulminada pela decadência com base no art. 150, § 4º, do CTN.

Ainda nesse sentido:

AUTO DE INFRAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. CFL 69. DECADÊNCIA. CONFISCO. Não há que se falar de decadência quando a constituição do lançamento por descumprimento de obrigação acessória observou o prazo quinquenal estabelecido no art. 173, I, do CTN. No caso de multa por descumprimento de obrigação acessória previdenciária, a aferição da decadência tem sempre como base o art. 173, I, do CTN, ainda que se verifique pagamento antecipado da obrigação principal correlata ou esta tenha sido fulminada pela decadência com base no art. 150, § 4º, do CTN. Constatado descumprimento de obrigação acessória prevista na legislação previdenciária, é procedente o lançamento da respectiva multa. É defeso

Fl. 8 da Resolução n.º 2402-001.100 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 13962.000372/2008-75

ao julgador administrativo pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei.

(Acórdão nº 2402-009.856, 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária Sessão de 10 de maio de 2021)

A DRJ concluiu pela procedência em parte do lançamento uma vez que o contribuinte foi cientificado do lançamento em 16/06/2008 e, assim, as competências 01/1999 a 11/2002 foram atingidas pela decadência e excluídas do lançamento.

Ressalta-se que, quanto à competência 12/2002, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado corresponde a 1º de janeiro de 2004, e não a 1º de janeiro de 2003, *ex vi* da Súmula CARF 101:

Súmula CARF nº 101: *Na hipótese de aplicação do art. 173, inciso I, do CTN, o termo inicial do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. (destacou-se)*

Nesses termos, deve se mantida a decisão recorrida.

Do Ato de Exclusão do SIMPLES

Nos termos relatados, trata-se de Auto de Infração de Obrigação Acessória (AIOA) **DEBCAD nº 37.128.556-9 (fl. 2 a 6)**, emitido em 16/06/2008, no valor de R\$ 489.595,26, por ter a empresa apresentado GFIP, no período de 06/2003 a 12/2007, com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias (CFL 68), nos termos do disposto nos arts. 32, IV, § 5º, da Lei nº 8.212/91; 225, IV, e § 4º, do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99.

A Autoridade Fiscal informou no Relatório Fiscal (fls. 7 e 8) que a **MGR CONFECÇÕES** foi excluída do SIMPLES por meio do Ato Declaratório nº 13/2008 (fl. 9), relacionado ao Processo 13962.000293/2008-64, sob o fundamento de “*constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas (art. 14, inciso IV da Lei 9.317/96 e art. 23, inciso IV da IN SRF 608/06) e, conseqüentemente, por incidir na vedação imposta pelo artigo 9º., inciso IX da Lei 9.317/96*”, produzindo efeitos retroativos ao período de 01/01/1998 a 31/12/2007.

Em consulta ao andamento do Processo 13962.000293/2008-64, verifica-se que, em 06/08/2020, foi julgado neste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, ocasião em que a 3ª Turma Extraordinária da 1ª Seção de Julgamentos, por unanimidade, negou provimento ao recurso voluntário interposto pela MGR CONFECÇÕES LTDA. O Acórdão nº 1003-001.854 restou assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 1998

EXCLUSÃO AO SIMPLES. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Para efeitos de exclusão ao Simples aplica-se a lei vigente à época em que restou caracterizada a situação impeditiva, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

SIMPLES. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO. UTILIZAÇÃO DE INTERPOSTAS PESSOAS NA CONSTITUIÇÃO E FUNCIONAMENTO DA PESSOA JURÍDICA. ADMINISTRAÇÃO ÚNICA. PREVALÊNCIA DA SUBSTÂNCIA FÁTICA SOBRE A FORMA.

É cabível a exclusão do regime simplificado quando ficar evidenciada a utilização de interpostas pessoas na constituição e no funcionamento de pessoa jurídica, que na realidade não é dotada de autonomia operacional nem patrimonial, fazendo parte de empreendimento único,

SIMPLES. EXCLUSÃO. NULIDADE DO TERMO DE INÍCIO DE AÇÃO FISCAL. NÃO OCORRÊNCIA,

Além de não ser objeto de análise no presente processo, que trata de exclusão do SIMPLES, e não do procedimento de fiscalização, a pessoa que recebeu a intimação se encontrava no domicílio da Recorrente e não levantou nenhuma ressalva em firmar o documento; e além do mais, não há nos autos qualquer indicação de que a Recorrente tenha deixado de atender as requisições que constam do Termo de Início de Fiscalização, não configurando, portanto, nenhum prejuízo à defesa da Recorrente

EXCLUSÃO DO SIMPLES. RITO PROCESSUAL.

A lei nº 9.317/96 estabelece que a exclusão de ofício do Simples Federal dar-se-á mediante ato declaratório, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo, não havendo previsão para emissão de qualquer termo prévio à expedição do ato declaratório.

SIMPLES. EXCLUSÃO. ADE. NULIDADE POR FALTA DE MOTIVAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Os elementos de prova que dão suporte a motivação fática da exclusão ex officio e ao enquadramento legal dado pela autoridade competente encontram-se discriminados e arrolados no processo nº 13962.000293/2008-64, que é expressamente indicado no ADE.

APLICAÇÃO TEMPORAL DA LEI. LEI SUPERVENIENTE NÃO ALCANÇA FATOS ANTERIORES À SUA VIGÊNCIA.

É princípio basilar do direito que a regra incidente na aplicação da pena é aquela vigente à época do fato delituoso, e no que tange ao direito tributário à aplicação da lei vigente por ocasião dos fatos geradores, inclusive no que toca aos aspectos de exclusão do sistema simplificado, em face da verificação de condição impeditiva, hipótese dos autos.

NULIDADE DA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA. INOVAÇÃO NA FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

A DRJ reconheceu a interposição fictícia de pessoas no quadro societário da Recorrente, conforme fundamentos contidos na Representação Fiscal e no ADE, e portanto não houve inovação nos fundamentos como quer fazer crer a Recorrente. Ocorre que a DRJ afirma que a interposição de pessoas no quadro societário de uma sociedade empresária constitui, em termos do código Civil, um caso de simulação, posto que “haverá simulação nos negócios jurídicos quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente conferem, ou transmitem.

NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE ANÁLISE DE TODOS OS ARGUMENTOS DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

A decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a matéria, quando os fundamentos

Fl. 10 da Resolução n.º 2402-001.100 - 2ª Seju/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 13962.000372/2008-75

expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES)

Ano-calendário: 1998

EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL. INTERPOSTA PESSOA.

A constatação de interposição de pessoa autoriza a exclusão do sujeito passivo do regime de tributação por meio SIMPLES, nos termos do disposto no inciso IV do artigo 14 da Lei nº 9.317, de 1996, retroagindo seus efeitos à data de verificação do fato ensejador da exclusão.

SIMPLES. EXCLUSÃO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE.

A exclusão surte efeito a partir da ocorrência das situações excludentes, ainda que coincida com a data do início das atividades, termo a partir do qual fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. Este é o entendimento constante na decisão definitiva de mérito proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em recurso especial repetitivo nº 1.124.507/MG, cujo trânsito em julgado ocorreu em 16.06.2010 e que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Além disso, não há no andamento informação quanto à interposição de recurso especial pelo contribuinte.



Sistema Push

Carta de Serviços

Agenda de Audiências

JURISPRUDÊNCIA

Nova Pesquisa de Acórdãos - VER

Acórdãos CARF

Súmulas CARF

Tribunais Superiores

Pareceres Vinculantes

CONSULTAS

Acompanhamento Processual

Atas, Pautas e Calendário

Processos Transferidos e Retirados de Pauta

Acompanhamento Processual

.: Informações Processuais - Detalhe do Processo .:

Processo Principal: 13962.000293/2008-64

Data Entrada: 19/05/2008 Contribuinte Principal: MGR CONFECÇÕES LTDA Tributo: Não informado

Recursos	
Data de Entrada	Tipo do Recurso
17/11/2011	RECURSO VOLUNTARIO

Andamentos do Processo		
Data	Ocorrência	Anexos
25/08/2020	DECISÃO PUBLICADA Decisão: Acórdão Número Decisão: 1003-001.854 Texto da Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade em rejeitar as nulidades suscitadas e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário. (documento assinado digitalmente) Carmen Ferreira Saraiva - Presidente (documento assinado digitalmente) Wilson Kazumi Nakayama - Relator Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Bárbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Wilson Kazumi Nakayama e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente)	
25/08/2020	RECEBER - ORIGEM CARF - TRIAGEM Expedido para: TRIAG-SRRF09-CTA-PR SECOJ/SECEX/CARF/MF/DF	
25/08/2020	EXPEDIR PROCESSO / DOSSIE Unidade: SEPOJ-COSUP-CARF-MF-DF	

Todos Andamentos ...

Em razão da exclusão do SIMPLES devem ser recolhidos todos os tributos e contribuições de acordo com as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, desde o primeiro mês de início de atividade.

Fl. 11 da Resolução n.º 2402-001.100 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 13962.000372/2008-75

Os recolhimentos relativos ao SIMPLES, tidos como pagamentos indevidos, podem ser objeto de pedido de restituição ou compensação, conforme entendimento consolidado no Enunciado nº 76 da Súmula do CARF:

Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

Nesse sentido, o entendimento desse Tribunal Administrativo:

SIMPLES. EXCLUSÃO. COMPENSAÇÃO DE VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada. (Súmula CARF nº 76)

(Acórdão nº 9101-004.240, Relator Conselheiro Demetrius Nichele Macei, Sessão de 6 de junho de 2019)

Não obstante, não cabe a esta Turma Julgadora, neste processo, se manifestar acerca das razões da exclusão do SIMPLES, que ocorre em processo próprio, cabendo-lhe somente decidir sobre a procedência ou não do lançamento impugnado no Auto de Infração.

A discussão do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão, nos termos da súmula nº 77 do CARF:

Súmula CARF nº 77: A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.

Cumpre enfatizar, ainda, que nos termos da Súmula CARF nº 76, na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

É dever da autoridade fiscal, ao exercer a fiscalização acerca do efetivo recolhimento das contribuições, investigar a relação entre a empresa e as pessoas que a ela prestam serviços. Caso constate enquadramento errôneo, deve proceder à autuação (Auto de Infração), de forma clara, precisa e com base em provas, já que não é válido o lançamento que se baseia em indícios ou presunções.

O art. 9º do Decreto nº 70.235/72 dispõe que a exigência do crédito tributário deve vir acompanhada dos elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. De modo que não se admite lançamento baseado em presunção e indícios.

O processo administrativo fiscal é regido por diversos princípios, dentre eles o da Verdade Material, que impõe a perseguição pela realidade dos fatos (prática do fato gerador) praticados pelo contribuinte, podendo o julgador, inclusive de ofício, independentemente de requerimento expresso, realizar diligências para aferir os eventos ocorridos.

Fl. 12 da Resolução n.º 2402-001.100 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 13962.000372/2008-75

Nesse ponto, portanto, sem razão.

3. Da obrigação acessória – CFL 68

A recorrente MGR alega que a multa aplicada deve ser afastada ou aplicada a penalidade menos severa

A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, nos termos do art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172/66), tendo por escopo facilitar a fiscalização e permitir a cobrança do tributo, sem que represente a própria prestação pecuniária devida ao Ente Público³.

Na lição de Leandro Paulsen, conquanto sejam chamadas de acessórias, “têm autonomia relativamente às obrigações principais. Efetivamente, tratando-se de obrigações tributárias acessórias, não vale o adágio sempre invocado no âmbito do direito civil, de que o acessório segue o principal. Mesmo pessoas imunes ou isentas podem ser obrigadas ao cumprimento de deveres formais”⁴.

O Auto de Infração DEBCAD nº 37.128.556-9 (fl. 2 a 6), emitido em 16/06/2008, no valor de R\$ 489.595,26, foi lavrado por ter a empresa apresentado GFIP, no período de 06/2003 a 12/2007, com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias (CFL 68), nos termos do disposto nos arts. 32, IV, § 5º, da Lei nº 8.212/91; 225, IV, e § 4º, do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99.

A empresa é obrigada a informar, mensalmente, os dados cadastrais de todos os fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse daquele Instituto.

Constitui, portanto, infração à legislação previdenciária a entrega de GFIP com omissões ou contendo informações inexatas ou incompletas relativas a dados não relacionados aos fatos geradores de contribuições previdenciárias.

Ocorre que tratando-se de autuação decorrente do descumprimento de obrigação tributária acessória vinculada à obrigação principal, deve ser replicado, no julgamento do processo relativo ao descumprimento de obrigação acessória, o resultado do julgamento do processo atinente ao descumprimento da obrigação tributária principal, que se constitui em questão antecedente ao dever instrumental.

A base de cálculo desta multa corresponde a 100% da contribuição não declarada e, estando intimamente ligada à existência do crédito principal, só deve ser mantida se constatado que houve fatos geradores omitidos da GFIP.

Em razão do mesmo Mandado de Procedimento Fiscal (092400.2008.00059) foram lavrados mais 3 Autos de Infração (fl. 19):

³ REsp 1405244/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2018, DJe 13/11/2018.

⁴ PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário Completo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020, p. 310.

Fl. 13 da Resolução n.º 2402-001.100 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 13962.000372/2008-75

Resultado do Procedimento Fiscal:					
Documento	Período		Número	Data	Valor
AI	06/2008	06/2008	371285577	16/06/2008	3.576,18
AI	06/2008	06/2008	371285569	16/06/2008	489.595,26
AI	01/1998	12/2007	371285585	11/06/2008	1.637.776,74
AI	01/1998	12/2007	371285593	11/06/2008	426.833,21

O julgamento proferido nos processos que tratam da obrigação principal constitui-se em questão antecedente ao dever instrumental e deve ser replicado no julgamento da obrigação acessória.

No julgamento dos processos relacionados à obrigação principal (Processo nº 13962.000375/2008-17 – DEBCAD 37.128.559-3 e Processo nº 13962.000372/2008-75, DEBCAD 37.128.558-5), esta Turma concluiu pela conversão do julgamento em diligência para fins de análise da decadência, nos termos das Resoluções nº 2402-001.098 e nº 2402-001.099.

Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de sobrestar o presente processo até o retorno dos processos nº 13962.000375/2008-17 e 13962.000374/2008-64, cujo julgamento foi convertido em diligência, possibilitando, assim, que sejam julgados conjuntamente.

(documento assinado digitalmente)

Ana Claudia Borges de Oliveira