



<b>Processo nº</b>	11516.003737/2010-71
<b>Recurso nº</b>	Voluntário
<b>Acórdão nº</b>	<b>2402-010.672 – 2<sup>a</sup> Seção de Julgamento / 4<sup>a</sup> Câmara / 2<sup>a</sup> Turma Ordinária</b>
<b>Sessão de</b>	1 de dezembro de 2021
<b>Recorrente</b>	MUTUA PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA.
<b>Interessado</b>	FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/02/2005 a 31/12/2009

SIMPLES NACIONAL. INCLUSÃO. RECONHECIMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. LANÇAMENTO FISCAL. CANCELAMENTO.

Reconhecido o direito de inclusão da empresa no Simples Nacional, após decisão final em processo administrativo, cancela-se o lançamento decorrente da sua exclusão dessa sistemática de tributação.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DESCRIÇÃO DOS FATOS E FUNDAMENTAÇÃO LEGAL.

Restando evidenciado que a descrição dos fatos e o enquadramento legal encontram-se suficientemente claros para propiciar o entendimento das infrações imputadas, inexistindo qualquer prejuízo ao exercício do direito de defesa da pessoa jurídica autuada, descabe acolher alegação de nulidade do auto de infração.

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. PRAZO. ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO. DOLO. FRAUDE. SIMULAÇÃO.

É de cinco anos o prazo para a Fazenda Pública efetuar o lançamento do crédito tributário, contado esse prazo do fato gerador, no caso de lançamento por homologação, quando há antecipação de pagamento e sem a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, ou do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS. SÚMULA CARF N° 28.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) não é competente para se pronunciar sobre Representação Fiscal para Fins Pena, sendo nesse sentido a Súmula CARF n° 28.

PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO.

A apresentação de provas no contencioso administrativo deve ser feita juntamente com a impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento, salvo se fundamentado nas hipóteses expressamente previstas na legislação que rege o Processo Administrativo Fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para cancelar o lançamento fiscal referente ao período de 01/2009 a 13/2009.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Claudia Borges de Oliveira, Denny Medeiros da Silveira, Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, Márcio Augusto Sekeff Sallem e Renata Toratti Cassini.

## Relatório

Por bem descrever os fatos ocorridos até a decisão de primeira instância, transcreveremos o relatório constante do Acórdão nº 10-51.476, da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Porto Alegre/RS, fls. 234 a 250:

### **Do Auto de Infração (AI)**

Trata-se do Auto de Infração – AI Debcad nº 37.302.452-5, no valor de R\$ 294.563,98 (duzentos e noventa e quatro mil, quinhentos e sessenta e três reais e noventa e oito centavos), consolidado em 07/10/2010, relativo (a) a contribuições previdenciárias patronais, inclusive a destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, incidentes sobre valores pagos a segurados empregados, nas competências 01/2005 a 06/2007 e 01/2009 a 13/2009; (b) à contribuição previdenciária da empresa incidente sobre valores pagos a contribuintes individuais, nas competências 03/2005, 06/2005, 07/2005, 09/2005 a 11/2005, 05/2006 a 10/2006, 12/2006, 01/2009 a 12/2009; e (c) a diferenças de acréscimos legais relativos a Guias da Previdência Social – GPS recolhidas no período de 03/2005 a 12/2007.

O Relatório Fiscal do Auto de Infração, fls. 50/531, esclarece que a auditoria fiscal foi realizada na empresa com o objetivo de levantamento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e segurados contribuintes individuais a seu serviço, em razão da empresa não ter ingressado no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Federal), no período de 01/2005 a 06/2007, bem como ter sido excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a partir da competência 01/2009, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/SC nº. 139058 de 22/08/2008, “tendo declarado nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP como inscrita.”

Informa a autoridade lançadora que em função de ter sido excluída do Simples Nacional pelo Ato Declaratório Executivo DRF/SC nº. 139058, a empresa apresentou impugnação ao referido ato, através do processo nº 16542.000758/2009-05 em 12/08/2009.

Em virtude do disposto no artigo 106, inciso II, alínea "c" do Código Tributário Nacional – CTN, foi observado o princípio da retroatividade benigna na aplicação das multas, comparando-se as multas da legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores com a multa imposta pela legislação superveniente (Medida Provisória nº 449, de 03/12/2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/2009).

### Da Impugnação

Cientificada do Auto de Infração em 08/11/2010, fl. 89, a autuada apresentou impugnação tempestiva, em 08/12/2010, fls. 91/105, nos seguintes termos.

#### Dos vícios formais do lançamento

A impugnante afirma que o AI deve ser julgado nulo em razão de vícios formais que prejudicam o seu direito de defesa e afrontam o estabelecido no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, o artigo 142 do Código Tributário Nacional e o artigo 243 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99.

Sustenta, assim, a existência dos seguintes vícios formais insanáveis.

O primeiro vício formal no entendimento da Impugnante está contido no art. 32, § 5º da Lei 8.212/91, vez que a auditoria-fiscal não fundamenta qual o seu percentual, simplesmente menciona o dispositivo! Isto até bastaria, entretanto, ao pesquisar o referido dispositivo, percebe-se que foi **revogado pela Lei 11.941/2009**. Fica então a pergunta, qual seria o percentual? Até quando incidiu o dispositivo legal? A Lei 9.528/97 deu redação ao §5º, do art. 32 da Lei 8.212/91, entretanto, isto não ficou consignado pela auditoria-fiscal, o que prejudica a defesa da Impugnante, viola o art. 5º, LV da CF/88, bem como o art. 142 do CTN! Demais disso, também não deixa dúvida o art. 243 do Decreto 3.048/99 (...)

O segundo, qual das alíneas do II, do art. 35 da Lei 8.212/91 incidiria ao caso, concreto? Qual das redações deste dispositivo? O da Lei 9.528/97? O da Lei 9.876/99; e mais, levando-se em consideração que a Lei 11.941/2009 o revogou!

Da mesma forma como o primeiro vício acima, este também não foi motivado pela auditoria-fiscal, o qual estraga a defesa da Impugnante e por corolário, descumpre o art. 5º, LV da CF/88; bem como o art. 142 do CTN, e ainda, do art. 243 do Decreto 3.048/99!

Por outro lado, percebe-se no DD - Discriminativo do Débito as competências com a rubrica "**Lev.: NO1 – FOLHA NAO OPTANTE**", a multa aplicada foi de 75%. Já para a rubrica "**Lev.: NO - FOLHA NAO OPTANTE**", a multa impingida foi de 24%, e para a rubrica "**Lev.: DAL - Diferença de Ac. Legais**" foi de 0,00%.

A retroatividade deve incidir pela norma mais benéfica não em comparações por rubricas **NÃO LEGENDADAS**, afinal, como o contribuinte vai saber o que se trata NO1, NO? De se ver que independentemente da competência - e esta deveria ser a regra da retroatividade benigna - incidiu, a título de exemplo, a multa de 75% às competências 01/05, 02/05, 04/05 e 05/05. Já para as competências 06/2005 e 07/2005, incidiu a multa de 24%; posteriormente, referente as competências 08/2005 a 10/2005, impingiu a multa de 75%. Qual é critério utilizado? NO1? NO? Ou deveria ser da lei mais benéfica ao contribuinte, nos termos do art. 106, II, 'c' do CTN?

O terceiro vício formal diz respeito aos códigos de fundamentação legal 67, 68, 69, 77 e 78 citados pela auditoria fiscal no **Anexo "SAFIS - Comparação de Multas"**. Em nenhuma passagem do lançamento explica-se ao contribuinte em qual lei tais códigos foram criados! O que significam? [...]

O quarto vício formal insanável refere-se à ausência de fundamentação legal quanto à aplicação da alíquota para o SAT, pois até competência 05/2007, a auditoria-fiscal aplicou a alíquota de 2% (grau médio), a passo que a partir da competência 06/2007, impingiu a alíquota de 3% (grau grave), **SEM** qualquer fundamento/motivação de seu ato, violando o art. 5º, LV da CF/88, 142 do CTN e 243 do Decreto 3.048/99. (todos os grifos no original)

### **Da Decadência**

Afirma, em síntese, apresentando extenso arrazoado, que as contribuições sociais devem submeter-se ao disposto nos artigos 150 e 173 do Código Tributário Nacional – CTN. Não foram excluídos da autuação fiscal os lançamentos relativos às contribuições previdenciárias devidas no interregno de 01/2005 a 10/2005, uma vez que o prazo de 5 anos conta-se a partir do fato gerador do tributo; incidindo as contribuições sobre a folha de salários, o fato gerador é de periodicidade mensal, assim também o sendo a contagem de sua decadência.

O lançamento foi encerrado em outubro de 2010, com a ciência em novembro de 2010. Portanto, não poderiam ser lançados os fatos geradores referentes às competências até outubro de 2005, sob pena de violar o artigo 150, parágrafo 4º do CTN.

### **Das adesões ao SIMPLES Nacional e seus efeitos jurídicos no tempo**

A Impugnante aderiu ao SIMPLES Nacional em 01/07/2007, sendo que em 31/12/2008 fora excluída. Em 12/08/2009 apresentou impugnação, dizendo que havia parcelado todos os débitos e que estes estavam rigorosamente em dia, razão pela qual fazia e faz jus à opção pelo regime do Simples Nacional, entretanto, até a presente data pende de julgamento na DRJ de Florianópolis. Em 20/01/2010 requereu sua inclusão no Simples Nacional, porém o Relatório de Pendências à Opção pelo Simples Nacional acusou pendências.

A impugnante retificou o débito e apresentou impugnação. Entretanto, em 18/02/2010, constatou pelo Relatório de Pendências que os mesmos débitos continuavam a constar, razão pela qual também pagou integralmente os débitos, sendo que mesmo assim os débitos ainda perduram, como comprovam os Relatórios dos dias 17/08/2010 e 24/11/2010.

Deste modo, “comprova a impugnante que apresentou impugnações referentes às exclusões de 2009 e 2010, e por tal razão a sua condição deveria estar suspensa, não merecendo, por atos da Administração Pública Federal em não ter julgado até a presente data suas impugnações, sofrer lançamento fiscal relativamente a este período, quanto mais incorrer em iminente procedimento criminal.”

### **Da possibilidade da retroatividade benigna ao regime do SIMPLES**

“A Impugnante aderiu ao SIMPLES Nacional em 01/07/2007 (doc. 06), todavia restou lançada nas competências 01/2005 a 06/2007, 10/2007, 12/2007, 01/2009 a 13/2009.” A Lei 9.317/96, em seu artigo 9º, vedava que a atividade da impugnante pudesse aderir ao Simples. Entretanto, o artigo 2º da Lei Complementar 128, de 22/12/2008, que deu nova redação à Lei Complementar 123/06, contemplou a possibilidade de adesão, sem qualquer motivo, simplesmente outrora proibira e por esta possibilitou.

Entende que neste caso há possibilidade da lei retroagir em benefício do contribuinte, a teor do que determina o artigo 106, inciso II, alínea "b" do CTN, devendo ser aplicada a Lei Complementar 128/2008 desde janeiro de 2005.

### **Da Contribuição para o SAT**

Apresenta, em síntese, argumentos relativos à inexigibilidade da contribuição, considerando a) a criação de contribuição social por meio de lei ordinária quando o artigo 149 da Constituição Federal exige que a criação e o aumento das contribuições sociais sejam por lei complementar; b) a Lei nº 8.212/91, art. 22, inciso II, descreve a cobrança de exação tributária sem especificar-lhe os requisitos mínimos exigidos para a cobrança (hipótese de incidência, a base de cálculo, a aplicação de alíquotas e deduções) em completa afronta ao princípio tributário da estrita observância da legalidade; e c) o Poder Legislativo delegou poderes ao Poder Executivo sobre matéria de sua exclusiva competência.

**Da Aplicação da Alíquota Mínima para o SAT**

Alega, em síntese, considerando que a definição dos graus de risco não poderia ser realizada via decreto, que deve ser aplicada a alíquota de 1% para todas as empresas, independentemente do grau de risco das atividades desenvolvidas por seus empregados. Conclui seu entendimento, afirmando que em razão da inexistência de regulamentação legítima, deve ser aplicada a alíquota mínima à impugnante.

**Da Suspensão da Representação Fiscal para Fins Penais**

Segundo a impugnante, não pode o fisco federal enviar Representação Fiscal para Fins Penais - RFFP ao Ministério Pùblico Federal, tendo em vista que não houve decisão final na esfera administrativa. Não pode ser emitida RFFP antes do “desfecho do lançamento fiscal na esfera administrativa, devendo esta ser suspensa”.

**Do Pedido**

Em face das razões expostas, requer:

**1.** o cancelamento do AI considerando **a**) as nulidades por vício formal apresentadas; e **b**) a “decadência dos fatos geradores referentes às competências até outubro de 2005, sob pena de violar o art. 150, § 4º, do CTN”;

**2.** o cancelamento do AI **a**) nos “períodos de 2009 e 2010”, posto que apresentou impugnações comprovando fartamente que fazia e faz jus à inclusão ao regime do Simples Nacional, e que até a presente data não foram julgadas pela Administração Pùblica Federal, não podendo, portanto, ser autuada nos “interregnos impugnados”; **b**) em razão da aplicação da Lei Complementar 128/2008 (que deu nova redação à Lei Complementar 123/2006) que permite que a atividade desenvolvida pela impugnante possa aderir ao regime do Simples Nacional, o que fora vedado pela Lei nº 9.317/96 e que torna possível, nos termos do artigo 106, inciso II, alínea “b” do CTN (retroatividade benigna), a lei retroceder desde 01/2005;

**3.** o cancelamento do AI devido à inexistibilidade da contribuição para o SAT na forma estabelecida na Lei nº 8.212/91, artigo 22, inciso II; e, alternativamente, julgando como inconstitucional a cobrança das alíquotas de 2% e 3%, considerando que não cabe aos decretos estabelecerem o grau de risco e as alíquotas, mas sim a lei, devendo; portanto, a contribuição ser recolhida com a alíquota de 1%;

**4.** a suspensão da representação fiscal para fins penais enquanto não findar a discussão na esfera administrativa; e

**5.** a produção de todos os meios de prova em direito admitidos e o deferimento, em eventual necessidade, de anexar documentos e/ou alegações que surgirem para elucidar fatos.

Ao julgar a impugnação, em 26/8/14, a 7<sup>a</sup> Turma da DRJ em Porto Alegre/RS concluiu, por unanimidade de votos, pela sua procedência em parte, cancelando o lançamento em relação às competências 01/2005, 05/2005, 08/2005 e 10/2005, uma vez que teriam sido atingidas pela decadência, sendo consignada a seguinte ementa no *decisum*:

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2009

SIMPLES FEDERAL. ADESÃO. SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. PROCESSO PRÓPRIO. DISCUSSÃO. PROCESSO DE LANÇAMENTO DO CRÉDITO. NÃO CABIMENTO.

O foro adequado para discussão acerca da possibilidade de adesão da empresa ao Simples Federal, bem como da sua exclusão do Simples Nacional, é o respectivo processo instaurado para esse fim. Descabe em sede de processo de lançamento fiscal de crédito a apreciação da matéria.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. SOBRESTAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO.

A empresa regularmente excluída do Simples Nacional está sujeita, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Não há suporte para a suspensão do trâmite processual dos lançamentos fiscais, até a decisão administrativa final quanto à exclusão da empresa do Simples Nacional, na legislação que trata do Processo Administrativo Fiscal.

#### **ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2009

#### **CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DESCRIÇÃO DOS FATOS E FUNDAMENTAÇÃO LEGAL.**

Restando evidenciado que a descrição dos fatos e o enquadramento legal encontram-se suficientemente claros para propiciar o entendimento das infrações imputadas, inexistindo qualquer prejuízo ao exercício do direito de defesa da pessoa jurídica autuada, descabe acolher alegação de nulidade do auto de infração.

#### **PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO.**

A apresentação de provas no contencioso administrativo deve ser feita juntamente com a impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento, salvo se fundamentado nas hipóteses expressamente previstas na legislação que rege o Processo Administrativo Fiscal.

#### **ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2009

#### **DECADÊNCIA.**

O prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário é aquele previsto no Código Tributário Nacional. Havendo pagamento antecipado da contribuição, aplica-se o prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; inexistente referido pagamento, ou nos casos de dolo, fraude ou simulação, aplica-se o prazo de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

#### **REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS.**

A autoridade fiscal, por dever funcional, deve formalizar Representação Fiscal para Fins Penais 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.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento não é competente para pronunciar-se quanto a processo administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Cientificada da decisão de primeira instância, em 18/9/14, segundo o Aviso de Recebimento (AR) de fl. 264, a Contribuinte, por meio de seu advogado (procuração de fl. 107), interpôs o recurso voluntário de fls. 266 a 290, em 17/10/14, no qual reproduz a impugnação e rebate a decisão recorrida com as seguintes alegações:

- Ao contrário do entendimento exarado na decisão recorrida, “os julgadores de processos administrativos detêm competência para apreciar e julgar questões pertinentes à constitucionalidade de leis”;

- A DRJ manteve o lançamento em relação às competências 02/2005 a 07/2005 e 09/2005, porém, contando-se o prazo decadencial a partir do fato gerador, o lançamento em relação a essas competências também deveria ter sido cancelado.

É o Relatório.

## Voto

Conselheiro Denny Medeiros da Silveira, Relator.

### Do conhecimento

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Assim, dele conheço.

### Considerações iniciais

Antes de considerações outras, importa destacar que o lançamento em questão diz respeito às contribuições patronais (20% da empresa mais 2% de SAT) referentes às competências de 01/2005 a 06/2007 e de 01/2009 a 13/2009. Também foram lançadas Diferenças de Acréscimos Legais (DAL) em relação às competências 09/2007, 10/2007 e 12/2007.

Segundo o Relatório Fiscal, fls. 50 a 53, no período de 01/2005 a 06/2007, a empresa não ingressou no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples) e foi excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a partir de 01/2009, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/SC nº 139058, de 22/8/08, porém, declarou nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIPs) como inscrita.

### Da adesão ao Simples Nacional

Em relação ao Simples Nacional, alega a Recorrente ter impugnado a sua exclusão referente ao ano de 2009, “não merecendo”, dessa forma, “sofrer lançamento fiscal relativamente a esse período”.

Pois bem, a exclusão do Simples Nacional, referente ao ano de 2009, estava sendo discutida no processo administrativo 16542.000758/2009-05.

Compulsando o processo em questão, constatamos que a discussão administrativa foi finalizada, com decisão favorável à Recorrente, tendo o CARF reconhecido o direito de inclusão da empresa no Simples Nacional a partir de 01/2009, nos termos do Acórdão nº 1002-001.530, de 5/8/20.

Diante desse quadro, deve ser cancelado o lançamento referente ao período de 01/2009 a 13/2009.

### Da alegada decadência

Segundo a Recorrente, as competências de 02/2005 a 07/2005 e 09/2005 também teriam sido atingidas pela decadência.

Pois vem, vejamos, o que dispõe o Código Tributário Nacional (CTN), Lei 5.172, de 25/10/66, a respeito da decadência:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

[...]

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Como se vê, o prazo para a Seguridade Social apurar e lançar seus créditos é de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, nas hipóteses em que o tributo obedeça ao regime de lançamento por homologação e desde que haja início de pagamento (antecipação), ainda que parcial (art. 150, § 4º, do CTN), ou a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, na hipótese de inexistência de início de pagamento (art. 173, I, do CTN), ou na ocorrência de dolo, fraude ou simulação (parte final do § 4º, art. 150, do CTN).

Vejamos, agora, o que restou assentado no voto condutor do julgado *a quo*:

O crédito abrange lançamentos decorrentes do descumprimento de obrigações principais. Considerando-se as competências indicadas pela impugnante (01/2005 a 10/2005), examinado o “Discriminativo do Débito – DD”, fls. 05/16, verificam-se recolhimentos parciais nas competências 01/2005, 05/2005, 08/2005 e 10/2005. Nas competências 02/2005, 03/2005, 04/2005, 06/2005, 07/2005 e 09/2005, inexistem pagamentos.

Assim sendo, tem-se duas situações:

a) nas competências 01/2005, 05/2005, 08/2005 e 10/2005, por se tratar de crédito tributário, no qual o sujeito passivo antecipou pagamento parcial do tributo (contribuição previdenciária patronal), aplica-se o disposto no artigo 150, parágrafo 4º, do CTN. Considerando-se que a empresa teve ciência do lançamento em 11/2010, este poderia retroagir a 11/2005. Portanto, devem ser **excluídas** do presente lançamento as competências 01/2005, 05/2005, 08/2005 e 10/2005.

b) Já em relação às competências 02/2005, 03/2005, 04/2005, 06/2005, 07/2005 e 09/2005, aplica-se o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN. Neste caso, o prazo decadencial para constituir o crédito tributário da competência mais antiga do AI, 02/2005, começou a fluir em 01/01/2006, extinguindo-se o direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento em 31/12/2010. Portanto, considerando-se que a ciência do sujeito passivo deu-se em 11/2010, **não** há decadência a ser reconhecida em relação às competências 02/2005, 03/2005, 04/2005, 06/2005, 07/2005 e 09/2005.

Em síntese, devem ser excluídas do Auto de Infração as contribuições previdenciárias correspondentes às competências 01/2005, 05/2005, 08/2005 e 10/2005, em razão da decadência configurada nos termos do disposto no artigo 150, parágrafo 4º, do CTN, sendo mantidas as demais.

Conforme se observa, na apuração da decadência, a DRJ aplicou a regra do art. 150, § 4º, do CTN, para as competências 01/2005, 05/2005, 08/2005 e 10/2005, uma vez que o Discriminativo do Débito (DD), fl. 5 a 16, estaria informando a existência de recolhimentos parciais.

De fato, o DD informa a existência de pagamento antecipado em relação a essas competências, o que é confirmado pelo Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados (RADA) de fls. 23 a 31, não constando, porém, antecipação de pagamento das contribuições patronais em relação às demais competências do ano de 2005.

Portanto, sem a existência de pagamento antecipado, aplicando-se a regra do art. 173, inciso I, do CTN, o lançamento poderia ter sido efetuado até 31/12/10 em relação às competências até 11/2005. Logo, como a ciência do lançamento se deu em 8/11/10, não há que se falar em decadência em relação às competências 02/2005 a 07/2005 e 09/2005.

### **Das demais alegações recursais**

Considerando que a Recorrente reproduz a impugnação em seu recurso, reproduziremos no presente voto, nos termos do art. 50, § 1º, da Lei 9.784<sup>1</sup>, de 29/1/99, e do art. 57, § 3º, Anexo II, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9/6/15, com redação dada pela Portaria MF nº 329, de 4/6/17, as razões de decidir da decisão de primeira instância, com as quais concordamos:

#### **Da possibilidade da retroatividade benigna ao regime do SIMPLES**

Afirma a impugnante que a sua atividade era vedada pela Lei 9.317/96 que instituiu o Simples. Entretanto, o artigo 2º da Lei Complementar 128, de 22/12/2008, que deu nova redação à Lei Complementar 123/06, contemplou a possibilidade de adesão, motivo pelo qual há possibilidade de a lei retroagir em benefício do contribuinte, a teor do que determina o artigo 106, inciso II, alínea "b" do CTN, devendo ser aplicada a Lei Complementar 128/2008 desde janeiro de 2005.

Ocorre que o foro adequado para discussão acerca da possibilidade de adesão da empresa ao Simples Federal, bem como da sua exclusão do Simples Nacional, é o respectivo processo instaurado para esse fim. Descabe em sede de processo de lançamento fiscal de crédito a apreciação da matéria.

#### **Dos vícios formais do lançamento**

A impugnante afirma que o AI deve ser julgado nulo em razão de vícios formais que prejudicam o seu direito de defesa e afrontam o estabelecido no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, no artigo 142 do Código Tributário Nacional e no artigo 243 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99. Sustenta a existência de quatro vícios formais insanáveis.

Os primeiros três vícios apontados na peça impugnatória dizem respeito à indicação dos fundamentos legais utilizados na comparação de multas efetuada pela autoridade lançadora para fins de aplicação da legislação mais benéfica ao contribuinte (artigo 106, inciso II, alínea c, do CTN), tendo em vista as alterações promovidas na Lei nº 8.212/91 pela Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009.

Quanto ao **primeiro vício** formal apontado pela impugnante, importa, inicialmente, destacar que na seara tributária, a regra geral no que tange à aplicação temporal da legislação, é a de que o lançamento deve ser regido pela lei vigente na época da ocorrência dos fatos geradores da obrigação, ainda que posteriormente modificada ou revogada, conforme previsto no artigo 144 do Código Tributário Nacional- CTN. Entretanto, nos casos de aplicação de **penalidades**, a regra prevista no artigo 144 do

---

<sup>1</sup> Diploma que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

CTN é mitigada pelo disposto no artigo 106, inciso II, alínea “c”, também do CTN, que, nos atos não definitivamente julgados, manda aplicar a lei nova quando esta cominar penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da prática da infração.

Em consequência, a comparação entre as multas, com vistas à aplicação do disposto no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, deve, necessariamente, ser feita entre as multas vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores, e aquela atualmente em vigor.

Portanto, não surte efeitos a alegação de que o artigo 32, parágrafo 5º, da Lei nº 8.212/91, foi revogado pela Lei nº 11.941/2009, já que vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

Quanto ao argumento de que não ficou consignado pela auditoria fiscal que a “Lei nº 9.528/1997 deu redação ao § 5º, do art. 32 da Lei 8.212/91”, o que prejudica a defesa da impugnante, cabe referir tão somente que a Medida Provisória nº 1596-14, de 10/11/97, convertida na Lei nº 9.528/97, 10/12/97, acrescentou o parágrafo 5º ao artigo 32 da Lei nº 8.212/91, que teve sua vigência na redação original até ser revogado pela Medida Provisória nº 449, de 03/12/2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/2009.

A impugnante [ora Recorrente] também aduz, no que se refere à multa estabelecida no parágrafo 5º do artigo 32, da Lei nº 8.212/91, que não foi indicado/fundamentado o percentual aplicado.

Ocorre que a multa vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, prevista no parágrafo 5º do artigo 32, da Lei nº 8.212/91, relativa ao descumprimento da obrigação acessória de declarar em GFIP os fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, é equivalente ao valor das contribuições previdenciárias cujo respectivo fato gerador não havia sido declarado em GFIP, observado, por competência, o limite fixado em função do número de segurados a serviço do contribuinte, conforme esclarece o dispositivo a seguir reproduzido:

Art. 32. [...]

[...]

§ 5.º A apresentação do documento [GFIP] com dados não correspondentes aos fatos geradores sujeitará o infrator à pena administrativa correspondente à multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no parágrafo anterior. (sem grifos no original)

A contribuição não declarada está devidamente demonstrada e especificada na planilha “Cálculo da Contribuição Não Declarada”, fls. 56/57, que fornece valores e alíquotas por competência. Na planilha “Cálculo da Multa Anterior MP 449/2008” está indicado o valor da multa a ser aplicada observando o limite estabelecido no parágrafo 4º do mesmo artigo (“limitada aos valores previstos no parágrafo anterior”).

Assim sendo, refuta-se os argumentos de nulidade por vício formal ora expostos, não se vislumbrando qualquer prejuízo ao direito de defesa da autuada.

Quanto ao **segundo vício** apontado, deve ser reiterado, inicialmente, que se tratando, no caso, da comparação entre as **multas vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores** e aquela atualmente em vigor, não surte efeitos a alegação de que o inciso II, do artigo 35, da Lei nº 8.212/91, foi revogado pela Lei nº 11.941/2009.

No que pertine à alegada omissão em relação à qual alínea do inciso II, do artigo 35, da Lei nº 8.212/91 foi aplicada no caso concreto, bem como à redação do dispositivo legal considerada, cabe referir que as omissões apontadas não ensejaram qualquer óbice ao direito de defesa da impugnante. Isto porque o Relatório Fiscal, item 5.2, esclarece ter sido considerada para fins de comparação da multa mais benéfica ao contribuinte a multa de mora no percentual de 24% (vinte e quatro por cento). O percentual indicado corresponde à alínea *a* do inciso II, do artigo 35, da Lei nº 8.212/91, na redação da Lei nº 9.876, de 26/11/99. Cita-se:

5.2. Relativamente aos fatos geradores lançados no presente auto de infração, nas competências 01/05, 02/05, 04/05, 05/05, 08/05 a 12/05, 01/06 a 04/06, 07/06 a 12/06, 01/07 a 12/07, e 01/08 a 09/08 resultou ser mais benéfica ao contribuinte a multa de ofício, estabelecida pelo inciso I, do art. 44 da lei n.º 9.430, de 27/12/1996 - DOU de 30/12/1996 (75% - setenta e cinco por cento) que foi comparada com a soma da multa de mora do **inciso II do art. 35 (24% - vinte e quatro por cento)** mais a multa por descumprimento de obrigações acessórias, prevista no § 5º do art. 32, ambos da Lei n.º 8.212/1991 [...]. (sem grifos no original)

Acrescente-se, quanto à redação do dispositivo legal, que consta no relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, fl. 47, em “Fundamentos Legais dos Acréscimos Legais”, item “601 – Acréscimos Legais - Multa”, subitem 601.09, a indicação do artigo 35 da Lei n.º 8.212/91 na “*redação dada pela Lei n.º 9.876, de 26.11.99*”.

Observe-se, ainda, nesse caso, que a inobservância de determinada formalidade não induz nulidade do ato jurídico se, de algum modo, sua finalidade for alcançada.

A impugnante também refere que no *DD - Discriminativo do Débito as competências com a rubrica 'Lev.: NO1 – FOLHA NAO OPTANTE', a multa aplicada foi de 75%. Já para a rubrica Lev.: NO - FOLHA NAO OPTANTE, a multa impingida foi de 24%, e para a rubrica Lev.: DAL - Diferença de Ac. Legais foi de 0,00%*. Afirma que a retroatividade deve incidir pela norma mais benéfica e não em comparações por rubricas não legendadas e faz os seguintes questionamentos: [...] afinal, como o contribuinte vai saber o que se trata NO1, NO?... Qual o critério utilizado? NO1? NO? ”

Quanto aos argumentos em referência, constata-se que a impugnante confunde a denominação dada aos levantamentos fiscais com critério de comparação de multas. No entanto, o Discriminativo do Débito - DD é bem claro ao fornecer ao contribuinte a definição de levantamento fiscal, na página 01, fl. 05 dos autos:

Este relatório lista, em suas páginas iniciais, todas as características que compõem o levantamento, que é um agrupamento de informações que servirão para apurar o débito de contribuição previdenciária existente. Na sequência, discrimina, por estabelecimento, competência e levantamento, as bases de cálculo, as rubricas, as alíquotas, os valores já recolhidos, confessados, autuados ou retidos, as deduções permitidas (salário-família, salário-maternidade e compensações), as diferenças existentes e o valor dos juros SELIC, da multa e do total cobrado. (sem grifos no original)

Também são identificados no DD os Levantamentos Fiscais utilizados no AI (“*Levantamentos utilizados neste documento de débito*”), dentre eles os indicados pela impugnante: a) DAL - Diferença de Ac. Legais; b) NO - FOLHA NAO OPTANTE; e c) NO1 – FOLHA NAO OPTANTE, bem como o Relatório Fiscal esclarece os critérios utilizados na verificação da multa mais benéfica, fundamentando os percentuais de multa por competência.

5. A Medida Provisória n.º 449, de 03/12/2008 (DOU de 04/12/2008), convertida na Lei n.º 11.941, de 27/05/2009 (DOU de 28/05/2009) instituiu novas diretrizes quanto ao valor da multa aplicada nos lançamentos de ofício de contribuições previdenciárias (art. 35-A, da lei n.º 8.212/1991), por falta de pagamento ou recolhimento (multa de mora) e por falta de declaração ou declaração inexata na GFIP - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (multa por descumprimento de obrigação acessória).

5.1. Em virtude do disposto no art. 106, inciso II, alínea "c" da lei n.º 5.172, de 25/10/1966 (Código Tributário Nacional), deve-se observar o princípio da retroatividade benigna na aplicação da penalidade (...)

5.2. Relativamente aos fatos geradores lançados no presente auto de infração, nas competências 01/05, 02/05, 04/05, 05/05, 08/05 a 12/05, 01/06 a 04/06, 07/06 a 12/06, 01/07 a 12/07, e 01/08 a 09/08 **resultou ser mais benéfica** ao contribuinte

a multa de ofício, estabelecida **pelo inciso I, do art. 44 da lei n° 9.430, de 27/12/1996 - DOU de 30/12/1996 (75% - setenta e cinco por cento)** que foi comparada com a soma da multa de mora do inciso II do art. 35 (24% - vinte e quatro por cento) mais a multa por descumprimento de obrigações acessórias, prevista no § 5º do art. 32, ambos da Lei n.º 8.212/1991, cujos demonstrativos estão detalhados nas seguintes planilhas: "CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO NÃO DECLARADA", "CALCULO DA MULTA ANTERIOR MP 449/2008" e "SAFIS - Comparaçao de Multas".

5.3 Nas competências 03/05, 06/05, 07/05, 13/05, 05/06, 06/06, 13/06, 13/07, 10/08 e 11/08, foi aplicada a multa por descumprimento de obrigações acessórias prevista no inciso I c/c inciso II do § 3º, ambos do **art.32-A, da Lei n° 8.212/1991, artigo acrescentado pela MP n° 449/2008, convertida na Lei n° 11.941/2009**, pois o fato gerador da infração - declaração inexata na GFIP (data da entrega/envio com omissões/incorrências) - ocorreu após 04/12/2008, data da entrada em vigor da referida MP, portanto, não se aplicando, nestas competências, o benefício da retroatividade benigna do CTN. O **resultado desta penalidade, foi lançado no Auto de Infração - DEBCAD n° 37.302.453-3, conforme demonstrado na planilha "CALCULO DA MULTA APÓS MP 449/2008, em anexo**. Cabe destacar ainda que a multa da obrigação principal foi lançada com base na legislação vigente à época dos fatos geradores (art.35, II, da Lei n.º 8.212/1991). (sem grifos no original)

Acrescente-se, quanto ao Levantamento DAL - Diferença de Ac. Legais, que o DD informa ao contribuinte que este levantamento não se refere a contribuições devidas, mas a diferenças decorrentes de recolhimento a menor, fls. 32/45, motivo pelo qual não se trata de aplicação de multa no percentual "de 0,00%". Cita-se:

Este relatório discrimina, por levantamento e por estabelecimento, as diferenças decorrentes de recolhimento a menor de atualização monetária, juros ou multa de mora, com indicação dos valores que seriam devidos e dos valores recolhidos, considerando-se como competência para lançamento do acréscimo legal aquela em que foi efetuado o recolhimento a menor.

Tem-se, assim, que os argumentos apresentados não prosperam.

Quanto ao **terceiro vício** formal, alega a impugnante que não foi explicado à empresa em qual lei os códigos de fundamentação legal 67, 68, 69, 77 e 78, citados no Anexo "SAFIS – Comparaçao de Multas", foram criados ou o que significam.

Quanto ao argumento em referência é de se ver que o Anexo "SAFIS – Comparaçao de Multas", é um relatório informatizado padrão, que complementa o Relatório Fiscal que, por sua vez, esclarece os critérios utilizados na verificação da multa mais benéfica e indica as planilhas demonstrativas dos valores considerados pelo sistema informatizado SAFIS na comparação das multas ("Cálculo da Contribuição Não Declarada", "Cálculo da Multa Anterior MP 449/2008"). Senão vejamos.

Há a fundamentação legal quanto à situação "**Atual**", indicada como "**Multa menos Severa**" no "SAFIS - Comparaçao de Multas", no item 5.2 do Relatório Fiscal, que indica as competências em que a multa mais benéfica é a da legislação atual, mediante o seguinte esclarecimento: "resultou ser mais benéfica ao contribuinte a multa de ofício, estabelecida pelo inciso I, do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 27/12/1996 - DOU de 30/12/1996 (75% - setenta e cinco por cento) que foi comparada com a soma da multa de mora do inciso II do art. 35 (24% - vinte e quatro por cento) mais a multa por descumprimento de obrigações acessórias, prevista no § 5º do art. 32, ambos da Lei n.º 8.212/1991".

Nas competências em que, no Anexo "SAFIS – Comparaçao de Multas", está indicada a situação "**Anterior**" como "**Multa menos Severa**", verifica-se que o Relatório Fiscal, no item 5.3, esclarece ao contribuinte que a multa da obrigação principal foi lançada com base na legislação vigente à época dos fatos geradores (art. 35, II, da Lei n.º 8.212/1991), bem como que foi aplicada a multa por descumprimento de obrigações

acessórias, prevista no inciso I c/c inciso II do § 3º, ambos do art. 32-A, da Lei n.º 8.212/1991, acrescentado pela MP n.º 449/2008, convertida na Lei n.º 11.941/2009, pois o “fato gerador da infração – declaração inexata na GFIP (data da entrega/envio com omissões/incorrências) – ocorreu após 04/12/2008, data da entrada em vigor da referida MP”, a qual está demonstrada na planilha “Calculo da Multa Após MP 449/2008”, em anexo ao **Auto de Infração Debcad nº 37.302.453-3**.

No **AI Debcad nº 37.302.453-3**, objeto do processo administrativo 11516.003738/2010-15, tem-se identificado na folha de rosto do AI, fl. 02, “**Fundamento Legal: 78**”, juntamente com a “Descrição Sumária da Infração e Dispositivo Legal Infringido”; o “Dispositivo Legal da Multa Aplicada” e os “Dispositivos Legais da Gradação da Multa Aplicada”, que identificam o código de Fundamento Legal em referência.

Não foram lavrados Autos de Infração, na ação fiscal, com os códigos de fundamentação legal 67, 68, 69 e 77.

Tem-se, assim, que a omissão apontada não enseja a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que o Relatório Fiscal forneceu à impugnante as informações necessárias ao entendimento dos critérios utilizados na comparação da multa mais benéfica ao contribuinte, indicando os fundamentos legais aplicados, bem como a situação resultante desta comparação (Multa Atual ou Multa Anterior).

Quanto ao **quarto vício formal** apontado, alega a impugnante que a fiscalização aplicou até 05/2007 a alíquota de 2% (grau médio) para o SAT, e a partir de 06/2007 a alíquota foi de 3% (grau grave), sem qualquer fundamento/motivação de seu ato. Tal argumento não prospera pelas razões expostas a seguir.

Segundo o Relatório Fiscal, item 6:

*6. A base de cálculo (salário de contribuição), a unidade monetária utilizada, as alíquotas aplicadas, as diferenças apuradas, os valores relativos a juros e multas, bem como a fundamentação legal do débito apurado, encontram-se devidamente discriminados nos seguintes relatórios que fazem parte do presente Auto de Infração: Discriminativo do Débito - DD e Fundamentos Legais do Débito - FLD. (sem grifos no original)*

No relatório **Fundamentos Legais do Débito - FLD**, item 301, estão elencados os seguintes dispositivos legais:

301 – CONTRIBUIÇÃO DAS EMPRESAS PARA FINANCIAMENTO DOS BENEFÍCIOS EM RAZÃO DA INCAPACIDADE LABORATIVA 301.08 - Competências: 01/2005 a 06/2007, 01/2009 a 13/2009. Lei n.º 8.212, de 24.07.91, art. 22, II (com a redação dada pela Lei n.º 9.732, de 11.12.98); **Regulamento da Previdência Social**, aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06.05.99, art. 12, I, parágrafo único, na redação dada pelo Decreto n.º 3.265, de 29.11.99, **art. 202, I, II e III e parágrafos 1º ao 6º**. (sem grifos no original)

O Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99, estabelece no artigo 202, parágrafo 4º, indicados no FLD, que:

Art. 202. A contribuição da empresa, destinada ao financiamento da aposentadoria especial, nos termos dos arts. 64 a 70, e dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho corresponde à aplicação dos seguintes percentuais, incidentes sobre o total da remuneração paga, devida ou creditada a qualquer título, no decorrer do mês, ao segurado empregado e trabalhador avulso:

I - um por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado leve;

II - dois por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado médio; ou

III - três por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado grave.

[...]

§ 4º A atividade econômica preponderante da empresa e os respectivos riscos de acidentes do trabalho compõem a Relação de Atividades Preponderantes e correspondentes Graus de Risco, prevista no Anexo V. (sem grifos no original)

O Discriminativo do Débito – DD identifica como CNAE (Classificação Nacional de Atividade Econômica), para o período de 01/2005 a 05/2007, o código 74993. A partir da competência 06/2007 é indicado o CNAE Fiscal de código 8111700.

Examinado o **Anexo V**, tem-se definido para a atividade econômica CNAE 74993, nas competências em que este Anexo vigorou na sua redação original, 01/2005 a 05/2007, o grau de risco médio (2%):

74.99-3 OUTRAS ATIVIDADES DE SERVIÇOS PRESTADOS PRINCIPALMENTE ÀS EMPRESAS, NÃO ESPECIFICADAS ANTERIORMENTE	2
---	---

2

Do exame do **Anexo V** do RPS verifica-se, também, que este foi revisto e atualizado pelo Decreto nº 6.042, de 12 de fevereiro de 2007. Sendo assim, nas competências de 01/2009 a 13/2009, período de vigência do **Anexo V**, na redação do Decreto nº 6.042/2007, a alíquota da contribuição destinada ao RAT, para a CNAE Fiscal de código 8111700, passou a ser de (3%):

8111-7/00	Serviços combinados para apoio a edifícios, exceto condomínios prediais	3%
-----------	---	----

3%

Considerando-se, portanto, que a contribuição da empresa destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho foi lançada de acordo com as definições do **Anexo V, do RPS**, e que o fundamento legal desta exigência, especialmente no que pertine às alíquotas aplicadas, integra o relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD (**artigo 202, incisos I, II e III, parágrafo 4º do RPS**), não prospera o argumento de que a contribuição em referência foi lançada no AI sem qualquer fundamento ou motivação.

Conclui-se, pelas razões expostas, tendo em vista os argumentos impugnatórios apresentados no tópico “Dos vícios formais do lançamento”, que a descrição dos fatos e os fundamentos legais indicados no AI encontram-se suficientemente claros para propiciar o entendimento das infrações imputadas, inexistindo qualquer prejuízo ao exercício do direito de defesa da pessoa jurídica autuada. Descabe, consequentemente, acolher alegação de nulidade do Auto de Infração.

[...]

#### **Da Suspensão da Representação Fiscal para Fins Penais - RFFP**

No que diz respeito às discordâncias da impugnante quanto à lavratura da RFFP, deve ser esclarecido que não compete a esta instância de julgamento se pronunciar a respeito dessa questão, que constitui matéria estranha às atribuições das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento - DRJs, como definidas no artigo 233 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, aprovado pela Portaria MF n.º 203, de 14 de maio de 2012 (DOU de 17 de maio de 2012).

Observe-se, apenas, que a formalização de RFFP constitui obrigação legal do Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, bem como somente será encaminhado tal documento à autoridade competente, para a tomada das medidas cabíveis, após o trânsito administrativo do presente processo. É o que determina o artigo 1º e o artigo 4º, parágrafo 1º, da Portaria RFB nº 2.439/2010. Cita-se.

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. (sem grifos no original)

[...]

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).

**§ 1º A representação fiscal deverá permanecer no âmbito da unidade de controle até a decisão final, na esfera administrativa**, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente ou na ocorrência das hipóteses previstas no art. 5º, respeitado o prazo legal para cobrança amigável, caso o processo seja formalizado em papel. (Incluído dada pela Portaria RFB nº 3.182, de 29 de julho de 2011) (sem grifos no original)

#### **Da Contribuição para o SAT - Da Aplicação da Alíquota Mínima**

Nos tópicos em referência, a impugnante apresenta arrazoado acerca da inexigibilidade [do SAT] da contribuição destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, alegando, em síntese, que a criação da contribuição não observou o artigo 149 da Constituição Federal; que a Lei nº 8.212/91 não especifica os requisitos mínimos exigidos para a sua cobrança; e que deve ser aplicada para todas as empresas a alíquota de 1% em razão da definição dos graus de risco ocorrer por decreto.

Nesse contexto importa destacar que não são passíveis de exame em sede administrativa as arguições de constitucionalidade e ilegalidade das disposições legais e regulamentares que fundamentam o AI, nos termos do artigo 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, introduzido pela Medida Provisória nº 449, de 03 de dezembro de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

A autoridade fiscal deve cumprir as determinações legais e normativas de forma plenamente vinculada, não podendo, sob pena de responsabilidade funcional, desrespeitar as normas da legislação tributária, em observância ao artigo 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Todavia, cabe esclarecer que a Lei nº 8.212/91, em seu artigo 22, inciso II, alíneas *a*, *b* e *c*, definiu a exigência da contribuição ora contestada indicando a base de cálculo e os patamares de incidência conforme o risco a que estiverem sujeitos os trabalhadores e consoante a atividade preponderante, sujeitando este enquadramento, e tão-somente o relativo à relação de atividades empresariais, à disciplina infralegal, função esta reconhecida como peculiar ao regulamento no direito brasileiro.

Mostra-se evidente, portanto, considerando-se o período do débito, que o Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999, apenas explicita as atividades preponderantes e os respectivos riscos de acidentes do trabalho, no seu Anexo V (Relação de Atividades Preponderantes e correspondentes Graus de Risco), enquanto a fixação de todos os elementos da obrigação tributária se dá por lei.

#### **Da Produção de Provas**

Quanto ao pedido para juntada de novos documentos, cabe esclarecer que a prova documental deve ser apresentada juntamente com a impugnação, salvo nas exceções do artigo 16, inciso III, parágrafos 4º e 5º do Decreto 70.235/72, que disciplina o processo administrativo fiscal, e desde que a empresa apresente petição fundamentada com a ocorrência das condições previstas no citado artigo, que são: a) a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; b) refira-se a fato ou a direito superveniente; e c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Considerando que a impugnante não comprova a ocorrência de nenhuma das situações acima previstas, indefiro o pedido para juntada de razões complementares e de novos documentos.

(Destaque na decisão recorrida)

Quanto à Representação Fiscal para Fins Penais, em complemento às considerações da DRJ, acrescentamos que este Conselho, consoante Súmula CARF nº 28, não é competente para se pronunciar sobre tal representação.

Quanto à alegada “retroatividade benigna ao regime do Simples”, além das razões transcritas acima, acrescentamos que a 2<sup>a</sup> Seção deste Conselho não tem competência para se pronunciar sobre exclusão e inclusão tanto em relação ao Simples quanto em relação ao Simples Nacional, sendo esta matéria de competência da 1<sup>a</sup> Seção.

### **Conclusão**

Isso posto, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário para cancelar o lançamento fiscal referente ao período de 01/2009 a 13/2009.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira