



Processo nº 10730.721629/2014-18
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2301-006.696 – 2^a Seção de Julgamento / 3^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 03 de dezembro de 2019
Recorrente COMERCIAL ALPHA AMBIENTAL E SERVIÇOS LTDA ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2012

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Os casos de nulidade no PAF são elencados arroladas no art. 59 do Decreto 70.235, de 1972. Não ocorrendo os casos dos dispositivos citados, inexiste nulidade do lançamento.

Havendo comprovação de que o sujeito passivo demonstrou conhecer o teor da acusação fiscal formulada no auto de infração, considerando ainda que todos os termos, no curso da ação fiscal, foram-lhe devidamente científicos, que logrou apresentar esclarecimentos e suas razões de defesa dentro dos prazos regulamentares, não há que se falar em cerceamento ao direito de defesa e nem em nulidade do lançamento.

EXCLUSÃO SIMPLES. ANÁLISE DE PROCESSO PRÓPRIO. VERIFICAÇÃO SÚMULA CARF 77.

A constituição de auto de infração para apurar a exigência de tributo devido em razão de exclusão da empresa do regime do SIMPLES nacional, não implica em suspensão de processo administrativo fiscal, uma vez que o crédito ainda está sendo formalmente constituído, para aí sim se for o caso ser suspenso conforme análise da autoridade lançadora e das normas tributárias vigentes. O respetivo ato tem o condão de prevenir o lançamento, evitando-se a decadência.

Ademais, nos termos da 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”.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

João Maurício Vital - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Wesley Rocha - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Antônio Sávio Nastureles, Wesley Rocha, Cleber Ferreira Nunes Leite, Marcelo Freitas de Souza Costa, Sheila Aires Cartaxo Gomes, André Luís Ulrich Pinto (Suplente Convocado para eventuais substituições), Fernanda Melo Leal e João Mauricio Vital (Presidente). Ausente a Conselheira Juliana Marteli Fais Feriato.

Relatório

Trata-se de crédito lançado em desfavor de COMERCIAL ALPHA AMBIENTAL E SERVIÇOS LTDA ME, relativo às contribuições devidas para a Seguridade Social, da empresa relativo a exigência de terceiros.

O Acórdão recorrido assim descreve:

Trata-se de crédito lançado pela fiscalização (**AI DEBCAD 51.057.424-6, consolidado em 27/05/2014**), no valor de R\$ 995.383,13; acrescidos de multa de ofício e juros, contra a empresa acima identificada, que, de acordo com o Relatório Fiscal (fls. 101/114), refere-se às contribuições para outras entidades ou fundos: FNDE, INCRA, SEBRAE, SESC e SENAC, no período de 01/2011 a 13/2012.

2. Informa a Auditoria-Fiscal que foram apuradas as contribuições devidas a outras Entidades e Fundos, incidentes sobre as bases de cálculo declaradas em GFIP, as quais não foram recolhidas, tendo em vista que nas GFIPs, a empresa encontrava-se indevidamente declarada como “empresa inscrita no Simples Nacional”.

2.1. Conforme Ato Declaratório Executivo – ADE nº 12, de 02/04/2014, com vigência retroativa a partir de janeiro de 2011 (processo administrativo nº 10.730.721214/2014-36), a empresa foi excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional).

DA IMPUGNAÇÃO DA COMERCIAL ALPHA AMBIENTAL E SERVIÇOS

3. A interessada apresenta impugnação em 07/07/2014, às fls. 240/249, alegando em suma:

3.1. A tempestividade da impugnação;

3.2. A falta de motivação do Auto de Infração para a cobrança das contribuições patronais destinadas a Terceiros, eis que a empresa não foi excluída do Simples Nacional definitivamente;

3.3. Que a Manifestação de Inconformidade contra o Ato Declaratório de Exclusão suspende a exclusão da empresa do Simples Nacional até o julgamento definitivo da mesma.

Nas e-fls. 335 e seguintes, a empresa interpôs recurso voluntário, alegando as mesmas razões de primeira instância.

Dante dos fatos narrados, é o breve relatório.

Voto

Conselheiro Wesley Rocha, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e aborda matéria de competência desta Turma. Portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme item 6. da decisão de primeira instância “o presente Auto de Infração está sendo julgado em conjunto com o Processo nº 10730.721628/2014-65 por estarem reciprocamente vinculados aos créditos apurados”.

DA ALEGAÇÃO DE NÃO EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

Em seu recurso a recorrente alega que

A Manifestação de Inconformidade suspende a exclusão da empresa do Simples Nacional até o julgamento definitivo da mesma. O processo de exclusão do Simples deve, e tem que, se submeter aos princípios do contraditório e ampla defesa, observando os dispositivos legais atinentes ao processo administrativo fiscal, segundo disposto no art. 39 da LC nº 123/2006:

"Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente. (Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 1º de novembro de 2011)"

A Manifestação de Inconformidade apresenta o condão de suspender a exigibilidade dos créditos, isto porque, a própria legislação, corroborada pela majoritária jurisprudência assim determinam, especialmente o §11 do art. 74, da Lei nº. 9.430/96, in *verbis*:

Ocorre que o parágrafo 11º, do art. 74, da Lei 9.430/96, se aplica para os casos de Restituição e Compensação de Tributos e Contribuições, conforme se verifica abaixo:

“Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de resarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão”.

Assim, os dispositivos invocados pela recorrente se aplicam a processos de restituição e compensação, sendo que o objeto do presente processo diz respeito a lançamento de crédito tributário, e que houve a interposição de manifestação de inconformidade diz respeito a processo de exclusão do simples.

Por outro lado, a recorrente cita a Solução de Consulta n.º 18 de 2014, (provavelmente do comitê gestor do Simples Nacional), que assim dispõe:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Com base no art. 39 da Lei Complementar (LC) nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a manifestação de inconformidade interposta em âmbito federal contra a exclusão do Simples Nacional se enquadra no conceito de recurso administrativo admissível pelas leis reguladoras do processo tributário administrativo a que se refere o inciso III do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional (CTN).

Nos termos do § 3º do art. 75 da Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional (RCGSN) nº 94, de 29 de novembro de 2011, a impugnação do ato de exclusão do Simples Nacional tem efeito suspensivo, razão pela qual o lançamento de ofício que teve tal ato de exclusão como premissa necessária terá caráter preventivo, e, portanto, estará com a exigibilidade suspensa.

Dispositivos Legais: art. 151, inciso III, do CTN; art. 39 da LC nº 123, de 2006; art. 75, § 3º da RCGSN nº 94, de 2011”.

Como bem analisado pela indicação do dispositivo em questão, verifica-se, em sua parte final, que o lançamento tem caráter preventivo, ao passo que posterior ao julgamento a presente demanda é que poderá deixar a exigibilidade suspensa, que deverá ser analisado pela autoridade lançadora e pela Fazenda Nacional.

Assim, nesse período está sendo analisado os termos do crédito fiscal, em que o efeito de exclusão do simples tem em relação ao débito apurado pela autoridade fiscal. Caso a recorrente tenha decisão favorável em processo de exclusão do Simples, essa poderá no segundo momento protestar a nulidade do ato que determinou o lançamento fiscal dos créditos.

Tal medida vale por uma única razão: evitar a decadência do crédito fiscal. Tanto é que o dispositivo acima cita em “exigibilidade suspensa”. Nesse sentido, não se pode exigir algo que ainda nem foi integralmente constituído. Logo, o segundo momento diz respeito a suspensão da prescrição e não da decadência (direito da fazenda constituir o crédito).

A medida portanto, visa prevenir a decadência, e não pode ser aplicada ao presente caso, por faltar disposição legal. Nesse sentido, a decisão de primeira instância teve interpretação correta, pois o art. 151, inciso III, do CTN, determina a suspensão do crédito fiscal e não menciona a suspensão do processo administrativo fiscal que apura o *débito*. Portanto, objetos diferentes.

Ademais, a Súmula CARF n.º 77 assim dispõe:

"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".

Nesse sentido, registra-se que é pelo processo administrativo fiscal que a Fazenda Pública se utiliza para cobrar legalmente seus créditos, sendo eles de natureza tributária ou não.

A legislação obriga o agente fiscal a realizar o ato administrativo, verificando assim o fato gerador e o montante devido, determinar a exigência da obrigação tributária e sua matéria tributável, confeccionar a notificação de lançamento, lavrando-se o auto de infração, e checar todas essas ocorrências necessárias para as fiscalizações de cobrança, quando da identificação da ocorrência do fato gerador, independente da ação judicial manejada, sendo legítima a lavratura do auto de infração em conformidade com o art. 142, do CTN e com o art. 10 do Decreto n.º 70.235/72, conforme dispositivos *in verbis*:

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

"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".

DECRETO n.º 70.235/72.

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".

Verifica-se dos autos que os procedimentos administrativos foram devidamente realizados sem mácula ou nulidade, dentro do processo administrativo (rito processual).

O PAF – Processo Administrativo Fiscal se inicia pelo ato da fiscalização realizada pela autoridade administrativa, que realiza as atividades necessárias para obter as informações necessárias na constituição do crédito devido, conforme determina o artigo 196, do CTN, conforme transcrição abaixo:

"Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do

procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas”.

Assim, a autoridade administrativa tem o poder-dever de realizar diligências que entender devidas para verificar o levantamento de todas as informações necessárias, desde que permitidas em lei, para a respectiva busca da verdade material sobre os fatos em relação a obrigação tributária a ser cumprida, podendo examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, movimentações financeiras, papéis e feitos comerciais ou fiscais dos contribuintes.

Apesar das ações de fiscalização possuírem caráter investigatório e inquisitório, realizando procedimentos unilaterais, de obediência obrigatória, que não é absoluta, o desfecho do PAF alberga os princípios da ampla defesa e contraditório, pois, em um segundo momento, existe a possibilidade do contribuinte se manifestar, impugnar, apresentar provas, e contestar todo o apontamento realizado.

O PAF, como em diversos procedimentos, é constituído de fases, e nesse sentido existe uma espécie de *fase não contenciosa*. Para melhor explicar é de se transcrever a lição de Hugo de Brito Machado, do qual explica:

"A determinação do crédito tributário começa com a fase não contenciosa, que é essencial no lançamento de ofício de qualquer tributo. Tem início com o primeiro ato da autoridade competente para fazer o lançamento, com o objetivo de constituir o crédito tributário. Tal ato há de ser necessariamente escrito, e deve ser levado ao conhecimento do sujeito passivo da obrigação tributária correspondente, posto que só assim pode ser considerado completo. Em outras palavras: o ato inicial da fase não contenciosa da constituição do crédito tributário completa-se quando é levado ao conhecimento do sujeito passivo da obrigação tributária, aquele contra quem o ato é praticado e tem, portanto, interesse em se manifestar contra ele". MACHADO, Hugo de Brito. *Teoria Geral do direito tributário*. Editora Malheiros, São Paulo, 2015, pág 411).

Assim, não assiste razão a recorrente.

DA ALEGAÇÃO DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Alega a recorrente que houve cerceamento do direito de defesa, uma vez que não houve fundamentação do auto de infração. Alega também que em decorrência a recorrente que é nulo o auto de infração, uma vez que não teria respeitado os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, e que não teria sido determinado a matéria tributável, havendo macula no lançamento fiscal consoante o fato gerador, por descumprimento do devido processo legal e por utilizar prova emprestada.

Nesse sentido, em processo administrativo fiscal as causas de nulidade se limitam às que estão elencadas no artigo 59 do Decreto 70.235, de 1972:

"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.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Parágrafo acrescentado pela Lei 8.748, de 1993".

Já o art. 60 da referida Lei menciona que as irregularidades, incorreções e omissões não configuram nulidade, devendo ser sanadas se resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio:

"Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio".

Nesse sentido, está pacificado em nossos Tribunais o princípio de *pas nullité sans grief*, ou seja: não há nulidade sem prejuízo. No presente caso, verifica-se que a recorrente teve ciência de todo os fatos que estavam sendo apontados, pois respondeu a todo questionamento da fiscalização, bem como indicou elementos solicitados para as conclusões do lançamento, não ocorrendo o cerceamento de defesa, pois o AI possui o indicativos dos critérios adotados, *quantum* autuado, bem como dos elementos que constituíram a infração e que foram inclusive objeto de questionamentos por parte do recorrente.

Nesses termos, estando o auto de infração formalmente perfeito, com a discriminação precisa do fundamento legal sobre o que determina a obrigação tributária, os juros de mora, a multa e a correção monetária, revela-se inviável falar em nulidade, não se configurando qualquer óbice ao desfecho da demanda administrativa, uma vez que não houve elementos que possam dar causa à nulidade alegada ou anulação do crédito fiscal.

Conclusão

Diante do exposto, voto por **CONHECER** do Recurso Voluntário, para no mérito **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo-se as disposições fiscais do auto de infração.

(documento assinado digitalmente)

Wesley Rocha
Relator