



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11634.720388/2011-90
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2301-007.292 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de junho de 2020
Recorrente ATLANTICA COMERCIO DE CONFECCOES LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 01/06/2007

EXCLUSÃO SIMPLES. ANÁLISE DE PROCESSO PRÓPRIO.
VERIFICAÇÃO SÚMULA CARF N.º 77.

A constituição de auto de infração para apurar a exigência de tributo devido em razão de exclusão da empresa do regime do SIMPLES nacional, não implica em suspensão de processo administrativo fiscal, uma vez que o crédito ainda está sendo formalmente constituído, para aí sim se for o caso ser suspenso conforme análise da autoridade lançadora e das normas tributárias vigentes.

O respetivo ato tem o condão de prevenir o lançamento, evitando-se a decadência. Ademais nos termos da Súmula CARF nº 77 “a possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão”.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. GFIP. APRESENTAR COM INCORREÇÕES OU OMISSÕES.

Constitui infração prevista no art. 32-A, caput, inciso I, §§ 2º e 3º da Lei 8.212, de 1991, incluídos pela MP 449 de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 2009, apresentar a GFIP com incorreções ou omissões.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam, os membros do colegiado, por unanimidade, em negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Sheila Aires Cartaxo Gomes - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Wesley Rocha - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: João Mauricio Vital, Wesley Rocha, Cleber Ferreira Nunes Leite, Fernanda Melo Leal, Paulo Cesar Macedo Pessoa,

Wilderson Botto (Suplente Convocado), Fabiana Okchstein Kelbert (Suplente Convocada) e Sheila Aires Cartaxo Gomes (Presidente).

Relatório

Trata-se de crédito lançado em desfavor de *ATLÂNTICA COMERCIO DE CONFECÇÕES LTDA.*, tendo sido julgado improcedente a impugnação apresentada.

O Acórdão recorrido assim dispõe:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado por ter o contribuinte identificado em epígrafe apresentado Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP) com omissão de fatos geradores e informações incorretas, infringindo o disposto no art. 32, inciso IV, da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, com redação da Lei 11.941, de 27 de maio de 2009.

A Fiscalização esclarece que o contribuinte foi excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte SIMPLES

de tributação através do Ato Declaratório Executivo nº 37, de 07 de junho de 2011, processo nº 11634720249/201166.

No Relatório Fiscal da Infração (fls. 08/09) o auditor fiscal autuante constatou que a empresa apresentou Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social GFIP com informações inexatas, incompletas ou omissas, em relação aos dados não relacionados aos fatos geradores de contribuições previdenciárias. Em seguida sinaliza as infrações verificadas:

1. Nas GFIP das competências 01/2007 a 06/2007, o campo "Código outras entidades" não foi informado;
2. Nas GFIP das competências 01/2007 a 06/2007, o campo "Código Pagamento GPS" foi informado incorretamente. A informação foi "2003 Simples CNPJ", quando deveria ser "2100 Empresas em geral CNPJ".

A Medida Provisória 449, de 03/12/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, inseriu o art. 32-A na Lei 8.212/91 que alterou a forma de cálculo da multa prevista para a conduta de apresentar a declaração prevista no art. 32, IV, com incorreções ou omissões.

Assim, em respeito ao art. 106, inciso II, “c”, do CTN, a Fiscalização demonstrou às fls. 73/74 o cálculo da multa na sistemática antiga (em vigor à época da infração), confrontando com a nova forma de cálculo trazida pela MP 449/2008, que sujeita o infrator à penalidade de R\$ 20,00 para cada grupo de 10 informações incorretas ou omitidas, nos termos do artigo 32-A, inciso II do *caput* da Lei 8.212/91, observado o valor da multa mínima que é de R\$ 500,00, como dispõe o parágrafo 3º, II da Lei mencionada. Após a comparação, a multa aplicada na sistemática atual restou mais benéfica ao sujeito passivo, que resultou na multa total de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES.

O contribuinte foi excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno porte SIMPLES de tributação através do Ato Declaratório Executivo nº 37, de 07 de junho de 2011 às fls. 84, processo nº 11634720249/201166.

De acordo com os autos do processo nº 11634.720249/201166 que julgou por não conhecer da manifestação de inconformidade, por intempestiva, e declarar procedente a exclusão ao Simples, promovida pelo ADE DRF/LON nº 37, de 07/06/2011, o qual foi expedido em face da Representação Fiscal onde restou comprovado que o contribuinte

em análise auferiu no período entre abril e dezembro do ano calendário de 2006 receita no importe de R\$ 10.484.582,66, com base na movimentação bancária, sendo que deste montante, ofereceu à tributação apenas R\$ 890.980,73, tendo sido omitido o importe de R\$ 9.593.901,93.

A fundamentação para a emissão do ato foi afronta ao disposto no artigo 9º, inciso II, artigo 13, inciso II, da Lei nº 9.317, de 1996, com efeitos a partir de 01/01/2007, conforme previsto no inciso VI do artigo 24 da Instrução Normativa SRF nº 608, de 09/01/2006”.

Em seu Recurso Voluntário a recorrente aduz, em apertada síntese, o seguinte:

- Pedido de julgamento conjunto com o processo que julgou a exclusão da empresa do SIMPLES;
- Solicita a não exigibilidade do crédito fiscal por ter optado pelo recolhimento dos tributos dentro do SIMPLES Nacional;
- Falta de entrega de documentos: alega que entregou todos os documentos solicitados pela fiscalização. Pede que seja deferido a juntada no domicílio fiscal da contribuinte.

Diante dos fatos narrados, é o breve relatório.

Voto

Conselheiro Wesley Rocha, Relator.

O Recurso Voluntário apresentado é tempestivo e também de competência dessa Turma. Assim, passo a analisá-lo.

Da exclusão do SIMPLES e pedido de julgamento de processo conjunto

O recorrente solicita que presente processo, deve ser julgado por dependência ao referido processo de exclusão do SIMPLES, uma vez que sendo o mesmo julgado PROCEDENTE, o que se espera, todos os demais autos de infração originados pela exclusão, seguirão a mesma sorte, pois obtendo êxito em relação à manutenção da requerente no Sistema Unificado de Recolhimento de impostos e contribuições das microempresas e empresas de pequeno porte, não haverá ocorrência do fato gerador das "contribuições devidas a terceiros 5,8%"; "contribuição previdenciária a cargo da empresa 20,00%" e da "contribuição para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa, decorrentes dos riscos ambientais do trabalho 2,00%", inexistindo os débitos constantes do Processo Administrativo nº 11634.720387/2011-45, DEBCAD Nº 37.344.8872 e 37.344.8899.

Por outro lado, a recorrente cita a Solução de Consulta nº 18 de 2014 da RFB o sítio da Receita Federal, realiza a transcrição colocada pela recorrente, que assim dispõe:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Com base no art. 39 da Lei Complementar (LC) nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a manifestação de inconformidade interposta em âmbito federal contra a exclusão do Simples Nacional se enquadra no conceito de recurso administrativo admissível pelas leis reguladoras do processo tributário administrativo a que se refere o inciso III do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional (CTN).

Nos termos do § 3º do art. 75 da Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional (RCGSN) nº 94, de 29 de novembro de 2011, a impugnação do ato de exclusão do

Simples Nacional tem efeito suspensivo, razão pela qual o lançamento de ofício que teve tal ato de exclusão como premissa necessária terá caráter preventivo, e, portanto, estará com a exigibilidade suspensa.

Dispositivos Legais: art. 151, inciso III, do CTN; art. 39 da LC nº123, de 2006; art. 75, § 3º do da RCGSN nº 94, de 2011”.

Como bem analisado pela indicação do dispositivo em questão, verifica-se, em sua parte final, que o lançamento tem caráter preventivo, ao passo que posterior ao julgamento à presente demanda é que poderá deixar a exigibilidade suspensa, que deverá ser analisado pela autoridade lançadora e pela Fazenda Nacional.

Assim, nesse período está sendo analisado os termos do crédito fiscal, em que o efeito de exclusão do simples tem em relação ao débito apurado pela autoridade fiscal. Caso a recorrente tenha decisão favorável em processo de exclusão do simples, essa poderá no segundo momento protestar a nulidade do ato que determinou o lançamento fiscal dos créditos. Tal medida vale por uma única razão: evitar a decadência do crédito fiscal. Tanto é que o dispositivo acima cita em “exigibilidade suspensa”. Nesse sentido, não se pode exigir algo que ainda nem foi integralmente constituído. Logo o segundo momento diz respeito a suspensão da prescrição e não da decadência (direito da fazenda constituir o crédito).

A medida portanto, visa prevenir a decadência, e não pode ser aplicada ao presente caso, por faltar disposição legal. Nesse sentido, a decisão de primeira instância teve interpretação correta, pois o art. 151, inciso III, do CTN, determina a suspensão do crédito fiscal e não menciona a suspensão do processo administrativo fiscal que apura o débito. Portanto, objetos diferentes.

Ademais, a Súmula CARF nº 77 assim dispõe:

“A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão”.

Nesse sentido, registra-se que é pelo processo administrativo fiscal que a Fazenda Pública se utiliza para cobrar legalmente seus créditos, sendo eles de natureza tributária ou não.

A legislação obriga o agente fiscal a realizar o ato administrativo, verificando assim o fato gerador e o montante devido, determinar a exigência da obrigação tributária e sua matéria tributável, confeccionar a notificação de lançamento, lavrando-se o auto de infração, e checar todas essas ocorrências necessárias para as fiscalizações de cobrança, quando da identificação da ocorrência do fato gerador, independente da ação judicial manejada, sendo legítima a lavratura do auto de infração em conformidade com o art. 142, do CTN e com o art. 10 do Decreto n.º70.235/72, conforme dispositivos *in verbis*:

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

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

DECRETO n.º 70.235/72.

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I a qualificação do autuado;

II o local, a data e a hora da lavratura;

III a descrição do fato;

IV a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias; VI a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula".

Verifica-se dos autos que os procedimentos administrativos foram devidamente realizados sem mácula ou nulidade, dentro do processo administrativo (rito processual).

O PAF – Processo Administrativo Fiscal se inicia pelo ato da fiscalização realizada pela autoridade administrativa, que realiza as atividades necessárias para obter as informações necessárias na constituição do crédito devido, conforme determina o artigo 196, do CTN, conforme transcrição abaixo:

“Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas”.

Assim, a autoridade administrativa tem o poder-dever de realizar diligências que entender devidas para verificar o levantamento de todas as informações necessárias, desde que permitidas em lei, para a respectiva busca da verdade material sobre os fatos em relação a obrigação tributária a ser cumprida, podendo examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, movimentações financeiras, papéis e feitos comerciais ou fiscais dos contribuintes.

Apesar das ações de fiscalização possuírem caráter investigatório e inquisitório, realizando procedimentos unilaterais, de obediência obrigatória, que não é absoluta, o desfecho do PAF alberga os princípios da ampla defesa e contraditório, pois existe nele a possibilidade do contribuinte se manifestar, impugnar, apresentar provas, e contestar todo o apontamento realizado.

O PAF, como em diversos procedimentos, é constituído de fases, e nesse sentido existe uma espécie de *fase não contenciosa*. Para melhor explicar é de se transcrever a lição de Hugo de Brito Machado, do qual explica:

"A determinação do crédito tributário começa com a fase não contenciosa, que é essencial no lançamento de ofício de qualquer tributo. tem início com o primeiro ato da autoridade competente para fazer o lançamento, com o objetivo de constituir o crédito tributário. Tal ato há de ser necessariamente escrito, e deve ser levado ao conhecimento do sujeito passivo da obrigação tributária correspondente, posto que só assim pode ser considerado completo. Em outras palavras: o ato inicial da fase não contenciosa da constituição do crédito tributário completa-se quando é levado ao conhecimento do sujeito passivo da obrigação tributária, aquele contra quem o ato é praticado e tem, portanto, interesse em se manifestar contra ele". MACHADO, Hugo de Brito. *Teoria Geral do direito tributário*. Editora Malheiros, São Paulo, 2015, pág 411).

Assim, não assiste razão a recorrente.

DA AFERIÇÃO INDIRETA POR FALTA DE ENTREGA DE DOCUMENTOS,

Alega a recorrente que teria entregue todos os documentos solicitados para a fiscalização, e que não foram considerados pela fiscalização.

Porém, deixa de comprovar suas alegações, não apresentando de forma precisa os documentos que teriam sido entregues para cada autuação e, tampouco, apresentou provas. A mera alegação de falha na análise da documentação não tem o condão de afastar o apontamento fiscal, que deve ser objetivo quanto as alegações levantadas pela fiscalização. Portanto, sem lastro as alegações da recorrente.

Por sua vez, a Lei 8.212, de 1991, art. 33, §§ 3º e 6º é explícita ao atribuir à fiscalização o poder de (a) lançar de ofício a importância devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário, no caso de recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente; (b) apurar e lançar as contribuições devidas quando constatar que a contabilidade não registra a realidade da remuneração dos segurados a seu serviço; e (c) desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado, quando constate que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições que caracterizem tal condição:

Lei 8.212, de 1991

Art. 33

(...)

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário. (Redação dada pela Medida Provisória nº 449, de 2008) (no mesmo sentido, o art. 233 do RPS)

(...)

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário. (Grifou-se.)

No caso em apreço, é evidente a apresentação deficiente da documentação, uma vez que, como visto, não foram apresentadas as guias de recolhimento da Previdência Social referentes à obra em questão.

Portanto, acompanho a decisão de primeira instância, já que a prova do direito é de quem alega e nesse caso, caberia à recorrente apresentar as provas de suas alegações, uma vez que em processo tributário o ônus da prova é do contribuinte, quando acusado. Fato esse que não ocorreu.

Em processo administrativo fiscal, tal qual no processo civil, o ônus de provar a veracidade do que afirma é do interessado, *in casu*, do contribuinte ora recorrente, o qual compreendo que não foram devidamente comprovadas as omissões identificadas.

Neste sentido, prevê a Lei nº 9.784/99 em seu art. 36:

“Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei”.

Em igual sentido, aplicado de forma subsidiária, tem-se o art. 373, inciso I, do CPC:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Encontra-se sedimentada a jurisprudência deste Conselho neste sentido, consoante se verifica pelo aresto abaixo:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano- calendário: 2005

ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NO QUAL SE FUNDAMENTA A AÇÃO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado.

(...)

(Acórdão nº 3803004.284 – 3ª Turma Especial. Sessão de 26 de junho de 2013). *Grifou-se.*

Portanto, entendo estar correta a decisão de primeira instância, não havendo reparos a ser realizado.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por conhecer do recurso voluntário para no mérito NEGÁ-LO PROVIMENTO.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Wesley Rocha

Relator