



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11065.723607/2012-75
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-009.305 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de outubro de 2021
Recorrente INDUSTRIA DE TOLDOS STRASSBURGUER LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/01/2008 a 31/12/2008

EXCLUSÃO DO SIMPLES. LANÇAMENTO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DECORRENTES.

Promovida a exclusão da pessoa jurídica do Simples Nacional, proceder-se-á, se for o caso, a lavratura de auto de infração para a exigência do crédito tributário devido.

MULTA DE OFÍCIO.

Nos casos de lançamento de ofício, será aplicada multa 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.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS. APROVEITAMENTO. RECOLHIMENTOS PARA O SIMPLES NACIONAL. POSSIBILIDADE.

Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

TAXA SELIC.

As contribuições em atraso estão sujeitas aos juros equivalentes à Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC).

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMITES DE COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS.

As decisões administrativas e judiciais, mesmo proferidas por Conselhos de Contribuintes, pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, que não tenham efeitos vinculantes, não se constituem em normas

gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer ocorrência, senão aquela objeto da decisão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário para determinar o aproveitamento de eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados pela sistemática simplificada, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Francisco Nogueira Guarita - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Francisco Nogueira Guarita, Douglas Kakazu Kushiya, Débora Fófano Dos Santos, Fernando Gomes Favacho, Thiago Buschinelli Sorrentino (suplente convocado) e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

O presente processo trata de recurso voluntário em face do Acórdão 07-34.253 5ª Turma da DRJ/FNS, fls. 144 a 156.

Trata de autuação referente a contribuições sociais destinadas à Seguridade Social e, por sua precisão e clareza, utilizarei o relatório elaborado no curso do voto condutor relativo ao julgamento de 1ª Instância.

DAS AUTUAÇÕES

Tratam-se lançamentos de contribuições sociais, constantes dos Autos de Infração abaixo relacionados, lançados com base nos mesmos elementos de prova:

DEBCAD	CONTEÚDO	VALOR	LEVANTAMENTOS
37.347.886-0	Contribuições previdenciárias a cargo da empresa – parte patronal (20%) e SAT/RAT (2%).	R\$ 30.917,60, consolidado em 18/12/2012	FE – DESENQ SIMPLES E GFIP FI – DESENQ SIMPLSCIGFIP ME – DESENQ SIMPLESE POS MP 449
37.347.887-9	Contribuições devidas a outras entidades/Fundos	R\$ 5.581,14 consolidado em 18/12/2012	FE – DESENQ SIMPLES E GFIP ME – DESENQ SIMPLESE POS MP 449

Fundamentos dos lançamentos fiscais

Consoante o Relatório Fiscal (fls. 22-25), seus anexos e demais elementos constantes dos autos, depreende-se que a empresa foi excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Federal), instituído pela Lei n.º 9.317, de 2006, com efeitos a partir de 01/07/2007, e não foi enquadrado no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, instituído pela Lei Complementar n.º 123, de 2006, em virtude de possuir débitos fiscais. De acordo com a autoridade lançadora, a solicitação de 10/07/2007 foi indeferida porque o contribuinte possuía pendência fiscal junto a Município e a solicitação de 23/01/2008, foi indeferida por possuir débitos não previdenciários com a Receita Federal do Brasil.. Consta, ainda, que o contribuinte foi incluído como optante pelo Simples Nacional a partir de 01/01/2012.

Entretanto, de acordo com o item 4.2 do REFISC. nas competências 01/2008 a 12/2008, o contribuinte informou a GFIP como empresa optante do Simples, "código 01", deixando de recolher os valores destinados à Previdência Social e para Terceiros.

Em face disso, foram lavrados os autos de infração antes relacionados, onde foram constituídos os créditos tributários referentes ao período de 01/2008 a 12/2008, que deixaram de serem recolhidos pelo contribuinte devido a incorreta informação na GFIP. Foram lançadas contribuições previdenciárias e para as Terceiras Entidades, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais a seu serviço, apuradas com base nas remunerações declaradas na Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), discriminadas na planilha de fl. 26-28.

Na apuração das contribuições para as Terceiras Entidades (FNDE, INCRA, SESI/SENAI e SEBRAE). foi observado o percentual de 5.8%, correspondente ao FPAS - Fundo de Previdência e Assistência Social n.º 507 (GERAL INDUSTRIA/TRANSPORTES/CONSTRUÇÃO CIVIL).

Tocante à multa aplicada, consta do item 5 do Relatório Fiscal que nas competências 01/2008 a 11/2008. devido à edição da Medida Provisória n.º 449, de 03/12/2008. convertida na Lei n.º 11.941, de 27 de maio de 2009, a qual implementou a multa de ofício (75%) na cobrança de contribuição decorrente de fato gerador de contribuição previdenciária não recolhida e não declarada em GFIP, e, em atendimento ao disposto no art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN, foi feita a comparação mensal entre as multas previstas na legislação vigente à época do fato gerador (Auto de Infração FL 68 e multa de mora antiga) e a legislação atual introduzida pela MP 449 (multa de 75%). Restou verificado na planilha comparativa de fls. 29, que em todas as competências a multa mais benéfica foi a multa de 75% (legislação atual).

Finalmente, a Fiscalização considerou presentes as razões e fatos caracterizadores, em tese, de práticas delitivas, fatos estes incluídos em RFFP.

IMPUGNAÇÃO

Cientificado pessoalmente das Autuações em 29/01/2013 (fls. 3 e 12), o Autuado apresentou impugnação em 27/02/2013. através do instrumento de fls. 54-73, acompanhado dos documentos de fls. 74-138, alegando, em síntese, o que passo a expor:

1. Inicialmente, faz breve resenha dos autos de infração impugnados.
2. Prossegue, alegando no período de 01/01/2008 a 31/12/2011 era optante do Simples Nacional por força de decisão judicial.
3. Relata que ingressou em 02/09/2008 com o Mandado de Segurança n.º 2008.72.08.006413-1 e que em 24/10/2008 foi proferida sentença deferindo o ingresso

no Simples Nacional a partir de 14/03/2008. Em sede de apelação, foi negado provimento ao recurso interposto pela União Federal e dado parcial provimento ao recurso da ora impugnante, para reincluir a empresa no Simples Nacional a partir de 23/01/2008. Dessa decisão a União interpôs Recurso Especial que foi provido pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja decisão transitou em julgado em 16/12/2011.

4. Defende que como estava autorizada por decisão judicial a pagar seus tributos na sistemática do Simples Nacional, os débitos que compõem os autos de infração em anexo não são devidos.

5. Contesta a aplicação da multa de 75% porque não houve atraso no pagamento de contribuição, tampouco sonegação fiscal. Invoca, ainda, a Súmula 17 do CARF. de acordo com a qual não cabe multa de ofício nos lançamentos efetuados para prevenir a decadência, quando a exigibilidade estiver suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 do CTN e a suspensão do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

6. Defende que vem sendo admitida a possibilidade de o Poder Executivo deixar de aplicar uma legislação inconstitucional, e, nesse sentido, como o ato de exclusão do Simples Nacional por débitos de valor irrisórios, como é o caso do contribuinte, é inconstitucional, devem ser considerado nulo, e, por conseqüência, os autos de infração impugnados. Cita, em seu favor, que o CARF vem suspendendo decisões quando a matéria é objeto de repercussão geral no STF e no caso presente a exclusão de contribuintes do Simples Nacional é matéria com repercussão Geral (tema n.º 363 - Impedimento à adesão ao Regime Tributário do Simples Nacional de Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte com pendências tributárias ou previdenciárias).

7. O contribuinte invoca a proteção constitucional às empresas de pequeno porte, discorrendo quanto às razões fiscais e extra-fiscais do regime jurídico específico, arguindo que a lei complementar, sob pena de violação ao princípio constitucional, não pode restringir o acesso de micro empresas e empresas de pequeno porte ao regime de tratamento diferenciado na questão tributária. Nesse sentido, chama a atenção para a manifesta inconstitucionalidade do art. 17, inciso V, e art. 31, §1º, da Lei Complementar n.º 123, de 2006. Tece considerações sobre o que considera sanções políticas como meio de coagir o pagamento de tributos, e que é nítida a intenção de coibir o contribuinte a regularizar a sua situação fiscal (ait. 30, §2º, da Lei Complementar n.º 123, de 2006), violando especialmente o princípio do livre exercício de atividade econômica. Discorre sobre os princípios da Ordem Econômica constitucionalmente estabelecidos (art. 170 da CF). Aduz, ainda, que o art. 17, inciso V, da LC n.º 123, de 2006, viola o art. 150, II, da CF. Finalmente, discorre que o agente pode avaliar a conveniência e oportunidade do atos que pratica e que não se pode confundir a supremacia do interesse com o bem comum, ou com o interesse do Estado, pois, em última *ratio*, o titular do interesse público é o povo, a sociedade e não o Poder Executivo.

8. Assevera que pelos mesmos motivos indicados com relação a multa de ofício, também devem ser excluídos dos autos de infração os juros de mora.

9. No tocante aos créditos tributários lançados, diz que recolheu valores a título de contribuição previdenciária patronal - CPP por meio da DAS do Simples Nacional, os quais não foram descontados nos lançamentos. Requer, em face disso, a anulação dos autos de infração em comento, por serem ilíquidos.

Requer, ao final:

À vista de todo exposto, demonstrada a ilegalidade dos autos de infração em razão de que a impugnante esteve no simples nacional no período compreendido pela fiscalização, conforme documentos extraídos de processo judicial, devem ser considerados nulos os autos de infração, e ser declarada a inconstitucionalidade da

exclusão da empresa impugnante do Simples Nacional Assim, espera e requer a impugnante seja acolhida a presente impugnação administrativa, para o fim de assim ser decidido, cancelanão-se, em definitivo, os autos de infração AI N° 37.347.886-0 e AI N° 37.347.887-9, nos termos da argumentação vertida, eis que os autos de infração se deram tão somente em razão de a empresa ter recolhido seus impostos no regime do simples nacional, amparada por decisão judicial neste sentido.

Caso não seja acolhido o argumento acima, o que não se acredita, requer seja retirada dos autos de infração a multa aplicada e os juros, pois comprovado, com os documentos anexados a essa impugnação, que a contribuinte recolheu os valores pelo simples nacional, pois estava amparada por decisão judicial. Ou seja, não houve atraso no recolhimento do tributo, nem má-fé da contribuinte, justificaria a imposição de multa por sonegação fiscal.

Ainda devem ser considerados nulos os autos de infração, pois o valor encontrado é ilíquido, na medida em que não houve o desconto dos valores pagos pela impugnante no regime de tributação simplificada.

Protesta, com fulcro no disposto no art. 5º, inc. LV da Constituição Federal, pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente documental e pericial, para comprovar que não houve o abatimento dos valores já recolhidos pela impugnante.

É o relatório.

Ao analisar a impugnação, o órgão julgador de 1ª instância, decidiu que não assiste razão à contribuinte, de acordo com a seguinte ementa:

assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

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

EXCLUSÃO DO SIMPLES. LANÇAMENTO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DECORRENTES.

Promovida a exclusão da pessoa jurídica do Simples Nacional, proceder-se-á, se for o caso, a lavratura de auto de infração para a exigência do crédito tributário devido.

MULTA DE OFÍCIO.

Nos casos de lançamento de ofício, será aplicada multa 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.

TAXA SELIC.

As contribuições em atraso estão sujeitas aos juros equivalentes à Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC).

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

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

COMPENSAÇÃO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS. RECOLHIMENTOS PARA O SIMPLES NACIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

É vedada a compensação de contribuições previdenciárias com o valor recolhido para o Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

PROTESTO POR PROVAS.

Indefere-se o pedido pela produção posterior de provas, quando não são atendidas as exigências contidas na norma de regência do contencioso administrativo fiscal vigente à época da impugnação.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMITES DE COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Tempestivamente, houve a interposição de recurso voluntário pela contribuinte às fls. 162 a 178, refutando os termos do lançamento e da decisão de piso.

Voto

Conselheiro Francisco Nogueira Guarita, Relator

O presente Recurso Voluntário foi formalizado dentro do prazo a que alude o artigo 33 do Decreto n. 70.235/72 e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, daí por que devo conhecê-lo e, por isso mesmo, passo a apreciá-lo em suas alegações meritórias.

Observo, de logo, que o cerne da lide é o fato de que a contribuinte no período sob fiscalização estaria excluído do regime tributário do SIMPLES por débitos para com a fazenda pública. Na expectativa de sua manutenção no regime simplificado, o contribuinte impetrou mandado de segurança a fim de que se mantivesse regido pelo regime de tributação mais benéfico. No final de 2011 a referida ação judicial transitou em julgado, negando o direito pleiteado pela contribuinte, que não regularizou a sua situação dentro do prazo de 30 dias do trânsito em julgado da ação. Por conta disso, em agosto de 2012, a fiscalização autuou o contribuinte, cobrando as contribuições devidas, com base na exclusão do contribuinte do SIMPLES.

Em seu recurso voluntário, o contribuinte repisa os mesmos argumentos de defesa arguidos por ocasião da impugnação, argumentando basicamente que não deveria ser excluído do SIMPLES pelo valor irrisório do débito fiscal e que o lançamento, juntamente com as multas eram indevidos, pois o mesmo estaria abrangido pela decisão judicial favorável, mesmo que posteriormente tendo sido cassada, ao mesmo tempo em que solicita que sejam aproveitados os valores pagos através da sistemática de apuração do SIMPLES.

De antemão, no que diz respeito à solicitação de aproveitamento dos valores pagos através da sistemática de apuração do SIMPLES, entendo que assiste razão ao recorrente, haja vista a existência da súmula CARF n.º 76, que vai ao encontro das aspirações da recorrente, conforme a transcrição da referida súmula, a seguir apresentada:

Súmula CARF n.º 76:

Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

Ademais, após essas considerações iniciais necessárias, à exceção da solicitação do aproveitamento dos valores pagos, consoante relatado, ao desarrazoar o recorrente em relação aos demais aspectos do lançamento, considerando que os argumentos trazidos no recurso voluntário são similares aos da peça impugnatória, razão pela qual, em vista do disposto no § 3º do artigo 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015 - RICARF, estando os fundamentos apresentados na decisão de primeira instância estritamente de acordo com o entendimento deste julgador, adoto-os como minhas razões de decidir, o que faço com a transcrição dos tópicos pertinentes da referida decisão, a seguir apresentados:

A impugnação apresenta os requisitos legais para admissibilidade, dela conheço.

1. MANDADO DE SEGURANÇA N.º 2008.71.08.006413-1/RS

Informa o contribuinte, em suas razões, que no período de 01/01/2008 a 31/12/2008, encontrava-se autorizado por força de decisão judicial proferida no Mandado de Segurança n.º 2008.72.08.006413-1, ajuizado em 02/09/2008, a pagar seus tributos como empresa optante pelo Simples Nacional.

Entretanto, da análise dos documentos anexados pelo contribuinte, especialmente a sentença de primeira instância, o acórdão do TRF da 4ª Região e o acórdão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (fls. 117-132), constata-se que o contribuinte não possui o direito, judicialmente assegurado, de permanecer no Simples Nacional no período objeto do lançamento.

O próprio contribuinte relatada que ingressou em 02/09/2008 com o Mandado de Segurança antes referenciado e que 24/10/2008 foi proferida sentença deferindo o ingresso da impugnante no Simples Nacional a partir de 14/03/2008. Observa-se do relatório da sentença de 1º grau (fls. 117-120), que não foi deferida a medida liminar pleiteada pelo contribuinte, muito embora tenha sido concedida parcialmente a segurança, afastando o termo de indeferimento da opção ao Simples, registrado em 14/03/2008. O acórdão proferido pelo Egrégio TRF da 4ª Região deu provimento a apelação da Autora, determinando sua inclusão no Simples Nacional a contar de 23/01/2008 e negou provimento ao apelo da União e à remessa oficial (fls. 123-125). Dessa decisão a União interpôs Recurso Especial que foi provido pela Excelsa Corte (fls. 129-130), cuja decisão transitou em julgado em 16/12/2011.

Portanto, como se vê, o contribuinte não possui decisão judicial que ampare o procedimento de declarar na GFIP como optante pelo Simples Nacional no período de 01/2008 a 12/2008, alcançado pelos AI em análise.

Outrossim, ainda que o contribuinte tivesse obtido provimento liminar que amparasse o alegado direito, tal fato não impediria que a Secretaria da Receita Federal do Brasil procedesse ao lançamento dos créditos tributários objeto da lide judicial.

Ocorre que as hipóteses de suspensão de exigibilidade do crédito tributário previstas no artigo 151 do Código Tributário Nacional¹, embora obstem a execução de atos de cobrança (ex: inscrição em Dívida Ativa, propositura da ação de execução fiscal), não impedem o lançamento, pois este, de acordo com o parágrafo único do artigo 142 do Código Tributário Nacional, é ato vinculado e obrigatório, indispensável para prevenir a decadência.

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

m - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Inciso incluído pela Lcp n.º 104, de 10.1.2001) (Vide Medida Provisória n.º 38, de 13.5.2002)

VI - o parcelamento. (Inciso incluído pela Lcp n.º 104, de 10.1.2001) (Vide Medida Provisória n.º 38, de 13.5.2002)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

Em caso de suspensão da exigibilidade, portanto, a autoridade fiscal não está impedida de fiscalizar e lançar o crédito tributário, pois essa suspensão refere-se ao crédito e não à possibilidade da autoridade fiscal efetuar o lançamento, estando suspensos tão-somente os atos executórios de cobrança.

Nesse sentido, extrai-se a jurisprudência:

(...)

3. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder a regular constituição de crédito tributário para prevenir a decadência do direito de lançar.
4 Embargos de divergência providos.

(STJ, Primeira Seção. EDIVREsp 572.603/PR, rei. Min. Castro Meira, jun/05)

MEDIDA LIMINAR. SUSPENSÃO. LANÇAMENTO. CRÉDITO. POSSIBILIDADE. DECADÊNCIA CONFIGURADA.

1. A ordem judicial que suspende a exigibilidade do crédito tributário não tem o condão de impedir a Fazenda Pública de efetuar seu lançamento. 2. Com a liminar fica a Administração tolhida de praticar qualquer ato contra o devedor visando ao recebimento do seu crédito, mas não de efetuar os procedimentos necessários a regular constituição dele. Precedentes. 3. Recurso não conhecido.

(STJ, 2ª T., un., Resp 119.156/SP, rei. Min. Laurito Vaz, ser/02)

ACÇÃO ANULATÓRIA. LANÇAMENTO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 151 DO CTN.

A suspensão regulada pelo artigo 151 do Código Tributário Nacional paralisa temporariamente o prazo prescricional, mas não suspende a prática do próprio ato administrativo de lançamento, decorrente de atividade vinculada e obrigatória, nos termos do artigo 142 do mesmo Código, e necessária para evitar a decadência do poder de lançar.

(TRF4, 11ª T, un., AC 2000.70.00.014744-0/PR, rei. Desa. Fed. Maria Lúcia Luz Leiria, abr/03)

Lembre-se, ainda, que o lançamento tem como objetivo resguardar o crédito tributário. Não efetuado o lançamento no curso do prazo decadencial, o Fisco não mais poderá fazê-lo, ainda que extinta a causa suspensiva da exigibilidade, pelo fato de o crédito achar-se fulminado pela decadência. E que o prazo decadencial não se interrompe nem se suspende com a suspensão da exigibilidade do crédito, fluindo a partir da data do fato gerador ou outra prevista em lei.

Retomando ao caso em concreto, não há que se falar em suspensão da exigibilidade do crédito tributário e de reconhecimento por decisão judicial, do direito de manter-se no Simples Nacional no período de 01/2008 a 12/2008.

Querendo resguardar-se de uma ação do Fisco, deveria o contribuinte, antes do início da ação fiscal, e, considerando não ter sido vencedor na demanda judicial, ter buscado regularizar sua situação perante o Fisco Federal, encaminhando GFIP(s) retificadoras do período e procedendo ao recolhimento das contribuições que deixou de recolher, em face da indevida informação de opção pelo Simples Nacional.

2. ALEGAÇÕES CONTRÁRIAS A EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

Em análise da impugnação, constata-se que parte dos argumentos apresentados pela interessada, sintetizados nos itens 6 e 7 do relatório do presente voto, objetivam afastar o ato declaratório de exclusão do Simples Nacional, for força de irregularidades em sua emissão que, a seu modo de ver, violam dispositivos constitucionais e ensejam sua nulidade.

Uma vez promovida a exclusão da pessoa jurídica do Simples Nacional, proceder-se-á, se for o caso, a lavratura de auto de infração para a exigência do crédito tributário devido, independentemente do julgamento de eventual manifestação de inconformidade contra o ato declaratório de exclusão, uma vez que inexistente previsão legal de efeito suspensivo à manifestação de inconformidade apresentada contra a exclusão.

Todavia, embora o presente lançamento, como já mencionado, decorra do ato de exclusão, observo que a sede própria para análise de tais argumentações seria o processo administrativo relativo à exclusão dos sistemas diferenciados de tributação.

No caso, o contribuinte, como visto, optou pela via judicial a fim de ver deferido seu pedido de opção no Simples Nacional, e, portanto, sequer caberia qualquer manifestação dessa autoridade julgadora a respeito da matéria, uma vez que a propositura de ação judicial, com o mesmo objeto, implica a renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa a quem caberia o julgamento, nos termos do Ato Declaratório Normativo COSIT nº 03/1996, que assim dispõe:

a) a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto;

b) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (p.ex., aspectos formais do lançamento, base de cálculo etc);

c) no caso da letra "a", a autoridade diligente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição do contribuinte, proferindo decisão formal, declaratoria da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no art. 149 do CTN;) na hipótese da alínea anterior, não se verificando a ressalva ali contida, proceder-se-á a inscrição em dívida ativa, deixando-se de fazê-lo, para aguardar o pronunciamento judicial, somente quando demonstrada a ocorrência do disposto nos incisos II (depósito do montante integral do débito) ou IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança), do art. 151, do CTN.

d) na hipótese da alínea anterior, não se verificando a ressalva ali contida, proceder-se-á a inscrição em dívida ativa, deixando-se de fazê-lo, para aguardar o pronunciamento judicial, somente quando demonstrada a ocorrência do disposto nos incisos II (depósito do montante integral do débito) ou IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança), do art. 151, do CNT;

e) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC).

Nos termos da legislação citada, a propositura - por qualquer que seja a modalidade processual - de ação judicial contra a Fazenda Nacional, antes ou posteriormente ao pedido, com o mesmo objeto, importa, por parte da interessada, em renúncia tácita às instâncias administrativas e desistência de eventual manifestação interposta, sendo irrelevante que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art 267 do CPC).

Já com relação aos lançamentos em lide. é garantido ao sujeito passivo o exercício de seu direito ao contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, bem como a suspensão da exigibilidade do crédito lançado em face da interposição da presente impugnação, por força do art. 151. inciso III do Código Tributário Nacional (CTN).

Em face disso, e, considerando o estabelecimento de competências para julgamento no âmbito da DRJ, deixo de analisar os argumentos relacionados a exclusão do Autuado do Simples Nacional.

Cabe esclarecer, ainda, que a discussão quanto à validade de normas tributárias em vigor excede da competência das autoridades administrativas, pelo caráter vinculado de sua atividade.

Nesse sentido, foi editada a Medida Provisória nº 449. de 03 de dezembro de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, que inseriu novo comando normativo ao Decreto nº 70.235. de 06 de março de 1972. nestes termos:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

(...)

§6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

- a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10,522, de 19 de junho de 2002;
- b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Logo, resta prejudicada a análise no contencioso administrativo das arguições da impugnante de afronta da legislação tributária aos princípios constitucionais, visto que a exigência fiscal fundamenta-se em leis regularmente inseridas no sistema tributário nacional.

Por oportuno, cabe mencionar, quanto a alegação de que a matéria em discussão é objeto de repercussão geral da matéria constitucional suscitada (tema nº 363² - Impedimento à adesão ao Regime Tributário do Simples Nacional de Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte com pendências tributárias ou previdenciárias), que em 30/10/2013 houve o julgamento pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal do *leading case* (RE 627543), cuja decisão foi favorável à Fazenda Nacional, nos seguintes termos:

Decisão; O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário, vencido o Ministro Marco Aurélio, que lhe dava provimento. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela recorrida União, a Dra. Sara Ribeiro Braga Ferreira, Procuradora da Fazenda Nacional, e, pelo recorrido Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Guilherme Escobar Guaspari, Procurador do Estado. Plenário, 30.10.2013. (ATA Nº 29, de 30/10/2013. DJEnº226, divulgado em 14/11/2013)

Portanto, segundo o entendimento do STF, a exigência de regularidade fiscal com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ou com as Fazendas Públicas federal, estadual ou municipal para o recolhimento de tributos pelo Simples, prevista no inciso V, artigo 17, da Lei Complementar 123/2006, não fere os princípios da isonomia e do livre exercício da atividade econômica. Pelo contrário, o dispositivo ainda permite o cumprimento das previsões constitucionais de tratamento diferenciado e mais favorável às micro e pequenas empresas, fixadas nos artigos 170, inciso IX, e 179 da Constituição Federal.

(...)

Ementa

EMENTA TRIBUTÁRIO. MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE TRATAMENTO DIFERENCIADO. SIMPLES NACIONAL. ADESÃO - DÉBITOS FISCAIS PENDENTES LC nº 123/06. A controvérsia relativa à constitucionalidade das normas contidas no inciso V do artigo 17 da LC nº 123/06 as quais impedem o recolhimento de impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte que possua débito com o Instituto do Seguro Social (INSS) ou com as fazendas públicas federal, estadual ou municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa - possui densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes. Existência de repercussão geral.

(...)

4. MULTA DE OFÍCIO DE 75% e JUROS DE MORA.

Contesta a aplicação da multa de 75% porque no caso não houve atraso no pagamento de contribuição, tampouco sonegação fiscal. Invoca, ainda, a Súmula 17 do CARF, de acordo com o qual não cabe multa de ofício nos lançamentos efetuados para prevenir a decadência, quando a exigibilidade estiver suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 do CTN e a suspensão do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

Consoante já manifestado, no caso presente não se trata de lançamento tributário lavrado com a finalidade de prevenir a decadência, uma vez que a decisão no Mandado de Segurança ajuizado pelo contribuinte foi publicada em 28/11/2011, transitando em julgado em 16/12/2011 (informação da impugnação), e, por sua vez, a ação fiscal da qual decorrem os AI em análise, iniciou-se em 24/07/2012.

Ainda em relação à exigência da multa e dos juros moratórios, cumpre esclarecer que, nos termos do art. 63 da Lei n.º 9.430, de 1996, a interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição, como se transcreve:

Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício. (Redação dada pela Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001)

§1º O disposto neste artigo aplicase, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição, (grifos nossos)

Ocorre que no caso dos autos, o sujeito passivo não procedeu ao recolhimento do tributo correspondente no prazo de 30 dias, hipótese em que seria aplicável o dispositivo acima. E, além disso, não se tem notícia de que tenha sido amparado seu pleito por medida liminar.

Outrossim, cumpre registrar que, no caso dos autos, a multa de 75%, ora exigida do contribuinte, foi aplicada porquanto se demonstrou mais benéfica ao contribuinte, consoante registrado no REFISC.

Do mesmo modo, os percentuais e critérios dos juros aplicados obedeceram rigorosamente o disposto no art. 35 da Lei n.º 8.212, de 1991, combinado com o art. 61 da Lei n.º 9.430, de 27.12.1996, com a redação da MP n.º 449, de 04.12.2008, convertida na Lei n.º 11.941, de 27.05.2009, não podendo ser afastados em face das alegações do contribuinte.

Cabe lembrar, nesse sentido, que a atuação dos Auditores Fiscais da Receita Federal é vinculada, não podendo se afastar da aplicação da legislação tributária em vigor.

(...)

No tocante às decisões administrativas invocadas pelo contribuinte, há que ser esclarecido que as decisões administrativas, mesmo que proferidas pelos órgãos colegiados, sem que uma lei lhes atribua eficácia normativa, não se constituem como normas complementares do Direito Tributário. Destarte, não podem ser estendidas genericamente a outros casos, somente

aplicam-se sobre a questão analisada e vinculam apenas as partes envolvidas naqueles litígios. Assim determina o inciso II do art. 100 do CTN:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

(...)

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

Em relação a decisões judiciais, apenas as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, na sistemática dos recursos repetitivos e repercussão geral, respectivamente, são de observância obrigatória pelo CARF. Veja-se o que dispõe o Regimento Interno do CARF (art. 62, §2º):

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016).

Quanto aos entendimentos doutrinários apresentados, tem-se que, apesar dos valorosos ensinamentos trazidos aos autos, os mesmos não são normas da legislação tributária e, por conta disso, não foram seguidos veementemente.

Conclusão

Assim, tendo em vista tudo o que o consta nos autos, bem como na descrição dos fatos e fundamentos legais que integram o presente, voto por conhecer do recurso voluntário, para dar-lhe parcial provimento para determinar o aproveitamento de eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados pela sistemática simplificada, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

(assinado digitalmente)

Francisco Nogueira Guarita