



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

Processo nº 11065.721221/2011-48
Recurso nº 932.209 Voluntário
Acórdão nº **2301-002.956 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 12 de julho de 2012
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente EMBALAGEM CARTON PACK LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/07/2010

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – MPF. NORMAS PROCEDIMENTAIS. LEGITIMIDADE PARA O INÍCIO AÇÃO FISCAL. DESAMPARADO DO RESPECTIVO MPF. NULIDADE. VICIO MATERIAL.

O Mandado de Procedimento Fiscal – MPF confere aos lançamentos e autuações legitimidade decorrente dos motivos e informações nele declarados. É também instrumento que tem regramento próprio de observância vinculada, essencial para a submissão do sujeito passivo à fiscalização tributária.

O início de fiscalização sem a devida cobertura de Mandado de Procedimento Fiscal acarreta a nulidade, por vício material, ante a prejudicialidade absoluta do ato praticado pelo fiscal maculando, assim, todo o conteúdo do ato perpetrado pelo auditor fiscal.

Processo anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em anular o lançamento pela existência de vício material, nos termos do voto do Relator. Vencidos os

Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram pela ausência de vício.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzáles Silvério, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa Embalagem Carton Pack LTDA, em face do acórdão prolatado pela 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Porto Alegre, que julgou improcedente a impugnação mantendo o crédito tributário, do período de 01/2009 a 07/2010.

2. Conforme o relatório fiscal (ff. 32/37) foram apurados por aferição indireta os créditos previdenciários (parte patronal e dos segurados empregados e contribuintes individuais) e contribuições de terceiros (FNDE, INCRA, SESI/SENAI e SEBRAE). O crédito foi constituído com base na remuneração paga devida ou creditada aos segurados empregados e contribuintes individuais, informados nas folhas de pagamento e Guias de Recolhimento e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP.

3. A fiscalização destaca que os segurados constantes nas folhas de pagamento da empresa Incapel Indústria de Caixas de Papelão LTDA, que presta suposto serviço de terceirização para a recorrente, foram considerados empregados e contribuintes individuais da empresa Carton Pack, sendo constatado que as empresas envolvidas possuem administração única consubstanciada nos membros da mesma família, bem como compartilham do mesmo espaço físico e atendimento telefônico. Assim, a base de lançamento foi derivada da tributação de parcelas devidas ao INSS em face da recorrente utilizar-se de terceiras empresas que realizavam parte da industrialização.

4. O acórdão vergastado manteve o débito lançado e restou ementado nos termos da ementa que ora transcrevo:

“AI Debcad nº 37.304.455-0

***AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL.
CONTRIBUIÇÕES A CARGO DA EMPRESA.***

AI Debcad nº 37.304.454-2

***AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL.
CONTRIBUIÇÕES DOS SEGURADOS EMPREGADOS E
CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS.***

AI Debcad nº 37.304.456-9

AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS A TERCEIROS.

ARGÜIÇÃO DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. SIMULAÇÃO. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. RECOLHIMENTOS. MULTA QUALIFICADA. PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

O Auto de Infração que observa o regramento administrativo próprio à espécie, garante o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, não gerando a nulidade do lançamento.

O lançamento é efetuado e revisto de ofício quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação.

No tocante à relação previdenciária, os fatos devem prevalecer sobre a aparência que, formal ou documentalmente, possam oferecer, ficando a empresa autuada, na condição de efetiva beneficiária do trabalho dos segurados que lhe prestaram serviços através de empresa interposta, obrigada ao recolhimento das contribuições devidas.

Os recolhimentos efetuados por uma empresa não aproveita outra.

Cabível a aplicação da multa qualificada quando constatado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se nas hipóteses previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

A autoridade julgadora de primeira instância poderá indeferir a perícia solicitada pelo sujeito passivo, quando entender que tal medida é prescindível.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido” (ff. 617/618)

5. Buscando reverter a decisão de primeira instância, o contribuinte apresentou recurso voluntário aduzindo em síntese:

- a) preliminarmente, alega que a autoridade lançadora não demonstrou a presença dos elementos capazes de justificar o lançamento, e nem indicou os documentos que suportaram as conclusões tomadas, omissão essa que acarretaria postergação do princípio da ampla defesa e do contraditório;
- b) afirma categoricamente que houve violação ao direito de defesa, porque a Incapel, a empresa terceirizada, não foi intimada a se manifestar, sendo parte necessária no feito;
- c) entende que no presente caso, o sujeito passivo foi indicado de forma incorreta, pois, em realidade, caso seja mantido o lançamento, eventual procedimento realizado contrariamente à lei deveria ser imputado à Incapel;

d) no mérito, declara que as empresas objeto da análise são distintas, pois foram criadas em momentos diferentes e que o fato de um dos sócios da empresa Incapel ser casada com um sócio da empresa recorrente não implica em irregularidade;

e) ressalta que não há irregularidade no fato das empresas que possuem atividade correlata trabalharem juntas, pois cada uma possui seus funcionários e que às informações contidas nas GFIPs e notas fiscais de ambas as empresas na qual indica o mesmo endereço não é prova para suportar o entendimento da fiscalização que as empresas são contíguas. Afirma também que não houve planejamento tributário e nem simulação;

f) aduz ainda que, não ocorreu o desmembramento de uma empresa visando a redução da carga tributária, sendo que houve a união de esforços de duas empresas visando maximizar seus procedimentos;

g) afirma que não omitiu qualquer informação em sua folha de pagamento e que o lançamento não traz as provas do vínculo de emprego, através da comprovação da pessoalidade e subordinação direta dos empregados da empresa terceirizada, conforme dispõe o enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho – TST;

h) contesta que não incorreu em qualquer das figuras que caracteriza a sonegação fiscal; que não praticou qualquer ato omissivo ou doloso, posto que agiu conforme a lei, apresentando ao INSS todas as informações exigidas em GFIP e quitando os tributos devidos;

i) afirma o direito de compensação dos valores pagos pela empresa Incapel, já que a fiscalização entende que os funcionários da empresa terceirizada são na verdade empregados da recorrente e a dedução do salário família e maternidade também pagos pela terceira empresa;

j) aduz que, como não houve a falta de recolhimento das contribuições sociais previdenciárias, e não há tributo a ser lançado, diz que a única multa passível de lançamento é a prevista no art. 32-A da Lei nº 8.212/91;

l) requer a realização de perícia para demonstrar que a empresa terceirizada, Incapel, é independente e apresenta quesitos para serem respondidos pelo fisco, conforme (f. 714) do recurso voluntário.

6. Sem contrarrazões por parte do Fisco, os autos foram encaminhados à apreciação e julgamento por este Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1. Conheço do recurso voluntário, uma vez que atende aos pressupostos de admissibilidade.

DO INÍCIO DA FISCALIZAÇÃO AUSÊNCIA DE MPF

2. Inicialmente, enfrento a questão da regularidade do procedimento fiscalizatório, uma vez que identifico que o auditor fiscal iniciou a fiscalização na empresa, inclusive colhendo informações e dados fiscais, sem, contudo, estar respaldado pelo devido Mandado de Procedimento Fiscal. Registro ainda que a matéria deve ser conhecida de ofício por se tratar de ato procedimental essencial a fiscalização.

3. As provas carreadas nos autos demonstram que o auditor fiscal apresentou o MPF nº 10.1.07.00.2010-01627, datado de 18/08/2010, e recebido pelo contribuinte em 19/08/2010. Em seguida apresentou o MPF nº 10.1.07.00-2010-01621, datado de 21/10/2010, e recebido pela empresa em 22/10/2010.

4. Ocorre que o MPF “01621” foi emitido somente em 21/10/2010, ao invés de 05/08/2010, como informado no documento fiscal e nos termos do relatório fiscal e o MPF “01627” foi exarado em 18/08/2010. De maneira que o lapso temporal de quase duas semanas entre as datas de início da fiscalização e a emissão dos mandatos determina que houve irregularidade na atuação fiscal. Reforça meu entendimento o cotejamento entre as datas apostas nos documentos e a informação trazida pelo próprio auditor (f. 32): “Foi emitido o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 10.1.07.00-2010-01621, em 05/08/2010, nos termos da Portaria nº 11.371, de 12/12/2007, determinando esta ação fiscal”.

5. A legislação, salvo exceções, exige a expedição regular de Mandado de Procedimento Fiscal para a instauração e execução de procedimento fiscalizatório. Esse é o teor dos dispositivos que tratam da matéria:

“Portaria nº 11.371/2007:

Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos a tributos administrados pela RFB serão executados, em nome desta, pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil (AFRFB) e instaurados mediante Mandado de Procedimento Fiscal (MPF).

Parágrafo único. Para o procedimento de fiscalização será emitido Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização (MPF-F), e no caso de diligência, Mandado de Procedimento Fiscal - Diligência (MPF-D).

“Decreto nº 3.724/2001:

Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil serão executados, em nome desta, pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e somente terão início por força de ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), instituído mediante ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil”.

“Decreto 70.235/1972:

Art. 7º O procedimento fiscal tem início com:

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;

III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos”.

6. Ainda segundo a mesma Portaria, entende-se por fiscalização as ações que objetivam a verificação do cumprimento das obrigações tributárias, por parte do sujeito passivo (art. 3º) . Com isso, resta demonstrado que a fiscalização iniciou o procedimento fiscalizatório sem a cobertura do respectivo MPF, colhendo, inclusive, informações essenciais ao lançamento fiscal, conforme se descreve do lançamento fiscal: *“Em visita a filial 01-Cruzeiro do sul, a Incapel, podemos observar o que segue: - o endereço das duas empresas é o mesmo, Travessa Kolling nº 60. – única entrada e saída para ambas empresas. – dois relógios ponto, lado a lado na única entrada das empresas. – refeitório único. – única sala para atendimento onde fui recepcionado pela empregada Tamires, registrada na Incapel. Solicitei a Tamires permissão para conhecer o parque fabril, esta ligou para Sra. Marisa (sócia administradora da Incapel) solicitando a permissão para o meu pedido, que foi negado. Pedi então para falar ao telefone com a Sra. Marisa e esclareci que era apenas visita de rotina, ao que fui autorizado acompanhado do Sr. Jair (Incapel). Passamos a visita confirmando entrada única, ambiente de trabalho único, questionamos ao Sr. Jair que empregados eram da Incapel ou Carton Pack, ao que me respondeu que não sabia identificar se eram da Incapel ou da Carton Pack, e realmente não tínhamos como identificar onde iniciava ou terminava esta ou àquela empresa. – nas duas oportunidades de diligência na filial 01(Cruzeiro do Sul) e Incapel, não encontramos a sócia administradora da Incapel Sra. Marisa. – as empresas estão situadas em um mesmo espaço físico (prédio, terreno)”.*

7. Reconheço que o prazo para emissão do MPF pode ser iniciado posteriormente a ação fiscal, excepcionalmente, nos casos previstos no artigo 5º da Portaria 11.371 quando houver a demonstração de “flagrante constatação de contrabando, descaminho ou qualquer outra prática de infração à legislação tributária ou previdenciária, em que o retardo do início do procedimento fiscal coloque em risco os interesses da Fazenda Nacional, pela possibilidade de subtração de prova, o AFRFB deverá iniciar imediatamente o procedimento

fiscal, e, no prazo de cinco dias, contado da data do início do mesmo, será emitido Mandado de Procedimento Fiscal Especial (MPF-E), do qual será dada ciência ao sujeito passivo”.

8. Entretanto, a fiscalização não traz qualquer informação no sentido de enquadrar a situação do contribuinte à exceção prevista na norma, de tal forma que o procedimento adotado pelo agente do fisco contraria as regras legais estabelecidas para corroborar o seu trabalho.

9. O prejuízo para o contribuinte é patente, haja vista que foi obrigado a prestar informações e apresentar dados fiscais contrariamente ao que dispõe as normas. Além do mais estamos imbuídos em observar o controle de legalidade dos atos administrativos. Dentro do estado de Direito e do que dispõe o artigo 142 do CTN admite-se que o representante do fisco possa adentrar nas empresas para executar o seu trabalho de fiscalização, contudo, deve estar coberto pelo respectivo MPF, sob pena de estabelecer verdadeira desordem em nosso sistema jurídico.

10. Vale ressaltar que o Mandado de Procedimento Fiscal MPF confere aos lançamentos e autuações legitimidade de que decorreram dos motivos e informações nele declarados sendo, ainda, instrumento de controle da atividade de fiscalização, o que efetivamente não se observa no presente caso.

11. Outra causa de nulidade que deixo registrada, no meu entender, é a ausência de notificação da empresa Incapel, preterindo o seu direito da ampla defesa e do contraditório, considerando que a referida empresa sofreu efetivamente os efeitos do lançamento com o enquadramento de seus empregados como se fossem da empresa Carton Pack.

12. Havendo a desconsideração de relação jurídica, a não intimação da empresa Incapel configura-se como afronta às regras do lançamento fiscal, notadamente porque estamos a falar de empresa optante pelo SIMPLES, portanto com regime próprio de tributação. Ausente esse procedimento o fisco violou o direito da ampla defesa e do contraditório, no que resulta na declaração de nulidade do ato praticado.

13. Feita estas considerações e com base no art. 59 do Decreto 70.235/1972, voto por anular o lançamento fiscal, por vício material, ante a prejudicialidade absoluta do ato praticado pelo fiscal maculando, assim, todo o conteúdo do ato perpetrado pelo auditor fiscal.

CONCLUSÃO

14. Dado o exposto, voto por ANULAR o processo, por vício material, nos termos acima delineados.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator

CÓPIA