



<b>Processo nº</b>	13971.003176/2008-43
<b>Recurso</b>	Voluntário
<b>Acórdão nº</b>	<b>2301-006.837 – 2<sup>a</sup> Seção de Julgamento / 3<sup>a</sup> Câmara / 1<sup>a</sup> Turma Ordinária</b>
<b>Sessão de</b>	15 de janeiro de 2020
<b>Recorrente</b>	TEXDRINI INDUSTRIA TEXTIL LTDA
<b>Interessado</b>	FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/06/2003 a 31/12/2006

EXCLUSÃO DO SIMPLES. INADEQUAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA DO ATO. IRRETROATIVIDADE DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDÊNCIA. Não há que se falar de eventual inadequação jurídica do ato de exclusão da empresa do Simples Federal quando a matéria já foi objeto de outro processo administrativo fiscal, inclusive com pronunciamento definitivo do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) sobre a matéria. A retroatividade dos efeitos do ato de exclusão da empresa do Simples Federal é determinada pela legislação tributária e seu eventual afastamento por suposta ofensa ao Princípio da Irretroatividade da Lei Tributária é matéria que foge à competência material do Processo Administrativo Fiscal. Um dos efeitos imediatos da exclusão do Simples Federal é a tributação pelas regras aplicáveis às empresas em geral.

### **MULTA PREVIDENCIÁRIA MAIS BENÉFICA.**

Nos termos da Súmula CARF n. 119, no caso de multas por descumprimento de obrigação principal e por descumprimento de obrigação acessória pela falta de declaração em GFIP, associadas e exigidas em lançamentos de ofício referentes a fatos geradores anteriores à vigência da Medida Provisória nº 449, de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 2009, a retroatividade benigna deve ser aferida mediante a comparação entre a soma das penalidades pelo descumprimento das obrigações principal e acessória, aplicáveis à época dos fatos geradores, com a multa de ofício de 75%, prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso para determinar o recálculo da multa com base na Súmula Carf nº 119.

(documento assinado digitalmente)

João Mauricio Vital - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Cleber Ferreira Nunes Leite - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cleber Ferreira Nunes Leite, Wesley Rocha, Sheila Aires Cartaxo Gomes, Marcelo Freitas de Souza Costa, Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Fernanda Melo Leal, Juliana Marteli Fais Feriato e João Maurício Vital (Presidente)

## Relatório

Por descrever bem a situação, adota-se e transcreve-se o relatório do acordão recorrido

### RELATÓRIO FISCAL

Trata-se de Auto de Infração (AI), pelo fato de a empresa em epígrafe por ter apresentado a Guia de pagamento ao FGTS e Informações à Previdência social (GFIP) com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, descumprindo os dispositivos contidos no art. 32, inciso IV e § 3º., da Lei n.º. 8.212 de 24 de julho de 1991, c/c art. 225, IV e § 4º. do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto n.º. 3.048 de 06 de maio de 1999.

Informa o relatório fiscal (fls. 11/13), que foram consideradas apenas as competências compreendidas entre 06/2003 a 12/2006, sendo que, para o período de 01/2003 a 05/2003 foi lavrado o Auto de Infração n.º. 37.177.520-5.

Consta que a contribuinte declarou os fatos geradores na condição de optante pelo Simples, enquadramento considerado incorreto pelo fisco, sendo que deixaram de ser declaradas as contribuições patronais incidentes sobre a remuneração paga aos segurados empregados e contribuintes individuais a seu serviço. Além disso, deixou de informar as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados e/ou contribuintes individuais, em sua folha de pagamento, sob as rubricas "271 Abono Assiduidade" (01/2003 a 07/2004), "274 Auxílio Creche"(07/2005 a 12/2006), "272 Prêmio Produtividade" (05/2004 a 07/2004) e "254 Prêmio Líder" (04/2004 a 06/2004), conforme anexo contendo as planilhas de fls. 16/21.

A fiscalização reporta-se, ainda, ao Ato Declaratório Executivo DRF/BNU n<sup>o</sup> 19, de 16 de junho de 2008, o qual determinou a exclusão de ofício do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte -

Simples - da empresa autuada, com efeitos a partir de 12 de março de 1998 (Processo 13971.002428/2008-17).

A multa foi aplicada de acordo com o art. 32, §5º, da Lei n.º 8.212/91 c/c art. 284, inciso II, do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto n.º 3.048 de 6 de maio de 1999, no valor de R\$593.483,54 (quinhentos e noventa e três mil, quatrocentos e oitenta e três reais e cinqüenta e quatro centavos), correspondente a 100% (cem por cento) do valor das contribuições previdenciárias não declaradas, respeitados os limites mensais estipulados em função do número de segurados de cada competência (fls. 14/15 - 22/23). Não foram constatadas circunstâncias atenuantes ou agravantes pela fiscalização,

## DEFESA

Em sua defesa de fls. 25/49, preliminarmente, a contribuinte autuada reporta-se ao Ato Declaratório Executivo n.º 19 para afirmar que, estando pendente de julgamento a impugnação ao mesmo, a lavratura do presente Auto de Infração (AI) representa uma flagrante violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, porquanto não esgotada a discussão acerca da exclusão da impugnante do Simples. Refere-se ao art. 15, § 3º, da Lei n.º 9.317/96, com a redação dada pela Lei n.º 9.732/98, em harmonia com o art. 2º, da Lei n.º 9.784/99, para alegar que a exclusão do Simples somente poderá surtir efeito após decisão definitiva a respeito do Ato Declaratório. Termina por argumentar que, não havendo definição na esfera administrativa acerca da suposta obrigação da impugnante em recolher as contribuições previdenciárias pertinentes ao regime geral de tributação, o AI se mostra nulo de pleno direito.

Na sequência, remete à manifestação de inconformidade ao Ato Declaratório Executivo n.º 19 de 16/06/2008, repetindo todos os argumentos lá utilizados: "**Da fundamentação em norma revogada**", em que alega a revogação da Lei n.º 9.317/96; "**Do objeto impossível**", onde argumenta que não poderia ser excluída do Simples, uma vez que já não era optante, quando da emissão do Ato Declaratório Executivo n.º 19/2008; e, por fim, defende-se da motivação efetiva para o ato no tópico "**Da inexistência da interposição de pessoas na constituição da impugnante**", onde desenvolve o tema sobre as atividades da empresa, desde a sua constituição, para alegar, em resumo, que não houve qualquer ingerência ou participação dos sócios da Malhas Treze, não tendo sido constituída por interpostas pessoas a mando desta empresa.

Alega, ainda, do "**Excesso de Exação**" em razão de ter sido autuada através do AI n.º 37.177.520-5 (doe. 12-fls. 122/23), pelo mesmo motivo - enquadramento incorreto como empresa optante pelo Simples - cuja respectiva multa encontra-se capitulada em fundamento legal diverso. Argumenta que a aplicação de dispositivos legais divergentes para igual conduta em dois períodos diferentes afronta os princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica, todos previstos no art. 2º, da Lei n.º 9.784/99, além dos princípios constitucionais da

isonomia e da vedação ao efeito confiscatório previstos no art. 150, inciso II e IV da Constituição Federal.

Ressalta que a multa aplicada por infração à obrigação acessória é superior à multa total aplicada por infração à obrigação principal de recolhimento das contribuições previdenciárias e terceiros, alegando a falta de proporcionalidade e da natureza confiscatória da primeira.

Requer, preliminarmente, que se reconheça a nulidade do Auto de Infração, em razão dos motivos expostos anteriormente. Caso não seja este o entendimento, que seja considerado a conduta tipificada no art. 32, inciso IV e §6º, da Lei n.º 8.212/91 c/c art. 225, inciso IV e § 4º. do RPS, sendo considerados os valores da multa de acordo com os limites estipulados no art. 284, inciso III do mesmo. Requer, ainda, que, após o recálculo da multa, seja concedida redução de 50% (cinquenta por cento) para pagamento integral, conforme lhe é assegurado no AI ora combatido, por quanto não faz o pagamento nesta ocasião por discordar do seu lançamento e, principalmente, do valor.

Por fim, requer que seja deferida a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente a documental ora juntada e a ser juntada, e a pericial, para a qual apresenta quesitos "1" e "2" (fl. 48), a serem respondidos pelo *expert* a ser designado. Solicita, por derradeiro, o encaminhamento das intimações ao advogado que subscreve a presente impugnação.

Ao julgar improcedente a impugnação, para excluir o crédito lançado, o valor constante, o acórdão recorrido tem a ementa que se segue:

#### **CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE INOCORRÊNCIA.**

Não implica em cerceamento de defesa o fato do fisco lançar regularmente as contribuições previdenciárias, em razão do Ato Declaratório Executivo que excluiu a empresa do Simples, uma vez que cessando os efeitos da substituição tributária, a empresa passou a ser contribuinte da Seguridade Social na condição de não optante, nos termos da legislação previdenciária vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

#### **MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.**

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

Lançamento Procedente

Interposto o recurso voluntário, a recorrente deduz as mesmas razões oferecidas ao tempo da impugnação.

Às folhas 171-173, a recorrente apresenta complemento ao recurso, no qual solicita seja aplicado o art. 32-A, da Lei n.º 8.212/1991, introduzido pela Lei n.º 11.941/2009, para aplicar a multa nos moldes assim definidos

É o relatório.

#### **Voto**

Conselheiro Cleber Ferreira Nunes Leite, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade

Sendo coincidentes as razões recursais e as deduzidas ao tempo da impugnação, a análise do recurso pode ser feita utilizando-se da prerrogativa conferida pelo Regimento Interno do CARF.

De acordo com o disposto no § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 – RICARF, não tendo sido apresentadas perante a segunda instância administrativa novas razões de defesa, adotam-se os fundamentos da decisão recorrida, mediante transcrição dos trechos do voto que guardam pertinência com as questões recursais ora tratadas.

#### Preliminar

Preenchidos os requisitos formais para admissibilidade da impugnação da empresa em epígrafe e da empresa solidária, e, sendo estas tempestivas, passa-se a apreciar os seus argumentos.

Em sede de preliminar, a impugnante alega que é nulo o presente AI, por violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, visto que os lançamentos em comento são decorrentes do fato da empresa ter sido excluída do Simples por força do Ato Declaratório Executivo nº. 19, de 16/06/2008, com efeitos retroativos, mas foram efetuados antes que houvesse uma decisão definitiva nos autos do Processo Administrativo nº. 13971.002428/200817, que trata da defesa do contribuinte ao referido Ato. Recorre, desta forma, ao art. 15, §3º. da Lei nº. 9.317/96 e ao art 2º. da Lei nº. 9.784/99, para embasar os seus argumentos.

Não se vislumbra, entretanto, qualquer afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa do contribuinte ao presente lançamento, independentemente de decisão quanto à defesa interposta ao referido Ato Declaratório, embora não se negue a estreita vinculação entre ambos os processos, haja vista que uma decisão favorável ao impugnante naquele processo restaria por refletir, seguramente, nos lançamentos que ora se analisa. Todavia, quanto aos argumentos de que o procedimento fiscal de lançamento das contribuições percorreu um caminho inadequado do ponto de vista administrativo, contribuindo para o cerceamento de defesa da impugnante, tenho que estes não merecem prosperar no presente feito.

Para que se afirme isso, é preciso analisar, primeiramente, os fundamentos que levaram à exclusão da empresa do Simples, gerando os respectivos débitos de contribuições previdenciárias no presente processo. Verifica-se, no Anexo V, em cópia do Ato Declaratório nº. 19 (fl. 100) que o motivo da exclusão se deu em razão do enquadramento aos dispositivos legais constantes do art. 14, inciso IV da lei 9.317/96 e art. 23, inciso IV da IN SRF nº. 608/06, portanto, vejamos:

#### **Lei nº.9.317/96**

*Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:*

C)

*IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual;*

**IN SRF n.º.608/06**

*Exclusão de ofício*

*Art. 23. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:*

(...)

*IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual; (g.n.)*

Vistos os motivos e fundamentos legais que embasaram a exclusão, com efeitos retroativos, vejamos na íntegra o momento em que esta passou a surtir os seus efeitos no art. 15 da Lein<sup>º</sup> 9.317/96:

*Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que traíam os artís. 13 e 14 surtirá efeito:*

(...)

*V - a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos H a VII do artigo anterior.*

(...)

*§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo. (Incluído pela Lei n.º 9.732, de 11.12.1998)*

(...)

Pelo que consta na legislação acima transcrita, conclui-se que não há óbice para o lançamento fiscal, visto que, a partir do ato administrativo de exclusão da empresa do Simples, perdendo esta a condição de optante, cessam os efeitos da substituição tributária oferecida por este sistema, passando a empresa a contribuir para a Seguridade Social nos termos da legislação previdenciária vigente à época da ocorrência do fato gerador, bem como para as demais entidades e fundos vinculados ao código

FPAS, no caso, desde o mês de ocorrência dos fatos que deram origem ao referido Ato Declaratório Executivo n.º. 19, de 16/06/2008, cujos efeitos retroagem a 12/03/1998. Ressalte-se, entretanto, que, no presente processo, foram apuradas apenas as contribuições relativas ao período 01/2003 em diante.

Destarte, foram cumpridos todos os ritos do devido processo legal, não existindo razões para ser acolhida a preliminar que alega nulidade dos lançamentos por cerceamento do direito ao contraditório e da ampla defesa. A teor da legislação acima transcrita, no momento em que foi regularmente excluída do Simples nos termos do respectivo ato administrativo, surgiu para o fisco o direito de lançar as contribuições que deixaram de ser recolhidas com a inapropriada adesão da empresa ao sistema. Não cabe ao fisco esperar que se esgote a discussão acerca da exclusão de ofício do Simples, suscitada pela própria impugnante no exercício do contraditório e da ampla defesa que lhe foi regularmente proporcionada.

Saliente-se, por oportuno que, mesmo na hipótese de uma decisão favorável para a empresa quanto à exclusão do Simples, a infração em análise subsistiria em relação aos fatos geradores que constam identificados pelas rubricas "271 Abono Assiduidade" (01/2003 a 07/2004), "274 Auxílio Creche" (07/2005 a 12/2006), "272 Prêmio Produtividade" (05/2004 a 07/2004) e "254 Prêmio Líder" (04/2004 a 06/2004), conforme anexo contendo as planilhas de fls. 16/21.

Quanto à manifestação de inconformidade ao Ato Declaratório Executivo n.º.19, de 16 de junho de 2008, não cabe a análise dos seus argumentos, por ser matéria atinente a processo diverso. Por oportuno, cumpre que conste do presente que a referida manifestação, constante do processo de n.º. 13971.002428/2008-17, foi objeto de análise nesta esfera de, julgamento administrativo, tendo como resultado o indeferimento, por unanimidade de votos, da solicitação para que fosse julgado nulo o ato de exclusão do Simples da empresa impugnante em apreço (**acórdão de n.º 14.245 de 10/10/2008**).

Sob o título "**do excesso de exação**", a impugnante equivoca-se ao alegar veementemente que a multa lançada no processo do AI 37.177.520-5, (em anexo), mais branda, foi capitulada em outros dispositivos legais em razão de uma mesma conduta, qual seja, o enquadramento incorreto como optante pelo Simples. Explica-se.

A multa para a conduta tipificada no presente Auto de Infração encontra encontra-se capitulada no art. 284, inciso II do RPS, *in verbis*:

*Art.284. A infração ao disposto no inciso IV do caput do art. 225 sujeitará o responsável às seguintes penalidades administrativas:*

(...)

*II - cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no inciso I, pela apresentação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social com dados não correspondentes aos fatos geradores, seja em relação às bases de cálculo, seja em relação às informações que alterem o valor das contribuições, ou do valor que seria devido se não houvesse isenção ou substituição, quando se tratar de infração cometida por pessoa jurídica de direito privado beneficiante de assistência social em gozo de isenção das contribuições previdenciárias ou por empresa cujas contribuições incidentes sobre os respectivos fatos geradores tenham sido substituídas por Outras; e (Redação dada pelo Decreto n.º 4.729, de 9/06/2003) (g.n.)*

Saliente-se, conforme grifado acima, que se trata de uma nova redação dada pelo Decreto n.º 4.729/2003, ou seja, foi acrescentado ao dispositivo em 09/06/2003 as sanções para o caso da empresa apresentar a GFIP com dados que alterem os valores das contribuições sendo válida para o período para o qual foi lançada a multa no presente auto. Assim conduta da empresa em se enquadrar inadequadamente pelo Simples se tratou, no caso, de uma informação que veio a alterar, efetivamente, o valor das contribuições previdenciárias.

Quanto ao AI 37.177.520-5, não cabe ser objeto de análise, porém, dada a relação com os fatos trazidos aos autos pela impugnante, cumpre ressaltar, por oportuno, que a multa é capitulada em outro dispositivo legal, no art. 284, inciso III, e foi aplicada para período totalmente diverso do presente, qual seja, 01/2003 a 05/2003, em função de legislação pretérita.

A contribuinte assevera, ainda, que a multa aplicada se apresenta como verdadeiro confisco, o qual é vedado pela Constituição Federal de 1988. Saliente-se, contudo, que não compete à autoridade administrativa apreciar a arguição e declarar ou reconhecer a constitucionalidade de lei, pois essa competência foi atribuída, em caráter privativo, ao Poder Judiciário, pela Constituição Federal. O que determina a aplicação da multa é a legislação pertinente, que, de forma objetiva, fixa os valores a serem aplicados, cabendo à administração pública tão-somente zelar pelo seu cumprimento.

Saliente-se, por oportuno, que, diferentemente do que aduz a impugnante, a multa aplicada por infração acessória não é superior à multa total aplicada por infração à obrigação principal, visto que para aquela são aplicados limites, conforme se verifica na legislação. Ocorre que a impugnante, no intuito de reforçar a sua tese, compara multa decorrente de infração com multa moratória, de natureza totalmente diversa, incorrendo em argumento que distorce a realidade.

Destarte, os argumentos acerca do caráter confiscatório da multa não têm o condão de alterar o presente lançamento, que é ato vinculado; uma vez

positivada a norma, é dever da autoridade fiscal aplicá-la, sem perquirir acerca de critérios subjetivos de justiça.

Com este entendimento, rejeito o pedido de reconsideração dos valores da multa conforme os limites estipulados no art. 284, inciso III. Da mesma forma, não vislumbro motivos para a perícia solicitada e/ou produção de novas provas, visto que foram analisados os documentos trazidos aos autos, restando a clareza necessária para o julgamento do processo em pauta.

Por fim, quanto à última solicitação, diga-se que não há previsão legal para o encaminhamento de intimações para endereço diverso do domicílio fiscal do contribuinte, salvo os motivos previstos no art. 23 do Decreto n.º 70.235/72.

### **Das demais questões**

Do julgamento definitivo do processo administrativo 13971.002428/200817

Tendo em vista que a recorrente alega que a exclusão do simples somente poderá surtir efeito após decisão definitiva a respeito do Ato Declaratório, que depende diretamente da decisão definitiva a ser prolatada no processo administrativo que se encontra em tramitação, informamos o seguinte:

Em 16/06/2008 foi emitido o ADE N° 19, por meio do qual foi informada a exclusão do Simples Federal com efeitos retroativos a 12/03/1998. A ciência ao contribuinte foi registrada em 26/06/2008.

Em 09/10/2008 a manifestação apresentada foi indeferida pela DRJ. A ciência ao contribuinte ocorreu em 27/10/2008. Em 21/11/2008 foi protocolado recurso dirigido ao Conselho de Contribuintes, o qual teve provimento negado em 29/01/2010. Foi dada ciência ao contribuinte quanto a esta decisão em 01/11/2010 (fl. 158), de modo que a exclusão de ofício informada pelo ADE N° 19 tornou-se definitiva.

### **RETROATIVIDADE BENIGNA. CRITÉRIOS DO CÁLCULO DA MULTA MAIS BENÉFICA**

Tendo em vista tratar-se de auto de infração por descumprimento de obrigação acessória, emitido anterior à da Medida Provisória n° 449, de 2008, convertida na Lei n° 11.941, de 2009, a aplicação da multa deve observar os termos do enunciado da Súmula CARF n° 119:

No caso de multas por descumprimento de obrigação principal e por descumprimento de obrigação acessória pela falta de declaração em GFIP, associadas e exigidas em lançamentos de ofício referentes a fatos geradores anteriores à vigência da Medida Provisória n° 449, de 2008, convertida na Lei n° 11.941, de 2009, a retroatividade benigna deve ser aferida mediante a comparação entre a soma das penalidades pelo descumprimento das obrigações principal e acessória, aplicáveis à época dos fatos geradores, com a multa de ofício de 75%, prevista no art. 44 da Lei n° 9.430, de 1996.

Do exposto voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para determinar o recálculo da multa com base na Súmula Carf n° 119.

(documento assinado digitalmente)

Cleber Ferreira Nunes Leite