



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10665.721270/2011-59
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **2803-01.717 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 12 de julho de 2012
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO.
Recorrente COLÉGIO LOSANGO DE PIUMHI LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 30/12/2008

AUTO DE INFRAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXCLUSÃO DO SIMPLES. SUSPENSÃO DO DIREITO DE LANÇAMENTO DO FISCO. INOCORRÊNCIA

Sob pena de responsabilidade funcional, o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil tem a obrigação de efetivar o devido lançamento quando presentes as condições legais para tanto. A discussão acerca da exclusão do SIMPLES não tem efeito suspensivo, não impedindo o fisco de lançar o que devido, inclusive evitando a decadência de eventuais créditos.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) relator(a). O Conselheiro Osmar Pereira Costa se julgou impedido.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Oséas Coimbra Júnior, Gustavo Vettorato, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Natanael Vieira dos Santos e Osmar Pereira Costa.

Relatório

DO LANÇAMENTO

Ficou constatado que o Colégio Losango de Piumhi Ltda incorreu em descumprimento de obrigações principais, tendo sido lavrados os seguintes autos de infração, em 31/05/2011:

1 - Auto de Infração nº. 37.251.137-6 - contempla as contribuições dos segurados empregados nas competências 13/2007 e 13/2008, incidentes sobre a remuneração paga, onde os valores foram obtidos das folhas de pagamento e Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP do Colégio Cidade de Piumhi Ltda, cujas bases de cálculo foram agrupados no levantamento EM2 – Levantamento Ensino Médio;

2 - Auto de Infração nº. 37.251.138-4 - contempla as contribuições destinadas às entidades SESC, SEBRAE, FNDE e INCRA, apuradas no período de 07/2007 a 12/2008 (inclusive 13º salário), cujas bases de cálculo foram obtidas de valores discriminados em folha de pagamento e GFIP. Levantamentos: - EM1 – Ensino Médio (07/2007 a 11/2008); - EM2 – Ensino Médio (12/2008 e 13/2008); - SN1 – Simples Nacional (07/2007 a 11/2008); - SN2 – Levantamento Simples Nacional (13/2008 a 13/2008).

Foram considerados como empregados do atuado (Colégio Losango de Piumhi), os professores que lecionaram matérias de nível médio, embora constantes das folhas de pagamento do Colégio Cidade de Piumhi Ltda-CNPJ: 07.607.081/0001-17 (optante pelo SIMPLES). Observa a fiscalização que o Colégio Cidade de Piumhi não tem autorização para lecionar disciplinas do ensino médio, uma vez que, de acordo com o Contrato Social, o objetivo desta escola é a “exploração do ramo de educação infantil, pré-escolar de dois a seis anos e ensino fundamental”. O objeto social do Colégio Losango de Piumhi é a exploração do ramo de ensino, ensino infantil, pré-escolar, ensino fundamental, ensino médio, cursos livres, ensino preparatório para vestibulares outros exames de seleção, ensino regular de suplência, de 1º e 2º graus, supletivos e indústria gráfica (contrato social e alterações, fls. 204 a 212);

3 - Auto de Infração nº. 37.251.139-2 – refere-se às contribuições previdenciárias devidas, referentes à parte da empresa e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT), no período de 07/2007 a 11/2008, incidentes sobre a remuneração paga aos empregados e contribuintes individuais (pró-labore e honorários contábeis). As bases de cálculo foram obtidas através de valores discriminados em folha de pagamento e GFIP. Levantamentos: - EM1 – Levantamento Ensino Médio (07/2007 a 11/2008); - EM2 – levantamento Ensino Médio (13/2007 a 13/2008); - PL1 – Levantamento Pró-Labore e Honorários Contábeis (07/2007); - SN1 – Levantamento Simples Nacional (07/2007 a 11/2008); - SN2 – Levantamento Simples Nacional (12/2008 a 13/2008).

Nos itens seguintes, informa a fiscalização que:

O Colégio Losango de Piumhi foi excluído do Simples Federal (lei 9.317/1996), conforme Ato Declaratório Executivo DRF/DIV nº 15, de 27/05/2011, com efeitos a partir de 01/01/2006.

O mesmo Colégio Losango teve seu pedido de inclusão no Simples Nacional indeferido em 2009 e em 2010.

Na competência 07/2007, recolheu as contribuições previdenciárias, de forma irregular, como se fosse optante pelo Simples Nacional.

A partir da competência 08/2007 até 10/2007, passou a recolher as contribuições normais (Empresa/RAT/Terceiros/Segurados) com o cód. GPS 2100 (empresas em geral), exceto na competência 13/2007 e parte da competência 13/2008.

No caso específico do décimo terceiro salário de 2008, vinha pagando esta rubrica a alguns empregados, à proporção de 1/12 mensal e recolhendo também de forma proporcional durante o ano, porém, compensou de forma irregular parte do valor devido nessa competência.

Em 11/2007, transferiu a maioria dos empregados, sendo a maior parte professores, para o Colégio Cidade de Piumhi Ltda-CNPJ: 07.607.081/0001-31, este optante pelo SIMPLES Nacional, conforme demonstrado às fls. 38/39.

Figuram como sócios do Colégio Cidade de Piumhi, o sr. Danilo Rainier Alves Soares-CPF: 062.418.766-78 e o sr. Daniel Alves Soares-CPF: 074.745.836-74, este por sua vez também sócio administrador do Colégio Losango de Piumhi Ltda.

Para o lançamento das contribuições devidas, os empregados foram vinculados ao Colégio Losango de Piumhi Ltda, sendo as remunerações obtidas através das Guias de recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social-GFIP e Folhas de Pagamento do Colégio Cidade de Piumhi Ltda.

DA CIÊNCIA DO LANÇAMENTO

O contribuinte foi cientificado do lançamento fiscal em 08/06/2011, apresentando impugnação.

A decisão de primeira instância administrativa fiscal manteve o crédito fiscal exigido para os autos de infração em epígrafe.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O contribuinte foi cientificado da decisão em 09/09/2011, inconformado interpôs recurso voluntário em 11/10/2011, alegando em síntese:

- é nula a exação pela falta de justa causa e por está desamparado da garantia legal;

- a vedação do inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/96 afronta o inciso II do art. 150 da CF/88 e é inconstitucional. O ensino é livre à iniciativa privada;

- é pífio o argumento de que o estabelecimento de ensino não pode optar pelo Simples por se revelar uma empresa que presta serviços profissionais de professor. Cita jurisprudência sobre o assunto;

- os processos são dependentes entre si, pois toda a tributação decorre da exclusão do Simples imposto à recorrente;

- AUTO DE INFRAÇÃO N. 37.251.137: o autuante considerou os professores do Colégio Cidade de Piumhi Ltda, que ministram disciplinas de ensino médio, como empregados do Colégio Losango e, portanto devida a contribuição, aduzindo que o objetivo social do Colégio Cidade não alcança o ensino médio. Não pode prosperar tal lógica, quando é notório que ambas as empresas, são pessoas jurídicas diversas, com CNPJ diferentes e com suas contribuições quitadas separadamente. Erra ao tributar a recorrente baseando na folha de pagamento de outra. Os Holerites anexados aos autos comprovam o efetivo registro profissional e a unidade a que o professor está adstrito. Se devida for a contribuição, que seja lançada somente sobre àqueles empregados legalmente registrados no Colégio Losango de Piumhi Ltda e não numa suposta relação de outros funcionários de outra instituição;

- AUTO DE INFRAÇÃO N. 37.251.138-4: as contribuições para terceiros são devidas pelas empresas excluídas da opção pelo SIMPLES FEDERAL e, é exatamente este questionamento que a recorrente discute e não concorda. E, muito menos tributada tomando-se por base as folhas de pagamento, FGTS e GFIP de uma outra instituição - Colégio Cidade de Piumhi Ltda, com os mesmos argumentos acima;

- AUTO DE INFRAÇÃO N. 37.251.139-2: as contribuições parte patronal foram obtidas através de Guias de FGTS, GFIP e folhas de pagamento do Colégio Cidade de Piumhi Ltda, com o mesmo argumento de que considerou todos os professores que atuam no ensino médio, como sendo empregados do Colégio Losango de Piumhi, eis que a outra instituição não tem permissão legal para a sua exploração;

- atribuir à recorrente expediente de pura dissimulação para lesar o fisco é incabível quando a legislação lhe dá todo o direito ao Simples. Daí a inaplicabilidade dos tributos apurados e das multas aplicadas;

- considerando a ilegalidade da exclusão do Simples à empresa, não há que se falar em multas aplicadas nos autos de infração;

- contrapõe-se a recorrente à emissão de representação fiscal para fins penais - RFFP, por inadmissível e injusta, eis que nenhuma das empresas praticou ilícito penal contra a Previdência Social;

- por fim, requer o cancelamento do lançamento fiscal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche todos os requisitos de admissibilidade, razão pela qual, passo a analisá-lo.

Consta do relatório fiscal (fls. 36/38):

3- O crédito está sendo lançado considerando os fatos descritos a seguir:

a)- De acordo com o Contrato Social registrado na JUCEMG sob o no. 3120630297-1, a empresa foi constituída em 13 de agosto de 2001, com a denominação de Colégio Losango de Piumhi Ltda, tendo como principais atividades a “exploração do ramo de ensino, ensino infantil, pré-escolar, ensino fundamental, ensino médio, cursos livres, ensino preparatório para vestibulares e outros exames de seleção, ensino regular de suplência, de 1o. e 2o. Graus, supletivos e indústria gráfica”. Em 07 de junho de 2005, através da Alteração Contratual sob o no. 3365561, as atividades passaram a ser:

“exploração do ramo de educação infantil, pré-escolar de dois a seis anos, ensino fundamental, ensino médio, cursos livres, ensino preparatório para vestibulares e outros exames de seleção, educação de jovens e adultos, ensino fundamental e médio”.

b)- O Colégio Losango de Piumhi Ltda foi autorizado a funcionar através da Portaria n. 1295/2002, nos termos do artigo 12 da Resolução CEE no. 306, de 19/01/1984 e Parecer CEE no. 39 de 21/02/2002, da 27a. SRE-Passos, com a criação do Ensino Fundamental(5a. e 8a. séries) e Ensino Médio, pelo prazo de 02 anos. Nos termos da Portaria no. 783/2004, fica credenciada a funcionar por mais 05 anos a partir de 2004, sendo renovada por mais 05 anos a partir de 2010, pela Portaria 103/2010(cópias dos documentos em anexo).

c)- O Colégio Losango de Piumhi Ltda., CNPJ nº 04.615.618/0001-17, consta no cadastro da RFB como optante pelo “SIMPLES FEDERAL” no período de 01/01/2006 a 30/06/2007.

Consta ainda que o colégio teve a opção pelo SIMPLES Nacional indeferida em 2009 e 2010(telas em anexo).

d)- A Lei n. 9.317/96, em seu artigo 9º, inciso XIII, estabelece a vedação à opção pelo “SIMPLES FEDERAL” para as empresas que prestem serviços profissionais, entre outros, os de professor. A Lei 10.034/03, em seu artigo 1o, incisos I e II (redação dada pela Lei n. 10.684/03), exclui das vedações à opção pelo “SIMPLES FEDERAL” as empresas que se dediquem

exclusivamente às atividades de creches, pré-escola e ensino fundamental.

e)- As escolas que se dediquem, entre outras atividades, às de Ensino Médio, não foram contempladas pela exclusão das vedações à opção pelo “SIMPLES FEDERAL” estabelecidas pela Lei no. 10.034/03, em seu artigo 1º (com redação da Lei n. 10.684/03).

f)- A empresa foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES-Federal), conforme Ato Declaratório Executivo DRF/DIV no. 15, de 27 de maio de 2011, com efeitos a partir de 01 de janeiro de 2006, com ciência do contribuinte por via postal juntamente com os autos emitidos.

g)- A empresa teve sua solicitação de inclusão no SIMPLES Nacional indeferida por duas vezes, em 25/03/2009 e 18/02/2010 respectivamente, conforme telas Consulta Histórico da Empresa no Simples nacional em anexo.

h)- A empresa vinha recolhendo apenas as contribuições descontadas dos segurados cód. GPS 2003(Optante pelo SIMPLES federal), até a competência 07/2007, sendo nesta competência já de forma irregular uma vez que não optou pelo SIMPLES Nacional, se beneficiando assim do regime de tributação instituído pela Lei complementar no. 123 de 14/02/2006 em vigor a partir de 01/07/2007.

i)- A partir da competência 08/2007, passou a recolher as contribuições normais (Empresa/RAT/Terceiros/Segurados) com o cód.GPS 2100 (empresas em geral), exceto na competência 13/2007 e parte da competência 13/2008.

i.1)-No caso específico do décimo terceiro salário de 2008, está sendo lançado crédito nesta competência(13/2008), uma vez que a empresa vinha pagando esta rubrica a alguns empregados, à proporção de 1/12 mensal e recolhendo também de forma proporcional durante o ano. Acontece que a empresa compensou de forma irregular parte do valor devido nesta competência.

4- A empresa recolheu suas contribuições de forma normal cód 2100 de 08/2007 até a competência 10/2007. No entanto no mês de NOVEMBRO DE 2007, com a clara intenção de se beneficiar do benefício de isenção das contribuições patronais e terceiros, transferiu a maioria dos empregados, sendo a maior parte professores, para o Colégio Cidade de Piumhi Ltda-CNPJ: 07.607.081/0001-31, este optante pelo SIMPLES Nacional, onde figuram como sócios o sr. Danilo Rainier Alves Soares-CPF: 062.418.766-78 e o sr. Daniel Alves Soares-CPF: 074.745.836-74, este por sua vez também sócio administrador do Colégio Losango de Piumhi Ltda, conforme demonstrado no abaixo:

(...)

4.1- *A inclusão das empregadas na função de faxineira se justifica, uma vez que aumentando o número de professores, necessário se faz a presença de maior número de profissionais nessa função.*

6- Para o lançamento das contribuições devidas, os empregados foram vinculados pela fiscalização no Colégio Losango de Piumhi Ltda, sendo as remunerações obtidas através das Guias de recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social-GFIP e Folhas de Pagamento da empresa Colégio Cidade de Piumhi Ltda.

7-Foram emitidas Representações Fiscais Para Fins Penais – RFFP relativas aos indícios de Crime Contra a Previdência Social e de Crime Contra ordem Tributária relativa aos créditos lançados(Processo: 10.665.000157/2011-36).

Como se nota do relatório fiscal a empresa Colégio Losango de Piumhi Ltda prestadora de serviços educacionais de ensino médio, técnico e outros não possuía o certificado de opção pelo Simples em razão de suas atividades que não o permitia optar. Para fazer jus ao benefício do Simples transferiu seus professores de nível superior para escola cuja atividade é o ensino infantil e fundamental e optante pelo Simples, do mesmo grupo econômico e gerenciado pelos mesmos sócios, qual seja, Colégio Cidade de Piumhi Ltda. Entretanto, ficou clara a transferência dos professores de ensino superior para a escola de ensino fundamental abrangida pelo Simples, bem como, o recolhimento regular e integral das contribuições previdenciárias e de terceiros (segurados, empresa e terceiros) do Colégio Losango, durante certo período, passando a recolher somente a parte dos segurados como se do Simples fosse e até sua exclusão, quando transferiu os professores de nível superior do Colégio Losango para o Colégio do mesmo grupo agora de ensino infantil e fundamental optante pelo Simples (Colégio Cidade) para se beneficiar das vantagens atribuídas pelo Simples. A Colégio Cidade que antes só possuía professores para o ensino infantil e fundamental passou a ter professor de nível superior e em grande quantidade.

Este é o fato detectado pela autoridade fiscal que sem a explicação convincente do contribuinte, entendeu ser evasão de receita previdenciária e de terceiros cobrando as contribuições com base na remuneração dos professores de nível superior.

Diante de tais considerações, entendo ser correta a ação da autoridade fiscal em efetuar os lançamentos fiscais em epígrafe.

Assim, quanto ao questionamento do contribuinte no auto de infração 37.251.137, a autoridade fiscal lançou os valores pagos a título de remuneração aos professores de nível superior mesmo que registrada no Colégio Cidade, pois não houve por parte do contribuinte a explicação convincente da alteração dos professores para outro colégio que apesar de ser de CNPJ diferente faz parte do mesmo grupo econômico e mesmos sócios, como consequência, mesmos empregados. O contribuinte deve deixar claro quais os motivos da mudança dos professores de nível superior para um colégio do mesmo grupo econômico de ensino infantil e fundamental que não seja o interesse dos benefícios da opção do Simples pelo Colégio Cidade.

No mesmo sentido são as contribuições para terceiros (outras entidades) registradas no auto de infração 37.251.138-4 e as contribuições da parte patronal registradas no auto de infração 37.251.139-2.

Os autos em epígrafe foram lavrados em 31/05/2011 e se referem ao período de 07/2007 a 12/2008 (inclusive 13º salário/2008). Observa-se assim que abrange período no qual a recorrente não se encontrava no referido regime diferenciado, em razão de sua exclusão do SIMPLES desde 01/01/2006, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/DIV no. 15, de 27 de maio de 2011.

Assim, existe razão para a lavratura dos autos de infração em epígrafe e estão legalmente fundamentados. O contribuinte deve demonstrar nos autos que a autuação é improcedente, o que não ocorreu.

A 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ e a 3ª Turma do Tribunal Federal – TRF2, dentre outros, vêm decidindo pela interpretação da lei do Simples no sentido de que o estabelecimento que contempla o ensino médio não pode ser optante pelo Simples. São os julgados:

Processo RESP 200400144281RESP - RECURSO ESPECIAL – 639223, Relator(a) ELIANA CALMON, Sigla do órgão STJ, Órgão julgador SEGUNDA TURMA, Fonte DJ DATA:30/05/2006 PG:00135

Decisão: por unanimidade.

Ementa: TRIBUTÁRIO – ESTABELECIMENTO DE ENSINO– OPÇÃO PELO SIMPLES– LEI 9.317/96 – CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF – LEI 10.684/2003 – APLICAÇÃO RETROATIVA – SÚMULA 456/STF E ART. 106, II, "b" DO CTN. 1. O STF, no julgamento da ADIn 1.643-1/DF, concluiu pela constitucionalidade do art. 9º, XIII da Lei 9.317/96, que excluiu da opção pelo sistema SIMPLES as pessoas jurídicas que menciona, dentre elas a que preste serviços de professor. 2. As instituições de ensino que não contam com professor no seu quadro societário também se enquadram na exceção, porque a atividade-fim desenvolvida está diretamente ligada à profissão de professor. 3. A Lei 10.684/2003 retirou da exclusão as creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, possibilitando sua adesão ao SIMPLES. 4. Norma superveniente que, embora não prequestionada, pode ser aplicada ao caso concreto em atenção à Súmula 456/STF (porque conhecido o especial por outro fundamento) e ao art. 106, II, "b" do CTN, que admite a aplicação retroativa da lei aos fatos pendentes quando ela deixa de tratar o ato ou o fato "como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento do tributo". Precedente da Primeira Turma (EDREsp 603.451/PE). 5. Na hipótese dos autos, porém, a recorrente dedica-se às atividades de ensino fundamental e médio, esta última não contemplada na exceção prevista no art. 1º, I e II, da Lei 10.034/200. 6. Recurso especial improvido. Data da Decisão 28/03/2006, Data da Publicação 30/05/2006

Processo AC 200202010222230AC - APELAÇÃO CIVEL – 288855, Relator(a) Desembargador Federal PAULO BARATA, Sigla do órgão TRF2, Órgão julgador TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Fonte DJU - Data::30/06/2008 - Página::388

Decisão: por unanimidade.

Ementa: TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL - OPÇÃO PELO SISTEMA TRIBUTÁRIO SIMPLES – ESTABELECIMENTO DE ENSINO– LEIS N.ºs 9.317/96, 10.034/00 E 10.684/03 – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. 1. O INSS, apesar de ser atingido de forma reflexa pela admissão da apelada no SIMPLES, não é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, eis que, nos termos do artigo 17 da Lei nº 9.317/96, “Competem à Secretaria da Receita Federal as atividades de arrecadação, cobrança, fiscalização e tributação dos impostos e contribuições pagos de conformidade com o SIMPLES”. Matéria que pode ser conhecida – mesmo de ofício – a qualquer tempo e grau de jurisdição por este tribunal. 2. A Lei nº 9.317/96 em seu art. 9º, inciso XIII, veda a opção pelo SIMPLES às pessoas jurídicas prestadoras de serviços, cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida. 3. O Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade do inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317/96, afastando as alegações de ofensa aos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva (ADIN 1643, DJ 14.3.2003). 4. Os estabelecimentos de ensino não podem optar pelo SIMPLES porque prestam serviços educacionais, assemelhados aos serviços profissionais de professor, que dependem de habilitação profissional legalmente exigida. 5. Com o advento da Lei nº 10.034/2000, e, posteriormente, da Lei nº 10.684/2003, os estabelecimentos de ensino que se dediquem às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental foram excetuadas da restrição feita pelo inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96. 6. Mesmo com a edição das novas leis, o autor não pode optar pelo sistema SIMPLES de arrecadação de tributos, porque não se enquadra na exceção, já que também se dedica a atividades de ensino médio. 7. Extinção do processo em relação ao INSS, com base no artigo 267, VI, do CPC, e prejudicada sua apelação. Apelação do autor improvida. Recurso da UNIÃO FEDERAL/FAZENDA NACIONAL e remessa oficial providas. Data da Decisão 17/06/2008, Data da Publicação 30/06/2008.

Sob pena de responsabilidade funcional, o Auditor Fiscal da Receita Federal tem a obrigação de efetivar o devido lançamento quando presentes as condições legais para tanto. A discussão, em outro processo, acerca da exclusão do SIMPLES, não tem efeito suspensivo, não impedindo o fisco de lançar o que devido, inclusive evitando a decadência de eventuais créditos, senão vejamos jurisprudência deste Colegiado.

*LANÇAMENTO DE OFÍCIO — ARGÜIÇÃO DE NULIDADE —
DECISÃO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES — CONTRADITÓRIO
E AMPLA DEFESA — DESNECESSIDADE — É desnecessário*

que o Fisco percorra todas as instâncias administrativas com o processo de exclusão do SIMPLES para só então, com a decisão final desfavorável ao contribuinte, proceder ao lançamento de ofício. A tramitação conjunta dos processos de exclusão do SIMPLES e do auto de infração evita a ocorrência da decadência tributária. Assim sendo, considerados os fatos geradores em período não alcançado pela regular opção ao SIMPLES, procedente a autuação lavrada. (...).Processo n.º : 10166.016255/2002-25. Acórdão n.º :108-08.231 de 16.03.2005

Não cabe a esta Turma, neste processo, se manifestar acerca das razões da exclusão do SIMPLES – o que já está sendo feito em processo próprio – cabendo-lhe somente decidir acerca da procedência ou não dos autos lavrados nesta ação fiscal.

Assim sendo, considerados os fatos geradores em período não alcançado pela regular opção ao SIMPLES, procedente o lançamento fiscal.

A declaração de inconstitucionalidade de lei é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário. A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições. Assim, no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, nos termos do art. 26-A e parágrafo único, do Decreto n. 70.235/72, bem como, art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aprovado pela Portaria GMF n.º 256, de 22 de junho de 2009. No mesmo sentido é o que discorre a Súmula n.º 2 do CARF:

Súmula CARF n.º 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Ante ao exposto, a multa aplicada nos lançamento fiscais em epígrafe encontra respaldo na lei n.º 8.212/91, conforme demonstrado no relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD. Aplicada a multa na forma da lei não pode ser considerada confiscatória, pois este juízo de admissibilidade já foi feito pelo poder legislativo quando da sua aprovação. Cabe a autoridade administrativa aplicar as determinações legais e zelar pelo cumprimento da obrigação tributária, respeitando o princípio da legalidade. A lei em vigor, cuja invalidade ou inconstitucionalidade não foi declarada, deve ser cumprida pela administração pública por força do ato vinculado. Não é possível, no âmbito administrativo, afastar aplicação de legislação nos termos do art. 26-A do Decreto n.º 70.325/72, acrescentado pela MP n.º 449/2008.

REPRESENTAÇÃO FISCAL

A atividade tributária é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais, sendo-lhe vedada a discricionariedade de aplicação da norma quando presentes os requisitos materiais e formais para a autuação. É dever da autoridade fiscal representar à autoridade competente possível crimes contra a ordem tributária, em tese. A Lei 9.430, de 27/12/1996, que dispõe sobre a legislação tributária federal e as contribuições para a seguridade social, estabelece no art. 83 que a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro

de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Deste modo, legítima a emissão de representação fiscal para fins penais, ocorrida quando da lavratura do lançamento fiscal, cujo procedimento atenderá às normas legais.

Não há que se falar em ilegitimidade dos lançamentos em razão de violação ao princípio da isonomia e ao direito constitucional da educação. O crédito tributário encontra-se revestido das formalidades legais do art. 142 e § único, e arts. 97 e 114, todos do CTN, com período apurado, discriminação dos fatos geradores por intermédio do Relatório Fiscal - REFISC; e, ainda, o Discriminativo do Débito - DD; as Instruções para o Contribuinte - IPC; os Fundamentos Legais do Débito - FLD; a identificação do contribuinte, identificação do Auditor Fiscal notificante; e demais informações constantes dos autos, consoante artigo 33 da Lei nº 8.212/91.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto em negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima