



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10725.720231/2015-14
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-010.735 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de maio de 2024
Recorrente BIOMÉDICO CENTER LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2012

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE - SÚMULA CARF 02

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade/ilegalidade de lei vigente.

O controle de legalidade efetivado pelo CARF, dentro da devolutividade que lhe compete frente à decisão de primeira instância, analisa a conformidade do ato da administração tributária em consonância com a legislação vigente.

O CARF falece de competência para se pronunciar sobre alegação de ilegalidade de ato normativo vigente, uma vez que sua competência resta adstrita a verificar se a RFB bem utilizou os instrumentos legais de que dispunha para efetuar o lançamento. Neste sentido, compete ao Julgador Administrativo verificar se o ato administrativo de lançamento atendeu aos requisitos de validade e observou corretamente os elementos da competência, finalidade, forma e fundamentos de fato e de direito que lhe dão suporte, não havendo permissão para declarar ilegalidade ou inconstitucionalidade de atos normativos.

MATÉRIA ESTRANHA À LIDE. RECURSO VOLUNTÁRIO. NÃO CONHECIMENTO.

O litígio instaurado limita o exercício do controle de legalidade afeto ao julgador administrativo, e o limite decorre do cotejamento das matérias trazidas na defesa que guardam relação direta e estrita com a autuação.

A atuação do julgador administrativo no contencioso tributário deve restar adstrita aos limites da peça de defesa que tiverem relação direta com a autuação ou despacho decisório, sobretudo, nas matérias conhecidas e tratadas nos votos e acórdãos, excetuadas, apenas, as matérias de ordem pública.

NULIDADE. LANÇAMENTO.

Estando devidamente circunstanciado as razões de fato e de direito que amparam lançamento fiscal lavrado em observância à legislação, e não verificado cerceamento de defesa, carecem motivos para decretação de sua nulidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso, exceto das alegações de inconstitucionalidades e compensação, e, na parte conhecida, em negar provimento ao recurso

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly - Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Ana Claudia Borges de Oliveira, Thiago Buschinelli Sorrentino e Sonia de Queiroz Accioly (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 584 e ss) interposto contra R. Acórdão proferido pela 12ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto (fls. 559 e ss) que manteve o lançamento das contribuições previdenciárias e sociais destinadas a terceiros.

Segundo o Acórdão:

Trata-se de crédito lançado contra o contribuinte identificado em epígrafe, referente ao período de 01/2011 a 12/2012, compreendendo contribuições da empresa (artigo 22, incisos I e II da Lei nº 8.212/91) e contribuições destinadas a terceiros, conforme consta do Relatório Fiscal, fls. 34/40.

Compõem o presente processo os seguintes autos de infração:

Debcad	Referência	Valor total
51.075.353-1 ¹	art 22, incisos I e II Lei nº 8.212/91	4.017.391,52
51.015.890-0	contribuições destinadas a terceiros	1.059.130,51

A ação fiscal iniciou-se com o objetivo de confirmar divergências apontadas pelos sistemas da Receita Federal do Brasil, sendo então emitido o Termo de Início de Procedimento Fiscal em 30/10/2014, recebido via AR em 03/11/2014, em que solicitados diversos documentos e esclarecimentos para a instrução do lançamento.

A fiscalização constatou que a empresa informa em GFIP ser optante pela tributação do SIMPLES, o que ocasiona a redução da tributação sobre a folha de 35,8% para 9%, contudo após consulta no sistema do Simples Nacional verificou-se que o contribuinte não faz parte do Simples Nacional, conforme tela extraída das consultas realizadas.

O contribuinte não apresentou os esclarecimentos e documentações solicitadas e reiteradas mediante os termos de intimação 01 e 02/2014, sendo então intimado mediante o Termo de continuidade 01/2015 a comparecer na repartição para prestar esclarecimentos, contudo ainda assim o contribuinte não se apresentou.

Diante da omissão da empresa em apresentar as folhas de pagamento, as contribuições foram apuradas com base no declarado em GFIP e, especificamente quanto ao valor devido nas competências 13 de 2011 e 2012 com base na RAIS.

Por ser a GFIP um documento constitutivo de crédito, com cunho declaratório e de confissão de dívida, conforme § 7º do artigo 33 da Lei nº 8.212/1991, tais valores declarados serão objeto de cobrança automática pelos sistemas informatizados da RFB.

Constam discriminadas na tabela 1 do relatório fiscal as contribuições omitidas pela empresa objeto do presente auto de infração, quais sejam:

- a) contribuição da empresa cujo percentual é de 20%;
- b) contribuição para terceiros cujo percentual é de 5,8% ;

c) contribuição para SAT cujo percentual é de 2,0%.

Conclui a fiscalização que a empresa vem informando ser pertencente ao simples a fim de conseguir uma vantagem indevida, qual seja, a redução das contribuições previdenciárias devidas.

Foi emitida Representação Fiscal para Fins Penais/RFFP, processo nº 15521.720025/2015-14, contra os sócios da empresa por constatação, em tese, de crime definido nos artigos 168-A e 337-A, ambos do Código Penal.

O co-responsável encontra-se elencado na relação de Representantes Legais/REPLEG, extraído do cadastro CNPJ anexo ao Auto de Infração, tendo em vista não terem sido apresentados documentos no decorrer do procedimento fiscal pela empresa autuada.

Encontram-se anexados ao relatório fiscal dentre outros documentos os seguintes:

- Relação de Declarações, fls. 43;
- Relação de Trabalhadores na GFIP, fls. 44/287;
- CNIS Total de vínculos e massa salarial, fls. 292/293;
- Consulta Optantes Simples Nacional em 22/10/2014, fls. 294;
- TIF fls 297/298, recebido por AR em 03/11/2014, fls. 301;
- TIF nº 1/2014, fls. 299/300, recebido por AR em 01/12/2014, fls 303/304;
- TIF nº 02/2014, fls 305/306, recebido por AR em 08/12/2014, fls. 307/308;
- Termo de Ciência e Continuidade Ação Fiscal, fls. 309, recebido em 09/03/2015, fls. 310/311.

Da Impugnação

Após ciência das autuações em 24/03/2015, mediante remessa postal, fl. 41, o contribuinte apresentou defesa, fls. 341/363, alegando em síntese o que segue.

Aduz a tempestividade da Impugnação.

Informa que é empresa de pequeno porte e efetua as retenções nas notas fiscais e esteve sempre dentro da previsão do Simples Nacional, recolhendo tributos nesta sistemática de tributação desde sua abertura, sendo surpreendida quando tomou conhecimento da sua exclusão do SIMPLES, porém sem receber qualquer ofício ou citação, em descumprimento aos artigos 28 e 29 da Lei Complementar nº 123/2006.

Junta documento de inscrição emitido pela própria Receita Federal do Brasil a comprovar que é optante pelo Simples Nacional, demonstrando que o relatório fiscal induz a erro pois a lavratura fiscal ocorreu em março de 2015 quando já vigorava a Lei nº 13.097 de 19 de Janeiro de 2015, que em seu artigo 49, anistiou as multas previstas no art. 32-A da Lei nº 8.212/1991.

Conclui que o auto de infração deve ser declarado nulo com base no princípio do contraditório e ampla defesa por conter informações contraditórias quanto a opção do impugnante pelo Simples e pela omissão da existência da anistia da multa pela Lei nº 13.097/2015, e, subsidiariamente, devem ser declarados indevidos os valores cobrados no auto de infração ante a inscrição da impugnante no Simples Nacional e/ou compensados os valores já recolhidos pela impugnante a título de retenção.

No mérito, discorre sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa e com base nestes apresenta sua defesa tempestiva e informa que sempre esteve em dia com suas obrigações previdenciárias e tributárias, conforme exigência contida no art. 17, V, da Lei Complementar nº 123/06.

Transcreve os artigos 142 do Código Tributário Nacional, artigo 149, parágrafo único e artigo 146, inciso III, ambos da Constituição Federal para afirmar que a fiscalização deve agir seguindo o princípio da legalidade e que a contribuição social prevista no art. 149 da Carta com tratamento de tributo, deve ter sua regulamentação por Lei

Complementar e não por Lei Ordinária, concluindo pela inconstitucionalidade da Lei nº 8.212/91, bem como de todos os dispositivos legais indicados no auto de infração.

Conclui que a fundamentação legal no Auto de Infração não se mostra “compatível com a sistemática constitucional adotada em nosso país, tendo em vista que se baseou em regulamento da Previdência Social e, também, em Lei Ordinária e não em Lei Complementar, como determina a Carta Magna”.

Invoca a aplicabilidade no presente caso da Lei nº 13.097 de 19 de Janeiro de 2015, em especial seus artigos 48 e 49, e caso o entendimento não seja pela ilegalidade do lançamento, informa que não há nenhuma desconformidade na declaração de contribuição previdenciária apresentada.

Aduz que o cálculo da multa deve ser modificado por força da retroatividade da lei mais benigna de acordo com o art. 106, II, "c" do CTN, pleiteando a revisão de ofício da multa aplicada.

Sustenta que a multa aplicada no percentual de 75% possui caráter confiscatório em ofensa ao artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, conforme doutrina e jurisprudência que transcreve, requerendo o reconhecimento da inconstitucionalidade em questão, e conseqüente ilegalidade da autuação, ou o reconhecimento do cumprimento da obrigação acessória, afastando-se a aplicação da penalidade.

Requeru ao final o acolhimento da impugnação com o reconhecimento da inconstitucionalidade em questão e ilegalidade da autuação, subsidiariamente sejam declarados indevidos os valores cobrados ante a inscrição da empresa no Simples Nacional e/ou compensados os valores já recolhidos a título de retenção, conforme documentos anexados, e que seja reconhecida a ilegalidade da aplicação da multa em 75%.

Pleiteia ainda a exclusão da co-responsabilidade dos sócios gerentes. Juntou documentos, fls. 364/437: procuração, alterações contratuais, Consulta Optantes Simples, cópias das autuações Debcad nº 51.015.890-0 e Debcad nº 51.015.882-0, planilha com discriminativo de notas fiscais e retenção de 11%.

Posteriormente, em virtude de erro na emissão do Debcad nº 51.015.882-0, este foi substituído pelo Debcad nº 51.075.353-1, conforme Termo de Desentranhamento à fl. 316 e Despacho à fl. 340, tendo o contribuinte apresentado nova impugnação, fls. 459/481, de igual teor a antes apresentada, acrescentando que o Debcad nº 51.075.353-1 já foi objeto da impugnação anterior através do Debcad nº 51.015.882-0, significando dizer que este apura as mesmas importâncias e que ambos discriminam os mesmos supostos débitos, período e valores e por fim foram consolidados no mesmo dia 17/03/2015.

Juntou documentos, fls. 482/555, dentre estes cópia do auto de infração Debcad nº 51.015.882-0.

Vieram os autos conclusos para julgamento.

É Relatório.

O R. Acórdão foi proferido com a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2012

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Inexiste cerceamento de defesa quando os valores lançados são obtidos em declarações fiscais prestadas pelo próprio contribuinte, e os relatórios integrantes do Auto de Infração oferecem as condições necessárias para que o contribuinte conheça o procedimento fiscal e apresente a sua defesa.

EMPRESA NÃO OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. DECLARAÇÃO INDEVIDA EM GFIP DE CÓDIGO DE OPTANTE.

Constatado que a empresa não estava inscrita no regime simplificado de tributação, cabível a lavratura de auto exigindo-se as contribuições não recolhidas e não declaradas.

PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. COMPROVAÇÃO DA RETENÇÃO DE 11%. DESTAQUE EM NOTA FISCAL/FATURA/RECIBO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO.

A compensação de valores decorrentes da retenção de 11% sobre serviços prestados mediante cessão de mão de obra, deve ser comprovada com a apresentação da documentação determinada pela legislação.

MULTA DE OFÍCIO

A multa de ofício é de aplicação obrigatória em todos os casos de exigências de impostos e contribuições decorrentes de lançamento de ofício, não podendo ser dispensada ou reduzida por falta de previsão legal.

MULTA. CONFISCO.

A vedação ao confisco, como limitação ao poder de tributar, é dirigida ao legislador, não cabendo a autoridade administrativa afastar a incidência da lei

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO. ARGÜIÇÃO.

O foro administrativo é inapropriado para as discussões relativas à inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo, sendo defeso à autoridade administrativa afastar a aplicação de normas que gozem de plena eficácia.

RELATÓRIO DE VÍNCULOS. CO-RESPONSÁVEIS.

O Relatório de Vínculos listando os co-responsáveis é parte integrante da autuação, tendo por finalidade indicar as pessoas físicas e jurídicas representantes legais ou não do sujeito passivo.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificado da decisão de 1ª Instância, aos 08/06/2016 (fls. 581), o contribuinte apresentou o presente recurso voluntário em 05/07/2016 (fls.584 e ss), insurgindo-se, contra o R Acórdão, sob a afirmativa da inconstitucionalidade da Lei 8212/91 e “normas evocadas pelo Auditor Fiscal”, e da multa imposta, por confiscatória.

Assinala que recolhia tributos na sistemática simplificada de tributação, de forma a que a autuação ofende a ampla defesa e o contraditório.

Pede a compensação de valores retidos por terceiros em contratos de cessão de mão de obra.

Juntou documentos.

Esse, em síntese, o relatório.

Voto

Conselheira Sonia de Queiroz Accioly, Relatora.

Sendo tempestivo e preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço parcialmente do recurso.

Isto em razão do fato de que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, sendo vedado ainda ao órgão julgador administrativo negar a vigência a normas jurídicas por motivo de alegada ilegalidade de lei, salvo nos casos previstos no art. 103-A da CF/88 e no Regimento Interno do CARF, consoante Súmula CARF nº 2:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

O controle de legalidade efetivado pelo CARF, dentro da devolutividade que lhe compete frente à decisão de primeira instância, analisa a conformidade do ato da administração tributária em consonância com a legislação vigente.

Ressalta-se que o CARF falece de competência para se pronunciar sobre alegação de ilegalidade de ato normativo vigente, uma vez que sua competência resta adstrita a verificar se a RFB bem utilizou os instrumentos legais de que dispunha para efetuar o lançamento.

Neste sentido, compete ao Julgador Administrativo verificar se o ato administrativo de lançamento atendeu aos requisitos de validade e observou corretamente os elementos da competência, finalidade, forma e fundamentos de fato e de direito que lhe dão suporte, não havendo permissão para declarar ilegalidade ou inconstitucionalidade de atos normativos.

Assim, não cabe conhecer da insurgência apresentada no Recurso relativa à inconstitucionalidade da Lei 8.212/91 e “normas evocadas pelo Auditor Fiscal”, e da multa imposta.

Também não se conhece do pedido de compensação de recolhimentos feitos por terceiros, discriminados em nota fiscal (segundo planilha apresentada pelo Recorrente e juntada aos autos no curso da instrução processual), decorrentes de contratos de mão de obra.

Em processos de lançamento fiscal, a atuação do julgador administrativo, seja em 1ª ou 2ª instâncias, consiste na promoção do controle de legalidade do ato de constituição do crédito tributário, respeitados os estritos limites estabelecidos pelo contencioso administrativo.

O litígio instaurado limita o exercício deste controle, e o limite decorre do cotejamento das matérias trazidas na defesa que guardam relação direta e estrita com a autuação.

As alegações de defesa que extrapolarem a lide não deverão ser conhecidas pelos julgadores administrativos. Como exemplo, pedidos de compensação, ressarcimento e restituição ou revisão de declaração, veiculados em impugnação de autuação por infração tributária, **não dizem respeito diretamente aos elementos da regra matriz de incidência tributária descrita no ato de constituição do crédito tributário, e, portanto, extrapolam a lide administrativa.**

A atuação do julgador administrativo no contencioso tributário deve restar adstrita aos limites da peça de defesa que tiverem relação direta com a autuação ou despacho decisório, sobretudo, nas matérias conhecidas e tratadas nos votos e acórdãos, excetuadas, apenas, as matérias de ordem pública.

Observa-se que a compensação tributária tem natureza de direito subjetivo do contribuinte com rito procedimental e normativo próprios diversos dos afetos aos processos administrativos que tratam de autuação fiscal, **não é matéria de ordem pública** que possa ser examinada de ofício pelo julgador administrativo - **o pedido de compensação tem em conta os interesses da parte em primeiro plano.**

Assim, não se conhece do pedido de compensação.

Mas, mesmo que assim não fosse, caso conhecido, o pedido seria indeferido. Como bem ponderou o Colegiado de Piso:

Depreende-se do normativo acima que para ter direito à compensação da retenção, os valores retidos devem estar declarados em GFIP e destacados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços ou que a contratante tenha efetuado o recolhimento desse valor.

Entretanto, verificado no sistema GFIPWeb que o contribuinte após o início da ação fiscal (ciência do Termo de Início de Procedimento Fiscal/TIPF em 03/11/2014), substituiu as GFIP transmitidas por inúmeras vezes, tornando sem efeito as anteriores, não podendo ser considerados os valores de retenção informados, pois a retificação da declaração após o início da ação fiscal não opera efeitos no lançamento de ofício, conforme prescreve a Instrução Normativa RFB nº 971, de 13/11/2009, verbis:

Art. 463. A alteração nas informações prestadas em GFIP será formalizada mediante a apresentação de GFIP retificadora, elaborada com a observância das normas constantes do Manual da GFIP.

(...)

§ 5º A retificação não produzirá efeitos tributários quando tiver por objeto alterar os débitos em relação aos quais o sujeito passivo tenha sido intimado do início de procedimento fiscal, salvo no caso de ocorrência de recolhimento anterior ao início desse procedimento grifei

No mesmo sentido, a Súmula nº 33 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais/CARF do Ministério da Fazenda, aprovada pela Portaria CARF nº 49, de 01/12/2010, publicada no DOU em 07/12/2010:

Súmula CARF nº 33: A declaração entregue após o início do procedimento fiscal não produz quaisquer efeitos sobre o lançamento de ofício

Aliás, em todas as competências da apuração do débito houve transmissão de inúmeras GFIP, substituindo os valores anteriormente declarados, como pode ser observado na tela que ora reproduzo, referente a competência 08/2011, a título exemplificativo:

(...)

Deve-se esclarecer que a apresentação da GFIP contendo a mesma chave da anterior tem o condão de excluir completamente as informações anteriormente prestadas.

A substituição de uma GFIP por outra apresentada posteriormente encontra-se devidamente prevista no Manual da GFIP/SEFIP, nos seguintes termos:

(...)

Sendo assim, não há como se acolher o pedido de compensação dos valores já recolhidos a título de retenção nestes autos, ainda porque a possibilidade de ser efetuada a compensação de ofício constitui procedimento que obedece a rito próprio, consoante a Instrução Normativa RFB nº 1.300/2012, em que a autoridade competente da RFB, antes de proceder à restituição e ao ressarcimento de tributo, deverá verificar a existência de débito em nome do sujeito passivo no âmbito da Receita Federal do Brasil e da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

Nulidades

A alegação de nulidade do lançamento, no sentido de que o Recorrente recolhia tributos na sistemática simplificada de tributação, e por isso a autuação ofende a ampla defesa e o contraditório, diz respeito ao matéria meritória que será oportunamente examinada.

De toda sorte, impõe-se destacar o artigo 142 do Código Tributário Nacional e os artigos 10 e 11 do Decreto 70.235/72, que estabelecem os requisitos de validade do lançamento, além daqueles previstos para os atos administrativos em geral:

Código Tributário Nacional

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Decreto 70.235/72

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Parágrafo único. Prescinde de assinatura a notificação de lançamento emitida por processo eletrônico.

Também importa ressaltar os casos que acarretam a nulidade do lançamento, previstos no art. 59, do Decreto nº 70.235/72, que regula o Processo Administrativo Fiscal:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.(...)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Da leitura dos dispositivos legais transcritos, depreende-se que ensejam a nulidade do lançamento **os atos e termos lavrados por pessoa incompetente** e os **despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente** ou **com preterição do direito de defesa**.

Analisando o tema nulidades, a Professora Ada Pellegrini Grinover (As Nulidades do Processo Penal, 6º ed., RT, São Paulo, 1997, pp.26/27) afirma que o “*princípio do prejuízo constitui, seguramente, a viga mestra do sistema de nulidades e decorre da idéia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para correta aplicação do direito*”.

Cumprir observar, objetivamente, que a atividade do agente do fisco é absolutamente vinculada, ou seja, deve estrita obediência à lei e às normas infralegais. Desde que haja norma formalmente editada, encontrando-se em vigor, cabe o seu fiel cumprimento, em homenagem ao princípio da legalidade objetiva que informa o lançamento e o processo administrativo fiscal, sob pena de responsabilidade funcional.

Os princípios constitucionais são dirigidos ao legislador. Depois de formulada a norma, sua aplicação se impõe de forma objetiva, sem espaço para juízos discricionários por parte de quem a ela deve obediência.

O Auto de Infração descreveu, de maneira inequívoca, os fatos geradores da autuação.

Analisando-se o dispositivo inserto no art. 142, do CTN, conclui-se que o lançamento, ora guerreado, preencheu todos os requisitos essenciais elencados na lei.

Cumprir observar, outrossim, que a atividade do Agente Administrativo encontra-se vinculada à lei, não podendo ele furtar-se à sua aplicação por força da consideração de fatores ou princípios que extrapolem o direito positivo materializado.

Examinando os autos, observa-se que o Recorrente teve resguardado o direito à sua defesa. Não houve prejuízo ou situação que ensejasse vício passível de anulação.

Nulidades alegadas

É de se ressaltar que o direito de ampla defesa foi devidamente garantido ao Recorrente com abertura de prazo para apresentação de defesas ao lançamento, assim como o fez, bem como pela ciência de todos os demais atos processuais.

A autuação encontra-se plenamente motivada em todos os seus aspectos.

Assim, válida é a ação fiscal.

Desta forma, uma vez que todos os atos que ampararam a ação fiscal ocorreram em conformidade com as disposições normativas da Secretaria da Receita Federal do Brasil, e tendo a ação fiscal sido conduzida por servidor competente, em obediência aos requisitos do Decreto nº 70.235/1972, e **inexistindo prejuízo à defesa**, não se há de falar em nulidade do auto de infração ou da R. Decisão de Piso.

Mérito

O Recorrente alega ter recolhido os tributos pelo sistema simplificado de tributação.

A respeito da temática, o Colegiado de 1ª Instância assinalou que:

A ciência dos autos de infração Debcad nº 51.015.890-0 e Debcad nº 51.015.882-0, se deu em 24/03/2015, conforme aviso de recebimento, fls. 41/42, e a impugnação de fls. 341/363, foi postada em 22/04/2015, conforme rastreamento às fls. 442, portanto, tempestiva, considerando-se a contagem do prazo iniciando-se em 25/03/2015 e findando em 23/04/2015 (dia útil).

A impugnação de fls. 459/481 foi postada em 20/05/2015, conforme envelope às fls. 555 e, considerando o recebimento do Debcad nº 51.075.353-1 que veio a substituir o Debcad 51.015.882-0, em 20/04/2015, conforme rastreamento dos correios, fls. 514, a impugnação é tempestiva.

Deve-se ressaltar que não houve qualquer matéria nova levada à ciência do contribuinte em 20/05/2015, pois como reconhecido pela defesa o Debcad nº 51.075.353-1 que veio a substituir o Debcad 51.015.882-0, foi consolidado na mesma data, com idênticos valores e períodos.

Passemos a análise dos argumentos da defesa.

O impugnante pretende a declaração de nulidade do presente auto invocando ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa uma vez que o relatório fiscal induz a erro, pois a autuada estava inscrita no Simples Nacional, conforme documento que junta.

Razão não lhe assiste.

Quando do início da ação fiscal em 30/10/2014, mediante Termo de Início de Procedimento Fiscal recebido em 03/11/2014, o contribuinte não estava inscrito no Simples Nacional, conforme pesquisa feita pela fiscalização em 22/10/2014, juntada à fl. 294, e transcrita no relatório fiscal:

"Consulta Optantes
Identificação do Contribuinte
CNPJ : 03.522.045/0001-14
Nome Empresarial : BIOMEDICO CENTER LTDA - ME
Situação Atual
Situação no Simples Nacional : NÃO optante pelo Simples Nacional
Situação no SIMEI: NÃO optante pelo SIMEI
Períodos Anteriores
Opções pelo Simples Nacional em Períodos Anteriores: Não Existem
Opções pelo SIMEI em Períodos Anteriores: Não Existem
Agendamentos (Simples Nacional)
Agendamentos no Simples Nacional: Não Existem
Eventos Futuros (Simples Nacional)
Eventos Futuros no Simples Nacional: Não Existem
Eventos Futuros (SIMEI)
Eventos Futuros no SIMEI: Não Existem"

Inclusive verifica-se na Relação de Declarações entregues pelo contribuinte, fls. 43, que nos anos calendário 2005 a 2013 a autuada declarou ser tributada pelo Lucro Presumido, somente exercendo o direito a opção pelo regime do Simples Nacional em 01/01/2015, conforme tela "Consulta optantes" juntada na defesa, fl. 374, que reproduzo:

CPF : 03.522.045/0001-14
Nome Empresarial : BIOMEDICO CENTER LTDA - ME
Situação Atual
Situação no Simples Nacional : Optante pelo Simples Nacional desde 01/01/2015
Situação no SIMEI: NÃO optante pelo SIMEI
Períodos Anteriores
Opções pelo Simples Nacional em Períodos Anteriores: Não Existem

Portanto, no período da apuração do presente débito, 01/2011 a 12/2012, a autuada não se encontrava inscrita no regime de tributação simplificada do Simples Nacional, não sendo correta a informação declarada em GFIP quanto ao código de optante pelo Simples, o que importa em reconhecer que é devedora das contribuições previdenciárias patronais e destinadas a terceiros não recolhidas à época própria, tal qual apurado nos autos de infração em comento.

Tampouco houve qualquer ato de exclusão do contribuinte no Simples Nacional como menciona a defesa, quando diz que tomou conhecimento da exclusão do Simples, porém

sem receber qualquer ofício ou citação, em descumprimento aos artigos 28 e 29 da Lei Complementar nº 123/2006.

E nem poderia haver ato de exclusão do Simples Nacional instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, pois sequer estava inscrito neste sistema de tributação simplificado quando da ação fiscal iniciada em 03/11/2014, quando do recebimento do Termo de Início de Procedimento Fiscal, fl. 301.

Aliás, o impugnante frisa e repisa a existência de nulidade por ofensa ao contraditório e ampla defesa, porém sequer durante o procedimento fiscal apresentou provas ou esclarecimentos quanto sua inscrição no Simples, solicitadas pela fiscalização reiteradamente.

Com efeito, no Termo de Início de Procedimento Fiscal, fls. 297/298, foi solicitado ao contribuinte que comprovasse sua inscrição no regime simplificado:

Verificamos que a empresa esta informando em GFIP ser pertencente ao SIMPLES, sistema tributário diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, contudo em pesquisa nos sistemas informatizados não encontramos opção válida pelo sistema simplificado de tributação referente aos anos de 2011 e 2012, sendo assim, intimamos o contribuinte para comprovar a adesão ao SIMPLES nestes anos.

No Termo de Intimação/TIF nº 01/2014, fls. 299/300, a solicitação acima foi reiterada, sob pena de lançamento:

7

LAO PRETO DRJ

Fl. 566

Processo 10725.720231/2015-14
Acórdão n.º 14-61.114DRJ/RPO
Fls. 8

Não sendo atendido o Termo de início de fiscalização, recebido pelos senhores em 03-11-2014 e até o presente momento não respondido, reintermamos a empresa nos seguintes termos abaixo narrados:

Verificamos que a empresa esta informando em GFIP ser pertencente ao SIMPLES, sistema tributário diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, contudo em pesquisa nos sistemas informatizados não encontramos opção válida pelo sistema simplificado de tributação referente aos anos de 2011 e 2012, sendo assim, intimamos o contribuinte para comprovar a adesão ao SIMPLES nestes anos sob pena de lançamento.

No Termo de Intimação/TIF nº 02/2014, fls. 305/306, recebido por AR em 08/12/2014, fls. 307/308, o contribuinte foi intimado a apresentar a folha de pagamento, conforme segue:

A fim de dar prosseguimento a presente ação fiscal, intimamos o contribuinte a apresentar o Resumo da folha de pagamento inclusive o 13.º salário referente aos anos-calendário de 2011 e 2012 sob pena de arbitramento em face aos valores informados na Rais destes mesmos anos.

E finalmente diante da reiterada negativa do contribuinte em prestar esclarecimentos à fiscalização foi emitido o Termo de Continuidade da Ação Fiscal, fl. 309, recebido em 09/03/2015, fls. 310/311, intimando o contribuinte a se apresentar na repartição fiscal para prestar esclarecimentos, o que efetivamente não ocorreu.

Do exposto, comprovada a não inscrição do contribuinte no Simples Nacional no período do presente débito, correto o lançamento de ofício para a exigência das contribuições que não foram recolhidas pela declaração indevida do código de optante em GFIP.

Correta a R. Decisão de Piso.

O documento extraído dos sistemas da RFB (fls. 294) noticia que o Recorrente não era optante do sistema simplificado de tributação em período anterior à pesquisa feita em 2014.

O Recorrente alega, mas não comprova, e não afasta às conclusões fiscais.
Acolhidos os fundamentos da R. Decisão de Piso, resta afastada a alegação da
defesa.

CONCLUSÃO.

Pelo exposto, voto por conhecer parcialmente do recurso, exceto das alegações de
inconstitucionalidades e compensação, na parte conhecida, por negar provimento ao recurso.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly