



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10469.730998/2012-79
ACÓRDÃO	2201-012.807 – 2ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	11 de junho de 2026
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	THERMAS PARTICIPACOES SOCIETARIAS LTDA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

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

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. APLICAÇÃO SOMENTE ÀS PARTES LITIGANTES.

As decisões administrativas e as judiciais não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela, objeto da decisão.

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTAGEM DO PRAZO.

Em havendo pagamento antecipado, o direito de a Fazenda lançar o Imposto de Renda Pessoa Física decai após cinco anos contados da data de ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, CTN).

Na ausência de pagamento ou nas hipóteses de dolo, fraude e simulação, o prazo de cinco anos para constituir o crédito tributário é contado do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (artigo 173, I, CTN).

CONHECIMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ILEGITIMIDADE DO CONTRIBUINTE. SÚMULA CARF Nº 172.

A pessoa indicada no lançamento na qualidade de contribuinte não possui legitimidade para questionar a responsabilidade imputada a terceiros pelo crédito tributário lançado.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE DAS LEIS. ANÁLISE INCABÍVEL NA ESFERA ADMINISTRATIVA. SÚMULA CARF Nº 2.

O exame da constitucionalidade ou legalidade das leis é tarefa estritamente reservada aos órgãos do Poder Judiciário, sendo incabível a sua análise pelo julgador da esfera administrativa.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. SÚMULA CARF Nº 4.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Súmula CARF nº 4 - vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

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

ATO ADMINISTRATIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES EM DISCUSSÃO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. SÚMULA CARF Nº 77.

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão (Súmula CARF nº 77).

COMPOSIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. ARGUIÇÃO DE INCLUSÃO DE VERBAS INDENIZATÓRIAS NOS LANÇAMENTOS. NÃO COMPROVAÇÃO.

Não merecem ser acolhidas as alegações formalizadas pelo sujeito passivo em relação a parcelas que considera indenizatórias, mas que não se encontram comprovadamente incluídas nas autuações. As alegações, apresentadas em recurso, desacompanhadas de prova, não produzem efeito em sede de processo administrativo fiscal, sendo insuficientes para elidir o lançamento de ofício.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CONFIGURAÇÃO CONDUTAS PREVISTAS NOS ARTIGOS 71, 72 E 73 DA LEI Nº 4.502 DE 1964. CABIMENTO.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, quando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo se enquadra nas hipóteses tipificadas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502 de 1964.

RETROATIVIDADE DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA. LEI Nº 14.689/2023. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA REDUZIDA A 100%.

As multas aplicadas por infrações administrativas tributárias devem seguir o princípio da retroatividade da legislação mais benéfica. Deve ser observado, no caso concreto, a superveniência da Lei nº 14.689/2023, que alterou o percentual da multa qualificada, reduzindo-a a 100%, por força da nova redação do art. 44, da Lei nº 9.430/1996, nos termos do art. 106, II, "c", do Código Tributário Nacional.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE. INTERESSE COMUM.

Nos termos do aet. 124, I, do CTN, são solidariamente obrigadas as pessoas que têm interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS. EXCESSO DE PODERES, INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO.

Nos termos do art. 135, III, do CTN, responde pelos tributos devidos pela pessoa jurídica os seus diretores, gerentes ou representantes, por atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, o que resta caracterizado pela comprovação dos autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em: I) não conhecer do recurso voluntário da Contribuinte Thermas Participações Societárias Ltda na parte relativa à responsabilidade solidária, por ilegitimidade, e, na parte conhecida, em dar-lhe provimento parcial para reduzir o percentual da multa qualificada ao montante de 100%, em virtude da retroatividade benigna; II) dar provimento parcial ao recurso voluntário da empresa Host Administração Hoteleira – EPP, para excluí-la do polo passivo da obrigação tributária; III) negar provimento aos recursos voluntários dos responsáveis solidários Espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho, Matoso e Barbosa Ltda e Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo.

(documento assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Weber Allak da Silva, Luana Esteves Freitas, Cléber Ferreira Nunes Leite, Fernando Gomes Favacho (substituto integral), Thiago Álvares Feital e Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em face da decisão da 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil Julgamento no Recife (PE), consubstanciada no Acórdão nº 11-055.631 (fls. 9.693/9.708), a qual, por unanimidade de votos, julgou improcedentes as Impugnações

apresentadas pelos sujeitos passivos, mantendo integralmente o crédito tributário em litígio e a responsabilidade solidária de todos os arrolados.

Reproduzo abaixo o relatório do acórdão de primeira instância, que bem relata os fatos ocorridos até aquela decisão.

Tem-se em pauta o Auto de Infração - AI nº **51.017.042-0** (f. 9308) para a exigência de contribuições patronais (empresa e SAT/RAT), incidentes sobre as remunerações dos segurados que prestaram serviços para o Autuado, nas competências de 01/2009 a 13/2009. Valor Total do débito: R\$ 345.716,53.

Consoante relatório fiscal (fls. 9321 a 9333), o lançamento em mesa decorre da exclusão do contribuinte do sistema de tributação SIMPLES NACIONAL.

No período objeto deste lançamento, 01 a 12/2009, tem-se o ADE nº 12/2012 com efeitos a partir de 07/2007 (Processo 10469726859/2012-41).

Assim, as bases de cálculo deste AI foram apuradas nas GFIP apresentadas pelo Autuado. Os recolhimentos efetuados pelo sujeito passivo dizem respeito apenas às contribuições dos segurados, que não fazem parte do levantamento. As GFIPs enviadas pelo sujeito passivo e as consideradas no lançamento estão relacionadas na tabela de fls. 9324.

A auditoria fiscal detalha no referido relato:

8.2 As empresas Hotel Thermas Ltda, Restaurante Thermas Ltda e Planeta Água Bar e Restaurante Ltda, essas duas últimas também sob ação fiscal, funcionam em área contínua, supostamente alugada pela Host Administração Hoteleira Ltda (antiga Host Hotéis e Turismo Ltda), conforme se infere dos contratos de locação celebrados entre a Host Administração Hoteleira Ltda e o Hotel Thermas Ltda, Restaurante Thermas Ltda.

8.3 Pela peculiaridade (sic) do empreendimento, que consiste no hotel, restaurantes e áreas de lazer, incluindo as piscinas de águas termais, não há separação física entre as empresas, cujo acesso é o mesmo, através das dependências do Hotel Thermas.

8.4. A administração das três empresas (Hotel Thermas, Restaurante Thermas e Planeta Água) era feita de forma conjunta pelo grupo familiar, através do uso conjunto de procurações outorgadas entre os administradores de fato e de direito.

8.5. Esses fatos ficaram demonstrados pelos documentos coletados junto aos bancos e junto ao 1º Ofício de Notas de Mossoró, nos quais consta a sócia da empresa HOTEL THERMAS LTDA, Patrícia Matoso Barbosa Barcellos Chaves, outorgou poderes a Auremiza Cordeiro Freitas da Paixão (CPF nº 328.872.644-00), a Marcos Roberto de Souza (CPF nº 702.382.354-91), a José Humberto Reis (CPF nº 155.647.113-00), a Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo (CPF nº 022.587.474-14), a José Rodel

Bartolome (CPF nº 328.872.644-00), a Washington Ferreira de Souza (CPF nº 548.966.497-53) a própria Patrícia Matoso Barbosa Barcelos Chaves (CPF nº 328.872.644-00), Paulo Miguel Neves de Sá Gouveia (CPF nº 013.079.818-52) e Raimundo Correia Barbosa Filho (CPF nº 016.084.444-49).

A auditoria fiscal narra que o contribuinte faz parte do grupo de empresas conhecido por "Thermas Hotel e Resort" ou "Grupo Thermas", juntamente com as empresas Planeta Água Bar e Restaurante Ltda e Restaurante Thermas Ltda (atual **Thermas Participações Societárias Ltda**). Cada uma das empresas tem como sócias uma das filhas do casal Raimundo Correia Barbosa e Riane Matoso Barbosa. Anteriormente, todas as atividades eram realizadas pela empresa Host Administração Hoteleira Ltda, cujos sócios são Raimundo Correia Barbosa e Riane Matoso Barbosa. As empresas Planeta Água Bar Ltda, Hotel Thermas Ltda e Restaurante Thermas Ltda foram desmembradas da empresa Host Administração Hoteleira Ltda (07/2000), tendo assumido parte das suas atividades.

Prosegue a auditoria informando que constatou que, pelos documentos carreados aos autos, as referidas empresas, Host Administração Hoteleira Ltda, Hotel Thermas Ltda, Restaurante Thermas Ltda e Planeta Água Bar e Restaurante Ltda constituem, na verdade, uma única empresa, pelos seguintes fatos:

- a empresa Host só subsiste para receber supostos aluguéis e arrendamentos das outras empresas, sendo que a empresa não recebeu tais valores, ficando provado de fato o pagamento de despesas pessoais do Sr. Raimundo Correia e sua esposa;
- as empresas Planeta Água Bar e Restaurante Ltda, Hotel Thermas Ltda e Restaurante Thermas Ltda funcionam em área contínua. O empreendimento consiste em hotel, e áreas de lazer, e restaurante, não havendo separação física entre as empresas, cujo acesso é o mesmo, através das dependências do Hotel Thermas. Além disso, a administração das três empresas era feita de forma conjunta pelo grupo familiar, por meio de procurações outorgadas entre os administradores de fato e de direito. As procurações davam amplos, gerais e ilimitados poderes para gerir, administrar e representar as empresas, inclusive movimentar conta bancária.
- não havia divisões físicas nos acessos às empresas;
- os gerentes e administradores de todas as empresas são os mesmos, conforme as várias procurações;
- o empreendimento ter sido explorado inicialmente por uma única empresa (Host);
- no endereço da empresa Planeta Água, funciona atualmente a empresa Matoso & Barbosa Ltda, com atividade CNAE 5510-8-01- Hotéis, com sócios Riane Matoso Barbosa e Raimundo Correia Barbosa Filho;

- após perderem os benefícios do SIMPLES, todas as atividades voltaram a ser exercidas por uma única empresa (Matoso & Barbosa Ltda), com as atividades das empresas Hotel Thermas, Thermas Participações e Planeta Água sendo transferidas para a empresa Matoso & Barbosa Ltda;

- transferência de todos os empregados das empresas Hotel Thermas, Thermas Participações e Planeta água para a nova empresa Matoso & Barbosa Ltda.

A Fiscalização explica que o contribuinte agiu com dolo, tendo em vista que infringiu a legislação tributária mediante o artifício de cisão/desmembramento das empresas Hotel Thermas Ltda, Restaurante Thermas Ltda e Planeta Água Bar e Restaurante Ltda (as duas primeiras produto da cisão/desmembramento da empresa Host Administração Hoteleira LTDA), para obter os benefícios da Lei nº 9.317/96 e LC nº 123/2006, quando a legislação vedava a opção pelo regime simplificado de tributação.

O lançamento contemplou multa qualificada de 150% com fulcro na conduta do contribuinte e na previsão do artigo 35-A da Lei 8.212/91.

Em consequência da conduta relatada, foram também lavrados termos de responsabilidade solidária com as seguintes pessoas físicas/jurídicas:

- Host Administração Hoteleira LTDA, por ser a origem do esquema de desmembramento, sendo a atual proprietária dos imóveis utilizados pelas demais componentes do grupo econômico (parentesco e administração), conforme artigo 133 do CTN;

- Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo (Art. 135, III, CTN): sócia-gerente da empresa, em função dos poderes gerenciais e administrativos, estando sujeita, pelas infrações às leis praticadas, às consequências previstas no arts. 124, I e 135, III, do CTN;

- Espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho (Art. 135, III, CTN): pelo fato de ser o mentor intelectual, responsável e real beneficiário dos atos que ocasionaram os desmembramentos seguidos da empresa inicial, Host administração hoteleira ltda, entregando as participações societárias das empresas criadas às suas filhas, e também pelo fato de ser beneficiário de simulados pagamentos de aluguéis e arrendamentos, que na verdade ficou provado tratar-se de pagamentos de despesas pessoais do sr. Raimundo e sua esposa. Restaram provados tais pagamentos na Contabilidade da autuada, ficando sujeito ao previsto no arts. 124, I e 135, III, do CTN. Ademais, constatou-se que o Sr. Raimundo era procurador/garantidor de vários empréstimos bancários da autuada;

- Matoso & Barbosa Ltda: após perder os benefícios do SIMPLES, todas as atividades/empregados do autuado (e dos demais integrantes do grupo) foram transferidas para a empresa Matoso & Barbosa Ltda (art. 133 do CTN).

O contribuinte Autuado e os demais responsáveis foram cientificados do lançamento por via postal (fls. 12838 a 12847): ciência em 03/10/12 para o

contribuinte e para a sociedade Matoso & Barbosa LTDA , em 04/10/12 para os demais.

Houve apresentação das seguintes irresignações, postadas em 01/11/2012 e que seguem assim sintetizadas:

Espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho (fls. 9656 a 9665):

1.1 descabida a sujeição passiva lastreada em pagamentos efetuados pelo impugnante à empresa **Planeta Água**, uma vez que o contribuinte sob ação fiscal é a Thermas Participações;

1.2 inexistente ilícito no aval bancário fornecido pelo impugnante ao contribuinte;

1.3 quanto ao processo de exclusão do contribuinte do SIMPLES este foi devidamente contestado e aguarda julgamento no processo administrativo nº Processo 13433.720119/2011-15, sendo assim, a presente exigência descabida e desmedida, por se estar exigindo créditos antes do julgamento da impugnação ao ato de exclusão do SIMPLES;

1.4 inexistente na legislação do SIMPLES amparo à exclusão mediante simples presunção de sucessão de fato;

1.5 quanto ao argumento de que a empresa atuada teria pago despesas pessoais do Sr. Raimundo, não tem como prosperar:

1.5.1 a empresa Planeta Água pagava aluguel mensal para a empresa Host de propriedade do Sr. Barbosa. Para facilitar o pagamento, repassava mensalmente o valor integral do aluguel para o Hotel Thermas, que fazia o pagamento para a Host;

1.5.2 alguns pagamentos eram feitos diretamente para a pessoa física do sócio, Sr. Barbosa. Não obstante, esses valores eram escriturados e tributados na empresa Host;

1.5.3 a empresa Host foi fiscalizada sem que tenha sido detectada qualquer irregularidade nas suas atividades;

1.5.4 não foi detectada no processo qualquer assinatura do Sr. Barbosa nos documentos da atuada, ou qualquer prova de que a empresa era gerida pelo mesmo, ou que houve interposição de pessoas;

1.6 da impossibilidade de imputação responsabilidade solidária:

1.6.1 o Sr. Raimundo não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 135 do CTN, pois não é mandatário, preposto, empregado, diretor, gerente ou representante da atuada. Tampouco sua responsabilidade está incluída no art. 134 do CTN;

1.6.2 não cabe ao contribuinte fazer a prova negativa dos fatos. É preciso que o Fisco comprove a prática de atos com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto;

1.6.3 a transferência normal de empresa familiar, de "pai para filhos", não evidencia qualquer infração à lei;

1.6.4 o entendimento pacificado na jurisprudência administrativa é de ser nula a imputação de responsabilidade efetuada pela Fiscalização, sendo essa de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional, quando da execução penal;

1.7 ao final, clama pela a declaração de inexistência da obrigação que lhe foi imputada.

Host Administração Hoteleira LTDA (fls. 9670 a 9677):

Improcedente a imputação de responsabilidade solidária pelo seguinte

2.1 não cabe ao contribuinte fazer a prova negativa dos fatos. É preciso que o Fisco comprove a prática de atos com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto;

2.2 a transferência normal de empresa familiar, de "pai para filhos", não evidencia qualquer infração à lei;

2.3 o entendimento pacificado na jurisprudência administrativa é de ser nula a imputação de responsabilidade efetuada pela Fiscalização, sendo essa de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional, quando da execução penal;

2.4 ao final, clama pela a declaração de inexistência da obrigação que lhe foi imputada.

Matoso & Barbosa LTDA (fls. 12854 a 12857):

3.1 o art. 133 do CTN é de aplicação restrita aos casos em que a pessoa natural ou jurídica adquire de outra fundo de comércio ou estabelecimento, o que efetivamente não é o caso da viúva Riane Matoso Barbosa, sócia gerente da Matoso & Barbosa, que decide continuar os negócios do esposo;

3.2 pelo art. 333 do CPC, cabe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito, portanto é preciso que o Fisco comprove a prática de atos com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto;

3.3 o entendimento pacificado na jurisprudência administrativa é de ser nula a imputação de responsabilidade efetuada pela Fiscalização, sendo essa de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional, quando da execução penal.

3.4 ao final, requer a declaração da inexistência de relação jurídica obrigacional da Impugnante para com os créditos objeto da demanda.

Ana Carla Matoso Barbosa (fls. 9652 a 9657):

4.1 quanto ao processo de exclusão do contribuinte do SIMPLES este foi devidamente contestado e aguarda julgamento no processo administrativo nº Processo 13433.720119/2011-15, sendo assim, a presente exigência descabida e desmedida, por se estar exigindo créditos antes do julgamento da impugnação ao ato de exclusão do SIMPLES;

4.2 inexistente na legislação do SIMPLES amparo à exclusão mediante simples presunção de sucessão de fato;

4.3 da impossibilidade de imputação de responsabilidade solidária:

4.3.2 não cabe ao contribuinte fazer a prova negativa dos fatos. É preciso que o Fisco comprove a prática de atos com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto;

4.3.3 a transferência normal de empresa familiar, de "pai para filhos", não evidencia qualquer infração à lei;

4.3.4 o entendimento pacificado na jurisprudência administrativa é de ser nula a imputação de responsabilidade efetuada pela Fiscalização, sendo essa de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional, quando da execução penal;

4.4 ao final, clama pela declaração de inexistência da obrigação que lhe foi imputada.

Contribuinte Autuado Thermas Participações (fls. 9641 a 9650):

5.5 Quanto à exclusão do SIMPLES:

5.5.1 o processo de exclusão do contribuinte do SIMPLES foi devidamente contestado e aguarda julgamento no processo administrativo nº 13433.720119/2011-15;

5.5.2 infringência ao princípio constitucional do devido processo legal, por se estar exigindo créditos antes do julgamento da impugnação ao ato de exclusão do SIMPLES;

5.5.3 esta foi absolutamente equivocada, por ser calcada em mera presunção sem amparo legal, visto não haver prova material da irregularidade atribuída à empresa (desmembramento da empresa Host);

5.5.4 da ilegal quebra de sigilo bancário: no mandado de procedimento fiscal (MPF) nº 0420200.2010.00029 houve quebra de sigilo de dados, com requisição de informações bancárias diretamente pela Receita Federal à rede bancária, sem autorização judicial, através de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), fato que macula na íntegra o lançamento;

5.5.5 falta de MPF a lastrear a presente exigência de obrigações previdenciárias e no TEPP, cita que o MPF está mencionado "acima", mas inexistente tal número;

5.5.6 da não comprovação do dolo, uma vez que a simples omissão de receitas não é ensejadora da qualificação da multa, sendo imprescindível que se configure o evidente intuito de fraude;

5.5.7 alteração da base de cálculo: deve ser retificada a base de cálculo apresentada pela empresa para afastar *ex officio*, as verbas sobre as quais não pode incidir INSS, a saber: (a) auxílio doença, (b) auxílio creche, (c) salário maternidade, (d) hora extra 100% de caráter indenizatório por trabalho aos

domingos, (e) 13º salário, e (f) adicionais (noturno, insalubridade e periculosidade);

5.5.8 dos pagamentos não aproveitados: ao longo do período dos lançamentos em pauta houve recolhimentos de DARF/SIMPLES, código 6106, consoante relatório anexo. Ocorre que tais recolhimentos não foram compensados com o crédito tributário em lide;

5.5.9 inaplicabilidade da taxa selic e excesso da multa: a utilização da taxa selic caracteriza um excesso de onerosidade (confisco), incompatível com o CTN e em flagrante ofensa à Constituição Federal;

5.5.10 descabimento da representação fiscal para fins penais;

5.5.11 ao final, requer sobrestamento da exigência em análise para que se aguarde o trâmite final do processo de exclusão do SIMPLES e protesta por provar o alegado por todos os meios em direito admitidos.

Eis, em resumo, o que importava relatar.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil Julgamento no Recife (PE) julgou improcedente as Impugnações, cuja decisão foi assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

SIMPLES. RECOLHIMENTOS. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

A legislação veda expressamente a compensação de valores recolhidos indevidamente para o Simples com as contribuições previdenciárias.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

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

INFRAÇÃO DE LEI. GERENTE. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

Os administradores de pessoas jurídicas (diretores, gerentes ou representantes) 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.

FUNDO DE COMÉRCIO. AQUISIÇÃO DE FATO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

A pessoa jurídica que adquirir de fato, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social, responde pelos tributos relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

A Contribuinte e os responsáveis solidários foram cientificados da decisão de primeira instância e apresentaram recursos voluntários, conforme abaixo:

Sujeito passivo	Ciência	Recurso Voluntário
THERMAS PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS	18/10/2017 (fl. 9.735)	09/11/2017 (fls. 9.772/9.792)
HOST ADMINISTRAÇÃO HOTELEIRA	09/10/2017 (fl. 9.730)	09/11/2017 (fls. 9.779/9.783)
ESPÓLIO DE RAIMUNDO C BARBOSA FILHO	-----	09/11/2017 (fls. 9.770/9.778)
MATOSO E BARBOSA LTDA	13/10/2017 (fl. 9.738)	09/11/2017 (fls. 9.784/9.791)
ANA CARLA MATOSO BARBOSA DE AZEVEDO	11/10/2017 (fl. 9.725)	09/11/2017 (fls. 9.764/9.769)

A Contribuinte Thermas Participações Societárias, em seu recurso, faz as seguintes contestações, em tópicos:

- Exclusão do Simples.
- Qualificação da multa.
- Decadência do lançamento.
- Quebra de sigilo bancário.
- Base de cálculo.
- Pagamentos não aproveitados.
- Taxa Selic e multa de ofício.
- Sujeição passiva solidária.

Em seu recurso, a Host Administração Hoteleira trouxe os seguintes argumentos, em resumo:

- A Fiscalização tratou uma transferência normal de empresa familiar, de “pai para filhos”, como sendo atos fraudulentos.
- Todas as alterações contratuais estão absolutamente de acordo com a legislação que rege a matéria, inexistindo motivos de qualquer ordem para a desconsideração da personalidade jurídica dessas empresas.
- O art.133 do CTN é de aplicação restrita aos casos em que a pessoa natural ou jurídica adquire de outro fundo de comércio ou estabelecimento, o que efetivamente não é o caso.
- Neste sentido, decidi a 3ª Câmara da 2ª Turma Ordinária da Primeira Sessão de Julgamento do CARF, ao analisar o Recurso Voluntário do Recorrente, no Processo

nº 10469.731222/2012-76, referente IRPJ, dos exercícios de 2007 a 2009, através do Acórdão nº 1302-001.986 de 15/09/2016.

- O entendimento pacificado da jurisprudência administrativa é no sentido de declarar nula a imputação de responsabilidade efetuada pela fiscalização, por ser essa de competência Procuradoria da Fazenda Nacional, quando da execução fiscal.

O Espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho aduz o seguinte, em breve síntese:

- Quanto ao processo de exclusão do contribuinte do SIMPLES, este foi devidamente contestado e aguarda julgamento no processo administrativo nº 13433.720119/2011-15, sendo assim, a presente exigência descabida e desmedida, por se estar exigindo créditos antes do julgamento da impugnação ao ato de exclusão do SIMPLES;

- Inexiste na legislação do SIMPLES amparo à exclusão mediante simples presunção de sucessão de fato;

- Quanto ao argumento de que a empresa autuada teria pagado despesas pessoais do Sr. Raimundo, não tem como prosperar, pois a empresa Planeta Água pagava aluguel mensal para a empresa Host de propriedade do Sr. Barbosa. Para facilitar o pagamento, repassava mensalmente o valor integral do aluguel para o Hotel Thermas, que fazia o pagamento para a Host.

- Alguns pagamentos eram feitos diretamente para a pessoa física do sócio, Sr. Barbosa. Não obstante, esses valores eram escriturados e tributados na empresa Host.

- A empresa Host foi fiscalizada sem que tenha sido detectada qualquer irregularidade nas suas atividades.

- Não foi detectada no processo qualquer assinatura do Sr. Barbosa nos documentos da autuada, ou qualquer prova de que a empresa era gerida pelo mesmo, ou que houve interposição de pessoas.

- O Sr. Raimundo não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 135 do CTN, pois não é mandatário, preposto, empregado, diretor, gerente ou representante da autuada. Tampouco sua responsabilidade está incluída no art. 134 do CTN.

- O entendimento pacificado da jurisprudência administrativa é no sentido de declarar nula a imputação de responsabilidade efetuada pela fiscalização, por ser essa de competência Procuradoria da Fazenda Nacional, quando da execução fiscal.

A empresa Matoso e Barbosa Ltda. alega, em suma:

- O art. 133 do CTN é de aplicação restrita aos casos em que a pessoa natural ou jurídica adquire de outra fundo de comércio ou estabelecimento, o que efetivamente não é o caso.
- Não há como imputar responsabilidade tributária por sucessão a Matoso & Barbosa, haja vista que o Relatório Fiscal contém paradoxos e equívocos conceituais primários e adotaram pressupostos e parâmetros fantasiosos (quando não inexistentes) com o objetivo de provar que lícitas sociedades empresariais entre pessoas de uma mesma família se transformassem num conluio para burlar o Fisco.
- As sociedades Hotel Thermas Ltda., Restaurante Thermas Ltda. e Planeta Água Bar e Restaurante Ltda. foram fundadas em datas e endereços distintos, com objetivos sociais e fins comerciais absolutamente diferentes, não sendo resultado do "desdobramento" nem da "cisão" da empresa HOST - Hotéis e Turismo Ltda. e muito menos suas "sucessoras".
- Os elementos probatórios expostos nos autos não direcionam se ocorreu de forma efetiva a alienação do fundo de comércio ou estabelecimento para outra empresa; pelo contrário, tais elementos demonstram apenas que ocorreu uma reorganização societária, com alteração e remanejamento de cotas do capital social.
- O entendimento pacificado da jurisprudência administrativa é no sentido de declarar nula a imputação de responsabilidade efetuada pela fiscalização, por ser essa de competência Procuradoria da Fazenda Nacional, quando da execução fiscal.

Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo argumenta, em resumo:

- O Fisco, na ânsia arrecadadora, sequer aguardou o julgamento administrativo da exclusão da Recorrente do referido regime e já lavrou autos de infração de forma descabida.
- Como a responsabilidade pessoal dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, referida no inciso III, do art. 135, é preciso que o fisco comprove a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.
- A transferência normal de empresa familiar, de "pai para filhos", não evidencia qualquer infração à lei.
- No julgamento do Auto de Infração decorrente da mesma ação fiscal, e formalizado no Processo nº 10469.731222/2012-76, restou excluído, por unanimidade, a solidariedade da ora recorrente, através do Acórdão nº 1302 001.986 de 15/09/2016, transitado em julgado nesse tocante.

- O entendimento pacificado da jurisprudência administrativa é no sentido de declarar nula a imputação de responsabilidade efetuada pela fiscalização, por ser essa de competência Procuradoria da Fazenda Nacional, quando da execução fiscal.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Marco Aurélio de Oliveira Barbosa, Relator.

ADMISSIBILIDADE

Quanto ao Espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho, não consta dos autos a comprovação da data de ciência, de modo que esta é considerada na data de interposição do seu Recurso Voluntário, estando, assim, tempestivo.

Os demais recursos também são tempestivos.

Todos os recursos atendem às demais condições de admissibilidade. Portanto, merecem ser conhecidos os recursos voluntários da empresa Thermas Participações Societárias e dos responsáveis solidários Host Administração Hoteleira, Espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho, Matoso e Barbosa Ltda e Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS

Os Recorrentes citam decisões administrativas. Quanto ao entendimento que consta das decisões proferidas pela Administração Tributária ou pelo Poder Judiciário, embora possam ser utilizadas como reforço a esta ou aquela tese, elas não se constituem entre as normas complementares contidas no art. 100 do CTN e, portanto, não vinculam as decisões desta instância julgadora, restringindo-se aos casos julgados e às partes inseridas no processo de que resultou a decisão. São inaplicáveis, portanto, tais decisões à presente lide.

EXCLUSÃO DO SIMPLES

A Contribuinte Thermas Participações Societárias e os responsáveis solidários Espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho e Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo alegam ser a presente exigência descabida e desmedida, por se estar exigindo créditos antes do julgamento da impugnação ao ato de exclusão do Simples, o qual foi devidamente contestado e aguarda julgamento no processo administrativo fiscal nº 13433.720119/2011-15.

Aduz, ainda, a Contribuinte Thermas Participações Societárias, que a conclusão fiscal que a excluiu do Simples Federal é absolutamente equivocada, haja vista que se baseou em mera presunção sem amparo legal. Sustenta que inexistente na legislação do Simples Federal e do Simples Nacional amparo à exclusão mediante simples presunção de sucessão de fato.

Não têm razão os Recorrentes.

Inicialmente, cabe destacar que não há qualquer impedimento para que seja efetuado o lançamento fiscal antes do encerramento do processo de exclusão, nos termos da Súmula CARF nº 77:

Súmula CARF nº 77:

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.

Ademais, conforme relatado, o lançamento fiscal decorre da exclusão do contribuinte dos sistemas de tributação:

- Simples Federal, por meio do ADE nº 12/2011 com efeitos a partir de 08/2000;
- Simples Nacional, por meio do ADE nº 12/2012 com efeitos a partir de 07/2007.

Quanto à exclusão do Simples Federal, a contestação pelo Contribuinte deu-se no âmbito do processo administrativo fiscal nº 13433.720319/2012-59, já julgado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) em 15/09/2016 (Acórdão 1302-001.985), resultando na manutenção da exclusão e de seus efeitos.

No tocante à exclusão do Simples Nacional, não houve contestação, razão pela qual foram mantidos os efeitos do ADE correspondente.

Dessa forma, não havia impedimento para o lançamento fiscal, em face da Súmula CARF nº 77, nem há óbice para o prosseguimento do julgamento, tendo em vista a definitividade da exclusão do Simples.

DECADÊNCIA

Segundo a Recorrente Thermas Participações Societárias, os fatos geradores de janeiro a novembro de 2007 estão fulminados pela decadência, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, uma vez afastada a qualificação da multa, pois o presente lançamento abrange fatos geradores de 01/01/2007 a 31/12/2009 e a intimação se deu apenas em 05/12/2012.

Diferentemente do alegado, o presente lançamento fiscal é referente às competências de 01/2009 a 13/2009, de modo que, mesmo pelo artigo 150, § 4º, do CTN, elas não foram alcançadas pela decadência, uma vez que a ciência do lançamento se deu em 05/12/2012 (fl. 9.609).

Sem razão a Recorrente.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO

A Recorrente Thermas Participações Societárias suscita a quebra ilegal de sigilo de dados, com requisição de informações bancárias diretamente pela Receita Federal à rede bancária, sem autorização judicial, através de RMF – Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira, o que macula na íntegra o lançamento, conforme jurisprudência dominante tanto da esfera administrativa, como judicial.

Não cabe razão à Recorrente.

Não merece reparos a decisão recorrida, a qual afirma que, embora no curso do procedimento fiscal (MPF nº 04.2.02.00-2010-00029-5) tenha ocorrido requisição de informações bancárias, elas não têm relação com o lançamento sob exame, não havendo qualquer referência a estes dados no relatório fiscal.

É que o presente auto de infração se refere à exigência de contribuições patronais não recolhidas, não tendo sido utilizados quaisquer dados bancários para dar suporte à exigência fiscal, tendo os fatos geradores sido extraídos das declarações do autuado em GFIP.

Desse modo, não há qualquer ilegalidade no lançamento.

BASE DE CÁLCULO

Requer a Recorrente Thermas Participações Societárias que, caso não sejam acolhidos os argumentos acima apresentados, deve ser retificada a base de cálculo apresentada pela empresa para afastar as verbas sob as quais não pode incidir INSS, conforme jurisprudência assente tanto na esfera administrativa, como judicial; a saber: Auxílio Doença; Auxílio Creche; Salário Maternidade; Hora extra 100% de caráter indenizatório por trabalho aos domingos; 13º Salário; Adicionais (Noturno, Insalubridade e Periculosidade).

Não há como acolher a pretensão recursal.

Não foi efetuada pela Fiscalização nenhuma alteração dos valores das remunerações, informados pelo próprio fiscalizado em GFIP, sobre os quais incorreram as contribuições previdenciárias.

A Recorrente deixa de apontar de forma específica, competência por competência, quais seriam esses valores considerados pela autoridade fiscal, dos quais ele discorda.

Conforme afirmou a decisão de primeira instância, a Contribuinte não trouxe, em sua defesa, quaisquer elementos comprobatórios das suas afirmações, não tendo anexado aos autos nenhum documento que evidenciasse que, nos valores de base de cálculo considerados pela Fiscalização, obtidos a partir das GFIPs, estariam incluídos valores que não deveriam integrar o salário-de-contribuição.

É ônus do recorrente demonstrar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do Fisco efetuar o lançamento do crédito tributário, conforme dispõem o art. 16 do Decreto 70.235/76 e o art. 273 do Código de Processo Civil (CPC):

Decreto 70.235/76

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

CPC

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(destaquei)

Portanto, não tendo a Recorrente comprovado as suas alegações, deve ser mantida a decisão recorrida também nesse ponto.

QUALIFICAÇÃO DA MULTA

A Recorrente Thermas Participações Societárias aduz que não estão presentes os requisitos ensejadores da fraude, nos termos do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, o qual se reporta aos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/64.

Informa que, no acórdão nº 1302-001.986, de 15/09/2016, a turma julgadora desqualificou a multa aplicada em relação aos mesmos fatos.

Sustenta que a jurisprudência pátria é pacífica no sentido de que a simples omissão de receitas não é causa para a qualificação da multa, sendo imprescindível para sua aplicação que se configure o evidente intuito de fraude, conforme Súmulas CARF nº 14 e nº 25.

Defende que a finalidade da criação das empresas não foi o desmembramento das atividades para manutenção no Simples, mas sim a sucessão dos negócios da família. Isso tanto é verdade que foram criadas 3 (três) empresas, uma para cada filha.

No presente caso, a multa qualificada deve ser mantida, pois a Fiscalização demonstrou, com conjunto probatório sólido, o dolo da Contribuinte em sonegar tributos, não sendo uma mera omissão de rendimentos.

A autoridade fiscal apresentou diversos elementos convergentes que demonstram que a empresa Restaurante Thermas Ltda é resultante de um desmembramento irregular das atividades da empresa Host Hotéis e Turismo Ltda, com o intuito deliberado de propiciar a sua opção ao regime de tributação simplificado e favorecido concedido pela legislação do Simples Federal.

Restou amplamente demonstrado que as atividades das pessoas jurídicas que sucederam a empresa Host Hotéis e Turismo Ltda permaneceram sendo desenvolvidas em conjunto, partilhando de administração comum e inclusive dos mesmos funcionários da empresa sucedida.

Nos instrumentos de procuração obtidos pelo Fisco junto aos cartórios, verifica-se que foram concedidos poderes de administração cruzados entre as sócias das empresas Restaurante Thermas Ltda (sócia-gerente Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo) e Hotel Thermas Ltda (sócia-gerente Patricia Matoso Barbosa Barcellos Chaves).

Foi destacado também a existência de procuração com poderes de administração em face das duas empresas concedida à Sra. Auremiza Cordeiro Freitas da Paixão, que até junho de 2003 constava como empregada da empresa Host Administração Hoteleira Ltda, o que denota a administração partilhada dos empreendimentos (hotel e restaurante).

Observa-se, ainda, a existência de instrumento de mandato em favor do Sr. Raimundo Correia Barbosa Filho e da Sra. Riane Matoso Barbosa, sócios da empresa Host Administração Hoteleira, com amplos poderes de representação e administração em face da empresa Hotel Thermas Ltda.

Há vários indícios da confusão operacional entre as empresas, conforme apontado pela Fiscalização, caracterizado pela atuação conjunta dos sócios e administradores de fato das pessoas jurídicas para formação de um esquema irregular, pautado no abuso de personalidade jurídica, consubstanciada na confusão patrimonial e gerencial das empresas integrantes do grupo, além do desmembramento da pessoa jurídica, com o claro propósito de suprimir a ocorrência dos fatos geradores das contribuições devidas à Seguridade Social, evidenciando, assim, a prática de sonegação, ilícito reportado no artigo 71 da Lei n.º 4.502/64.

Como visto, nestes autos, não foi a simples omissão de rendimentos que deu ensejo à qualificação da multa pela fiscalização, mas sim o verdadeiro intuito de fraude praticado pelo Sujeito Passivo, de modo que inaplicável a Súmula CARF nº 14. Quanto à Súmula CARF nº 25, ela somente é aplicável em casos de lançamento de omissão de rendimentos por presunção legal, o que, evidentemente, não é o caso.

Assim, mantenho a qualificação da multa.

Deve-se, porém, aplicar ao caso a retroatividade benigna, diante da superveniência da Lei nº 14.689/2023, que reduziu o percentual da multa qualificada a 100%, dando nova redação ao art. 44, da Lei nº 9.430/1996, nos termos do art. 106, II, "c", do Código Tributário Nacional, para reduzir o percentual da multa qualificada ao montante de 100%.

PAGAMENTOS NÃO APROVEITADOS

Segundo a Recorrente Thermas Participações Societárias, ao longo dos anos-calandários de 2007 e 2008, houve recolhimentos à título de DARF/Simples, código 6106 – Pagamento Microempresa e Empresa de Pequeno Porte - Simples, consoante relatório emitido pela Receita Federal do Brasil, cópia anexa. Afirma que tais recolhimentos não foram compensados com o crédito tributário em lide, como de lei.

Sem razão a Recorrente, pois as competências objeto deste lançamento fiscal são de 01/2009 a 13/2009. As competências dos anos de 2007 e 2008 são objeto de lançamento fiscal em outro processo administrativo fiscal (10469.730997/2012-24).

TAXA DE JUROS SELIC E MULTA DE OFÍCIO

Assevera a Recorrente Thermas Participações Societárias que a multa de ofício lançada foi no exorbitante percentual de 150%, mesmo que reduzida ao patamar de 75%, ela continua se caracterizar como confisco, vedado pela nossa Constituição Federal.

Afirma que outra ilegalidade do lançamento diz respeito ao acréscimo de juros de mora calculados pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente (Leis nºs 9.065/95 e 9.250/95), o que caracteriza um excesso de onerosidade.

O exame de validade das normas insertas no ordenamento jurídico através de controle de constitucionalidade é atividade exercida de maneira exclusiva pelo Poder Judiciário e expressamente vedada no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, a teor do art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº10.522, de 19 de julho de 2002;(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº73, de 10 de fevereiro de 1993; ou(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

É o caso também de se aplicar a Súmula nº 2 do CARF: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Sobre o questionamento dos juros de mora, deve ser aplicada a Súmula CARF nº 4 (vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018):

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e

Custódia - SELIC para títulos federais. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Portanto, não tem razão a Recorrente nessas questões.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

A Recorrente Thermas Participações Societárias se insurge contra a responsabilidade solidárias dos sujeitos passivos: Host Administração Hoteleira, Espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho, Matoso e Barbosa Ltda e Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo.

No entanto, tal manifestação não deve ser conhecida, ante a ilegitimidade de o contribuinte questionar sobre a responsabilidade solidária imputada a terceiros, nos termos das súmulas CARF nº 71 e 172:

Súmula CARF nº 71

Aprovada pelo Pleno em 10/12/2012

Todos os arrolados como responsáveis tributários na autuação são parte legítima para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Súmula CARF nº 172

Aprovada pelo Pleno em sessão de 06/08/2021 – vigência em 16/08/2021

A pessoa indicada no lançamento na qualidade de contribuinte não possui legitimidade para questionar a responsabilidade imputada a terceiros pelo crédito tributário lançado. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Assim, não se conhece dessa parte do recurso da Thermas Participações Societárias.

Aduzem os Recorrentes, responsáveis solidários, que a jurisprudência administrativa é no sentido de declarar nula a imputação de responsabilidade efetuada pela Fiscalização, por ser essa de competência Procuradoria da Fazenda Nacional, quando da execução fiscal.

Sem razão os Recorrentes.

Ao contrário do que eles afirmam, a jurisprudência consolidou-se no sentido de que é imprescindível a apuração da responsabilidade solidária previamente à inscrição dos créditos tributários em dívida ativa e que os sujeitos passivos solidários têm direito aos mesmos recursos do sujeito passivo principal.

No caso em questão, todos os solidários foram devidamente cientificados do lançamento fiscal, bem como da decisão da DRJ, tendo eles apresentado seus recursos, exercendo o contraditório e a ampla defesa.

Passa-se à análise dos recursos dos solidários quanto à sua responsabilidade tributária.

Host Administração Hoteleira:

Sustenta a Recorrente que a Fiscalização tratou uma transferência normal de empresa familiar, de “pai para filhos”, como sendo atos fraudulentos.

Aduz que todas as alterações contratuais estão absolutamente de acordo com a legislação que rege a matéria, inexistindo motivos de qualquer ordem para a desconsideração da personalidade jurídica dessas empresas.

Assevera que não há qualquer possibilidade da Host, fundada em 1991 e até hoje não cessou suas atividades, ser sucessora da Thermas Participações, constituída quase 10 anos depois, em 2000, não havendo qualquer previsão legal para aplicação à espécie do art. 133 do CTN.

Defende que o art.133 do CTN é de aplicação restrita aos casos em que a pessoa natural ou jurídica adquire de outro fundo de comércio ou estabelecimento, o que efetivamente não é o caso. Afirma que, neste sentido, decidiu a 3ª Câmara da 2ª Turma Ordinária da Primeira Sessão de Julgamento do CARF, ao analisar o Recurso Voluntário do Recorrente, no Acórdão nº 1302-001.986, de 15/09/2016.

Concordo com a Recorrente quando afirma que o art. 133 do CTN é de aplicação restrita aos casos em que a pessoa natural ou jurídica adquire de outro fundo de comércio ou estabelecimento, não sendo aplicável ao presente caso.

Transcrevo excerto do voto condutor do Acórdão nº 1302-001.986, que analisou situação idêntica no âmbito da autuação referente ao IRPJ, na mesma ação fiscal, concordando com sua conclusão especificamente nesse ponto, de modo que o adoto como razões de decidir, em relação à solidariedade da empresa Host Administração Hoteleira.

A imputação da fiscalização foi assim descrita no TVF, pela autoridade fiscal:

*271. Também sobre a empresa **HOST ADMINISTRAÇÃO HOTELEIRA LTDA EPP**, CNPJ 35.297.522/000181, deve repercutir a solidariedade mútua e subsidiária, tendo em vista se tratar de empresa pertencente ao grupo familiar proprietário das empresas do grupo Thermas; a criação das empresas Hotel Thermas e Restaurante Thermas no ano-calendário de 2000 teve o intuito de eximir a empresa Host de responsabilidades tributárias fazendárias e previdenciárias mais onerosas em relação àquelas determinadas pelo Simples Nacional às novas empresas; as mesmas pessoas que comandam as outras três empresas (Hotel Thermas, Restaurante Thermas e Planeta Água) também têm poder de mando sobre a empresa Host Administração Hoteleira Ltda através das várias procurações constantes deste processo, demonstrando um comando único sobre o empreendimento comercial denominado grupo Thermas; e ser a*

empresa Host a real proprietária dos imóveis onde estão localizados fisicamente o Hotel Thermas, o restaurante Moinhos (Restaurante Thermas e os pontos comerciais (Restaurante Planeta Água, etc) e as piscinas do Planeta Água, enquanto que as outras empresas criadas não possuem bens conhecidos (art. 133 da Lei nº 5.172/66 Código Tributário Nacional).

Entendo que tem razão a recorrente quanto à inadequação da imputação feita pela fiscalização ao fundamentá-la no art. 133 do CTN, que trata da responsabilidade da empresa sucessora que continua a exercer a mesma atividade da empresa sucedida.

Trata-se de responsabilidade para frente, sendo inadequada a utilização do dispositivo com o fito de inverter tal ordem, passando a responsabilizar a sucedida pelos débitos da sucessora e não o inverso.

Me parece que a fiscalização poderia responsabilizar a recorrente, se tivesse restado comprovado a existência de confusão patrimonial entre as duas empresas, ou ainda, se o lançamento tivesse se fundamentado em simulação quanto à existência da empresa criada.

Mas neste caso a responsabilidade deveria estar fundamentada no art. 124, inc. I do CTN.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário e de excluir a responsabilidade da recorrente Host Administração Hoteleira Ltda.

Portanto, deve ser a empresa Host Administração Hoteleira excluída do polo passivo da obrigação tributária.

Matoso e Barbosa Ltda:

Segundo a Recorrente, não há como imputá-la responsabilidade tributária por sucessão, pois o Relatório Fiscal contém paradoxos e equívocos conceituais primários e adotaram pressupostos e parâmetros fantasiosos, quando não inexistentes, com o objetivo de provar que lícitas sociedades empresariais entre pessoas de uma mesma família se transformassem num conluio para burlar o Fisco.

Argumenta que as sociedades Hotel Thermas Ltda., Restaurante Thermas Ltda. e Planeta Água Bar e Restaurante Ltda. foram fundadas em datas e endereços distintos, com objetivos sociais e fins comerciais absolutamente diferentes, não sendo resultado do "desdobramento" nem da "cisão" da empresa HOST - Hotéis e Turismo Ltda. e muito menos suas "sucessoras".

Diz que os elementos probatórios expostos nos autos não direcionam se ocorreu de forma efetiva a alienação do fundo de comércio ou estabelecimento para outra empresa; pelo contrário, tais elementos demonstram apenas que ocorreu uma reorganização societária, com alteração e remanejamento de cotas do capital social.

Sem razão a Recorrente.

Reproduzo abaixo trecho do voto vencedor do já referido Acórdão nº 1302-001.986, que analisou a mesma situação no âmbito da autuação referente ao IRPJ, na mesma ação fiscal, concordando com ele especificamente nesse ponto, de modo que o adoto como razões de decidir, em relação à solidariedade da empresa Matoso e Barbosa Ltda.

Quanto ao mérito da imputação, a fiscalização demonstra no TVF que a empresa indicada como responsável assumiu as operações comerciais do Restaurante Thermas Ltda através da transferência total de empregados do restaurante para a MATOSO & BARBOSA LTDA, conforme informações constantes em GFIPS da competência de janeiro de 2012 e pela emissão de documentos fiscais (cupons fiscais e nota fiscal fatura de serviços) em nome desta nova empresa. Também os empregados do Hotel Thermas Ltda e do Planeta Água Bar e Restaurante Ltda foram transferidos para a empresa MATOSO & BARBOSA LTDA, conforme informações constantes em GFIPS da competência de janeiro de 2012.

O Código Tributário Nacional, dispõe no seu art. 133, *verbis*:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

Ora, o Fisco demonstrou e a recorrente nada contrapôs quanto aos fatos apontados que a empresa em referência assumiu as operações das empresas do complexo hoteleiro em 2012, inclusive com a transferência dos empregados para esta, conforme extraído das GFIP, restando caracterizado que esta sucedeu a interessada em sua exploração comercial.

Tal responsabilidade é subsidiária, nos termos do inc. II, pois de acordo com as informações do subitem c.2.7 do TVF a empresa Restaurante Thermas Ltda, mudou seu domicílio em 26/04/2012 e alterou sua razão social para Thermas Participações Societárias Ltda, e, em 27/06/2012, passou a ser uma empresa individual de responsabilidade limitada, mantendo contudo o mesmo objeto social, conforme código no CNAE (56112:Bares e outros estabelecimentos especializados em servir bebidas).

Ante ao exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário interposto por Matoso & Barbosa Ltda.

Desse modo, deve ser mantida a responsabilidade solidária da empresa Matoso e Barbosa Ltda.

Espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho:

Aduz o Recorrente que inexistente na legislação do SIMPLES amparo à exclusão mediante simples presunção de sucessão de fato.

Quanto ao argumento de que a empresa autuada teria pago despesas pessoais do Sr. Raimundo, sustenta que não tem como prosperar, pois a empresa Planeta Água pagava aluguel mensal para a empresa Host de propriedade do Sr. Barbosa e, para facilitar o pagamento, repassava mensalmente o valor integral do aluguel para o Hotel Thermas, que fazia o pagamento para a Host.

Afirma que alguns pagamentos eram feitos diretamente para a pessoa física do sócio, Sr. Raimundo Barbosa e, não obstante, esses valores eram escriturados e tributados na empresa Host.

Informa que a empresa Host foi fiscalizada sem que tenha sido detectada qualquer irregularidade nas suas atividades.

Defende que não foi detectada no processo qualquer assinatura do Sr. Raimundo Barbosa nos documentos da autuada, ou qualquer prova de que a empresa era gerida pelo mesmo, ou que houve interposição de pessoas.

Conclui que o Sr. Raimundo Barbosa não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 135 do CTN, pois não é mandatário, preposto, empregado, diretor, gerente ou representante da autuada e tampouco sua responsabilidade está incluída no art. 134 do CTN.

Não assiste razão ao Recorrente.

A autoridade fiscal atribuiu-lhe a responsabilidade solidária com fundamento nos artigos 124, I, e 135, III, do CTN, pelos seguintes motivos, consoante Termo de Verificação Fiscal (fl. 9.340):

- Possuía pleno conhecimento dos atos praticados, sendo o mentor intelectual, responsável e real beneficiário dos desmembramentos seguidos das atividades comerciais da empresa inicial do grupo Thermas, a empresa Host – Hotéis e Turismo Ltda., entregando as participações societárias para suas filhas.

- Era o real beneficiário dos simulados pagamentos de aluguéis e arrendamentos, tendo sido comprovado que havia pagamento de suas despesas pessoais e de sua esposa, conforme documentos obtidos junto ao Hotel Thermas Ltda e Restaurante Thermas Ltda., assim como os registros no livro caixa da empresa Planeta Água, do Hotel Thermas Ltda e Restaurante Thermas Ltda., nos quais consta os lançamentos de pagamentos de aluguel no último dia de cada mês do período fiscalizado.

- Restou comprovado que o Sr. Raimundo Barbosa atuava como sócio de fato da empresa fiscalizada, tendo em vista o pagamento das suas despesas pessoais pelo grupo empresarial e sua participação em operações bancárias deste.

O Código Tributário Nacional (CTN) estabelece algumas consequências jurídicas para as pessoas envolvidas na constituição do fato gerador da obrigação tributária, nos seguintes termos:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Portanto, o legislador atribui a responsabilidade tributária solidária a todos aqueles que tenham interesse comum no fato gerador e/ou pessoas expressamente designadas por lei.

Dispõe, ainda, o 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:

[...]

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

A responsabilidade solidária não é abrangente ao ponto de colocar o sócio, gerente ou representante, como solidário em relação a toda e qualquer obrigação tributária, mas somente em relação àquela obrigação que decorra de uma conduta específica e indevida, ou seja, com excesso de poderes, violação à lei, ao contrato ou ao estatuto. Pressupõe-se, portanto, um ato ilícito gerador de uma obrigação tributária, com evidente nexos causal objetivo entre a causa (ato ilícito) e o efeito (obrigação tributária).

O conjunto probatório carreado aos autos pela Fiscalização demonstra que restou caracterizada uma série de atos de gestão que ensejaram a confusão patrimonial entre as empresas do grupo e seu sócio de fato (Sr. Raimundo Barbosa), conforme acima mencionado e narrado pela autoridade fiscal no TVF. Tais atos revelam-se nitidamente ofensivos à lei e impõem a aplicação da responsabilidade tributária prevista no inciso III do art. 135, do CTN.

Cabe observar que, na busca pela verdade material (que é um princípio do processo administrativo tributário), a comprovação de uma dada situação fática pode ser feita, em regra, por uma de duas vias: ou por uma prova direta, concludente por si só; ou por um conjunto de elementos/indícios que, se isoladamente pouco podem atestar, agrupados têm o condão de estabelecer a certeza daquele fato. Ressalte-se que, em sede de processo administrativo, não há

uma pré-estabelecida hierarquização dos meios de prova, sendo perfeitamente regular a formação da convicção a partir da aferição da relação existente entre subsídios de diferentes ordens.

Ao examinar a questão da exclusão do Simples Federal, no processo administrativo nº 13433.720319/2012-59, assim se pronunciou o relator do voto vencedor (Acórdão nº 1302-001.985).

A legislação do Simples Federal (Lei nº 9.317/1996) veda expressamente a opção pelo Simples por pessoa jurídica que seja resultante de cisão **ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica** (art. 9º, inc. XVII).

Com efeito, a fiscalização apresentou diversos elementos convergentes que demonstram que a empresa Restaurante Thermas Ltda é resultante de um desmembramento irregular das atividades da empresa Host Hotéis e Turismo Ltda, com o intuito deliberado de propiciar a sua opção ao regime de tributação simplificado e favorecido concedido pela legislação do Simples Federal.

E que, não obstante a personalidade das pessoas jurídicas criadas, restou demonstrado que as atividades das pessoas jurídicas que sucederam a empresa Host Hotéis e Turismo Ltda permaneceram sendo desenvolvidas em conjunto, partilhando de administração comum e inclusive dos mesmos funcionários da empresa sucedida.

Nos instrumentos de procuração obtidos pelo Fisco junto aos cartórios da comarca de Mossoró (e-fls. 1247/1284), verifica-se que foram concedidos poderes de administração cruzados entre as sócias das empresas Restaurante Thermas Ltda (sócia-gerente Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo) e Hotel Thermas Ltda (sócia-gerente Patricia Matoso Barbosa Barcellos Chaves).

A fiscalização destaca também a existência de procuração com poderes de administração em face das duas empresas concedida à Sra. Auremiza Cordeiro Freitas da Paixão, que até junho de 2003 constava como empregada da empresa Host Administração Hoteleira Ltda, o que denota a administração partilhada dos empreendimentos (hotel e restaurante).

Observo também, a existência de instrumento de mandato (e-fls. 1257) em favor do Sr. Raimundo Correia Barbosa Filho e a Sra. Riane Matoso Barbosa, sócios da empresa Host Administração Hoteleira, com amplos poderes de representação e administração em face da empresa Hotel Thermas Ltda.

Outro indício da confusão operacional entre as empresas, apontado pela fiscalização, refere-se ao pagamento de diversas despesas e transferências de valores realizadas pela empresa Restaurante Thermas Ltda, em prol do Sr. Raimundo Correia Barbosa Filho, que teriam sido pagos por conta dos aluguéis devidos à empresa Host Administração Hoteleira, por ordem desta, em valores que em alguns meses são bastante superiores aos devidos contratualmente

(vide como exemplos os meses de março e maio de 2005 item 1.10 do Despacho Decisório DRF/MOS Nº 381/2011 e-fls. 1294/1295).

Observo que não se trata de descon sideração da personalidade jurídica das empresas envolvidas, como alega a recorrente. Não houve a descon sideração da personalidade jurídica das empresas por parte do Fisco, mas tão somente a constatação de que as empresas criadas (Restaurante Thermas Ltda e Hotel Thermas Ltda) decorrem do desmembramento das atividades da empresa Host Administração Hoteleira Ltda com vistas a inclusão no regime favorecido do Simples Federal; situação esta vedada legalmente.

Não se discute o direito do contribuinte reorganizar seus negócios, inclusive do ponto de vista sucessório, como alegado.

No entanto, restando comprovado que a empresa, ora recorrente, resulta do desmembramento das atividades de outra empresa com maior porte, com vistas a usufruir dos benefícios tributários destinados às empresas que se enquadrem no regime de tributação favorecido do Simples Federal, entendo correta a exclusão do regime, uma vez existente expressa disposição legal que veda a prática.

Ante a todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário, para manter a exclusão da interessada do Simples Federal.

(destaquei)

Vê-se, portanto, que a infração à lei aqui, se caracteriza pela atuação conjunta dos sócios e administradores de fato das pessoas jurídicas para formação de um esquema irregular, pautado no abuso de personalidade jurídica, consubstanciada na confusão patrimonial e gerencial das empresas integrantes do grupo, além do desmembramento da pessoa jurídica, com o claro propósito de suprimir a ocorrência dos fatos geradores das contribuições devidas à Seguridade Social e, assim, reduzir o pagamento de tributos.

Também restou evidenciado o interesse comum, previsto no art. 124, I, do CTN, tendo a autoridade fiscal individualizado as condutas do Sr. Raimundo Barbosa, demonstrando a sua participação nessa estrutura, em seu benefício, em relação aos fatos geradores.

Mantém-se, desse modo, a responsabilidade solidária do Espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho.

Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo:

Segundo a Recorrente, para a responsabilidade pessoal dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, referida no inciso III, do art. 135, é preciso que o Fisco comprove a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Afirma que a transferência normal de empresa familiar, de "pai para filhos", não evidencia qualquer infração à lei.

Informa que, no julgamento do Auto de Infração decorrente da mesma ação fiscal, e formalizado no Processo nº 10469.731222/2012-76, restou excluído, por unanimidade, a solidariedade da ora recorrente, através do Acórdão nº 1302 001.986 de 15/09/2016, transitado em julgado nesse tocante.

Sobre a decisão referida acima, destaque-se que ela não vincula as decisões desta instância julgadora, restringindo-se àquele caso julgado no âmbito da competência daquela turma de julgamento. Ela é inaplicável, portanto, à presente lide, podendo, no entanto, ser utilizada como reforço à tese pretendida.

Quanto à atribuição de responsabilidade solidária a esta Recorrente, o autuante a fundamentou no artigo 135, III, do CTN, com os seguintes argumentos: criação da empresa, em desmembramento da empresa Host Hotéis e Turismo Ltda, para fins de usufruir de benefícios tributários do Simples, pelo desmembramento posterior das atividades da própria empresa, com a criação da empresa Planeta Água e, ainda, pela omissão reiterada de receitas em montante elevado.

Do conjunto probatório trazido pela Fiscalização, não resta dúvida da vontade livre e consciente da sócia Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo de participar ativamente do esquema artificioso, com abuso da personalidade jurídica, retratado na confusão patrimonial e gerencial das empresas integrantes do grupo, além do desmembramento da pessoa jurídica, com o propósito de suprimir a ocorrência dos fatos geradores das contribuições devidas à Seguridade Social, como acima retratado, na análise da responsabilidade solidária do seu pai, Sr. Raimundo Barbosa.

A autoridade fiscal individualizou as condutas da Sra. Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo, demonstrando a sua participação nessa estrutura, mediante seus poderes gerenciais e administrativos, participando, seja diretamente, seja por meio de seus prepostos (procuradores), do descumprimento das obrigações tributárias de forma intencional.

Desse modo, fica mantida a responsabilidade solidária da Sra. Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto por:

- I) não conhecer do Recurso Voluntário da Contribuinte Thermas Participações Societárias Ltda na parte relativa à responsabilidade solidária, por ilegitimidade, e, na parte conhecida, dar-lhe provimento parcial para reduzir o percentual da multa qualificada ao montante de 100%, em virtude da retroatividade benigna;
- II) dar provimento parcial ao Recurso Voluntário da empresa Host Administração Hoteleira – EPP, para excluí-la do polo passivo da obrigação tributária;
- III) negar provimento aos Recursos Voluntários dos responsáveis solidários Espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho, Matoso e Barbosa Ltda e Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo.

(documento assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa