



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

Processo nº 11020.721934/2011-28
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-01.742 – 3ª Turma Especial
Sessão de 14 de agosto de 2012
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO.
Recorrente SOLUTEC SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO INDUSTRIAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/12/2008

AUTO DE INFRAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TERCEIROS. 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).

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Natanael Vieira dos Santos, Gustavo Vettorato, Andre Luis Marsico Lombardi e Paulo Roberto Lara dos Santos.

Relatório

DO LANÇAMENTO

Trata-se de Auto de Infração Debcad nº 37.294.768-9/2011 referente as contribuições da empresa incidentes sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais, período de julho/2007 a dezembro/2008.

O Auto de Infração Debcad nº 37.294.769-7/2011 refere-se ao lançamento das contribuições da empresa destinadas a outras entidades e fundos (terceiros), competências julho/2007 a dezembro/2008.

Consta do Relatório Fiscal, fls. 34 a 51, que as contribuições são devidas em razão da exclusão do sujeito passivo do Simples Nacional por prestação de serviços de manutenção industrial, o que caracteriza atividade vedada, conforme artigo 17, inciso XI da Lei Complementar nº 123/2006, artigo 12, inciso XXII da Resolução CGSN nº 4/2007 e anexo I da Resolução CGSN nº 6/2007. A exclusão do contribuinte do Simples Nacional foi formalizada por meio do Ato Declaratório Executivo – ADE DRF/CXL nº 98, de 27/05/2011, cuja ciência foi dada em conjunto com os Autos de Infração acima citados. Os efeitos da exclusão ocorreram a partir de 01/07/2007 até 31/12/2008.

Foi verificado que o contribuinte exerceu e exerce atividade de manutenção industrial, abrangendo a manutenção de máquinas e equipamentos industriais. As atividades realizadas pela empresa, no período de 07/2007 a 12/2008, não se limitavam àquelas constantes de seus atos constitutivos da época. A atividade de manutenção industrial passou a ser permitida no Simples Nacional a partir de 01/2009, com a alteração do § 1º do artigo 17 e do inciso IX do § 5º-B do artigo 18 da Lei Complementar nº 123/2006, nos termos, respectivamente, do artigo 2º e do artigo 3º da Lei Complementar nº 128/2008.

Os valores correspondentes às contribuições patronais previdenciárias – CPP constantes dos DAS (Documento de Arrecadação do Simples Nacional), foram deduzidos dos valores apurados em razão da exclusão da empresa autuada do Simples Nacional.

Considerando a Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, e em atendimento ao disposto no artigo 106, inciso II, alínea “c” da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN), a fiscalização efetuou a comparação das penalidades de multa, até a competência 11/2008, com a finalidade de aplicar a mais benéfica ao contribuinte. O resultado da comparação está descrito no Relatório Fiscal e demonstrado, por competência, no “Demonstrativo da Multa mais Benéfica e Cálculo do Valor da Multa Aplicada” (fls. 161).

Está consignado no Relatório Fiscal que o não recolhimento das contribuições patronais previdenciárias e daquelas destinadas a outras entidades e fundos, incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados empregados e contribuintes individuais a serviço do sujeito passivo, e que deixaram de ser declaradas em GFIP em razão da informação indevida de opção pelo Simples Nacional, configura, em tese, a

prática de crime de sonegação de contribuição previdenciária e de crime contra a ordem tributária, o que será comunicado ao Ministério Público Federal, em relatório à parte, para as providências cabíveis.

DA CIÊNCIA DO LANÇAMENTO

O contribuinte foi cientificado do lançamento fiscal em 03/06/2011, 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 14/10/2011, inconformado interpôs recurso voluntário em 04/11/2011, alegando e requerendo em síntese:

- em 20 de maio de 2009, a 4ª Turma da DRJ/POA prolatou Acórdão 10.19.541, processo 11020.000442/2007-19, interessado o contribuinte em epígrafe, deferiu a solicitação de cancelamento do Ato Declaratório Executivo DRF/CXL 17, de exclusão do Simples. O Ato Declaratório Executivo – ADE DRF/CXL nº 98, de 27/05/2011, em questão, inova, discutindo a mesma tese, e decide que o contribuinte não poderia ser optante pelo Simples no período de 07/2007 a 12/2008, alegando que aquela decisão se referia ao Simples e não ao Simples Nacional como neste momento. Ocorre que o art. 9º da Lei 9.317/96 e art. 17 da Lei Complementar 123/2006 não vedam as atividades prestadas pelo contribuinte;

- insurge-se contra a alegação de que até 30/06/2007 a empresa podia ser optante pelo Simples, de julho de 2007 a dezembro de 2008 não podia ser optante pelo Simples Nacional, e a partir de janeiro de 2009 podia ser optante, não existindo vedação até esta data;

- a exclusão retroativa do período 07/2007 a 12/2008 é ilegal e ofende ao princípio da irretroatividade das leis. A lei que instituiu o Simples Nacional não relaciona as atividades do recorrente como proibitiva para a opção;

- a decisão de exclusão do Simples Nacional foi com base em entendimentos e interpretações sem ter havido mudança na lei. A atividade de manutenção industrial é a mesma desde a constituição da empresa em 1997 onde era optante pelo Simples.

- por fim, requer:

a) preliminarmente, que seja reconhecido que o recorrente já teve suas atividades julgadas (processo administrativo 11020.000442/2007-19), com base no direito da coisa julgada, ato jurídico perfeito, irretroatividade da lei, da legalidade e proibição do uso de analogia em matéria tributária, em razão da exclusão retroativa para o período de 07/2007 a 12/2008, seja anulada a exclusão do Simples;

b) no mérito, a procedência do recurso, em razão da atividade de manutenção industrial não ser impeditiva à opção do Simples Nacional, em razão de ser optante desde o início da atividade até a atualidade, inclusive com reconhecimento do direito pela DRJ/POA em 2009 e pelo reconhecimento do próprio fisco após 2009, e ainda, a aplicação retroativa do entendimento atual mais benéfico ao contribuinte;

c) a anulação da exclusão do Simples e a declaração de extinção do lançamento fiscal e extinta a representação fiscal para fins penais.

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, item 6, fls. 35/39, o seguinte relato:

6 - DA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

(...)

6.5.A seguir, reproduzimos o objeto de diversos contratos de prestação de serviços entre o sujeito passivo e vários contratantes, todos vigentes até, pelo menos, fevereiro de 2011, conforme item 5.2.1. acima:

contrato de 24/08/2000 com a empresa DINAÇO INDUSTRIA E COMÉRCIO DE FERRO E AÇO LTDA. - objeto: "...prestação de serviços de manutenção industrial em cabines de pintura, nas dependências da CONTRATANTE." (grifo nosso)

contrato de 01/09/1999 com a empresa RANDON S.A. IMPLEMENTOS E SISTEMAS AUTOMOTIVOS - objeto: "...prestação de serviço de manutenção preventiva industrial, nas dependências da CONTRATANTE...". (grifo nosso). Abrangia, dentre outros serviços, tratamento de superfícies, engraxe, aplicação de óleo, lubrificação, raspagem de pó etc, em cabines, túnel e boxes de pintura e de lavagem.

contrato de 02/07/2001 com a empresa JOST BRASIL SISTEMAS AUTOMOTIVOS LTDA. - objeto: "...prestação de serviço de manutenção industrial em geral, nas dependências da CONTRATANTE...". (grifo nosso)

contrato de 28/03/1997 com a empresa MARCOPOLLO S.A. - objeto: "Serviços de manutenção preventiva das cabines de pintura, anticorrosivo, lixamento, laminação e aplicação de gel, e serviços de remoção de borras e resíduos industriais da CONTRATANTE." (grifo nosso)

6.6. Analisando-se as folhas de pagamento do sujeito passivo, do período de 07/2007 a 12/2008, veem-se funcionários com as seguintes funções, típicas da área de manutenção industrial em geral. Citamos, por amostragem, funcionários que ocuparam os mencionados cargos:

técnico operacional em manutenção industrial : Volmir de Nardi Borges /Sidnei Oliveira da Cruz/Daniel Debastiani;

auxiliar de manutenção industrial II : Guilherme Lima Sbardelotto / Luiz Carlos Rodrigues da Costa / Anderson Motta;

montador : Elizeu Pereira Borges;

serralheiro: Sergio Luis Rojahn;

Pintor industrial: Clovis de Melo Silva;

Trabalhador em Serviços de Reparação e Manutenção (diversos).

6.7. O próprio sujeito passivo, em declaração datada de 07 de março de 2011, afirma ter executado, no período de 07/2007 a 12/2008, atividade de manutenção industrial (item "f" da declaração).

6.8 Por fim, compareci à sede da empresa em 17/05/2011, juntamente com o Auditor Fiscal Gilson Fochesato, e fomos atendidos pelo sócio administrador PAULO RICARDO DA SILVA, que declarou que a empresa, desde 2007, executa atividades de "manutenção e reparação de tanques, reservatórios metálicos e caldeiras"; "manutenção e reparação de equipamentos hidráulicos e pneumáticos" e "manutenção e reparação de máquinas para a indústria metalúrgica", tendo sido, então, lavrado o termo de constatação nº 01. Informou ainda que executa estas três atividades "sem" preponderância de uma sobre as outras. Para "todas" estas mencionadas atividades, o risco de acidentes do trabalho é considerado leve, uma vez que correspondem, respectivamente, aos CNAE (classificação nacional de atividades econômicas) Fiscal nºs 3311-2/00, 3314-7/02 e 3314-7/18, cuja alíquota da contribuição prevista no art. 22, II da Lei nº 8.212/91 é de 1% (um por cento).

6.9. Constata-se então, conforme declarações mencionadas acima e contratos de prestação serviços supracitados, todos já firmados em período anterior a 07/2007 e ainda em vigor, que o contribuinte exerceu e exerce atividade de manutenção industrial, abrangendo a manutenção de máquinas e equipamentos industriais. A própria razão social da empresa assim sugere.

6.10. Em virtude do exposto acima, vê-se que, na realidade, o contribuinte nunca deixou de executar a atividade prevista no contrato social vigente até 06/2007, qual seja, a prestação de serviços na área de manutenção de máquinas mecânicas, hidráulicas, elétricas, eletrônicas, aparelhos, equipamentos industriais, cabines de pinturas e assemelhados, pois todos os contratos mencionados acima são muito anteriores a 06/2007, e estavam ainda em vigor pelo menos até fevereiro do corrente ano.

6.11. Desta maneira, quando do ingresso no Regime do Simples Nacional, o sujeito passivo já incorria em hipótese de vedação prevista no art. 12, XXII da Resolução CGSN nº 04/2007.

6.12. Corroborando o exposto acima, veja-se que a Resolução CGSN nº 06, de 18 de junho de 2007, também previa em seu anexo I (redação vigente até 31/12/2008), dentre muitos da área de manutenção industrial, os seguintes códigos previstos na CNAE impeditivos ao ingresso no Simples Nacional:

- 3311-2/00 Manutenção e reparação de tanques, reservatórios metálicos e caldeiras, exceto para veículos;

- 3314-7/02 Manutenção e reparação de equipamentos hidráulicos e pneumáticos, exceto válvulas;

- 3314-7/18 Manutenção e reparação de máquinas para a indústria metalúrgica, exceto máquinas-ferramenta.

6.13. Como a atividade de manutenção industrial passou a ser permitida no SIMPLES NACIONAL a partir de 01/2009, tendo em vista a alteração do §1º do art. 17 e do inciso IX do § 5º-B do art. 18, ambos da Lei Complementar nº 123/06, nos termos, respectivamente, do art. 2º e do art. 3º da Lei Complementar nº 128/2008, a empresa, então, alterou novamente seus atos constitutivos (somente em junho de 2010), para fazer constar no seu objeto social atividade que já desempenhava. Ou seja, as atividades realizadas pela empresa, no período de 07/2007 a 12/2008, 'não' se limitavam àquelas constantes de seus atos constitutivos da época.

6.14. Uma vez constatada a prestação de serviços de manutenção industrial, o que caracteriza atividade vedada ao SIMPLES Nacional, conforme art. 17, inciso XI, da Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 12, inciso XXII da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 04, de 30 de maio de 2007 e anexo I da Resolução CGSN nº 06, de 18 de junho de 2007, o sujeito passivo deve ser excluído do referido Regime Especial Unificado, no período de 1º de julho de 2007 a 31 de dezembro de 2008, nos termos do art. 28, caput e parágrafo único e art. 29, todos da Lei Complementar nº 123, de 2006 e inciso XI do art. 5º, e inciso VII e §14 do art. 6º, da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, sendo que referida exclusão está sendo formalizada através do Ato Declaratório Executivo - ADE DRF/CXL nº 98, de 27 de maio de 2011, do qual o sujeito passivo toma ciência conjuntamente com os Autos de Infração objeto deste relatório.

6.15. Salientamos que o sujeito passivo pode apresentar impugnação tanto da declaração de exclusão (ADE DRF/CXL nº 98/2011) quanto dos Autos de Infração objeto deste processo.

Como se pode notar está demonstrada pela fiscalização que o recorrente exercia diversas atividades de prestação de serviço de manutenção industrial que vedavam a empresa de pertencer ao Simples Nacional para o período 07/2007 a 12/2008.

A decisão recorrida, fls. 246/250 também observou o relatório fiscal, assim se manifestando:

Em razão do teor da impugnação do sujeito passivo, inicialmente cabe esclarecer que o Simples - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte não se confunde com o Simples Nacional – Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Embora ambos regulem o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido que deve ser dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte, nos termos do artigo 179 da Constituição Federal, o Simples e o Simples Nacional foram instituídos em momentos diferentes, contando cada um com sua legislação própria.

O Simples foi instituído pela Lei nº 9.317/1996, e esteve vigente até 30/06/2007. Este sistema foi substituído a partir de 01/07/2007 pelo Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123/2006. Em seu artigo 89, esta Lei Complementar expressamente dispôs sobre a revogação da Lei nº 9.317/1996 a partir de 01/07/2007.

O julgamento administrativo a que se refere a impugnante, cuja decisão foi proferida pela 4ª Turma da DRJ/POA em 20/05/2009, teve como base sua exclusão do Simples.

Conforme exposto no Acórdão nº 10-19.541, a questão foi analisada à luz do disposto na Lei nº 9.317/1996 e legislação pertinente. Naquele caso, foi assegurada ao contribuinte a permanência no sistema Simples de tributação simplificada, vigente, repita-se, até 30/06/2007.

Aqui, neste processo, deve ser analisada a possibilidade de permanência do contribuinte no regime de tributação simplificada Simples Nacional, a partir de 01/07/2007, de acordo com as novas regras vigentes.

Assim, a decisão da 4ª Turma da DRJ/POA não pode ser oposta como matéria de defesa neste processo, que se refere à exclusão do sujeito passivo do Simples Nacional.

Quanto às demais decisões judiciais trazidas aos autos, ressalta-se seu efeito apenas inter-partes, de forma tal que seria imprescindível que o autuado fizesse prova de que era parte das ações para que o decidido naqueles acórdãos, se fosse o caso, lhe aproveitasse. E mesmo nesse caso também não poderiam aqui ser aproveitadas, já que as decisões judiciais, da mesma forma que a decisão administrativa citada anteriormente, referem-se exclusivamente ao sistema de tributação simplificada Simples instituído pela Lei nº 9.317/1996, que não é o objeto deste processo.

Diante do exposto, passa-se a analisar os fatos exclusivamente com base na legislação pertinente ao Simples Nacional - Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Conforme os termos do Ato Declaratório Executivo DRF/CXL nº 98, de 27/05/2011, o sujeito passivo foi excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional em razão do exercício de atividade vedada a que se refere o inciso XI do artigo 17 da Lei Complementar nº 123/2006, e anexo I da Resolução CGSN nº 6, de 18/06/2007 (redação vigente até 31/12/2008).

Diz o texto da Lei Complementar nº 123/2006:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

XI – que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;

(...)

A Lei Complementar nº 123/2006, em seu artigo 2º, § 6º, atribuiu ao Comitê Gestor do Simples Nacional a competência para regulamentar a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

Com base nesta competência, foi editada a Resolução CGSN nº 4, de 30/05/2007, que dispôs sobre a opção pelo Simples Nacional e assim disciplinou a utilização dos códigos de atividades econômicas:

Art. 9º. Serão utilizados os códigos de atividades econômicas previstos na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) informados pelos contribuintes no CNPJ, para verificar se as ME e as EPP atendem aos requisitos pertinentes.

§ 1º O CGSN publicará resolução específica relacionando os códigos da CNAE impeditivos ao Simples Nacional.

§ 2º Na resolução a que se refere o § 1º serão relacionados também os códigos ambíguos da CNAE, ou seja, os que abrangem concomitantemente atividade impeditiva e permitida ao Simples Nacional.

(...)

(sem grifos no original)

A resolução específica a que se referiu o § 1º do artigo 9º acima citado é a Resolução CGSN nº 6, de 18/06/2007, que definiu, em seu Anexo I, os códigos previstos na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) impeditivos ao Simples Nacional.

Entre estes códigos impeditivos encontram-se os citados pela fiscalização, cujas atividades o sujeito passivo expressamente declarou exercer, de acordo com o item 6.8 do Relatório Fiscal (fls. 38) e o Termo de Constatação nº 01 (fls. 58):

3311-2/00: manutenção e reparação de tanques, reservatórios metálicos e caldeiras, exceto para veículos;

3314-7/02: manutenção e reparação de equipamentos hidráulicos e pneumáticos, exceto válvulas;

3314-7/18: manutenção e reparação de máquinas para a indústria metalúrgica, exceto máquinas-ferramenta.

Demonstrado que no período em questão (01/07/2007 a 31/12/2008) o sujeito passivo exercia atividades que a legislação do Simples Nacional reputava vedadas, não há reparos a fazer quanto à sua exclusão do regime de tributação simplificada, que decorreu da aplicação da legislação pertinente ao caso concreto.

Em relação à retroação dos efeitos da exclusão do sujeito passivo do Simples Nacional, tampouco se verifica qualquer ilegalidade, já que também obedeceu aos estritos termos da legislação vigente.

O artigo 28 da Lei Complementar nº 123/2006 estabelece as hipóteses de exclusão do Simples Nacional, ou seja, se de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. O § 3º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006 dispôs que a exclusão de ofício seria realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, tendo sido editada para esse fim a Resolução CGSN nº 15, de 23/07/2007.

A fiscalização constatou que, quando do ingresso do sujeito passivo no Regime do Simples Nacional, este incorria na hipótese de vedação prevista no inciso XXII do artigo 12 da Resolução CGSN nº 4/2007, que praticamente reproduziu os termos do inciso XI do artigo 17 da Lei Complementar nº 123/2006, anteriormente citado.

Por esta razão, a empresa foi excluída de ofício, de acordo com previsão do inciso XI do artigo 5º da Resolução CGSN nº 15/2007. Esta exclusão produziu efeitos a partir da data dos efeitos da opção pelo Simples Nacional, ou seja, 01/07/2007, nos termos do inciso VII do artigo 6º da Resolução CGSN nº 15/2007. Reproduz-se estes dispositivos da legislação a seguir:

Art. 5º A exclusão de ofício da ME ou da EPP optante pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

XI – for constatado, quando do ingresso no Regime do Simples Nacional, que a ME ou a EPP incorria em alguma das hipóteses de vedação previstas no art. 12 da Resolução CGSN nº 4, de 2007.

(...)

Art. 6º A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

VII – a partir da data dos efeitos da opção pelo Simples Nacional, nas hipóteses previstas nos incisos XI e XII do art. 5º.

Uma vez excluída do Simples, a pessoa jurídica está sujeita, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, conforme definido pelo artigo 32 da Lei Complementar nº 123/2006.

Desta forma, a partir da emissão do Ato Declaratório de Exclusão existe a condição plena para que o contribuinte se sujeite ao recolhimento das contribuições sociais de acordo com as normas de tributação aplicáveis às empresas em geral.

Neste caso, sendo a atividade administrativa de lançamento vinculada e obrigatória, a autoridade administrativa deve, sob pena de responsabilidade funcional, constituir o crédito tributário ao verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação e da falta de pagamento do tributo correspondente (artigo 142, § único da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional - CTN), em razão do que efetuou o lançamento das contribuições sociais exigidas nestes autos de infração.

Por todo o exposto, impossível o atendimento ao pleito do contribuinte de anulação da exclusão do Simples Nacional e cancelamento dos Autos de Infração.

Por fim, em relação ao pedido de cancelamento da Representação Fiscal para Fins Penais - RFFP, deve ser esclarecido que a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento - DRJ é incompetente para manifestação quanto a esta matéria, que não faz parte das atribuições definidas no artigo 229 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, aprovado pela Portaria MF nº 587, de 21/12/2010 (publicada no DOU de 23/12/2010).

Observe-se, apenas, quanto à emissão da RFFP, que esta constitui dever legal do Auditor-Fiscal, consoante o disposto no artigo 116, inciso VI, da Lei nº 8.112/1990, que dispõe sobre o

regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, bem como nos termos da Portaria RFB nº 2.439/2010, publicada no DOU de 22/12/2010, transcrita parcialmente a seguir:

Art. 1º O Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB) deverá formalizar representação fiscal para fins penais perante o Delegado ou Inspetor- Chefe da Receita Federal do Brasil responsável pelo controle do processo administrativo fiscal sempre que, no exercício de suas atribuições, identificar atos ou fatos que, em tese, configurem crime contra a ordem tributária ou contra a Previdência Social.

(...)

Art. 4º 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, e aos crimes contra a Previdência Social, definidos nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, será formalizada e protocolizada em até 10 (dez) dias contados da data da constituição do crédito tributário. (Redação dada pela Portaria RFB nº 3.182, de 29 de julho de 2011)

(...)

Art. 8º O servidor que descumprir o dever de representar, nos termos estabelecidos nesta Portaria, fica sujeito às sanções disciplinares previstas na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, sem prejuízo do disposto na legislação criminal.

Conclusão Nestes termos, voto por julgar improcedente a impugnação, mantendo a exclusão do contribuinte do Simples Nacional no período de 01/07/2007 a 31/12/2008 e os créditos tributários exigidos.

Como se pode notar da decisão recorrida, a decisão proferida pela 4ª Turma da DRJ/POA em 20/05/2009, teve como base sua exclusão do Simples (Lei 9.317/96) e não a exclusão do Simples Nacional (Lei Complementar 123/2006) que é objeto da discussão em epígrafe. São legislações distintas em momentos distintos. Assim, não se podem aplicar os argumentos da decisão da 4ª Turma da DRJ/POA em 20/05/2009 (Lei 9.317/96) para os argumentos apresentados em razão da exclusão da empresa do Simples Nacional (Lei Complementar 123/2006).

Assim, não há que se falar em violação ou aplicação do ato jurídico perfeito, da irretroatividade da lei, do princípio da legalidade e do uso de analogia em matéria tributária, em razão da exclusão retroativa para o período de 07/2007 a 12/2008.

A atividade de serviços de manutenção industrial é impeditiva à opção do Simples Nacional, conforme art. 17, inciso XI, da Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 12, inciso XXII da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 04, de 30 de maio de 2007 e anexo I da Resolução CGSN nº 06, de 18 de junho de 2007, anteriormente mencionado.

Quanto à emissão da Representação Fiscal para Fins Penais - RFFP, constitui dever legal do Auditor-Fiscal, consoante o disposto no artigo 116, inciso VI, da Lei nº 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das

autarquias e das fundações públicas federais, bem como nos termos da Portaria RFB nº 2.439/2010, publicada no DOU de 22/12/2010. A análise de sua procedência ou não será examinada pelo órgão competente.

Como exposto pela decisão recorrida, o lançamento fiscal se refere a contribuições sociais previdenciárias e contribuições para outras entidades e fundos não recolhidas pelo contribuinte em razão da exclusão de optante pelo Simples Nacional. Assim, as contribuições previdenciárias e para outras entidades e fundos são devidas.

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.

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

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