



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 13855.721586/2011-00
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-002.237 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de junho de 2018
Matéria Contribuições Previdenciárias - Exclusão do Simples Federal
Recorrente ESPERANCA ARTIGOS PARA ESCRITÓRIO LTDA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2008

AUTO DE INFRAÇÃO. ACÓRDÃO DRJ. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos dos artigos 10 e 59, ambos do Decreto nº 70.235/72.

PRODUÇÃO DE PROVAS. PRESSUPOSTOS. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

O Decreto nº 70.235/72 é claro quanto ao tratamento da prova no curso do processo administrativo fiscal. O contribuinte deve observar os pressupostos constantes do artigo 16, incisos III e IV e §1º, do referido diploma.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS - RFFP. CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

A RFFP, nos termos do artigo 83, da Lei nº 9.430/1996, será encaminhada ao Ministério Público após ser proferida decisão final na esfera administrativa, não tendo ocorrido, desta forma, qualquer ilegalidade na condução do presente feito. Não cabe a autoridade julgadora analisar a RFFP.

RELATÓRIO DE VÍNCULOS. AUSÊNCIA DE TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

A inclusão da sócia gerente no Relatório de Vínculos não implica automaticamente na co-responsabilização pelo crédito lançado. Não foi lavrado nos presente autos o Termo de Sujeição Passiva Solidária de forma a legitimar sua inclusão como responsável pelo crédito tributário, nos termos do artigo 124, do CTN.

ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

Não pode a autoridade lançadora e julgadora administrativa, invocando princípios constitucionais, afastar a aplicação da lei tributária. Isso ocorrendo, significaria declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da lei tributária que funcionou como base legal do lançamento (imposto e multa de ofício). Aplicável o teor da Súmula CARF nº 2: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

MULTA EM LANÇAMENTO DE OFÍCIO. LEI NOVA. RETROATIVIDADE BENIGNA. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 449/08. ARTIGO 106 DO CTN.

São aplicáveis nos lançamentos de ofício, quando benéficas, às multas disposta na nova legislação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da relatora. Vencidos os conselheiros: Eva Maria Los, José Carlos de Assis Guimarães, Luis Henrique Marotti Toselli e Paulo Cezar Fernandes de Aguiar que votaram para declinar da competência para a 2ª Seção de Julgamento do CARF.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Gisele Barra Bossa - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eva Maria Los, Luis Fabiano Alves Penteado, José Carlos de Assis Guimarães, Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Bárbara Santos Guedes (suplente convocada em substituição à ausência do conselheiro Rafael Gasparello Lima) e Ester Marques Lins de Sousa (Presidente). Ausente, justificadamente, o conselheiro Rafael Gasparello Lima.

Relatório

1. Por economia processual e por bem descrever os fatos, adoto como parte deste, o relatório constante da decisão de primeira instância:

“O presente processo, consolidado em 13/09/2011 (com cientificação do sujeito passivo em 16/09/2011), é composto pelos Autos-de-Infração – AI referentes aos lançamentos de créditos tributários identificados pelos DEBCAD a seguir:

1. - DEBCAD 37.343.712-9: AI decorrente do descumprimento de obrigação tributária principal. Lavrado por ter sido constatado que a autuada deixou de efetuar o recolhimento das

contribuições previdenciárias a seu cargo incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados, inclusive aquela destinada ao financiamento dos benefícios em razão da incapacidade laborativa alíquota SAT/RAT (Lei 8.212/91, artigo 22, I e II), no montante de R\$ 220.953,14 (duzentos e vinte mil, novecentos e cinqüenta e três reais e quatorze centavos), incluindo o valor atualizado, juros e multa de ofício.

2. – **DEBCAD 37.343.713-7:** *AI decorrente do descumprimento de obrigação tributária principal. Lavrado por ter sido constatado que a autuada deixou de efetuar o recolhimento das contribuições dos segurados empregados, no montante de R\$ 34.998,67 (trinta e quatro mil, novecentos e noventa e oito reais e sessenta e sete centavos), incluindo o valor atualizado, juros e multa de ofício. Trata-se de contribuição não retida, apurada por aferição indireta com base nas Relações Anuais de Informações Sociais (RAIS), tendo em vista a não apresentação de folhas de pagamentos para as competências que integram este DEBCAD.*

3. – **DEBCAD 37.343.714-5:** *AI decorrente do descumprimento de obrigação tributária principal. Lavrado por ter sido constatado que a autuada deixou de efetuar o recolhimento das contribuições destinadas a outras entidades e fundos – Terceiros (Salário- Educação, INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE), incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados, no montante de R\$ 27.422,55 (vinte e sete mil, quatrocentos e vinte e dois reais e cinqüenta e cinco centavos), incluindo o valor atualizado, juros e multa de mora.*

4.– **DEBCAD 37.343.718-8:** *AI decorrente do descumprimento de obrigação tributária principal. Lavrado por ter sido constatado que a autuada deixou de efetuar o recolhimento das contribuições dos segurados empregados, no montante de R\$ 46.496,59 (quarenta e seis mil, quatrocentos e noventa e seis reais e cinqüenta e nove centavos), incluindo o valor atualizado, juros e multa de ofício. Trata-se de contribuição retida, apurada com base nas folhas de pagamento.*

Conforme esclarecido no Relatório Fiscal, para o período de 01/2006 a 06/2007 são lançadas contribuições não declaradas nem recolhidas, decorrentes da exclusão da autuada do Simples. Para o período de 07/2007 a 12/2008 são lançadas as contribuições não declaradas e não recolhidas. As contribuições para outras entidades e fundos foram lançadas apenas no período referente à exclusão do Simples.

Acrescenta que este processo foi constituído para lançar as contribuições constantes do processo 138555.002341/2010-91, anulado por restar caracterizado erro insanável na identificação do sujeito passivo, já que os lançamentos foram realizados tendo como sujeitos passivos os sócios da empresa ora autuada, situação reconhecida como irregular, nos termos do Acórdão 14-32.442 da 6ª. Turma de Julgamento desta DRJ, datado de

08.02.2011 e levado à ciência dos sujeitos passivos em 11.03.2011.

Discorre a respeito da atividade de “escritório de contabilidade” exercida pela autuada, que motivou sua exclusão do Simples por se tratar de atividade vedada.

Informa que a empresa apresentou no período inúmeras GFIP retificadoras que se sobrepuseram às anteriores, resultando daí o fato de só serem consideradas as informações referentes à última GFIP, implicando na não declaração dos fatos geradores referentes aos segurados informados em GFIP anteriores, mas ausentes na última.

Não foram deduzidas parcelas relativas às contribuições previdenciárias. Também não foram deduzidos valores do Simples, vez que não houve recolhimentos dessa natureza.

Em relação às contribuições previdenciárias, atendendo o que dispõe o artigo 106, II, “c” do CTN, foi feita a comparação das penalidades previstas na legislação anterior à Medida Provisória 449/2008 com a multa de ofício aplicável após o advento da citada MP, aplicando-se a penalidade mais benéfica ao sujeito passivo, no caso a multa de ofício. Para as contribuições destinadas a outras entidades e fundos, foi aplicada a multa de mora.

O Relatório Fiscal informa, ainda, a lavratura de Representação Fiscal Para Fins Penais e esclarece que aos escritórios de contabilidade foi permitida a opção pelo Simples Nacional, com o recolhimento das contribuições patronais no documento único de arrecadação (Documento de Arrecadação do Simples Nacional – DAS), apenas a partir de 01/2009, tendo em vista a alteração promovida na Lei Complementar (LC) 123/2006 pela LC 128/2008.

Regularmente cientificada, a autuada apresentou **Impugnação** em relação ao ato declaratório em questão. A manifestação de inconformidade também foi interposta pela Sra. Vanessa Marília Vieira, sócia da empresa. Foi alegando, em síntese, que:

- Inicialmente, requer a suspensão de qualquer medida judicial e todos os atos posteriores ao presente auto até o julgamento definitivo do processo administrativo, com fundamento no artigo 151, III do Código Tributário Nacional (CTN).

- A suposta conduta da autuada é descrita pela fiscalização de forma indeterminada e imprecisa. Não foram especificados os atos que vicejaram a aplicação das penalidades administrativas, não se demonstrando qual a participação ou envolvimento da empresa com os supostos fatos. Não houve indicação da norma ou lei infringida e da penalidade aplicável. Assim, verifica-se ofensa à ampla defesa e contraditório. Discorre longa e repetidamente acerca de tais argumentos.

-
- *O Termo de Sujeição Passiva Solidária relativo à Vanessa Marília Vieira é nulo, pois foi lavrado sem observância da ampla defesa ou processo administrativo. O vício reconhecido anteriormente foi sanado parcialmente, pois a Sra. Vanessa encontra-se arrolada com a estranha nomenclatura de CO-RESPONSÁVEL. Pugna pela nulidade do MPF e do processo administrativo fiscal.*
 - *Invoca a ocorrência da decadência, mencionando o que dispõe o artigo 173 do CTN e concluindo que não poderia ter sido lançado o crédito tributário referente ao ano de 2006. Invoca ainda, a aplicação da Lei 13.882/01.*
 - *O fisco não pode acusar alguém por fraude, sonegação, simulação ou qualquer outra irregularidade sem a prova robusta da ocorrência dessas situações.*
 - *Prossegue narrando a atuação da Sra. Vanessa junto à empresa, e que esta só teria participado da administração societária após 01/10/2007 sendo que antes disso trabalhava para terceiros como empregada. Esclarece que foi colocada no quadro social por seu ex-marido, Sr. Djalma Bonacini Júnior. Afirma que junta documentos aptos a demonstrar que não obteve qualquer vantagem da empresa.*
 - *Sempre agiu de boa-fé, não se caracterizando infrações tipificadas no Código Penal nem havendo fundamento para lavratura de AI.*
 - *Questiona sua exclusão do Simples. Todos os recolhimentos devidos foram efetuados na forma do Simples e não foram considerados pela fiscalização, havendo o risco de repetir o que já foi pago. Estes valores devem ser considerados e na forma como foram recolhidos, mormente tendo a Lei Complementar 128/2008 permitido aos contadores a opção pelo Simples.*
 - *Os valores cobrados são estratosféricos e ofendem os princípios da proporcionalidade, legalidade e vedação ao confisco. Ressalta que não houve a demonstração clara do valor lançado.*
 - *Também não foi tomada a cautela de deduzir dos valores apurados em RAIS as verbas sobre as quais não incidem as contribuições lançadas.*
 - *A multa aplicada é lesiva, abusiva e confiscatória. No caso, a multa mais benéfica é aquela prevista no artigo 32-A, I e II e não a multa de ofício de 75%.*
 - *Impugna os documentos constantes da relação anexada ao Termo de Verificação Fiscal, pugna pelo acolhimento de suas razões e pela produção de todas as provas e diligências que se fizerem necessárias”.*

2. Em sessão de 21 de dezembro de 2011, a 9ª Turma da DRJ/RPO, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, nos termos do voto relator, Acórdão nº 14-36.214 (fls. 253/262), cuja ementa recebeu o seguinte descritivo, *verbis*:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2008

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS - RFFP. COMPETÊNCIA. DRJ.

A DRJ carece de competência para a análise do inconformismo do sujeito passivo em relação à Representação Fiscal para Fins Penais - RFFP lavrada pela fiscalização.

RELATÓRIO DE VÍNCULOS.

A inclusão no Relatório de Vínculos não implica automaticamente na responsabilização pelo crédito lançado das pessoas incluídas em tal relatório.

PRODUÇÃO DE PROVAS. NECESSIDADE.

A produção de provas desenvolver-se-á de acordo com a necessidade à formação da convicção da autoridade julgadora, a quem cabe indeferi-las quando se mostrarem desnecessárias.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. ARGUIÇÃO. AFASTAMENTO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE. INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA.

A instância administrativa é incompetente para afastar a aplicação da legislação vigente em decorrência da arguição de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

3. A DRJ/RPO não acatou os argumentos da Recorrente, em síntese, sob os seguintes fundamentos:

I. Do Pedido de Suspensão e Da Representação Fiscal para Fins Penais

3.1. A interposição de impugnação tempestiva suspende automaticamente a exigibilidade do crédito tributário.

3.2. A DRJ não tem competência para analisar e julgar a questão referente à representação fiscal para fins penais.

II. Do Requerimento pela Produção de Provas

3.3. A produção de outros elementos de prova é desnecessária em razão de constarem nos autos informações suficientes para a prolação do voto.

III. Da Exclusão do Simples

3.4. As alegações referentes à exclusão do Simples serão enfrentadas em processo distinto em razão de o presente feito referir-se à autuação pelo descumprimento de obrigação acessória.

IV. Da Responsabilização da Sócia Gerente

3.5. O crédito lançado é exigido, em âmbito administrativo, apenas da empresa e a sócia gerente Vanessa foi apenas incluída no Relatório de Vínculos, o que não implica em sua automática sujeição enquanto responsável solidária pelo crédito tributário.

V. Do Crédito Tributário Lançado

3.6. Não existe qualquer falta de clareza, imprecisão ou indeterminação em relação aos valores lançados e não cabe à esfera administrativa analisar inconstitucionalidade de norma vigente.

VI. Do Aproveitamento dos Valores Recolhidos

3.7. Não há que se deduzir do crédito tributário recolhimentos efetuados pela empresa, pois segundo o Relatório Fiscal não houve recolhimentos no período em questão nem recolhimentos à título de contribuição dos segurados empregado.

VII. Da Decadência

3.8. Considerando a contagem decadencial do inciso II do artigo 173 do CTN é certo que não houve o exaurimento do prazo de cinco anos, o mesmo ocorre se aplicado o inciso I do referido artigo.

3.9. Mesmo ao aplicar o inciso I do artigo 173 do CTN, o lançamento ocorreu tempestivamente. A competência mais antiga tem o início da contagem do prazo quinquenal em 01/01/2007 com término em 31/12/2011, antes da data de intimação do sujeito passivo do lançamento do crédito em 16/09/2011.

VIII. Da Multa

3.10. A alegação de que a multa de ofício de 75% é lesiva, abusiva e confiscatória não é cabível, pois em casos de contribuição não recolhida e não declarada em GFIP o lançamento do crédito tributário será feito de ofício, aplicando-se multa de acordo com a legislação vigente.

3.11. Neste caso, para as competências a partir de 11/2008 aplica-se multa de ofício de 75% de acordo com o previsto no artigo 35-A da Lei 8.212/91, com a alteração promovida pela MP 449/2008. Para as competências até 11/2008, a fiscalização, considerando o disposto no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, comparou a multa de ofício atualmente vigente com as penalidades aplicáveis ao caso de acordo com a legislação vigente à época dos fatos geradores e, por ser mais benéfica, adotou a multa de ofício de 75% (MP 449/2008). Para as contribuições destinadas a outras entidades e fundos, prevaleceu a multa de mora contemplada na legislação anterior.

4. Cientificada da decisão (AR de 18/02/2012, de fls. 264), a Recorrente interpôs Recurso Voluntário (fls. 267/329) em 09/03/2012, reiterando as razões já expostas em

sua impugnação (fls. 204/242) e acrescentando o pedido de nulidade do r. acórdão de fls. 253/262 proferido pela DRJ/RPO, em razão de suposta incompetência da autoridade subscritora e cerceamento do seu direito de defesa por não ver enfrentadas muitas das alegações por ela formuladas. Por fim, requer seja afastada a aplicação da multa de 75% e, subsidiariamente, que a multa seja reduzida ao mínimo legal.

É o relatório.

Voto

Conselheira Gisele Barra Bossa, Relatora

5. O recurso é tempestivo e cumpre os demais requisitos legais de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento e passo a apreciar.

Da Competência da 1ª Seção do CARF

6. Inicialmente, vale registrar que o presente processo administrativo se encontrava apenso aos processos de nºs 13855.721574/2011-77 (exclusão do Simples Federal) e 13855.722352/2011-71 (lançamento de obrigação acessória decorrente não exibição de documento ou livro relacionados com as contribuições previstas na Lei nº 8.212/91), por terem sido **formalizados com base nos mesmos elementos de provas**.

7. Conforme esclarecido no Relatório Fiscal, para o período de 01/2006 a 06/2007 foram lançadas as contribuições não declaradas nem recolhidas, **decorrentes da exclusão da autuada do Simples**; para o período de 07/2007 a 12/2008 foram lançadas as contribuições não declaradas e não recolhidas; e as contribuições para outras entidades e fundos foram lançadas apenas no período **referente à exclusão do Simples**.

8. Para fins do Regimento Interno do CARF, esse processo é considerado vinculado por decorrência, nos termos do artigo 6º, § 1º, inciso II, do Anexo II do RICARF, veja-se:

Art. 6º Os processos vinculados poderão ser distribuídos e julgados observando-se a seguinte disciplina:

§ 1.º Os processos podem ser vinculados por:

I - (...)

II - decorrência, constatada a partir de processos formalizados em razão de procedimento fiscal anterior ou de atos do sujeito passivo acerca de direito creditório ou de benefício fiscal, ainda que veiculem outras matérias autônomas; e (...)

9. Assim sendo, considerando que o processo em questão é vinculado por decorrência ao Processo de Exclusão do Simples Federal (Processo nº 13855.721574/2011-77) e, adicionalmente, foi formalizado com base nos mesmos elementos de prova, aplicável o teor do artigo 2º, incisos IV e V, do Anexo II do RICARF, que dispõe:

"Art. 2º À 1ª (primeira) Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância que versem sobre aplicação da legislação relativa a: (...)

*IV - CSLL, IRRF, Contribuição para o PIS/Pasep ou Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB), quando reflexos do IRPJ, **formalizados com base nos mesmos elementos de prova**; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)*

*V - exclusão, inclusão e exigência de tributos decorrentes da aplicação da legislação referente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) e ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **na apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação (Simples- Nacional)**;*

10. Diante do exposto, a conclusão é que o próprio RICARF trata esta matéria como assunto conexo a ser cuidado por "prevenção" para que ocorra o julgamento do processo de exclusão do Simples junto com os lançamentos decorrentes. Neste sentido, considero competente a Primeira Seção para processar e julgar o presente feito e passo a apreciar as questões aqui suscitadas.

Questões Preliminares

I. Da Ausência de Nulidades nos AIIMs e no Acórdão da DRJ

11. Cumpre consignar que, em seus instrumentos de defesa, a ora Recorrente traz diversas alegações atreladas à suposto cerceamento do seu direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como supostas inconsistências genéricas quando da lavratura dos autos de infração em análise. Contudo, não junta aos autos quaisquer provas hábeis a sustentar processualmente e/ou tecnicamente suas alegações.

12. Adicionalmente, verifico que, no curso do procedimento fiscal e do processo administrativo, foi respeitado do direito de defesa da contribuinte e foram analisadas pontualmente as alegações trazidas pela Recorrente.

13. O Relatório Fiscal de fls. 05/33 traz todos os detalhes da autuação, sua motivação e enquadramento legal de forma clara e precisa.

14. Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos dos artigos 10 e 59, ambos do Decreto nº 70.235/72, o que não se verifica *in casu*.

15. Do ponto de vista do processo administrativo fiscal federal, o Decreto nº 70.235/72 indica os casos de nulidade nos artigos 10º e 59, *verbis*:

“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.”

“ Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

16. No presente caso, não verifico qualquer nulidade formal ocasionada pela inobservância do disposto nos artigos 10 e 59, tampouco dos requisitos constantes do artigo 5º, incisos V e XXXIII, da Constituição Federal e artigo 142 do Código Tributário Nacional. Não evidencio qualquer indício de cerceamento do direito de defesa da ora Recorrente.

17. O acórdão da DRJ foi proferido pelo colegiado da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Pedro/SP, com relatoria do Presidente Rogério Antônio Malini. Logo, não há que se falar em incompetência da autoridade julgadora, tampouco do órgão de julgamento para apreciar as questões aqui ventiladas.

18. No mais, a contribuinte notoriamente compreendeu a imputação que lhe foi imposta e as autoridades fiscal e julgadora cumpriram as exigências legais para a lavratura e manutenção dos autos de infração em análise.

19. Quanto aos pedidos genéricos de produção de provas e realização de diligências, a ora Recorrente não especifica nos autos quais seriam essas provas, não traz a

respectiva motivação e nem junta aos autos provas documentais hábeis materializar seus argumentos de defesa.

20. O Decreto nº 70.235/72 é claro quanto ao tratamento da prova no curso do processo administrativo fiscal, *verbis*:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

(...)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.

(...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância.

(...)

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine." (grifos nossos)

21. Nessa linha, diante da inércia clara da Recorrente, como pode o julgador apreciar prova que não existe? Deferir diligência e/ou prova pericial sem os pressupostos do artigo 16, inciso I, do Decreto nº 70.235/72?

22. Portanto, não merecem ser acatados quaisquer dos argumentos trazidos para anular os autos de infração e/ou a r. decisão da DRJ.

II. Do Pedido de Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário e Da Representação Fiscal para Fins Penais

23. Em linha com a decisão de piso, com relação ao crédito tributário lançado, a interposição de recursos administrativos tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário nos termos do artigo 151, inciso III, do CTN:

“Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: (...)

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo”.

24. Assim sendo, é inequívoco que a interposição do Recurso Voluntário, suspende a exigibilidade dos créditos tributários constantes dos autos de infração em análise.

25. Ademais, vale esclarecer que a Representação Fiscais para Fins Penais (RFPP), nos termos do artigo 83, da Lei nº 9.430/1996¹, será encaminhada ao Ministério Público após ser proferida **decisão final na esfera administrativa**, não tendo ocorrido, desta forma, qualquer ilegalidade na condução do presente feito.

26. Nesse sentido, inclusive, é o teor da Súmula Vinculante nº 24 do STF, segundo a qual: *"Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º incisos I a IV da lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo."*

27. A lei não proíbe a formalização da Representação até porque é dever funcional do auditor fiscal que constata, no exercício de suas atividades funcionais, indícios de crime, **preparar relato de tal fato ao titular da ação penal pública incondicionada**. Contudo, como vimos, não compete à autoridade fiscal a análise da RFFP.

28. Diante do exposto, restam devidamente esclarecidos estes pontos levantados pela ora Recorrente.

III. Da Exclusão do Simples Federal

29. O presente processo tem por objeto **o lançamento das contribuições previdenciárias** apuradas a partir da exclusão da Recorrente do Simples Federal e **não a exclusão do regime de tributação em si**.

30. Não é demais consignar que, nos termos da Súmula CARF nº 77: *"A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão*

¹ Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão".

31. A exclusão da ora Recorrente do Simples Federal é objeto do Processo Administrativo nº 13855.721574/2011-77 e, por conseguinte, as questões relacionadas exclusivamente ao tema (exclusão), inclusive no que se refere ao período alcançado pelos seus efeitos, não são analisadas por esta relatoria no presente feito, mas nos autos do processo mencionado. Aqui, limito-me a análise o crédito tributário lançado.

IV. Da Inclusão da Sócia-Gerente no Relatório de Vínculos

32. Diferente do alegado pela ora Recorrente, a inclusão da sócia gerente no Relatório de Vínculos não implica automaticamente na co-responsabilização pelo crédito lançado, especialmente porque não foi lavrado nos presente autos o Termo de Sujeição Passiva Solidária de forma a legitimar sua inclusão como responsável pelo crédito tributário, nos termos do artigo 124, do CTN.

33. O próprio Relatório de Vínculos traz a seguinte redação:

“Este relatório lista todas as pessoas físicas ou jurídicas de interesse da administração previdenciária em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, representantes legais ou não, indicando o tipo de vínculo existente e o período correspondente.”.

34. Assim, não prospera a irresignação quanto a este particular, cumprindo esclarecer que o crédito lançado, em âmbito administrativo, **é exigido apenas do sujeito passivo, ou seja, da empresa em epígrafe.**

35. Acrescente-se que está correto o período para o qual a Sra. Vanessa foi incluída na condição de sócia gerente. Apesar de afirmar que só tomou conhecimento das atividades da empresa a partir de 01/10/2007, seu nome figura no contrato social (documentos nos autos) na condição de administradora desde a constituição da empresa.

36. A pesquisa do CNPJ que instrui a impugnação apresentada confirma sua participação como administradora em período muito anterior ao alegado em seus instrumentos de defesa. E, tal fato não pode ser ignorado pela autoridade fiscal quando da lavratura dos autos de infração, o que não significa, repita-se, co-responsabilização automática pelo crédito tributário.

Questões de Mérito

I. Da Legitimidade do Crédito Tributário Lançado

37. Alega a Recorrente que o crédito lançado está embasado em conduta descrita de forma indeterminada e imprecisa, não se especificando os fatos que deram origem às penalidades aplicadas, com ofensa ao contraditório e à ampla defesa. Aduz, ainda, que os valores cobrados são estratosféricos, ofendem aos princípios da proporcionalidade, legalidade e vedação ao confisco e não foram demonstrados de forma clara, além de não serem deduzidos dos valores apurados com base na RAIS, as parcelas sobre as quais não incidem contribuições.

38. Conforme consignado no item I, tais argumentos devem ser repelidos.

39. Não existe qualquer falta de clareza, imprecisão ou indeterminação em relação aos valores lançados. A análise dos autos não deixa dúvidas de que o lançamento se refere às contribuições não recolhidas pela empresa durante o período de 01/2006 a 06/2007 em face de seu indevido enquadramento no Simples Federal e para o período de 07/2007 a 12/2008, em virtude da apuração de contribuições não declaradas nem recolhidas.

40. Além das informações constantes no Relatório Fiscal (fls. 05/33), deve se considerar os Relatórios de Lançamento (RL), que discriminam os valores lançados e os Fundamentos Legais do Débito (FLD), que especificam a legislação que dá embasamento a cada AIMM.

41. Para o período em que não houve a apresentação das folhas de pagamento, a fiscalização utilizou-se dos valores constantes nas RAIS, amparando tal procedimento no artigo 33, § 3º e 6º da Lei nº 8.212/91, *verbis*:

“§ 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.”

“§ 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.”

42. A alegação de que caberia à fiscalização deduzir dos valores das RAIS aqueles sobre os quais não incidem as contribuições lançadas não prospera, haja vista que à empresa caberia o ônus de demonstrar a incorreção dos valores considerados (artigo 33, § 6º, da Lei nº 8.212/91, parte final, conforme transcrito), o que não ocorreu.

43. Quanto à alegação de que não houve fraude, sonegação ou simulação, importante registrar que o lançamento de ofício decorre, **objetivamente**, do não recolhimento das contribuições devidas somado à falta de sua declaração em GFIP. Foi aplicada multa de ofício de 75% e não multa qualificada, tornando desnecessárias maiores considerações acerca da intenção do agente na prática dos atos relacionados ao não recolhimento e não declaração em GFIP.

44. No que se refere aos argumentos relativos à ofensa aos princípios da proporcionalidade, legalidade e vedação ao confisco, consigno que não pode a autoridade lançadora e julgadora administrativa, invocando estes preceitos constitucionais, afastar a aplicação da lei tributária. Isso ocorrendo, significaria declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da lei tributária que funcionou como base legal do lançamento (imposto e multa de ofício). Ora, como é cediço, somente os órgãos judiciais têm esse poder.

45. Essa é a diretriz da Súmula CARF nº 2: "*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*".

46. Assim, considerando que o lançamento encontra-se respaldado na legislação vigente, a análise de sua inconstitucionalidade esbarra na impossibilidade deste órgão julgador administrativo apreciar questões desta índole.

II. Do Aproveitamento dos Valores Recolhidos

47. Quanto ao argumento de que não foram aproveitados os recolhimentos efetuados pela Recorrente, deve ser considerado o Relatório Fiscal (fls. 28/29) no que diz respeito a não haver recolhimentos no período de opção indevida do Simples (01/2006 a 06/2007), nem recolhimentos a título de contribuição dos segurados empregados. Portanto, não há o que ser deduzido do crédito tributário apurado.

III. Da Inocorrência de Decadência

48. Em que pese a Recorrente invoque a ocorrência da decadência dos créditos tributários relativos ao ano-calendário de 2006, considero que tanto nos termos do artigo 173, inciso I, como no inciso II, do CTN, não operou-se a decadência, *verbis*:

“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”.

49. Em se tratando de novo lançamento decorrente da nulidade anteriormente declarada por erro na identificação do sujeito passivo, em acórdão proferido em 2011, é certo que não houve o exaurimento do prazo de 05 (cinco) anos, caso se faça a contagem com base no disposto no inciso II do artigo 173 do CTN.

50. Ademais, diante da **inexistência de recolhimentos parciais que pudessem levar à aplicação de regra distinta para o início da contagem do prazo decadencial** (regra prevista no artigo 150, § 4º, do CTN), podemos, forçosamente, considerar aplicável a regra do artigo 173, inciso I, do CTN ao invés do citado inciso II.

51. Ainda assim, o lançamento é tempestivo. Isto porque, a competência mais antiga (01/2006) tem o início da contagem do prazo quinquenal em 01/01/2007, com término em 31/12/2011, antes da data do lançamento que se aperfeiçoou com a ciência do sujeito passivo em 16/09/2011.

IV. Da Multa de Ofício de 75%

52. A autuada aduz que a multa aplicada é lesiva, abusiva e confiscatória e, além disso, se observada a penalidade mais benéfica ao contribuinte, seria aplicada a multa prevista no artigo 32- A, incisos I e II, da Lei nº 8.212/91 e não a multa de ofício de 75%.

53. Contudo, em se tratando de contribuição não recolhida e não declarada em GFIP, o crédito tributário será lançado de ofício. Nesse caso, a multa aplicada de acordo com a legislação atualmente vigente (de acordo com a alteração promovida pela Medida Provisória nº 449/2008) é aquela prevista no artigo 35-A, da Lei nº 8.212/91, que remete ao artigo 44, da Lei nº 9.430/96 (multa de ofício de 75%), reservando-se a multa cominada no artigo 32-A, incisos I e II do mesmo diploma legal, aos casos em que se observe apenas o

descumprimento da obrigação tributária acessória (não declaração em GFIP com o recolhimento das contribuições).

54. Porém, para as competências até 11/2008, os fatos geradores ocorreram em período anterior à MP 449/2008, ou seja, sob a vigência de outros dispositivos legais. Assim, para fins do disposto no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, a fiscalização comparou a multa de ofício atualmente vigente, com as penalidades aplicáveis ao caso de acordo com a legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores (anteriores à MP 449/2008), tudo conforme planilha demonstrativa nos autos (fl. 43), entendendo pela retroatividade da legislação superveniente posto mostrar-se mais benéfica ao sujeito passivo.

55. Frise-se que em relação ao lançamento das contribuições destinadas a outras entidades e fundos (Terceiros) prevaleceu a multa de mora contemplada na legislação anterior, face a multa de ofício de 75%. Isto porque, na sistemática anterior à MP 449/2008, as contribuições a terceiros não se sujeitavam à multa prevista no artigo 32, § 4º, da Lei nº 8.212/91 (na redação anterior à MP 449/2008). A comparação nesse caso deu-se apenas entre a multa de mora (legislação anterior) com a multa de ofício (legislação superveniente), prevalecendo a primeira.

56. Portanto, fica claro que a autoridade lançadora cuidou de aplicar de forma adequada as multas constantes dos AIIMs, em plena observância ao artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN.

57. Quanto às alegações de que a multa é lesiva, abusiva e confiscatória, repita-se o que foi dito em relação à impossibilidade do órgão julgador da esfera administrativa apreciar a arguição de inconstitucionalidade dos dispositivos legais vigentes.

Conclusão

58. Diante do exposto, VOTO no sentido de CONHECER do presente RECURSO VOLUNTÁRIO, e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Gisele Barra Bossa