



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

Processo nº 13896.722504/2011-50
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **2402-000.403 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 20 de novembro de 2013
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente ONDAPACK COMÉRCIO E MONTAGEM DE MATERIAIS PLÁSTICOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Julio Cesar Vieira Gomes – Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes, Carlos Henrique de Oliveira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Thiago Taborda Simões e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou procedentes os autos de infração lavrados em 28/10/2011 e relativo às contribuições sociais previdenciárias, cota patronal, terceiros e omissões em GFIP. Segue transcrição de trechos da decisão recorrida:

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. INSTRUMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUJEITO PASSIVO. SOLIDARIEDADE. MULTA QUALIFICADA. SIMPLES.

EXCLUSÃO. COTA PATRONAL. INCIDÊNCIA. SIMPLES. GUIAS DE RECOLHIMENTO. DARF. APROVEITAMENTO. VEDAÇÃO.

O Mandado de Procedimento Fiscal é mero instrumento de controle administrativo. Eventual irregularidade em sua emissão não acarreta nulidade de lançamento.

A prorrogação do MPF poderá ser feita por intermédio de registro eletrônico efetuado pela autoridade outorgante, cuja informação está disponível na Internet.

Caracterizada a conduta prevista na legislação com relação a ilícitos tributários, a sujeição passiva solidária recai sobre os sócios administradores.

É devida a contribuição previdenciária a cargo da empresa excluída do regime simplificado, a partir da data estabelecida no Ato Declaratório de Exclusão.

O aproveitamento de créditos nos lançamentos previdenciários aplica-se somente nos recolhimentos efetuados por meio de Guia da Previdência Social GPS.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

...

O Relatório Fiscal informa ainda o seguinte:

O contribuinte acima identificado pertencia ao SIMPLES em 2006 e no primeiro semestre de 2007. Em 01/07/2007, ingressou no SIMPLES Nacional. Foi excluído deste sistema pela Fazenda do Estado de São Paulo em 26/03/2008, pela Portaria CAT 115/07, com efeitos a partir de 01/01/2008, por ter a receita bruta de 2006 excedido o limite estabelecido pela legislação.

(...)

Em conseqüência do valor da receita bruta relativa ao ano de 2006 ter superado o valor limite para a permanência no SIMPLES, foi feita

Representação para exclusão do contribuinte do sistema a partir de 01/01/2007, nos termos do art. 9º e art. 15, item IV da Lei 9.317/96.

Em 13 de setembro de 2011, foram publicados no Diário Oficial da União: o Ato Declaratório Executivo DRF/BRE/SEORT nº40/2011, excluindo o Contribuinte do SIMPLES a partir de 01/01/2007 e o Ato Declaratório Executivo DRF/BRE/SEORT nº41/2011, que excluiu o Contribuinte do SIMPLES NACIONAL a partir de 01/07/2007.

...

Em relação ao ano de 2007, a exclusão do contribuinte do SIMPLES a partir de 01/01/2007, conforme ADE nº 40 e do SIMPLES NACIONAL a partir de 01/07/2007, conforme ADE nº41, motivaram o lançamento do crédito previdenciário relativo à contribuição patronal para o INSS e aquela destinada as Outras Entidades e Fundos calculada sobre a remuneração devida a empregados entre 01/2007 e 12/2008, conforme descreve-se nos itens 4.1.1.1 e 4.1.1.2 deste Relatório Fiscal. Também fazem parte dos créditos ora lançados as contribuições patronais calculadas sobre o pro labore pago à sócia Juliana Kappaz Sabbag Scanavini no mesmo período.

...

5. DA MULTA QUALIFICADA

A ação/omissão dolosa está caracterizada pela falta de comunicação à Receita Federal do Brasil da exclusão do SIMPLES a partir de 01/01/2007, conforme previsto no art. 13º da Lei 9.317/96 e pela entrega da Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica DSPJ/ 2007, referente ao ano de 2006, informando valores de receita bruta inferiores aos realmente obtidos. Tais ações tiveram o evidente intuito de ocultar das autoridades fazendárias a ocorrência dos fatos geradores do IRPJ e demais tributos e contribuições abrangidos pelo regime diferenciado do SIMPLES FEDERAL, visando a redução indevida dos tributos e contribuições, bem como para manter-se indevidamente dentro desses regimes favorecidos.

...

6. DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

Os fatos descritos no item 5 caracterizam a conduta prevista nos incisos I, II e V do artigo 1º e art 2º da Lei 8.137/90, que tipificam ilícitos contra a Ordem Tributária, comprovando-se que foram omitidas informações e prestadas declarações inexatas às autoridades fazendárias, bem como sendo caracterizadas as condutas descritas no artigo 71 da Lei 4.502/64, com infração evidente à lei em benefício próprio ou de terceiros. Restou caracterizada a sujeição passiva solidária dos sócios administradores, abaixo qualificados, nos termos do 135, item III da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional), abaixo transcrito: (...)

7. DOS AUTOS DE INFRAÇÃO ORIGINADOS NESTA AUDITORIA FISCAL:

Fazem parte integrante do presente processo os seguintes Autos de Infração:

· AI DEBCAD 37.334.8215, obrigação principal, contribuição parte patronal; · AI DEBCAD 37.334.8223, obrigação principal contribuição para outras entidades e fundos terceiros; · AI DEBCAD 37.334.8150, obrigação acessória, entrega de GFIP com omissões/incorrekções;

Contra a decisão, a recorrente reitera as alegações trazidas na impugnação:

I AUTO DE INFRAÇÃO DEBCAD nº 37.334.8215

II DA NULIDADE DA AUTUAÇÃO FISCAL

11.1. Do não preenchimento dos requisitos formais do Auto de Infração
11.1.1. Da não observância dos requisitos para instauração do Mandado de Procedimento Fiscal Neste item a impugnante alega que só é válido o Mandado de Procedimento Fiscal MPF que preenche os requisitos formais estabelecidos nas normas, argumentando o seguinte:

18. Ou seja, o procedimento fiscal destinava-se inicialmente à verificação de supostas irregularidades a título de contribuições previdenciárias no período de apuração de 07/2007 a 12/2008. Em 07/06/2011, o Auditor-Fiscal responsável pelo procedimento de fiscalização intimou a IMPUGNANTE a apresentar documentação relativa ao SIMPLES/IRPJ do período de apuração de 01/2006 a 12/2008 (DOC. ANEXO nº 08).

19. Em razão disso, o Auto de Infração foi lavrado para exigência de valores correspondentes ao recolhimento pelo Sistema SIMPLES, nos anos de 2007 e 2008, relativos aos créditos previdenciários relativos à contribuição patronal para o INSS e aquela destinada as Outras Entidades e Fundos calculadas sobre a remuneração devida a empregados, bem como as contribuições patronais calculadas sobre o pro labore pago à sócia.

20. Todavia, conforme determina o artigo 9º da referida Portaria RFB nº 3.014/2011, para que se proceda às alterações no Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) em relação a tributos e período de apuração, é necessário o registro eletrônico, conforme modelo constante do respectivo Anexo a esta Portaria.

21. Isto é, conforme modelo constante do respectivo Anexo a esta Portaria, é necessária a emissão de "MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL ALTERADO EM DD/MM/AAAA".

22. Pois bem. No presente caso, verifica-se que o Auditor-Fiscal simplesmente intimou a IMPUGNANTE a apresentar documentos entre o ano de 01/01/2006 e 31/12/2008, sem cientificá-la da alteração do procedimento fiscal, no que tange aos tributos/contribuições e período de apuração ora fiscalizado.

23. O Auditor-Fiscal responsável pelo procedimento NÃO emitiu o registro eletrônico, tampouco o "MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL ALTERADO EM DD/MM/AAAA", conforme determina o artigo 9º da Portaria RFB nº 3.014/2011. Também não houve a

ciência da IMPUGNANTE, nos termos § 4.º do artigo 4o da Portaria RFB nº 3.014/2011.

24. Portanto, o Auditor-Fiscal não observou as normas para execução de procedimentos fiscais, tornando inválido o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) em razão de vícios formais e, por conseguinte, o Auto de Infração lavrado em decorrência desta irregular fiscalização.

25. Ressalte-se que essa inobservância das normas que regem o procedimento fiscal, por parte do Auditor-Fiscal responsável, acarreta em prejuízo ao direito ao exercício pleno de defesa, pois o escopo da fiscalização foi alterado sem qualquer ciência da IMPUGNANTE.

(...)

11.1.2. Da não observância aos prazos de validade do Mandado de Procedimento Fiscal 26. Não obstante a isto, verifica-se que o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) também não obedeceu aos prazos estipulados nos artigos 11 e 12 da Portaria RFB nº 3.014/2011.

28. Conforme se verifica, o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF)

iniciou-se em 18/11/2010 e finalizou-se em 31/10/2011, com a elaboração do TERMO DE CONSTATAÇÃO e lavratura do respectivo AUTO DE INFRAÇÃO.

Ou seja, o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) teve duração de aproximadamente 210 dias.

29. Sendo assim, tendo sido ultrapassados os 120 (cento e vinte) dias, resta claro que o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) encontrava-se inválido, acarretando, por conseguinte, na nulidade do lançamento fiscal nele embasado.

(...)

II.2. Da indicação equivocada do Sujeito Passivo Solidário (...)

40. Ou seja, para a responsabilização de um dos representantes legais da empresa, é necessário que o descumprimento da obrigação tributária resulte exclusivamente de seus atos, ou então que resulte de atos que praticou com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, não sendo suficiente para ensejar a sujeição passiva solidária, o não pagamento do tributo e/ou a omissão de informações ao Fisco.

41. Assevere-se que a responsabilidade pessoal dos terceiros arrolados no artigo 135 do Código Tributário Nacional não se desencadeia pela ausência de recolhimento do tributo devido pelo contribuinte. É que, ao transferir todo o débito do contribuinte para o responsável, referido dispositivo pressupõe a prática de ato com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, prévia ou simultaneamente, ao nascimento da obrigação tributária.

42. Para que se verifiquem as hipóteses do artigo 135 do Código Tributário Nacional, é necessária uma apuração prévia com um

rigoroso e complexo procedimento para constatação de eventual responsabilidade.

43. Deve-se, assim, apurar a responsabilidade dos sócios, gerentes ou diretores com base na prática dolosa de ato com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto. E dolo, como se sabe, não se presume, mas se comprova.

44. Porém, no caso em tela, o Auditor-Fiscal não comprovou a prática de qualquer dessas condutas por parte da ex-sócia administradora, pelo contrário, baseou-se, apenas em indícios de que sua conduta serviu para eximir o sujeito passivo do pagamento das contribuições incidentes sobre as suas operações.

(...)

48. Dessa maneira, não há que se falar em caracterização de sujeição passiva solidária, já que incabível a responsabilidade da ex-sócia sem prova cabal da prática de atos irregulares, através da instauração de prévio processo para averiguação de tal responsabilidade, que tenha ensejado a contração do débito exigido.

49. Assim, mister ser julgado NULO o lançamento ora impugnado por indicação incorreta da caracterização da sujeição passiva da obrigação tributária.

II. 3. Da aplicação Exorbitante da Multa Qualificada (...)

51. Todavia, é totalmente é injustificada e incabível a aplicação da multa exasperada de 150% (cento e cinquenta por cento), vez que o Auditor-Fiscal não se esforçou em produzir um único elemento de prova tendente a caracterizar o evidente intuito de fraude imputado ao IMPUGNANTE, única condição prevista em Lei para autorizar a exacerbação da penalidade, consoante expressamente declarado nos dispositivos legais adotados pelos Fiscais, verbis :

(...)

54. Ademais, no caso em tela, não ficou comprovada a autuação ou omissão do Impugnante de forma a configurar sonegação ou fraude a justificar a incidência de multa em percentual tão exorbitante.

(...)

56. Ora, ao contrário da autuação, a IMPUGNANTE atendeu a todas as intimações realizadas pelo Auditor-Fiscal no decorrer do procedimento fiscal, apresentando toda a documentação solicitada que respaldou os trabalhos desta fiscalização.

(...)

62. Por fim, tendo em vista a total ausência de comprovação de ação/omissão dolosa, aplica-se ao feito a regra do artigo 112, incisos II e IV, do CTN (...)

(...)

64. Sendo assim, considerando que no presente caso a presunção de omissão de receitas respaldou-se unicamente na alegada falta de comunicação de exclusão do SIMPLES, não tendo a Atuante produzido qualquer prova de intuito fraudulento por parte da IMPUGNANTE, limitando-se a aplicar a multa majorada sem qualquer justificativa para tal exacerbação, mister se reconhecer que é totalmente infundada e ilegal a aplicação da multa qualificada na espécie.

(...)

65. Face a todo exposto, a IMPUGNANTE requer seja declarado totalmente NULO o presente Auto de Infração, face os vícios insanáveis que maculam o lançamento ou, ao menos, a redução da multa aplicada, tendo em vista a completa ausência, por parte do Fisco, da comprovação do evidente intuito de fraude.

III – DO MÉRITO (...)

67. (...) conforme se verifica das informações constantes do TERMO DE CONSTATAÇÃO FISCAL, a IMPUGNANTE somente foi excluída do SIMPLES Nacional pelo Fisco Estadual em 26/03/2008, pela Portaria CAT 115/07, com efeitos a partir de 01/01/2008.

68. Ressalte-se que a exclusão do SIMPLES surtirá efeitos a partir do ano-calendário subsequente, nos termos do artigo 15 da Lei nº 9.317/96. Ou seja, a IMPUGNANTE somente foi excluída desse regime em 2008, tendo cumprido com todas as suas obrigações tributárias no ano 2007, ora fiscalizado, ao realizar o pagamento unificado dos impostos e contribuições devidos no regime do SIMPLES Nacional.

(...)

70. Ademais, verifica-se que os valores relativos ao SIMPLES Nacional não foram considerados para efeito de abatimento de valores cobrados no presente Auto de Infração, o que caracteriza enriquecimento ilícito por parte do Fisco Federal.

71. Isto porque, no TERMO DE CONSTATAÇÃO, a Auditora Fiscal utiliza-se do §4º do artigo 3º da Resolução CGSN nº 39/2008, que assim dispõe(...)

(...)

73. Ora, não se trata do instituto da compensação, mas tão somente de abatimento dos valores já recolhidos no cálculo da exigência promovida em face da IMPUGNANTE.

74. Portanto, não merece prosperar a cobrança exigida, tendo em vista que a IMPUGNANTE no ano de 2007 recolheu os valores devidos dentro da sistemática do SIMPLES, cumprindo, assim, com todas as suas obrigações tributárias.

IV – Do Pedido

75. Por todo o acima exposto, a IMPUGNANTE requer o recebimento da presente impugnação administrativa, para que:

(i)preliminarmente, seja julgada completamente procedente a presente IMPUGNAÇÃO, reconhecendo-se a nulidade do Auto de Infração em questão, em razão dos vícios formais amplamente demonstrados, que maculam o lançamento fiscal; (ii)caso não seja entendido pela nulidade do lançamento em questão, requer, ao menos, seja afastada a equivocada indicação da sujeição passiva solidária; (iii)no mérito, seja julgado improcedente o lançamento fiscal, ordenando-se o seu arquivamento, e o conseqüente cancelamento do respectivo crédito tributário.

76. Por fim, caso seja mantido o Auto de Infração, requer seja REDUZIDO o percentual de multa aplicado, pela total ausência de comprovação de sonegação ou fraude que justifiquem a aplicação da multa qualificada.

II AUTO DE INFRAÇÃO DEBCAD nº 37.334.8223

A impugnação apresentada relativamente a este Auto de Infração reproduziu ipsis litteris a do Auto de Infração DEBCAD 37.334.8215, motivo pelo qual não se torna necessária a sua reprodução.

III AUTO DE INFRAÇÃO DEBCAD nº 37.334.8150

Quanto a este Auto de Infração, os argumentos aqui expostos também repetem as mesmas razões do Auto de Infração DEBCAD 37.334.8215 até o seu item II.2, sendo que o item “II.3. Da Aplicação Exorbitante da Multa Qualificada” não foi nele apresentado, e que a exposição apenas adaptou-os à situação da presente autuação por tratar-se de obrigação acessória.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes, Relator

Noticia-se no relatório fiscal e na decisão recorrida que as autuações decorrem de dois processos de exclusão do SIMPLES:

Em 13 de setembro de 2011, foram publicados no Diário Oficial da União: o Ato Declaratório Executivo DRF/BRE/SEORT nº 40/2011, excluindo o Contribuinte do SIMPLES a partir de 01/01/2007 e o Ato Declaratório Executivo DRF/BRE/SEORT nº 41/2011, que excluiu o Contribuinte do SIMPLES NACIONAL a partir de 01/07/2007.

Em consulta ao e-processo, constata-se da existência dos processos de nº 13896.722006/2011-15 e 13896.722627/2011-91 que, de fato, têm como objeto a discussão sobre as razões para a exclusão do SIMPLES.

É entendimento desta segunda turma, com fundamento no Regimento Interno deste CARF, que as questões relativas ao enquadramento e a exclusão sejam discutidas apenas nos processos decorrentes dos atos declaratórios executivos de exclusão do SIMPLES/SIMPLES NACIONAL:

Regimento Interno do CARF - Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009:

Art. 2º À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

...

V - exclusão, inclusão e exigência de tributos decorrentes da aplicação da legislação referente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES) e ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação (SIMPLES-Nacional);

...

Art. 3º À Segunda Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

....

IV - Contribuições Previdenciárias, inclusive as instituídas a título de substituição e as devidas a terceiros, definidas no art. 3º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007;

...

E também considerando que a decisão recorrida entendeu que somente são aproveitáveis para dedução as contribuições recolhidas através de Guia da Previdência Social GPS, entendo que antes da apreciação das questões preliminares e de mérito seja o julgamento convertido em diligência para que:

- a) sejam trazidas informações sobre a tramitação dos processos de exclusão do SIMPLES/SIMPLES NACIONAL;
- b) uma vez ainda não havendo decisão definitiva, que este processo de obrigações principais e acessórias seja sobrestado na origem até a tramitação dos processos de exclusão do SIMPLES/SIMPLES NACIONAL; e
- c) seja confirmado recolhimento no período pela sistemática do SIMPLES/SIMPLES NACIONAL.

Diante do exposto, voto no sentido de converter o julgamento em diligência para os esclarecimentos solicitados e seja oportunizado ao recorrente o direito de manifestação no prazo de 30 dias.

É como voto.

Julio Cesar Vieira Gomes