ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10920.003874/2010-71

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº	10920.003874/2010-71
Recurso nº	Especial do Procurador
Acórdão nº	**9202-004.645 – 2ª Turma**
Sessão de	25 de novembro de 2016
Matéria	CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	TRANSMAGNA TRANSPORTE LTDA.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 30/09/2009

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. CONHECIMENTO.

Não se conhece de Recurso Especial de Divergência, quando não resta caracterizada a divergência interpretativa entre os colegiados dos Acórdãos recorrido e paradigma.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo, Patrícia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior e Gerson Macedo Guerra.

Relatório

Em litígio, o teor do Acórdão nº 2401-002.601, prolatado pela 1ª Turma Ordinária da 4ª. Câmara da 2ª Seção de Julgamento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais na sessão plenária de 15 de agosto de 2012 (e-fls. 1140 a 1171). Ali, por maioria de votos, deu-se parcial provimento ao Recurso Voluntário, na forma de ementa e decisão a seguir:

> *Assunto: Processo Administrativo Fiscal*
>
> *Data do fato gerador: 30/09/2010*
>
> *PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 32, IV, § 5º E ARTIGO 41 DA LEI N.º 8.212/91 C/C ARTIGO 284, II DO RPS, APROVADO PELO DECRETO N.º 3.048/99 - NFLD CORRELATAS*
>
> *A sorte de Autos de Infração relacionados a omissão em GFIP, está diretamente relacionado ao resultado das NFLD lavradas sobre os mesmos fatos geradores.*
>
> *AUTO DE INFRAÇÃO -NULIDADE - AUSÊNCIA DE EMISSÃO DE ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES PELA SRF - INOCORRÊNCIA DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - INAPLICABILIDADE DA EXIGÊNCIA.*
>
> *O ATO DECLARATÓRIO seria exigido, caso houvesse a desconsideração da opção pelo SIMPLES, devendo, apenas neste caso, ser feita a comunicação a então Secretaria da Receita Federal, para realizar a emissão do Ato Declaratório.No procedimento em questão a AUTORIDADE FISCAL EM IDENTIFICANDO a caracterização do vínculo empregatício com empresa que simulou a contratação por intermédio de empresas interpostas, procedeu a caracterização do vínculo para efeitos previdenciários na empresa notificada, que era a verdadeira empregadora de fato.*
>
> *LANÇAMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA.*
>
> *Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, com esteio na legislação que disciplina a matéria, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.*
>
> *LANÇAMENTO. COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL.*
>
> *Conforme preceitua o artigo 142 do CTN, artigo 33, caput, da Lei nº 8.212/91 e artigo 8º da Lei nº 10.593/2002, c/c Súmula nº 05 do Segundo Conselho de Contribuintes, compete*

privativamente à autoridade administrativa - Auditor da Receita Federal do Brasil -, constatado o descumprimento de obrigações tributárias principais e/ou acessórias, promover o lançamento, mediante NFLD e/ou Auto de Infração.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO -PERÍODO ATINGINDO PELA DECADÊNCIA QUINQUENAL - SÚMULA VINCULANTE STF.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n º 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de n º 8, "São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário"".Em se tratando de Auto de Infração por não ter a empresa a totalidade dos fatos geradores em GFIP, não há que se falar em recolhimento antecipado devendo a decadência ser avaliada a luz do art. 173, I do CTN.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Decisão: I) Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento pela não emissão do ato declaratório de exclusão do SIMPLES. Vencido o conselheiro Marcelo Freitas de Souza Costa, que argüiu de ofício a referida nulidade. II) Por unanimidade de votos: a) rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento suscitada pelo contribuinte; b) rejeitar a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância; c) declarar a decadência até a competência 11/2004; e d) no mérito, dar provimento parcial ao recurso para excluir do cálculo da multa os valores referentes ao levantamento referente a empresa PL contábil e aos levantamentos 41 ao 56 e o 62. Declarou-se impedido o conselheiro Igor Araújo Soares.

Enviados em 03/12/2012 os autos à Fazenda Nacional para ciência (e-fl. 7841 do Proc. 10920.003212/2010-09, ao qual este se encontrava apensado), a PGFN apresentou, em 06/12/2012 (e-fl. 7927 do Proc. 10920.003212/2010-09, ao qual este se encontrava apensado), Recurso Especial, com fulcro no art. 67 do anexo II ao Regimento Interno deste Conselho Administrativo Fiscal aprovado pela Portaria MF nº. 256, de 22 de julho de 2009, então em vigor quando da propositura do pleito recursal (e-fls. 1172 a 1183).

Alega-se, no pleito, divergência passível de apreciação por esta Turma em relação ao decidido, em 18/10/2005, pela 1ª. Câmara do então 3º. Conselho de Contribuintes, através do Acórdão 301-30.894, bem como em relação ao decidido, em 09/11/2006, pela 3ª. Câmara do referido 3º. Conselho de Contribuintes, através do Acórdão 303-33.772, de ementas e decisões a seguir transcritas (A ementa do primeiro paradigma apresentado não se encontra no sítio deste CARF, tendo sido, porém, conferida através dos autos do processo 18336.000065/00-10, fls. 126 a 130, em consulta ao sistema e-processo):

Acórdão 301-30.894

NORMAS PROCESSUAIS - ACÓRDÃO CONDICIONADO - NULIDADE - A atividade judicante não pode expressar-se de forma condicionada a fato futuro e incerto, em especial de processo administrativo fiscal pendente de julgamento, sob pena de não solucionar a lide proposta ou promover solução que não pode ser açambarcada pela ocorrência futura. Na impossibilidade de ser prolatada decisão considerando a interdependência de processos ou decorrência, é cabível a suspensão do julgamento para aguardar a solução da lide principal. Embargos de Declaração Acolhidos e Providos para anular o Acórdão n.° 301-30.894, de 01/12/2003, e suspender o julgamento até o trânsito em julgado do Processo Administrativo Fiscal n.° 18336.000729/2002-20.

EMBARGO ACOLHIDO E PROVIDO

Decisão: por unanimidade de votos, acolher e dar provimento aos Embargos de Declaração, para anular o acórdão, nos termos do voto do Relator.

Acórdão 303-33.772

INTIMAÇÃO VICIADA. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA.

A intimação produzida para ciência da representação fiscal para exclusão do SIMPLES pretendeu noticiar ao mesmo tempo a expedição e publicação do ADE no DOU. Esta intimação foi feita em meio ao mesmo procedimento de fiscalização que resultou na lavratura de cinco autos de infração. O procedimento se iniciou oficialmente em 10/09/2003, por iniciativa dos mesmos auditores fiscais, e somente se concluiu, em 12/11/2003, com a ciência ao interessado dos autos de infração lavrados. Resta claro que tal maneira de proceder, para o efeito de cumprir a garantia especificada nos princípios da ampla defesa e do contraditório, não poderia substituir a contento uma específica intimação da empresa passível de exclusão, quanto à ciência do texto do ADE 102/2003 exarado pela DRF/Recife. O respeito devido à ampla defesa, ao contraditório e ao duplo grau de jurisdição, impõe que o mérito sobre a exclusão do SIMPLES deve ser enfrentado em primeira instância de julgamento.

LANÇAMENTO DE COFINS DECORRENTE DE EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Somente se vier a ser confirmada a exclusão da empresa do SIMPLES em decisão administrativa definitiva, a matéria reflexa relativa à COFINS, no período de 2000 a 2002, haverá de ser apresentada oportunamente ao Primeiro Conselho de Contribuintes por ser de sua competência.

Decisão: Por unanimidade de votos, declarou-se a nulidade da decisão recorrida por cerceamento do direito de defesa.

Em linhas gerais, argumenta a contribuinte em sua demanda quanto que:

1) Nada obstante o acórdão recorrido ter entendido que não haveria motivo para anulação do lançamento, o fato é que determinou a exclusão de plano daqueles valores excluídos nas exigências correlatas. Ocorre que as decisões exaradas nos processos administrativos correlatos foram, nessa oportunidade, objeto de insurgência pela Fazenda Nacional. Logo, diante da possibilidade de alteração dos julgados conexos, não haveria como, de plano, determinar a exclusão do cálculo da multa dos valores relativos ao levantamento referente à empresa PL contábil e aos levantamentos 41 ao 56 e o 62;

2) Sobre a questão posta em discussão, entende haver clara divergência jurisprudencial que, diante da mesma situação, qual seja, a aplicação de decisão proferida em processo vinculado, os órgãos julgadores decidiram de forma contrária. O acórdão recorrido se fundamentou exclusivamente em decisão proferida nos processos relativos à obrigação principal, desconsiderando o fato de que a referida deliberação não é definitiva e que pode vir a ser reformada por força de recurso especial interposto pela União, enquanto que a e. Primeira e a Terceira Câmaras do Terceiro Conselho de Contribuintes, acolheram a tese de que a decisão proferida em processo principal somente poderia ser aplicada aos seus decorrentes após ter se tornado definitiva;

3) Ressalta que a Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes afirma que o trânsito em julgado da decisão proferida no processo principal seria condição, futura e incerta, para o julgamento da lide decorrente, razão pela qual configuraria um empecilho à atividade judicante no processo reflexo;

4) Entende a Fazenda Nacional que existe uma diferença latente em simplesmente concordar com alguns dos fundamentos adotados em outra decisão e utilizá-los também como motivação, e adotar o decidido em outro processo como único fundamento para afastar a tributação sobre valores, cuja discussão não está encerrada na esfera administrativa. Nesta última hipótese, a decisão proferida em outro processo é a própria razão de decidir daquele que está sob análise. É o que geralmente ocorre com processos ditos decorrentes, cujo único pretexto de existência é o próprio processo principal. Neste diapasão, por ser decorrente de outro processo, é de se concluir que deverá ser dada a mesma solução a ambos processos, sob pena de se estar proferindo decisões contraditórias. Daí porque, normalmente, ao se decidir o processo decorrente, costuma-se determinar a aplicação, *in casu*, do que restou deliberado no processo principal;

5) Contudo, na hipótese dos autos, entende a recorrente que não foi isso o que aconteceu. Aqui, o colegiado *a quo* deu parcial provimento ao recurso voluntário para excluir do cálculo da multa os valores referentes ao levantamento referente a empresa PL contábil e aos levantamentos 41 ao 56 e o 62, sob o argumento de que tais valores haviam sido afastados da incidência das contribuições previdenciárias, fato este inverídico, sem a ressalva de que fosse adotada a solução que vier a ser dada, definitivamente, no processo principal;

6) Cita, a seguir os arts. 42 a 45 do Decreto nº. 70.235, de 06 de março de 1972, para defender que somente após o julgamento da insurgência nos autos de lançamento da obrigação principal é que poderá a decisão referente se tornar imutável, apta a produzir seus efeitos de forma ampla, inclusive no que tange à sua aplicabilidade ao presente processo. Antes disso, o contribuinte possui apenas uma expectativa de direito. Entende, assim, que a confirmação da decisão em sede de obrigação principal é evento futuro e incerto e, diante da impossibilidade de se efetivá-la na prática, não há como considerar que os valores excluídos não sofrem a incidência das contribuições previdenciárias;

7) Ressalta que, na eventualidade de se ter reformada a decisão proferida no processo em trâmite na Câmara Superior de Recurso Fiscais, o mesmo não poderá acontecer no presente feito, tendo em vista a impossibilidade de reversão da decisão nele proferida, se não acolhido o presente recurso.

8) Finalmente, entende que os valores referentes ao levantamento referente a empresa PL contábil e aos levantamentos 41 ao 56 e o 62, portanto, não podem ser expurgados do cálculo da multa, sob o único fundamento assentado em uma assertiva equivocada de que tais valores não mais comporiam o lançamento principal. Afastada esta argumentação, constata-se que o aresto proferido se tornou deficitário em expor os fundamentos que motivaram a exoneração do crédito tributário, fato este que ocasiona a nulidade do julgado.

9) Requer assim, o conhecimento do recurso e seu provimento, a fim de que seja dado total provimento ao presente recurso, para reformar o acórdão recorrido restabelecendo-se o lançamento em sua integralidade. Alternativamente, seja anulado o Acórdão recorrido e decretada a suspensão deste feito até que seja proferida decisão definitiva no(s) processo(s) principal(is).

O recurso foi regularmente admitido, consoante despacho de e-fls. 1200 a 1203.

Encaminhados os autos ao contribuinte para fins de ciência ocorrida em 19/04/16 (e-fl. 1.207), esta não apresentou, nos presentes autos, contrarrazões ou Recurso Especial de sua iniciativa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Heitor de Souza Lima Junior, Relator

Pelo que consta no processo quanto à sua tempestividade, às devidas apresentação de paradigmas e indicação de divergência, o recurso atende a estes requisitos de admissibilidade.

Quanto à admissibilidade porém, discordando do exame de admissibilidade de e-fls. 1200 a 1203, faço notar que:

a) No caso em questão se está diante de auto de infração de descumprimento de obrigação acessória, com os autos apensos aos dos lançamentos de obrigação principal desde antes do julgamento do Recurso Voluntário pelo Colegiado *a quo* (vide e-fl. 607 dos presentes autos e e-fl. 1662 dos autos do Processo 10920.003214/2010-90). Assim, possibilitado, ou melhor, em meu entendimento recomendado e inevitável o julgamento conjunto dos feitos (visto que necessariamente conjuntamente pautados), tal como realizado pelo Colegiado *a quo* em 15 de agosto de 2012.

b) Já no caso do primeiro paradigma (Acórdão 301-30.894), se está diante de caso onde o julgamento dos autos estava dependente daquele a ser realizado no âmbito de outro Colegiado (3ª. Cãmara do 3º. Conselho de Contribuintes), daí a suspensão do julgamento até o trânsito em julgado daquela outra decisão.

Ou seja, no presente caso, o que se tem é uma série de julgamentos a serem realizados simultaneamente, a partir da apensação dos autos dos lançamentos de obrigação principal e acessória decorrente, situação fática completamente diferente da deste primeiro paradigma, o que é evidenciado através do teste de aderência, que resultaria, a meu ver, em total inconsistência, caso se assumisse que o Colegiado paradigmático suspenderia o julgamento do presente AI, até que o trânsito em julgado dos processos de obrigação principal (repito, estando o presente AI aos autos dos processos de obrigação principal) transitassem em julgado, retomando o julgamento deste feito somente quando daquele trânsito em julgado dos autos, apensos.

Não se trata, aqui, de decisão condicionada a evento futuro e incerto, mas de lançamento decorrente do lançamento de obrigação principal, os quais são apreciados conjuntamente até seu trânsito em julgado administrativo, em prol da economia processual e com plena coerência, inclusive, com a lavratura conjunta das NFLDs e do presente AI.

No caso, a razão de decidir dos autos de obrigação principal vincula as razões de decidir do auto de obrigação acessória decorrente do descumprimento daquela, sem qualquer nulidade, uma vez devidamente fundamentada a decisão devidamente no lançamento de obrigação principal, como efetivamente se verifica nos presentes autos;

c) O mesmo ocorre quanto ao segundo paradigma (Acórdão no. 303-33.772), onde as duas matérias interdependentes, ali, agora se encontram repartidas entre diferentes Seções deste CARF, a partir da competência regimentalmente determinada, também, note-se, não havendo que se cogitar, ali, de possibilidade de julgamento simultâneo conjunto.

Entendo que para fins de caracterização da divergência interpretativa, *in casu*, deveria a Fazenda Nacional ter trazido caso onde, possibilitado o julgamento simultâneo conjunto dos autos por apensação ou por estarem as matérias interdependentes contidas nos mesmos autos e sujeitas a competência de um mesmo Colegiado, se sobrestou (suspendeu) o julgamento da matéria dependente até o trânsito em julgado da matéria principal, o que não é o caso dos paradigmas, repito.

Destarte, diante da inexistência de similitude fática entre a situação do recorrido e as dos Acórdãos paradigmas trazidos aos autos, voto por não conhecer o Recurso da Fazenda Nacional, por não caracterizada a existência de divergência interpretativa.

É como voto.

(assinado digitalmente)
Heitor de Souza Lima Junior