



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

Processo n° 11020.001880/2010-08
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-005.546 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de junho de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente ICARO ARTEFATOS DE METAIS LTDA
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 37.277.850-0 de fl. 2, lavrado em decorrência do não recolhimento de contribuições sociais previdenciárias, que apurou o crédito tributário no montante de R\$ 63.593,96 (sessenta e três mil e quinhentos e noventa e três reais e noventa e seis centavos), já acrescido de juros e multa moratória, referente às seguintes competências de lançamento do crédito tributário: 01/2005 a 06/2007.

Consta do Relatório Fiscal (fls. 28/37) 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. *Além de dispensar microempresas e empresas de pequeno porte do pagamento das demais contribuições instituídas pela União, o SIMPLES incluía no pagamento mensal unificado as contribuições patronais previdenciárias. Com a exclusão da empresa do regime simplificado, restabelecem-se igualmente as contribuições devidas pela empresa destinadas à Seguridade Social, as quais são objeto do Auto de Infração DEBCAD nº 37.277.849-6.*

[...]

9 - DOS LEVANTAMENTOS

[...]

9.2.1. *Em razão da exclusão da empresa do SIMPLES, este levantamento engloba as contribuições destinadas a outras entidades e fundos, correspondentes a seu enquadramento no Fundo de Previdência e Assistência Social-FPAS sob o código 507 - aplicável, a exemplo da autuada, às indústrias em geral - , quais sejam Salário-Educação, INCRA, SESI, SENAI e SEBRAE, a cargo da empresa, relativamente às competências 01/2005 a 06/2007, incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados empregados a seu serviço.*

11 - DA MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES RELACIONADAS À GFIP

[...]

12. *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. 32, 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 e outras informações, 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 destinadas a outras entidades e fundos por ela devidas, de resto não recolhidas.

13 - DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO APURADO

13.1. Pelos fatos apurados, fica imputada ao sujeito passivo ícaro Artefatos de Metais Ltda. a responsabilidade pelo crédito tributário constituído pelo presente Auto de Infração, no montante consolidado de R\$ 63.593,96 (sessenta e três mil, quinhentos e noventa e três reais e noventa e seis centavos), relativo às contribuições sociais destinadas a outras entidades e fundos - Salário-Educação, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE - , incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados a seu serviço [...]

[...]”

Devidamente cientificado do lançamento em 05/07/2010 (fl. 41), a Interessada apresentou impugnação tempestiva (fls. 42/83), 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 as contribuições destinadas ao SEBRAES e ao INCRA são ilegais e inexigíveis. Nesse sentido, junta jurisprudências;

(iii) 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

(iv) 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.

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 **09-33.872 da 5ª Turma da DRJ/JFA**, às fls. 98/103, julgando improcedente a impugnação apresentada, mantendo o crédito tributário exigido na sua integralidade. Recorde-se:

“Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

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

CONTRIBUIÇÕES A OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS.

A empresa é obrigada a recolher as contribuições sociais devidas a outras entidades e fundos, nos termos da legislação tributária.

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.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Inconformada com a decisão exarada pelo órgão julgador *a quo*, a Recorrente interpôs **Recurso Voluntário** às fls. 107/142, argumentando o que segue:

(i) Preliminarmente, que fosse reconhecida a decadência do lapso temporal compreendido entre 01/01/2005 e 04/07/2005, conforme raciocínio exarado no processo 11020.001879/2010-75. Argumento, reiterado, inclusive, no mérito;

(ii) No mérito, que a exigência da cobrança do INCRA seria ilegítima, seja por sua substituição por uma contribuição patronal que a englobaria, seja por onerar os contribuintes vinculados à Previdência Urbana;

(iii) Que a cobrança do SEBRAE é inconstitucional pelo fato de ser a instituição de contribuição sobre outras contribuições. Ademais, inexistente lei complementar para tratar de sua criação, o que seria exigido pelo artigo 149 da Constituição Federal;

(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 considerada a preliminar suscitada, aplicando-se o raciocínio exarado no processo 11020.001879/2010-75, no que diz respeito a decadência no presente feito - reconhecendo-se a decadência do lapso temporal compreendido entre 01.01.2005 e 04.07.2005;

b) por ocasião do julgamento do mérito, seja dado TOTAL PROVIMENTO ao presente Recurso Voluntário, reformando-se integralmente o Acórdão n.º. 09-33.872 - 5º Turma da DRJ/JFA, com o fito de que seja declarado totalmente nulo o a peça fiscal do Auto de Infração DEBCAD n.º. 37.277.850-0 (inclusive no que concerne a juros, correção monetária e multa), processo n.º. 11020.001880/2010-08, eis que:

b. 1) os efeitos da exclusão do SIMPLES da ora recorrente somente podem surtir seus efeitos a partir do ato formalizador da exclusão - in casu, o Ato Declaratório DRF/CXL n.º. 95, de 30.11.2009, sendo o período autuado compreendido entre 01/2005 a 06/2007;

b.2) ser a contribuição ao INCRA descabida no caso em comento;

b.3) ser a contribuição ao SEBRAE externa ao nosso ordenamento pátrio, em vista de não observância de questões constitucionais para sua instituição e exigência;

c) caso não julgado integralmente procedente o Recurso Voluntário ora interposto, seja-lhe, então, dado parcial provimento, objetivando:

c 1) o reconhecimento da decadência do lapso temporal compreendido entre 01.01.2005 e 04.07.2005 - aplicando-se o raciocínio exarado no processo 11020.001879/2010-75 (apenso a este feito), e;

c.2) a exclusão dos juros sobre a multa, por força do julgamento-paradigma proferido pelo Primeiro Conselho de Contribuintes, da Terceira Câmara, no Recurso de nº; 161331, processo nº: 10680.002472/2007-23, Acórdão n.º; 103-23428 – em decorrência da observância ao princípio constitucional da isonomia.”

Após a interposição do Recurso Voluntário, a 4ª Câmara/3ª Turma Ordinária decidiu, em 17/04/2012, por meio do Despacho nº 2403.045 (fls. 148/149), 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 (13018.000174/2002-03).

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. 150), 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.151/153).

Desta forma, a 4ª Câmara/3ª Turma Ordinária, por meio da Resolução nº 2403-000.152 (fls. 154/166), decidiu converter o processo em diligência sob os seguintes argumentos:

“Conforme o Relatório Fiscal, os processos de exclusão do SIMPLES se referem ao processo n.º 13018.000174/200203 e ao processo n.º 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 n.º 13018.000174/200203, posto que a competência para tal julgamento é da 1.ª 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 n.º 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 n.º 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 n.º 13018.000174/2002-03 e ao processo n.º 11020.003765/2009-26, de exclusão do SIMPLES, posto que tais processos produzem efeitos diretamente no presente processo n.º 11020.001880/201008 veiculado pelo AIOP n.º 37.277.8500.

[...]

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 n.º 13018.000174/2002-03 e n.º 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 (167/170) 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 n.º 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. 173/189) 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 2403-000.152 (fls. 154/166), a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Caxias do Sul/RS apresentou a seguinte informação fiscal (fls. 190):

“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 tomar ciência acerca da referida informação fiscal, a 4ª Câmara/3ª Turma Ordinária, em 22/01/2014 por meio da resolução nº 2403-000.217 (fls. 191/208) 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 nº 11020.003766/2009 – 71 e ao processo nº 11020.003765/2009-26, de exclusão do SIMPLES, posto que tais processos produzem efeitos diretamente no presente processo nº 11020.001880/201008 veiculado pelo AIOP nº 37.277.8500.

[...]

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 nº processo nº 11020.003765/2009-26 e nº 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 210/221) 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 nºs. 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. 106, e o presente Recurso Voluntário foi apresentado, TEMPESTIVAMENTE, no dia 27/05/2011, razão pela qual CONHEÇO DO RECURSO já que presentes os requisitos de admissibilidade.

3. DO MÉRITO

3.1 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.

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 dos 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, 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.

Processo nº 11020.001880/2010-08
Acórdão n.º **2401-005.546**

S2-C4T1
Fl. 9

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.