



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16062.000076/2008-14
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-007.797 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de julho de 2020
Recorrente VIAÇÃO CAPITAL DO VALE LTDA E OUTROS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/04/2003 a 31/12/2005

INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO OU ARROLAMENTO PRÉVIO DE DINHEIRO OU BENS PARA ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ADMINISTRATIVO. SÚMULA VINCULANTE Nº 21 DO STF.

O Recurso Administrativo apresentado tempestivamente deve ser processado normalmente, mesmo sem o Depósito Prévio preconizado no § 1º do art. 126 da Lei 8.213/91, uma vez que o dispositivo foi revogado pela Lei 11.727/2008, após reiteradas decisões do STF no sentido de que era inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévio para admissibilidade de remédio recursal na seara administrativa. O entendimento da Egrégia Corte restou pacificado pela Súmula Vinculante nº 21, de observância obrigatória pelos órgãos da Administração Pública (art. 103-A da CF).

CERCEAMENTO DE DEFESA. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS.

O reconhecimento de nulidade processual depende da demonstração do prejuízo causado. Quando suprível a nulidade, desnecessária sua declaração.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO E DE RECURSO VOLUNTÁRIO. REVISÃO DE OFÍCIO DO ATO ADMINISTRATIVO PELO ÓRGÃO JULGADOR. IMPOSSIBILIDADE.

No âmbito do contencioso administrativo fiscal, apenas o próprio sujeito passivo tem legitimidade para contestar o vínculo de responsabilidade tributária atribuído na formalização da exigência do crédito tributário. Incabível a apreciação de ofício pelo órgão julgador para excluir a responsabilidade do sócio-gerente quando não apresentou impugnação nem recurso voluntário, ainda que sob a justificativa de controle da legalidade do ato administrativo.

CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA

O cerceamento do direito de defesa se dá pela criação de embaraços ao conhecimento dos fatos e das razões de direito à parte contrária, ou então pelo óbice à ciência do auto de infração, impedindo a contribuinte de se manifestar sobre os documentos e provas produzidos nos autos do processo.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. INSTRUMENTO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO. VÍCIOS NÃO ANULAM O LANÇAMENTO.

O Mandado de Procedimento Fiscal se constitui em mero instrumento de controle criado pela Administração Tributária, e irregularidades em sua emissão ou prorrogação não são motivos suficientes para se anular o lançamento.

PRELIMINAR. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

O Mandado de Procedimento Fiscal é um instrumento interno de controle administrativo que não interfere na competência do Auditor-Fiscal para proceder ações fiscais ou constituir créditos tributários, porquanto essa competência é instituída por lei. Não invalida o lançamento a ausência de intimação prévia do contribuinte para prestar esclarecimentos.

FALTA DE TERMO DE INÍCIO DE AÇÃO FISCAL. NULIDADE DO LANÇAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO.

De acordo com a jurisprudência dominante do CARF, eventuais omissões ou vícios na emissão do Termo de Início de Ação Fiscal ou Mandado de Procedimento Fiscal não acarretam na automática nulidade do lançamento de ofício promovido, se o contribuinte não demonstrar o prejuízo à realização da sua defesa. Nesse sentido, a Súmula CARF nº 46 estabelece que lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RITO PROCEDIMENTAL. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO DE INTIMAÇÃO PRÉVIA AO LANÇAMENTO.

O lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário (Súmula CARF nº 46).

NULIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

Não se apresentando as causas elencadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, não há falar em nulidade no processo administrativo fiscal.

AUSÊNCIA DE DESCONTO DA CONTRIBUIÇÃO DOS SEGURADOS (CFL 59).

Determina a lavratura de auto de infração deixar a empresa de arrecadar, mediante desconto das remunerações, as contribuições dos segurados a seu serviço.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário apresentado pelo contribuinte. Por maioria de votos, não conhecer da possibilidade de exclusão de ofício da responsabilidade

solidária do Sr. René Gomes de Sousa. Vencido o conselheiro Matheus Soares Leite (relator). Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Cleberson Alex Friess.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite - Relator

(documento assinado digitalmente)

Cleberson Alex Friess – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Cleberson Alex Friess, Andrea Viana Arrais Egypto, Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Rodrigo Lopes Araujo, Rayd Santana Ferreira, Andre Luis Ulrich Pinto (suplente convocado) e Miriam Denise Xavier (Presidente).

Relatório

A bem da celeridade, peço licença para aproveitar boa parte do relatório já elaborado em ocasião anterior e que bem elucida a controvérsia posta, para, ao final, complementá-lo (e-fls. 780 e ss).

Pois bem. Consoante o “RELATÓRIO FISCAL DA INFRAÇÃO” (fls. 05 a 08, posteriormente substituído pelo de fls. 190 a 194), o presente Auto, lavrado sob nº 37.037.104-6, decorre de a empresa VIAÇÃO CAPITAL DO VALE LTDA. ter deixado de arrecadar as contribuições devidas pelos segurados contribuintes individuais identificados no “ANEXO VII” (fls. 141 a 143), que lhe prestaram serviços nos períodos de março de 2003 a dezembro de 2004 e julho a dezembro de 2005, mediante desconto quando dos pagamentos de suas respectivas remunerações, o que constitui infração ao disposto no art. 4º da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003.

Pelas omissões relatadas, foi aplicada ao sujeito passivo a pena de multa cominada no art. 92 da referida lei de custeio, c/c o art. 283, inciso I, letra “g”, do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, agravada na forma explicitada no item 2 do “RELATÓRIO FISCAL DA APLICAÇÃO DA MULTA” (fls. 04), em virtude da presença da circunstância prevista no inciso V do art. 290 do citado Regulamento.

Ao mesmo tempo, a AFRFB autuante noticia a existência de um grupo econômico formado pela VIAÇÃO CAPITAL DO VALE LTDA. e as empresas identificadas no item 2.1.3 do primeiro dos relatórios acima citados (fls. 06), de sorte que estas respondem solidariamente com aquela pelo crédito relativo à multa aplicada, nos termos do inciso IX do art. 30 da lei de custeio referida no parágrafo anterior.

O contribuinte impugnou o procedimento fiscal por meio do expediente protocolado sob nº 093/2007 (fls. 342 a 356), postada nos Correios em 03/07/2007 (fls. 341), no qual requer a nulidade do auto de infração mediante as seguintes alegações:

1. Os Mandados de Procedimento Fiscal nº 09376391F00 e 09376391C02 não contêm a assinatura da autoridade competente pela sua emissão, enquanto o MPF nº 09376391C01 sequer consta dos autos do procedimento fiscal em que foram apurados os créditos exigidos;
2. Não foi lavrado o Termo de Início da Ação Fiscal — TIAF;
3. A não apresentação, nestes autos, dos relativos aos AI nº 35.657.440-7, 35.657.893-3, 35.654.894-1, 35.460.037-0 e 35.460.038-9 implica a não comprovação de que a impugnante se trata de empresa reincidente — como relatado pela fiscalização — e, por conseguinte, caracteriza ofensa ao direito de defesa assegurado pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal; e
4. Uma vez que a infração foi corrigida pela entrega de GFIP, impõe-se a atenuação da multa aplicada em 50%.

As empresas Breda Sorocaba Transportes e Turismo Ltda., Empresa de Ônibus São Bento Ltda., Transmil Transporte e Turismo Ltda., Rápido São Roque Ltda., Transtaza Rodoviário Ltda., Auto Viação Triângulo Ltda., RN Empreendimentos Agropecuários Ltda., Viação Real Ltda., Viação São Bento de São José dos Campos Ltda. e TCS Transportes Coletivos de Sorocaba Ltda. também apresentaram impugnação (fls. 361 a 761), limitada esta, contudo, à tese de não existência do grupo econômico — e, por conseguinte, da responsabilidade solidária - de que fala o Relatório Fiscal.

Embora regularmente intimada do lançamento, a ETCA Empresa de Transportes Coletivos do Acre Ltda. não se manifestou nos autos.

Em seguida, sobreveio julgamento proferido pela **Delegacia da Receita Federal do Brasil**, por meio do Acórdão de e-fls. 780 e ss, cujo dispositivo considerou o **lançamento procedente**, com a **manutenção** do crédito tributário exigido. É ver a ementa do julgado:

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/04/2003 a 31/12/2005

PREVIDENCIÁRIO. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. ARRECADAR AS CONTRIBUIÇÕES DOS SEGURADOS CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS. DESCUMPRIMENTO. MULTA.

Constitui infração, punível com multa pecuniária, deixar a empresa de arrecadar as contribuições dos segurados contribuintes individuais a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração.

ATENUAÇÃO OU RELEVAÇÃO DA PENA. NÃO-ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE.

Descabe a atenuação ou a relevação da multa quando não atendidas, pelo infrator, as condições estabelecidas na legislação previdenciária.

GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INEXISTÊNCIA.

Inexiste responsabilidade solidária das empresas integrantes de grupo econômico, relativamente à multa decorrente do descumprimento de obrigação previdenciária acessória.

Lançamento Procedente

Em resumo, a DRJ decidiu por considerar procedente o Auto de Infração nº 37.037.104-6, mantendo-se o crédito tributário relativo à multa por meio dele aplicada, e, ao mesmo tempo, excluir do polo passivo as demais empresas integrantes do grupo econômico noticiado nos autos.

O contribuinte, por sua vez, inconformado com a decisão prolatada e procurando demonstrar a improcedência do lançamento, interpôs Recurso Voluntário (e-fls. 840 e ss), repisando, em grande parte, os argumentos apresentados em sua impugnação, além de tecer comentários sobre o acórdão recorrido.

Em seguida, os autos foram remetidos a este Conselho para apreciação e julgamento dos Recursos Voluntários interpostos.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Matheus Soares Leite – Relator

1. Juízo de Admissibilidade.

Conforme consta no despacho de e-fl. 855, o Recurso Voluntário interposto é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72.

Cabe destacar que o Recurso Administrativo apresentado tempestivamente deve ser processado normalmente, mesmo sem o Depósito Prévio preconizado no § 1º do art. 126 da Lei 8.213/91, uma vez que o dispositivo foi revogado pela Lei 11.727/2008, após reiteradas decisões do STF no sentido de que era inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévio para admissibilidade de remédio recursal na seara administrativa.

O entendimento da Egrégia Corte restou pacificado pela Súmula Vinculante nº 21, de observância obrigatória pelos órgãos da Administração Pública (art. 103-A da CF).

Por fim, cabe esclarecer que, a teor do inciso III, do artigo 151, do CTN, as reclamações e os recursos suspendem a exigibilidade do crédito tributário, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo.

Portanto, ante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72, tomo conhecimento do Recurso Voluntário interposto.

2. Da responsabilidade solidária atribuída ao Sr. René Gomes de Sousa.

De acordo com o Relatório Fiscal (e-fls. 190 e ss), o Sr. René Gomes de Sousa (sócio-gerente) consta como responsável solidário pelo crédito tributário apurado por meio do AI – DEBCAD: 37.037.104-6 (c.f. item 3.2). É de se ver:

(...)

3.2. Da Responsabilidade do Sócio-gerente

3.2.1. O contribuinte é uma sociedade limitada e por força do art. 13 da Lei n.º 8.620, de 05/01/1993, os sócios respondem solidariamente pelos débitos da empresa junto à Seguridade Social. Transcrevemos abaixo o texto da Lei:

Art. 13. O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social

3.2.2. O Sr. René Gomes de Sousa, sócio-gerente da empresa, contraiu empréstimo de numerário em valor relevante junto a empresa, conforme se constatou do exame da conta n.º 1202010006 — René Gomes de Sousa (do grupo de contas do do Realizável a

Longo Prazo — Coligadas e Controladas). Juntamos a movimentação desta conta — Anexo VI.

Contudo, percebo que, nos autos, o Sr. René Gomes de Sousa não foi intimado para apresentar defesa, tendo o julgamento em primeira instância prosseguido sem sua manifestação. Não há nos autos prova de sua ciência acerca do lançamento em epígrafe, não sendo possível confundir a citação do contribuinte principal com a citação que deve ser direcionada ao sujeito passivo solidário, no caso, o Sr. René Gomes de Sousa.

Também não há, nos autos, conseqüentemente, a citação do Sr. René Gomes de Sousa acerca da ciência do resultado do julgamento proferido pela DRJ.

Não obstante tais considerações, entendo que não há nulidade processual a ser reconhecida, eis que o feito pode ser decidido favoravelmente ao Sr. René Gomes de Sousa, não havendo qualquer prejuízo.

Isso porque, o fato de o sócio-gerente constar no contrato social da empresa à época em que ocorreu o fato gerador não é suficiente para imputar responsabilidade solidária e devem restar comprovados os atos praticados pela pessoa física que caracterizem excesso de poderes e infração a legislação tributária.

Não mais subsiste no ordenamento jurídico, a possibilidade de imputar solidariedade de forma objetiva, aos sócios das empresas, por cotas de responsabilidade tributária, com seus bens, por débitos juntos à Seguridade Social, conforme anteriormente previsto no art. 13, da Lei n. 8.620, de 5 de janeiro de 1993, e que, inclusive, serviu de base para a atribuição da responsabilidade atribuída ao Sr. René Gomes de Sousa. É de se ver:

Art. 13. O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social

O referido dispositivo foi revogado pela Medida Provisória – MP 449, de 2009, tornada efetiva pela edição da Lei n 11.941, de 2009. E ainda que assim não o fosse, o referido dispositivo, caso continuasse em vigor, entraria em confronto com o previsto no art. 135, III, do CTN e que exige determinados requisitos para a atribuição de responsabilidade solidária aos sócios, não bastando o mero inadimplemento. Que seja aqui transcrito o artigo 135, inciso III, do CTN:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

A propósito, o questionável artigo 13 da Lei nº 8.620/93 foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que, ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, tratou da mesma situação genérica regulada pelo art. 135, III, do CTN, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por violação ao art. 146, III, da CF. Restou assentada, ainda, sua inconstitucionalidade material, porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor descon sideração *ex lege* e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades

limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição. (RE nº 562.276/PR, com repercussão geral reconhecida).

Nesse contexto, a mera informação de que o Sr. Renê Gomes de Sousa, sócio-gerente da empresa, contraiu empréstimo de numerário em valor relevante junto a empresa, não é suficiente para enquadrar a situação posta na responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN, que não está vinculada apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas à comprovação das demais condutas nele descritas.

A meu ver, caberia a fiscalização articular os fatos narrados, demonstrando a conduta estar inserida no art. 135, III, do CTN, e tal situação não tendo sido realizada, essa função não pode ser outorgada ao julgador, sob pena de aperfeiçoamento do lançamento, em nítida violação ao direito de defesa.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça também segue nessa linha:

TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE. SÓCIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. CONCLUSÃO. MERO INADIMPLEMENTO. SÚMULA 7/STJ. 1. Cuidam os autos de ação declaratória negativa de relação jurídico-tributária, de modo que a conclusão do Tribunal a quo pela ausência de responsabilidade tributária decorre de cognição exauriente, e não se confunde com a hipótese de simples indeferimento de inclusão do sócio no polo passivo de Execução Fiscal. 2. Segundo o acórdão recorrido, "a responsabilização pessoal do gestor da empresa que recebeu incentivos fiscais governamentais, os quais teriam restados inadimplidos, estaria jungida à prática de atos abusivos, que manifestassem excesso de poder ou infração à lei. E os autos não noticiam nada neste sentido. Na hipótese, tem-se que o mero inadimplemento (...) não gera a responsabilização pessoal do gestor, quer seja analisando o imbróglio pela ótica do direito comum, quer seja se o faça na perspectiva do direito tributário (fls. 268-269)". 3. O afastamento de tal conclusão pressupõe amplo revolvimento fático-probatório, procedimento que encontra óbice na Súmula 7/STJ. 4. Agravo Regimental não provido.

(STJ - AgRg no AREsp: 261797 PE 2012/0249055-8, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 02/04/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/05/2013)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. EMBARGOS INFRINGENTES. REFORMA DO ALICERCE CENTRAL DO ACÓRDÃO. MERO INADIMPLEMENTO NÃO CONSTITUI INFRAÇÃO LEGAL. RECURSO ESPECIAL. PERDA DE OBJETO. I - O presente recurso especial foi interposto contra a porção unânime do julgamento da apelação, cuja conclusão pode ser assim resumida: o mero inadimplemento tributário constitui-se em infração à lei, o que legitima os sócios da companhia a figurar no pólo passivo da respectiva execução. II - Interpostos embargos infringentes, nos quais se pugnava pela prevalência do voto divergente proferido na apelação, o qual, em resumo, afirmava que a responsabilidade dos sócios, quando do inadimplemento, resumir-se-ia à multa deste decorrente, não respondendo eles pelo valor do tributo devido propriamente dito. III - Julgados os embargos infringentes, o Colegiado a quo acabou por reformar em sua totalidade o decidido na apelação, valendo-se de precedentes tanto daquele Sodalício quanto desta Corte Superior pelos quais o redirecionamento da execução (como um todo: tributo somado a seus acessórios (multas e.g.)) aos sócios da companhia somente seria possível se houvesse a comprovação de que estes agiram com excesso de poderes ou de forma a infringir a Lei ou o contrato, não bastando, para tanto, a mera inadimplência para com o pagamento dos tributos. IV - Em outros termos: o Tribunal de origem no julgamento dos embargos infringentes afastou o suporte fático ("existência de infração legal") que permitia a incidência do ditame do art. 135, III, do CTN, já que esposou o entendimento de que o não-pagamento de tributo, por si só, não configura a infração à lei, daí por que reconheceu a ilegitimidade passiva dos sócios, ora recorrentes, à execução em tela. V - Assim sendo, exsurge cristalina a perda do objeto do recurso especial sub oculi. VI - Acresça-se ainda que, em sede de agravo de

instrumento (nº 492.704/RS) interposto pelo INSS, ora recorrido, contra a decisão que inadmitiu o recurso especial por ele ajuizado em face do acórdão proferido nos embargos infringentes, esta Corte Superior, já apreciando aquele apelo raro, manteve o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem pela ilegitimidade dos sócios ao pólo passivo da execução em debate, tendo esta decisão proferida por este STJ já transitado em julgado. VII - Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no REsp: 844890 RS 2006/0086977-1, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 05/09/2006, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 02/10/2006 p. 244)

Dessa forma, a responsabilidade solidária nos termos dos artigos 124, inciso I, e artigo 135, inciso III, do CTN, deve ser afastada quando não restar comprovado nos autos que o sócio administrador praticou os atos com excesso de poderes em relação ao contrato social ou infração a legislação tributária.

Além disso, o crédito tributário lavrado contra o Sr. René Gomes de Sousa, tendo em vista a ausência de sua intimação, está nitidamente decaído, pelo art. 173, I, do CTN, eis que diz respeito ao período de apuração 01/04/2003 a 31/12/2005, sendo que, até o presente momento, não foi dada sua respectiva ciência acerca do crédito tributário.

A propósito, o lançamento considera-se realizado e só se perfectibiliza com a intimação do sujeito passivo acerca do ato de lançamento, sendo indiferente eventuais intimações anteriores em sede de procedimento de apuração de regularidade fiscal, tais como as intimações para apresentação de documentos e/ou esclarecimentos, por serem atos meramente preparatórios.

Assim, considerando o dever de observância ao devido processo legal e, ainda, o dever de obediência à legalidade do procedimento de julgamento, entendo que a apreciação deste vício pelo Colegiado é necessária.

Dessa forma, entendo pela exclusão do Sr. René Gomes de Sousa da sujeição passiva tributária solidária, no que diz respeito ao presente lançamento.

3. Do Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte (e-fls. 840 e ss).

O contribuinte mantém sua linha de argumentação, pautando seu recurso com base nos seguintes argumentos, já apresentados por ocasião da impugnação: (i) os Mandados de Procedimento Fiscal — MPF nº 09376391F00 e 09376391C02 não foram assinados pela autoridade emissora, e sendo a assinatura da autoridade emissora requisito de natureza obrigatória, a sua ausência gera a nulidade de todo o procedimento fiscal; (ii) não foi lavrado o indispensável Termo de Início de Ação Fiscal, o que gera a nulidade do feito; (iii) nulidade do presente auto de infração pela falta de comprovação de reincidência, por não ter conhecimento do conteúdo dos Autos de infração de nº(s): 35.657.440-7, 35.657.893-3, 35.654.894-1, 35.460.037-0 e 35.460.038-9, o que causa ofensa ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

Contudo, entendo que não assiste razão ao recorrente.

A começar, eventuais omissões ou incorreções afligindo os Mandados de Procedimento Fiscal — MPF, não têm o condão de culminar na nulidade do lançamento tributário, disciplinado pelo artigo 142 do CTN, que se constitui em ato obrigatório e vinculado, sob pena de responsabilidade funcional por parte do agente fiscal. Somente na hipótese de o contribuinte provar que a presença do vício ocasionou prejuízo em sua defesa é que, eventualmente, tais vícios poderão acarretar na nulidade do crédito tributário.

O Mandado de Procedimento Fiscal é um instrumento interno de controle administrativo que não interfere na competência do Auditor-Fiscal para proceder ações fiscais ou constituir créditos tributários, porquanto essa competência é instituída por lei. Não invalida o lançamento a ausência de intimação prévia do contribuinte para prestar esclarecimentos.

A propósito, de acordo com a jurisprudência dominante do CARF, eventuais omissões ou vícios na emissão do Termo de Início de Ação Fiscal ou Mandado de Procedimento Fiscal não acarretam a automática nulidade do lançamento de ofício promovido, se o contribuinte não demonstrar o prejuízo à realização da sua defesa. Nesse sentido, já está sumulado, no âmbito deste Conselho, o entendimento segundo o qual o lançamento de ofício pode ser realizado, inclusive, sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário (Súmula CARF nº 46 - Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

A propósito, cabe destacar, ainda, que na fase oficiosa, a fiscalização atua com poderes amplos de investigação, tendo liberdade para interpretar os elementos de que dispõe para efetuar o lançamento. O princípio do contraditório é garantido pela fase litigiosa do processo administrativo (fase contenciosa), a qual se inicia com o oferecimento da impugnação.

Nesse sentido, vale ressaltar que a oportunidade de manifestação do contribuinte não se exaure na etapa anterior à efetivação do lançamento. Pelo contrário, na busca da preservação do direito de defesa do contribuinte, o processo administrativo fiscal, regulado pelo Decreto nº 70.235/72, estende-se por outra fase, a fase litigiosa, na qual o autuado, inconformado com o lançamento que lhe foi imputado, instaura o contencioso fiscal mediante apresentação de impugnação ao lançamento, quando as suas razões de discordância serão levadas à consideração dos órgãos julgadores administrativos, sendo-lhe facultado pleno acesso à toda documentação constante do presente processo.

Também não merece prosperar a alegação acerca da ausência de comprovação da reincidência, o que teria acarretado a limitação ao direito de defesa da empresa, por não ter conhecimento do conteúdo dos Autos de infração de nº(s): 35.657.440-7, 35.657.893-3, 35.654.894-1, 35.460.037-0 e 35.460.038-9, o que representaria ofensa ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

Isso porque, conforme muito bem pontuado pela decisão de piso, apesar de os autos de infração não terem sido juntados aos autos do presente processo, são de inteiro conhecimento do recorrente, tendo sido notificado da lavratura de todos eles. É de se ver:

AI nº 35.657.440-7

21/12/2004: data em que a empresa foi notificada da lavratura do Auto

11/01/2005: data em que a empresa apresentou sua defesa

28/04/2005: data em que a empresa foi cientificada da decisão administrativa

AI nº 35.657.893-3

21/12/2004: data em que a empresa foi notificada da lavratura do Auto

11/01/2005: data em que a empresa apresentou sua defesa

28/04/2005: data em que a empresa foi cientificada da decisão administrativa

AI nº 35.654.894-1

24/12/2004: data em que a empresa foi notificada da lavratura do Auto

11/01/2005: data em que a empresa apresentou sua defesa

28/04/2005: data em que a empresa foi cientificada da decisão administrativa

AI nº 35.460.037-0

06/10/2003: data em que a empresa foi notificada da lavratura do Auto

17/11/2003: data em que a empresa foi cientificada da decisão administrativa

AI nº 35.460.038-9

06/10/2003: data em que a empresa foi notificada da lavratura do Auto

11/01/2005: data em que a empresa apresentou sua defesa

17/11/2003: data em que a empresa foi cientificada da decisão administrativa

Dessa forma, tendo em vista que o recorrente tem plena ciência dos autos de infração que deram origem à reincidência considerada no presente caso, não há que se falar em nulidade, eis que não constato o cerceamento do direito de defesa alegado.

Não se apresentando as causas elencadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, não há falar em nulidade no processo administrativo fiscal. Destaco que não vislumbro qualquer nulidade na hipótese dos autos, seja do lançamento tributário a que se combate ou mesmo da decisão proferida, não tendo sido constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa.

Ademais, conforme bem analisado pela DRJ, a circunstância de haver entregado na rede bancária as GFIP referentes às competências 13/2005 e 13/2006 — e, com isto, corrigido a falta que lhe foi imputada no Auto de Infração nº 37.037.108-9 —, não tem a menor relevância para os efeitos aqui pretendidos concernentes à atenuação da multa.

Isso porque, enquanto no AI nº 37.037.108-9, a falta que lhe foi imputada — e que, segundo afirma, restou posteriormente corrigida mediante a entrega, na rede bancária, das GFIP referentes às competências 13/2005 e 13/2006 — foi, justamente, deixar de entregar essas guias na rede bancária, no prazo estabelecido na legislação previdenciária, no presente Auto, a falta que lhe foi imputada pela fiscalização foi deixar de arrecadar as contribuições dos segurados contribuintes individuais que lhe prestaram serviços, mediante desconto quando do pagamento de suas respectivas remunerações.

Tratam-se, portanto, de duas infrações distintas, das quais apenas a primeira restou corrigida. Logo, das penalidades aplicadas nos AI nº 37.037.108-9 e 37.037.104-6, a única susceptível de atenuação é a imposta no primeiro.

Ante o exposto, entendo que a decisão recorrida não merece reparos.

Conclusão

Ante o exposto, voto por EXCLUIR, de ofício, a responsabilidade tributária solidária atribuída ao Sr. RENÉ GOMES DE SOUSA, e CONHECER do Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo principal (e-fls. 840 e ss), para rejeitar as preliminares e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite

Voto Vencedor

Conselheiro Cleberson Alex Friess – Redator Designado

Peço licença ao I. Relator para discordar do seu voto na parte da exclusão da responsabilidade solidária do Sr. René Gomes de Sousa.

Segundo o I. Relator, a autoridade fiscal arrolou o sócio-gerente como responsável solidário pelo crédito tributário no Auto de Infração nº 37.037.104-6. Porém, não foi intimado da exigência fiscal, não apresentou impugnação, nem interpôs recurso voluntário.

Como se observa, o lançamento não se aperfeiçoou em relação ao Sr. René Gomes de Sousa, porque inexistente a regular notificação do sujeito passivo. Tampouco se instaurou a fase litigiosa do procedimento através da impugnação tempestiva.

Aliás, nem mesmo há recurso voluntário do responsável solidário, único legitimado para questionar o vínculo de responsabilidade a ele atribuído.

Embora ambos possam alterar o lançamento fiscal, o contencioso administrativo fiscal, hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não se confunde com a revisão de ofício. São institutos distintos (art. 145, incisos I e III, e art. 151, inciso III, do Código Tributário Nacional - CTN).

No primeiro caso, o sujeito passivo não concorda com o lançamento fiscal e manifesta-se por meio de petição de impugnação, assegurado o contraditório e a ampla defesa. Caso o autuado discorde da decisão do órgão julgador de primeira instância, poderá interpor recurso voluntário.

Já na segunda hipótese, a conduta da administração tributária está pautada no dever de corrigir os atos contrários à lei ou legislação infralegal, quando verificado vício no ato administrativo, independentemente da iniciativa do sujeito passivo e das formalidades do processo tributário administrativo.

A competência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais está circunscrita ao julgamento no contencioso tributário, em grau recursal das decisões proferidas pela primeira instância, com base no rito do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e não à revisão de ofício.

Em contrapartida, a revisão de ofício para corrigir irregularidades compete às unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil, em todos os casos em que a matéria não esteja submetida aos órgãos de julgamento administrativo ou já tenha sido objeto de apreciação destes.

Logo, inviável a exclusão do Sr. René Gomes de Sousa da sujeição passiva tributária solidária, no que diz respeito ao presente lançamento. Caso contrário, haverá extrapolação da matéria devolvida para julgamento do órgão de segunda instância e afronta à competência deste Tribunal Administrativo, tendo em vista o único recurso apresentado, interposto pelo devedor principal.

A propósito, como bem asseverou o I. Relator, a possibilidade de atribuir responsabilidade tributária contra o Sr. René Gomes de Sousa, considerando a ausência de sua intimação válida, encontra-se fulminada pela decadência, a partir da contagem de prazo do inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional.

À vista de tal motivo, também não vislumbro prejuízo para o sócio-gerente, ante a impossibilidade de exigir-lhe o pagamento do crédito tributário, salvo outro fundamento ou fato superveniente.

Em verdade, é impraticável excluir algo que não foi alcançado pelo presente lançamento tributário. De qualquer modo, não custa lembrar que a cobrança administrativa e a eventual inscrição em dívida ativa do crédito tributário deverão observar os preceitos legais, cabendo o controle pelos setores competentes.

Conclusão

Ante o exposto, não cabe a exclusão de ofício da responsabilidade solidária do Sr. René Gomes de Sousa.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Cleber Alex Friess