



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

Processo nº 10320.001443/2010-39
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2403-002.017 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de abril de 2013
Matéria OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS
Recorrente WMS DE MELO E CIA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/12/2007, 01/01/2008 a 31/01/2008

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. VÍCIO MATERIAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DILIGÊNCIA

Ocorre vício material quando o lançamento não permitir ao sujeito passivo conhecer com nitidez a acusação que lhe é imputada, impedindo o pleno exercício do direito de defesa pelo contribuinte.

Não é cabível realização de diligência, com o objetivo de sanar tais irregularidades.

Decisão Recorrida Nula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos em dar provimento ao recurso, no sentido de anular a decisão da DRJ que baixou o processo em diligência, bem como todo o procedimento que dela resultou, por ter promovido alteração substancial nos elementos essenciais do lançamento. Conseqüentemente, anular, por vício material, o Auto de Infração originalmente lavrado. Vencido o conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari.

Carlos Alberto Mees Stringari- Presidente

Carolina Wanderley Landim – Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Marcelo Magalhães Peixoto, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Carolina Wanderley Landim e Maria Anselma Coscrato dos Santos

CÓPIA

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto às fls. 295 a 314 contra o Acórdão nº 08-23.293, proferido pela 5ª Turma da DRJ/FOR (fls. 270-280), que julgou procedente o Auto de Infração – DEBCAD nº 37.215.277-5, para manter a penalidade imputada à Recorrente, no valor de R\$ 42.323,70 (quarenta e dois mil trezentos e vinte e três reais e setenta centavos), em decorrência do descumprimento de obrigação acessória nas competências de 07/2007 a 12/2007 e 01/2008, correspondente à falta de informação dos fatos geradores em GFIP.

O relatório fiscal da infração às fls. 05 e o relatório fiscal da multa aplicada, fls. 06, seguem abaixo transcritos, na íntegra, para melhor análise (grifei):

Relatório Fiscal da Infração

A Empresa declarou nas competências 07/2007 a 12/2007, 01/2008 a 13/2008 e 01/2009 a 13/2009, GFIPs (Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social) com omissão de fatos geradores, o que constitui infração ao art.32, inc.IV, §§ 3º e 5º da Lei 8.212/91, acrescentado pela Lei 9.528 de 10 de dezembro de 1997, combinado com o art. 225, inc.IV, § 4º do RPS (Regulamento da Previdência Social), aprovado pelo Decreto 3.048/99.

Relatório fiscal de Multa Aplicada

A multa pela infração praticada corresponde a 100% da contribuição devida e não declarada, limitada, por competência, em função do número de segurados da Empresa, observado o limite mensal previsto no § 4º do art.32 da Lei 8.212/91.

Conforme portaria interministerial MPS/MF nº 350, de 30 de dezembro de 2009 - DOU de 31/12/2009, o valor mínimo pela infração a qualquer dispositivo do RPS é de R\$ 1.410,79, que deverá ser multiplicado por 5 nas competências em o número de segurados encontrar-se na faixa 51-100 e, deverá ser multiplicado por 10 quando o número de segurados estiver entre 101-500.

A multa foi aplicada em função do limite previsto no art.32,§ 5º da Lei 8.212/91 e RPS (Regulamento da Previdência Social) aprovado pelo Decreto 3.048/99, art.284, inc. I e art.373. A planilha em anexo discrimina o cálculo da multa.

O auto de infração está acompanhado do resumo de folhas de pagamento (fls. 15-38), recibos de rescisão de contrato de trabalho (fls. 13-14), recibos de pagamento a autônomos (fls. 39-68) e recibos de pró-labore (69-128), elaboradas diretamente pelo Recorrente e fornecidas à autoridade fiscal.

À vista das alterações promovidas na Lei nº 8.212/91 pela Medida Provisória nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009, a Autoridade lançadora procedeu ao cotejo entre as penalidades previstas na legislação vigente à época dos fatos geradores com as previstas na legislação em vigor à época da lavratura do AI, objetivando identificar a sistemática mais benéfica ao contribuinte, em respeito ao art. 106, II, do CTN.

Para tanto, foram consideradas conjuntamente a multa devida pelo descumprimento de obrigação acessória (AI 68) e a multa de mora, ambas previstas nas normas vigentes à época dos fatos geradores, com a multa de ofício prevista no art. 35-A da Lei

8.212/91, incluído pela Lei nº 11.941/2009; tendo, a fiscalização, concluído pela aplicação da sistemática anterior, por considerá-la mais benéfica nas competências 07/2007 a 11/2007 e 01/2008; e que a sistemática atual seria mais benéfica apenas na competência 12/2007 (multa de ofício de 75%).

Cientificada do lançamento em 25.05.2010, a Recorrente apresentou, em 24.06.2010, Impugnação (135-149), alegando em breve síntese que:

- O presente auto de infração foi lavrado de forma totalmente imprecisa e genérica, sem a correta discriminação dos fatos ensejadores da presente autuação, tornando flagrante o cerceamento ao seu direito de defesa.
- A empresa era optante do SIMPLES Federal e a opção ao SIMPLES Nacional se dava de forma automática, conforme se depreende da norma da Lei Complementar 123/2006.
- A infração foi caracterizada pela não informação ao INSS de todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias nas competências 07/2007 a 11/2007 e 01/2008, em virtude de a empresa ter informado, equivocadamente, que é optante do SIMPLES Nacional.
- O lançamento ocorreu justamente devido à sua não inclusão, ou não manutenção, no SIMPLES, assim, o fato de não constar na descrição do auto de infração, ou relatório fiscal, nenhuma informação referente aos motivos que ensejaram a negativa do ingresso no aludido regime, o lançamento deve ser considerado nulo por impedir o exercício do seu direito de defesa.
- A exclusão do SIMPLES se deu em 30.06.2007 e, de acordo com o inciso IV do art. 31 da LC nº 123/2006 os efeitos da exclusão somente seriam produzidos no ano-calendário subsequente ao da ciência da exclusão. Entretanto a autuação refere-se às competências de 2007, 2008, 2009.
- A multa foi aplicada sem a observância da Portaria PGFN/RFB nº 14/2009. Além disso, não houve o devido esclarecimento acerca do cálculo objetivando a comparação entre os dois sistemas de multa, anterior e posterior à publicação da MP nº 449/2008.

Ao analisar os Autos, a 5ª Turma da DRJ/FOR concordou com a argumentação do contribuinte de que o lançamento era precário e cerceava o direito de defesa do autuado, diante do que determinou a conversão do julgamento em diligência, a fim de que “sanar” a sua nulidade (fls. 214 e 215). Os trechos relevantes do despacho seguem abaixo transcritos (grifei):

De leitura dos Autos, é possível observar que realmente a descrição da infração apresenta falhas.

O Relatório Fiscal da Infração afirma que "a empresa declarou nas competências 07/2007 a 12/2007, 01/2008 a 13/2008 e 01/2009 a 13/2009, GFIPs (Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social) com omissão de fatos geradores".

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 05/06/2013 por CAROLINA WANDERLEY LANDIM, Assinado digitalmente em 05/06

/2013 por CAROLINA WANDERLEY LANDIM, Assinado digitalmente em 06/06/2013 por CARLOS ALBERTO MEES STR

INGARI

Impresso em 07/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Mais adiante, o Relatório Fiscal da Multa Aplicada informa que está anexo ao processo planilha discriminativa do cálculo da multa.

Contudo, tal planilha não está presente. Apenas o que se encontra é o Relatório SAFIS - Comparação de Multas, fls. 128/129, o qual permite concluir-se que a infração foi apurada nas competências 07/2007 a 11/2007 e 01/2008.

Ainda mais, não há uma indicação sequer da origem do montante da infração apurada.

A descrição da infração e o seu montante devem ser apresentados de forma clara e precisa, de sorte a permitir a ampla defesa ao contribuinte, e não serem obtidos através de raciocínios e suposições.

Percebe-se também que os documentos acostados ao Auto de Infração não comprovam o cumprimento do disposto no art. 32-A da Lei 8.212/91:

***Art. 32-A.* O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas: (destacado)**

Contudo, não há de se falar em nulidade quando se tratar de vício sanável, como é o presente caso, consoante prevê o Decreto 70.235/72:

***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.**

Para tanto, deve ser realizada diligência, emitindo-se Termo de Intimação Fiscal - TIF, no qual o sujeito passivo seja informado das omissões/incorreções encontradas na GFIP e da necessidade de apresentar correções e/ou esclarecimentos sobre as informações apresentadas.

Persistindo a infração, deverá ser emitido Relatório Fiscal Complementar no qual sejam esclarecidos os fatos geradores omitidos/incorretos de GFIP, o período no qual a infração foi cometida, bem como o pensamento da planilha descritiva do crédito, o que faço com supedâneo no art. 18 do Decreto 70.235/72:

***Art. 18.* A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.**

Por fim, que se dê ciência desta Resolução ao impugnante, bem como dos documentos produzidos na Diligência, informando-o da devolução do prazo para aditamento da impugnação somente na matéria de que tratar a diligência, consoante o disposto na Portaria SRF nº 1.769, de 12/07/2005, Anexo Único, alínea "m", item 1, subitem 1.2.

Em atendimento à diligência supra, a Autoridade lançadora, às fls. 216 e 217, apresentou esclarecimentos sobre a multa aplicada, oportunidade em que informou ser a multa decorrente do fato de a Recorrente ter declarado indevidamente em suas GFIP ser optante pelo Simples Nacional, diante do que só foram declaradas as contribuições de segurados, restando omissas as declarações da empresa, terceiros e SAT/RAT.

Ainda, às fls. 218 a 237, foi apresentado Relatório Complementar ao Auto de Infração, através do qual foram elaborados e explicitados todos os levantamentos que serviram de base para a multa aplicada (CI, FP, NG, PR e RT), bem como descrita a sua forma de cálculo e apresentada a planilha que, apesar de indicada no Relatório Fiscal original, não havia sido juntada oportunamente aos autos.

O Recorrente foi intimado do resultado da diligência em 22/11/2011, tendo apresentado sua manifestação, onde reiterou a impugnação já apresentada, defendeu a sua opção pelo Simples Nacional e requereu nova diligência para apuração dos fatos que ensejaram a não manutenção da empresa no Simples.

Instada a manifestar-se sobre a matéria, a DRJ/FOR, conforme já elucidado em linhas anteriores, manteve a integralidade do crédito tributário ao julgar procedente a autuação, consoante ementa do Acórdão abaixo transcrita:

Assunto: Contribuições Previdenciárias

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DESCUMPRIMENTO. GFIP. NÃO INFORMAÇÃO DE FATOS GERADORES DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

A apresentação de GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias caracteriza-se como descumprimento da obrigação acessória do art. 32, inciso IV e § 5º, da Lei nº 8.212/91.

SIMPLES NACIONAL. VEDAÇÃO À MIGRAÇÃO AO SIMPLES FEDERAL. PENDÊNCIAS JUNTO A OUTRO ENTE ESTATAL. VÍCIO FORMAL. INCOMPETÊNCIA DA DRJ.

A alegação de suposto descumprimento do procedimento a ser observado quando do indeferimento de pedido de adesão ao Simples Nacional deve ser dirigida ao contencioso administrativo do ente que decidir o indeferimento.

PERÍCIA. DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO

Conforme prescreve o art. 18 do Decreto 70.235/72, a autoridade julgadora de primeira instância poderá indeferir o pedido de realização de perícias ou diligências quando as considere prescindíveis ou impraticáveis.

Processo nº 10320.001443/2010-39
Acórdão n.º **2403-002.017**

S2-C4T3
Fl. 329

Contra a decisão proferida pelo Colegiado *a quo*, o Recorrente, devidamente intimado em 16.05.2012, interpôs tempestivamente recurso voluntário em 14.06.2012 (fls. 295-314), sustentando a improcedência da acusação fiscal com base na mesma linha argumentativa defendida na Impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheira Carolina Wanderley Landim, Relatora

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Preliminarmente, alega o Recorrente que a autuação se deu de forma imprecisa e genérica, sem a correta discriminação dos fatos e dos fundamentos legais que deram ensejo ao lançamento, tornando flagrante o cerceamento ao seu direito de defesa.

Aduz ainda que na descrição dos fatos deveria constar a motivação de lhe ter sido negado o ingresso ao regime do SIMPLES Nacional, “ponto nodal do presente lançamento”, na medida em que, em virtude de tal fato, a Recorrente fora acusada de omitir informações nas GFIPs.

Sustenta a Recorrente que a Autuante deveria ter indicado na descrição dos fatos a pendência perante o Município de São José de Ribamar como fator impeditivo à sua migração para o SIMPLES Nacional, bem como sobre a data a partir da qual surtem efeitos a suposta exclusão do regime simplificado de recolhimento de tributos.

Analisando o presente processo, constata-se que, de fato, a autuação original não continha os mínimos requisitos legais para sua subsistência – a descrição da multa aplicada foi extremamente breve, sem sequer mencionar que decorria da declaração em GFIP de opção pelo Simples Nacional, a qual não foi confirmada pelos registros eletrônicos da Receita Federal; sem apresentar qualquer demonstrativo ou levantamento que servisse de base para o seu cálculo; sem sequer anexar planilha expressamente citada no Relatório Fiscal como esclarecedora da autuação perpetrada.

Tais falhas invalidam por completo o lançamento, eivado de nulidade material, com patente impossibilidade do exercício do direito de defesa, a não ser por suposição ou adivinhação.

Essas falhas não passaram despercebidas pela própria Delegacia de Julgamento, que, através do despacho de fls. 214/215, detectou todos os vícios do lançamento original, inclusive o cerceamento do direito de defesa.

Ocorre, todavia, que, ao invés de reconhecer a nulidade material do presente Auto de Infração, entendeu por bem a autoridade julgadora de primeira instância determinar a realização de diligência, com o objetivo de sanar tais irregularidades, entendendo que todas as falhas por ela mesma reconhecidas não importam em nulidade e poderão ser sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, com base no artigo 60 do Decreto n. 70.235/72.

Em que pese o fato de a diligência fiscal ter trazido aos autos os elementos que deveriam compor o lançamento original, como os levantamentos, planilhas e esclarecimentos sobre os fatos que levaram à caracterização da infração, com a devida intimação ao contribuinte para apresentação de nova defesa, entendo que a diligência fiscal não é o meio adequado para suprir falhas dessa natureza em Autos de Infração.

A peça acusatória deve conter, desde a sua lavratura, todos os seus requisitos mínimos de validade. Não se pode admitir autuações precárias como esta, nem mesmo a sua complementação através de diligência fiscal determinada pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento. Apenas através de novo lançamento, é possível chegar ao resultado pretendido pela DRJ com a diligência fiscal ordenada, não sendo este procedimento hábil à complementação da autuação original.

Ora, não se pode admitir que um Relatório Complementar apresentado em sede de diligência fiscal seja instrumento hábil à regular constituição do crédito tributário – já que o lançamento original é, de fato, imprestável.

A DRJ, ao verificar claramente que o Auto de Infração não continha os mínimos requisitos formais e materiais para a sua existência, e que, inclusive, importou em cerceamento do direito de defesa do Autuado (conforme decisão de fls. 214 e 215, acima transcrita), deveria ter promovido a sua anulação, por vício material. Incorreu, assim, em equívoco ao tentar aperfeiçoar os trabalhos da fiscalização, através da realização de diligência fiscal que, na verdade, objetivou dar validade a lançamento nulo na sua origem.

A diligência fiscal não é instrumento hábil a corrigir falhas, mas sim a esclarecer fatos que se tornaram controversos no curso do contencioso administrativo, ou à análise de documentos produzidos ou apresentados após a lavratura do auto de infração.

Vale ressaltar, ainda, que o contribuinte não foi cientificado da decisão de fls. 214 e 215, para que pudesse acompanhar e participar dos trabalhos de fiscalização complementares que foram efetuados em sede de diligência fiscal, mas que, na verdade, configuraram um novo lançamento. Tal fato também configura cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Diante do cenário acima, entendo não ser cabível a “diligência” determinada pela DRJ, vez que não é possível corrigir através desse expediente lançamento tributário eivado de vício material. Apenas novo lançamento tributário tem esse condão.

Conclusão

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, no sentido de anular a decisão da DRJ que baixou o processo em diligência, bem como todo o procedimento que dela resultou, por ter promovido alteração substancial nos elementos essenciais do lançamento. Consequentemente, anulo, por vício material, o Auto de Infração originalmente lavrado.

É como voto.

Carolina Wanderley Landim

CÓPIA