



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.004151/2009-48
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-009.296 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de março de 2021
Recorrente NARATEX CONFECÇÕES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2006 a 30/06/2007

PRELIMINAR. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.
NÃO OCORRÊNCIA.

A decisão foi fundamentada, não havendo que se falar em nulidade quando o julgador proferiu decisão devidamente motivada, explicitando as razões pertinentes à formação de sua livre convicção. Ademais, o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pela parte, mas somente sobre os que entender necessários ao deslinde da controvérsia, de acordo com o livre convencimento motivado.

SOBRESTAMENTO DO PROCESSO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO.

Tendo em vista que o processo que trata da exclusão da contribuinte do Simples já foi julgado por este CARF, o pedido não procede e o presente julgamento não deve ser sobrestado.

CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA

O cerceamento do direito de defesa se dá pela criação de embaraços ao conhecimento dos fatos e das razões de direito à parte contrária, ou então pelo óbice à ciência do auto de infração, impedindo a contribuinte de se manifestar sobre os documentos e provas produzidos nos autos do processo.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O atendimento aos preceitos estabelecidos no art. 142 do CTN, a presença dos requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/1972 e a observância do contraditório e do amplo direito de defesa do contribuinte afastam a hipótese de nulidade do lançamento.

EXCLUSÃO SIMPLES. ANÁLISE DE PROCESSO PRÓPRIO. PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA. SÚMULA CARF 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 respectivo ato tem o condão de prevenir o lançamento, evitando-se a

decadência. Ademais nos termos da Súmula CARF n.º 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”.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. DISCUSSÃO INOPORTUNA EM PROCESSO DE LANÇAMENTO FISCAL PREVIDENCIÁRIO.

O foro adequado para discussão acerca da exclusão da empresa do Simples é o respectivo processo instaurado para esse fim. Descabe em sede de processo de lançamento fiscal de crédito tributário previdenciário rediscussão acerca dos motivos que conduziram à expedição do Ato Declaratório Executivo e Termo de Exclusão do Simples.

PREVIDENCIÁRIO. SIMPLES. EXCLUSÃO.

A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS. IRRETROATIVIDADE. ATO DECLARATÓRIO.

O ato de exclusão do Simples possui natureza declaratória, que atesta que o contribuinte já não preenchia os requisitos de ingresso no regime desde data pretérita, surtindo efeito já no ano-calendário subsequente àquele em que foi constatado o excesso de receita, efeito esse que não guarda nenhuma relação com o princípio da irretroatividade, que se aplica a litígios envolvendo confrontos entre vigência da lei e data dos fatos.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIAÇÃO. INCOMPETÊNCIA.

É vedado aos membros das turmas de julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. Súmula CARF n.º 2. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais (Súmula CARF n.º 28).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Andrea Viana Arrais Egypto, Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Rodrigo Lopes Araújo, Rayd Santana Ferreira e Miriam Denise Xavier (Presidente).

Relatório

A bem da celeridade, peço licença para aproveitar boa parte do relatório já elaborado em ocasião anterior e que bem elucida a controvérsia posta, para, ao final, complementá-lo (e-fls. 185 e ss).

Pois bem. Trata-se de crédito tributário consolidado em 16/10/2009, constituído contra NARATEX CONFECÇÕES LTDA., por intermédio do AIOP DEBCAD nº 37.230.474-5, no valor de R\$375.550,09 (trezentos e setenta e cinco mil, quinhentos e cinquenta reais e nove centavos), referente às competências 03/2006 a 06/2007, inclusive o décimo terceiro salário de 2006.

De acordo com o Relatório Fiscal (fls. 50/53), o crédito previdenciário objeto do presente lançamento refere-se às contribuições sociais PATRONAIS (parte EMPRESA e RAT), não recolhidas, cujos fatos geradores são as remunerações dos empregados e contribuintes individuais.

Diz, ainda, o relatório fiscal, que a empresa tem como atividade a costura, arremate e acabamento de peças de vestuário.

No decorrer da auditoria fiscal, ficou constatado que a autuada prestou serviços mediante locação de mão de obra. Dessa forma, incorreu em hipótese de vedação do SIMPLES FEDERAL, prevista no art. 9º, inciso XII, alínea “f”, da Lei n. 9.317/1996.

A autuada declarou em campo próprio de Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP ser optante do SIMPLES. No entanto, a referida opção foi objeto de cancelamento, conforme dispõe o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO n. 113 de 14/10/2009, em anexo. Dessa forma, a contribuição patronal incidente sobre a remuneração de trabalhadores empregados e pró-labore não estão contempladas nas GFIP do período em questão.

Os lançamentos foram individualizados por levantamento e constam do Relatório Discriminativo de Débito - DD:

LEVANTAMENTOS FP3 e Z3: a remuneração de segurados empregados, constante de folha de pagamento, no período de apuração.

LEVANTAMENTO FP4 e Z4: o pró-labore dos sócios administradores da autuada, constante de folha de pagamento, no período acima citado exceto o décimo terceiro salário.

Em vista da edição da Medida Provisória n. 449, de 03/12/2008, convertida em Lei n. 11.941 de 27 de maio de 2009, a qual implementou a multa de ofício na cobrança de fato gerador de contribuição previdenciária não declarado em GFIP, e em respeito ao disposto no 'artigo 106, Inciso II, “c”, do Código Tributário Nacional, foi feita a comparação mensal entre os

valores da multa de Ofício e a soma da multa de mora prevista no art. 35, inciso II, da Lei 8.212/91, com a multa de ofício prevista no art. 32, §5º, da mesma lei (somada a multa do art. 32-A, inciso I, quando aplicável).

Em parte do período, a multa mais benéfica ao contribuinte (de menor valor) foi a de ofício, constantes dos levantamentos Z3 e Z4; em outras competências, a multa mais benéfica foi a de mora, constantes dos levantamentos FP3 e FP4. No anexo comparativo da multa-COMPMULTA, fls.54/56, consta o discriminativo mensal dos valores resultantes do cálculo das multas conforme as legislações passada e presente, e evidenciação da multa mais benéfica ao contribuinte por competência.

Ressalta que no comparativo foi feita, inclusive, a apuração da contribuição previdenciária a cargo dos segurados, lançada no AI n. 37.230.476-1.

Os fatos e circunstâncias que motivaram a exclusão do SIMPLES estão relatados na Representação Administrativa, integrante do presente processo.

Foram considerados créditos da autuada a parcela destinada à Previdência Social contida nos valores arrecadados mediante DARF, de código 6106 (recolhimento do SIMPLES), ANEXO A, fls.57, conforme disposto na Lei 9.317/96, no período de apuração do crédito. Os créditos foram aproveitados nas competências correspondentes ao período de apuração, constantes nas referentes guias. Também foram aproveitadas sobras de valores recolhidos mediante Guia da Previdência Social-GPS, excedentes dos valores atribuídos às contribuições declaradas em GFIP.

A omissão de fato gerador de contribuições previdenciárias em GFIP, configura a ocorrência, em tese, do ilícito tipificado no art. 337-A, inciso I, do Código Penal - Decreto-Lei 2.848, de 07/12/1940, com redação dada pela Lei n.9.983, de 14/07/00, o que motivou a emissão de Representação Fiscal para Fins Penais- RFFP.

Os documentos examinados para apuração do débito foram:

- Folha de pagamento;
- GFÍP;
- Guias da Previdência Social-GPS;
- DARF - Documento de Arrecadação de Receitas Federais;
- Contrato Social e Alterações;
- Informações fornecidas em arquivos digitais da folha de pagamento do período de 01/2006 a 10/2008.

O autuado contestou, tempestivamente, o lançamento em tela (fls. 121/ 130), apresentando documentos de fls.131/ 174, pedindo que seja tomado sem efeito o Ato Declaratório n. 113/2009, o qual exclui, indevidamente, a empresa do SIMPLES, realizando o seu reingresso ao referido regime, tomando sem efeito todos os atos e lançamentos feitos indevidamente em decorrência da exclusão indevida, alegando em síntese que:

- (a) Não exerce a atividade de “locação de mão de obra”, mas sim desempenha atividade de industrialização e confecção de malhas, na sede da empresa e não junto ao parque industrial de seus clientes; sendo que tais atividades de industrialização, confecção e estamparia efetivamente agregam valor aos produtos, não podendo ser consideradas como hipótese de terceirização ou locação de mão de obra, já que compõem uma das etapas do processo industrial do contribuinte, bem como de seus clientes.

Em seguida, sobreveio julgamento proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, por meio do Acórdão de e-fls. 185 e ss, cujo dispositivo considerou a **impugnação improcedente**, com a **manutenção** do crédito tributário. É ver a ementa do julgado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2006 a 30/06/2007

AIOP DEBCAD Nº 37.230.474-5

SIMPLES. EXCLUSÃO.

A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

CONTRIBUIÇÃO PATRONAL SOBRE VALOR PAGO AOS SEGURADOS EMPREGADOS.

São devidas pela empresa e equiparados as contribuições sociais incidentes sobre a remuneração paga aos segurados que lhes prestem serviços.

MATÉRIA INCONTROVERSA.

No processo administrativo fiscal, considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O contribuinte, por sua vez, inconformado com a decisão prolatada e procurando demonstrar a improcedência do lançamento, interpôs Recurso Voluntário (e-fls. 192 e ss), repisando, em grande parte, os argumentos apresentados em sua impugnação, no sentido de que:

1. Os serviços de industrialização, realizados pela contribuinte a seus clientes na criação dos produtos ou na execução de qualquer etapa do processo produtivo de confecção agrega valor ao produto, transforma e caracteriza a atividade industrial realizada pela contribuinte o que deixa claro não se tratar de mera “locação de mão de obra”.
2. Ainda que a exclusão da empresa do SIMPLES não tenha sido confirmada com o trânsito em julgado da defesa administrativa interposta, a empresa foi autuada (AI-DEBCAD 37.230.474-5) para recolher à previdência social, relativo ao período de 03/2006 a 06/2007, inclusive 13º Salário de 2006, trazendo o autuante como fatos geradores das contribuições lançadas, a remuneração paga aos empregados, constantes das folhas de pagamento e o pró-labore dos sócios administradores da autuada, dados extraídos das folhas de pagamento, do período acima citado, período este, em que a empresa ainda estava inscrita no regime simplificado de tributação tomando portanto nula a autuação lavrada.
3. Considerando que a empresa não tem como atividade a “locação de mão de obra”, fundamento arbitrário utilizado pelo fiscal para excluir indevidamente a empresa do SIMPLES, e que a defesa administrativa oferecida pela empresa em relação ao Ato Declaratório que a excluiu do SIMPLES ainda não foi julgada, tais créditos não poderiam ter sido levantados, muito menos serem exigíveis. A contribuinte, irrisignada com a exclusão do simples, impugnou o Ato Declaratório Executivo de número 113/2009, anexando cópia da peça impugnatória, protocolada em 13.11.2009 na qual demonstra que desempenha atividade industrial e não de “locação de mão de obra” como falaciosamente entendeu o fiscal de forma arbitrária com o fim de excluir a empresa do SIMPLES e lançar débitos que nunca existiram.
4. É, em consequência da exclusão da empresa do simples, que supôs o fisco como devido o pagamento das contribuições previdenciárias incidentes sobre as folhas de salários, emitindo o Auto de Infração DEBCAD 37.230.474-5, processo 13971004151/200948.

Impugnado, teve o mesmo julgamento em desfavor da empresa, conforme acórdão da DRJ/BSB, sem análise das alegações e provas da impugnante e em total desrespeito ao direito constitucional do contraditório e da mais ampla defesa do contribuinte em relação à exclusão do simples, cujo processo deve ter sentença transitada em julgado, para que se possa eventualmente constituir débitos relativos este período, pois o objetivo da defesa naquele é pela manutenção no sistema do SIMPLES.

5. A imposição ao recolhimento da contribuição previdenciária, indevida para empresas inscritas no regime de tributação SIMPLES como é o caso da recorrente, tendo em vista não houve o julgamento definitivo do ato que a exclui do regime de tributação simplificado, denota ofensa a ampla defesa do contribuinte, portanto, é indevido na medida em que o próprio fundamento do Ato Declaratório que excluiu a empresa do SIMPLES tem fundamento legal arbitrário. Assim, antes que o ato de exclusão torne-se definitivo, os créditos ora lançados não são exigíveis e representa flagrante desrespeito a legalidade e a garantia constitucional a ampla defesa prevista em nossa Constituição Federal. A própria Lei que regulamenta o SIMPLES assegura o direito a ampla defesa em seu artigo 15.
6. Ademais, considerando que a decisão nem mesmo levou em conta as razões de méritos apresentadas pela defesa, mas apenas a fundamentação arbitrária utilizada pelo auditor-fiscal não há que se manter a decisão conforme a ementa do procedimento administrativo abaixo proferido em favor da própria empresa (Naratex Confecções Ltda.) em razão da nulidade da decisão de primeira instância.
7. Ante o exposto, requer: (i) Declare, a nulidade da decisão de primeira instância, para que outra seja proferida, com a apreciação de todos os argumentos da defesa após o julgamento definitivo da exclusão da contribuinte do SIMPLES, condição *sine qua non* para o lançamento das contribuições previdenciárias. (ii) Em não sendo este o entendimento desse colegiado, e em apreciando o mérito do recurso, seja-lhe deferida inteira procedência, na constatação de que em não havendo julgamento definitivo, do processo 13971004117/2009-73, que excluiu a empresa do SIMPLES com fundamentos equivocados não pode haver a constituição de qualquer débito levando em conta a nova condição fiscal pretendida pelo fisco. (iii) Ainda, e levando em consideração que todas as informações prestadas pela empresa foram com base na condição de empresa regularmente inscrita no regime do SIMPLES, são elas corretas, não constituindo falsa declaração as informações prestadas na GEFIP, excluindo desde logo o Agravamento da Multa e passando a desconsiderar a Representação Penal para Fins Penais e seus efeitos.

Em seguida, os autos foram remetidos a este Conselho para apreciação e julgamento do Recurso Voluntário.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Matheus Soares Leite – Relator

1. Juízo de Admissibilidade.

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72. Portanto, dele tomo conhecimento.

2. Preliminares.

2.1. Nulidade do acórdão recorrido.

Preliminarmente, o recorrente alega que a decisão teria desprezado as provas existentes nos autos, sem qualquer fundamentação, tendo o julgador deixado de se pronunciar sobre pontos relevantes da defesa.

Contudo, entendo que não assiste razão ao recorrente.

Entendo que a decisão de piso enfrentou a argumentação tecida pelo recorrente, em sua defesa, afirmando, ainda, que a impugnação do sujeito passivo se limitou a contestar o Ato Declaratório que a excluiu do SIMPLES, além de ter pontuado que a manifestação de inconformidade, no processo atinente à exclusão do simples, foi indeferida, demonstrando, portanto, que se pronunciou sobre os pontos relevantes da defesa

A decisão foi fundamentada, não havendo que se falar em nulidade quando o julgador proferiu decisão devidamente motivada, explicitando as razões pertinentes à formação de sua livre convicção. Ademais, o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pela parte, mas somente sobre os que entender necessários ao deslinde da controvérsia, de acordo com o livre convencimento motivado.

Nesse sentido, não há que se falar em nulidade da decisão de primeira instância, eis que proferida por autoridade competente, e está devidamente fundamentada, sendo que a insatisfação do contribuinte, sobre os pontos suscitados, não tem o condão de anular a decisão de primeira instância, sendo matéria atinente à interposição de recurso voluntário, a ser objeto de deliberação pelo colegiado de 2ª instância.

Dessa forma, rejeito a preliminar suscitada.

2.2. Nulidade do lançamento.

O recorrente também alega que, antes que o ato de exclusão do SIMPLES se torne definitivo, os créditos ora lançados não seriam exigíveis, o que representaria flagrante desrespeito à legalidade e à garantia constitucional a ampla defesa prevista na Constituição Federal.

Contudo, entendo que não assiste razão ao recorrente.

A começar, a questão resta prejudicada, eis que, em sessão de 24 de outubro de 2013, sobreveio decisão proferida pela 4ª Turma da DRJ/RJ1, nos autos do Processo nº 13971.004117/2009-73, por meio do Acórdão nº **12-60.677**, que, por unanimidade de votos, julgou IMPROCEDENTE a manifestação de inconformidade, excluindo a empresa do Simples Federal, mantendo o Ato Declaratório nº 113/2009. É ver a ementa daquele julgado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Deixa de se considerar a alegação de cerceamento ao direito de defesa da interessada, quando inexistente demonstração de prejuízo causado, bem como a interessada contesta todas as razões aventadas no instrumento administrativo.

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2006, 2007

EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA

Mantém-se a exclusão do Simples Federal, quando demonstrado que a empresa pratica atividade impeditiva para ingresso nessa modalidade de tributação.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

À autoridade administrativa falece competência para apreciar a inconstitucionalidade da norma, cujo comando legal encontra-se plenamente em vigor.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

A propósito, tem-se que a decisão é definitiva, eis que não houve a apresentação de recurso, tendo operado o seu trânsito em julgado e o arquivamento do feito. Nesse sentido, tendo em vista que o processo que trata da exclusão do contribuinte do SIMPLES já foi julgado, o pedido não procede e o presente julgamento não deve ser sobrestado.

Ademais, cabe esclarecer que o presente lançamento é reflexo apenas do Ato Declaratório nº 113/2009 (Simples Federal - Período: 01/03/2006 a 30/06/2007), motivo pelo qual, as discussões concernentes ao Ato Declaratório nº 114/2009 (Simples Nacional – Período: 01/07/2007 a 30/10/2008) não influenciam na controvérsia dos autos, ainda que se considere que o substrato fático do lançamento seja o mesmo, eis que deve ser respeitada a coisa julgada administrativa vinculada a cada lançamento, em particular.

Dessa forma, rejeito o pleito do recorrente acerca da suspensão dos efeitos do Ato Declaratório nº 113/2009, face à sua discussão em instância administrativa no Processo nº 13971.004117/2009-73, eis que já sobreveio julgamento definitivo no âmbito daquele processo, não havendo nada a impedir o regular processamento do presente feito.

E ainda que assim não o fosse, a constituição de auto de infração para apurar a exigência de tributo devido em razão de exclusão da empresa do regime do SIMPLES, 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 respectivo 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”.

Para além do exposto, entendo que não houve nos autos em momento algum cerceamento do direito de defesa da recorrente ou violação ao contraditório e ao devido processo legal, tendo em vista que lhe foi oportunizado a prática de todos os atos processuais inerentes ao processo administrativo-fiscal, contidos no Decreto no 70.235/1972, tendo, inclusive, apresentado manifestação de inconformidade no processo atinente à exclusão do SIMPLES.

Cabe pontuar, ainda, que o cerceamento do direito de defesa se dá pela criação de embaraços ao conhecimento dos fatos e das razões de direito à parte contrária, ou então pelo óbice à ciência do auto de infração, impedindo a contribuinte de se manifestar sobre os documentos e provas produzidos nos autos do processo, hipótese que não se verifica *in casu*. O contraditório é exercido durante o curso do processo administrativo, nas instâncias de julgamento, não tendo sido identificado qualquer hipótese de embaraço ao direito de defesa do recorrente.

E, ainda, ao contrário do que arguido pela recorrente, vislumbro que o ato administrativo de lançamento foi motivado pelo conjunto das razões de fato e de direito que carregaram à conclusão contida na acusação fiscal, à luz da legislação tributária compatível com as razões apresentadas no lançamento. O convencimento fiscal está claro, aplicando a legislação que entendeu pertinente ao presente caso, procedeu a apuração do tributo devido com a demonstração constantes no Auto de Infração.

A meu ver, o lançamento em comento seguiu todos os passos para sua correta formação, conforme determina o art. 142 do Código Tributário Nacional, quais sejam: (a) constatação do fato gerador cominado na lei; (b) caracterização da obrigação; (c) apuração do montante da base de cálculo; (d) fixação da alíquota aplicável à espécie; (e) determinação da exação devida – valor original da obrigação; (f) definição do sujeito passivo da obrigação; e (g) lavratura do termo correspondente, tudo conforme a legislação.

Entendo, portanto, que não há nenhum vício que macula o presente lançamento tributário, não tendo sido constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, havendo a devida descrição dos fatos e dos dispositivos infringidos e da multa aplicada. Portanto, entendo que não se encontram motivos para se determinar a nulidade do lançamento, por terem sido cumpridos os requisitos legais estabelecidos no artigo 11 do Decreto nº 70.235/72, notadamente considerando que o contribuinte teve oportunidade de se manifestar durante todo o curso do processo administrativo.

Nesse sentido, tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente arts. 142 do CTN e 10 e 11 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade do lançamento.

Assim, uma vez verificado a ocorrência do fato gerador, o Auditor Fiscal tem o dever de aplicar a legislação tributária de acordo com os fatos por ele constatados e efetuar o lançamento tributário.

Por fim, incumbe ao autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos do Direito por si alegado, e à parte adversa, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe, portanto, ao contribuinte o ônus de enfrentar a acusação fiscal, devidamente motivada, apresentando os argumentos pelos quais entende que o presente lançamento tributário merece ser declarado improcedente, não sendo o caso de decretar a nulidade do auto de infração, eis que preenchidos os requisitos do art. 142 do CTN.

Ante o exposto, destaco que não vislumbro qualquer nulidade na hipótese dos autos, seja do lançamento tributário a que se combate ou mesmo da decisão proferida, não tendo sido constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa.

Dessa forma, rejeito a preliminar suscitada.

3. Mérito.

No tocante ao mérito, o recorrente alega que sua atividade é industrial e não se enquadra no conceito de locação de mão de obra, sendo, portanto, inválida a exclusão da empresa do regime de tributação simplificada.

Pelo que se percebe, o recorrente procura rediscutir, no âmbito deste processo, a exclusão do SIMPLES. Contudo, a discussão relativa à exclusão só é cabível no processo próprio e não neste processo de lançamento de crédito tributário relativo a contribuições previdenciárias, descabe neste foro a retomada dos questionamentos apresentados e bem examinados no processo próprio.

Em outras palavras, o foro adequado para discussão acerca da exclusão da empresa do Simples é o respectivo processo instaurado para esse fim. Descabe em sede de processo de lançamento fiscal de crédito tributário previdenciário rediscussão acerca dos motivos que conduziram à expedição do Ato Declaratório Executivo e Termo de Exclusão do Simples.

E, conforme antecipado acima, em sessão de 24 de outubro de 2013, sobreveio decisão proferida pela 4ª Turma da DRJ/RJ1, nos autos do Processo nº 13971.004117/2009-73, por meio do Acórdão nº **12-60.677**, que, por unanimidade de votos, julgou IMPROCEDENTE a manifestação de inconformidade, excluindo a empresa do Simples Federal, mantendo o Ato Declaratório nº 113/2009.

A propósito, tem-se que a decisão é definitiva, eis que não houve a apresentação de recurso, tendo operado o seu trânsito em julgado e o arquivamento do feito. Nesse sentido, tendo em vista que o processo que trata da exclusão do contribuinte do SIMPLES já foi julgado, o pedido não procede e o presente julgamento não deve ser sobrestado.

Assim, o processo que trata da exclusão da contribuinte do Simples Nacional já foi julgado por este CARF, em processo próprio, não havendo como rediscutir a matéria no âmbito deste processo.

E, ainda, conforme pontuado acima, o presente lançamento é reflexo apenas do Ato Declaratório nº 113/2009 (Simples Federal - Período: 01/03/2006 a 30/06/2007), motivo pelo qual, as discussões concernentes ao Ato Declaratório nº 114/2009 (Simples Nacional – Período: 01/07/2007 a 30/10/2008) não influenciam na controvérsia dos autos, ainda que se considere que o substrato fático do lançamento seja o mesmo, eis que deve ser respeitada a coisa julgada administrativa vinculada a cada lançamento, em particular.

Para além do exposto, cabe esclarecer que um dos efeitos imediatos da exclusão do Simples é a tributação pelas regras aplicáveis às empresas em geral, por força de expressa disposição legal, sendo que a decisão que exclui a empresa do Programa Simples, apenas tem o condão de formalizar uma situação que já ocorrera de fato, tendo, assim, efeitos meramente declaratórios.

Em outras palavras, a exclusão do sujeito passivo da sistemática do SIMPLES, com efeitos retroativos, implica em apuração das contribuições de terceiros sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados empregados com base na legislação de regência.

E ainda que assim não o fosse, a retroatividade dos efeitos do ato de exclusão da empresa do Simples é determinada pela legislação tributária e seu eventual afastamento por suposta ofensa ao Princípio da Irretroatividade da Lei Tributária, é matéria que foge à competência material do Processo Administrativo Fiscal.

Já no tocante à “proteção constitucional das micro e pequenas empresas”, arguida pelo recorrente, entendo não é possível invocá-la para legitimar o descumprimento das obrigações tributárias que lhe recaem por força da legislação.

A propósito, cabe destacar que a responsabilidade por infrações à legislação tributária, via de regra, independe da intenção do agente ou do responsável e tampouco da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato comissivo ou omissivo praticado, a teor do preceito contido no art. 136 da Lei n.º 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional – CTN).

Nesse sentido, a exigência da penalidade independe da capacidade financeira ou de existência de danos causados à Fazenda Pública. Ela é exigida em função do descumprimento da obrigação acessória. A possibilidade de ser considerada, na aplicação da lei, a condição pessoal do agente não é admitida no âmbito administrativo, ao qual compete aplicar as normas nos estritos limites de seu conteúdo, sem poder apreciar arguições de cunho pessoal.

E, ainda, cabe destacar que, ao contrário do que pontuado pelo recorrente, não houve agravamento da multa, tendo sido aplicado o percentual de 75%, além de, em respeito ao

disposto no artigo 106, Inciso II, “c”, do Código Tributário Nacional, ter sido feita a comparação mensal entre os valores da multa de Ofício e a soma da multa de mora prevista no art. 35, inciso II, da Lei 8.212/91, com a multa de ofício prevista no art. 32, §5º, da mesma lei (somada a multa do art. 32-A, inciso I, quando aplicável).

Sobre as demais alegações trazidas em seu recurso, oportuno observar que já está sumulado o entendimento segundo o qual falece competência a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária:

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

Dessa forma, entendo que tais questões escapam à competência legal da autoridade julgadora de instância administrativa, sobretudo por não ter competência para se manifestar acerca da legalidade das normas legais regularmente editadas segundo o processo legislativo estabelecido, tarefa essa reservada constitucionalmente ao Poder Judiciário, podendo apenas reconhecer inconstitucionalidades já declaradas pelo Supremo Tribunal Federal, e nos estritos termos do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997.

4. Da Representação Fiscal para Fins Penais.

O recorrente alega, ainda, que não houve dolo em sua conduta, e jamais prestou ou inseriu informação que sabidamente não teria direito, falsa, ou que reduziu deliberadamente o valor devido e subsequente recolhimento a menor de sua contribuição previdenciária

Contudo, cabe esclarecer que, sempre que constatar a ocorrência, em tese, de crime ou contravenção penal, o auditor fiscal deve formalizar Representação Fiscal para Fins Penais, inexistindo competência para apreciação de matéria penal no âmbito do contencioso administrativo tributário.

A propósito, já está sumulado o entendimento segundo o qual este Conselho não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes ao Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais (Súmula CARF nº 28).

De toda sorte, a representação fiscal para fins penais permanecerá sobrestada no âmbito da administração tributária até decisão definitiva na esfera administrativa, quando, então, poderá ser encaminhada ao órgão do Ministério Público, para efetuar seu juízo acerca dos fatos, bem como, conseqüentemente, sobre a conveniência ou não da instauração da persecução penal.

Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER do Recurso Voluntário para rejeitar as preliminares e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite

Fl. 12 do Acórdão n.º 2401-009.296 - 2ª Seção/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13971.004151/2009-48