



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.005452/2009-52
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-009.405 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de novembro de 2021
Recorrente FRIGORIFICO CANTAREIRA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

CONTRIBUIÇÕES DE TERCEIROS. OBRIGAÇÃO DO RECOLHIMENTO.

A empresa é obrigada a recolher, nos prazos definidos em lei, as contribuições destinadas a terceiros a seu cargo, incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados a seu serviço.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXIGIBILIDADE. SUSPENSÃO.

As reclamações e recursos apresentados nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo suspendem a exigibilidade do crédito tributário em litígio, consoante artigo 151, III do CTN.

SUSTENTAÇÃO ORAL. REUNIÃO DE JULGAMENTO NÃO PRESENCIAL, POR VIDEOCONFERÊNCIA OU TECNOLOGIA SIMILAR. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. POSSIBILIDADE. ARTIGO 4º DA PORTARIA Nº 7755 DE 30 DE JUNHO DE 2021.

As partes ou seus patronos devem acompanhar a publicação da pauta de julgamento no Diário Oficial da União (DOU), com antecedência de 10 dias e no site da internet do CARF, podendo, então, na sessão de julgamento respectiva, efetuar sustentação oral. Na reunião de julgamento não presencial, por videoconferência ou tecnologia similar o pedido de sustentação oral é feito por meio de formulário eletrônico em até 2 (dois) dias úteis antes do início da reunião mensal de julgamento, independentemente da sessão em que o processo tenha sido agendado.

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

A fase litigiosa do procedimento administrativo somente se instaura com a impugnação do sujeito passivo ao lançamento já formalizado. Não há que se falar em cerceamento de defesa quando o contribuinte tem acesso a todas as informações necessárias à compreensão das razões que levaram à autuação, tendo apresentado impugnação e recurso voluntário em que combate todos os fundamentos do auto de infração.

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE PERÍCIA E DILIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 163.

O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

PEDIDO DE PERÍCIA E DILIGÊNCIA. DESNECESSIDADE. INDEFERIMENTO.

Descabe a realização de perícia e diligência relativamente à matéria cuja prova deveria ter sido apresentada já com a impugnação. Procedimento de perícia não se afigura como remédio processual destinado a suprir injustificada omissão probatória daquele sobre o qual recai o ônus da prova.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

Débora Fófano dos Santos – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Douglas Kakazu Kushiya, Francisco Nogueira Guarita, Fernando Gomes Favacho, Débora Fófano dos Santos, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega (suplente convocado(a)), Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 189/202) interposto contra decisão no acórdão da 13ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I (SP) de fls. 176/183, que julgou a impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário formalizado no AI - Auto de Infração – DEBCAD nº 37.252.289-0, consolidado em 25/11/2009, no montante de R\$ 45.294,69, já incluídos juros e multa de mora (fls. 2, 4/27), acompanhado do Relatório Fiscal do Auto de Infração (fls. 34/36) e demonstrativos (fls. 37/49), referente às contribuições devidas à terceiros (FNDE, INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE), cujos recolhimentos não foram comprovados pela empresa, bem como não constam do banco de dados do Sistema de Informação de Arrecadação e Débito do INSS-DATAPREV, relativo ao período de 1/2004 a 12/2004.

Do Lançamento

De acordo com resumo constante no acórdão recorrido (fls. 177/178):

AUTUAÇÃO

1. Trata-se de Auto de Infração (**AI — DEBCAD nº 37.252.289-0**) lavrado contra a empresa acima identificada referente às contribuições não recolhidas pelo Contribuinte destinadas aos Terceiros FNDE (salário Educação) INCRA, SESC, SENAC e SEBRAE

incidentes sobre a remuneração paga aos segurados empregados e arrecadadas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

1.1. O crédito tributário abrange as contribuições devidas nas competências 01/2004 a 12/2004, totalizando o valor de **R\$ 45.294,69 (quarenta e cinco mil, duzentos e noventa e quatro reais e sessenta e nove centavos)**, consolidado em 25/11/2009, do qual foi dada ciência ao Sujeito Passivo em 12/12/2009, conforme Aviso de Recebimento anexado no verso da **Folha de Rosto do Auto de Infração (fls. 1)**.

2. De acordo com o **Relatório Fiscal do Auto de Infração (fls. 37/39)**, por meio do Ato Declaratório Executivo DICAT/DERAT/SPO nº 50, de 07/07/2005, o contribuinte foi declarado excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples Federal) a partir de 01/01/2004 tendo em vista que a sua Receita Bruta no ano-calendário 2003 ultrapassou o limite para permanência neste regime de tributação.

2.1. O Contribuinte foi cientificado do Ato Declaratório em 18/07/2005 por via postal com Aviso de Recebimento.

2.2. As Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP) das competências 01/2004 a 12/2004 foram entregues pelo Contribuinte com informações incorretas, como optante pelo Simples Federal.

2.3. A Empresa, embora intimada, deixou de apresentar os Livros Diário e Caixa, as declarações GFIP/SEFIP, as folhas de pagamentos dos segurados e outros documentos solicitados por meio do Termo de Início de Procedimento Fiscal — TIPF (fls. 33/34), o que nesejou (*sic*) a lavratura do Auto de Infração nº 37.252.292-0. Reforça a Autoridade Fiscal que o Contribuinte não atendeu à Fiscalização.

2.4. As bases de cálculo das contribuições previdenciárias incluídas no presente lançamento foram obtidas a partir das remunerações informadas em GFIP, pelo Contribuinte, no período 01/2004 a 12/2004, cujos dados são eletronicamente registrados no Cadastro Nacional de Informações Sociais — CNIS.

3. Integram o Relatório Fiscal o Anexo I (fls. 40/53), que demonstra as remunerações dos segurados empregados e administradores e as deduções informadas em GFIP.

3.1. Foi, ainda, anexada ao processo administrativo a Ficha Cadastral do Contribuinte na Junta Comercial do Estado de São Paulo (fls. 49/57).

(...)

Segundo consta do Relatório Fiscal, na auditoria foram formalizados ainda os seguintes autos de infração (fl. 35):

Auto de Infração nº 37.252.288-2, emitido em 25/11/2009 – Empresa + Sat;
Auto de Infração nº 37.212.483-6, emitido em 25/11/2009 – Aferição – Emp + Sat;
Auto de Infração nº 37.212.484-4, emitido em 25/11/2009 – Aferição – Terceiros;
Auto de Infração nº 37.252.290-4, emitido em 25/11/2009 – Segurados;
Auto de Infração nº 37.252.291-2, emitido em 25/11/2009 – CFL 68;
Auto de Infração nº 37.252.292-0, emitido em 25/11/2009 – CFL 38;

Da Impugnação

O contribuinte foi cientificado do lançamento em 12/12/2009 (AR de fl. 3) e apresentou sua impugnação em 8/1/2010 (fls. 73/85), acompanhada de documentos (fls. 86/172), com os seguintes argumentos consoante resumo no acórdão da DRJ (fls. 178/179):

(...)

IMPUGNAÇÃO de 08/01/2010 (fls. 70/82)

4. Dentro do prazo regulamentar (fls. 170) a empresa impugnou o lançamento por meio do instrumento de fls. 70/82, com a juntada de documentos de fls. 73/168 (Procuração “adjudicia et extra”; cópias de Alteração e Consolidação de Contrato Social; cópia da

autuação; ficha cadastral expedida pela JUCESP; cópia de Impugnação à autuação nº 37.252.292-O; cópia de envio por fax, em 05/01/2010, de Protocolo de Entrega de Documentos sem assinatura) apresentando, resumidamente, as seguintes alegações:

4.1. Preliminarmente, afirma que os únicos sócios da Impugnante a partir de 12/06/2003 foram os Srs. Antonio José Alexandroni e Celio Tadeu Tissiani, conforme comprovam as alterações contratuais anexadas. O Sr. Celio Tadeu Tissiani retirou-se da sociedade em 17/05/2004, data em que passou a integrar o quadro societário o Sr. Jose Cardoso Motta. Assim, para não perdurar manifesta ilegalidade e evitar-se futura ilegitimidade passiva, requer a exclusão do Sr. Wilson Cuencas do Relatório de Vínculos.

4.2. Esclarece que, espontaneamente, optou pelo regime tributário do Lucro Real a partir do ano-calendário 2005 sendo que, até o ano-calendário 2004, era optante pelo Simples Federal, jamais tendo sido cientificada de qualquer Ato-Declaratório que a excluísse do referido regime tributário no ano-calendário de 2003.

4.2.1. Assim, o cerne da questão versada no Auto de Infração resume-se ao fato do Agente Fiscal ter realizado a fiscalização "on-line" e ter apurado, nos dados informados através de GFIP, o salário de contribuição que serviu de base para o cálculo das contribuições lançadas.

4.3. Alega ter colocado à disposição da Fiscalização, conforme requerido pela Autoridade Fiscal, os documentos solicitados no endereço indicado no Termo de Início de Procedimento Fiscal a partir de 29/10/2009. O Auditor-Fiscal, contrariando os termos da Intimação, jamais compareceu no endereço da impugnante para retirar os Livros e a documentação, que continuam aguardando a análise da referida autoridade no local estipulado, conforme protocolo elaborado (doc 9). Assim, demonstra-se a ilegitimidade do Auto de Infração impugnado, visto que a Impugnante jamais se recusou a atender a fiscalização.

4.4. Requer, por fim, a anulação da autuação ou, alternativamente, a realização de diligência fiscal para análise dos documentos solicitados no TIPF e efetuar a correta apropriação dos recolhimentos efetuados pela Impugnante.

Da Decisão da DRJ

A 13ª Turma da DRJ/SP1, em sessão de 2 de dezembro de 2010, no acórdão nº 16-28.184 (fls. 176/183), julgou a impugnação improcedente, conforme ementa abaixo reproduzida (fl. 176):

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

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

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AOS TERCEIROS.

As contribuições destinadas a terceiros (Salário Educação, INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE) possuem a mesma base de cálculo utilizada para o cálculo das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados que lhe prestam serviços, e sujeitam-se aos mesmos prazos, condições, sanções e privilégios.

ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE.

Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração.

APRESENTAÇÃO DE PROVAS DOCUMENTAIS. PRECLUSÃO.

As provas documentais que possuir deverão ser apresentadas na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual.

PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA.

Indefere-se o pedido de realização de perícia e diligência quando não se demonstrarem necessárias ou quando não atendidas as exigências contidas na norma de regência do contencioso administrativo fiscal vigente à época da Impugnação.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário

O contribuinte tomou ciência do acórdão em 2/2/2011 (fl. 187) e interpôs recurso voluntário em 25/2/2011 (fls. 189/202), em síntese, com os seguintes argumentos:

Requer seja recebido e processado o presente recurso com efeito suspensivo, e ao final seja reformada a decisão em relação ao recorrente; bem como, requer lhe seja concedido o direito de promover SUSTENTAÇÃO ORAL, perante a E. Turma de Julgamento (inciso II do art. 58 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Portaria nº 256 de 22/06/2009).

I – OS FATOS

II – TEMPESTIVIDADE E ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

III – RAZÕES DO RECURSO

1) - Preliminarmente:

- Nulidade

A decisão recorrida acatou a preliminar da impugnação apresentada pela recorrente e retificou o "Relatório de Vínculos", excluindo tão-somente a pessoa física WILSON CUENCAS do citado relatório; mas, quanto ao mérito, o r. Acórdão não levou em conta os documentos anexados à impugnação, e indeferiu o pedido de diligência e perícia expressamente requerido pela recorrente.

A recorrida jamais poderia se omitir ou negar à recorrente o direito a realização de diligência fiscal e perícia expressamente requerida em sua Impugnação.

O cerceamento a tais meios probatórios constitui violação e manifesta nulidade.

A decisão recorrida contrariou também a legislação pertinente, a qual dispõe, que o interessado, no caso a recorrente, deve ser cientificada da ação fiscal e ter o direito de manifestar-se na fase instrutória anterior à decisão de lavratura do Auto de Infração (§ 1º do art. 38 da Lei nº 9.784/1999).

Acrescenta-se, que os dispositivos contidos no art. 28 da Lei nº 9.784/1999 dispõem, que na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado o mérito, e dela constará o indeferimento fundamentado do pedido de diligência.

A Constituição Federal (inciso IX do art. 93), determina, que as decisões serão sempre fundamentadas, sob pena de nulidade.

Conforme se infere da decisão recorrida, isso não ocorreu.

Ora, ante a manifesta e flagrante violação aos princípios básicos constitucionais da recorrente, “data maxima venia”, impõe-se a declaração da nulidade da decisão, e em decorrência, a anulação da exigência tributária pretendida.

2) - Mérito:

A matéria atrás argüida em preliminar é suficiente para anular a exigência tributária pretendida no Auto de Infração; todavia, por imperativo de ordem processual, quanto ao mérito, analisando-se a decisão recorrida, denota-se que a r. decisão merece reforma.

Conforme restou esclarecido nos autos, a recorrente, a partir do ano-calendário de 2005 espontaneamente, optou pelo regime de LUCRO REAL.

Até o ano-calendário 2004, a recorrente, efetivamente, era optante pelo “Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES)”.

Jamais a recorrente foi cientificada de qualquer Ato Declaratório por parte da Receita Federal (recorrida), que a excluísse do referido regime tributário (SIMPLES) no ano-calendário de 2003; muito menos por via postal com Aviso de Recebimento.

Portanto, para todos os fins e efeitos, o regime tributário a que estava submetida a recorrente no período 01/2004 a 12/2004 era o SIMPLES, até ser, efetivamente, considerada sua espontânea migração, no ano-calendário de 2005, para o regime de LUCRO REAL.

Constata-se, que o cerne da questão versada no Auto de Infração, resume-se ao fato do Agente Fiscal da recorrida, estranhamente, ter realizado a “fiscalização” via “on line” e ter “apurado” nos dados informados através do GFIP, o salário de contribuição, que serviu de base de cálculo das contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas aos segurados empregados.

Conclui-se, portanto, que a fiscalização baseou-se em premissas que conflitam com o real regime de tributação a que estava submetida a recorrente - SIMPLES - no período fiscalizado (01/2004 a 12/2004), quando deveriam ter sido examinados os Livros e demais documentos, colocados à disposição do Auditor Fiscal, no estabelecimento da recorrente, nos exatos termos contidos no “Termo de Início de Procedimento Fiscal/Intimação”, datado de 22/10/2009.

Da mesma forma que nunca houve qualquer comunicação da recorrida à recorrente sobre sua eventual exclusão do regime de tributação SIMPLES, igualmente, jamais houve recusa da recorrente em atender a fiscalização, assim como, repisa-se, jamais a recorrente deixou de exhibir os Livros e documentos solicitados pelo Auditor Fiscal.

Por conseguinte, impõe-se a conversão do julgamento em diligência para exame e constatação dos documentos exigidos pelo Auditor Fiscal.

IV - CONCLUSÃO E REQUERIMENTO:

À vista de todo o exposto e demonstrado, a recorrente requer, se digne essa Colenda Turma Julgadora da E. 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), conhecer e dar provimento ao presente RECURSO VOLUNTÁRIO, reformando a decisão de fls. 172/179, tão-somente para o fim de:

A = acatar a preliminar argüida, e declarar a nulidade da decisão recorrida, e em decorrência, declarar a conseqüente nulidade e exclusão da exigência tributária;

B = ou, se não for esse o entendimento, nos termos da legislação e Regulamento do CARF vigentes, requer seja o julgamento convertido em diligência, acatando o que foi pedido, tanto na impugnação da recorrente quanto nestas razões de recurso, determinando à recorrida a realização de diligências fiscais e a indispensável perícia, destinadas a comprovar todo o alegado e demonstrado; e, ao final, dar provimento ao presente recurso, julgando improcedente a decisão recorrida, anulando a respectiva exigência tributária.

O presente recurso compôs lote sorteado para esta relatora.

É o relatório.

Voto

Conselheira Débora Fófano dos Santos, Relatora.

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

PRELIMINARES

I. Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário se dá por ocasião da apresentação tempestiva da impugnação e, posteriormente, de recurso voluntário ao Conselho

Administrativo de Recursos Fiscais, na forma do artigo 151, III da Lei nº 5.172 de 1966 (Código Tributário Nacional)¹, combinado com o artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972².

Portanto, uma vez que decorre de disposição legal expressa, prescinde de decisão por parte deste colegiado o pedido do Recorrente para o processamento do presente recurso com a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

II. Do Pedido de Sustentação Oral

Atualmente a Portaria CARF nº 7755 de 30 de junho de 2021³, regulamenta a realização de reunião de julgamento não presencial, por videoconferência ou tecnologia similar,

¹ LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

(...)

² DECRETO Nº 70.235, DE 6 DE MARÇO DE 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências.

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

(...)

³ PORTARIA CARF Nº 7755, DE 30 DE JUNHO DE 2021. Regulamenta a realização de reunião de julgamento não presencial, por videoconferência ou tecnologia similar, prevista no art. 53, §§ 1º, 2º, 4º e 5º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, bem assim de sessão extraordinária, por meio de videoconferência, para o julgamento da representação de nulidade de que trata o art. 80 do mesmo Anexo. (Publicado(a) no DOU de 01/07/2021, seção 1, página 13)

(...)

Art. 4º O pedido de sustentação oral deverá ser encaminhado por meio de formulário eletrônico disponibilizado na Carta de Serviços no sítio do CARF na internet em até 2 (dois) dias úteis antes do início da reunião mensal de julgamento, independentemente da sessão em que o processo tenha sido agendado.

§ 1º Somente serão processados pedidos de sustentação oral em relação a processo constante de pauta de julgamento publicada no Diário Oficial da União e divulgada no sítio do CARF na internet.

§ 2º Serão aceitos apenas os pedidos apresentados no formulário eletrônico padrão, preenchido com todas as informações solicitadas.

§ 3º Considera-se sessão o turno agendado para julgamento do processo, e reunião, o conjunto de sessões, ordinárias e extraordinárias, realizadas mensalmente.

Art. 5º A sustentação oral será realizada por meio de uma das seguintes modalidades:

I - gravação de vídeo/áudio, limitado a 15 (quinze) minutos, hospedado na plataforma de compartilhamento de vídeos na Internet indicada na Carta de Serviços no sítio do CARF, com o endereço (URL) informado no formulário de que trata o art. 4º; ou

II - videoconferência, utilizando a ferramenta adotada pelo CARF, no momento em que o processo for apregoadado na respectiva sessão de julgamento.

§ 1º A sustentação oral das partes ou dos respectivos representantes legais terá a duração de até 15 (quinze) minutos.

§ 2º Havendo pluralidade de sujeitos passivos, ou julgamento de lote de repetitivos, o tempo máximo de sustentação oral será de 30 (trinta) minutos, dividido entre os patronos, ressalvado o disposto no § 3º.

§ 3º Se as partes optarem por diferentes modalidades de sustentação oral, serão aplicados os §§ 1º e 2º, no que couber.

§ 4º A opção por uma das modalidades de sustentação oral exclui a utilização da outra modalidade, é irretratável para a reunião de julgamento correspondente e não prejudica o disposto no art. 7º.

§ 5º A opção pela realização de sustentação oral por videoconferência pressupõe o atendimento às especificações tecnológicas dispostas na Carta de Serviços no sítio do CARF na internet.

Art. 6º Caso a opção tenha sido pela sustentação oral na modalidade de gravação de vídeo/áudio, e este não esteja disponível no endereço (URL) indicado no formulário eletrônico, ou apresente qualquer impedimento técnico à sua reprodução, o processo será retirado de pauta, registrando-se em ata essa motivação, ressalvada a possibilidade de

prevista no artigo 53, §§ 1º, 2º, 4º e 5º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, bem assim de sessão extraordinária, por meio de videoconferência, para o julgamento da representação de nulidade de que trata o artigo 80 do mesmo Anexo, dispondo seus artigos 4º, 5º, 6º e 7º acerca dos procedimentos para a sustentação oral e acompanhamento na sala da sessão virtual.

Desse modo, a parte ou seu patrono deve acompanhar a publicação da Pauta de Julgamento no Diário Oficial da União (DOU), com antecedência de 10 dias e no *site* da internet do CARF, na forma do artigo 55, parágrafo único do Anexo II do RICARF, podendo, então, encaminhar o pedido de sustentação oral, por meio de formulário eletrônico disponibilizado na Carta de Serviços no sítio do CARF na internet, em até 2 (dois) dias úteis antes do início da reunião mensal de julgamento, independentemente da sessão em que o processo tenha sido agendado, nos termos do artigo 4º da Portaria nº 7755 de 30 de junho de 2021.

III. Nulidade por Cerceamento de Defesa

No âmbito do processo administrativo fiscal são tidos como nulos os atos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos do artigo 59 do Decreto nº 70.235 de 1972:

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.

(...)

Esclareça-se que a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, devendo a autoridade fiscal agir conforme estabelece a lei, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional (CTN):

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.

De acordo com o disposto no artigo 10 do Decreto nº 70.235 de 6 de março de 1972, são os seguintes os requisitos do auto de infração:

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

I - a qualificação do autuado;

realização de sustentação oral na modalidade de videoconferência ao patrono que tenha solicitado também o acompanhamento do julgamento.

§ 1º O processo retirado de pauta pela motivação descrita no caput será automaticamente incluído na pauta de julgamento em até duas reuniões virtuais subsequentes, oportunidade em que a sustentação oral será considerada como não solicitada, ressalvada a possibilidade de apresentação de novo pedido, inclusive para modalidade diversa do pedido anterior, no prazo de que trata o art. 4º.

§ 2º O disposto no § 1º não prejudicará a realização do julgamento na reunião subsequente caso o vídeo/áudio não esteja disponível no endereço (URL) indicado no formulário eletrônico ou apresente impedimento técnico à sua reprodução em duas reuniões consecutivas.

(...)

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.

Para serem considerados nulos os atos, termos e a decisão têm que ter sido lavrados por pessoa incompetente ou violar a ampla defesa do contribuinte. Ademais, a violação à ampla defesa deve sempre ser comprovada, ou ao menos existir fortes indícios do prejuízo sofrido pelo contribuinte. No presente caso, o auto de infração foi lavrado por autoridade competente (Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil), estão presentes os requisitos exigidos nas normas pertinentes ao processo administrativo fiscal e contra os quais o contribuinte pôde exercer o contraditório e a ampla defesa.

O Recorrente alega que houve o cerceamento de defesa por ter sido negado o direito à realização de diligência fiscal pela autoridade julgadora de primeira instância.

Observa-se que no acórdão recorrido foi indeferido o pedido de diligência sob os seguintes fundamentos (fls. 182/183):

(...)

PROTESTO PELA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA

14. No pertinente à solicitação do contribuinte de realização de diligência, o Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal relativo às contribuições de que tratam os arts. 2º e 3º da Lei nº 11.457/07, estabelece em seu art. 16 que a Impugnação deverá mencionar os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir. Em complemento, o § 4º do citado artigo é manifesto ao prescrever que a prova documental deverá ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, ressalvados os casos específicos descritos.

14.1. Por outro lado, o art. 18 do citado Decreto nº 70.235/ 1972 faculta à autoridade julgadora a realização de perícia ou de diligência de ofício ou a pedido do impugnante, bem como sua recusa, quando entendê-la prescindível ou impraticável.

14.2. A análise dos relatórios integrantes da autuação permitiram a plena compreensão dos procedimentos adotados pela Autoridade Autuante e a origem dos fatos geradores das contribuições previdenciárias. Por sua vez, a Impugnante não apresentou elementos de prova suficientes para suscitar dúvidas quanto à procedência desses procedimentos, motivo pelo qual não se demonstra necessária a realização de diligência fiscal.

(...)

No artigo 16, inciso IV do Decreto nº 70.235 de 6 de março de 1972⁴, com redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 8.748 de 9 de dezembro de 1993, estão os requisitos a

⁴ Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

serem cumpridos acerca das diligências e perícias que o impugnante pretende que sejam efetuadas, e as consequências pelo não atendimento de tais requisitos estão previstas no § 1º do referido dispositivo normativo.

O Recorrente teve oportunidade, tanto na fase da ação fiscal como no curso do contencioso administrativo, para trazer os elementos suficientes e necessários para comprovar suas alegações não se justificando, no presente caso, a realização de diligência para suprir injustificada omissão probatória, especialmente de provas documentais que já poderiam ter sido juntadas aos autos.

Ademais, presentes os elementos de convicção necessários à solução da lide, uma vez que os documentos trazidos aos autos são suficientes para a formação da convicção deste julgador, de acordo com o artigo 29 do Decreto nº 70.235 de 1972, não se justifica o deferimento do pedido de perícia para constatações dos fatos alegados pelo contribuinte.

A respeito do tema vale lembrar que recentemente foi aprovada a Súmula CARF nº 163, nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 163

Aprovada pelo Pleno em sessão de 06/08/2021 – vigência em 16/08/2021

O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

Assim, sem razão a insurgência do contribuinte.

MÉRITO

As questões meritórias giram em torno dos seguintes pontos:

I. Exclusão do Simples Federal

O Recorrente alega jamais ter sido cientificado de qualquer Ato Declaratório por parte da Receita Federal, que o excluísse do regime tributário do SIMPLES no ano-calendário de 2003. De modo que, para todos os fins e efeitos, o regime tributário a que estava submetido no período 1/2004 a 12/2004 era o SIMPLES, até ser, efetivamente, considerada sua espontânea migração, no ano-calendário de 2005, para o regime de LUCRO REAL.

Como bem pontuado pela decisão de primeira instância, cujo excerto reproduzimos abaixo (fl. 181):

(...)

EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

(...)

10. Consta do Relatório Fiscal que o Contribuinte foi excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples Federal) por meio do Ato Declaratório Executivo DICAL/DERAT/SPO nº 50, de 07/07/2005, a partir de 01/01/2004, tendo em vista que a sua Receita Bruta no ano-calendário 2003 ultrapassou o limite para permanência neste regime de tributação. Também, afirma a Autoridade Autuante que o Contribuinte foi cientificado do Ato Declaratório em 18/07/2005 por via postal com Aviso de Recebimento.

10.1. Em consulta ao sistema informatizado da Receita Federal do Brasil, foi possível confirmar a exclusão do Contribuinte do sistema tributário do Simples Federal a partir da data 01/01/2004, conforme cópia ora anexada às fls. 226.

10.2. Nesses termos, comprovada a regularidade do procedimento de exclusão do Simples Nacional conforme informações apresentadas pela Autoridade Fiscal, a partir da data do evento (01/01/2004) o Contribuinte deixou de integrar o referido regime de tributação simplificada, sendo-lhe exigido o recolhimento das contribuições sociais nos termos da Lei nº 8.212/91.

(...)

Nessa vereda, uma vez comprovada a regularidade do procedimento de exclusão do SIMPLES, não pode a mesma ser rediscutida dentro do procedimento de lançamento de contribuições previdenciárias.

Ademais, nos termos do disposto na súmula CARF nº 77:

Súmula CARF nº 77

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão. (**Vinculante**, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Um dos efeitos imediatos da exclusão do Simples é a tributação pelas regras aplicáveis às empresas em geral, por força de expressa disposição legal do artigo 32 da Lei Complementar nº 123/2006:

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Desta forma, correto o procedimento do fiscal em lançar as contribuições sociais a partir do período em que se processaram os efeitos da exclusão.

II. Da apuração da Base de Cálculo das Contribuições Previdenciárias

Segundo o Recorrente, o cerne da questão se resume ao fato do Agente Fiscal ter realizado a “fiscalização” via “on line” e ter “apurado” nos dados informados através do GFIP, o salário de contribuição, que serviu de base de cálculo das contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas aos segurados empregados, baseando-se em premissas, quando deveriam ter sido examinados os Livros e demais documentos colocados à disposição da fiscalização, no estabelecimento do Recorrente.

No caso em apreço, a fiscalização considerou as remunerações informadas pelo contribuinte em GFIP, ainda que estas tenham sido apresentadas com erro de preenchimento ao se declarar como sujeito ao regime do Simples Federal.

Nesse diapasão, delineia-se oportuno lembrar que a ação fiscal é um procedimento de natureza inquisitória, onde a fiscalização, ao entender que está em condições de identificar o fato gerador e demais elementos que lhe permitem formar sua convicção e constituir o lançamento, não necessita intimar o sujeito passivo para esclarecimentos ou prestação de

informações. Não é a intimação prévia exigência legal para o lançamento do crédito. Nesse sentido a Súmula CARF nº 46:

Súmula CARF nº 46

O lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário. **(Vinculante,** conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Estando a autuação revestida das formalidades legais e de acordo com os dispositivos que regem a matéria, cabia ao contribuinte a apresentação de elementos hábeis e idôneos capazes de refutar a pretensão fiscal, não se desincumbindo, dessa forma, do ônus probatório nos termos do artigo 373 da Lei nº 13.105 de 2015⁵ (Código de Processo Civil).

Posta assim a questão, não merece provimento as alegações do Recorrente.

Conclusão

Por todo o exposto e por tudo mais que consta dos autos, vota-se em negar provimento ao recurso voluntário.

Débora Fófano dos Santos

⁵ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...)