



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

Processo n° 11020.001879/2010-75
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-005.547 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de junho de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente ICARO ARTEFATOS DE METAIS LTDA - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 30/06/2007

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CONJUNTO PROBATÓRIO ILÍCITO. DECISÃO JUDICIAL. NULIDADE

Tendo em vista a existência uma decisão judicial que considera o conjunto probatório dos processos principais ilícito e outra que anula o processo administrativo originário, não há como se manter o lançamento de ofício presente no procedimento administrativo acessório.

Assim, diante da insubsistência dos procedimentos administrativos fiscais originários, que deram origem ao processo administrativo acessório e estão diretamente atrelados a este, o lançamento de ofício merece ser cancelado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso voluntário e, no mérito, dar-lhe provimento para declarar nulo o lançamento por vício material.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier – Presidente

(assinado digitalmente)

Luciana Matos Pereira Barbosa - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cleberson Alex Friess, Luciana Matos Pereira Barbosa, Francisco Ricardo Gouveia Coutinho, Rayd Santana Ferreira, Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Andrea Viana Arrais Egypto, Matheus Soares Leite e Miriam Denise Xavier (Presidente)

Relatório

Contra o contribuinte acima qualificado foi lavrado o Auto de Infração – AI DEBCAD nº 37.277.849-6 de fl. 2, lavrado em decorrência do não recolhimento de contribuições sociais previdenciárias, que apurou o crédito tributário no montante de R\$ 165.367,83 (cento e sessenta e cinco mil e trezentos e sessenta e sete reais e oitenta e três centavos), já acrescido de juros e multa moratória, referente às seguintes competências de lançamento do crédito tributário: 01/2005 a 03/2005; 06/2005 a 09/2005; 12 e 13/2005; 01/2006 a 03/2006 06/2006 a 09/2006; 13/2006; 01/2007 a 03/2007; e 06/2007.

Consta do Relatório Fiscal (fls. 52/74) o que segue:

“[...]

7 - DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

[...]

7.3. À parte a discussão judicial, que, por ora, garante sua inscrição no CNPJ e permanência no SIMPLES, em 2009 a empresa foi submetida à ação fiscal determinada pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 10.1.06.00-2009-00312-9, de que resultaram os processos nº 11020.003765/2009-26 e 11020.003766/2009-71, relativos, o primeiro, a Autos de Infração de Imposto de Renda sobre o Lucro Arbitrado - IRPJ, de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, de contribuição para o Programa de Integração Social - PIS e de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, bem como à sua exclusão do SIMPLES e, o segundo, a Auto de Infração de Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI.

7.3.1. Diante da constatação da emissão de notas fiscais com valores abaixo do efetivamente negociado e da não escrituração da real movimentação bancária, o que caracterizaria prática reiterada de infração à legislação tributária - notadamente o art. 14, inciso V, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte e institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, assim como o art. 195, inciso V, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 - , a ora autuada foi excluída da sistemática simplificada de pagamento dos tributos e contribuições de que trata o art. 3º da já

citada Lei nº 9.317, de 1996, tendo a exclusão, com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 2004, sido formalizada através do Ato Declaratório Executivo DRF/CXL nº 95, de 30 de novembro de 2009.

[...]

8 - DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS EM RAZÃO DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

8.1. Em que pese ainda não ter se tornado definitiva, a exclusão da empresa do regime simplificado faz restabelecer a exigibilidade dos impostos e contribuições antes nele abrangidos, notadamente as contribuições patronais previdenciárias, como se vê dos arts. 3o e 16 da Lei nº 9.317, de 1996, e transcritos a seguir:

[...]

8.2. As contribuições para a Seguridade Social, a cargo da ora autuada, devidas em razão de sua exclusão do SIMPLES, e não recolhidas, são aquelas previstas no art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, que instituiu o Plano de Custeio, reproduzido a seguir:

[...]

8.3. No que diz respeito à contribuição destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão dos riscos ambientais do trabalho, contemplada no inciso I I do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, à atividade preponderante é dado, até maio de 2007, enquadramento conforme CNAE, e grau de risco conforme Anexo V do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999; a partir de junho de 2007, o enquadramento passa a ser dado conforme CNAE 2.0, e, o grau de risco, conforme redação dada ao Anexo V do RPS pelo Decreto nº 6.042, de 12 de janeiro de 2007.

8.3.1. Nesse sentido, a atividade preponderante desenvolvida pela ora autuada enquadra-se, de janeiro de 2005 a maio de 2007, no código 36.91-9 da CNAE - lapidação de pedras preciosas e semipreciosas, fabricação de artefatos de ourivesaria e joalheria - e, de junho de 2007 em diante, no código 3211-6/02 da CNAE 2.0 - fabricação de artefatos de joalheria e ourivesaria - , sendo que, ao primeiro enquadramento, corresponde grau de risco máximo, com contribuição calculada à razão de 3%, e, ao segundo, grau de risco mínimo, com contribuição calculada à razão de 1% da remuneração paga, devida ou creditada a segurados empregados e trabalhadores avulsos a serviço da empresa.

8.4. Além de incluir no pagamento mensal unificado as contribuições patronais previdenciárias, o SIMPLES dispensava microempresas e empresas de pequeno porte do pagamento das demais contribuições instituídas pela União, assim consideradas aquelas destinadas a

entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical e demais entidades de serviço social autônomo. Com a exclusão da empresa do regime simplificado, restabelecem-se igualmente as contribuições destinadas a tais entidades e fundos, as quais, contudo, são objeto do Auto de Infração DEBCAD nº 37.277.850-0.

[...]

12 - DAS CONTRIBUIÇÕES PAGAS

12.1. As contribuições devidas à Seguridade Social a cargo dos segurados empregados e contribuintes individuais, arrecadadas pela empresa mediante desconto da remuneração paga aos mesmos, foram recolhidas em Guias da Previdência Social - GPS, em época própria, exceção feita àquelas devidas pelos representantes comerciais pessoas físicas (Cremilson da Costa Lima, Elvls Afonso Fogaça, José Fernando Heck e Luis Antonio de Andrade), deles não descontadas, sendo que as respectivas remunerações, como já mencionado, não foram declaradas em GFIP.

12.2. A despeito da apropriação dos valores correspondentes às contribuições patronais previdenciárias incluídas no SIMPLES, regime do qual a ora autuada veio a ser excluída em 2009, com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 2004, cumpre registrar que não houve qualquer recolhimento em GPS das contribuições a seu cargo, previstas no art. 22, incisos I, II e III, da Lei nº 8.212, de 1991.

[...]

13 - DA MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES RELACIONADAS À GFIP

[...]

13.2. Não obstante a exclusão do SIMPLES, a ora autuada, que informava ser "Optante" do regime simplificado, não procedeu à retificação da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social-GFIP - documento por meio do qual, a teor do no art. 3º 2, inciso IV, da Lei nº 8.212, de 1991, incluído pela Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, e alterado pela Lei nº 11.941, de 2009, as empresas declaram, mensalmente, dados relacionados a fatos geradores, base de cálculo e valores devidos de contribuição previdenciária, para fins de cobrança pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e de concessão de benefícios por parte do Instituto Nacional do Seguro Social -, o que implica omissão das contribuições patronais previdenciárias por ela devidas no período de janeiro de 2005 a junho de 2007.

13.3. O cálculo do valor da multa, efetuado com base na legislação anterior e posterior à Lei nº 11.941, de 2009, a partir das contribuições apuradas em razão da exclusão da ora autuada do SIMPLES - das quais abatidos os valores correspondentes às

contribuições patronais previdenciárias antes incluídas no regime simplificado, conforme item 9 - , está explicitado nos Demonstrativos do Cálculo do Valor da Contribuição Previdenciária Apurada (Empresa + Segurados - SIMPLES) e do Cálculo do Valor da Multa Aplicada, em anexo, tendo sido aplicada, em observância ao art. 106, inciso II, alínea V, do Código Tributário Nacional, a penalidade mais benéfica, que vem a ser aquela prevista na legislação posterior à citada Medida Provisória.

13.4. Para fins de cobrança do tributo devido no período, das contribuições apuradas em razão da exclusão da ora autuada do SIMPLES, no valor de R\$ 156.987,97, foram diminuídas as contribuições patronais previdenciárias antes incluídas no regime simplificado, até o limite das contribuições devidas, competência a competência, no valor de R\$ 82.989,16, resultando no total de R\$ 73.998,83, conforme colunas "H", "3" e "K", respectivamente, do Demonstrativo do Cálculo do Valor da Contribuição Previdenciária Apurada (Empresa + Segurados - SIMPLES). Para fins de cobrança da multa pela apresentação de declaração inexata, no entanto, das contribuições omitidas em GFIP, no valor de R\$ 156.987,97, não foram diminuídas quaisquer parcelas, estando o referido valor sujeito apenas ao limite a que se referia o § 4º do art. 32 da Lei nº 8.212, de 1991, depois revogado pela Lei nº 11.941, de 2009.

13.5. Tendo em vista que a empresa possuía de 16 a 50 segurados no período, conforme informações retiradas das GFIP por ela apresentadas, o valor da multa estaria limitado, por competência, a duas vezes o valor mínimo, ou seja, a R\$ 2.863,58, a teor do art. 8º, inciso V, da Portaria Interministerial MPS/MF nº 333, de 29 de junho de 2010.

13.6. Assim, observados a legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador e o valor das contribuições previdenciárias devidas e não declaradas em GFIP, a multa isolada, correspondente a 100% (cem por cento) das contribuições devidas e não declaradas - considerado o limite mencionado no subitem anterior -, mais a multa de 24% (vinte e quatro por cento) das contribuições em atraso, em todas as competências, de R\$ 109.394,28, conforme coluna "3" do Demonstrativo do Cálculo do Valor da Multa Aplicada, seria mais gravosa que a multa do lançamento de ofício, de 75% (setenta e cinco por cento) do tributo devido, de R\$ 55.499,12, conforme coluna "K" do mesmo Demonstrativo, pelo que a penalidade ora aplicada, por ser mais benéfica ao autuado, é a multa do lançamento de ofício.

14 - DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO APURADO

14.1. Pelos fatos apurados, fica imputada ao sujeito passivo ícaro Artefatos de Metais Ltda. a responsabilidade pelo crédito previdenciário constituído pelo presente Auto de Infração, no montante

consolidado de R\$ 165.367,83 (cento e sessenta e cinco mil, trezentos e sessenta e sete reais e oitenta e três centavos), relativo às contribuições destinadas à Seguridade Social, a cargo da empresa, incidentes sobre a remuneração paga aos segurados empregados e contribuintes individuais a seu serviço, bem como das contribuições para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho [...]

Devidamente cientificada do lançamento em 05/07/2010 (fl. 338), a Interessada apresentou impugnação tempestiva (fls. 339/414), alegando, em síntese:

(i) Preliminarmente, a necessidade de suspensão do presente procedimento administrativo, pois não havia decisão definitiva nos Autos de Infração nº 11020.003766/2009/71 e 11020.003765/2009-26, que deram origem ao presente procedimento administrativo, onde a interessada apresentou seu inconformismo contra o ato que a excluiu do SIMPLES;

(ii) No mérito, que a base de cálculo da contribuição previdenciária em discussão deve ser composta apenas de verbas de natureza salarial ou remuneratória, conforme previsão legal. Assim, deveria ser reconhecida a inexigibilidade da contribuição previdenciária patronal referente às competências de 01/2005 a 06/2007, incidentes sobre os valores pagos a título de terço constitucional de férias, aviso prévio indenizado e dos primeiros quinze dias pagos a empregados enfermos em decorrência de afastamentos das atividades laborais;

(iii) Que a contribuição destinada ao custeio do Seguro Acidente do Trabalho – SAT não poderia ser exigida pelo fisco até que seja editada lei ordinária que venha a definir o conceito de atividade preponderante e os conceitos de risco leve, médio e grave, delimitando, inclusive, os parâmetros necessários para a apuração do valor devido pelas empresas contribuintes a este título;

(iv) Que, subsidiariamente, seria inexigível a SAT em percentual superior a 1% sobre a remuneração dos empregados enquanto a legislação não regular a referida matéria.

(v) Que a contribuição SAT não pode ser exigida com base na Lei 9732/98, pois esta é inconstitucional. Além do mais, a exigência da referida contribuição é destinada ao custeio de benefício previdenciário incerto, pois, com exceção das profissões especializadas (mineiros, enfermeiros e outras), o fato de um trabalhador exercer atividade não qualificada permanecer exposto a agentes nocivos à saúde não gera a presunção de que o mesmo terá direito ou irá requerer uma aposentadoria especial. Portanto, tendo em vista a incerteza do destino da contribuição, esta seria inexigível para evitar o locupletamento do ente previdenciário.

(vi) Que os valores arbitrados a título de multa se encontram fora dos parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade, violando, assim, princípios legais e constitucionais. Assim, a multa é inexigível; e

(vii) Que a aplicação da taxa SELIC para os cálculos dos juros moratórios seria ilegal, pois deveria ser aplicada a taxa de juros moratórios de 1% ao mês, conforme fixado no artigo 161, § 1º, do CTN.

(viii) Ao final requer: (a) seja recebida e devidamente processada a presente Impugnação, imediatamente, suspendendo-se a apreciação do presente auto de

infração em tela, até decisão definitiva nos autos de infração ns. 11020.003766/2009- 71 e 11020.003765/2009-26, nos termos do artigo 151, III do CTN; e (b) alternativamente, acaso julgados definitivamente indeferidos os autos de infração ns. 11020.003766/2009-71 e 11020.003765/2009-26, seja desconstituído o Auto de Infração ora impugnado, nos termos de toda argumentação acima despendida.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora (MG) lavrou Decisão Administrativa contextualizada no Acórdão nº **09-33.871 da 5ª Turma da DRJ/JFA**, às fls. 432/444, julgando procedente em parte a impugnação apresentada, mantendo o crédito tributário exigido em parte. Recorde-se:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 30/06/2007

CONTRIBUIÇÕES A CARGO DA EMPRESA INCIDENTES SOBRE A REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS.

A empresa deve recolher as contribuições previdenciárias a seu cargo, incidentes sobre a remuneração de segurados empregados e contribuintes individuais.

ILEGALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO APRECIÇÃO.

Não cabe apreciação, pela instância administrativa, de alegações de ilegalidade e ou inconstitucionalidade de leis e atos normativos em vigor, a qual incumbe ao Poder Judiciário.

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA.

Para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, tendo havido pagamento antecipado, o prazo decadencial é contado a partir da ocorrência do fato gerador.

Impugnação Procedente em Parte

Credito Tributário Mantido em Parte”

Inconformada com a decisão exarada pelo órgão julgador *a quo*, a Recorrente interpôs **Recurso Voluntário** às fls. 454/496, argumentando o que segue:

(i) Que sua exclusão do SIMPLES ocorreu apenas em 2009 e, portanto, a decisão que a excluiu não poderia retroagir ao ano de 2005. Assim, a exclusão deveria surtir efeitos a partir do mês subsequente da respectiva decisão. Nesse sentido, como a exclusão foi formalizada por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/CXL nº 95 de 30 de novembro de 2009, a aplicação de seus efeitos com referência a ano anterior feriria o princípio da irretroatividade. Nesse sentido, juntou jurisprudência.

(ii) Que a alíquota aplicada para o Risco de Acidente de Trabalho deveria ser reduzida de 3% para 1%, pois sua atividade preponderante é de risco leve, conforme disciplina o Decreto nº 6.042/07, anexo V.

(iii) Que as contribuições destinadas ao custeio da seguridade social são incidentes apenas sobre verbas remuneratórias, excluindo-se, portanto, aquelas de natureza indenizatória, conforme disposto na Lei nº 8.212/91. Assim, não poderia haver a incidência das referidas contribuições nos primeiros quinze dias em que o empregado está afastado por motivo de auxílio-doença ou auxílio-acidente, no terço constitucional de férias, nos valores pagos a título de participação nos lucros e resultados e no aviso prévio indenizado. Nesse sentido, apresentou jurisprudências.

(iv) Que não deve ser aplicada a taxa SELIC para fins de juros de mora sobre a multa de ofício aplicada e que tal entendimento já foi reconhecido pelo próprio CARF.

Ao final, requer:

“a) seja o presente Recurso Voluntário, recebido - eis que preenchidos os pressupostos legais;

b) quando da análise do pleito, sejam todas as postulações veiculadas nas razões recursais analisadas sob o ponto de vista do princípio da verdade material (verdade real), que se vincula diretamente ao princípio da legalidade, bem como da legalidade processual e, por isso mesmo, aplicável ao feito em voga;

c) seja decretada a nulidade da totalidade do Auto de Infração n.º: 37.277.849-6, cancelando-se o crédito tributário nele consubstanciado, processo administrativo de n.º: 11020.001879/2010-75, eis que a empresa não pode ser excluída do simples, pois não há nos autos elementos capazes de amparar esta exclusão; caso esta exclusão seja aceita como válida, o que não se acredita, neste caso os efeitos da exclusão só poderiam gerar efeitos após o ato de exclusão, ou seja após 2009 e não no passado (2005 a 2007);

d) caso não declaradas as nulidades acima citadas e que fulminam a peça fiscal ‘in tórum’, seja reduzida a alíquota do Risco de Acidente de Trabalho para 1% (um por cento), bem como seja excluída a incidência sobre as seguintes parcelas: d.1) sobre as verbas pagas pelo empregador nos primeiros 15 que antecedem a concessão do auxílio-doença e ou acidente; d.2) horas extras e seu adicional; d.3) 1/3 sobre as férias e férias indenizadas; d.4) sobre distribuição de lucros e resultados, d.5) aviso prévio indenizado; em conformidade com os argumentos acima expostos;

e) A exclusão dos juros sobre a multa, com julgamento isonômico com a decisão proferida no Primeiro Conselho de Contribuintes, da Terceira Câmara, no Recurso de n.º: 161331, processo n.º: 10680.002472/2007-23, Acórdão n.º: 103-23428.”

Após a interposição do Recurso Voluntário, a 4ª Câmara/3ª Turma Ordinária decidiu, em 17/04/2012, por meio do Despacho nº 2403.044 (fls. 505/506), converter o julgamento em diligência, determinando o seguinte:

“Considerando que a grande celeuma do caso em tela refere-se ao fato da auditoria ter lavrado auto de infração cujo objeto é a cobrança de valores referentes às contribuições patronais e as relativas ao SAT decorrente da exclusão da empresa do SIMPLES (período 01/2005 a 06/2007), por ter sido constatada a emissão de nota fiscal com o valor abaixo do negociado na realidade acompanhada da falta de escrituração na real movimentação bancária, configurando-se como prática reiterada de infração à legislação tributária

Considerando que o ato que determinou a exclusão do SIMPLES deve possuir caráter definitivo.

Considerando que de acordo com as informações trazidas aos autos, o ADE n 95 de 30/11/2009, que excluiu a recorrente do regime simplificado de arrecadação, provocou a insatisfação do contribuinte mediante impugnação e o conseqüente início de um processo administrativo tributário (13018.000174/200203).

Entendo, portanto, que seja imprescindível verificar se a empresa estar definitivamente excluída do regime simplificado de tributação, o que só pode ser confirmado com a decisão de última instância do referido processo.

Nesse processo, segundo os autos e conforme informações obtidas do sítio do Ministério da Fazenda de consulta processual <comprot.fazenda.gov.br>, só houve o julgamento por parte da DRJ, ou seja, não há como saber se uma das turmas da 1 Seção de Julgamento do CARF, competentes para apreciar situações que envolvam a inclusão/exclusão da empresa do SIMPLES, já se pronunciou acerca da matéria.

Além disso, há dois processos em discussão neste Contencioso cuja autuação é decorrente também da exclusão da empresa do SIMPLES, os processos 11020.003766/200971 e 11020.003765/200926.

O primeiro encontra-se ainda para ser julgado pela 2 Turma Ordinária da 3 Câmara da 3 Seção de Julgamento, já o segundo, foi julgado pela 1 Turma Ordinária da 3 Câmara da 1 Seção de Julgamento, tendo ficado decidido que o lançamento deverá ser mantido.

Assim, para que haja um julgamento mais acertado, torna-se imprescindível saber a situação da recorrente perante o regime simplificado de tributação, o que só será possível com a realização de diligência que tenha como objetivo verificar a atual posição do processo 13018.000174/200203, inclusive se o mesmo já foi apreciado pelo CARF, pois é este o processo que visa ratificar ou anular o Ato Declaratório Executivo 95, de 30 de novembro de 2011.”

Ao atender à diligência determinada, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Caxias do SUL/RS apresentou Informação Fiscal (fls. 513), expondo o seguinte:

“1) que, em 16/09/02, ÍCARO ARTEFATOS DE METAIS LTDA. protocolizou, sob processo nº 13016.000174/2002/03, pedido de adesão ao SIMPLES FEDERAL, retroativamente a 05/06/01 (data de inscrição no CNPJ)

2) que, em 06/06/03, em vez de cientificada do indeferimento desse pedido de adesão ao SIMPLES FEDERAL, a denominada pessoa jurídica foi cientificada do ADE DRF/CXL nº 25, de 27/05/03 (DOU de 29/05/03), com base no qual fora determinada a baixa (cancelamento) de sua inscrição no CNPJ, por inexistência de fato;

3) que, em 13/06/03, ÍCARO ARTEFATOS DE METAIS LTDA. impetrou mandado de segurança, sob processo nº 2003.71.07.008183-3, pedindo a nulidade do ADE DRF/CXL nº 25, de 27/05/03;

4) que a decisão judicial definitiva, não concessiva da segurança pleiteada, relativamente ao referido mandado de segurança, ocorreu no julgamento do recurso especial – RESP nº 1.214.382;

5) que, em 12/04/04, a mencionada pessoa jurídica protocolizou ação de rito ordinário, sob nº 2004.71.04.003653-2, pedindo a nulidade do ADE DRF/CXL nº 25, de 27/05/03, e sua adesão ao SIMPLES FEDERAL, retroativamente a 05/06/01;

6) que a decisão judicial nessa ação ordinária no ano de 2004, embora não definitiva, visto que, sob recurso especial – RESP nº 1.277.129, foi no sentido de nulificar o ADE DRF/CXL nº 25, de 27/05/03, e de inclusão da ÍCARO ARTEFATOS DE METAIS LTDA no SIMPLES FEDERAL, retroativamente a 05/06/01; e

7) que há decisão judicial em execução provisória de sentença contra a Fazenda Nacional no sentido de restabelecimento da inscrição da pessoa jurídica no CNPJ.”

Após a apresentação da referida Informação Fiscal, a Interessada requereu o adiamento do julgamento do presente Recurso Voluntária marcado para o dia 14/05/2013, sob o argumento de estava pendente de julgamento os processos que deram causa ao presente procedimento, quais sejam: 11020.003766/2009-71 e 11020.003765/2009-26 (fls.519/521).

Dessa forma, a 4ª Câmara/3ª Turma Ordinária, por meio da Resolução nº 2403-000.144 (fls. 522/536), decidiu converter o processo em diligência sob os seguintes argumentos:

“Conforme o Relatório Fiscal, os processos de exclusão do SIMPLES se referem ao processo nº 13018.000174/200203 e ao processo nº 11020.003765/200926:

[...]

A Diligência Fiscal requerida por esta Colenda Turma foi no sentido de se informar o resultado do processo de exclusão do SIMPLES, processo nº 13018.000174/200203, posto que a competência para tal julgamento é da 1ª Seção do CARF:

[...]

A seguir, a Informação Fiscal emitida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Caxias do Sul / RS não aborda diretamente tal requerimento feito, ou seja, a de informar qual o resultado do julgamento no âmbito do CARF do processo de exclusão do SIMPLES, processo nº 13018.000174/200203.

Outrossim, A Recorrente apresentou tanto em sede de Impugnação quanto em sede de Recurso Voluntário, dentre outros argumentos, o de que os processos administrativos nº 11020.003766/2009-71 e 11020.003765/200926, de exclusão do SIMPLES encontram-se em fase de Recurso no âmbito do CARF.

DA NECESSIDADE DE DILIGÊNCIA FISCAL

Desta forma, considerando-se os princípios da celeridade, efetividade e segurança jurídica, surge a prejudicial de se determinar o resultado do julgamento dos processos administrativos, processo nº 13018.000174/2002-03 e ao processo nº 11020.003765/2009-26, de exclusão do SIMPLES, posto

que tais processos produzem efeitos diretamente no presente processo nº 11020.001879/201075 veiculado pelo AIOP nº 37.277.8496.

[...]

CONCLUSÃO

CONVERTER o presente processo em DILIGÊNCIA para que a Unidade da Receita Federal do Brasil de jurisdição do Recorrente informe:

(i) o resultado final dos julgamentos dos processos administrativos nº 13018.000174/2002-03 e nº 11020.003765/2009-26, de exclusão do SIMPLES, no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, com a conseqüente coisa julgada administrativa;

(ii) bem como, se há processo judicial na qual a Recorrente seja parte, por qualquer modalidade processual, com o mesmo objeto do presente processo administrativo-tributário.

Posteriormente, a Recorrente apresentou aditamento ao Recurso Voluntário (537/540) arguindo, em síntese, o seguinte:

(i) Que, em 09/12/2008, a autoridade fiscal, juntamente com a Polícia Federal de Passo Fundo/RS, com base no mandado de busca e apreensão decorrente da Medida Cautelar nº 2008.71.13.001793-3, comparecerem à sua sede para buscar e apreender todos os documentos que ali se encontravam, o que ocorreu, também, nas residências de seus sócios e gerentes. Contudo, o STJ, no julgamento do HC 211.393/RS, anexado aos autos (fls. 541/557) anulou a medida cautelar indicada anteriormente, determinou a devolução dos documentos e objetos apreendidos e reconheceu a ilicitude da prova obtida e a ilegalidade de sua utilização para fins de dar início a ação fiscal;

Desta forma, requer:

“a) o recebimento da presente manifestação e seu anexo;

b) por força da decisão judicial do STJ, em decorrência dele, se há nulidade no processo de constituição do crédito tributário pela ilegalidade na forma de obtenção das 'supostas' provas que consubstanciaram os autos de infração (as quais devem ser devolvidas), e da quebra do sigilo bancário, é de ser declarado nulo o lançamento, sendo cancelada integralmente a pega fiscal.”

Após, em cumprimento à diligência determinada na Resolução nº 2403-000.144 (fls. 522/536), a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Caxias do Sul/RS apresentou a seguinte informação fiscal:

“1) que a decisão definitiva quanto ao pedido objeto do processo administrativo fiscal nº 13016.000174/2002-03 ocorreu na data do trânsito em julgado (18/04/13) da decisão judicial na ação ordinária ajuizada pela pessoa jurídica ÍCARO ARTEFATOS DE METAIS LTDA., sob nº 2004.71.04.0036532 (recurso especial RESP nº 1.277.129), através da qual o poder judiciário determinou:

1.1) o cancelamento do ADE DRF/CXL n° 25, de 27/05/03, então instrumento formal do cancelamento da inscrição da pessoa jurídica no CNPJ: e,

1.2) a inclusão da pessoa jurídica no regime de tributação denominado SIMPLES FEDERAL, relativamente ao ano-calendário de 2001 (05/06/01 a 31/12/01), exercício 2002;

2) que, portanto, a decisão definitiva no processo n° 13016.000174/2002-03, não guarda relação direta com os lançamentos objetos dos processos administrativos fiscais n° 11020.003765/2009-26 (IRPJ, CSLL, COFINS e PIS), 11020.003766/2009-71, (IPI), 11020.001879/2010-75 (contribuições previdenciárias), e 11020.001880/2010-08 (contribuições sociais gerais terceiros), haja vista que tal decisão judicial refere-se ao ano-calendário de 2001 (05/06/01 a 31/12/01), exercício 2002;

3) que o ADE DRF/CXL n° 95, de 30/11/09, através do qual formalizou-se a exclusão da pessoa jurídica ÍCARO ARTEFATOS DE METAIS LTDA. do regime de tributação denominado SIMPLES FEDERAL, relativamente aos anos-calendários de 2004, 2005, 2006, 2007 e 2008, o qual guarda relação direta com os lançamentos objetos deste processo e do processo n° 11020.001880/2010-08, está sob julgamento nos processos administrativos fiscais n° 11020.003765/2009-26 (aguardando decisão em recurso voluntário) e 11020.003766/2009 –71 (aguardando decisão em recurso especial); e,

4) que, no hábeas-corpus n° 211393/STJ objeto do processo n° 2011/01501154/STJ, o poder judiciário pronunciou-se acerca de provas apreendidas e carreadas para os processos administrativos fiscais.”

Ao tomar ciência acerca da referida informação fiscal, a 4ª Câmara/3ª Turma Ordinária, em 22/01/2014 por meio da resolução n° 2403-000.216 (fls. 561/580) decidiu converter, mais uma vez, o julgamento em diligência, sob os mesmos fundamentos da resolução anterior. Assim, determinou o seguinte:

“DA NECESSIDADE DE NOVA DILIGÊNCIA FISCAL

Desta forma, considerando-se os princípios da celeridade, efetividade e segurança jurídica, surge a prejudicial de se determinar o resultado do julgamento dos processos administrativos, processo n° 11020.003765/2009-26 e n° 11020.003766/2009 –71 posto que tais processos produzem efeitos diretamente no presente processo n° 11020.001879/2010-75 veiculado pelo AIOP n° 37.277.8496.

[...]

CONCLUSÃO

CONVERTER o presente processo em DILIGÊNCIA para que a Unidade da Receita Federal do Brasil de jurisdição do Recorrente:

(i) Anexe aos autos o resultado final dos julgamentos dos processos administrativos n° processo n° 11020.003765/2009-26 e n° 11020.003766/2009 –71, de exclusão do SIMPLES, no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, com a conseqüente coisa julgada administrativa;

(ii) bem como, se há processo judicial na qual a Recorrente seja parte, por qualquer modalidade processual, com o mesmo objeto do presente processo administrativotributário.”

Recentemente, a Recorrente juntou nova petição (fls 584/595) apresentando fatos supervenientes ao Recurso Voluntário. Desta forma, alegou, em síntese, o seguinte:

(i) Que o processo administrativo nº 11020.003765/2009-26 foi anulado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em julgamento, no dia 05/07/2016, nos autos do processo nº 5038270-74.2015.4.04.7100, conforme acórdão juntado aos presentes autos (fls. 614/622). Assim, tendo em vista a decisão judicial, não poderiam permanecer os lançamentos do presente procedimento administrativo.

Desta forma, requer:

“a) o recebimento da presente manifestação e seus anexos;

b) por força da decisão judicial do STJ, bem como pela decisão do TRF da 4ª Região, o reconhecimento da nulidade do crédito tributário constante dos processos relativos à contribuições previdenciárias, de n.ºs. 11020.001879/2010-75 e 11020.001880/2010-08, pela ilegalidade na forma de obtenção dos documentos que consubstanciaram estes autos de infração, cancelando-se integralmente tais lançamentos.”

É o relatório.

Voto

Conselheira Luciana Matos Pereira Barbosa- Relatora

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

A Recorrente foi cientificada da r. decisão em debate no dia 03/05/2011 conforme AR juntado às fls. 453, e o presente Recurso Voluntário foi apresentado, TEMPESTIVAMENTE, no dia 24/05/2011, razão pela qual CONHEÇO DO RECURSO já que presentes os requisitos de admissibilidade.

2. DO MÉRITO

2.1 Da nulidade do lançamento

Após a interposição do Recurso Voluntário, a Recorrente apresentou informações relevantes para o deslinde do presente processo, quais sejam: a decisão do STJ (HC 211.393/RS), que reconheceu a ilicitude da concessão da medida cautelar de busca e apreensão de documentos em sua sede e na de seus representantes e gerentes, onde houve, portanto, a quebra de sigilo fiscal de forma ilegal, e a decisão do TRF4, nos autos do processo nº 5038270-74.2015.4.04.7100, que anulou o processo administrativo nº 11020.003765/2009-26 (Auto de Infração de Obrigação Principal).

Nesse diapasão, impende destacar que a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Caxias do Sul/RS, em cumprimento à diligência determinada na Resolução nº 2403-000.144 (fls. 522/536), apresentou a seguinte informação fiscal:

“1) que a decisão definitiva quanto ao pedido objeto do processo administrativo fiscal nº 13016.000174/2002-03 ocorreu na data do trânsito em julgado (18/04/13) da decisão judicial na ação ordinária ajuizada pela pessoa jurídica ÍCARO ARTEFATOS DE METAIS LTDA., sob nº 2004.71.04.0036532 (recurso especial RESP nº 1.277.129), através da qual o poder judiciário determinou:

1.1) o cancelamento do ADE DRF/CXL nº 25, de 27/05/03, então instrumento formal do cancelamento da inscrição da pessoa jurídica no CNPJ: e,

1.2) a inclusão da pessoa jurídica no regime de tributação denominado SIMPLES FEDERAL, relativamente ao ano-calendário de 2001 (05/06/01 a 31/12/01), exercício 2002;

2) que, portanto, a decisão definitiva no processo nº 13016.000174/2002-03, não guarda relação direta com os lançamentos objetos dos processos administrativos fiscais nº 11020.003765/2009-26 (IRPJ, CSLL, COFINS e PIS), 11020.003766/2009-71, (IPI), 11020.001879/2010-75 (contribuições previdenciárias), e 11020.001880/2010-08 (contribuições sociais gerais terceiros), haja vista que tal decisão judicial refere-se ao ano-calendário de 2001 (05/06/01 a 31/12/01), exercício 2002;

3) que o ADE DRF/CXL nº 95, de 30/11/09, através do qual formalizou-se a exclusão da pessoa jurídica ÍCARO ARTEFATOS DE METAIS LTDA. do regime de tributação denominado SIMPLES FEDERAL, relativamente aos anos-calendários de 2004, 2005, 2006, 2007 e 2008, o qual guarda relação direta com os lançamentos objetos deste processo e do processo nº 11020.001880/2010-08, está sob julgamento nos processos administrativos fiscais nº 11020.003765/2009-26 (aguardando decisão em recurso voluntário) e 11020.003766/2009 –71 (aguardando decisão em recurso especial); e,

4) que, no hábeas-corpus nº 211393/STJ objeto do processo nº 2011/01501154/STJ, o poder judiciário pronunciou-se acerca de provas apreendidas e carreadas para os processos administrativos fiscais.”

Ao compulsar os autos, percebe-se que a análise do mérito do presente Recurso Voluntário dependia, diretamente, do julgamento dos processos administrativos fiscais nº 11020.003765/2009-26 e 11020.003766/2009 –71.

Contudo, conforme se verifica da documentação acostada pela Recorrente, o processo nº 11020.003765/2009-26 foi anulado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cujo trecho do Acórdão abaixo se reproduz:

“[...]

Não obstante a reprobabilidade das práticas adotadas pela empresa, o artigo 5º, LVI, da CF/88 veda, incondicionalmente, provas obtidas por meios ilícitos, as quais contaminam, inclusive, o procedimento fiscal delas decorrente. Neste caso, o disposto no artigo 195 do CTN e no artigo 7º, II, do Decreto nº 70.235/72, esbarram nesta garantia constitucional, cujos efeitos limitam, inclusive, o poder fiscalizatório do Estado em face do administrado.

De outro lado, cabe referir, 'obiter dictum', que o STJ não fez qualquer ressalva no que toca aos efeitos da declaração de ilicitude.

Assim, segundo o Direito pátrio, os lançamentos de ofício de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS consubstanciados no PAF nº 11020.003.765/2009-26 ,estão eivados de nulidade.”

Em face do exposto, aa Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial (Resp 164.163-5/RS), que, por sua vez, teve a seguinte decisão monocrática proferida pelo eminente Ministro Gurgel de Faria, em 21/05/2018. Confira-se:

“[...]

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL

Como acima se observa, o fundamento do acórdão recorrido é no sentido de que as disposições dos arts. 195 do CTN e 7º, II, do Decreto nº 70.235/72 encontram limite no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, razão pela qual estariam vedadas, incondicionalmente, provas obtidas por meios ilícitos no processo administrativo tributário.

Nesse contexto, não há violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, pois o órgão judicial externou fundamentação adequada, coerente e suficiente à solução da controvérsia, não sendo obrigado, por isso, à manifestação a respeito de teses recursais sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e sobre a "teoria da fonte independente", uma vez que estas ficam prejudicadas ante a norma constitucional que impõe a não admissão de provas obtidas por meios ilícitos. De outro lado, considerada a natureza constitucional do fundamento do acórdão recorrido, verifica-se que o recurso especial não serve à sua revisão, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

Entretanto, em razão de o recurso especial ter sido interposto na vigência do CPC/2015, possível a invocação do princípio da fungibilidade, sendo imperiosa a concessão de prazo de 15 dias para a Fazenda Nacional adequar suas razões recursais, nos termos do art. 1.032 do CPC/2015.

Ante o exposto, com base no art. 255, § 4º, I, do RI-STJ, NÃO CONHEÇO do recurso especial de ÍCARO ARTEFATOS DE METAIS LTDA; e, com base no art. 1.032 do CPC/2015, determino a intimação da Fazenda Nacional para que, no prazo de 15 dias, demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional indicada.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 21 de maio de 2018.

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator”

De outra banda, com relação ao processo nº 11020.003766/2009-71, vale destacar que a 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária do CARF decidiu dar provimento ao Recurso Voluntário para cancelar o lançamento discutido naquele processo. Vejamos:

“Acórdão: 1402-002.469

Número do Processo: 11020.003766/2009-71

Data de Publicação: 23/06/2017

Contribuinte: ICARO ARTEFATOS DE METAIS LTDA

Relator(a): LUIZ AUGUSTO DE SOUZA GONCALVES

*Ementa: Assunto: Processo Administrativo Fiscal Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 **LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PROVA ILÍCITA. DECISÃO JUDICIAL DEFINITIVA. NULIDADE.** Havendo decisão judicial, transitada em julgado, considerando ilícito o mesmo conjunto probatório utilizado pela Autoridade Fiscal para constituir o crédito tributário, deve ser anulado o lançamento de ofício.”*

Ora, percebe-se que em virtude da decisão emanda pelo egrégio TRF da 4ª Região e da decisão do próprio CARF, nos autos do processo 11020.003766/2009-71, não há como manter o lançamento de ofício dos presentes autos, pois seria necessária a existência de decisão em desfavor da Recorrente nos processos principais, haja vista a relação direta do objeto daqueles com relação a este, conforme informação apresentada pela própria Delegacia da Receita Federal do Brasil de Caxias do Sul/RS.

Ademais, merece destaque o fato de que o STJ, no julgamento do HC 211.393/RS considerou ilícito o conjunto probatório que deu base aos processos principais, o que foi destacado inclusive pelo CARF quando do julgamento do Processo Administrativo Fiscal nº 11020.003766/2009-71, situação que não pode, jamais, ser desconsiderada por este órgão julgador.

Se o presente processo está diretamente atrelado a outro principal, a existência de ilicitude reconhecida pelo Poder Judicial com relação a este último impede o prosseguimento do acessório, já que a ilicitude se estende aos demais processos advindos do primeiro, pois influenciado pelo conjunto probatório ilícito.

A C. 2ª Turma Ordinária deste CARF já decidiu no mesmo sentido em processo que versava sobre essa matéria. Confira-se a ementa e trechos do Acórdão nº 1402.001.510, de relatoria do I. Conselheiro Paulo Roberto Cortez, publicado em 10/02/2014:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2003, 2004, 2005

RECURSO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA DO DIREITO DA FAZENDA NACIONAL CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IRPJ.PIS.COFINS. CSLL. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE E/OU INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DO PRAZO. Na inexistência de pagamento antecipado ou nos casos em que for caracterizado o evidente intuito de fraude, a contagem dos cinco anos deve ser a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado, em conformidade com o art. 173, inciso I, do Código

Tributário Nacional. Ultrapassado esse lapso temporal sem a expedição de lançamento de ofício operase a decadência, a atividade exercida pelo contribuinte está tacitamente homologada e o crédito tributário extinto, nos termos do artigo 150, §4º e do artigo 156, inciso V, ambos do Código Tributário Nacional.

RECURSO VOLUNTÁRIO NORMAS PROCESSUAIS. PROVA ILÍCITA. DECISÃO JUDICIAL.

Havendo decisão judicial, transitada em julgado, considerando ilícitas as provas representadas por documentos e/ou informações, utilizadas pela autoridade fiscal para constituir o crédito tributário, é de se considerar nulo os lançamentos efetuados.

(...) Assim, de acordo com os documentos trazidos pela Diligência, resta comprovado que a) o auto de infração se baseia integralmente nas provas obtidas na busca e apreensão realizada pelas operações “Pista Livre/Cevada”; b) tais provas foram integralmente declaradas ilícitas pelo judiciário; e c) as decisões judiciais (STJ e 1ª Vara Federal de Itaboraí) são definitivas.

Diante disso, entendo que, *s.m.j*, a este órgão administrativo cabe curvar-se às citadas decisões judiciais, o que implica fatalmente na insubsistência do presente auto de infração.

Desta forma, deve ser acolhido o pleito do Recorrente para cancelar integralmente os lançamentos discutido nestes autos, em face de sua nulidade.

3. CONCLUSÃO:

Pelos motivos expendidos, **CONHEÇO** do Recurso Voluntário, para no mérito **DAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos do relatório e voto.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luciana Matos Pereira Barbosa.