



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10140.722052/2013-12
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2301-010.953 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de novembro de 2023
Recorrente HADJI RESTAURANTES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2011

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. SONEGAÇÃO. MULTA QUALIFICADA.

Restando configurada a sonegação definida no art. 71 da Lei nº 4.502/1964, a multa de ofício prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996 deve ser aplicada em dobro, nos termos do art. 44, §1º, da Lei nº 9.430/1996.

INFRAÇÕES. RESPONSABILIDADE DE TERCEIRO. CONTADOR. CONVENÇÕES PARTICULARES. ARTIGO 123 DO CTN.

A alegação de que as omissões na GFIP e a falta de recolhimento das contribuições sociais devidas teriam sido causadas pelo contador não afasta a responsabilidade da infração tributária cometida pela contribuinte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer em parte o recurso não conhecendo da matéria preclusa e na parte conhecida, negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

João Maurício Vital - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Flavia Lilian Selmer Dias - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Monica Renata Mello Ferreira Stoll, Wesley Rocha, Flavia Lilian Selmer Dias, Fernanda Melo Leal, Alfredo Jorge Madeira Rosa, Mauricio Dalri Timm do Valle, Marcelo Freitas de Souza Costa (suplente convocado), Joao Mauricio Vital (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 08-31.612 que julgou improcedente a IMPUGNAÇÃO apresentada contra o lançamentos debcad nºs 51.049.925-2 (patronal e RAT/SAT) e 51.049.926-8 (terceiros) por ter a empresa se declarado como optante do Simples Nacional quando não era.

O lançamento ocorreu porque a empresa não era optante do Simples Nacional nos anos de 2009 a 2011. Foi também lançada multa de ofício com qualificação (§1º do art. 44 da Lei 9.430, de 1996 c/c art. 71,II da Lei nº 4.502/64) por ter sido constatado sonegação e fraude, segundo o relatório fiscal.

A Manifestação de Inconformidade foi tempestivamente apresentada e alegou, segundo relatório da decisão recorrida, que

1. O autuado não tinha conhecimento de que sua empresa não estava enquadrada no Simples, pois essa informação não lhe foi passada por seu contador na época dos fatos, o qual era responsável pelo recolhimento dos tributos, o que afasta a existência de dolo.
2. Deve ser afastado o decreto de fraude e, por consequência, devem ser diminuídos os valores lançados. As alegações da autoridade fiscal são genéricas, não havendo elementos que comprovem a intenção de fraudar o Fisco, sendo a aplicação da multa por fraude baseada em suposição, o que viola o princípio do devido processo legal e as garantias constitucionais da impugnante.
3. Houve culpa, imperícia do contador, mas não fraude.

A Impugnação versou somente sobre a qualificação da multa, motivo pelo qual o valor do crédito tributário principal e a multa simples (75%) foram transferidas para outro processo de nº 10140.720637/2014-89, restando neste somente a discussão dos outros 75%. (duplicação da multa)

O Acórdão apreciou a Manifestação não acolher os argumentos da Impugnante, mantendo o lançamento da multa qualificada.

O Acórdão está assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2011

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. SONEGAÇÃO. MULTA QUALIFICADA.

Restando configurada a sonegação definida no art. 71 da Lei nº 4.502/1964, a multa de ofício prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996 deve ser aplicada em dobro, nos termos do art. 44, §1º, da Lei nº 9.430/1996.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O contribuinte tomou ciência do Acórdão do julgamento de primeira instância em 05/02/2015, e, tempestivamente, em 04/03/2015, apresentou Recurso Voluntário, alegando que:

8. A decisão deve ser reformada pois o direito atinente a matéria foi aplicado de maneira equivocada.

9. Não há provas de que o recorrente tenha agido com dolo em fraudar o recolhimento de tributos perante a Fazenda nacional.

10. A fraude fiscal, que pode se dar em razão de uma ação ou omissão, de uma simulação ou ocultação, pressupõe sempre a intenção de causar dano à Fazenda Pública, um propósito deliberado de subtrair-se no todo ou em parte, a uma obrigação tributária.

11. Em nenhum momento a recorrente teve a intenção de fraudar o fisco, o que ocorreu foi que o contador responsável pela arrecadação do tributo fez com que ela incorresse em erro no ato do recolhimento.

12. Tanto é certa a informação de que os tributos foram recolhidos, a menor, mas nunca deixaram de ser, sendo certo que se houvesse a vontade de fraudar nenhum tributo teria sido recorrido durante todo o processo.

13. Também não restou comprovado que a recorrente tinha ciência de que os recolhimentos eram feitos a menor e, muito menos, que era ela quem ordenava esta prática.

14. Por fim, a mera alegação de constituição de nova empresa a fim de continuar com a mesma atividade não é suficiente para caracterizar fraude ao recolhimento tributário.

15. Deve ser aplicado ao caso a súmula 14 do CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheira Flavia Lilian Selmer Dias, Relatora.

Admissão do Recurso

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, portanto, merece ser conhecido.

A alegação que a constituição de nova empresa a fim de continuar atividade não seria suficiente para caracterizar fraude não foi apresentada na Impugnação, por esse motivo não conheço dela, nos termos do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Mérito

No mérito a Recorrente alega que não há provas de que tenha agido com dolo em fraudar o recolhimento, que tal só ocorreria se tivesse a intenção de causar dano à Fazenda Pública e que em nenhum momento teve essa intenção de reduzir o recolhimento e que foi o Contador que a fez incorrer em erro, por isso não tinha ciência de tal fato. Por fim sustenta que a constituição de empresa nova a fim de continuar com a mesma atividade não é suficiente para caracterizar fraude ao recolhimento de tributos e solicita a aplicação da Súmula CARF nº 14.

Os demais temas foram enfrentados pela Decisão de piso.

As disposições sobre as multas aplicadas aos lançamentos de contribuições previdenciárias estão contidas no art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991 (com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, **aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430**, de 27 de dezembro de 1996.

(grifou-se)

Por sua vez, o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 (com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007) assim trata a questão do percentual da multa:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo **será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502**, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

(grifou-se)

Os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, trazem as definições de sonegação, fraude e conluio:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente **a impedir ou retardar**, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou **modificar as suas características essenciais**, de modo a reduzir o montante do imposto devido **a evitar ou diferir o seu pagamento**.

Art. 73. Conluio é **o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas**, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

(grifou-se)

Não basta que atividade seja ilícita para se aplicar à multa qualificada, deve haver o evidente intuito de fraude, detalhadamente descrito no auto de infração, conforme os julgados do CARF.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2007, 2008

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. APLICAÇÃO DA MULTA QUALIFICADA

Havendo a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, deve ser aplicada a multa qualificada. No caso em tela é o que se verifica da conduta do

réu que agiu deliberadamente com evidente intuito de fraude para fins de obter vantagens indevidas. (Acórdão nº 9202-007.739, proferido em 28/03/2019)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2003, 2004

MULTA QUALIFICADA NO PERCENTUAL DE 150%. DOLO.

Justifica-se a aplicação da multa no percentual de 150% **quando restar demonstrado que o contribuinte agiu de forma dolosa, em conduta reiterada e uniforme, estando presentes os elementos cognitivo e volitivo**, visando se esquivar do pagamento de tributos (Acórdão nº 9101-004.4220 – proferido em 05/06/2019)

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006

MULTA DE OFÍCIO. CIRCUNSTÂNCIAS QUALIFICATIVAS DA INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DO EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. INAPLICABILIDADE.

A aplicação da multa de ofício em 150% (cento e cinquenta por cento) **exige a inequívoca comprovação do evidente intuito de fraude na conduta do sujeito passivo**, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

Ausente a prova inequívoca de intenção deliberada da contribuinte de ocultar o fato gerador das contribuições da Autoridade Fiscal, não há de se falar na aplicação da multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento). (Acórdão nº 9303-004.685, proferido em 16/02/2017)

Grifos não originais

O Relatório Fiscal muito bem detalha os motivos que justificaram a qualificação da multa:

Durante o procedimento de auditoria fiscal, verificamos que a empresa optou em **encerrar a atividade dos seus quatro estabelecimentos ao final do ano de 2011, abrindo novas empresa “limpas” para poder continuar operando a mesma atividade, com o mesmo Nome Fantasia, usando pessoas da família e um de seus empregados como sócios dos novos estabelecimentos.**

Como sócios da empresa Hadji Restaurantes Ltda-ME figuram os senhores Danny Alexandre Huang (CPF:562.526.251-91) e Huang Chi Yung (CPF:133.498.050-00), **filho e pai respectivamente. Onde funcionava a matriz da empresa**(CNPJ: 06.073.025/0001-00), isto é, na R. Pedro Celestino 768, nesta cidade, **foi constituída a empresa FAST FOOD ARABE LTDA – ME**, (CNPJ: 97.529.370/0001-52), tendo como **sócios os mesmos senhores.**

Onde funcionava o estabelecimento CNPJ: 06.073.025/0003-63, isto é, na Av. Tamandaré 635, loja 17, nesta cidade, **foi constituída a empresa HD LANCHONETE COMIDA ARABE LTDA – ME**, (CNPJ: 14.134.242/0001-82), tendo como sócios Daniel Shu Chung Huang – CPF: 006.733.531-41(**filho do Sr. Huang Chi Yung**) e a Sra Huang Sun Hwa Lin(**esposa de Huang Chi Yung**).

Onde funcionava o estabelecimento CNPJ:06.073.025/0002-82, isto é, na Av. Afonso Pena 4909, loja 810, nesta cidade, **foi constituída a empresa ARABIC SERVICE COMIDA LTDA** – ME (CNPJ:14.134.169/0001-49), tendo como sócios Daniel Shu Chung Huang, **sua mãe** Sra Huang Sun Hwa Lin. e o **sr. Valdeci** Pereira Cabral(CPF:543.637.051-91. Este último **foi empregado da Hadji Restaurantes Ltda-ME até o mês de agosto de 2011**, com remuneração declarada em GFIP no valor de R\$ 924,48. O mesmo também **aparece como empregado remunerado pela empresa Fast Food Árabe Ltda**, CNPJ: 97.529.370./0001-52, tendo sido remunerado **desde agosto de 2011 até julho de 2012, percebendo a mesma remuneração**.

Estranhamente **em julho de 2012, o sr. Valdeci Pereira entra como sócio na empresa ARABIC SERVICE COMIDA LTDA – ME com 95% de participação no capital social**.

Outro fato que nos chama a atenção é **que boa parte dos empregados da empresa Hadji Restaurantes Ltda-ME foram transferidos para as empresas recém-criadas imediatamente após suas rescisões**.

(...)

Fica-nos claro **a intenção da empresa Hadji Restaurantes Ltda-ME em prosseguir com suas atividades no ramo de restaurantes, no mesmo endereço de sua matriz e filiais utilizando-se do mesmo nome comercial, porém com empresas novas, sadias, criadas com o intuito de retardar o conhecimento do fisco federal da situação fiscal periclitante em que se encontrava a empresa, após ter-se declarado por 3 anos seguidos como se enquadrada no Simples Federal estivesse**.

Outra prova da fraude implementada pela empresa é que **as atuais empresas criadas para substituir os estabelecimentos da Hadji Restaurantes Ltda-ME permaneceram usando o mesmo nome fantasia, a mesma marca Hadji** conforme detalhado na fotografia abaixo. A foto retrata o estabelecimento onde funciona hoje a empresa FAST FOOD ARABE LTDA – ME, na rua Pedro Celestino 768, ponto este onde funcionava a matriz da Hadji Restaurantes Ltda-ME. **O mesmo fato se repete nas filiais desta**.

Segundo o relatório fiscal, no período de 2009 a 2011 a empresa declarou-se como optante do Simples Nacional, deixando de recolher as contribuições previdenciárias parte patronal e terceiros. Em 2011, encerrou as atividades e abriu novas, constituídas por seus próprios sócios e familiares, com a transferência de boa parte dos funcionários, nos mesmos endereços anteriores e sem mudança na fachada, o que constitui a continuidade das mesmas atividades.

A alegação principal é que os sócios não sabiam que a empresa não se enquadrava no Simples Nacional, que tal fato era de responsabilidade do contador, que não houve ordem para que ele procedesse assim.

Sobre o tema há de se ressaltar que a decisão de qual Contador será contratado é da própria empresa e que se houve falha na prestação das informações, o sujeito passivo incide em *culpa in eligendo* (culpa pela escolha de seus prepostos) e *culpa in vigilando* (culpa em vigiar a execução de que outrem ficou encarregado) pelos erros cometidos por seu preposto.

Cito ainda o art. 123 do CTN,

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, **as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda**

Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes. (grifou-se)

Ademais, ninguém pode se escusar de cumprir a lei tributária, alegando que não a conhece, nos termos do art. 3º do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

A Súmula nº 14 não se aplica ao caso pois não foi a simples omissão que caracterizou a qualificação da multa, o agravamento ocorreu pela demonstração dos conceitos de fraude e sonegação, nos termos da Lei, caracterizado pelos fatos narrados pelo fiscal.

Súmula CARF nº 14:

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Conforme bem exposto na decisão *a quo*, não houve presunção de dolo, ele foi provado pelos fatos narrados no relatório fiscal, deste modo está correta a qualificação da multa

Conclusão

Por todo o exposto, voto por CONHECER em parte o recurso, não conhecendo da matéria preclusa, e no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

(documento assinado digitalmente)

Flavia Lilian Selmer Dias