

RELATÓRIO

O presente AI de Obrigação Principal, lavrado sob o n. 51.008.944-5, 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, referentes as diferenças de contribuições declaradas em GFIP, considerando a exclusão da empresa do SIMPLES. Os fatos geradores compreendem o no período de 01/2009 a 07/2010.

Conforme descrito no relatório fiscal, fls. 14 e seguintes, diante da constatação e caracterização de grupo econômico de fato e da consideração da receita bruta do grupo, elaborou-se representação fiscal, propondo a exclusão do contribuinte Pagueaquí Recebimentos e Serviços Ltda do regime tributário Simples Nacional, previsto na Lei Complementar 123, de 14/12/2006.

O Ato Declaratório Executivo - ADE nº. 15, de 21/05/2012, publicado no Diário Oficial da União nº. 99, Seção 1, de 23/05/2012, estabeleceu a exclusão do contribuinte do Simples Nacional com efeitos retroativos a partir de 01/07/2007. O ADE estabeleceu ainda o prazo de 30 dias, contados da ciência deste, para a apresentação de manifestação de inconformidade.

A ação fiscal estendeu-se a todas as empresas, as quais são geridas pelo casal Arthur Lemos Nogueira e Deyse Liliana Faccin, com suporte técnico do contador Luiz Fernando Ferreira da Silva.

São elas:

- 1 - Contafacil Serviços Expressos Ltda – EPP;
- 2 - Maisfacil Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda – ME;
- 3 - Contafacil-MS Cobranças Atendimentos e Serviços Ltda – ME e 4 - Contafacil-ES Cobranças Atendimentos e Serviços Ltda ME.

Importante, destacar que a lavratura do AI deu-se em 28/05/2012, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 29/05/2012.

Consta informação fiscal fls. 423, acerca da cientificação dos sujeitos passivos – grupo econômico, onde consta a seguinte informação:

No dia 24/05/2012 foram entregues as cópias dos ADE's nº 11, 12, 13, 14 e 15, de 21/05/2012, e da "Representação Fiscal - Exclusão do Simples" e seus anexos a Arthur Lemos Nogueira (Pagueaquí Recebimentos e Serviços Ltda - EPP, CNPJ 04.716.037/0001-71, e Maisfacil Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda - ME, CNPJ 09.555.050/0001-00) e a Deyse Liliana Faccin Nogueira (Contafacil Serviços Expressos Ltda – EPP, CNPJ 06.253.153/0001-27, Contafacil-

regime simplificado. De fato, ela pretendeu conferir à representação fiscal, mera proposta de exclusão, efeitos jurídicos que ela não possui;

6 - tendo a primeira impugnante apresentado tempestivamente sua manifestação de inconformidade contra a exclusão, esta não produz efeitos enquanto não se tornar definitiva a decisão favorável ao Fisco, caso ocorra. Assim, a primeira impugnante continua sujeita às normas do SIMPLES NACIONAL;

7 - o Art. 75, § 5o, da Resolução CGSN n. 94/2011 prevê expressamente que é condição sine qua non para que se aperfeiçoe a exclusão de qualquer micro ou pequena empresa, que esta exclusão seja registrada no Portal do Simples Nacional na internet, sem o que não produz qualquer efeito;

8 - a exclusão da primeira impugnante do SIMPLES NACIONAL, no caso em tela, é ineficaz, ainda não se tornou efetiva, na forma do Art. 32, caput c.c Art. 75, § 3o, da Resolução CGSN n. 94/2011. Em consequência, autuação é ilegal, pois que fundada em normas legais inaplicáveis, no caso, o regime geral da seguridade social previsto na Lei n.

8.212/91 e seu regulamento.

DAS MULTAS DE MORA E DE OFÍCIO.

9 - há que se reconhecer a impossibilidade de aplicação aos impugnantes da multa prevista pelo Art. 35 da Lei n. 8.212/91, como pretendido pela autoridade fazendária;

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art.

61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

10 - uma vez excluída a empresa do SIMPLES NACIONAL, ela ficará sujeita ao recolhimento dos valores tributários devidos acrescidos, tão somente, de juros de moras, consoante Art. 32, § 1o, da LC 123/2006;

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

§ 1º Para efeitos do disposto no caput deste artigo, na hipótese da alínea a do inciso III do caput do art. 31 desta Lei Complementar, a microempresa ou a empresa de pequeno porte desenhadrada ficará sujeita ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, tão-somente, de juros de mora, quando efetuado antes do início de procedimento de ofício.

que integrem "grupo econômico", sem qualquer verificação de efetivo vínculo com o fato gerador das contribuições em questão;

17 - a lei pode atribuir vínculo de solidariedade aos responsáveis tributários — salvo naqueles casos em que o CTN já tenha estabelecido de modo diverso, como acentuado pela doutrina e pela jurisprudência — porém, o Art. 128 do CTN impõe um limite a tanto: exige a vinculação do terceiro responsável com o fato gerador do respectivo tributo;

18 - não é qualquer tipo de vínculo com o fato gerador que pode ensejar a responsabilidade de terceiro; é necessário que esse vínculo seja de tal sorte que permita a esse terceiro, elegível como responsável, fazer com que o tributo seja recolhido sem onerar seu próprio bolso.

19 - a imputação de solidariedade no pagamento das contribuições devidas à Seguridade Social requer a prova inequívoca de que as empresas envolvidas, de fato, configuram grupo econômico e que se encontram vinculadas ao fato gerador das contribuições ora imputadas;

20 - o ônus da prova de configuração de grupo econômico é da Administração, sob pena de nulidade da autuação. In casu, a autoridade fazendária restringiu-se a alegações desprovidas de provas, baseando-se em meras suposições que acabaram por lastrear o ADE n. 12/2012, que excluiu a primeira impugnante do SIMPLES NACIONAL;

21 - o inciso IX do Art. 30, da Lei n. 8.212/91 está eivado de ilegalidade, por inobservância dos requisitos essenciais estabelecidos no Art. 128 do CTN, lei complementar de caráter nacional, o que veda ao legislador ordinário alterá-los ou suprimi-los para atribuição de responsabilidade solidária a terceira pessoa, in casu, sem relação com o fato gerador das contribuições sociais;

22 - a autoridade fazendária sequer logrou demonstrar que as empresas (i)

CONTA FÁCIL-MS COBRANÇAS ATENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA-ME, (ii)

*PAGUEAQUI RECEBIMENTO E SERVIÇOS LTDA - EPP, (iii)
CONTA FÁCIL SERVIÇOS EXPRESSOS LTDA - EPP, (iv)
MAIS FÁCIL CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA - ME e (v) CONTA FÁCIL COBRANÇAS ATENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA - ME configuram grupo econômico, quanto menos juntou aos autos prova inequívoca de que referidas empresas praticaram conjuntamente todos os fatos geradores referentes às contribuições sociais em questão, o que revela a inaplicabilidade do dispositivo, a despeito de sua ilegalidade;*

23 - a autoridade fiscal não provou a configuração de grupo econômico, justamente porque não há grupo econômico, nem de fato, nem de direito, na circunstância ora tratada. Há, sim, sociedades distintas que exercem, cada qual, atividades específicas: Uma exerce atendimento, outra exerce cobrança, outra presta serviço de senhas, outra lida com leituras — que foram criadas por diferentes indivíduos

para desenvolverem atividade de prestação de serviços em diferentes localidades. Uma exerceu atividade em alguns municípios do Estado do RJ, do Mato Grosso, do Mato Grosso do Sul, ou do Espírito Santo — e para diferentes clientes — concessionárias de fornecimento de energia, concessionárias de fornecimento de água e coleta de esgoto, empresas privadas de diferentes naturezas — realizadas por pessoas da mesma família, aproveitando do networking de negócios criado pelos seus membros;

24 - o auto de infração DEBCAD n. 37.338.600-1 é nulo, seja por ausência absoluta de fundamentação legal, em face da ilegalidade do inciso IX, do Art. 30 da Lei n.

8.212/91; seja por ausência de prova inequívoca de que as empresas (i) CONTAFÁCIL-MS COBRANÇAS ATENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA-ME, (ii) PAGUEAQUI RECEBIMENTO E SERVIÇOS LTDA - EPP, (iii) CONTAFACIL SERVIÇOS EXPRESSOS LTDA - EPP, (iv) MAISFACIL CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA - ME e (v) CONTAFACILES COBRANÇAS ATENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA - ME, CNPJ 11.471.415/0001-60 formam grupo econômico de fato e, ainda, praticaram em conjunto todos os fatos geradores das contribuições sociais ora discutidas.

SOLIDARIEDADE DOS SÓCIOS-ADMINISTRADORES 25 - a autuação fiscal imputou responsabilidade solidária a ARTHUR LEMOS NOGUEIRA, sócio-administrador da impugnante, e a DEYSE LILIANA FACCIN, quem não possui qualquer vínculo com a impugnante;

26 - qt à imputação de solidariedade a DEYSE LILIANA FACCIN por ser "sócio-administrador" da impugnante, não há dúvidas de que não procede. A prova é o contrato social e sua última alteração consolidada, corroborada pela própria narrativa da autoridade fiscal no relatório fiscal e na representação fiscal para fins exclusão do Simples Nacional que acompanharam a autuação;

27 - no que se refere a ARTHUR LEMOS NOGUEIRA, embora de fato sócio-administrador da primeira impugnante, é indevida, na situação, a imputação de responsabilidade tributária com vínculo de solidariedade com a impugnante e demais pessoas jurídicas arroladas como grupo econômico de fato;

28 - o Art. 135 do Código Tributário Nacional enumera em três incisos os casos em que a responsabilidade tributária será pessoal dos terceiros ali previstos. Veicula regra que, mais propriamente, caberia no capítulo seguinte, que trata da responsabilidade por infração.

29 - a característica individual que atrai a aplicação da responsabilidade tributária na forma do Art. 135, III, do CTN, é ser administrador - "diretor, gerente ou representante" - de pessoa jurídica de direito privado, e não ostentar a natureza de sócio;

30 - fica afastada, portanto, qualquer intenção (ou confusão) de se afirmar haver solidariedade ou subsidiariedade na obrigação dos administradores prevista pelo Art.

135, III, do CTN. Solidariedade e subsidiariedade, recorde-se, consistem em graus de responsabilização entre coobrigados pelo adimplemento da relação jurídica.

31 - a obrigação de efetuar o pagamento do tributo é do responsável tributário e só dele, eximindo, assim, a pessoa jurídica de direito privado da relação jurídica tributária;

32 - a responsabilidade tributária veiculada pelo art. 135, III, do CTN decorre de ter o administrador praticado "atos com excesso de poder, infração de lei, contrato social ou estatuto". Ou seja, a situação que configura a hipótese de incidência desta responsabilidade é a prática, pelo administrador da pessoa jurídica de direito privado, de ato ilícito contra a sociedade, agindo voluntária e dolosamente contra ou em desacordo com os poderes e atribuições que lhe foram outorgados;

33 - apenas se comprovadas as seguintes condições é que se estará diante da hipótese configuradora da responsabilidade tributária pessoal do "diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica de direito privado" de que trata o art. 135, III, do CTN: (i) o sujeito responsável deve ser o administrador da sociedade; (ii) é imprescindível que o administrador tenha agido "com excesso de poder, em infração de lei, contrato social ou estatuto" da sociedade por ele gerida, sendo que o mero inadimplemento das obrigações tributárias não se presta a caracterizar o fato da "infração de lei" de que fala o dispositivo legal;

e (iii) em decorrência da "infração a lei" tenha ocorrido um evento tributável que tenha feito surgir uma obrigação tributária para a pessoa jurídica;

34 - ao impugnante ARTHUR LEMOS NOGUEIRA não se pode imputar responsabilidade tributária, tanto menos vinculando-o em nível de solidariedade com a primeira impugnante e com as outras empresas do suposto "grupo econômico de fato" à qual alude a autoridade fiscal;

35 - embora ARTHUR LEMOS NOGUEIRA exerça a função de administrador da primeira impugnante, Pagueaquí Recebimentos e Serviços Ltda EPP, a autoridade autuante não logrou êxito em demonstrar a ocorrência de ato "com excesso de poder, infração à lei, ao contrato social e ao estatuto" da empresa;

36 - enfim, é absolutamente ilegal a atribuição de responsabilidade tributária solidária a ARTHUR LEMOS NOGUEIRA e DEYSE LILIANA FACCIN, na forma e nos termos como efetuado na autuação fiscal. Seja porque, nos casos disciplinados pelo Art. 135, III, do CTN não é possível falar em solidariedade; seja porque a impugnante Deyse não é, nem nunca foi administradora, formal ou faticamente, da primeira impugnante; e também porque não restou demonstrada a situação autorizadora prevista na hipótese do Art. 135, III, do CTN, qual seja, a ação praticada com "excesso de poder, infração de lei, do contrato social ou do estatuto" da Pagueaquí Recebimentos e Serviços Ltda EPP, da qual tenha resultado em obrigações tributárias a ela.

Do Pedido Os impugnantes requerem:

1 – Seja anulado o auto de infração DEBCAD n. 51.008.944-5, afastandose, por conseguinte, a cobrança dos valores exigidos;

2 - protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, especialmente pela juntada de novos documentos, diligências e, se necessário, testemunhas, a fim de alcançar a verdade material e a legalidade objetiva que informam o processo administrativo tributário;

3 - o acolhimento da impugnação para excluir do processo administrativo em questão a pessoa do ora impugnante, eximindo assim sua responsabilidade solidária pelos débitos apontados.

O recorrente anexou a sua impugnação cópia da manifestação de inconformidade no processo n. 10140.721137/2012-01, no qual questiona a sua exclusão do SIMPLES, fls. 461 a 475.

Foi exarada a Decisão de 1 instância que confirmou a procedência do lançamento, fls. 483 a 509, destacando àquela autoridade que embora exista manifestação de inconformidade referente a sua exclusão do SIMPLES, ainda pendente de julgamento perante a DRF, tal fato não representa óbice ao lançamento do crédito tributário, podendo este ser anulado em caso de decisão transitada em julgado a favor do contribuinte. Transcreve-se abaixo, ementa do referido acórdão:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/01/2009 a 31/07/2010 EXCLUSÃO DO SIMPLES Os procedimentos atinentes ao ato de exclusão de empresas do programa Simples Nacional devem ser contestados em processo próprio, ou seja, em manifestação de inconformidade apresentada em razão do Ato Declaratório Executivo que determinou a exclusão.

GRUPO ECONÔMICO DE FATO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA Empresa integrante de Grupo Econômico de Fato responde, solidariamente, pelo crédito tributário lançado, conforme determina o inciso IX do artigo 30 da Lei 8.212/91.

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.

RESPONSABILIDADE DO SÓCIO ADMINISTRADOR. SÓCIO DE FATO.

Caracterizada a intenção de ocultar do Fisco receitas auferidas em razão da atividade comercial da empresa, responde o sócio pela obrigação tributária.

Provada a condição de sócio de fato, responde este, da mesma forma, pela obrigações fiscais.

MULTAS DE MORA MULTA DE OFÍCIO.

Excluídas do Simples Nacional, as empresas sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, sendo que os

créditos tributários apurados serão acrescidos, tão-somente, de juros de mora, quando o pagamento for efetuado antes do início de procedimento de ofício.

JUNTADA POSTERIOR DE PROVA O prazo para apresentação de provas no processo administrativo fiscal coincide com o prazo de que o contribuinte dispõe para impugnar o lançamento, salvo se comprovada alguma das hipóteses autorizadoras para juntada de documentos após esse prazo Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido Foi emitido termo de Revelia para as empresas MAIS FÁCIL CONS E ASSESS EMPRESARIAL LTDA E CONTAFÁCIL-ES COBRAN E ATEND. E SERV LTDA, FLS. 522.

A DRF apresentou embargos ao acórdão proferido, fl. 512.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela empresa PAGUEAQUI RECEBIMENTOS E SERVIÇOS LTDA, ARTHUR LEMOS NOGUEIRA E DEYSE LILIANA FACCIN, conforme fls. 572 a 597, contendo em síntese os mesmos argumentos da impugnação, quais sejam:

(i) preliminarmente, improcedência da autuação em razão da falta de definitividade da exclusão da primeira recorrente do SIMPLES NACIONAL, conforme Arts. 29 c.c. 32 da Lei Complementar n. 123/2006 e Art. 75, §§ 3.º e 4.º da Resolução CGSN 94/2011;

(ii) aplicação indevida das multas de mora e de ofício, por inobservância ao devido processo legalmente estabelecido para exclusão e autuação das MEs e EPPS, em contrariedade ao Art. 32, § 1.º, da lei complementar n. 123/2006;

(iii) indevida atribuição de responsabilidade solidária às empresas do suposto "grupo econômico de fato", por ausência de provas e inobservância aos limites previstos no Art. 128 do CTN;

(iv) indevida atribuição de solidariedade aos sócios-administradores, por falta de amparo legal e em violação ao Art. 135, III, do CTN.

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

É o relatório.

VOTO

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 599. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

Pela análise dos autos identifica-se que o fato que ensejou a lavratura dos Autos de infração nos moldes em que se encontram, foi indevido enquadramento no SIMPLES de acordo com informações prestadas pelo próprio auditor fiscal em seu relatório e na Representação de Exclusão, face a caracterização de grupo econômico de fato.

A autoridade julgadora de 1ª instância julgou o AI procedente, destacando que embora exista manifestação de inconformidade referente a sua exclusão do SIMPLES, ainda pendente de julgamento perante a DRF, tal fato não representa óbice ao lançamento do crédito tributário, podendo este ser anulado em caso de decisão transitada em julgado a favor do contribuinte.

Todavia, ao contrario do que entendeu referido julgador e mesmo considerando terem sido apresentados e rebatidos diversos argumentos em sede de recurso, entendo haver uma questão prejudicial ao presente julgamento. À decisão da procedência ou não do presente auto-de-infração está ligado à sorte da Representação Fiscal – Exclusão do SIMPLES, Processo n. 10140.721137/2012-01, considerando que as contribuições aqui lançadas deram-se exclusivamente pela exclusão da empresa do sistema SIMPLES.

Contudo, após pesquisas no sistema do CARF, não se identificou decisão final a respeito das mesma, ou mesmo ter sido o processo distribuído. Em pesquisa ao sistema e-processo foi possível identificar a existência de despacho determinando o arquivamento do processo, porém existe pedido de juntada de documentos em aberto, onde conta recurso voluntário do recorrente.

Assim, para evitar decisões discordantes faz-se imprescindível primeiro a análise da Representação de Exclusão, para só então julgar-se a procedência da presente autuação e de todas as suas correlatas.

Dessa forma, entendo que o melhor encaminhamento é determinar o retorno do processo à DRFB jurisdicionante, devendo o auto-de-infração ficar sobrestado aguardando o julgamento das do AI conexa(s). Tão logo o processo de Representação Fiscal – Exclusão do SIMPLES, Processo n. 10140.721137/2012-01 seja julgado no âmbito do CARF, devem os autos retornar ao CARF para que seja dado prosseguimento ao julgamento.

CONCLUSÃO:

Voto pela **CONVERSÃO** do julgamento EM DILIGÊNCIA, devendo ser sobrestado este auto-de-infração até o transito em julgado da Representação Fiscal – Exclusão

Processo nº 10140.721243/2012-86
Resolução nº **2401-000.345**

S2-C4T1
Fl. 13

do SIMPLES, Processo n. 10140.721137/2012-01. Do resultado da diligência, antes de os autos retornarem a este Colegiado deve ser conferida vistas ao recorrente, abrindo-se prazo normativo para manifestação.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.