



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13983.000352/2008-56
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-007.660 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 2 de dezembro de 2020
Recorrente INDIGO E BRIM FARDAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/10/2003 a 30/06/2007

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA SUMULADA. SÚMULA CARF N.º 2

É vedado ao órgão julgador administrativo negar vigência a normas jurídicas por motivo de ilegalidade e/ou de inconstitucionalidade. O pleito de reconhecimento de inconstitucionalidade materializa fato impeditivo do direito de recorrer, não sendo possível conhecer o recurso neste particular. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

MANIFESTAÇÃO JUDICIAL DEFINITIVA DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE UM DOS TEMAS DO RECURSO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA SUMULADA. SÚMULA CARF N.º 1

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

DEPÓSITO PRÉVIO. NÃO OBRIGATORIEDADE.

Hodiernamente, não se controverte acerca da não exigência de depósito prévio.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Inexistindo a demonstração probatória não há que se falar em nulidade. A identificação clara e precisa dos motivos que ensejaram a autuação afasta a alegação de nulidade. Não há que se falar em nulidade quando a autoridade lançadora indicou expressamente a infração imputada ao sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade cabível, efetivando o lançamento com base na legislação tributária aplicável. A atividade da autoridade administrativa é privativa, competindo-lhe constituir o crédito tributário com a aplicação da penalidade prevista na lei.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2003 a 30/06/2007

AUTO DE INFRAÇÃO. GFIP. OMISSÃO DE FATOS GERADORES.

Constitui infração apresentar Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP), com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

MULTA. LEGALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF N.º 2.

É cabível, por expressa disposição legal, a exigência de multa no lançamento.

A Súmula CARF n.º 2 enuncia que o Egrégio Conselho não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do recurso, exceto quanto às matérias inconstitucionalidade e exclusão do SIMPLES, e, na parte conhecida, em negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Leonam Rocha de Medeiros - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mário Hermes Soares Campos, Martin da Silva Gesto, Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Ricardo Chiavegatto de Lima (suplente convocado), Leonam Rocha de Medeiros, Juliano Fernandes Ayres e Ronnie Soares Anderson (Presidente).

Relatório

Cuida-se, o caso versando, de Recurso Voluntário (e-fls. 55/86), com efeito suspensivo e devolutivo — autorizado nos termos do art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal —, interposto pelo recorrente, devidamente qualificado nos fólios processuais, relativo ao seu inconformismo com a decisão de primeira instância (e-fls. 43/50), proferida em sessão de 12/02/2010, consubstanciada no Acórdão n.º 07-18.884, da 6.ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis/SC (DRJ/FNS), que, por unanimidade de votos, julgou improcedente o pedido deduzido na impugnação (e-fls. 17/34), cujo acórdão restou assim ementado:

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/10/2003 a 30/06/2007

Auto de Infração n.º 37.134.183-3, de 29/10/2008

AUTO DE INFRAÇÃO. GFIP.

É devida a autuação por apresentar GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE.

A declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ilegalidade de atos normativos federais é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário, motivo pelo qual descabe o julgamento destes argumentos na esfera administrativa.

RETROATIVIDADE DE LEI NOVA MAIS BENÉFICA. REVISÃO DA MULTA APLICADA.

Tratando-se de ato não definitivamente julgado, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

A análise do valor da multa e a aplicação daquela que for mais benéfica ao contribuinte serão realizadas somente no momento do pagamento ou do parcelamento, ou, caso não sejam efetuados, no momento do ajuizamento da execução fiscal, conforme determina a Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 14, de 4 de dezembro de 2009.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do lançamento fiscal

O lançamento, em sua essência e circunstância, para o período de apuração em referência, com auto de infração DEBCAD 37.134.183-3 (CFL 68) juntamente com as peças integrativas (e-fls. 2/6) e respectivo Relatório Fiscal juntado aos autos (e-fls. 7/8), tendo o contribuinte sido notificado em 25/11/2008 (e-fl. 13), foi bem delineado e sumariado no relatório do acórdão objeto da irresignação, pelo que passo a adotá-lo:

Trata-se de Auto de Infração lavrado contra o sujeito passivo identificado, por ter apresentado Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP) com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, pelo que foi aplicada a multa no valor de R\$ 112.744,07. Não constam circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Conforme descrito no Relatório Fiscal (fls. 06/07), a autuada declarou de forma não integral o montante das contribuições mensalmente devidas, por ter informado ser optante, quando, na verdade, foi excluída de ofício do Sistema Integrado de Pagamentos de Contribuições e Impostos – SIMPLES, com efeitos retroativos a partir de 01/11/2000.

Relata, ainda, a auditoria que a empresa ingressou judicialmente com a Ação Ordinária n.º 2003.72.03.001884-1, na Vara Federal de Joaçaba/SC, pleiteando a sua "reintegração" no Simples Federal. O juízo federal julgou improcedente o pedido, sendo que a decisão já está transitada em julgado.

Da Impugnação ao lançamento

A impugnação, que instaurou o contencioso administrativo fiscal, dando início e delimitando os contornos da lide, foi apresentada pelo recorrente. Em suma, controverteu-se na forma apresentada nas razões de inconformismo, conforme bem relatado na decisão vergastada, pelo que peço vênia para reproduzir:

A empresa, regularmente intimada por via postal (fl. 12), apresenta impugnação (fls. 16/33), na qual, preliminarmente, alega nulidade do auto de infração por não preenchimento de requisitos formais, especialmente de intimação do contribuinte, de servidor competente, determinação da matéria tributável ou fundamento legal, falta de hora e intimação para cumprir a exigência no prazo de defesa, previstos no art. 301 da Instrução Normativa INSS n.º 70/2002;

No mérito, alega que não praticou o ilícito; que não lhe foi oportunizada a retificação ou mesmo esclarecimentos acerca das informações constantes dos documentos por ela apresentados, além das seguintes alegações:

Da sua Manutenção no SIMPLES: que o requisito exigido pela Lei Complementar n.º 123/2006, art. 17, inciso V, é inconstitucional, porque fere o art. 179 da Constituição Federal e o Princípio da Isonomia, além de configurar forma de coação política para cobrar tributos; que se consubstancia em motivo meramente fiscal de impedimento ao Sistema; que o STJ, ao analisar o pleito da empresa para se manter no SIMPLES, reconheceu como ilegal, arbitrária e inconstitucional a sua exclusão conforme o Recurso Especial 712.124; que esta decisão hierarquicamente superior transitou em julgado em favor do contribuinte e não há que se falar em exclusão do SIMPLES; que, conseqüentemente, deve ser reconhecida a ilegalidade e inconstitucionalidade do auto de infração;

Da Ilegalidade da Multa Confiscatória: que a multa em razão de infrações deve ser fixada em parâmetros suportáveis; que multas que excedam a 20% constitui confisco, viola dispositivos do Código de Defesa do Consumidor e fere também o princípio da capacidade contributiva.

Requer a nulidade do auto de infração ou que seja reduzida a multa aplicada.

Do Acórdão de Impugnação

A tese de defesa não foi acolhida pela DRJ, primeira instância do contencioso tributário, conforme bem sintetizado na ementa alhures transcrita. Na decisão *a quo* foram refutadas cada uma das insurgências do contribuinte por meio de razões baseadas nos seguintes tópicos: **a)** Preliminar de nulidade; **b)** Exclusão do SIMPLES; **c)** Valor da multa.

Ao final, consignou-se que julgava improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário apurado e, quanto à cobrança, registrou que deve ser observado o disposto na Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 14, de 4 de dezembro de 2009.

Do Recurso Voluntário e encaminhamento ao CARF

No recurso voluntário o sujeito passivo, reiterando termos da impugnação, postula a reforma da decisão de primeira instância, a fim de cancelar o lançamento.

Na peça recursal aborda os seguintes capítulos para devolução da matéria ao CARF: **a)** Declaração de nulidade/inconstitucionalidade do depósito recursal; **b)** Nulidade do auto de infração; **c)** Da nulidade/inconstitucionalidade do desequilíbrio do SIMPLES (inconstitucionalidade do inciso V do art. 17 da Lei Complementar n.º 123/06 – ADI 1.643) – Manutenção no SIMPLES por Ordem Judicial; e **d)** Do efeito confiscatório da multa aplicada – Multa Confiscatória – ADI 551 com pedido de redução – capacidade contributiva e econômica – Multa prevista no CDC.

Consta nos autos Termo de Apensação deste feito ao Processo n.º 13983.000353/2008-09 (e-fl. 99).

Nesse contexto, os autos foram encaminhados para este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), sendo, posteriormente, distribuído por sorteio público para este relator.

É o que importa relatar. Passo a devida fundamentação analisando, primeiramente, o juízo de admissibilidade e, se superado este, o juízo de mérito para, posteriormente, finalizar com o dispositivo.

Voto

Conselheiro Leonam Rocha de Medeiros, Relator.

Admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo (notificação em 06/05/2010, e-fl. 53, protocolo recursal em 25/05/2010, e-fl. 55, e despacho de encaminhamento, e-fl. 98), mas não atende a todos os pressupostos de admissibilidade, sendo caso de conhecimento parcial, pois reconheço fatos impeditivos e mesmo extintivos do direito de recorrer para algumas matérias veiculadas no recurso. Explico.

- Inconstitucionalidades

Pretende a recorrente o reconhecimento de inconstitucionalidades diversas, a saber: inconstitucionalidade do desenquadramento do SIMPLES (inconstitucionalidade do inciso V do art. 17 da Lei Complementar n.º 123/06 – ADI 1.643), Do efeito confiscatório da multa aplicada – Multa Confiscatória – ADI 551 com pedido de redução – capacidade contributiva.

Lado outro, a contribuinte traz, ainda, “Preliminar de inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio”, essa matéria por ter sido declarada inconstitucional pelo STF não precisa ser conhecida, haja vista que, hodiernamente, o recurso é processado sem qualquer exigência de depósito.

Pois bem. Este Egrégio Conselho não pode adentrar no controle de constitucionalidade das leis, somente outorgada esta competência ao Poder Judiciário, devendo o CARF se ater a observar o princípio da presunção da constitucionalidade das normas legais, exercendo, dentro da devolutividade que lhe competir frente a decisão de primeira instância com a dialética do recurso interposto, controle de legalidade do lançamento para observar se o ato se conformou ao disposto na legislação que estava em vigência por ocasião da ocorrência dos fatos, não devendo abordar temáticas de constitucionalidade, salvo em situações excepcionais quando já houver pronunciamento definitivo do Poder Judiciário sobre dado assunto, ocasião em que apenas dará aplicação a norma jurídica constituída em linguagem competente pela autoridade judicial, ou se eventualmente houvesse dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei n.º 10.522, de 2002, ou súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar n.º 73, de 1993, ou pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar n.º 73, de 1993, ou na forma da nova sistemática do art. 19-A, inciso III, da Lei n.º 10.522, de 2002, se houvesse, ao menos, manifestação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, independentemente de ato declaratório, o que não é o caso. Não há situação excepcional nestes autos.

Ora, o assunto já resta sumulado administrativamente, a teor da **Súmula CARF n.º 2**, sendo pacificado o entendimento de que: *"O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária"*.

Outrossim, o art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 1972, com redação dada pela Lei 11.941, de 2009, enuncia que, no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos

órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Deveras, é vedado ao órgão julgador administrativo negar vigência a normas jurídicas por motivo de alegada ilegalidade de lei e/ou de inconstitucionalidade de lei. O controle de legalidade efetivado pelo CARF, dentro da devolutividade que lhe competir frente a decisão de primeira instância com a dialética do recurso interposto, analisa a conformidade do ato da administração tributária em parâmetro com a legislação vigente, observa se o ato administrativo de lançamento atendeu seus requisitos de validade, se o ato observou corretamente os elementos da competência, da finalidade, da forma, os motivos (fundamentos de fato e de direito) que lhe dão suporte e a consistência de seu objeto, sempre em dialética com as alegações postas em recurso, observando-se a matéria devolvida para a apreciação na instância revisional, não havendo permissão para declarar ilegalidade de lei e/ou a sua inconstitucionalidade, cabendo exclusivamente ao Poder Judiciário este controle.

Logo, não se pode conhecer matérias sobre inconstitucionalidades.

- Demanda judicial sobre exclusão do SIMPLES

Pretende a recorrente o reconhecimento de inconstitucionalidades e ilegalidade na exclusão do SIMPLES. Abre capítulo sobre a sua exclusão do SIMPLES. Sustenta que é nulo e inconstitucional o seu desenquadramento. Ademais, em acréscimo, diz que decisão definitiva do STJ (REsp 712.124) a manteve no SIMPLES, enquanto a DRJ alega que a exclusão do SIMPLES foi definitiva e transitou em julgado.

Pois bem. Observando o REsp 712.124 constato que se cuida de decisão sobre a tutela antecipada da ação proposta pela recorrente para questionar a exclusão do SIMPLES, de modo que não trata do mérito final da demanda. Lado outro, na Apelação Cível n.º 2003.72.03.001884-1/SC, do TRF da 4.ª Região, colhe-se o seguinte conteúdo no acórdão transitado em julgado:

A parte autora insurgiu-se basicamente contra sua exclusão do SIMPLES sem que tenha sido notificada deste ato, dizendo terem sido desrespeitadas as garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, além de inobservar os princípios da publicidade e motivação.

O aspecto de não ter havido intimação da parte autora foi suprido através do agravo de instrumento, que determinou que o prazo para a adoção das medidas cabíveis contra o ato que determinou a exclusão passasse a correr a contar da intimação da decisão do próprio agravo.

Por outro lado, a exclusão da parte autora do sistema se deu em razão da existência de 11 inscrições em dívida ativa da União, registradas no decorrer dos anos de 1998, 1999 e 2002, das quais 10 já se encontram ajuizadas.

A previsão legal contida na Lei nº 9.317/96, em seus artigos 9º, XV e 13 têm a seguinte redação:

"Art. 9.º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

XV – que tenha débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa; (...)"

"Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - (...)

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

(...)"

Das disposições citadas, depreende-se que a lei utiliza os mesmos critérios para impedir a inscrição no sistema e para excluir a pessoa jurídica do mesmo e não há, aí,

tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente a afrontar as disposições dos artigos 5º, I, 150, II, 170 e 179, da CF/88.

Cumprido salientar que a Lei nº 9.317, de 05.12.96, criou o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES para dar eficácia ao artigo 179 da Constituição Federal que dispõe:

"A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas, por meio de lei".

Da análise do dispositivo acima transcrito, percebe-se que o constituinte remeteu à legislação comum a matéria relativa ao incentivo e à diferença no tratamento dispensado a ambos os tipos de formação de empresas ali previstos. Assim, conclui-se não haver óbice legal para excluir os optantes em determinadas situações ou mesmo atividades profissionais da abrangência dos benefícios da Lei nº 9.317/96, ficando ao exclusivo critério do legislador ordinário.

Neste sentido, a jurisprudência desta Corte:

"TRIBUTÁRIO. SIMPLES. OPÇÃO. ATIVIDADE PROFISSIONAL. VEDAÇÃO.

1. A lei nº 9.317/96, que criou o SIMPLES, veio dar eficácia à norma constitucional prevista no artigo 179, conferindo tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte e às microempresas.

2. A exclusão desta ou daquela profissional da abrangência da referida lei, fica ao exclusivo critério discricionário do legislador e da Administração, o que não configura ofensa ao princípio da isonomia."

(TRF 4ª Região - Segunda Turma – Relator Juiz Élcio Pinheiro de Castro – AMS nº 1998.04.01.082713-7/RS – DJU de 09/02/2000, unânime, p. 527)

Ademais, caso a empresa pretenda gozar dos benefícios proporcionados pela Lei do SIMPLES, deverá fazê-lo nos termos naquela regulados, sendo inadmissível interpretação analógica ou ampliada.

A Primeira Turma deste Tribunal já teve oportunidade de manifestar-se sobre tema análogo, em decisão unânime, de lavra do eminente Des. Federal Amir José Finocchiaro Sarti, assim redigida:

"REFIS. ADESÃO FACULTATIVA. LEI Nº 9964/2000.

A adesão ao programa REFIS é facultativa e quem a ele adere sujeita-se às condições impostas pela Lei nº 9964/2000, sem reservas."

(Agravado em AC nº 2000.72.04.000053-4/SC, publicado no DJ do dia 22.11.2000, p. 355)

Assim, a parte que adere ao SIMPLES, sujeita-se às condições legalmente impostas não só para sua inclusão no programa, mas também para ver-se nele mantida, inexistindo qualquer ilegalidade, no ponto.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo, nos termos da fundamentação supra.

Vê-se, portanto, que o Judiciário já confirmou e se pronunciou em definitivo sobre a exclusão da recorrente do SIMPLES.

Aliás, a Súmula CARF n.º 1 prescreve que: *"Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial."* (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Logo, não há como conhecer da matéria exclusão do SIMPLES, seja por inconstitucionalidade ou ilegalidade, pois o Poder Judiciário já proferiu a palavra final.

- Admissibilidade: Conclusão

Por tais razões, reconheço fatos impeditivos e mesmo extintivos do direito de recorrer e declaro que não compete a este Colegiado se pronunciar sobre inconstitucionalidades, nem sobre a exclusão do SIMPLES por haver pronunciamento judicial definitivo.

Sendo assim, conheço parcialmente do recurso voluntário, deixando de conhecer as matérias sobre inconstitucionalidades e sobre a exclusão do SIMPLES.

Apreciação de preliminar antecedente a análise do mérito

- Preliminar de inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio

O contribuinte pretende a declaração de inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio, todavia o STF já a declarou, de modo que essa matéria não é mais controvertida.

Sendo assim, o recurso é conhecido sem a exigência do depósito.

- Preliminar de nulidade

Observo que a recorrente requereu seja reconhecida a nulidade do auto de infração. No processo principal julgado na mesma sessão (13983.000353/2008-09) chega a dizer que as contribuições foram declaradas em GFIP. Neste processo a alegação de nulidade é relativo a sustentar que não foi excluído do SIMPLES ou que a multa é arbitrária e lançada gera nulidade.

Pois bem. Entendo que não assiste razão ao recorrente, uma vez que, a despeito dos argumentos, não restou demonstrado qualquer nulidade ou qualquer prejuízo para a defesa.

Aliás, o pedido de nulidade é até certo ponto bem genérico, não vindicando nenhuma específica violação procedimental que caracterize efetiva nulidade. Em realidade, confunde nulidade com o mérito. Questiona-se, a todo tempo, o mérito da imputação e da sanção, o que deve ser debatido no mérito, sem conhecimento de questões que precisem de declaração de inconstitucionalidade. Ademais, afirmar por si só no processo principal que fez declaração em GFIP não comprova que houve a efetiva declaração.

Ora, não há que se falar em nulidade ou mesmo em cerceamento ou preterição do direito de defesa quando a autoridade lançadora indicou expressamente as infrações imputadas ao sujeito passivo e observou todos os demais requisitos constantes na legislação procedimental de regência, reputadas ausentes às causas de nulidade.

Os relatórios fiscais, em conjunto com os documentos acostados, atenderam plenamente aos requisitos estabelecidos pelo art. 142, do CTN, bem como pela legislação federal atinente ao processo administrativo, pois descreve os fatos que deram ensejo à constituição do presente crédito tributário e fornecendo todo o embasamento legal e normativo para o lançamento.

Discordar dos fundamentos, das razões do lançamento, não torna o ato nulo, mas sim passível de enfrentamento das razões recursais no mérito.

Tem-se, ainda, que no prisma do contencioso administrativo tributário federal hodierno, as hipóteses de nulidade estão enumeradas no art. 59 do Decreto 70.235, de 1972, sendo elas: (i) documentos lavrados por pessoa incompetente; (ii) despachos e decisões proferidos com preterição do direito de defesa; e (iii) despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente. Logo, se nenhuma delas resta presente, não se evidencia nulidade.

Por último, em especial, não observo preterição ao direito de defesa, nos termos do art. 59, II, do Decreto n.º 70.235, de 1972. Não constato qualquer nulidade, portanto.

Sendo assim, rejeito a preliminar de nulidade.

Mérito

Quanto ao juízo de mérito, passo a apreciá-lo.

Inicialmente, observo que a autuação decorre de constituir infração à legislação apresentar Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP), com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias. A principal tese de defesa é a não exclusão do SIMPLES, porém, como afirmada em linhas pretéritas, o Poder Judiciário confirmou em definitivo a exclusão. Logo, não assiste razão ao recorrente neste ponto.

- Multa confiscatória e o STF, capacidade contributiva

Quanto a alegação do efeito confiscatório da multa aplicada, dos aspectos da ADI 551 e do correspondente pedido de redução e de aplicação da capacidade contributiva, bem como de aplicação de princípios constitucionais outros e de alegações sobre a visão do STF de forma não vinculante, nos quais poderia se invocar proporcionalidade, razoabilidade, devido processo legal substantivo, necessidade e adequação, moralidade administrativa, interesse público, dentre outros, com a finalidade de afastar a multa exigida no lançamento, sem decisão vinculante do STF, cabe consignar que não compete ao CARF afastar a aplicação da lei tributária impositiva da sanção em comento que se presume constitucional e legítima por restar vigente e integrar o sistema jurídico, sendo matéria sumulada no Egrégio Conselho a teor da **Súmula CARF n.º 2**: "*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*"

Além do mais, a multa se impõe por aplicação da lei. Ora, a multa de mora no lançamento de ofício não é de 20%. Veja-se, tratando-se de lançamento de ofício, isto é, de exigência de crédito tributário constituído pela autoridade fiscal em trabalho de fiscalização, por não conformação da atividade do contribuinte à *mens legis*, não é aplicável a multa de 20% do art. 61, § 2.º, da Lei 9.430, pois ela trata de mero inadimplemento de tributo já constituído ou de antecipação já reconhecida e não recolhida a tempo e modo, situações que não prescindem da constituição ou da exigência impositiva efetivada de ofício pela Administração.

Quanto a taxa SELIC, que foi rapidamente citada, sendo abordada efetivamente apenas no processo principal, tem-se a Súmula CARF n.º 4, nestes termos: "*A partir de 1.º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais.*"

Sendo assim, sem razão o recorrente neste capítulo.

Conclusão quanto ao Recurso Voluntário

De livre convicção, relatado, analisado e por mais o que dos autos constam, não há, portanto, motivos que justifiquem a reforma da decisão proferida pela primeira instância, dentro do controle de legalidade que foi efetivado conforme matéria devolvida para apreciação, deste modo, considerando o até aqui esposado e não observando desconformidade com a lei, nada há que se reparar no julgamento efetivado pelo juízo de piso. Neste sentido, em resumo, conheço parcialmente do recurso, não conhecendo os pedidos de declaração de inconstitucionalidade e sobre a exclusão do SIMPLES, já tendo o Judiciário afirmado que a empresa foi excluída do SIMPLES em caráter definitivo, rejeito as preliminares e, no mérito, quanto a parte conhecida, nego provimento ao recurso, mantendo íntegra a decisão recorrida. Alfim, finalizo em sintético dispositivo.

Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 14 de 2009.

Por derradeiro, está correta a DRJ ao afirmar que “[a] análise do valor da multa e a aplicação daquela que for mais benéfica ao contribuinte serão realizadas somente no momento do pagamento ou do parcelamento, ou, caso não sejam efetuados, no momento do ajuizamento da execução fiscal, conforme determina a Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 14, de 4 de dezembro de 2009”, mas, por oportuno, saliento ser importante, para os fatos geradores ocorridos até 03/12/2008, que a autoridade responsável pela execução do acórdão, quando do trânsito em julgado administrativo, observe o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, em face das penalidades aplicadas às contribuições previdenciárias nos lançamentos de obrigação principal e de obrigação acessória, em conjunto ou isoladamente, previstas na Lei n.º 8.212/1991, com as alterações promovidas pela MP 449, de 03/12/2008, convertida na Lei n.º 11.941, de 27/05/2009, conforme Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 14, de 2009.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço em parte do recurso, exceto quanto às matérias inconstitucionalidade e exclusão do SIMPLES, e, na parte conhecida, NEGO-LHE PROVIMENTO.

É como Voto.

(documento assinado digitalmente)

Leonam Rocha de Medeiros

