



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.004152/2009-92
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-009.297 – 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

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 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”.

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. APRECIÇÃO. 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 nº 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 nº 28).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar 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).

Fl. 3 do Acórdão n.º 2401-009.297 - 2ª Seção/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13971.004152/2009-92

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. 146 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 37.230.475-3, no valor de R\$87.133,77 (oitenta e sete mil, cento e trinta e três reais e setenta e sete centavos), referente às competências 03/2006 a 06/2007, inclusive o décimo terceiro salário de 2006.

De acordo com o Relatório Fiscal (fls. (29/31), o crédito previdenciário objeto do presente lançamento refere-se às contribuições sociais destinadas às seguintes entidades (SESI, SENAI, SEBRAE, INCRA e FNDE-Salário Educação), cujos fatos geradores são as remunerações dos empregados constantes de folha de pagamento.

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 MI, 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 das entidades acima citadas incidente sobre a remuneração de trabalhadores empregados não estão contempladas nas GFIP do período em questão.

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

A omissão de informação ou prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias constitui crime contra a ordem tributária, o que motivou a emissão de Representação Fiscal para Fins Penais- RFFP.

Os documentos examinados para apuração do débito foram:

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

A empresa apresentou impugnação tempestiva, às fls.37/47, juntando documentos de 115.48/138, pedindo que seja declarada a nulidade do auto de infração ora combatido 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;

- (b) Sem o julgamento da impugnação relativa à exclusão do SIMPLES através de atos unilaterais, quais sejam: a emissão dos ADE 113/09 e 114/09, ambos de 14 de outubro de 2009, não podem ser consideradas válidas, nem produzir efeitos. Apenas poder-se-ia falar em irregularidade, se por hipótese viesse a ficar comprovado o acerto de suas aplicações. Somente então caberia aplicação de qualquer sanção, ou cobrança de qualquer tributo, ou mesmo a presente multa formal e, portanto, não está configurado o fato gerador da obrigação pretendida.

Em seguida, sobreveio julgamento proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, por meio do Acórdão de e-fls. 146 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 37.230.475-3

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 AOS TERCEIROS SOBRE VALOR PAGO AOS SEGURADOS EMPREGADOS.

São devidas pela empresa e equiparados as contribuições sociais destinadas aos terceiros incidentes sobre a remuneração paga aos segurados.

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. 156 e ss), repisando, em grande parte, os argumentos apresentados em sua impugnação, no sentido de que:

1. A empresa tem como principal atividade a industrialização, confecção e comercialização de malhas e estamparias em sua sede localizada na Rua Luiz Michelli, no Município de Indaial. A estrutura da empresa conta com maquinário próprio bem como empregados que atendem a demanda de seus clientes, agregando valor ao produtos desses e assim a atividade da contribuinte não consiste em mera "locação de mão de obra" como intuiu o fiscal para arbitrariamente excluir a empresa do Regime Simplificado de Tributação e impor simultaneamente o pagamento de multas incabíveis.
2. A exclusão da empresa do SIMPLES e SIMPLES NACIONAL foram formalizadas através dos Atos Declaratórios Executivos nº 113 e 114, ambos de 14 de Outubro de 2009. Ainda que tenha sido oferecida impugnação em relação aos Atos Declaratórios que estão pendentes de julgamento definitivo, a Fazenda Nacional lavrou, em flagrante desrespeito ao direito a ampla defesa e o contraditório, o Auto de Infração DEBCAD 37.230.475-3 para que fossem recolhidas as contribuições social aos terceiros (SESC, SENAC) sobre o valor pago aos segurados do período de março de 2006 a junho de 2007 com base na folha de pagamento da empresa cujo valor do Auto de Infração alcança o valor de R\$ 87.133,77. No entanto, em que pese os efeitos da exclusão da empresa do SIMPLES estarem suspensos em virtude do oferecimento de impugnação, não é válida a multa lavrada, razão pela qual pugna-se para que seja julgado procedente o presente recurso
3. A atividade desenvolvida pela empresa não é de "locação de mão de obra, mas sim de industrialização e confecção de mão de obra e, assim, em nada obsta sua inscrição no

Regime Simplificado de Tributação. Os subterfúgios utilizados pelo agente da fiscalização para excluir a empresa do SIMPLES, não merecem guarida deste colendo colegiado que deverá ao final julgar procedente o presente recurso e integrar a empresa novamente no SIMPLES, anulando as multas arbitrariamente lançadas em face da empresa.

4. Mesmo que não seja acolhida a tese defensiva e, ao final, seja entendido que a empresa desenvolve atividade de locação de mão de obra, a recorrente não é responsável pelo recolhimento das contribuições a terceiros, mas sim a empresa que supostamente teria locado a mão de obra da Naratex Confecções Ltda.
5. Não há no relatório do agente da fiscalização qualquer demonstração clara de que a conduta praticada pela empresa seja típica até mesmo porque o lançamento decorre da exclusão da empresa do SIMPLES pelo fisco, a qual ainda pende de julgamento, e não de atos de gestão levados a efeito pelo contribuinte e que pudessem ser tipificados como crime.
6. Ante o exposto, requer: (i) Seja recebido o presente recurso a fim de revogar o acórdão recorrido e consequentemente declarar a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que a contribuinte esta regularmente inscrita no SIMPLES, sendo portanto inexigíveis tais receitas. (ii) De outra parte, se prevalecer os argumentos arbitrários versados pelo fisco de que a empresa exerce atividade de locação de mão de obra, incompatível com o SIMPLES, decrete a nulidade do lançamento tendo em vista ser de competência da contratante da mão de obra e não da empresa que cede a mão de obra como demonstra a decisão de nosso Egrégio Superior Tribunal de Justiça. (iii) Declare a atipicidade da conduta tendo em vista que o crime decorreu de ato arbitrário perpetrado pela própria autoridade fiscal que atribuiu a contribuinte o exercício de atividade diferente da atividade efetivamente exercida a fim de justificar sua exclusão do SIMPLES assim como não ter sido demonstrado dolo ou culpa dos representantes da empresa.

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. Preliminar.

Preliminarmente, o recorrente 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 carrearam 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.

Para além do exposto, no tocante à suposta ausência responsabilidade tributária, argumento levantado pelo recorrente, em caráter subsidiário, oportuno esclarecer que não se discute nos autos a retenção de 11%, prevista no art. 31, da Lei nº 8.212/91, mas sim a cobrança das contribuições incidentes sobre a remuneração de trabalhadores empregados, não contempladas nas GFIPs do período em questão, em razão do cancelamento do SIMPLES, nos termos do Ato Declaratório nº 113/2009.

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 a preliminar e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite