



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

Processo nº 15563.720087/2013-60
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-004.197 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de março de 2016
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - NFLD
Recorrente SANAKE QUÍMICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO VOLUNTÁRIO. IMPUGNAÇÃO INOVADORA. PRECLUSÃO.

No Processo Administrativo Fiscal, dada à observância aos princípios processuais da impugnação específica e da preclusão, todas as alegações de defesa devem ser concentradas na impugnação, não podendo o órgão *ad quem* se pronunciar sobre matéria antes não questionada, sob pena de supressão de instância e violação ao devido processo legal.

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E LEGALIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Tendo em vista o consagrado atributo da presunção de veracidade que caracteriza os atos administrativos, opera-se a inversão do encargo probatório, repousando sobre Interessado o ônus de se afastar a presumida fidedignidade do teor do Ato Administrativo em *xequê*.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INTIMAÇÃO VIA EDITAL. PREVISÃO LEGAL.

Quando resultar improficuo qualquer um dos meios de intimação previstos no *caput* do art. 23 do Dec. nº 70.235/72 (pessoal, via postal, ou por meio eletrônico), a intimação poderá ser feita por edital publicado no endereço da administração tributária na *internet*, conforme estatuído no inciso I do §1º do mesmo Dispositivo Legal.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. SÚMULA 28 DO CARF.

A representação fiscal para fins penais será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 1ª TO/4ª CÂMARA/2ª SEJUL/CARF/MF/DF, por unanimidade de votos, em CONHECER PARCIALMENTE do Recurso Voluntário para, no mérito, na parte conhecida, NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator.

André Luís Mársico Lombardi – Presidente de Turma.

Arlindo da Costa e Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: André Luís Mársico Lombardi (Presidente de Turma), Maria Cleci Coti Martins, Luciana Matos Pereira Barbosa, Cleberson Alex Friess, Carlos Alexandre Tortato, Rayd Santana Ferreira, Theodoro Vicente Agostinho e Arlindo da Costa e Silva.

Relatório

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

Data da lavratura do AIOP: 09/04/2013.

Data da Ciência do AIOP: 26/04/2013.

Tem-se em pauta Recurso Voluntário interposto em face de Decisão Administrativa de 1ª Instância proferida pela Delegacia da Receita Previdenciária em Porto Alegre/RS, que julgou improcedente a impugnação oferecida pelo sujeito passivo do crédito tributário lançado por intermédio dos Autos de Infração nº 51.019.698-5 e 51.019.699-3, consistentes em contribuições sociais previdenciárias a cargo da empresa, destinadas ao custeio da Seguridade Social, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho e a Outras Entidades e Fundos, incidentes sobre a remuneração de segurados empregados e Segurados Contribuintes Individuais, conforme descrito no Relatório Fiscal a fls. 44/47.

Consta no Relatório Fiscal que a Empresa informava em suas GFIP ser optante do SIMPLES, conforme exposto nas telas SEFIP - Comprovante de declaração das contribuições a recolher à previdência social e a outras entidades e fundos por FPAS.

De conformidade com os Sistemas da Receita Federal do Brasil a opção pelo Simples Nacional deu-se somente a partir de 01/07/2007, tendo sido excluída, em 31/12/2008, com efeitos a partir de 01/01/2009, conforme Tela/Simples Nacional- Consulta Optantes, a fl. 45.

O registro em GFIP de opção pelo SIMPLES na GFIP inibe o cálculo e a constituição das Contribuições Sociais a cargo da empresa destinadas ao custeio da Seguridade Social, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho e a Outras Entidades e Fundos. Assim, em virtude da incorreção na declaração da GFIP, a Empresa deixou de informar a totalidade das contribuições devidas.

De acordo com a resenha fiscal as contribuições sociais que compõem o presente lançamento foram apuradas de acordo com os seguintes levantamentos:

- Levantamento BD

Remunerações pagas em Resumo das Folhas de Pagamentos aos segurados empregados - Base de Cálculo da contribuição da Empresa (Patronal/SAT), para o período de 01/2009 a 06/2009, 04/2010 a 07/2010 e 09/2010 a 13/2010.

- Levantamento FP

Remunerações pagas em Resumo das Folhas de Pagamentos aos segurados empregados - Base de Cálculo da contribuição da Empresa (Patronal/SAT), para o período de 07/2009 a 13/2009, 01/2010 a 03/2010 e 08/2010. Remunerações pagas aos segurados contribuintes individuais - base de cálculo para a contribuição da Empresa (Patronal), para o período de 07/2009 a 12/2009, 01/2010 e 08/2010.

A utilização das bases de cálculo constantes dos resumos das folhas de pagamentos se justifica pelo fato de haver sido contatada pela Fiscalização uma acentuada redução das respectivas bases de cálculo declaradas em GFIP. As contribuições devidas e alíquotas aplicadas encontram-se discriminadas no Relatório Discriminativo do Débito - DD, integrantes do presente Auto de Infração.

Irresignado com o supracitado lançamento tributário, o sujeito passivo apresentou impugnação a fls. 107/138.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre/RS lavrou Decisão Administrativa textualizada no Acórdão nº 10-49.066 – 6ª Turma da DRJ/POA, a fls. 180/187, julgando procedente o lançamento e mantendo o crédito tributário em sua integralidade.

O Sujeito Passivo foi cientificado da decisão de 1ª Instância no dia 24/03/2014, conforme documento a fl. 191.

Inconformado com a decisão exarada pelo órgão administrativo julgador *a quo*, o ora Recorrente interpôs recurso voluntário, a fls. 194/227, fundamentando seu inconformismo em argumentação desenvolvida nos seguintes termos:

- Que o Auto de Infração que constitui créditos previdenciários por descumprimento de obrigações principais e acessórias, num mesmo procedimento, é nulo;
- Que a indicação dos dispositivos legais que amparam a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito-NFLD é requisito essencial à sua validade, e a sua ausência ou fundamentação genérica, especialmente no relatório Fundamentos Legais do Débito-FLD, determina a nulidade do lançamento, por caracterizar-se como vício formal insanável;
- Que o presente lançamento encontra-se eivado de inúmeros vícios formais, a começar pelo impreciso Relatório Fiscal da Notificação que deixou de informar o procedimento de arbitramento utilizado na constituição do crédito previdenciário, bem como de inscrever no anexo “Fundamentos Legais do Débito- FLD” o dispositivo legal que o contempla;
- Que a empresa Impugnante não foi cientificada de sua exclusão no Simples Nacional, razão pela qual continuou a efetuar os recolhimentos com base neste sistema. Aduz que a falta de comunicação do ADE impediu a impugnante de regularizar a totalidade dos débitos motivadores da emissão do ADE, dentro do prazo de trinta dias contados da ciência;

Processo nº 15563.720087/2013-60
Acórdão n.º 2401-004.197

S2-C4T1

Fl. 285

-
- Que o Ministério do Trabalho e Emprego, não exige, quando fiscaliza as empresas, a comprovação do recolhimento da contribuição sindical patronal;
 - Que a Administração Pública só pode encaminhar a RFFP ao Ministério Público após estar convencida da existência do crédito tributário em seu favor devido e se detectar a prática de ilícito por parte do contribuinte, demonstrados os indícios suficientes de autoria e de existência do fato;

Ao fim, requer a declaração de improcedência dos Autos de Infração.

Relatados, sumariamente, os fatos relevantes

Voto

Conselheiro Arlindo da Costa e Silva, Relator.

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1.1. DA TEMPESTIVIDADE

O sujeito passivo foi válida e eficazmente cientificado da decisão recorrida no dia 24/03/2014. Havendo sido o Recurso Voluntário protocolizado em 14/04/2014, há que se reconhecer a tempestividade do Recurso Voluntário interposto.

1.2. DO CONHECIMENTO DO RECURSO.

Afirma o Recorrente que o Auto de Infração que constitui créditos previdenciários por descumprimento de obrigações principais e acessórias, num mesmo procedimento, é nulo.

Assevera, também, que a indicação dos dispositivos legais que amparam a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito-NFLD é requisito essencial à sua validade, e a sua ausência ou fundamentação genérica, especialmente no relatório Fundamentos Legais do Débito-FLD, determina a nulidade do lançamento, por caracterizar-se como vício formal insanável.

Pontua, igualmente, que o presente lançamento encontra-se eivado de inúmeros vícios formais, a começar pelo impreciso Relatório Fiscal da Notificação que deixou de informar o procedimento (arbitramento) utilizado na constituição do crédito previdenciário, bem como de inscrever no anexo “Fundamentos Legais do Débito- FLD” o dispositivo legal que o contempla.

Tais alegações, todavia, não poderão ser objeto de deliberação por esta Corte Administrativa eis que as questões nelas suscitadas não foram oferecidas à apreciação do Órgão Julgador de 1ª Instância, não integrando, por tal motivo, a decisão ora guerreada.

Com efeito, compulsando a Peça Impugnatória aos Autos de Infração em julgamento, verificamos que as alegações acima postadas inovam o Processo Administrativo Fiscal ora em apreciação. Tais questões não foram abordadas pelo Impugnante em sede de defesa administrativa em face do lançamento tributário que ora se discute, não se instaurando em relação a elas qualquer litígio, a teor do art. 17 do Decreto nº 70.235/72.

Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532/97)

específica, a ser levada a efeito no momento processual apropriado, *in casu*, no prazo de defesa assinalado expressamente no Auto de Infração, observadas as condições de contorno assentadas no relatório intitulado IPC – Instruções para o Contribuinte.

Nessa perspectiva, a matéria específica não expressamente impugnada em sede de defesa administrativa será considerada como verdadeira, precluindo processualmente a oportunidade de impugnação ulterior, não podendo ser alegada originariamente em grau de Recurso Voluntário.

Saliente-se que as diretivas ora enunciadas não conflitam com as normas perfiladas no art. 473 do CPC, aplicado subsidiariamente no processo administrativo tributário, a qual exclui das partes a faculdade discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito já se operou a preclusão.

De outro eito, cumpre esclarecer, eis que pertinente, que o Recurso Voluntário consubstancia-se num instituto processual a ser manejado para expressar, no curso do processo, a inconformidade do sucumbente em face de decisão proferida pelo órgão julgador *a quo* que lhe tenha sido desfavorável, buscando reformá-la. Não exige o dispêndio de energias intelectuais no exame da legislação em abstrato a conclusão de que o recurso pressupõe a existência de uma decisão precedente, dimanada por um órgão julgador postado em posição processual hierarquicamente inferior, a qual tenha se decidido, em relação a determinada questão do lançamento, de maneira que não contemple os interesses do Recorrente.

Não se mostra despiciendo frisar que o efeito devolutivo do recurso não implica a revisão integral do lançamento à instância revisora, mas, tão somente, a devolução da decisão proferida pelo órgão *a quo*, a qual será revisada pelo Colegiado *ad quem*.

Com efeito, o objeto imediato do Recurso Voluntário é a decisão proferida pelo Órgão Julgador de 1ª Instância, enquanto que o lançamento em si considerado figura, tão somente, como o objeto mediato da insurgência.

Assim, não havendo a decisão vergastada se manifestado sob determinada questão do lançamento, eis que não expressamente impugnada pelo sujeito passivo, não há que se falar em reforma do julgado em relação a tal questão, haja vista que a respeito dela nada consta no acórdão hostilizado. É gravitar em torno do nada.

Nesse contexto, à luz do que emana, com extrema clareza, do Direito Positivo, permeado pelos princípios processuais da eventualidade, da impugnação específica e da preclusão, que todas as alegações de defesa devem ser concentradas na impugnação, não podendo o órgão *ad quem* se pronunciar sobre matéria antes não questionada, sob pena de supressão de instância e violação ao devido processo legal.

Além disso, nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235/72, as matérias não expressamente contestadas pelo impugnante em sede de defesa ao lançamento tributário são juridicamente consideradas como não impugnadas, não se instaurando qualquer litígio em relação a elas, sendo processualmente inaceitável que o Recorrente as resgate das cinzas para inaugurar, em segunda instância, um novo *front* de inconformismo em face do lançamento que se opera.

O conhecimento de questões inovadoras, não levadas antes ao conhecimento do Órgão Julgador Primário, representaria, por parte desta Corte, negativa de vigência ao

preceito insculpido no art. 17 do Decreto nº 70.235/72, provimento este que somente poderia emergir do Poder Judiciário.

Por tais razões, as questões abordadas nos primeiros parágrafos deste tópico, além de outras eventualmente dispersas no instrumento de Recurso Voluntário, mas não contestadas expressamente em sede de impugnação ao lançamento, não poderão ser conhecidas por este Colegiado em virtude de preclusão legal.

Assim, presentes os demais requisitos de admissibilidade do Recurso Voluntário, deste conheço parcialmente.

Vencidas as preliminares, passamos ao exame do mérito.

Ante a inexistência de questões preliminares a serem dirimidas, passamos diretamente ao exame do mérito.

2. DO MÉRITO

Cumpra de plano assentar que não serão objeto de apreciação por este Colegiado as matérias não expressamente impugnadas pelo Recorrente, as quais serão consideradas como verdadeiras, assim como as matérias já decididas pelo Órgão Julgador de 1ª Instância não expressamente contestadas pelo sujeito passivo em seu instrumento de Recurso Voluntário, as quais se presumirão como anuídas pela Parte.

Também não serão objeto de apreciação por esta Corte Administrativa as questões de fato e de Direito referentes a matérias substancialmente alheias ao vertente lançamento, eis que em seu louvor, no processo de que ora se cuida, não se houve por instaurado qualquer litígio a ser dirimido por este Conselho, assim como as questões arguidas exclusivamente nesta instância recursal, antes não oferecida à apreciação do Órgão Julgador de 1ª Instância, em razão da preclusão prevista no art. 17 do Decreto nº 70.235/72.

2.1. DA CIÊNCIA DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO

O Recorrente alega não ter sido cientificado de sua exclusão no Simples Nacional, razão pela qual continuou a efetuar os recolhimentos com base neste sistema. Aduz que a falta de comunicação do ADE impediu a impugnante de regularizar a totalidade dos débitos motivadores da emissão do ADE, dentro do prazo de trinta dias contados da ciência.

Antes de adentrarmos a questão meritória, mostra-se valioso, neste momento, trazer a lume que os atos administrativos, assim como seu conteúdo, gozam de presunção legal *iuris tantum* de legalidade, legitimidade e veracidade.

Na arguta visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a presunção de veracidade e legitimidade consiste na "*conformidade do ato à lei. Em decorrência desse atributo,*

presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei" (Direito Administrativo, 18ª Edição, 2005, Atlas, São Paulo). Ainda de acordo com a citada autora, "*A presunção de veracidade diz respeito aos fatos. Em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração.*" (op. cit. pág. 191). Dessarte, a aplicação da presunção de veracidade tem o condão de inverter o ônus da prova, cabendo ao particular comprovar de forma cabal a inocorrência dos fatos descritos pelo agente público no Ato Administrativo trazido aos autos, nos termos dos art. 334, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Deflui da interpretação sistemática dos dispositivos encartados nos artigos 19, II, da CF/88 e 364 do CPC que os fatos consignados em documentos públicos carregam consigo a presunção de veracidade atávica aos atos administrativos, ostentando estes fé pública, a qual não pode ser recusada pela Administração Pública, devendo ser admitidos como verdadeiros até que se produza prova válida em contrário.

Constituição Federal de 1988

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II - recusar fé aos documentos públicos;

(...)

Código de Processo Civil

Art. 364. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.

Nessa prumada, existindo no mundo jurídico um ato administrativo comprovado por documento público, passa a militar em favor do ente público a presunção de legitimidade e veracidade das informações nele assentadas. Como prerrogativa inerente ao Poder Público, presente em todos os atos de Estado, a presunção de veracidade subsistirá no processo administrativo fiscal como meio de prova hábil a comprovar as alegações do órgão tributário, cabendo à parte adversa demonstrar, ante a sua natureza relativa, por meio de documentos idôneos, a desconformidade com a realidade dos assentamentos em realce.

Configurando-se o Acórdão de Impugnação proferido pela DRJ/POA como um documento público representativo de Ato Administrativo formado a partir da manifestação da Administração Tributária, levada a efeito através de agentes públicos, não há como se negar a veracidade do seu conteúdo.

Ostentando, todavia, tal presunção eficácia relativa, esta admite prova em sentido contrário a ônus da parte interessada, encargo este que deve ser adimplido pelo Interessado, de molde a se afastar a presumida fidedignidade do teor de um Ato Administrativo posto em *xequê*.

Ultrapassados tais prolegômenos, verificamos que a questão relativa à suposta inocorrência de ciência do Ato Declaratório Executivo – ADE DRF de Nova Iguaçu/RJ nº 306.409/2008, que determinou a exclusão do Contribuinte ora Recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, houve-se por levado, tempestivamente, à apreciação e julgamento do Órgão

Julgador de 1ª Instância, o qual não acatou as alegações suscitadas pelo Impugnante, por haver verificado que a ciência do citado ADE de fato ocorrera regularmente, dentro dos pressupostos legais fixados no Dec. nº 70.235/72.

E diga a DRJ/POA, *in verbis*:

“Arguição de nulidade por cerceamento de defesa. Ato de Exclusão do Simples Nacional.

O sujeito passivo alega que não fora comunicado do Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples Nacional, arguindo nulidade por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, apresentando neste feito a manifestação de inconformidade contra a referida exclusão.

O sujeito passivo foi excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo DRF de Nova Iguaçu/RJ nº 306.409, de 22 de agosto de 2008, com efeitos a partir de 01/01/2009, em virtude de possuir débitos com a Fazenda Pública Federal, com exigibilidade não suspensa.

A primeira tentativa de comunicação da exclusão do sujeito passivo do Simples Nacional foi efetuada através de aviso de remessa postal emitido em 15/09/2008 e devolvido à 7ª Região Fiscal em 24/09/2008 (nº ECT 789200512), com o motivo “Outros”, conforme consulta ao endereço eletrônico <https://sucop.suiterfb.receita.fazenda/SUCOP/consultas/postagem/NewconsultaLOG.asp>.

O procedimento se efetivou por meio do Edital nº 001/2008 da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Nova Iguaçu, publicado no sítio da RFB na internet em 30/10/2008, conforme consulta que ora se efetua na rede mundial de computadores, no Sistema de Vedações e Exclusões do Simples Nacional (SIVEX – Simples Nacional).

Em se tratando de intimação por edital, considera-se feita a intimação quinze dias após a publicação do edital, ou seja, em 14/11/2008, conforme art. 23, § 2º, inciso IV, do Decreto nº 70.235/1972. A partir de então, o sujeito passivo tinha trinta dias para apresentar manifestação de inconformidade pela exclusão do Simples Nacional.

Portanto, o sujeito passivo foi cientificado acerca da sua exclusão do Simples Nacional através de edital, não havendo que se falar em nulidade do ADE por cerceamento de defesa. De qualquer forma, o sujeito passivo não trouxe aos autos, nem neste momento, provas de que teria regularizado tempestivamente os débitos que motivaram a sua exclusão, e que pudesse ensejar uma revisão de ofício.

A exclusão da empresa do Simples Nacional deve ser tratada em processo com tramitação e prazos próprios. Assim, não serão conhecidas nestes autos, as alegações que o sujeito passivo trouxe quanto à sua exclusão do Simples Nacional. Tal matéria deveria ter sido apresentada no processo de contestação da exclusão da empresa do Simples Nacional, o que não ocorreu, conforme se

verifica em consulta aos sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Logo, no âmbito administrativo, a exclusão no Simples Nacional se tornou definitiva.

Ao ser excluída do Simples Nacional, a pessoa jurídica fica sujeita, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, conforme prevê o artigo 32 da Lei Complementar nº 123/2006.

Assim, a partir da emissão do Ato Declaratório de Exclusão, com os efeitos ali indicados, existe a condição plena para que o contribuinte se sujeite ao recolhimento das contribuições sociais de acordo com as normas de tributação aplicáveis às empresas em geral.

No Auto de Infração sob análise exige-se a contribuição previdenciária patronal e as contribuições destinadas a Outras Entidades e Fundos e foi lavrado em razão da atividade vinculada e obrigatória da autoridade administrativa, que deve, sob pena de responsabilidade funcional, constituir o crédito tributário ao verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação e da falta de pagamento do tributo correspondente (artigo 142, § único da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional - CTN).

As peças que o compõem obedecem aos requisitos obrigatórios do artigo 10 do Decreto nº 70.235/1972, e contêm os elementos imprescindíveis ao pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa pelo sujeito passivo. Também não se observam as hipóteses de nulidade relacionadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972.

Desta forma, rejeita-se a tese de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, mantendo-se o Auto de Infração em tela”.

Não merece reparo a Decisão de 1ª Instância, uma vez que o ato de intimação do Sujeito Passivo a respeito do ADE nº 306.409/2008, da DRF de Nova Iguaçu/RJ se realizou de acordo com o procedimento legal encartado no Art. 23 do Dec. nº 70.235/72.

Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972

SEÇÃO IV

Da Intimação

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532/97)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532/97)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.196/2005)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei nº 11.196/2005)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (Incluída pela Lei nº 11.196/2005)

§1º **Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo, a intimação poderá ser feita por edital publicado:** (Redação dada pela Lei nº 11.196/2005) (grifos nossos)

I - **no endereço da administração tributária na internet;** (Incluído pela Lei nº 11.196/2005) (grifos nossos)

II - **em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação;** ou (Incluído pela Lei nº 11.196/2005)

III - **uma única vez, em órgão da imprensa oficial local.** (Incluído pela Lei nº 11.196/2005)

§2º **Considera-se feita a intimação:**

I - **na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal;**

II - **no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação;** (Redação dada pela Lei nº 9.532/97)

III - **se por meio eletrônico, 15 (quinze) dias contados da data registrada;** (Redação dada pela Lei nº 11.196/2005)

a) **no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo;** ou (Incluída pela Lei nº 11.196/2005)

b) **no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo;** (Incluída pela Lei nº 11.196/2005)

IV - **15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado.** (Incluído pela Lei nº 11.196/2005)

§3º **Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência.** (Redação dada pela Lei nº 11.196/2005)

§4º **Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo:** (Redação dada pela Lei nº 11.196/2005)

I - **o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária;** e (Incluído pela Lei nº 11.196/2005)

II - **o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo.** (Incluído pela Lei nº 11.196/2005)

§5º **O endereço eletrônico de que trata este artigo somente será implementado com expresso consentimento do sujeito passivo, e a administração tributária informar-lhe-á as normas e condições de sua utilização e manutenção.** (Incluído pela Lei nº 11.196/2005)

§6º **As alterações efetuadas por este artigo serão disciplinadas em ato da administração tributária.** (Incluído pela Lei nº 11.196/2005)

§7º **Os Procuradores da Fazenda Nacional serão intimados pessoalmente das decisões do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda na sessão das respectivas câmaras subsequente à formalização do acórdão.** (Incluído pela Lei nº 11.457/2007)

§8º **Se os Procuradores da Fazenda Nacional não tiverem sido intimados pessoalmente em até 40 (quarenta) dias contados da**

formalização do acórdão do Conselho de Contribuintes ou da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda, os respectivos autos serão remetidos e entregues, mediante protocolo, à Procuradoria da Fazenda Nacional, para fins de intimação. (Incluído pela Lei nº 11.457/2007)

§9º Os Procuradores da Fazenda Nacional serão considerados intimados pessoalmente das decisões do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda, com o término do prazo de 30 (trinta) dias contados da data em que os respectivos autos forem entregues à Procuradoria na forma do §8º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.457/2007)

No caso dos autos, a primeira tentativa de intimação a respeito da exclusão do sujeito passivo do Simples Nacional foi efetuada através de aviso de remessa postal nº ECT 789200512, de 15/09/2008, devolvido à 7ª Região Fiscal em 24/09/2008, com o motivo “Outros”.

Sendo infrutífera a tentativa de intimação do Contribuinte pela Via Postal, a Administração Tributária procedeu à intimação da empresa por meio do Edital nº 001/2008 da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Nova Iguaçu, publicado no sítio da RFB na internet em 30/10/2008, autorizada que estava pelo disposto no §1º do art. 23 do Dec. nº 70.235/72.

Nessa vertente, em se tratando de intimação por edital, considera-se feita a intimação quinze dias após a publicação do edital, ou seja, em 14/11/2008, conforme art. 23, § 2º, inciso IV, do Decreto nº 70.235/1972. A partir de então, o sujeito passivo tinha trinta dias para apresentar manifestação de inconformidade pela exclusão do Simples Nacional, fato que não veio a ocorrer.

Não procede a alegação de que “a falta de comunicação do ADE impediu a impugnante de regularizar a totalidade dos débitos motivadores da emissão do ADE, dentro do prazo de trinta dias contados da ciência”.

No caso dos autos, a empresa ora Recorrente foi excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo DRF de Nova Iguaçu/RJ nº 306.409/2008, com efeitos a partir de 01/01/2009, em virtude de possuir débitos com a Fazenda Pública Federal com exigibilidade não suspensa, débitos esses decorrentes do não recolhimento das obrigações perante o Simples Nacional.

Ora ... Os tributos ora em debate são reconhecidamente qualificados como exações sujeitas ao lançamento por homologação, na exata medida em que legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

Dessarte, o recolhimento dos tributos devidos em razão da opção pelo Simples Nacional independe de qualquer atividade ou intimação da Administração Tributária para tanto, tendo o Contribuinte optante que fazê-lo espontaneamente nos prazos e nas condições assentadas na legislação de regência do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte.

Nessa prumada, a inadimplência imotivada do Contribuinte perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil constitui motivo justo, bastante, suficiente e

determinante para a sua exclusão do Simples Nacional, como assim determinam expressamente os artigos 17, V, e 30, II, da Lei Complementar nº 123/2006.

Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006

Seção II

Das Vedações ao Ingresso no Simples Nacional

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

V - que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

(...)

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar;

(...)

Como visto, a situação fática de inadimplência já era suficiente e determinante, *de per se*, para que o Recorrente tivesse comunicado, obrigatoriamente, a sua exclusão da sistemática do SIMPLES NACIONAL. Mas o Contribuinte em tela assim não procedeu, circunstância que deu ensejo à sua exclusão de ofício, conforme previsto no inciso I do art. 29 do mesmo Diploma Legal.

Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

Nessa vertente, tendo ocorrido a exclusão de ofício do SIMPLES nas condições assentadas no inciso II do art. 30, em razão da existência de débito perante a Fazenda Pública Federal, a exclusão do SIMPLES NACIONAL produz efeitos a contar do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva, como assim dispõe o inciso II do art. 31 da Lei Complementar nº 123/2006.

Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

II - na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação

impeditiva; 20-2 de 24/08/2001

competente de conduta que represente, em tese, crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública.

DECRETO-LEI Nº 3.688 - DE 3 DE OUTUBRO DE 1941

OMISSÃO DE COMUNICAÇÃO DE CRIME

Art. 66. Deixar de comunicar à autoridade competente:

I - crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação;

II - crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal:

Pena - multa.

Calculando nas mesmas teclas, o art. 16 da Lei nº 8.137/90, a qual define os crimes contra a ordem tributária, estatui que qualquer pessoa, aqui incluídos, por óbvio, os agentes públicos, poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nessa lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990

Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)

Nessa perspectiva, revela-se a Representação Fiscal para Fins Penais – RFFP mera peça processual de informações, coletadas no curso da ação fiscal, a ser elaborada pelo agente público sempre que se deparar com conduta que represente, em tese, crime contra a ordem tributária, devendo conter, dentre outros elementos, exposição minuciosa do fato e os elementos caracterizadores do ilícito; indícios de prova material do ilícito ou qualquer outro documento sob suspeição que tenha sido apreendido no curso da ação fiscal; cópia autenticada do auto de infração e de termos fiscais lavrados; termos lavrados de depoimentos, declarações, perícias e outras informações obtidas de terceiros, utilizados para fundamentar a constituição do crédito tributário ou a apreensão de bens sujeitos à pena de perdimento; a qualificação completa das pessoas físicas responsáveis; a qualificação completa da pessoa ou das pessoas físicas a quem se atribua a prática do delito, mesmo que o fiscalizado seja pessoa jurídica; A identificação completa, se for o caso, da pessoa jurídica autuada, cópia dos contratos sociais e

suas alterações, ou dos estatutos e atas das assembleias; qualificação completa das pessoas que possam ser arroladas como testemunhas; cópia das declarações de rendimentos, relativas ao período em que se apurou ilícito, da pessoa ou das pessoas físicas representadas e da pessoa jurídica envolvida, no caso de crime contra a ordem tributária; etc.

No âmbito da legislação previdenciária, o art. 616 da IN SRP nº 3/2005 impõe ao auditor fiscal o dever funcional de formalizar a RFFP sempre que este, no exercício de suas atribuições institucionais, tiver conhecimento da ocorrência de comportamento omissivo ou comissivo que configure, em tese, crime de ação penal pública que não dependa de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça, bem como qualquer contravenção penal.

Instrução Normativa SRP nº 3, de 14 de julho de 2005

Art. 616. Por disposição expressa no art. 66 do Decreto-Lei nº 3.688, de 1941 (Lei de Contravenções Penais), o AFPS formalizará RFFP sempre que, no exercício de suas funções internas ou externas, tiver conhecimento da ocorrência, em tese, de:

I- crime de ação penal pública que não dependa de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça;

II - contravenção penal.

Parágrafo único. Considera-se, nos termos do Decreto-Lei nº 3.914, de 1941 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais):

I - crime, a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa;

II - contravenção, a infração penal a que a lei comina isoladamente pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Art. 617. São crimes de ação penal pública, dentre outros, os previstos nos arts. 15 e 16 da Lei nº 7.802, de 1989, alterada pela Lei nº 9.974, de 2000, nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 8.137, de 1990, nos arts. 54 a 56, 60 e 61 da Lei nº 9.605, de 1998, e os a seguir relacionados, previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 (Código Penal): (Revogado pela IN RFB nº 851, de 28 de maio de 2008)

I - homicídio culposo simples ou qualificado, com previsão nos §§ 3º e 4º do art. 121;

II - exposição ao risco, com previsão no art. 132;

III - a apropriação indébita previdenciária, com previsão no art. 168-A;

IV - o estelionato, com previsão no art. 171;

V - a falsificação de selo ou de sinal público, com previsão no art. 296;

VI - a falsificação de documento público, com previsão no art. 297;

VII - a falsificação de documento particular, com previsão no art. 298;

VIII - a falsidade ideológica, com previsão no art. 299;

IX - o uso de documento falso, com previsão no art. 304;

- X - a supressão de documento, com previsão no art. 305;*
XI - a falsa identidade, com previsão nos arts. 307 e 308;
XII - o extravio, a sonegação ou a inutilização de livro ou documento, com previsão no art. 314;
XIII - o emprego irregular de verbas ou rendas públicas, com previsão no art. 315;
XIV - a prevaricação, com previsão no art. 319;
XV - a violência arbitrária, com previsão no art. 322;
XVI - a resistência, com previsão no art. 329;
XVII - a desobediência, com previsão no art. 330;
XVIII - o desacato, com previsão no art. 331;
XIX - a corrupção ativa, com previsão no art. 333;
XX - a inutilização de edital ou de sinal, com previsão no art. 336;
XXI - a subtração ou a inutilização de livro ou de documento, com previsão no art. 337;
XXII - a sonegação de contribuição social previdenciária, com previsão no art. 337-A.
- Art. 618. São contravenções penais, entre outras: (Revogado pela IN RFB nº 851, de 28 de maio de 2008)*
- I - recusar dados sobre a própria identidade ou qualificação, com previsão no art. 68 do Decreto-lei nº 3.688, de 1941 (Lei das Contravenções Penais);*
- II - deixar de cumprir normas de higiene e segurança do trabalho, com previsão no §2º do art. 19 da Lei nº 8.213, de 1991.*

Diante desse quadro, constitui-se dever funcional do auditor fiscal a elaboração, ainda no curso da ação fiscal, da Representação Fiscal para Fins Penais, sempre que, no exercício de suas atribuições institucionais, tiver conhecimento da ocorrência de comportamento omissivo ou comissivo que configure, em tese, crime de ação penal pública que não dependa de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça, bem como qualquer contravenção penal.

A representação penal ora em debate, instruída com os elementos de prova e demais informações pertinentes, constituir-se-á de autos apartados e permanecerá sobrestada no âmbito da administração tributária até decisão definitiva na esfera administrativa que pautar pela procedência total ou parcial do lançamento, quando, então, poderá ser encaminhada ao órgão do Ministério Público, para a devida instauração da persecução penal.

Adite-se, por derradeiro, que a súmula CARF nº 28, de observância obrigatória, exclui a competência deste Conselho para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Súmula CARF nº 28:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Assim esculpido o arcabouço legislativo/jurisprudencial, podemos afirmar inexistir qualquer irregularidade da formalização da RFFP em destaque, eis que o seu encaminhamento ao Ministério Público somente se dará após o Trânsito em Julgado administrativo do Auto de Infração em julgo, mesmo assim, na estrita hipótese da procedência total ou parcial do lançamento levado a efeito pela Autoridade Lançadora.

3. CONCLUSÃO:

Pelos motivos expendidos, CONHEÇO PARCIALMENTE do Recurso Voluntário para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Arlindo da Costa e Silva, Relator.