



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

**Processo n°** 16095.720294/2012-60  
**Recurso n°** 002.746 De Ofício e Voluntário  
**Acórdão n°** 2302-002.746 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 18 de setembro de 2013  
**Matéria** CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - AIOP + AIOA  
**Recorrentes** TRANSPORTADORA RÁPIDA ITAQUAQUECETUBA LTDA  
FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2011

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. GFIP. DOCUMENTO PÚBLICO. CONFISSÃO DE DÍVIDA.

A empresa é obrigada, por força de lei, a declarar à Secretaria da Receita Federal do Brasil, mediante GFIP, na forma, prazo e condições estabelecidos por esse órgão, todos os dados relacionados a fatos geradores, base de cálculo e valores devidos da contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS.

RECURSO VOLUNTÁRIO. COISA JULGADA ADMINISTRATIVA.

A Coisa Julgada Administrativa configura-se causa determinante para a extinção do processo sem resolução do mérito, podendo ser reconhecida de ofício pela Autoridade Julgadora em qualquer tempo e grau de Jurisdição, enquanto não proferida a decisão de mérito, obstando, inclusive, que o autor intente, novamente, a mesma demanda.

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, gênero do qual o lançamento tributário é espécie, opera-se a inversão do encargo probatório, repousando sobre o notificado o ônus de desconstituir o lançamento ora em consumação. Havendo um documento público com presunção de veracidade não impugnado eficazmente pela parte contrária, o desfecho há de ser em favor dessa presunção.

RFFP. CABIMENTO.

A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 será encaminhada

ao Ministério Público, após proferida a decisão final na esfera administrativa sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

SIMPLES NACIONAL. OPÇÃO INDEFERIDA. RECOLHIMENTOS EFETUADOS NA SISTEMÁTICA DO SIMPLES. DEDUÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO LANÇADO DE OFÍCIO.

Na determinação dos valores de contribuição previdenciária a serem lançados de ofício, em razão do indeferimento da opção pelo Simples Nacional, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados pelo Sujeito Passivo nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

Recurso Voluntário Negado

Recurso de Ofício Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2ª TO/3ª CÂMARA/2ª SEJUL/CARF/MF/DF, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e também, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Liége Lacroix Thomasi – Presidente de Turma.

Arlindo da Costa e Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Liége Lacroix Thomasi (Presidente de Turma), André Luís Mársico Lombardi, Juliana Campos de Carvalho Cruz, Bianca Delgado Pinheiro e Arlindo da Costa e Silva.

## Relatório

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2011

Data da lavratura do AIOP: 18/09/2012.

Data da Ciência do AIOP: 24/09/2012.

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face de Decisão Administrativa de 1ª Instância proferida pela DRJ em Campinas/SP que julgou procedente em parte a impugnação oferecida pelo sujeito passivo do crédito tributário lançado por intermédio dos Autos de Infração nº 51.030.610-1 e 51.030.611-0, 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 obrigatórios do RGPS, conforme descrito no Relatório Fiscal a fls. 47/53.

Integra ainda o presente lançamento o crédito tributário lançado por intermédio do Auto de Infração nº 51.023.637-5, decorrente do descumprimento de obrigação acessória prevista no inciso IV do art. 32 da Lei nº 8.212/91, lavrado em desfavor do Recorrente em virtude de este ter apresentado GFIP contendo informações incorretas ou omissas.

**CFL - 78**

*Apresentar a empresa a declaração a que se refere a Lei nº 8.212, de 24/07/1991, art. 32, IV, acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/1997, com a redação da MP nº 449, de 03/12/2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/2009, com incorreções ou omissões.*

De acordo com a resenha fiscal, houve-se por constatado que as GFIP referentes a todas as competências de 2008 a 2011 entregues pela Empresa informavam no campo “Opção pelo SIMPLES” o código “2”, declarando-se assim ao Fisco Federal tratar-se de Empresa optante pelo Simples Nacional, e dessa forma sujeitando, apenas, ao recolhimento das contribuições descontadas dos segurados, eximindo-se do recolhimento das contribuições patronais e para Outras Entidades e Fundos.

Informa a Fiscalização que a Empresa protocolizou na ARF SUZANO, em 30/08/2011, requerimento almejando sua inclusão no sistema SIMPLES com data retroativa, ao argumento de haver sido desenquadrada indevidamente do referido Sistema simplificado. O pleito da Autuada resultou na constituição do e-processo nº 13894.720831/2011-97. Em 13/02/2012, a Requerente tomou ciência do Despacho Decisório nº 08/2012 da DRF/GUA/SEORT, a fls. 62/65, que indeferiu seu pedido por intempestividade, não cabendo mais recurso administrativo.

Aduz a Fiscalização que desde a data da ciência do despacho nº 08/2012, 13/02/2012, até o início do vertente procedimento fiscal, 01/08/2012, a Empresa teve tempo suficiente para retificar as GFIP dos exercícios de 2008 a 2011, onde poderia ter informado não ser optante pelo SIMPLES, mas não o fez.

A base de cálculo das contribuições ora lançadas houveram-se por apuradas diretamente das remunerações dos segurados empregados declarados nas GFIP entregues antes do início do procedimento fiscal.

A empresa está sendo autuada também por infração ao disposto na Lei nº 8.212/91, art. 32, inciso IV, acrescentado pela Lei nº 9.528/97, com redação da Medida Provisória nº 449, de 04/12/2008, convertida na Lei 11.941/09, por apresentar GFIP com informações incorretas ou omissas.

Irresignado com o supracitado lançamento tributário, o sujeito passivo apresentou impugnação a fls. 87/103.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas/SP lavrou Decisão Administrativa textualizada no Acórdão nº 05-39.766 – 9ª Turma da DRJ/CPS, a fls. 212/223, julgando procedente em parte o lançamento, para dele deduzir os valores já recolhidos pela empresa na sistemática do SIMPLES, recorrendo de ofício de sua decisão.

O Sujeito Passivo foi cientificado da decisão de 1ª Instância no dia 28/02/2013, conforme Aviso de Recebimento a fl. 261.

Inconformado com a decisão exarada pelo órgão administrativo julgador *a quo*, o ora Recorrente interpôs recurso voluntário, a fls. 263/297, respaldando sua inconformidade em argumentação desenvolvida nos seguintes elementos:

- Que ignora a existência de qualquer ato administrativo indeferindo a sua opção pelo Simples ou excluindo-a do Sistema Simplificado, emitido pela Administração tributária da Receita Federal ou de qualquer outro ente da Federação;
- Que não houve a demonstração de má-fé ou de dolo a justificar a formalização da Representação Fiscal para Fins Penais.

Ao fim, requer o cancelamento da exigência tributária, bem como dos processos de Representação Fiscal para Fins Penais e arrolamento de bens e direitos.

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 28/02/2013. Havendo sido o recurso voluntário protocolado no dia 28 de março do mesmo ano, há que se reconhecer a tempestividade do recurso interposto.

Presentes os demais requisitos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Ante a inexistência de questões preliminares, 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.

Em razão do provimento parcial dos pedidos formulados pelo Impugnante dado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, nos termos do Acórdão recorrido, as alegações recursais referentes a fatos jurígenos a que se referem os pedidos contemplados pelo Órgão Julgador de 1ª Instância não serão igualmente debatidas, em virtude da perda do objeto.

Também não serão objeto de apreciação por esta Corte Administrativa as 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 CONDIÇÃO DE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL

O Recorrente ignora a existência de qualquer ato administrativo indeferindo a sua opção pelo Simples ou excluindo-a do Sistema Simplificado, emitido pela Administração tributária da Receita Federal ou de qualquer outro ente da Federação.

Razão não lhe assiste.

Em primeiro lugar, mostra-se alvissareiro 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, ou circunstância que exima sua responsabilidade administrativa, nos termos dos art. 333, inciso I 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.*

A Suprema Corte de Justiça já irradiou sem em seus arestos a interpretação que deve prevalecer na pacificação do debate em torno do assunto, sendo extremamente convergente a jurisprudência dela promanada, como se pode verificar nos julgados a seguir alinhados, cujas ementas rogamos vênias para transcrevê-las.

*AgRg no RMS 19918 / SP*

*Relator(a) Ministro OG FERNANDES*

*Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA*

*Data da Publicação/Fonte: DJe 31/08/2009*

*MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO ADMINISTRATIVO CASSATÓRIO DE APOSENTADORIA. CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO SOBRE A QUAL PENDE INCERTEZA NÃO RECEPCIONADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO.*

*EXTINÇÃO DO MANDAMUS DECRETADO POR MAIORIA. VÍNCULO FUNCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO ATRAVÉS DOS ARQUIVOS DA PREFEITURA. MOTIVO DE FORÇA MAIOR. INCÊNDIO. EXISTÊNCIA DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO EXPEDIDA PELA PREFEITURA ANTES DO SINISTRO. DOCUMENTO PÚBLICO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE.*

*1. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que o documento público merece fé até prova em contrário. No caso, o recorrente apresentou certidão de tempo de serviço expedida pela Prefeitura do Município de Itobi/SP - a qual comprova o trecho temporal de 12 anos, 3 meses e 25 dias relativos ao serviço público prestado à referida Prefeitura entre 10/3/66 a 10/2/78 - que teve firma do então Prefeito e Chefe do Departamento Pessoal e foi reconhecida pelo tabelião local.*

*2. Ademais, é incontroverso que ocorreu um incêndio na Prefeitura Municipal Itobi/SP em dezembro de 1992.*

*3. Desse modo, a certidão expedida pela Prefeitura de Itobi, antes do incêndio, deve ser considerada como documento hábil a comprovar o tempo de serviço prestado pelo recorrente no período de 10/3/66 a 10/2/78, seja por possuir fé pública - uma vez que não foi apurada qualquer falsidade na referida certidão -, seja porque, em virtude do motivo de força maior acima mencionado, não há como saber se os registros do recorrente foram realmente destruídos no referido sinistro.*



*4. Agravo regimental a que se nega provimento.**REsp 265552 / RN**Relator(a) Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA**Órgão Julgador S3 - TERCEIRA SEÇÃO**Data da Publicação/Fonte: DJ 18/06/2001 p. 113**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA. PLANILHA APRESENTADA PELO INSS EM QUE CONSTA PAGAMENTO ADMINISTRATIVO DAS DIFERENÇAS RECLAMADAS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE.**"As planilhas de pagamento da DATAPREV assinadas por funcionário autárquico constituem documento público, cuja veracidade é presumida." (REsp 183.669)**O documento público merece fé até prova em contrário. Recurso que merece ser conhecido e provido para excluir da liquidação as parcelas constantes da planilha, apresentada pelo INSS e não impugnada eficazmente pela parte ex-adversa, prosseguindo a execução por eventual saldo remanescente.**Embargos conhecidos e acolhidos.*

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 Auto de Infração de Obrigação Principal 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 conteúdo.

Vencidos tais prolegômenos, e doravante atendo-se às alegações recursais, se nos afigura que os argumentos exortados pelo Recorrente não merecem a guarida por ele pretendida.

Compulsando os autos do Processo Administrativo Fiscal nº 13894.720831/2011-97, constatamos que a intimação da Empresa ora recorrente relativa ao Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional referente à solicitação de opção realizada em 18/07/2007 ocorreu após 15 dias contados do registro do aludido Termo, o qual se deu em 1º de outubro de 2007, Número de recibo 00.00.95.04.51, conforme previsto no art. 23, §2º, III, 'b' do Decreto 70.235/72, incluída pela Lei nº 11.196/2005.

**Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972****Art. 23. Far-se-á a intimação:**

(...)

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

(...)

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

(...)

*§2º Considera-se feita a intimação:*

(...)

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

(...)

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

Tal procedimento de intimação encontra-se expressamente previsto nos artigos 29, §8º e 39, §4º da Lei Complementar nº 123/2006.

**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;*

*II - for oferecido embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade que estiverem intimadas a apresentar, e nas demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública;*

*III - for oferecida resistência à fiscalização, caracterizada pela negativa de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde desenvolvam suas atividades ou se encontrem bens de sua propriedade;*

*IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;*

*V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;*

*VI - a empresa for declarada inapta, na forma dos arts. 81 e 82 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores;*

*VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;*

*VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;*

*IX - for constatado que durante o ano-calendário o valor das despesas pagas supera em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade;*

*X - for constatado que durante o ano-calendário o valor das aquisições de mercadorias para comercialização ou industrialização, ressalvadas hipóteses justificadas de aumento de estoque, for superior a 80% (oitenta por cento) dos ingressos*



de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade.

XI - houver descumprimento da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26 desta Lei Complementar;

XII - omitir da folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária, segurado empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual que lhe preste serviço.

§1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

§2º O prazo de que trata o § 1º deste artigo será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável segundo o regime especial previsto nesta Lei Complementar.

§3º A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.

§4º (REVOGADO);

§5º A competência para exclusão de ofício do Simples Nacional obedece ao disposto no art. 33, e o julgamento administrativo, ao disposto no art. 39, ambos desta Lei Complementar.

§6º Nas hipóteses de exclusão previstas no caput deste artigo, a pessoa jurídica será notificada pelo ente federativo que promoveu a exclusão.

§7º Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, **a notificação de que trata o §6º deste artigo poderá ser feita por meio eletrônico, com prova de recebimento, sem prejuízo de adoção de outros meios de notificação, desde que previstos na legislação específica do respectivo ente federado que proceder à exclusão, cabendo ao Comitê Gestor discipliná-la com observância dos requisitos de autenticidade, integridade e validade jurídica.** (grifos nossos)

§8º **A notificação de que trata o §7º deste artigo aplica-se ao indeferimento da opção pelo Simples Nacional.** (grifos nossos)

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

§1º O Município poderá, mediante convênio, transferir a atribuição de julgamento exclusivamente ao respectivo Estado em que se localiza.

§2º No caso em que o contribuinte do Simples Nacional exerça **atividades incluídas no campo de incidência do ICMS e do ISS e**

*seja apurada omissão de receita de que não se consiga identificar a origem, a autuação será feita utilizando a maior alíquota prevista nesta Lei Complementar, e a parcela autuada que não seja correspondente aos tributos e contribuições federais será rateada entre Estados e Municípios ou Distrito Federal.*

*§3º Na hipótese referida no §2º deste artigo, o julgamento caberá ao Estado ou ao Distrito Federal.*

*§4º Considera-se feita a intimação após 15 (quinze) dias contados da data do registro da notificação eletrônica de que tratam os §§7º e 8º do art. 29 desta Lei Complementar. (grifos nossos)*

Não procede, portanto, alegação de que a “*na época em que ocorreu o indeferimento não vigorava a ciência eletrônica*”. A notificação eletrônica encontrava prevista na Lei Complementar nº 123/2006 desde a sua redação originária.

Também não procede a alegação de que “*o indeferimento de sua opção em 2007 não produziu nenhum efeito jurídico, por realizado em afronta ao artigo 39 da Lei Complementar 123/2006*”. O Recorrente deveria ter lido o citado art. 39 até o seu parágrafo quarto, que prevê expressamente, a modalidade de intimação de indeferimento da opção pelo Simples Nacional por meio eletrônico, com prova de recebimento. *In casu*, tal intimação se deu em 16 de outubro de 2007, número de recibo 00.00.95.04.51.

Conforme taxativamente consignado no Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional referente à solicitação de opção realizada em 18/07/2007, a pessoa jurídica dispunha do prazo de 30 dias contados da data de intimação acima referida para impugnar o indeferimento da opção pelo Simples Nacional, dirigida ao Delegado da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento com jurisdição sobre o domicílio tributário do Contribuinte, e protocolizada em qualquer unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Apesar de o procedimento de impugnação ao indeferimento de Opção pelo Simples Nacional restar claramente descrito no Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional, o Sujeito Passivo em tela somente se dispôs a apresentar tal impugnação em 30/08/2011, quase quatro anos após o exaurimento do prazo normativo, razão pela qual o pedido formulado pelo Contribuinte não foi apreciado, dada a sua intempestividade, conforme assentamento esclarecedor aviado no Despacho Decisório DRF/GUA/SEORT nº 08/2012, a fls. 62/63, do qual o Recorrente houve-se por intimado em 13 de fevereiro de 2012, de acordo com Aviso de Recebimento a fl. 64.

Tal constatação revela a carência de fundamento da alegação de que “*o fato de não ter sido cientificado do indeferimento da opção prejudicou totalmente a pessoa jurídica, já que, não teve como apresentar defesa adequada contra o ato administrativo, tendo sido negado o seu ingresso posterior ao Simples, por supostamente enquadrado no artigo 17 da LC 123/2006*”. (sic)

Nessa prumada, na data de protocolização do requerimento almejando a inclusão no sistema SIMPLES com data retroativa, ao argumento de haver sido desenquadrada indevidamente do referido Sistema simplificado, a decisão proferida pela DRF/Guarulhos já havia se tornado definitiva no âmbito administrativo, não sendo mais cabível qualquer rediscussão sobre o mérito, eis que se encontrava permeada com o atributo da coisa julgada administrativa, à qual a *Lex Excelsior* ordenou respeito.

*“Não se tolera, em direito processual, que uma mesma lide seja objeto de mais de um processo sucessivamente.” (Humberto Theodoro Júnior)*

Mostra-se auspicioso enaltecer que, nos termos do inciso V, *in fine*, do art. 267 do Código de Processo Civil, a coisa julgada figura como causa determinante para a extinção do processo sem resolução do mérito, podendo ser reconhecida de ofício pela Autoridade Julgadora em qualquer tempo e grau de Jurisdição, enquanto não proferida a decisão de mérito, obstando, inclusive, que o autor intente, novamente, a mesma demanda.

**Código de Processo Civil**

*Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:  
(Redação dada pela Lei nº 11.232/2005)*

(...)

*V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;*

(...)

*§3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos nº IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.*

(...)

*Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.*

*Parágrafo único. Se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no nº III do artigo anterior, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.*

Diante de tal cenário, configurando-se o Termo de Indeferimento da Opção pelo Simples Nacional como decisão administrativa em relação à qual não cabe mais recurso nessa Instância, não comporta o presente Processo Administrativo Fiscal mais qualquer debate em torno da questão, em virtude da *Coisa Julgada Administrativa*, providência que somente poderia emergir do Poder Judiciário.

Dessarte, ao contrário do que afirma o Recorrente, este não se encontra amparado pelo sistema simplificado de tributação do Simples Nacional, devendo recolher as contribuições previdenciárias a seu encargo na forma prevista na Lei de Custeio da Seguridade Social.

Pela mesma razão, ciente que estava, desde 16 de outubro de 2007, de que a sua opção pelo Simples Nacional houvera sido indeferida, o Recorrente não poderia declarar o código '2' no campo "Opção pelo Simples" das GFIP. Daí a procedência do Auto de Infração de Obrigação Acessória CFL 78.

Em reforço a tal compreensão, consulta realizada no site <http://www8.receita.fazenda.gov.br/SIMPLESNACIONAL/aplicacoes.aspx?id=21> revela que a empresa em tela não figura, nem jamais figurou, como optante pelo Sistema Simplificado de tributação em relevo.

Também o Recorrente não produziu qualquer prova de que, um dia, já estivera devidamente amparado pelo regime simplificado de tributação ora em realce.

Tal condição de não optante é reconhecida pelo próprio Recorrente, conforme deflui de suas alegações, a fls. 270/271:

*"Segundo a consulta efetuada pelo relator da decisão recorrida, em 11/12/2012, espelhada às fls. 217 do processo, a situação da Recorrente consta até hoje, como tendo pendência fiscal com o município, impeditivo, até hoje, do seu ingresso no Simples Nacional. Isso decorrente ainda do ilegal indeferimento de sua opção, em 2007.*

*Desde então o acesso da Recorrente ao Simples Nacional encontra-se travada, com sérios prejuízos decorrentes desse ilegal e malfadado indeferimento da opção ao Simples, em 2007."* (sic) (os grifos constam no original)

Tal excerto, extraído do próprio texto do Recurso Voluntário, demonstra de maneira inequívoca que o Recorrente tinha perfeita consciência de que não se encontrava amparado pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte.

Nessa vertente, mesmo ciente de que o acesso ao Simples Nacional encontrava-se "travado" por problemas fiscais, com pendências com o município, o Recorrente não cuidou de resolver, primeiramente, tais empecilhos com o município em pauta para, a partir de então, reformular sua opção pelo Simples Nacional. Optou, por sua conta e risco, por se auto enquadrar como empresa optante do Simples Nacional, declarando tal condição nas GFIP referentes ao período de apuração, e recolhendo as contribuições previdenciárias ora exigidas na forma prevista na Lei Complementar nº 123/2006, mesmo ciente, desde 16 de outubro de 2007, de que a opção pelo Simples Nacional requerida em 18/07/2007 houvera sido indeferida.

## 2.2. DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS

O Recorrente alega que não houve a demonstração de má-fé ou de dolo a justificar a formalização da Representação Fiscal para Fins Penais.

Sem razão.

A fraude se manifesta, *in casu*, na ação premeditada tendente a impedir a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a modificar as suas

características essenciais, mediante a volitiva e consciente declaração nas GFIP da condição de optante pelo Simples Nacional, mesmo sabedor de que tal pretensão houvera sido indeferida pelo órgão competente, com vistas a reduzir o montante do tributo devido.

**Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964**

*Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:*

*I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;*

*II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.*

*Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.*

Corroborando a compreensão acerca da existência de fraude o fato de o Recorrente alegar que a prestação de transportes intermunicipais e interestaduais de carga serem tributados na forma do anexo III da Lei Complementar nº 123/2006, o qual prevê a destinação de tributos referentes ao IRPJ, CSLL, COFINS, PIS/PASEP e ISS, além da contribuição previdenciária. Ora, se a tributação do Simples Nacional na forma do anexo III já inclui a tributação relativa ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, porque razão a empresa Recorrente, nos anos calendários de 2009 e 2010, foi tributada pelo lucro presumido ?

Em outras palavras: Para o IRPJ a empresa se declara com optante pelo lucro presumido, não pelo Simples Nacional. Porém, em relação às contribuições previdenciárias, a empresa declara nas GFIP ser optante do Simples Nacional.

Não ressobram dúvidas de que a Autuada, conscientemente, visou a induzir o Fisco Previdenciário a erro, mediante o artifício da declaração do código '2' no campo "Opção pelo SIMPLES" das GFIP, de maneira divorciada da realidade dos fatos, eis que sabedora, desde 16/10/2007, de que a sua opção pelo Simples Nacional houvera sido indeferida, mas com aptidão para conferir uma sofismática aparência de legalidade aos recolhimentos efetuados de acordo com o Sistema Simplificado de Tributação ora em *xequê*, encobrendo, dessarte, as circunstâncias materiais de Fatos Jurídicos Tributários que implicariam a tributação de contribuições previdenciárias na forma prevista na Lei de Custeio da Seguridade Social, reduzindo com tal conduta, de maneira consciente e voluntariosa, o montante do tributo devido a título de contribuição patronal.

Colimou a Autuada, mediante tal ardid, afastar das dependências da empresa em realce a Fiscalização Previdenciária, pela compreensão de que "empresa que aparentemente nada deve ao Fisco, por este não é fiscalizada *in loco*".

A consciência da Autuada de que não podia desfrutar dos benefícios do Simples Nacional se mostra às claras pelo fato de a empresa ter protocolizado, em 30/8/2011, petição formal requerendo "a inclusão no Sistema Simples, com data retroativa, devido à



*mesma ter sido desenquadrada indevidamente*”, circunstância que revela ser a empresa sabedora de que não se encontrava abraçada pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte.

A volição de suprimir tributo também pode ser apurada pelo fato de a empresa, mesmo tendo tomado ciência, em 13/02/2012, do Despacho Decisório nº 08/2012 da DRF/GUA/SEORT, que indeferiu seu pedido de inclusão no Simples Nacional, com data retroativa, até a data de início do vertente procedimento fiscal, 01/08/2012, não ter dado início a qualquer procedimento, o mínimo que fosse, tendente a retificar o campo “*Opção pelo SIMPLES*” das GFIP dos exercícios de 2008 a 2011, apostando na ineficiência da Fiscalização Previdenciária para apurar e constituir de ofício os créditos tributários de que é titular.

Ao contrário ! Continuou o informando o código 2 no campo “*Opção pelo Simples*”.

Nessa esteira, a ação volitiva e consciente perpetrada pela Autuada, por conferir aparente regularidade no recolhimento das contribuições previdenciárias devidas, é tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária a respeito da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, bem como acerca das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Diante de tal quadro fático, apenas mediante a deflagração de procedimento formal de fiscalização nas dependências do sujeito passivo tem condições a Administração Tributária de tomar conhecimento da natureza e das circunstâncias materiais de ocorrência de fatos geradores de contribuições previdenciárias e da real condição de não optante pelo Simples da pessoa jurídica Contribuinte.

A operação fraudulenta levada a efeito pela Autuada configura-se, coloquialmente falando, como verdadeiro “*estelionato tributário*”, uma vez que tem por objetivo obter vantagem ilícita, consistente na redução indevida da tributação previdenciária, em prejuízo da Seguridade Social, induzindo o Fisco Federal em erro, mediante declaração de ser empresa optante do Simples Nacional, mesmo sabedora, desde 16/10/2007, de que sua opção pelo Sistema Simplificado em realce houvera sido indeferida pelo órgão competente.

Conforme acima elucidado, presentes estão na conduta descrita nos autos os elementos objetivos e subjetivos qualificadores da fraude e da sonegação, nos termos dos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502/64.

Em reforço a tal assertiva, atente-se que, em razão da prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias, consistente na declaração do código ‘2’ no campo “*Opção pelo Simples*” das GFIP, sabedora de que não se subsumia a tal condição, a empresa reduziu o montante de contribuição previdenciária destinada ao custeio da Seguridade Social e suprimiu as contribuições sociais destinadas a Outras Entidades e Fundos, conduta essa que, em tese, configura crime contra a ordem tributária tipificado no art. 1º, I da Lei nº 8.137/91, motivando a formalização de Representação Fiscal para Fins Penais, constituída em autos apartados, representando ao órgão competente para a persecução criminal.

**Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**

*Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:*

*I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;*



*II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;*

*III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;*

*IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;*

*V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.*

*Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.*

*Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.*

*Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:*

*I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;*

*II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;*

*III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;*

*IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;*

*V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.*

*Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*

A insurgência do Recorrente em face da formalização da Representação Fiscal para Fins Penais não tem, portanto, fundamento.

Atente-se que o art. 66 do Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 - lei das contravenções penais – qualifica como “*Omissão de Comunicação de Crime*” o comportamento perpetrado por servidor público consistente na não comunicação à autoridade 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.*

Calcando 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 co-autoria, o co-autor 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.*

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, apreciando pedido de concessão de liminar postulado na ADIn nº 1.571, proclamou que o art. 83 da Lei 9.430/96 não estipulou uma condição de procedibilidade da ação penal por delito tributário. Consignou o STF que tal dispositivo dirigiu-se apenas a atos da administração fazendária, prevendo o momento em que a *notitia criminis* acerca de delitos contra a ordem tributária, descritos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 deveriam ser encaminhada ao Ministério Público. (Informativo STF nº 64, 17-28 mar. 97, p. 1 e 4).

**Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996**

*Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (grifos nossos)*

*Parágrafo único. As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz.*

Ao contrário do tipo penal previsto no art. 2º, I, da Lei 8.137/90, consoante clássica diferenciação, pertence à categoria denominada delito formal, isto é, descreve o resultado naturalístico (supressão de pagamento de tributo), mas não o exige para a consumação formal do delito, os delitos previstos no art. 1º da Lei 8.137/90 são qualificados como crimes materiais, havendo a necessidade de se aguardar a decisão administrativa, para somente então poder ser intentada a ação penal. Dessarte, não havendo Notificação Fiscal ou Auto de Infração válido e/ou definitivo, não se pode dar, em tese, por caracterizado o crime,

nem sequer excogitar sua materialidade, pois o artigo 142 do CTN estatui ser competência privativa da autoridade administrativa a constituição do crédito tributário pelo lançamento;

Por outro lado, o artigo 5º, inciso LV, da CF, garante, ademais, a todo e qualquer contribuinte o direito de impugnar o lançamento tributário; Ademais, o art. 34 da Lei 9.249/95 concede ao sujeito passivo a alternativa de pagar o tributo devido e seus acessórios antes da denúncia, para ver extinta a punibilidade dos crimes descritos nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/90;

Nesse contexto, o Pretório Excelso, por maioria, acolheu e aprovou proposta de edição da Súmula Vinculante nº 24, com o seguinte teor: “*Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo*”.

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.

No caso presente, a Fiscalização apurou conduta comissiva que representa, em tese, crime contra a ordem tributária nos termos dos artigos 1º, I da Lei nº 8.137/90.

A representação penal ora em debate, instruída com os elementos de prova e demais informações pertinentes, constituem autos apartados que 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.*

Cumprido ressaltar, por relevante, que a prestação da RFFP ao Ministério Público não se consubstancia em hipótese de quebra de sigilo fiscal, conforme se depreende dos termos inculpidos no art. 198, §3º, I do CTN:

**Código Tributário Nacional - CTN**

*Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. (Redação dada pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)*

(...)

§3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:  
(Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

I – representações fiscais para fins penais; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

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 dos Autos de Infração em litígio, mesmo assim, na estrita hipótese da procedência total ou parcial do lançamento levado a efeito pela Autoridade Lançadora.

Quanto à lavratura do Termo de Arrolamento de Bens pela Fiscalização, há que se considerar que tal atribuição decorre diretamente de determinação contida na legislação tributária, não possuindo este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais competência para sindicat a conveniência e oportunidade da lavratura de tal Termo, mas, tão somente, para julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância de processos de exigência de tributos ou de contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

### 3. DO RECURSO DE OFÍCIO.

O Órgão Julgador de 1ª Instância, ao verificar que a autoridade fiscal não houvera deduzido do crédito tributário ora lançado os valores correspondentes à contribuição previdenciária contidos nos recolhimentos efetuados pelo Sujeito Passivo na sistemática do Simples Nacional, procedeu à dedução de tais montantes, na forma exposta nas planilhas demonstrativas a fls. 220/221 dos autos, e recorreu de ofício de sua decisão.

Não merece reparo, todavia, o provimento levado a efeito pela DRJ/CPS, uma vez que se houve por realizado em conformidade com o entendimento adotado por este Conselho Administrativo, devidamente resumido no verbete da Súmula 76 do CARF, motivo pelo qual se nega provimento ao Recurso de Ofício.

#### **Súmula CARF nº 76**

*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.*

### **4. CONCLUSÃO:**

Pelos motivos expendidos, CONHEÇO dos Recursos Voluntário e de Ofício para, no mérito, NEGAR-LHES PROVIMENTO.

É como voto.



Processo nº 16095.720294/2012-60  
Acórdão n.º **2302-002.746**

**S2-C3T2**  
Fl. 332

---

Arlindo da Costa e Silva

CÓPIA