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

RESOLUÇÃO GERADA NO PGD-CARF PROCESSO 11634.720457/2011-65
COPIA

Processo nº	11634.720457/2011-65
Recurso nº	Voluntário
Resolução nº	**2401-000.311 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data	14 de agosto de 2013
Assunto	Solicitação de Diligência
Recorrente	HF INDÚSTRIA E COMERCIO DE BATERIAS LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

RESOLVEM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Carolina Wanderley Landim e Ricardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digital
mente em 26/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 26/08/2013
por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 28/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

RELATÓRIO

CÓPIA

Os presentes Autos de Infração de Obrigação Principal, lavrados sob o n. DEBCAD nº 50.000.0670 (fls. 03/19) e nº 50.000.0689 (fls. 20/36), em desfavor da recorrente tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa, incluindo as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, e s destinada a terceiros, levantadas sobre os valores pagos a pessoas físicas na qualidade de empregados e contribuintes individuais no período de 01/2009 a 12/2010.

Conforme consta do Relatório Fiscal (fls. 37/42), o sujeito passivo foi excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES (Lei nº 9.317/96), a partir de 01/01/2007, pelos Atos Declaratórios Executivos nº 85 e nº 86, de 16/12/2010, por excesso de receita bruta em relação ao limite de R$ 2.400.000,00, no ano calendário de 2006. Em decorrência da exclusão foram lançados os valores das contribuições previdenciárias devidas pela empresa e aquelas devidas a Terceiros (FNDE, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE), apuradas por meio dos autos de infração em tela.

Por ter a autuada deixado de informar em GFIP Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias (valores lançados nos AIs em questão), o que configura, em tese, o ilícito tipificado no art. 337-A do Decreto Lei nº 2.848/1940 – Código Penal, restou formalizada a devida Representação Fiscal para Fins Penais (autos nº 11634.720458/201118).Importante, destacar que a lavratura do AI deu-se em 17/08/2011, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 23/08/2011.

Não conformada com a autuação a recorrente apresentou impugnação ao DEBCAD nº 50.000.0670, às fls. 172/213, em 14/09/2011. Na mesma data, protocolou também impugnação ao DEBCAD nº 50.000.0689 (fls. 221/261).

Foi exarada a Decisão de 1 instância que confirmou a procedência do lançamento, fls. 271 a 282.

> *ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008 NULIDADE. DESCABIMENTO.*
>
> *Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.*
>
> *LEGALIDADE. CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA.*
>
> *O exame da legalidade e da constitucionalidade de normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional compete ao Poder Judiciário, restando inócua e incabível qualquer discussão, nesse sentido, na esfera administrativa.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 26/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 26/08/2013 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 28/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

EXCLUSÃO DO SIMPLES. DISCUSSÃO INOPORTUNA EM PROCESSO DE LANÇAMENTO FISCAL PREVIDENCIÁRIO.

O foro adequado para a discussão acerca da exclusão da empresa do SIMPLES e/ou do Simples Nacional é o respectivo processo instaurado para esse fim, não cabendo, em sede de processo de lançamento fiscal de crédito previdenciário, a rediscussão acerca dos motivos que conduziram à expedição de Ato Declaratório Executivo da exclusão.

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO.

EXCLUSÕES. INOCORRÊNCIA.

Somente são permitidas as exclusões do salário de contribuição expressamente elencadas no art. 28, § 9º, da Lei 8.212/91, e desde que atendidos todos os requisitos normativos previstos, não se vislumbrando iliquidez e incerteza na determinação do montante do lançamento quando nenhuma prova foi trazida aos autos que confirmasse constarem na base de cálculo valores que legalmente não a deveriam compor.

MULTA DE OFÍCIO. VEDAÇÃO AO CONFISCO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal referese a tributo e é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplica-la, nos moldes da legislação que a instituiu.

MULTA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

O cálculo para a aplicação da multa mais benéfica ao contribuinte deverá ser efetuado no momento do pagamento, parcelamento ou execução do crédito, comparando-se a legislação atual e a vigente à época dos fatos geradores.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS. ENCAMINHAMENTO. COMPETÊNCIA. MATÉRIA PENAL.

Sempre que o Auditor Fiscal constatar a ocorrência, em tese, de crime ou contravenção penal, deverá realizar Representação Fiscal para Fins Penais, inexistindo competência para apreciação de matéria penal no âmbito do contencioso administrativo tributário.

PROVA PERICIAL. LIMITES. OBJETIVOS.

Destina-se a perícia à formação da convicção do julgador, devendo limitar-se ao aprofundamento de investigações sobre o conteúdo de provas já incluídas no processo, ou à confrontação de dois ou mais elementos de prova também já incluídos nos autos, devendo o julgador refutar aquelas que entender desnecessárias ou prescindíveis.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 26/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 26/08/2013 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 28/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 293 a 337, apresentando basicamente os mesmos argumentos anteriores:

1. já foi apresentada defesa administrativa no processo principal que tratou do lançamento do IRPJ/CSLL, questionando a legalidade da quebra do sigilo bancário e da ausência de movimentação financeira não declarada, ainda pendente de decisão. Assim, caso seja acolhida, todos os autos de infração referentes à tributação reflexa serão igualmente extintos, razão pela qual requer, em face da relação de prejudicialidade, a suspensão do julgamento desta até o julgamento daquela. Entretanto, há ainda outros vícios maculando a certeza e liquidez do suposto débito, tornando-o inexigível;

2. não houve nenhum consentimento expresso ou equivalente autorizador da quebra do seu sigilo bancário. Assim, segundo a jurisprudência, permitir a possibilidade da sua quebra, sem processo judicial instaurado e a requisição do juiz, eiva de completa ilegalidade o presente auto de infração, vez que fulcrado em prova obtida por meio ilícito;

3. há requisitos infraconstitucionais para a autoridade administrativa promover a quebra de sigilo bancário dos contribuintes sem intervenção do Poder Judiciário (em que pese tais normas serem inconstitucionais e ilegais), conforme o disposto no art. 2º, § 5º, do Decreto nº 3.724/2001 (quando houver procedimento de fiscalização em curso e o exame

4. das informações for considerado indispensável). Entretanto, não há menção alguma a análise prévia do preenchimento de tais requisitos, donde se conclui que todos os procedimentos presentes no MPF encontram-se eivados de vícios insanáveis de formação, tornando insubsistente o crédito tributário exigido;

5. a autoridade administrativa também não demonstrou de forma individualizada, lançamento bancário a lançamento bancário, qual a receita omitida e qual a não omitida, detendo-se a produzir e anexar ao auto de infração mero resumo, em clara ofensa ao disposto no art. 287, do RIR/99, bem como aos princípios da verdade material, do contraditório e ampla defesa e do devido processo legal, o que prejudicou a defesa da Impugnante;

6. a recorrente utiliza-se de sistemática de escrituração contábil, fazendo com que todos os depósitos bancários tenham como contrapartida do lançamento contábil a conta caixa, de forma que não se sustentam exigências calçadas na presunção legal do art. 42 da Lei n° 9.430/96, cujo fato indiciário é a verificação de depósitos bancários de origem não comprovada, quando as operações tenham sido contabilizadas. Embora a fiscalização não precise provar o fato presumido – a omissão de receitas, não está dispensada de fazer, de forma indireta e cabal, a prova da ocorrência do fato índice;

7. no processo administrativo vigora o princípio da oficialidade, por força do qual a administração pública deve buscar a realidade dos fatos, havendo previsão expressa na própria lei do processo administrativo fiscal (70.235/72, art.18), que permite à autoridade julgadora apreciar livremente as provas e determinar diligências que entender necessárias, conforme jurisprudência e doutrina que transcreve;

8. é ilegal a incidência da contribuição social, denominada quota patronal e RAT/SAT sobre verbas de natureza indenizatória, como auxílio doença (nos primeiros quinze dias de afastamento), salário maternidade, auxílio acidente, aviso prévio indenizado, auxílio

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 26/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 26/08/2013 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 28/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

creche, adicionais (noturno, insalubridade, periculosidade e horas extras), abono de férias e terço de férias (relativo a férias gozadas e não gozadas), lançadas nos autos de infração em questão; se o trabalhador recebe quantia não vinculada à efetiva prestação de serviço, salário não o é, tornando impossível a incidência da quota patronal. Transcreve decisões dos Tribunais Regionais Federais, STJ e STF;

9. a autoridade administrativa realizou formalmente o comparativo entre as multas aplicáveis na sistemática vigente à época da ocorrência dos fatos geradores e da ocorrência da fiscalização, vertido no documento denominado "COMPMULTA", no qual não há indicativo claro de quais dispositivos, alíquotas, bases de cálculo, limites, entre outros, foram utilizados para apurar o *quantum* devido. Logo, diante da ausência de tipificação precisa das multas aplicáveis, impossível a verificação pela Impugnante da correta comparação entre o regime previsto na Lei nº 8.212/91 e o da Lei nº 9.430/96, como determinado pelo art. 476 da IN/RFB nº 971/09, tornando o presente auto de infração nulo de pleno direito por cerceamento de defesa;

10. a autoridade administrativa impôs a multa de 75%, disposta no art. 44 da Lei nº 9.430/96, que além do moratório, tem caráter punitivo, visando a coibir a prática de atos que importem em prejuízo na arrecadação de tributos. Em relação às contribuições previdenciárias, entretanto, nenhuma prática ilegal fora detectada, apenas readequado o regime tributário aplicável em face de motivo apenas conexo indiretamente ao presente (exclusão do Simples Federal e Nacional), sendo que "a atuação da autoridade administrativa no presente;

11. em face da recente alteração no Decreto nº 70.235/72 (art. 9º) pela Lei nº 11.941/2009, há que se lavrar autos de infração separados para cada tributo e multa, o que não foi respeitado pela autoridade administrativa, razão pela qual o auto de infração encontrase eivado de vício insanável;

12. os valores cobrados a título de multa e juros não guardam consonância com as limitações legais e constitucionais, pelo que pleiteia a redução dos juros a patamares legais, lembrando que o confisco existe, não apenas na instituição do tributo, mas também na aplicação de seus consectários, entre eles a multa moratória ou em decorrência de infração legal; m) a autoridade administrativa não constatou divergência entre as bases de cálculo das contribuições previdenciárias declaradas pelo contribuinte com os documentos analisados, não havendo omissão de informação. A mera ausência de declaração pela Impugnante (dispensada até então, vez que sujeita às normas aplicáveis ao Simples Federal e Nacional) não se assemelha ao tipo apontado (art. 337A), tornando-se inócua qualquer comunicação ao Ministério Público Federal;

13. requer, ao final, sejam acolhidas as impugnações apresentadas e cancelado o débito fiscal reclamado. Solicita a realização de perícia, uma vez que os lançamentos bancários não foram analisados analítica e individualizadamente, tornando certa a presença de valores indevidos como omissão de receita, alterando o deslinde do processo administrativo, inclusive quanto à exclusão da Impugnante do Simples Federal e Nacional, por excesso de receita bruta no ano calendário de 2006. Indica o perito e formula quesitos.

A DRFB encaminhou o processo para julgamento no âmbito do CARF.

É o relatório.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 26/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 26/08/2013 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 28/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

VOTO

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 294. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS PRELIMINARES AO MÉRITO

O primeiro argumento apresentado pelo recorrente, diz respeito a ilegalidade da quebra de sigilo bancário, o que consubstanciou a exclusão do sistema SIMPLES com efeitos retroativos a 01/01/2007, por ter a empresa ultrapassado o limite de receita para tal enquadramento.

Todavia, embora tenha o recorrente se debruçado sobre a tese da impossibilidade de quebra de sigilo, sem a devida autorização judicial, entendo que ditos argumentos referem-se ao mérito do processo de exclusão do SIMPLES, e não do presente lançamento, cujo objeto são contribuições previdenciárias resultantes da emissão do ato declaratório de exclusão.

Por outro lado, discordo do posicionamento adotado pelo julgador de primeira instância, que descreveu em seu voto, ser despicienda a suspensão do presente processo ainda que decorrentes do mesmo procedimento fiscal, com intrínseca relação de causa e efeito, por entender que são atos administrativos autônomos, que demandam a apresentação de uma defesa para cada qual. Senão vejamos, trecho da referida decisão:

> *Da exclusão do SIMPLES. Tributação reflexa. Pedido de suspensão do julgamento.*
>
> *7. Trata-se de impugnação a lançamentos de contribuição previdenciária (parte da empresa + SAT/RAT e contribuição devida a Terceiros), em razão da exclusão da empresa do SIMPLES/Simples Nacional pela constatação de excesso de receita bruta em relação ao limite de R$ 2.400.000,00, no ano calendário de 2006 (ADEs nº 85 e nº 86, de 16/12/2010).*
>
> *7.1. A Contribuinte destaca a apresentação de defesa no processo principal (que tratou do lançamento do IRPJ/CSLL) questionando a legalidade da quebra do sigilo bancário e da ausência de movimentação financeira não declarada, ainda pendente de decisão, alegando que acaso acolhida a impugnação naquele processo, todos os autos de infração referentes à tributação reflexa serão igualmente extintos, razão pela qual requer a suspensão do julgamento, "em face da relação de prejudicialidade".*
>
> *7.2. Todavia, não há como acatar o pedido da Impugnante, pois ainda que decorrentes do mesmo procedimento fiscal, com intrínseca relação de causa e efeito, os atos de exclusão da sistemática de tributação simplificada e os lançamentos dos tributos, são atos administrativos*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 26/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 26/08/2013 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 28/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

autônomos que demandam a apresentação de uma defesa para cada qual (com expressa consignação das razões de inconformismo, acompanhadas das provas que, porventura, a interessada dispõe).

7.3. Aliás, discussão a este respeito deve ser levantada exclusivamente no âmbito do processo de exclusão, de onde decorreria a confirmação dos atos ou a sua eventual revogação. Tanto é que nos atos de exclusão consta expressamente que ao contribuinte é assegurado o direito de impugná-los, no prazo de trinta dias da ciência, ressalvando-se que a falta de impugnação acarretaria a exclusão em definitivo.

7.4. Pelas razões expostas, descabe neste foro atendimento ao pedido de suspensão do julgamento. Decisão nessa linha só é cabível, como já se disse, dentro do processo próprio e desde que para tanto haja previsão normativa ou determinação judicial.

Neste ponto, entendo que realmente não cabe nos presentes autos a apreciação da legalidade da quebra de sigilo que ensejou a exclusão do simples, por ser matéria alheia ao lançamento do crédito em questão; todavia, entendo fundamental, primeiramente identificar o andamento do processo que determinou a emissão do ato declaratório de exclusão do SIMPLES.

Assim, considerando que no relatório fiscal e nos recursos apresentados, não identifiquei o número do processo de exclusão, para realização de pesquisa sobre o transito em julgado do processo, entendo que deva o processo ser baixado em diligência para que a autoridade responsável, colacione informações acerca do número do processo no âmbito da RFB, bem como o resultado do mesmo caso já tenha ocorrido o transito em julgado administrativo.

Destaco porém, caso seja constatado após a pesquisa sobre o andamento do processo de exclusão, que o mesmo ainda não possua decisão final, deve os presentes autos ficarem sobrestados na DRFB aguardando a referida decisão, para que só então retornem a esse colegiado com as referidas informações, bem como seja o recorrente cientificado da diligência realizada.

CONCLUSÃO:

Voto pela CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 26/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 26/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 26/08/2013 por ELIAS SAMPAIO FREIRE
Impresso em 28/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA