



Ministério da Economia
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 11516.000969/2010-77
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2004-000.005 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Turma Extraordinária
Sessão de 24 de julho de 2023
Recorrente DERMUS FARMACIA DERMATOLOGICA E COSMETICA LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA.

Inexiste nulidade quando os atos e termos são lavrados por pessoa competente, ou quando os despachos e decisões são proferidos por autoridade legalmente designada, sem preterição do direito de defesa e do contraditório.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. MATÉRIA JÁ DECIDIDA DEFINITIVAMENTE NO PROCESSO RELATIVO AO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. PRECLUSÃO.

Em se tratando de contribuições previdenciárias constituídas em função de exclusão do Simples Nacional, o fato suficientemente descrito, que origina o lançamento, é a exclusão daquele regime, que, por sua vez, está motivada no Ato Declaratório Executivo, parte integrante de outro processo administrativo. É desnecessário que a autoridade fiscal novamente descreva os fatos e as circunstâncias que ensejaram a exclusão, principalmente porque o sujeito passivo tem conhecimento a seu respeito. É descabido, assim, falar-se em nulidade ou violação do direito de defesa e do contraditório.

No processo em que realizado o lançamento, é incabível reabrir-se a análise sobre os fatos e as circunstâncias que motivaram a exclusão da contribuinte do Simples Nacional, principalmente quando ocorrida a preclusão no processo administrativo em que prolatado o ato declaratório.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DO CARF.

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

APLICAÇÃO DA SELIC. CABIMENTO.

Súmula CARF 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Regis Xavier Holanda – Presidente

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci – Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Maurício Nogueira Righetti, João Victor Ribeiro Aldinucci, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Regis Xavier Holanda (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pelo sujeito passivo em face do acórdão de impugnação da DRJ que julgou procedente o lançamento. Segue a ementa da decisão:

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. PRECLUSÃO DO DIREITO DE CONTESTAR.

Não contestada a exclusão do Simples, consolida-se a situação tributária nela constituída, não permitindo que em procedimento administrativo posterior, decorrente de fatos anteriormente consolidados, reabra-se a discussão já superada pela preclusão.

DESCRIÇÃO DOS FATOS E FUNDAMENTOS LEGAIS. DETALHAMENTO DE ATOS REFERENTES A EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

No levantamento de débitos previdenciários, é dispensável a descrição dos atos que culminaram na exclusão de empresa do simples, notadamente quando a situação já se consolidou no âmbito administrativo.

PRINCÍPIOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DO NÃO-CONFISCO.

Não compete à autoridade lançadora perquirir a acerca dos princípios da capacidade contributiva e do não-confisco, que são endereçados ao legislador e ao Judiciário, restando tão somente aplicar a lei então vigente, em obediência ao princípio da legalidade.

MULTA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. INAPLICABILIDADE EM FUNÇÃO DA PRIMAZIA DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

O legislador adotou a teoria da responsabilidade objetiva para as multa por infração à legislação tributária, portanto a penalidade aplicável prescinde da pesquisa de elementos subjetivos.

LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE

As Delegacias de Julgamento da Receita Federal do Brasil não são competentes para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de legislação tributária.

JUROS SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

INTIMAÇÃO. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO.

As intimações dos atos expedidos pela Receita Federal do Brasil devem ser feitas no domicílio tributário eleito pelo contribuinte.

Conforme o relatório fiscal e o relatório da decisão recorrida:

Trata-se de auto de infração, no valor de R\$ 60.818,28, lançado contra o sujeito passivo em epígrafe, referente às contribuições previdenciárias correspondentes à cota patronal, nesta incluída a parcela destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho [...].

Segundo informa a autoridade lançadora (fl. 22), **a autuada fora excluída do SIMPLES no ano de 2009, passando a ser devedora das contribuições previdenciárias em questão sobre as remunerações dos segurados empregados e segurados contribuintes individuais que lhe prestaram serviço.** Diante disso, em virtude de a empresa fiscalizada não as ter recolhido nem ter declarado em GFIP as informações correspondentes à obrigação tributária, o auditor, em cumprimento às suas atribuições funcionais, constituiu o crédito previdenciário respectivo, por intermédio dos **levantamentos FP - Folha Pcto Salários - e PR - Pro Labore.**

Cientificada do lançamento do tributo em 31/03/2010 (fl. I), a interessada apresentou o instrumento de impugnação [...].

Irresignado com a decisão da DRJ, em seu recurso voluntário o sujeito passivo basicamente alegou o seguinte:

- **inocorrência de preclusão da matéria discutida nos autos:** as alegações da ora recorrente referentes à ilegitimidade da sua exclusão do Simples Nacional, pois amparada em equívoco operacional cometido pela própria Administração Tributária, deveriam ter sido consideradas pela 6ª Turma e deverão ser apreciadas por esse nobre Conselho;
- **indevida exclusão do simples nacional:** embora a recorrente tenha aderido ao parcelamento especial destinado ao ingresso no Simples Nacional, regularizando, assim, a sua situação fiscal, a Receita Federal do Brasil expediu, em 22.08.2008, o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS n.º 342943;
- a exclusão é indevida, uma vez que foi a própria Receita Federal quem não incluiu todos os débitos pendentes da recorrente no parcelamento;
- a exigência da regularidade fiscal das microempresas e das empresas de pequeno porte como requisito para o ingresso no Simples Nacional é de constitucionalidade duvidosa, já havendo decisões monocráticas no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no sentido da inconstitucionalidade da exigência;
- observa-se do Resultado da Solicitação de Opção extraído do site da Receita Federal, já constante dos autos, que o indeferimento da opção pelo Simples Nacional com relação ao ano de 2009 ocorreu também por existência de pendência cadastral com o Município de Florianópolis;
- a exigência de regularidade cadastral não encontra amparo legal, não estando prevista na Lei Complementar n.º 123/06, que traz rol taxativo de vedações ao ingresso no Simples Nacional;
- **nulidade absoluta do auto de infração:** a exclusão do regime especial no ano de 2009 é a causa direta da exigência fiscal ora combatida. sendo obrigatório o detalhamento dos fatos que geraram o débito. bem como da sua base legal, que abrange as normas concernentes ao Simples Nacional. A recorrente transcreve doutrina, jurisprudência e dispositivos legais;
- **vinculação da atividade administrativa à Constituição e às normas com ela compatíveis:** pode sim a autoridade lançadora deixar de exigir uma multa exacerbada prevista em lei, bem como deixar de exigir um requisito inconstitucional para o ingresso no Simples Nacional;

- **ilegitimidade da incidência da multa de ofício e seu caráter confiscatório:** a incidência da multa no caso dos autos é absolutamente ilegítima;
- é descabido o fundamento lançado no acórdão de que o princípio da boa-fé não pode ser aplicado para afastar a multa em função da primazia da teoria da responsabilidade objetiva. A questão dos autos vai muito além da análise da presença do elemento subjetivo;
- existe dúvida quanto às circunstâncias materiais do fato e à punibilidade, o que enseja a interpretação benigna. conforme preceitua o art. 112 do Código Tributário Nacional;
- cita o princípio do não confisco;
- **ilegalidade da SELIC:** demonstrada a ilegalidade da aplicação da Taxa SELIC aos créditos tributários, impõe-se o seu afastamento da exigência fiscal ora combatida.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci – Relator

1 Conhecimento

O recurso voluntário é tempestivo, visto que interposto dentro do prazo legal de trinta dias, e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

2 Nulidade do auto de infração

A preliminar de nulidade deve ser rejeitada.

Conforme acima relatado, a presente autuação origina-se da exclusão da contribuinte do Simples no ano de 2009, passando a ser devedora das contribuições previdenciárias sobre as remunerações dos segurados empregados e segurados contribuintes individuais que lhe prestaram serviço. Os fatos e as circunstâncias que ensejaram a sua exclusão daquele regime diferenciado foram detalhados em outro processo administrativo, no qual expedido o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 342943/08.

Em se tratando de contribuições previdenciárias constituídas em função de exclusão do Simples, é realmente desnecessário que a autoridade fiscal novamente descreva os fatos e as circunstâncias que ensejaram a exclusão, principalmente porque o sujeito passivo já tem pleno e suficiente conhecimento a seu respeito. Tal detalhamento foi feito no processo administrativo em que prolatado o ato declaratório. É descabido, assim, falar-se em nulidade ou violação do direito de defesa e do contraditório do sujeito passivo. Quer dizer, o fato suficientemente descrito, que originou este lançamento, é a exclusão do Simples, que, por sua vez, está motivada no Ato Declaratório Executivo. A recorrente não pode alegar qualquer ignorância a esse respeito, de modo que pôde, sim, exercer o direito do devido processo legal.

Conforme se verá no tópico seguinte, o contencioso relativo à exclusão do Simples Nacional é exercido em processo próprio. Tal processo, no caso da União, segue o rito do Decreto 70235/72, no qual estão assegurados o contraditório e a ampla, com todos os meios e recursos que lhes são inerentes.

Em resumo, a ação fiscal foi conduzida por servidor competente, que concedeu à recorrente os prazos legais para a apresentação de documentos e prestação de esclarecimentos; a

autuação foi devidamente motivada e foi concedido ao sujeito passivo o prazo legal para a formulação de impugnação; a autuação ainda contém clara descrição do fato gerador da obrigação, da matéria tributável, do montante do tributo devido, da identificação do sujeito passivo e da penalidade aplicável; não houve nenhum prejuízo para os direitos de defesa e do contraditório da recorrente, que puderam ser exercidos na forma e no prazo legal.

3 Indevida exclusão do Simples Nacional e preclusão

Em linhas gerais, a recorrente pretende discutir, no presente processo, os fatos e as circunstâncias que motivaram sua exclusão do Simples Nacional. A recorrente ainda assevera que inexistiria preclusão a esse respeito.

A pretensão da recorrente não deve prosperar.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil tem competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional. Por decorrência legal e lógica, o contencioso administrativo referente aos tributos lançados pela Receita Federal é dos órgãos julgadores integrantes da estrutura administrativa da União. Veja-se, nesse sentido, os arts. 33 e 39 da LC 123/06:

Art. 33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

No âmbito federal, tal contencioso é regulamentado pelo Decreto 70235/72, que prevê a existência de impugnação e recursos a serem julgados por diferentes instâncias administrativas. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento (art. 14), ao passo que os recursos são julgados, em segunda instância, por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (arts. 37 e seguintes). Vale dizer que o julgamento em segunda instância será feito conforme o regimento interno deste conselho, o que está previsto no art. 37 do Decreto:

Art. 37. O julgamento no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais far-se-á conforme dispuser o regimento interno. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Isto é, há um rito procedimental e lógico atinente aos processos administrativos fiscais. A discussão relativa à exclusão do Simples deve ser travada no bojo do processo em que proferido o Ato Declaratório de Exclusão. O contribuinte tem o direito de impugnar a exigência, mas, caso não o faça, a exigência passa a ser definitiva, conforme preceituam os arts. 17 e 21 do Decreto 70235/72. Isto é, sem impugnação, não há instauração de fase litigiosa, *ex vi* do art. 14 do Decreto, de modo que se opera, sim, a preclusão. Dito de outra forma, a exclusão do Simples, caso não impugnada (o que ocorre por vontade do próprio contribuinte), passa a ser definitiva.

Com apoio na doutrina da professora Maria Rita Ferragut, cabe dizer que *"as normas de preclusão são indispensáveis ao devido processo legal e, de modo algum, revelam-se*

*incompatíveis com o direito de ampla defesa*¹. A parte somente perde o direito de contestar determinado ponto e de apresentar as provas cabíveis pelo decurso do prazo previsto na legislação, como ocorreu no presente caso.

Caso se pudesse reabrir tal discussão em outro processo (ou seja, neste processo administrativo), correr-se-ia o risco de ter-se decisões contraditórias, o que atentaria contra o princípio da segurança jurídica.

Logo, é incabível reabrir-se a análise sobre os fatos e as circunstâncias que motivaram a exclusão da recorrente do Simples Nacional, tendo em vista que ocorreu, sim, a preclusão.

No mais, e conforme a Súmula CARF 2, o Conselho não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Isto é, as alegações de ilegalidade e inconstitucionalidade exacerbam a competência originária desta Corte administrativa, que é a de órgão revisor dos atos praticados pela Administração, bem como invade competência atribuída especificamente ao Judiciário pela Constituição Federal, negando-se provimento ao recurso neste particular.

4 Descabimento da multa e alegações de inconstitucionalidade

O recurso também deve ser desprovido neste ponto.

Como visto no tópico anterior, as alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade não devem ser providas, visto que o Conselho não tem competência para reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Seria descabido afastar a multa sob o fundamento de confisco ou sob a alegação de que a autoridade poderia deixar de exigir multa exacerbada.

É incabível, outrossim, falar-se em retroatividade benigna por suposta dúvida quanto às circunstâncias materiais do fato e à punibilidade. Conforme o art. 35-A da Lei 8212/91, combinado com o art. 44 da Lei 9430/96, a multa de ofício de 75% é devida nos casos de lançamento de ofício (que é o caso dos autos) 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. Veja-se:

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

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;

Isto é, em havendo lançamento de ofício para a constituição de contribuições previdenciárias, é devida a multa de 75%, sendo descabido falar-se em dúvida a esse respeito e tampouco sobre a aplicação do princípio da boa-fé.

5 Ilegalidade da Taxa Selic

No entender da recorrente, é descabida a aplicação da SELIC.

A presente matéria é objeto da Súmula CARF 4, que rechaça a pretensão do sujeito passivo ao determinar que, *“a partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios*

¹ FERRAGUT, Maria Rita. As provas e o direito tributário: teoria e prática como instrumentos para a construção da verdade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 61.

incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais”.

Trata-se de Súmula Vinculante deste Conselho, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018.

Logo, desprovejo o recurso neste tocante.

6 Conclusão

Diante do exposto, voto por conhecer e negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci