



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10865.720658/2011-86
ACÓRDÃO	2402-012.898 – 2ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	06 de novembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	FORUSI METAIS SANITÁRIOS LTDA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2009

AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. Súmula Carf nº 1.

ARGUIÇÃO SOBRE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

Não é de competência do julgador administrativo decidir sobre constitucionalidade de lei.

MULTA DE OFÍCIO DE 75%.

A aplicação da multa de ofício decorre do cumprimento da norma legal, de forma que, apurada a infração, é devido o lançamento da multa de ofício.

MULTA. VEDAÇÃO AO CONFISCO.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer parcialmente do recurso voluntário interposto, não se apreciando as alegações de que “a recorrente não pode ser considerada excluída do SIMPLES”, tendo em vista a propositura de ação judicial com o mesmo objeto, restando configurada renúncia à via administrativa, face ao princípio da unidade de jurisdição e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

Gregório Rechmann Junior – Relator

Assinado Digitalmente

Francisco Ibiapino Luz – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, João Ricardo Fahrion Nüske, Luciana Vilardi Vieira de Souza Mifano, Marcus Gaudenzi de Faria e Rodrigo Duarte Firmino.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário interposto em face da decisão da 9ª Turma da DRJ/RPO, consubstanciada no Acórdão 14-57.233 (p. 199), que julgou improcedente a impugnação apresentada pelo sujeito passivo.

Nos termos do relatório da r. decisão, tem-se que:

Destina-se, o presente auto de infração, ao lançamento da contribuição previdenciária devida pela empresa, relativamente à parte da empresa e dos segurados, incidente sobre os pagamentos realizados ao contribuinte individual Cristian Colonhese.

O auto de infração é composto pelos seguintes debcads:

Debcad nº 37.283.737-9 – contribuição da empresa;

Debcad nº 37.283.738-7 – contribuição dos segurados.

Consta no relatório fiscal que, no curso do procedimento fiscal realizado junto à autuada, foi identificada a entrega da importância de R\$ 500.000,00 ao contribuinte individual Cristian Colonhese, no mês de outubro/2007, valor este, contabilizado inicialmente como ‘Adiantamento para compra de imobilizado’ e

retificado posteriormente para 'Empréstimo para terceiro' em conta contábil do ativo nº 151.017-7.

Consta, ainda, que o empréstimo repassado a Cristian Colonhese vem sendo liquidado desde janeiro/2008, na medida em que as parcelas são debitadas pelo Banco do Brasil, tendo como contrapartida a conta contábil 'Serviços de Terceiros' – conta de despesa nº 462.049-6 (pessoa física).

A forma utilizada pela empresa para registrar contabilmente os eventos, levou a fiscalização a concluir que os valores pagos tratavam-se de adiantamento de honorários, cujos ativos vem sendo baixados mensalmente contra despesas de honorários de terceiros.

Foram, então, considerados fatos geradores da contribuição lançada os valores amortizados mensalmente no período de 01/2008 a 12/2009, os quais encontram-se relacionados na planilha denominada 'anexo 01'.

Impugnação

A autuada, por seu procurador constituído, apresentou impugnação ao débito alegando estar enquadrada no Simples desde 04/08/2000, recolhendo os seus tributos de forma unificada.

Informa não ter sido excluída do programa de maneira definitiva, já que o processo de exclusão está em fase de recurso administrativo sob o nº 10865.003623/2009-64. Assim, entende que eventual crédito tributário constituído com base em auto de infração originado da exclusão do Simples deve permanecer suspenso, nos termos do artigo 151, III do Código Tributário Nacional.

Insurge-se contra os métodos utilizados pela fiscalização, alegando que os valores contabilizados não poderiam ser utilizados como base de cálculo das contribuições previdenciárias, por presunção. Entende que esse fato demonstra a falta de investigação para a busca da verdade material. Que ao sujeito passivo compete o ônus da prova e o dever jurídico de investigação. E que o fisco só poderia se valer de outros métodos para efetuar o lançamento quando, após revisão nas declarações do sujeito passivo, conseguisse provar que as informações apresentadas são insuficientes para que seja realizada a devida análise, fato este que entende não ter ocorrido nos autos.

Aduz a inconstitucionalidade da contribuição lançada, com fundamento na Lei Complementar nº 84/96. Alega possuir base de cálculo e fato gerador idêntico ao do Imposto de Renda e também do ISS.

Alega ser confiscatória a multa de ofício aplicada à alíquota de 75%. Além disso, afirma não ter descumprido a norma, ressaltando a apresentação da GFIP como empresa optante pelo Simples, não podendo esta ser considerada declaração inexata.

Insurge-se, ainda, contra a aplicação da SELIC para cálculo dos juros devidos, alegando a sua inconstitucionalidade e a sua natureza remuneratória,

incompatível com a mora que determina a incidência dos juros no âmbito tributário. Entende, assim, que os juros devem estar limitados à taxa de 1% ao mês.

Em relação à representação fiscal para fins penais, entende pela impossibilidade de ser realizada, antes de decisão final administrativa, qualquer comunicação ao Ministério Público para a tomada de eventuais medidas penais.

Protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos, inclusive a juntada de novos documentos.

Requer, ao final, a improcedência dos lançamentos constituídos no presente auto de infração.

Requer que as intimações sejam enviadas também para os procuradores da empresa, no endereço constante na procuração anexada.

A DRJ julgou improcedente a impugnação, nos termos do susodito Acórdão nº 14-57.233 (p. 199), conforme ementa abaixo reproduzida:

AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FATO GERADOR IDENTIFICADO NA CONTABILIDADE DA EMPRESA.

Não implica a utilização de presunção a identificação do fato gerador e da base de cálculo da contribuição previdenciária na contabilidade da empresa em conta cuja denominação identifica se tratar de prestação de serviços por terceiros.

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO. ARGÜIÇÃO.

A instância administrativa é incompetente para se manifestar sobre inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei ou ato normativo.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS. NEGATIVA DE COMPETÊNCIA.

Carece competência à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento para apreciação e julgamento de questões relativas à elaboração e encaminhamento, pela fiscalização, de Representação Fiscal para Fins Penais.

PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA.

Deve ser indeferido o requerimento de produção de provas quando presentes nos autos todos os documentos necessários ao seu pleno entendimento.

CIÊNCIA DE ATOS E TERMOS PROCESSUAIS. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO DO SUJEITO PASSIVO. REQUERIMENTO DE ENVIO AO PROCURADOR DA EMPRESA. INDEFERIMENTO.

As notificações e intimações devem ser endereçadas ao domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, indeferindo o requerimento para remessa do ato para endereço diverso, indicado pelo procurador.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada dos termos da decisão de primeira instância, a Contribuinte apresentou o competente recurso voluntário (p. 213), esgrimindo suas razões de defesa nos seguintes pontos, em síntese:

* a Recorrente não pode ser considerada excluída do SIMPLES, uma vez que se encontra pendente de apreciação o Recurso, conforme preceitua o artigo 151, III do CTN;

* inconstitucionalidade da contribuição lançada, com fundamento na Lei Complementar nº 84/96; e

* natureza confiscatória a multa de ofício aplicada à alíquota de 75%.

Na sessão de 06/02/2024, este Colegiado converteu o julgamento do presente processo administrativo em diligência para que a Unidade de Origem prestasse, em síntese, informações acerca do PAF no qual se discutia a exclusão da Contribuinte do SIMPLES (Resolução nº 2402-001.351, p. 235).

Em atenção ao quanto solicitado, após as devidas providências, foi emitido o Relatório de Diligência Fiscal (p. 390), em relação ao qual, devidamente cientificada, a Contribuinte apresentou a sua manifestação (p. 416).

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Gregório Rechmann Junior, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo. Entretanto, não deve ser integralmente conhecido pelas razões a seguir expostas.

Da Matéria Não Conhecida

Conforme exposto no relatório supra, trata-se o presente caso de lançamento fiscal com vistas a exigir crédito tributário consubstanciados nos seguintes autos de infração:

Debcad nº 37.283.737-9 – contribuição da empresa;

Debcad nº 37.283.738-7 – contribuição dos segurados.

De acordo com o Relatório Fiscal (p. 66) e tal como destacado pelo órgão julgador de primeira instância, tem-se que:

(...) no curso do procedimento fiscal realizado junto à autuada, foi identificada a entrega da importância de R\$ 500.000,00 ao contribuinte individual Cristian Colonhese, no mês de outubro/2007, valor este, contabilizado inicialmente como 'Adiantamento para compra de imobilizado' e retificado posteriormente para 'Empréstimo para terceiro' em conta contábil do ativo nº 151.017-7.

Consta, ainda, que o empréstimo repassado a Cristian Colonhese vem sendo liquidado desde janeiro/2008, na medida em que as parcelas são debitadas pelo Banco do Brasil, tendo como contrapartida a conta contábil ‘Serviços de Terceiros’ – conta de despesa nº 462.049-6 (pessoa física).

A forma utilizada pela empresa para registrar contabilmente os eventos, levou a fiscalização a concluir que os valores pagos tratavam-se de adiantamento de honorários, cujos ativos vem sendo baixados mensalmente contra despesas de honorários de terceiros.

A Contribuinte, em sua peça recursal, reiterando os termos da impugnação apresentada, defende, em síntese, os seguintes pontos:

- * a Recorrente não pode ser considerada excluída do SIMPLES, uma vez que se encontra pendente de apreciação o Recurso, conforme preceitua o artigo 151, III do CTN;

- * inconstitucionalidade da contribuição lançada, com fundamento na Lei Complementar nº 84/96; e

- * natureza confiscatória a multa de ofício aplicada à alíquota de 75%.

No que tange especificamente à alegação no sentido de que “não pode ser considerada excluída do SIMPLES”, a Recorrente defende que:

(...)

Em que pese o entendimento do julgador se faz importante ressaltar que a Recorrente não pode ser considerada excluída do SIMPLES, uma vez que encontra-se pendente de apreciação o Recurso, conforme preceitua o artigo 151, III do CTN:

(...)

Sendo assim, não pode prosperar a exigibilidade do crédito tributário constituído com base em Auto de Infração originado de exclusão de SIMPLES, conforme preceitua a Lei, devendo ser observado que o presente processo deve, por Lei, permanecer suspenso até decisão final.

(...)

Como já destacado a Recorrente é empresa optante do SIMPLES desde 04.08.2000 e de acordo com este regime, faz seus recolhimentos de forma unificada, conforme as regras preceituadas pelas Leis 9.315/96 e, posteriormente, pela LC 123/06.

Ocorre que, por arbitrariedade, o agente fiscal, desconsiderou a condição de empresa optante pelo SIMPLES e apurou, pelos lançamentos, as Contribuições Previdenciárias, como se a Recorrente fosse uma empresa sujeita as regras gerais da tributação e, muito embora, tenha sido excluída de ofício mediante ADE DRF/LIM nº 24 de 23/11/2009, que retroagiu seus efeitos para 01/08/2004, o Recurso a que se deslinda contra o referido ato encontra-se pendente de decisão

no processo administrativo nº 10865.003623/2009-64 o que enseja a suspensão do processo até que seja proferida decisão definitiva, por força do artigo 151 do Código Tributário Nacional.

Sendo assim, até que se tenha uma decisão definitiva, irrecorrível na esfera administrativa, o ato de exclusão encontra-se suspenso, com o consequente Auto de Infração ora impugnado, podendo ser revisto, caso a exclusão seja cancelada, a empresa voltará ao seu regime original — SIMPLES.

Destarte, seja o agente fiscal contrário a este entendimento, a Recorrente não reconhece a totalidade da autuação, uma vez que a exclusão do SIMPLES encontra-se SUSPENSA, não podendo prosseguir com o presente processo administrativo, já que as empresas optantes pelo SIMPLES estão obrigadas ao recolhimento da Contribuição Previdenciária da Empresa através de documento unificado, em conjunto com outros impostos e contribuições.

Sobre o tema, o órgão julgador de primeira instância destacou e concluiu que:

Exclusão do Simples

Aduz, a empresa que o crédito constituído no presente auto de infração deve permanecer suspenso em decorrência da existência do processo nº 10865.003623/2009-64, no qual se discute a exclusão da empresa do Simples Federal.

Contudo, o tributo constituído no presente auto de infração abrange o período de 01/2008 a 12/2009, quando se encontrava em vigência o Simples Nacional, regido pela Lei Complementar nº 123/2006.

Em consulta ao sistema institucional da Receita Federal do Brasil, constatou-se a existência do processo nº 10865.721964/2014-82, no qual se discute a exclusão da empresa do Simples Nacional, encontrando-se atualmente na situação: 'Em apreciação da manifestação de inconformidade'.

O processo de exclusão do Simples, nos termos do artigo 39 da Lei Complementar nº 123/2006 é regido pelas disposições aplicáveis a processo tributário administrativo. Portanto, a apresentação de recurso tempestivo tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito, nos moldes previstos no artigo 151 do Código Tributário Nacional, especificamente em relação à contribuição devida pela empresa, já que a contribuição do segurado deve ser recolhida mesmo pelas empresas optantes pelo Simples.

Tal efeito decorre da lei e independe da manifestação da autoridade julgadora.

Não obstante, a suspensão da exigibilidade não impede o lançamento do tributo reputado devido e nem a tramitação administrativa do auto de infração respectivo, atribuições que devem ser executadas pelas autoridades administrativas com a finalidade de evitar a decadência dos tributos a partir da época em que se processam os efeitos da exclusão.

Assim, não se vislumbra na pendência de julgamento administrativo do processo relativo à exclusão do Simples Nacional, óbice ao prosseguimento do julgamento administrativo deste auto de infração.

Ocorre que, em sede de diligência fiscal solicitada por essa d. Turma, a Contribuinte, por meio do expediente de p. 251, expressamente informou que *a exclusão do Simples Nacional está sendo discutida no âmbito do Poder Judiciário através da Ação Anulatória que tramita sob o nº 5001748-40.2022.4.03.6127.*

Neste sentido, confira-se os excertos abaixo reproduzidos da petição inicial da ação anulatória ajuizada pela Contribuinte:

II – DO DIREITO

II.1 – DO INCORRETO DESENQUADRAMENTO DAS EMPRESAS DO SIMPLES NACIONAL - LEI COMPLEMENTAR 123/2006

A Lei Complementar, 123 de 14 de dezembro de 2006 apresenta os requisitos básicos que devem ser preenchidos pelas empresas optantes do regime tributário mais brando, denominado Simples Nacional, optado pelas empresas narradas como irregulares na autuação fiscal, que contrariamente ao referido pelo fiscalizador, apenas fizeram os seus planejamentos tributários escolhendo pelo enquadramento no Simples Nacional, pois este regime tributário lhes era permitido legalmente, e não porque procederam de forma irregular ou interposta, isto é, atuando com desvio de finalidade e abuso da personalidade jurídica.

(...)

Verifica-se, pois, que as empresas autuadas, ora Autoras desta ação, preenchiam todos os requisitos legais, rigorosamente indicados no art. 3 da Lei Complementar 123/2006 para que fossem enquadradas no regime de tributação Simplificado, **as quais possuíam sócios, patrimônio e administração distintas**, ou seja, eram empresas que não possuíam dependência e vínculo fraudulento, apenas compartilhavam suas operações no mesmo grupo econômico, não existindo vedação à aderência ao Simples Nacional.

(...)

Assim, incorreta a conclusão do nobre auditor fiscal, que presumiu a existência de confusão patrimonial, financeira, gerencial entre as empresas para embasar sua autuação.

Assim, a narrativa construída pela Ré é equivocada, sobretudo ao indicar que o procedimento objetivava a apuração de quota patronal previdenciária das empresas interpostas, supondo que as Autoras irregularmente dividiram suas atividades para obter tratamento tributário diferenciado e irregular, o que não é verdade.

Conforme já dito, **as referidas empresas possuíam patrimônio próprio, eram constituídas de forma autônoma e com quadro societário e endereços distintos.**

Sendo irregular o entendimento reverberado na autuação, qual seja que as empresas Autoras foram constituídas única e exclusivamente para burlar a lei.

Não obstante, o preceito legal apresenta de forma clara quais empresas não podem fazer aderência ao Simples Nacional, conforme disposto no **art. 3, §4 da Lei Complementar, 123/2006**, o que não era o caso das empresas em comento, afastando a motivação da autuação, bem como as alegações de confusão patrimonial, desvio de finalidade e abuso da personalidade jurídica ou, ainda qualquer tipificação penal.

Além disso, sabe-se que preceito contido no §6º, artigo 3º, da Lei Complementar, 123/2006, prevê apenas a exclusão das micro e pequenas empresas beneficiárias do SIMPLES, que deixem de preencher os requisitos autorizadores daquele regime tributário, porém, não prevê nenhuma penalidade, muito menos excessiva como se mostrou no caso dos autos.

Como já foi dito, **as Autoras agiram sob a égide da lei, não podendo ser penalizadas de forma que venha colocar em risco as suas atividades**. A legislação brasileira não ampara penalidades temerárias e com efeito confiscatório, haja vista que, a penalidade tem por finalidade apenas coibir ou inibir uma conduta, de forma que não coloque em risco, em hipótese alguma, o exercício da atividade ou profissão, salvo quando a lei dispuser em contrário, sob pena de ofensa à livre concorrência e a livre iniciativa.

(...)

II.2. DO DESRESPEITO AO PROCEDIMENTO ESTABELECIDO NO ARTIGO 55, §1 DA LC 123/2006, ANTE A NECESSIDADE DE DUPLA VISITA

Não fossem os equívocos interpretativos cometidos pelo Auditor Fiscal ao autuar os Autores, cumpre destacar o desrespeito aos procedimentos básicos inerentes a atividade fiscalizatória de empresas optantes do Simples Nacional, sobretudo a dinâmica da imprescindibilidade da dupla visitação, estabelecida no art. 55, §1 da LC 123/2006.

(...)

O critério indicado acima consiste na realização de duas visitas ao estabelecimento fiscalizado: a **primeira**, para inspecionar o local e instruir o empresário sobre o que este deve fazer para sanar eventual irregularidade, fazendo as determinações respectivas: a **segunda**, para verificar se o empresário seguiu as instruções e, se for o caso, lavrar o auto de infração para tantas quantas forem as irregularidades não sanadas. Eventual auto de lavrado sem observância da dupla visita é nulo de pleno direito.

Ademais, no mesmo sentido sobreveio o Estatuto da Microempresa, instituído pela Lei 9.842/99, que ratifica o critério da dupla visita dentre outras medidas

facilitadoras das rotinas dos pequenos empregadores. Pelo Estatuto, todas as micro e pequenas empresas são beneficiadas pelo critério da dupla visita.

É mister ressaltar que o critério da dupla visita não atenta contra quaisquer direitos. Pelo contrário, obriga a fiscalização a orientar os empresários a torná-los efetivos, sob pena de, na segunda visita, lavrar o respectivo auto de infração. Se a fiscalização atuasse na primeira visita, o empresário ver-se-ia praticamente compelido a se defender na esfera administrativa. Com a orientação prévia, pode o empresário se convencer que o melhor é cumprir a exigência do que discutir administrativamente e/ou judicialmente a questão.

Nesse contexto, é sabido que as empresas autuadas de acordo com Lei Complementar 123/2006 eram enquadradas como EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, optantes do SIMPLES NACIONAL, o que lhes permite o mencionado tratamento diferenciado de instrução, por força do art. 55, §1 da LC 123/2006.

Não obstante, na espécie as empresas autuadas não receberam a devida instrução do órgão fiscalizador quanto a necessidade de adequação de suas condutas, a exemplo da impossibilidade de contratar as demais empresas, que foram chamadas de “interpostas” para o fornecimento de mão de obra ou industrialização, portanto, sendo imposta imediatamente e de forma abusiva a autuação discutida, esta é irregular ante o desrespeito dos procedimentos estabelecidos pelo art. 55, §1 da LC 123/2006, que prestigia a necessidade de dupla visitação.

Dessa forma, de rigor a plena desconsideração e anulação do respectivo auto de infração, isentando os Autores de qualquer penalidade ou eventual multa, por se tratar de auto insubsistente, devido o desrespeito a dinâmica imposta pelo art. 55, §1 da LC 123/2006 para a fiscalização de empresas optantes do Simples Nacional, sendo imprescindível a necessidade de dupla visitação, a primeira instrutória e a segunda impositiva, caso não adequada a conduta irregular, preceito que não foi observado na espécie.

(grifos originais)

Como se vê, no que tange à alegação de defesa referente à exclusão do SIMPLES, tem-se que a lide objeto do presente processo administrativo corresponde exatamente àquela referente à ação judicial em destaque, razão pela qual a decisão proferida na esfera judicial necessariamente espraia seus efeitos para este processo administrativo fiscal.

Não pode a Administração Tributária, por seu contencioso administrativo, imiscuir-se em matéria decidida (ou ser decidida) pelo Poder Judiciário, pois cabe a este tutelar a Administração, e não o inverso.

É essa, pois, a inteligência da Súmula CARF nº 1, in verbis:

Súmula CARF nº 1

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Neste esboço, em face da renúncia ao contencioso administrativo nos termos acima exposto, impõe-se o não conhecimento do recurso voluntário neste particular, cabendo à Unidade de Origem, por certo, a necessária observância dos comandos judiciais advindos da mencionada ação judicial destacada pela Recorrente na petição de p. 251.

Da Alegação de “Inconstitucionalidade da Contribuição lançada, com fundamento na Lei Complementar nº 84/96”

No que tange à alegação de “inconstitucionalidade da contribuição lançada, com fundamento na Lei Complementar nº 84/96”, conforme destacado pelo órgão julgador de primeira instância, *as arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade suscitadas pela impugnante não podem ser apreciadas neste âmbito administrativo por força de expressa vedação normativa, constante nos artigos 26-A do Decreto nº 70.235/72 e artigo 18 da Portaria nº 10.875/07.*

Não há qualquer reparo a ser feito na decisão de primeira instância neste particular.

De fato, as leis, uma vez aprovadas pelo Poder Legislativo, possuem presunção de constitucionalidade. Esta presunção ocorre, em âmbito do Poder Executivo, porque o Presidente da República, ao não vetá-las, concordou com a sua constitucionalidade, nos termos do § 1º do artigo 66 da Constituição Federal.

É o chamado controle de constitucionalidade preventivo, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (in FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional - 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996. Pág. 34). Aliás, o ilustre constitucionalista defende que há duas modalidades de controle de constitucionalidade: o preventivo e o repressivo. O primeiro compete ao Presidente da República e o segundo, ao Poder Judiciário. Logo, segundo o autor, não compete ao Poder Executivo o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, publicada a lei, deve o Poder Executivo observá-la.

A mesma posição é adotada pelo tributarista Hugo de Brito Machado (in MARTINS, Ives Gandra da Silva et alli. Processo Administrativo Tributário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1999. Pág. 151):

“uma decisão do Contencioso Administrativo Fiscal, que diga ser inconstitucional uma lei, e por isto deixe de aplicá-la, tornar-se-á definitiva a minguada de mecanismo no sistema jurídico, que permita levá-la ao Supremo Tribunal Federal. É sabido que o princípio da supremacia constitucional tem por fim garantir a unidade do sistema jurídico.

É sabido também que o Supremo Tribunal Federal cabe a tarefa de garantir essa unidade, mediante controle da constitucionalidade das leis. Não é razoável, portanto, admitir-se que uma autoridade administrativa possa decidir a respeito dessa constitucionalidade, posto que o sistema jurídico não oferece instrumentos para que essa decisão seja submetida à Corte Maior.”

Ressalte-se que a questão já foi decidida pelo E. STJ:

"O crédito resultante de pagamento realizado à base de lei inconstitucional só pode ser compensado através de sentença judicial, porque à Administração não compete o controle da constitucionalidade das leis (Resp. 86.032-MG)." (RESP 184884 / SP)

Por fim, destaque-se o Enunciado de Súmula CARF nº 2, segundo o qual *o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*.

Assim, não se conhece das alegações de inconstitucionalidade de lei, por ausência de competência deste órgão julgador para apreciar a matéria.

Da Alegação de Natureza Confiscatória da Multa de Ofício aplicada à Alíquota de 75%

Quanto à alegação recursal de que a multa de ofício de 75% ofende o princípio constitucional da “proibição do confisco”, insculpido no art. 150, inciso V, da Carta Republicana, esclarecemos que tal princípio é dirigido ao legislador, visando orientar a feitura da lei, que deve observar a capacidade contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco. Não observado esse princípio, a lei deixa de integrar o mundo jurídico, por inconstitucional.

Por sua vez, a multa em questão está prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 27/12/96, que assim dispõe, em sua redação vigente ao tempo dos fatos:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;(Vide Lei nº 10.892, de 2004)(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Desse modo, independente do seu quantum, a multa em análise decorre de lei e deve ser aplicada pela autoridade tributária sempre que for identificada a subsunção do caso concreto à norma punitiva, haja vista o disposto no art. 142, § único, do Código Tributário Nacional (CTN), Lei 5.172, de 25/10/66:

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

Sendo assim, uma vez positivada a norma, é dever da autoridade tributária aplicá-la, sob pena de responsabilidade funcional.

Ademais, conforme destacado linhas acima, nos termos do Enunciado de Súmula CARF nº 2, falece competência a este órgão julgador para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer em parte o recurso voluntário interposto, não se conhecendo da alegação de que “a recorrente não pode ser considerada excluída do SIMPLES”, em razão de renúncia à instância administrativa em razão de propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial com o mesmo objeto do processo administrativo neste particular e, na parte conhecida do recurso, negar-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

Gregório Rechmann Junior