



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 14337.000555/2008-20
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-011.060 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 2 de fevereiro de 2023
Recorrente EDILSON SIMÃO DA SILVA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2006

PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

A declaração de nulidade de qualquer ato do procedimento administrativo depende da efetiva demonstração de prejuízo à defesa do contribuinte, o que, no presente caso, verifica-se não ter ocorrido, atraindo a incidência do princípio *pas de nullité sans grief*.

ATO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. JULGAMENTO EM AUTOS PRÓPRIOS. LANÇAMENTO REFLEXO.

Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário interposto.

(documento assinado digitalmente)

Francisco Ibiapino Luz - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ana Claudia Borges de Oliveira - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Claudia Borges de Oliveira (Relatora), Francisco Ibiapino Luz (Presidente), Gregório Rechmann Junior, José Marcio Bittes, Rodrigo Duarte Firmino e Thiago Duca Amoni (suplente convocado).

Fl. 2 do Acórdão n.º 2402-011.060 - 2ª Seju/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 14337.000555/2008-20

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário em face do Acórdão nº 01-19.534 (fls. 121 a 125) que julgou improcedente a impugnação e manteve o crédito constituído por meio do Auto de Infração DEBCAD nº 37.198.897-7 (fls. 2 a 27), consolidado em 11/11/2008, no valor de R\$ 8.287,44, relativa às diferenças de contribuições devidas a Outras Entidades (Terceiros), incidentes sobre a remunerações pagas a segurados empregados, no período de 01/2004 a 12/2006.

Consta no Relatório Fiscal (fls. 28 a 30) que os valores foram apurados com base nas remunerações nos recibos de pagamento, aviso prévio de férias e recibo de salário maternidade.

Após apresentação de Impugnação (fls. 90 a 101), o julgamento foi convertido em diligência (Resolução nº 127 – fls. 115 a 117) para a Delegacia de origem juntar cópia do inteiro teor do Processo nº 13210.000072/2007-16, que trata da exclusão do contribuinte do Sistema SIMPLES Federal, para que se possa comprovar a real data do recebimento do PARECER SECAT/DRF/BEL nº 315/2007 e do ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/BEL nº 37, de 24/08/2007.

O Acórdão recorrido restou assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 01/12/2006

AUTO DE INFRAÇÃO. ATENDIMENTO DAS FORMALIDADES LEGAIS. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

O crédito tributário plenamente regular, de conformidade com o art. 37 da Lei nº 8.212/91 e alterações c/c art. 142 do CTN, somente será elidido mediante a apresentação de provas, pelo contribuinte, que comprove a não ocorrência desses fatos.

Tomado indiscutível, que a impugnante não mais é integrante do Sistema SIMPLES Federal, de que trata a Lei nº 9.317/1996, consideram-se devidas as contribuições previdenciárias com fundamento no art. 22 da Lei nº 8.212/1991 e ainda as destinadas a outras entidades ou fundos.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O contribuinte foi cientificado em 21/01/2009 (fls. 127) e apresentou recurso voluntário em 21/02/2011 (fls. 128 a 140) sustentando, em síntese: a) cerceamento do direito de defesa; b) nulidade do Ato Declaratório Executivo nº 37/2007; c) ilegalidade da exclusão do SIMPLES e; d) improcedência dos valores exigidos.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Claudia Borges de Oliveira, Relatora.

Da admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade. Assim, dele conheço e passo à análise da matéria.

Das alegações recursais

1. Preliminar de nulidade – Do cerceamento do direito de defesa e nulidade do Ato Declaratório Executivo nº 37/2007

Sustenta o recorrente cerceamento do direito de defesa porque o acórdão recorrido não juntou a cópia integral do processo de exclusão do sistema do SIMPLES (Processo nº 13210.000072/2007-16).

A Administração Pública deve obediência, dentre outros, aos princípios da legalidade, motivação, ampla defesa e contraditório, cabendo ao processo administrativo o dever de indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinam a decisão e a observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados – arts. 2º, *caput*, e parágrafo único, incisos VII e VIII, e 50 da Lei nº 9.784/99.

No processo administrativo fiscal, são nulas as decisões proferidas com preterição do direito de defesa (art. 59, II, do Decreto nº 70.235/72), consubstanciado no princípio do contraditório e da ampla defesa que se traduz de duas formas: por um lado, pela necessidade de se dar conhecimento da existência dos atos do processo às partes e, de outro, pela possibilidade das partes reagirem aos atos que lhe forem desfavoráveis no processo administrativo fiscal.

Há violação ao direito de defesa do contribuinte quando há descrição deficiente dos fatos imputáveis ao contribuinte ou quando a decisão contém vício na motivação por não enfrentar todos os argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, ou que se enquadre em uma das hipóteses do art. 489, § 1º, do CPC.

O devido processo legal pressupõe uma imputação acusatória certa e determinada, permitindo que o sujeito passivo, conhecendo perfeita e detalhadamente a acusação, possa exercitar a sua defesa plena. Assim, nula será a decisão administrativa proferida em desobediência ao ditame constitucional do contraditório e da ampla defesa.

A Decisão recorrida, com o devido acerto, assim manifestou:

No tocante ao fato de que, não teria sido notificada do ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/BEL nº 37, de 24/08/2007, que por sua vez, a teria excluído do Sistema Simples Federal, com efeitos a partir de 07/08/2003, sem obediência ao art. 15, § 3º da Lei nº 9.317/1996, tem-se a existência do Processo nº 13210.000072/2007-16, datado de 31/05/2007, cuja cópia consta de fls. 01 a 68, do ANEXO I, do presente.

Compulsadas as peças constantes do ANEXO I, verifica-se que, por meio do Processo nº 13210.000072/2007-16, datado de 31/05/2007, foi solicitada inclusão da contribuinte no Sistema Simples Federal, resultando entretanto, tal procedimento na exclusão, da dependente, daquele Sistema, com efeitos a partir de 07/08/2003, por meio da emissão do PARECER SECAT/DRF/BEL nº 315/2007 e ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/BEL nº 37, de 24/08/2007, os quais concederam, todavia, a abertura do prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência dos mesmos, para apresentação de manifestação de inconformidade nos termos o Decreto 70.235/ 1 972, tudo de acordo com o § 3º do art. 15, da Lei nº 9.317/1996, a seguir:

(...)

Observe-se, outrossim, à fl. 51/v, do ANEXO I, a existência de Aviso de Recebimento - AR, comprovando o recebimento da Intimação nº 200/2007, no endereço da contribuinte, em 05/10/2007. A referida Intimação diz respeito ao envio ao interessado da cópia do ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/BEL nº 37, de 24/08/2007, que por seu turno, informa à empresa em causa, em seus arts. 3º e 4º, o seguinte:

(...)

Verifica-se também, à fl. 55, do ANEXO I, que somente após transcorrido prazo de 30 (trinta) dias concedidos, para apresentação de manifestação de inconformidade, nos termos do Decreto 70.235/ 1 972, sem que a empresa se pronunciasse, é que, em 21/11/2007, foi efetivada a exclusão da notificada do SIMPLES, a partir de 07/08/2003.

Dessa forma, não há como prosperar as alegações da contribuinte de cerceamento do direito de defesa, em razão de que não teria sido notificada do ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/BEL nº 37, de 24/08/2007, para que pudesse apresentar sua defesa.

No que diz respeito ao fato de que o Relatório Fiscal da Infração não informaria o dispositivo legal que motivou a exclusão da impugnante do SIMPLES, impossibilitando a apresentação de sua defesa de forma adequada, mais uma vez equivoca-se a defendente.

Ressalte-se que o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/BEL nº 37, de 24/08/2007, que excluiu a empresa autuada do Sistema SIMPLES é decorrente do Processo nº 13210.000072/2007-16, datado de 31/05/2007, procedimento este distinto e anterior ao lançamento do Auto de Infração DEBCAD 37.208.010-3, consolidado em 11/11/2008 e resultante do descumprimento de obrigação principal, que constitui-se no Processo nº 14337.000553/2008-31, ora questionado.

Logo, a fundamentação legal da exclusão da defendente do SIMPLES há de ser exigida no Processo de nº 13210.000072/2007-16, datado de 31/05/2007 (ANEXO I), que devidamente examinado, aponta como motivo, tanto no PARECER SECAT/DRF/BEL nº 315/2007, quanto no ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/BEL nº 37, de 24/08/2007, como sendo a constatação da situação excludente prevista no art. 9º, Inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996, desde 07/08/2003. A seguir transcrevo os arts. 1º e 2º do mencionado Ato Declaratório:

“Art. 1º - Excluída do Simples a empresa EDILSON SIMÃO DA SILVA CNPJ Nº 05.797. 911/00001-05, em virtude de ter sido constatada a situação excludente prevista no artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9 317, de 1996, a saber: exercício de atividade impeditiva de representante comercial.

Art. 2º- Os efeitos desta exclusão retroagem a 7 de agosto de 2003, consoante o disposto no inciso no inciso 11 do art 15 da Lei nº 9 317, de 1996 c/c o item 3.2, "a", do Anexo IV à Norma de Execução Cotec/Cora! nº 002, de 24 de agosto de 2004.”

Ou seja, ao contrário do alegado o recorrente foi devidamente intimado do ato de exclusão.

Outrossim, o recorrente não se desincumbiu de infirmar os fundamentos do aresto recorrido.

O vício material diz respeito aos aspectos intrínsecos do lançamento e relaciona-se com a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, determinação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido e a identificação do sujeito passivo, conforme definido pelo art. 142 do CTN. O lançamento está eivado de vício material, que é aquele existente quando há erro no conteúdo do lançamento, que é a norma individual e concreta, na qual figura “o fato jurídico tributário” no antecedente, e no consequente a “relação jurídica tributária” (composta pelos sujeitos e pelo objeto, o *quantum* a título de tributo devido).

O vício formal, por outro lado, não interfere no litígio propriamente dito, ou seja, não há impedimento à compreensão dos fatos que baseiam as infrações imputadas, e o seu refazimento não exige inovação em seu conteúdo material, nem muito menos nos seus próprios fundamentos, nem resta atingida a essência da relação jurídico-tributária, nem a comprovação da ocorrência do fato gerador, nem maculado o dimensionamento de sua base de cálculo.

Nos termos do art. 9º do Decreto nº 70.235/72, a exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de

lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. A ausência dessas formalidades implica na invalidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa e gera nulidade quando seus efeitos comprometem o direito de defesa assegurado constitucionalmente – art. 5º, LV, CF.

A declaração de nulidade de qualquer ato do procedimento administrativo depende da **efetiva demonstração de prejuízo** à defesa do contribuinte, o que, no presente caso, verifica-se não ter ocorrido, atraindo a incidência do princípio *pas de nullité sans grief*.

Do exposto, rejeito a nulidade suscitada pelo recorrente.

2. Da exclusão do SIMPLES

A Lei nº 9.317, de 05/12/1996, que regulava o regime do SIMPLES FEDERAL, foi revogada pela Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, que estabelece normas gerais para o SIMPLES em âmbito nacional e dispõe (art. 13, VI) que o recolhimento mensal único a ser feito pelos optantes desse sistema incluirá a contribuição patronal previdenciária do art. 22 da Lei nº 8.212/91, exceto no caso de microempresa ou empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 da mesma Lei.

Quando o contribuinte é excluído do SIMPLES Nacional deve recolher todos os tributos e contribuições de acordo com as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, desde o primeiro mês de início de atividade.

A par disso, os recolhimentos relativos ao Simples, tidos como pagamentos indevidos, poderão ser objeto de pedido de restituição ou compensação.

Conforme redação da Súmula 76 do CARF, Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

Nesse sentido, é dever da autoridade fiscal, ao exercer a fiscalização acerca do efetivo recolhimento das contribuições, investigar a relação entre a empresa e as pessoas que a ela prestam serviços. Caso constate enquadramento errôneo, deve proceder à autuação (Auto de Infração), de forma clara, precisa e com base em provas, já que não é válido o lançamento que se baseia em indícios ou presunções.

De fato, o ato de exclusão do SIMPLES é julgado em autos próprios onde deve ser respeitado o contraditório e a ampla defesa. Contudo, tratando-se de lançamento vinculado ao ato de exclusão, nos termos do art. 9º do Decreto 70.235/72, imprescindível a constatação de que existiu um processo de exclusão do recorrente do SIMPLES, que foi julgado e o contribuinte dele teve ciência.

Eventual “cancelamento superveniente do ato de exclusão do SIMPLES que motivou o ato de lançamento do crédito tributário causa o seu cancelamento” (**Acórdão nº 2401-009.301**, Relator Conselheiro Matheus Soares Leite, Primeira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Segunda Seção, Sessão de 11/03/2021, Publicado em 22/03/2021).

Ademais, o recorrente não apresentou novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, inclusive no tocante à alegação de improcedência do valores exigidos, estando a conclusão alcançada pelo órgão julgador de primeira instância em consonância com o

entendimento desta Relatora, adoto os fundamentos da decisão recorrida, mediante transcrição de trechos do teor do voto condutor:

Concernente ao mérito, esclareça-se que às empresas optantes pelo SIMPLES Federal de que trata a Lei nº 9.317/1996 é dispensado uma forma de tributação diferenciada, ou seja, consiste no recolhimento mensal, em documento único, de diversos impostos e contribuições, dentre estas últimas, aquelas previstas no art. 22 da Lei nº 8.212/91, a cargo da empresa, destinadas à previdência social e ainda as destinadas a outras entidades ou fundos.

Entretanto, necessário se faz, para que a empresa usufrua tais prerrogativas, que haja o cumprimento de certas condições, inclusive que ocorra a formalização da opção ao referido sistema, o que aconteceu por meio do Processo de nº 13210.000072/2007-16, datado de 31/05/2007 (ANEXO I), o qual devidamente analisado resultou na emissão do ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/BEL nº 37, de 24/08/2007, que excluiu a dependente do SIMPLES.

Dessa forma, uma vez tomado indiscutível, que a impugnante não mais é integrante do Sistema SIMPLES Federal, de que trata a Lei nº 9.317/1996, caem por terra os argumentos da empresa, quanto ao mérito, em razão de que, considerando-se ainda pertencente àquele Sistema, postula, em resumo, pela ilegalidade da cobrança das contribuições previdenciárias com fundamento no art. 22 da Lei nº 8.212/ 1991, contribuições estas, devidas pela requerente, no período lançado, em virtude de sua exclusão do SIMPLES Federal.

Destarte, vê-se que o AI em epígrafe, se coaduna com os preceitos legais que disciplinam a sua lavratura, trazendo em seu conteúdo todos os requisitos necessários a sua validade de conformidade com o art. 37 da Lei nº 8.212/91 e alterações c/c art. 142 do C.T.N.

Assim sendo, o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal foram integralmente preservados.

Por fim, quanto ao pedido de perícia, deixo de atendê-lo, por considerá-lo prescindível, na forma do art. 17 do Decreto 70.235/ 1972, a seguir transcrito, considerando que o presente Voto deixa claro que, no período lançado, a autuada não era mais integrante do Sistema SIMPLES, de que trata a Lei nº 9.317/1996 e que as contribuições previdenciárias relativas às rubricas: “Empresa” e “Sat/rat”, objeto do lançamento não foram efetivamente recolhidas, por entender a empresa notificada, ser integrante desse Sistema:

(...)

Da aplicação da multa mais benéfica

Com relação à multa moratória do AI em lide, há de se observar que, por ser considerada penalidade, está sujeita às regras de retroatividade previstas no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, especialmente no que tange a apuração de seu quantum, haja vista a nova redação dada pela MP nº 449, de 03/12/2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/2009, em que foi modificada a redação do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 e lhe introduzido o art. 35-A, que estabeleceram nova sistemática para o cálculo das multas aplicadas aos débitos previdenciários, nos casos de fatos geradores declarados e não declarados em GFIP.

Assim com a edição do novo diploma, estabeleceu-se dois regimes jurídicos atinentes à aplicação de multa aos débitos previdenciários: o regime anterior à Lei nº 10.941/09 e o regime posterior. Para os fatos geradores ocorridos após a edição da Lei e indubitável a aplicação do novo regime. Todavia, para os fatos geradores ocorridos em período anterior a sua vigência, para que se estabeleça a legislação mais benéfica ao contribuinte, o setor competente da Receita Federal do Brasil - RFB deverá, no momento da extinção do crédito, observar a possibilidade da aplicação do valor da multa mais benéfica, comparando-se a legislação atualmente em vigor com a vigente à época dos fatos geradores. Tal procedimento não foi efetuado por ocasião do presente

Voto em razão da variação da alíquota aplicável para o cálculo da multa de mora do presente AI, que só será definida no momento da extinção da mesma.

Portanto, sem razão o recorrente.

Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Ana Claudia Borges de Oliveira