



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

Processo n° 10665.722467/2012-96
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1002-000.249 – Turma Extraordinária / 2ª Turma**
Sessão de 7 de junho de 2018
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL
Recorrente LIBRA COBRANÇAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

MANDADO DE SEGURANÇA. ALCANCE. MATÉRIA DIVERSA DA TRATADA NOS AUTOS. AUSÊNCIA DE CONCESSÃO DE LIMINAR.

Não tem efeito sobre a decisão o mandado de segurança que manobra matéria alheia, não discutida nos autos, no qual não há concessão de medida liminar que suspenda crédito tributário e que possa ainda que de forma indireta tornar insubsistente o Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional.

CAUSA EXCLUDENTE.

A legislação prevê a exclusão do Simples Nacional no caso de a pessoa jurídica possuir débito com a Fazenda Pública Federal, cuja exigibilidade não esteja suspensa.

APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO CARF A RESPEITO.

A Súmula CARF n.º 2 impede este órgão de pronunciar-se sobre inconstitucionalidade de leis tributárias.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Aílton Neves da Silva - Presidente

(assinado digitalmente)

Angelo Abrantes Nunes - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aílton Neves da Silva (Presidente), Breno do Carmo Moreira Vieira, Angelo Abrantes Nunes e Leonam Rocha de Medeiros.

Relatório

Uma vez que refletem com bastante clareza os fatos, transcrevo o relatório elaborado pela DRJ/RJ1:

[...]

Trata-se do Ato Declaratório Executivo ADE DRF/DIV nº 498.404, de 03.09.2012 (fls.14), de exclusão do Simples Nacional a partir de 01.01.2013 (art.17, inciso V, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e alínea “d” do inciso II do art.73, c/c inciso I do art.76, ambos da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN nº 94, de 2011).

2 A causa da exclusão foi o débito de multa Fcont, código 1512, período de apuração 12/2011, no valor de R\$ 35.000,00 (fls.35).

3 Em Manifestação de Inconformidade MI, recebida em 26.10.2012 (fls.2/13), o interessado diz que:

a) existe um Mandado de Segurança pendente de julgamento nos autos do processo 451509.2012.4.01.3811, em face de cobrança de multa de R\$ 35.000,00 por atraso na entrega da escrituração FCONT dos meses de novembro de 2011 a junho de 2012 (a entrega fora do prazo enseja a aplicação da multa de R\$ 5.000,00, por mês-calendário ou fração de atraso);

b) “na referida ação, o contribuinte entendeu que esta multa, que foi fundamento para sua exclusão no Simples, é abusiva, se observados alguns princípios constitucionais como o do não confisco, proporcionalidade e razoabilidade”;

c) “o projeto de lei nº 721, de 2011, visa dar nova redação ao art.57 da MP 2.15835, de 2011, que estabeleceu a aplicação da multa em tela”;

d) “em face da pendência judicial do Mandado de Segurança, deverá ser obstaculizada qualquer decisão no âmbito administrativo”;

e) “demonstrada a abusividade da multa aplicada à Impugnante, requer o seu cancelamento, procedimento este que, culminará com a consequente perda de objeto do Ato Declaratório ora combatido”.

4 O interessado reproduz jurisprudência. Protesta pelo “contraditório pleno e por todos os meios de prova em direito permitidos, na forma e sob as penas da lei”. Pede que seja conhecida e apreciada cada uma das arguições constantes da

impugnação, e pede que a impugnação “seja julgada procedente para o fim de cancelar o ato de exclusão”.

5 Com a MI, vieram os documentos de fls.14/32.

6 A autoridade lançadora juntou as consultas de fls.33/35, entre elas o Aviso de Recebimento AR, com data de 26.09.2012 (fls.34).

7 Nesta Turma, foram acostadas as consultas de fls.39/77, entre elas as peças e os documentos de fls.43/77, extraídos por cópia do processo administrativo 10665.720.354/201337, de acompanhamento do Mandado de Segurança impetrado. Relatados.

[...]

Enfrentada a impugnação apresentada pelo contribuinte, foi exarado o acórdão n.º 12-64.237 pela 3.^a Turma da DRJ/RJ1 (e-fls. 78 a 84), que manteve a exclusão do Simples Nacional a partir de 01/01/2013 que havia sido declarada via ADE DRF/DIV n.º 498.404, de 03/09/2012, e-fl. 14.

Contra a decisão de primeira instância o recorrente apresentou Recurso Voluntário, reeditando as alegações contidas na impugnação, sintetizadas em 1) apontar que havia mandado de segurança impetrado contra a cobrança da multa que gerou o débito em que se fundou o ADE citado acima, para proceder a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, 2) Contestar a aplicação da mencionada multa sob o aspecto dos princípios da vedação ao confisco, e da proporcionalidade/razoabilidade, e 3) Suscitar a interpretação do artigo 57 da MP n.º 2.158-35 sob a ótica dos princípios fundamentais do direito, inclusive reconhecendo a inconstitucionalidade da norma.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Angelo Abrantes Nunes - Relator

O presente Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido denominado Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) é regulamentado pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN). A opção do sujeito passivo deve ser manifestada por meio da internet até o último dia útil do janeiro sendo irretroatável para todo ano-calendário oportunidade em que presta declaração quanto ao não-enquadramento nas vedações legais. A exclusão por comunicação decorrente de opção ou de obrigatoriedade é feita pela internet. Verificada a falta da comunicação obrigatória, a exclusão de ofício é formalizada mediante termo emitido pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício. O seus efeitos podem ser retroativos, conforme o caso.

Não pode recolher os tributos na forma do Simples Nacional a pessoa jurídica que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), ou com as Fazendas

Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa. A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo revestido dos atributos que lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade, ou seja, para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente.

O Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/RJ1 n.º 498.404, de 03/09/2012, e-fl. 14, tem como fato motivador a existência de débito com a Fazenda Pública Federal com exigibilidade não suspensa, débito que se refere exclusivamente a multa por atraso na entrega da Fcont, prevista no art. 57, I, da MP n.º 2.158-35/2001.

Segue a análise dos argumentos nos quais se amparou o recorrente.

Registre-se de início que o efetivo atraso na entrega da Fcont é fato incontroverso, limitando-se o recorrente a pugnar pela circunstância de suspensão da exigibilidade do crédito correspondente, por força de mandado de segurança em trânsito no poder judiciário, e a contestar a magnitude do valor da multa, trazendo razões principiológicas ligadas ao não confisco e proporcionalidade/razoabilidade, e críticas à norma que estabelece a multa.

Mandado de Segurança (MS) suspendendo a exigibilidade do crédito tributário.

Ao descrever o teor do mandado de segurança em que demandou o cancelamento da cobrança da multa, cujo inadimplemento deu motivação para a sua exclusão do Simples Nacional, o recorrente informa os dados do processo judicial, para consulta, e destaca que a pendência de seu julgamento deve sustar qualquer decisão no âmbito administrativo, cancelando o ato de exclusão do Simples Nacional.

O teor do referido mandado de segurança, de fato, como já assinalado na decisão de piso, compreende somente o inconformismo e a oposição do recorrente quanto ao que classifica como multa abusiva, ou seja, volta-se o demandante contra o patamar financeiro da multa prevista em dispositivo legal.

Neste tema é importante repisar as razões da DRJ para negar provimento à impugnação. É que três são os elementos contextuais contrários à pretensão do recorrente de atribuir a seu mandado de segurança a habilidade para influir na decisão acerca da exclusão do Simples imposta pelo ADE contestado:

1.º) O mandado de segurança não trata do ADE de exclusão do Simples, mas de assunto alheio. Embora relacionado à exclusão, não há pedido no MS direcionado ao ADE;

2.º) Na consulta atual ao processo que controla o referido MS, 10665.720.354/201337, citado no acórdão da DRJ/RJ1, e-fl. 79, não há liminar alguma concedida capaz de suspender a exigibilidade do crédito tributário correspondente à multa que configurou o débito motivador da exclusão do Simples Nacional, o que, se constatado, atenderia ao que dispõe o art. 151, IV, do CTN;

3.º) Se a matéria objeto deste recurso voluntário estivesse compreendida no pedido do MS, restaria configurada a renúncia à discussão na esfera administrativa, conforme definido no Ato Declaratório Normativo COSIT n.º 3/1996, regulador do tema à época da propositura da ação em MS, no Parecer Normativo COSIT n.º 7/2014, vigente atualmente, e na Súmula CARF n.º 1.

Agregue-se às razões acima a circunstância de que, procedendo-se a nova consulta acerca do andamento do mandado de segurança, constatou-se que já fora proferida decisão denegando o pedido liminar, pendente o processo de decisão contemplando o recurso de apelação interposto. Ou seja, continua o contexto da ação judicial fora do alcance do que trata o art. 151, IV, do CTN, sobre suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Logo, diante da ausência de repercussão, até o momento, da medida judicial proposta pelo recorrente sobre a matéria discutida neste processo administrativo, importa reconhecer que não assiste razão ao recorrente no que diz respeito a este ponto do seu recurso voluntário.

Caráter abusivo da multa por atraso na entrega da Fcont.

O recorrente sustenta seu arrazoado na existência de caráter confiscatório na aplicação da multa no valor em que fora aplicada, apontando haver ofensa ao princípio da proporcionalidade/razoabilidade.

Nessa linha, entende que caberia ao Auditor Fiscal observar esses princípios ao constituir lançamento que tratava da multa por atraso na entrega da Fcont. Vejam-se os trechos a seguir, reproduzidos do recurso voluntário, *verbis*:

[...]

Ocorre que, o **i. Auditor-Fiscal da Receita Federal** não considerou alguns princípios constitucionais, como o do não-confisco, razoabilidade e proporcionalidade, ao aplicar a cobrança.

[...]

Ante ao exposto, na esfera administrativa, *s.m.j.*, devem ser apreciadas todas as matérias, inclusive aquelas relativas a inconstitucionalidades de normas. Deve-se desenvolver competências e buscar um Estado Democrático de Direito.

[...]

Entende também o recorrente que a multa que representa o débito motivador do ato de sua exclusão do Simples Nacional deveria ser aplicada pela administração pública levando-se em conta o tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, a razoabilidade, a proporcionalidade e a proibição de confisco. Traz junto a suas alegações trecho de lavra do ex-ministro do STF Joaquim Barbosa, que consta do acórdão da repercussão geral no Recurso Extraordinário n.º 640.452, de Rondônia, e excerto do que julgava ser ainda, à época, o Projeto de Lei n.º 721/2011.

Não obstante a evidência de a origem dos débitos sem exigibilidade suspensa se tratar de assunto que não compõe os elementos adstritos à exclusão do SIMPLES em discussão neste processo, ligados às razões de fato e de direito próprios dos efeitos do ADE n.º DRF/RJ1 n.º 498.404, faremos algumas considerações a seguir, dado que não foi encontrado

contencioso administrativo fiscal cuja discussão seja o crédito tributário exigido em decorrência do atraso na escrituração da FCONT — que seria o processo adequado para as análises que aqui se farão subsidiariamente. Não houve impugnação relativa à multa imposta pelo referido atraso.

Equivoca-se o recorrente ao pressupor que cabe ao agente público essa gradação da penalidade ou a avaliação sobre conveniência e oportunidade da aplicação da multa adstrita a descumprimento de obrigação acessória.

A atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, cabendo tão somente ao Auditor Fiscal, após verificar o descumprimento da obrigação principal ou acessória, observar os requisitos do art. 10 do Decreto n.º 70.235/72, nunca sopesar à margem dos limites legais se o lançamento deve ou não ser constituído, ou se uma penalidade deve ou não ser aplicada ou se deve ou não ser reduzida ou majorada com base em critérios subjetivos, não normativos. Abaixo os artigos 142, parágrafo único, do CTN, e 10 do Decreto n.º 70.235/72, que dispõem a respeito:

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

(...)

Não menos importante é esclarecer sobre o alcance da proibição contida no art. 150, IV, da CF/88, trecho a seguir:

(...)

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

(...)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

(...)

Perceba-se que a limitação constitucional dirige-se a tributo, não a multa. Os conceitos e finalidades de um e de outro são notadamente bastante diferentes, não se podendo entender que a proibição constitucional de utilização de tributo com o intento de confisco possa representar suporte para balizamento do eventual caráter confiscatório ou não de multas tributárias.

Logo, correta a providência tomada pelo Auditor Fiscal ao lavrar o auto de infração exigindo a multa por atraso na entrega da Fcont, pois, caso contrário, seria o caso de responsabilidade funcional do agente público, já que a infração relativa ao cumprimento da obrigação acessória foi constatada.

Pelo exposto, não cabe razão ao recorrente também nessa parte de sua contestação em recurso voluntário.

Vinculação do processo administrativo tributário à Lei e ao Direito.

Por fim, o recorrente associa às suas razões de mérito texto doutrinário do Prof. Felipe Esteves Grando, pretendendo emprestar à conclusão do fragmento transcrito a interpretação que entende aplicável ao contexto dos presentes autos. Atribui ao trecho que reproduziu no corpo do recurso, num juízo extensivo, a posição pelo dever da administração pública apreciar, em processos administrativos, inclusive as matérias relativas a inconstitucionalidades de normas, o que, registro, absolutamente não é possível extrair dos excertos reproduzidos, os quais discorrem somente sobre a importância do processo administrativo e sua relação com o direito e os princípios fundamentais. É que o propósito do recorrente é ver declarada sem efeito a norma que estabelecia o valor da multa que lhe fora aplicada — art. 57, inciso I, da MP 2.158-35 de 2001 —, ainda que necessário tangenciar o que consta estabelecido em lei, o que acarretaria de forma oblíqua tornar sem efeito o Ato Declaratório Executivo de Exclusão do Simples contestado.

Novamente não cabe razão ao recorrente.

A Súmula CARF n.º 2 pacificou qualquer controvérsia acerca do assunto:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Desse modo, não pode o órgão julgador administrativo declarar, direta ou indiretamente, inconstitucionalidade de lei tributária, e, assim, desconsiderar o que está regulado em dispositivo legal relativamente a multa por descumprimento de obrigação acessória. E, repita-se, a atividade de lançamento é vinculada à lei e obrigatória, conforme art. 142, parágrafo único, do CTN.

Por oportuno, e em caráter acessório, como nota em reforço ao que já versou o acórdão recorrido, participo que os valores das multas previstas no artigo 57 da MP n.º 2.158-35/2001 foram reduzidos pelas leis n.º 12.766, de 2012 e n.º 12.873, de 2013, que deram nova redação a este dispositivo, e os efeitos dessa redução aplicam-se conforme o art. 106, II, "c", do CTN.

Conclusão:

Pelo exposto, não havendo razões para afastar a incidência da vedação prevista no art. 17, V, da Lei Complementar n.º 123/2006, e das disposições relativas a exclusão do Simples contidas nos arts. 73, II, d, e 76, I, da Resolução CGN n.º 94/2006, VOTO por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Angelo Abrantes Nunes.