



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13116.721968/2016-93
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-002.133 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 13 de janeiro de 2021
Recorrente DELIO BENEDITO PIRES EIRELI (SUPERMERCADO PIRES EIRELI)
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2014

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos.

DILIGÊNCIA.

Tendo em vista o princípio da concentração da defesa pela via estreita de dilação que rege o processo administrativo fiscal, a manifestação de inconformidade, cuja apresentação regular instaura a fase litigiosa no procedimento, deve conter todas as matérias litigiosas e instruída com os elementos de prova em que se justificar, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais. A lei prevê meios instrutórios amplos para que o julgador venha formar sua livre convicção motivada na apreciação do conjunto probatório mediante determinação de diligências quando entender necessárias com a finalidade de corrigir erros de fato e suprir lacunas probatórias.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO. OMISSÃO REITERADA DA FOLHA DE PAGAMENTO.

A exclusão do Simples Nacional dá-se de ofício mediante ato declaratório quando a pessoa jurídica optante que omitir de forma reiterada da folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária, segurado empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual que lhe preste serviço, circunstância esta evidenciada pelo acervo fático-probatório.

EFEITO DA EXCLUSÃO.

A exclusão do Simples Nacional produz efeito a partir do próprio mês da ocorrência do fato, quando a Recorrente fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, nos termos expressamente contidos na legislação tributária.

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.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes e Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça.

Relatório

Ato Declaratório Executivo

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/ANA/GO n.º 52, de 11.12.2018, com efeitos a partir de 01.04.2014, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados, e-fl. 18:

Art. 1º - Excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), de que trata o art. 12 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, o contribuinte DELIO BENEDITO PIRES - EPP, CNPJ 02.122.059/0001-88, tendo em vista manter, informalmente, vínculo de emprego com trabalhadores, a partir de abril de 2014, conforme Representação do Ministério Público do Trabalho, de acordo com o art. 29, inciso XII, da Lei Complementar n.º 123/2006.

Art. 2º - A exclusão do Simples surtirá efeitos a partir de 01-04-2014, ficando o contribuinte impedido de optar pelo Simples Nacional nos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes, de acordo com o art. 29, § 1º, da Lei Complementar n.º 123/2006.

Art. 3º - Poderá o contribuinte, no prazo de 30 (trinta) dias contados a partir da data de ciência deste Ato, manifestar sua inconformidade quanto a exclusão de ofício, dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento de sua jurisdição, nos termos do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1.972. Não havendo apresentação de manifestação de inconformidade, a exclusão tornar-se-á definitiva.

Art. 4º - Este Ato Declaratório Executivo entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado no Acórdão da 7ª Turma DRJ/RPO/SP n.º 14-98.536, de 26.09.2019, e-fls. 77-80:

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. PRÁTICA REITERADA. PRESSUPOSTOS.

Considera-se prática reiterada, para fins de exclusão de ofício do Simples Nacional a segunda ocorrência de idênticas infrações, constatada a utilização de artifício, que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 25.10.2019, e-fls. 98-100, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 30.10.2019, e-fls. 83-97, esclarecendo que a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito, aduz que:

III.1) NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA POR PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA: AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO

12. Primeiramente, cumpre destacar a nulidade da decisão recorrida, exarada pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto (SP) que, ao decidir pela improcedência da manifestação de inconformidade e pela manutenção da exclusão de ofício da recorrente do Simples Nacional, viola princípios constitucionais basilares, como ampla defesa e efetivo contraditório, além de ir de encontro com as normas que regem o processo administrativo tributário federal.

13. O art. 59, II do Decreto n.º 70.235/72 prevê que a preterição do direito de defesa é causa de nulidade da decisão. Ressalta-se que, para a efetividade do princípio do contraditório, não basta que a contribuinte seja intimada a apresentar defesa ou que seja concedido prazo legal para as manifestações da autuada. É essencial que os fundamentos jurídicos invocados pelo sujeito passivo em sua defesa sejam examinados pelo julgador a fim de influenciarem na decisão, seja ela judicial ou administrativa.

14. Observa-se, in casu, que, uma vez apresentada a impugnação pela contribuinte, tudo o que foi exposto e demonstrado na peça de defesa foi ignorado, como se não pertencessem ao processo e, por isso, tivessem sido desentranhados dos autos.

15. Assim, os julgadores de primeira instância, discricionariamente, decidiram pela rejeição de fundamentos de fato e de direito quando a lei, em razão do princípio da legalidade, não lhes faculta juízo de conveniência e oportunidade.

16. A nulidade que cerca a decisão administrativa de primeira instância se dá pelo fato de não existir lei que autorize o julgador a rejeitar ou ignorar fundamentos fáticos ou jurídicos trazidos pelo contribuinte como lhe aprouver.

17. Isto é, nos julgamentos administrativos que analisarão a constituição do crédito tributário ou a aplicação de penalidades, o julgador não poderá exercer juízo discricionário, ainda que no interesse da administração pública, sob pena de ilegalidade.

18. A propósito, é o que dispõe o Decreto n.º 70.235/72, com a redação dada pela Lei n.º 8.748/93: [...]

19. Ainda que se aplique ao processo administrativo fiscal o princípio da instrumentalidade das formas, há que se verificar que a sua aplicabilidade está restrita aos atos administrativos que não impliquem em prejuízo à parte.

20. O art. 3.º, III da Lei n.º 9.784/99, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê que o administrado tem o direito de formular alegações e apresentar documentos, que deverão ser analisados pela administração pública.

21. Nesse sentido, o art. 2.º da Lei n.º 9.784/99 dispõe que, entre outros, a legalidade e a motivação são princípios de observância obrigatória pela administração pública.

22. Além disso, a motivação é um dos elementos imprescindíveis de validade dos atos administrativos, nos seguintes termos, pois o art. 2º, parágrafo único, VII da Lei n.º 9.784/99, impõe que os processos administrativos deverão indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão.

23. Ainda nesse sentido, a referida lei também dispõe:

Art. 50. [...]

24. No presente caso, a decisão recorrida é nula, pois ausente a fundamentação, visto que os julgadores de primeira instância não apresentam, de forma clara e embasada, os motivos que levam à manutenção do ato que determina a exclusão de ofício da recorrente.

25. Quando se analisa o voto condutor do julgamento, verifica-se que, excluindo-se o relatório, a decisão resume-se a dois parágrafos contendo a fundamentação e um contendo o dispositivo.

26. Nota-se que a decisão não enfrenta os fundamentos de fato e de direito expostos pela contribuinte em sua impugnação, pois não se manifesta sobre a previsão dos arts. 29, § 9º da LC n.º 123/06 e 76, § 6º da Resolução CGSN n.º 94/11, que determinam que a formalização, com prévia emissão de auto de infração, é condição *sine qua non* para a caracterização

27. Ou seja, apesar do dever de atuação vinculada segundo os ditames legais, os julgadores de primeira instância deixam de aplicar os arts. 29, § 9º, I da LC n.º 123/06 e 76, § 6º, I da Resolução CGSN n.º 94/11 no presente caso, mas não apresentam nenhum motivo para afastar a incidência da norma.

28. Formula-se os seguintes questionamentos: Por que os julgadores de primeira instância estão afastando a aplicação dos arts. 29, § 9º, I da LC n.º 123/06 e 76, § 6º, I da Resolução CGSN n.º 94/11, que expressamente preveem que a comprovação da prática reiterada impede de prévia emissão de auto de infração decorrente de procedimento fiscal? Há na legislação tributária algum dispositivo que permite que a referida norma deixe de ser aplicada? O Ministério Público do Trabalho tem competência para apurar supostas infrações à legislação tributária, aplicar sanções e lavrar autos de infração em matéria de tributos?

29. Lida a decisão recorrida, essas perguntas ainda ficam sem resposta.

30. Além disso, há latente omissão no acórdão recorrido, que não se manifesta sobre a inadequação da penalidade aplicada à contribuinte com os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

31. Portanto, impõe-se que seja declarada a nulidade do julgamento realizado em primeira instância, para que não produza seus efeitos, tendo em vista que a análise apresentada pelo julgador desrespeita os postulados legais que regem o ato administrativo.

III.2) IMPRESCINDIBILIDADE DE PROCEDIMENTO FISCAL E DE EMISSÃO PRÉVIA DE AUTO DE INFRAÇÃO OU NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO PARA CARACTERIZAÇÃO DA PRÁTICA REITERADA DA INFRAÇÃO

32. A exclusão de ofício da contribuinte do regime do Simples Nacional estaria fundamentada no art. 29, XII da LC n.º 123/06, que dispõe o seguinte: [...]

33. Pela leitura do dispositivo transcrito, pode-se concluir que a exclusão de ofício requer que se demonstre a prática reiterada da infração. Ou seja, a sanção não pode ser aplicada indistintamente, a todo e qualquer caso, sendo necessário a

comprovação de que a contribuinte é reincidente no cometimento do ilícito fiscal imputado.

34. O conceito de prática reiterada é dado pelo art. 29, § 9º, I da LC nº 123/06, que exige que a ocorrência da infração seja formalizada por meio da lavratura de auto de infração ou notificação de lançamento.

35. Destaca-se que, ao regulamentar a norma, o Comitê Gestor do Simples Nacional expressamente determina que, para caracterização da prática reiterada, é imprescindível que a infração esteja formalizada em auto de infração ou notificação de lançamento decorrente de um procedimento de natureza fiscal.

36. Na época da ocorrência da suposta infração, estava vigente a Resolução CGSN nº 94/11, que previa o seguinte: [...]

37. Nota-se que a exclusão da contribuinte, ora recorrente, do Simples Nacional é ilegal, pois deu-se com base apenas nas evidências trazidas pelo Ministério Público do Trabalho em procedimento administrativo de natureza diversa da natureza fiscal.

38. Isto é, a administração fazendária decidiu pela exclusão de ofício da recorrente com base tão-somente em um Ofício encaminhado pelo MPT, sem nenhum procedimento para apuração de um eventual ilícito fiscal.

39. Conforme exposto na impugnação em primeira instância, o auto de infração é o ato administrativo por meio do qual a administração fazendária apura a prática de infração à norma e aplica multa pelo descumprimento da obrigação tributária principal ou acessória.

40. A justificativa para isso, apesar de óbvia, foi ignorada pelo agente fazendário e pelos julgadores de primeira instância: a responsabilidade tributária não se confunde com a responsabilidade por infração à norma civilista, criminal, trabalhista, etc.

41. E no âmbito do Simples Nacional, o procedimento de fiscalização estava disciplinado na Resolução CGSN nº 94/11, vigente à época (e reproduzido pela Resolução CGSN nº 140/18), que dispunha: [...]

42. No presente caso, verifica-se que a administração fazendária emitiu o Termo de Exclusão do Simples Nacional, mas não houve nenhuma autuação prévia acerca da infração. Isto é, a exclusão de ofício antecede qualquer procedimento fiscal com objetivo de apurar a ocorrência de eventual infração à norma tributária, subvertendo completamente a regra do art. 76, IV, “j” e § 6º da Resolução CGSN nº 94/11.

43. Observa-se, pois, que o Termo de Exclusão impugnado ofende o princípio da legalidade, que impõe que o agente administrativo deve agir conforme a norma, sob pena de nulidade do ato.

44. Em outras palavras, conforme exaustivamente exposto na manifestação de inconformidade, é indispensável que a administração fazendária verifique a ocorrência de suposta infração tributária, formalizando eventual prática reiterada por meio de auto de infração ou de notificação de lançamento, conforme previsão do art. 29, § 9º da LC nº 123/06 c/c art. 76, § 6º da Resolução CGSN nº 94/11, vigente à época do fato.

45. Não se pode sustentar que eventual infração esteja devidamente formalizada pela fiscalização trabalhista, pois a mesma foi encerrada sem a lavratura de auto de infração, tendo em vista que todas as exigências foram cumpridas. Ou seja, não há nenhum auto de infração entre os documentos encaminhados pelo MPT e que instruem o procedimento de exclusão.

46. Além disso, destaca-se que o MPT não compõe a administração fazendária e não tem competência para apurar ilícitos fiscais nem para aplicar sanção ou lavrar autos de infração de natureza tributária. E aqui é importante destacar que um dos requisitos para a validade de um ato administrativo é a competência.

47. Convém mencionar que não se pode aplicar ao presente caso o instituto da convalidação, pois, conforme o art. 55 da Lei nº 9.787/99, somente os pequenos vícios poderão ser sanados, aqueles meramente formais e que não causam prejuízos às partes e a terceiros.

48. Dessa forma, é evidente que o princípio

III.3. DESPROPORCIONALIDADE E DESARRAZOABILIDADE ENTRE A SUPOSTA INFRAÇÃO E A EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

49. Conforme exposto na manifestação de inconformidade, a contribuinte sempre adotou a conduta colaborativa com a fiscalização e não omitiu nenhuma informação, tampouco dissimulou a verdade dos fatos. A prova disso é que o processo administrativo instaurado pelo MPT foi arquivado sem emissão de auto de infração e aplicação de penalidade.

50. Não há provas de que a contribuinte agiu com má-fé. Pelo contrário, os elementos trazidos aos autos demonstram justamente o contrário, razão porque não há como manter a argumentação de que a contribuinte praticou qualquer conduta fraudulenta.

51. Ou seja, não há no processo nenhum elemento que demonstre o abuso de direito e o uso de meios fraudulentos para sonegar tributos ou ludibriar os órgãos de fiscalizar.

52. Dessa forma, a administração tributária não pode tratar a impugnante com o mesmo rigor que se aplica ao contribuinte que age de má-fé, sob pena de legitimar a ação fraudulenta e ignorando a gravidade de cada conduta.

53. Cabe destacar que o caso em análise não se enquadra nem mesmo na previsão do art. 29, § 9º, II da LC nº 123/06, tendo em vista que não há nenhuma prova da utilização de ardil, artifício ou outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com intuito de reduzir ou suprimir tributos.

54. Aliás, não há que se falar em redução ou supressão de tributos, visto que o tributo devido no Simples Nacional incide sobre a receita bruta auferida pela micro e pequena empresa e não sobre a folha de salários.

55. Logo, a conduta imputada à empresa, de supostamente contratar segurado empregado sem registro em CTPS, não possui efeito nenhum na arrecadação de tributos dentro do Simples Nacional, já que a folha de salários não é base de cálculo para nenhum dos tributos devidos pela empresa.

56. O art. 2º da Lei nº 9.784/99 expressamente prevê o dever da administração pública de observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, até mesmo para evitar distorções, injustiças e que a legislação, de alguma forma, beneficie o agente que comete fraude contra a administração tributária. Por isso mesmo que a legislação tributária prevê que as multas punitivas serão majoradas conforme a gravidade da infração cometida pelo agente.

57. O princípio da proporcionalidade implica que a administração pública não deve impor, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins.

58. Não é razoável, tampouco proporcional, que o contribuinte que colaborou com a fiscalização, jamais ocultou a verdade dos fatos e regularizou a situação de seus empregados seja punido com o mesmo rigor que o contribuinte que tenta se esquivar da lei por meio de ardis e artifícios.

59. Além disso, a legislação tributária prevê outras formas de sanção menos severas, como a aplicação de multa, por exemplo, ainda mais se consideramos que a impugnante jamais havia sido autuada pelo descumprimento da legislação trabalhista, afastando completamente a ideia de que a empresa é uma infratora recorrente.

60. Dessa forma, por não haver proporção entre a gravidade da conduta e o rigor da punição, o ato administrativo que determina a exclusão da contribuinte do Simples Nacional deve ser considerado sem efeito, reestabelecendo-se sua condição de optante pelo regime tributário favorecido.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

No que concerne ao pedido conclui que:

IV – PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Ante o exposto, ratificando-se os pedidos da impugnação em primeira instância, requer seja CONHECIDO e PROVIDO o presente recurso para:

1) preliminarmente, declarar a nulidade da decisão recorrida por preterição do direito de defesa, nos termos do art. 59, II do Decreto nº 70.235/72, visto que a decisão não encontra devidamente fundamentada e que os fundamentos de fato e de direito apresentados pela recorrente não foram enfrentados pelos julgadores de primeira instância, remetendo os autos para novo julgamento colegiado;

2) no mérito, reformar a decisão recorrida para:

a) declarar a nulidade do Ato Declaratório Executivo DRF/ANA nº 52, de 11 de dezembro de 2018, uma vez que não foi constatada a prática reiterada de infração mediante auto de infração e notificação fiscal (AINF), conforme determina o art. 29, § 9º da LC nº 123/06;

b) consequentemente, declarar sem efeito o Ato Declaratório Executivo DRF/ANA nº 52, de 11 de dezembro de 2018, determinando que a contribuinte, ora impugnante, seja mantida como optante pelo Simples Nacional.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento.

Nulidade do Ato Declaratório de Exclusão e da Decisão de Primeira Instância

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos.

O Ato Declaratório de Exclusão foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente, inclusive com base no princípio da persuasão racional previsto no art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972. A Recorrente foi regularmente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos. Ademais os atos administrativos estão motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos.

O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foi regularmente analisado pela autoridade de primeira instância (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 6º da Lei n.º 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972).

As autoridades fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

Ainda sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão em Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n.º 791292/PE, que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, de acordo com o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015:

O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Neste sentido, devem ser enfrentados “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489 do Código de Processo Civil). Por conseguinte, o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Assim, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. A proposição afirmada pela Recorrente, desse modo, não pode ser ratificada.

Exclusão do Simples Nacional - Omissão Reiterada da Folha de Pagamento

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal).

A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irrevogável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

A exclusão é feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. Verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória no caso de incorrer em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente. A pessoa jurídica excluída do Simples Nacional sujeita-se, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas (art. 29 e art. 32 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006).

A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, prevê:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando: [...]

XII - omitir de forma reiterada da folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária, segurado empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual que lhe preste serviço. [...]

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

Está registrado na Representação Fiscal, e-fl. 02, amparada no conjunto probatório de e-fls. 03-11:

Trata o presente processo de representação para exclusão da empresa DELIO BENEDITO PIRES - EPP, CNPJ 02.122.059/0001-88, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

A representação foi formalizada pelo Ministério Público do Trabalho em Anápolis e enviada a esta unidade da RFB após a constatação, no processo 000376.2015.18.003/6, que o contribuinte incorreu em situação que caracteriza exclusão de ofício do Simples Nacional.

O ofício n.º 4023.2016 – da Procuradoria do Trabalho no Município de Anápolis, solicita a imediata abertura de procedimento administrativo para a exclusão do Simples Nacional da pessoa jurídica, acima identificada, com base na representação do Ministério Público do Trabalho, que constatou a situação de vedação ao Simples Nacional.

Assim, pelo exposto, LAVRO, nesta data, a presente REPRESENTAÇÃO para fins de formalização de processo.

O Ministério Público do Trabalho – Procuradoria do Trabalho do Município de Anápolis enviou o Ofício n.º 4023, de 04.08.2016 a RFB, e-fls. 03-07:

RELATÓRIO DE INSPEÇÃO

No dia 07 de abril de 2016, com o fim de instruir os presentes autos, este membro do Ministério Público do Trabalho, acompanhado pelo servidor desta PTM Marcos Divino de Souza, se dirigiu até o município de Silvânia, onde está localizado o estabelecimento da investigada.

Após diligenciarmos naquela cidade, localizamos o estabelecimento da investigada.

No local, fomos recebidos pelo Sr. Délio Benedito Pires, proprietário.

Em seguida, entrevistamos os empregados que estavam no estabelecimento no momento da inspeção (um total de 12 obreiros) e verificamos as condições do meio ambiente de trabalho.

VÍNCULOS EMPREGATÍCIOS E FGTS

Os dados de todos os empregados que estavam no local foram colhidos, a fim de verificar a regularidade dos vínculos e do FGTS.

Cumpramos consignar que, analisando Livro de Registro de Empregados, constatamos que o trabalhador Washington Jesus Soares, adm. 01/01/2016, cujo registro estava consignada na folha 34, era o obreiro com a mais recente formalização de vínculo empregatício, uma vez que a folha 35 do Livro de Registro estava em branco.

Registre-se, ainda, que durante a inspeção, analisamos, ainda, a folha de pagamento do mês de março/2016.

Assim, considerando as entrevistas com os trabalhadores e, ainda, a documentação analisada, concluímos que os seguintes trabalhadores estavam trabalhando sem a devida formalização de seus vínculos empregatícios:

1. Ivonete Rodrigues Montalvão Vítor, nasc.: 16/05/1972; adm.: 17/11/2015, função: auxiliar de padaria;

2. Vanderlei Luis Gomes Abreu, nasc.: 28/12/1978; adm.: 01/04/2016, função: açougueiro;

3. Karol de Souza Braga, nasc.: 28/01/1995; adm.: 01/11/2015: função: auxiliar de, escritório;

4. Nivaldo Carvalho de Abreu, nasc.: 29/03/1981; adm.: 26/02/2007, função: repositor;

5. Jade Daniela Moreira Silva, nasc.: 21/12/1995; adm.: 29/04/2014, função: auxiliar de padaria;

6. Ana Flávia Silva Batista Lobo, nasc.: 18/11/1993; adm.: 30/03/2015, função: abastecimento;

DURAÇÃO DO TRABALHO

Nenhum dos trabalhadores relatou jornada que viole os limites estabelecidos por lei. Assim, não foi constatada infração neste particular.

REMUNERAÇÃO

Ao contrário do que consta na delação, verificamos que na folha de pagamento da investigada há regular quitação das horas extras. Assim, também neste ponto, não houve irregularidade apurada.

PROVIDÊNCIAS ADOTADAS Ao final da diligência, foi entregue uma Requisição de Documentos à empregadora.

É o relatório.

Registre-se que as infrações apontadas neste relatório não excluem outras que não foram objeto da diligência realizada.

Dito isto, determino as seguintes providências:

1. Junte-se aos autos em epígrafe a Requisição de Documentos que foi • entregue à empregadora, bem como a lista com os dados dos trabalhadores identificados durante a inspeção do MPT e, ainda, a folha de pagamento do mês de março/2016;

2. Juntada a documentação indicada na Requisição de documentos, deverá a Assessoria analisá-la a fim de verificar se a empregadora corrigiu todas as irregularidades e/ou omissões acima descritas, bem como se restaram caracterizadas e sanadas outras irregularidades referentes aos temas indicados neste Relatório de Diligência.

3. Com o relatório que será elaborado pela Assessoria deste Ofício, voltem os autos conclusos;

Por seu turno, na Representação Fiscal de e-fls. 16-17 resta evidenciado, cujos fundamentos de fato e direito, são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015):

Trata o presente processo de representação para exclusão da empresa DELIO BENEDITO PIRES - EPP, CNPJ 02.122.059/0001-88, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

A representação foi formalizada pelo Ministério Público do Trabalho em Anápolis/GO, e enviada a esta unidade da RFB após constatação em inspeção por aquele órgão, de que o contribuinte incorreu em situação que caracteriza exclusão de ofício do Simples Nacional.

Pelas informações contidas no Ofício n.º 4023.2016 (fls. 03/04) e nos documentos que o acompanham (fls. 07/13), o contribuinte manteve, informalmente, vínculos empregatícios com os seguintes trabalhadores:

- Ivonete Rodrigues Montalvão Vitor, admitido em 17/11/2015;
- Vanderlei Luis Gomes Abreu, admitida em 01/04/2016;
- Karol de Souza Braga, admitido em 01/11/2015;
- Nivaldo Carvalho de Abreu, admitido em 26/02/2007;
- Jade Daniela Moreira Silva, admitido em 29/04/2014;
- Ana Flávia Silva Batista Lobo, admitido em 30/03/2015.

A situação informada, caracteriza a infração prevista no Art. 29, inciso XII, da Lei Complementar n.º 123/2006, também regulamentada atualmente pelo Art. 84, inciso IV, alínea “k”, da Resolução CGSN n.º 140, de 22 de maio de 2018.

Nos termos do § 1º, do artigo 29, acima citado, a exclusão deve produzir efeitos a partir do próprio mês em que incorrida a infração, impedindo a opção pelo regime diferenciado pelos 3 (três) anos-calendário seguintes.

De acordo com a consulta ao histórico no Simples Nacional (fl. 16), a empresa ingressou no Simples Nacional, por migração automática, com efeitos desde 01/07/2007.

Segundo as informações do MPT, observa-se que o trabalhador Nivaldo Carvalho de Abreu, encontrava-se em situação irregular desde 26/02/2007, antes mesmo da opção do contribuinte pelo Simples Nacional. Tendo em vista ainda a questão decadencial, não deve se considerar essa data para inícios dos efeitos da exclusão. Para isto, considerar-se-á a data de admissão da trabalhadora Jade Daniela Moreira Silva, cuja situação irregular observou-se desde 29/04/2014.

Diante do exposto, encaminho os autos com a proposta de edição de Ato Declaratório Executivo para exclusão do contribuinte do Simples Nacional, com fundamento nos dispositivos normativos citados acima e com efeitos a partir de 01/04/2014.

Ressalte-se que o procedimento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário, conforme enunciado da Súmula CARF n.º 46.

Por conseguinte, o Ato Declaratório Executivo DRF/ANA/GO n.º 52, de 11.12.2018, com efeitos a partir de 01.04.2014, e-fl. 18, deve ser mantido, já que a exclusão do Simples Nacional dá-se de ofício mediante ato declaratório quando a pessoa jurídica optante incorrer em omissão reiterada da folha de pagamento, circunstância esta evidenciada pelo acervo fático-probatório.

Declaração de Concordância

Consta no Acórdão da 7ª Turma DRJ/RPO/SP n.º 14-98.536, de 26.09.2019, e-fls. 77-80, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015):

O ato declaratório de exclusão baseou-se no art. 29, XII, da Lei Complementar 123/06, abaixo:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

XII - omitir de forma reiterada da folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária, segurado empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual que lhe preste serviço. (grifo nosso)

O significado e o alcance da expressão “prática reiterada”, utilizada no inciso XII do art. 29 da Lei Complementar 123/06, estão definidos no § 9º, incisos I e II, do mesmo artigo, com redação dada pela Lei Complementar 139/11:

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput: (Incluído pela Lei Complementar n.º 139, de 10 de novembro de 2011)

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou (Incluído pela Lei Complementar n.º 139, de 10 de novembro de 2011)

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo. (Incluído pela Lei Complementar n.º 139, de 10 de novembro de 2011) (grifo nosso)

Às fls 5 e 6 dos autos, informa-se que o contribuinte mantinha seis trabalhadores sem a devida formalização de seus vínculos empregatícios, sem anotação na CTPS e sem comunicação do vínculo ao CAGED e à RAIS, omitindo dados relativos aos trabalhadores nas declarações mensais pertinentes à GFIP-SEFIP. O próprio contribuinte confirma, na manifestação, que as irregularidades existiam e que precisaram ser sanadas após a inspeção dos Auditores do Trabalho.

Tal circunstância já configura a prática reiterada para fins de exclusão do Simples Nacional, nos termos do inciso II do § 9º, do art. 29 da Lei Complementar 123/06, o que independe da prévia formalização de auto de infração ou notificação em face do interessado.

Nesses termos, voto pela improcedência da Manifestação de Inconformidade.

Assim sendo, o Acórdão da 7ª Turma DRJ/RPO/SP n.º 14-98.536, de 26.09.2019, e-fls. 77-80, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária.

Efeito da Exclusão do Simples Federal

A Recorrente discorda do efeito do procedimento fiscal.

A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, prevê:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando: [...]

§1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do **caput** deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes. [...]

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

A exclusão do Simples Nacional produz efeito a partir do próprio mês da ocorrência do fato, quando a Recorrente fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, nos termos expressamente contidos na legislação tributária. Esta consequência decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional).

Logo, Ato Declaratório Executivo DRF/ANA/GO nº 52, de 11.12.2018, com efeitos a partir de 01.04.2014, e-fl. 18, deve ser mantido, em virtude de lei.

Ônus da Prova

Vale esclarecer que a norma específica que trata do processo administrativo fiscal estabelece que a impugnação, cuja apresentação regular instaura a fase litigiosa no procedimento, deve conter todas as alegações e instruída com os elementos de prova que as justificam, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais (art. 15, art. 16, art. 17 e art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972). Tendo em vista o princípio da concentração da defesa pela via estreita de dilação probatória que o rege, cabe a Recorrente o ônus da prova de seus argumentos com a finalidade de alterar do ato administrativo, já que a atuação da autoridade julgadora limita-se ao controle da sua legalidade, por expressa previsão legislativa (art. 145 do Código Tributário Nacional).

Boa-fé Objetiva

A alegação da Recorrente de boa-fé objetiva não tem qualquer influência no presente caso, uma vez que "a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato", nos termos do art. 136 do Código Tributário Nacional.

Jurisprudência e Doutrina

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional).

Inconstitucionalidade de Lei

Atinente aos princípios constitucionais, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que 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 (art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF nº 2).

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este procedimento está de acordo com o princípio da legalidade ao qual o agente público está vinculado em razão da obrigatoriedade da aplicação da lei de ofício (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015).

Dispositivo

Em assim sucedendo, voto em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva