



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10580.724429/2018-01
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-002.536 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 10 de agosto de 2021
Recorrente L&A CONTABILIDADE LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2014 a 30/12/2015

ALEGAÇÕES DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INTIMAÇÃO PRÉVIA AO LANÇAMENTO. DESNECESSIDADE

Verificado que a fiscalização cumpriu os requisitos formais e materiais estabelecidos pelas normas legais de regência, não há que se falar em qualquer das hipóteses de nulidade previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972 ou, ainda, a prevista no art. 55 da Lei Complementar nº 123/06.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. LANÇAMENTO. CONTRIBUIÇÕES PARA OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS.

Em virtude da exclusão do Simples Nacional o sujeito passivo fica obrigado ao recolhimento das contribuições da empresa para custeio das outras entidades e fundos, no caso, SENAC, SESC, INCRA, SALÁRIO-EDUCAÇÃO; SEBRAE.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. COMPROVAÇÃO SIMULAÇÃO. FRAUDE. 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 4.502/64.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. PROCESSO NÃO TRANSITADO EM JULGADO. LANÇAMENTO. POSSIBILIDADE.

A Súmula nº 77 do CARF dispõe que 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 Nº 2 DO CARF. INCONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, em conformidade com a Súmula nº 2 do CARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, em negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Barbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Carlos Alberto Benatti Marcon, Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 09-69.245 de 17 de janeiro de 2019, da 5ª Turma da DRJ/JFA, que julgou parcialmente procedente a impugnação da Recorrente, em razão da exclusão do polo passivo do sócio Lucas Silva Carvalho, mantido o crédito tributário no montante de R\$13.993,28,18, relativamente à exigência das contribuições da empresa para custeio das outras entidades e fundos, no caso, SENAC, SESC, INCRA, SALÁRIO-EDUCAÇÃO; SEBRAE, com fixação da multa de ofício qualificada no percentual de 150%

Por bem relatar os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida complementando-o adiante:

“O presente processo emitido em 08/08/2018, foi formalizado para exigência das contribuições da empresa para custeio das outras entidades e fundos, no caso, SENAC, SESC, INCRA, SALÁRIO-EDUCAÇÃO; SEBRAE no montante de R\$13.993,28,18, com fixação da multa de ofício qualificada no percentual de 150%. A ciência do sujeito passivo deu-se em 08/08/2018 por meio de recebimento pessoal do representante da empresa, conforme recibo constante de fls. 89.

No processo foi arrolado como solidário o sócio gerente LUCAS SILVA CARVALHO; CPF 015.998.705-92, pela prática da conduta de Excesso de Poderes, Infração de Lei, Contrato Social ou Estatuto prevista no art. 135 do CTN, intimado pessoalmente em 08/08/2018, conforme recibo constante de fls. 758 dos autos.

Nos termos do Relatório fiscal de fls. 20/85 o sujeito passivo foi considerado incurso em situações de exclusão do SIMPLES Nacional, previstas **nos arts. 3º, II, e §§ 4º, III, e 6º, e 29, I, da LC nº 123/2006**, nos termos da **competência atribuída na Portaria DRF/SDR nº 60, de 20 de maio de 2015, publicada no DOU de 21/05/2015**, e com fulcro nas disposições do art. 3º, §§ 4º, III, e 6º, art. 17, XII, art. 28, caput, art. 29, I, e §§ 3º e 5º, art.30, II, e § 1º, II, art. 31, II, e art. 33, da mesma Lei, e da Resolução/CGSN nº 94, situação que motivou a formalização do processo administrativo de nº 10580.724207/2018-81 de exclusão do SIMPLES, que culminou na expedição do **Ato Declaratório Executivo DRF/SDR/SEFIS nº 06**, de 27 de julho de 2018, que declara o sujeito passivo excluído do SIMPLES Nacional **a partir de 01/01/2014**.

No caso, foi verificada a existência de grupo econômico DE FATO formado pelas empresas L&A CONTABILIDADE LTDA, CNPJ 12.314.189/0001-76, LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL, CNPJ 97.535.594/0001-77, e NOTUS GESTÃO INSTUTORIA, CNPJ 15.138.216/0001-95, com atuação conjunta, todas optantes pelo

SIMPLES NACIONAL, sendo a atividade exercida por duas das empresas participantes cessão de mão de obra, conforme detalhadamente informado no processo de Representação para exclusão do SIMPLES de nº 10580.724207/2018-81.

Informa o Auditor que sujeito passivo L&A CONTABILIDADE LTDA incidiu em situação excludente ao deixar de realizar comunicação obrigatória do exercício de atividades vedadas aos optantes do SIMPLES Nacional, tendo em vista a realização de cessão de mão de obra em serviços de portaria e zeladoria, manutenção predial (elétrica, hidráulica, pintura, etc), apoio administrativo, auxiliar administrativo, e administrador de condomínio pelas empresas LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL e NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA, com as quais forma grupo econômico de fato, sendo 12/2013 o mês em que ficou perfeitamente caracterizado o início de parte dessas atividades impeditivas (competência 12/2013) – fundamentação nos arts. 17, XII, 28, 29, I, e 30, II, da LC nº 123/2006.

Sustentando a existência de grupo econômico o Auditor relata que os srs. Lucas Silva Carvalho e Alexandro Silva Carvalho, sócios da empresa L&A CONTABILIDADE LTDA, eram também sócios das pessoas jurídicas empresariais NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA e LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL LTDA, à época do período fiscalizado, conforme quadro demonstrativo a seguir, elaborado a partir de dados extraídos dos contratos sociais e alterações posteriores:

Pelo demonstrativo constante do Relatório Fiscal (item 57), registra o Auditor que até 05/2015 as três empresas, - L&A CONTABILIDADE LTDA NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA e LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL LTDA; todas optantes do SIMPLES Nacional à época, tinham, formalmente, dois sócios comuns, ou sejam, os irmãos Lucas Carvalho e Alexandro Carvalho.

Como situação excludente nas empresa participantes do grupo econômico por meio da análise das informações de notas fiscais, GFIPs (CBO), folhas de pagamento, contratos de serviços e/ou contabilidade comprovam que foram disponibilizados serviços de portaria, de manutenção predial, apoio administrativo e administrador de condomínio pelas empresas LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL e NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA, casos em que a cessão de mão de obra constitui atividade vedada à opção, conforme disposto na LC nº 123/2006.

Outro fundamento foi que a empresa L&A CONTABILIDADE LTDA está incurso em mais uma situação excludente do regime tributário do SIMPLES Nacional, prevista no art. 3º, §§ 4º, III, e 6º, da LC nº 123/2006, visto que os srs. Lucas Carvalho e Alexandro Carvalho eram também sócios das empresas LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL e NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA e as três empresas, todas optantes do SIMPLES, juntas extrapolaram o limite previsto no art. 3º, II, da LC nº 123/2006, de R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais), no Exercício 2014.

Os dados das empresas LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL e NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA foram extraídos de DEFIS e DAS dos AC 2014 e 2015, de notas fiscais emitidas ou de contabilidade, mediante diligência fiscal de nº 0510100.2017.00702 (LAJ Segurança Patrimonial) e fiscalização nº 0510100.2017.00153 (NOTUS).

Na oportunidade registra o Auditor que as empresas NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA e LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL foram excluídas do SIMPLES por comunicação do sujeito passivo apenas a partir de 01/01/2016 quando ambas extrapolaram, individualmente, o limite de receita bruta no AC 2015; no entanto, a exclusão da empresa NOTUS, por exemplo, deveria produzir efeitos já a partir de 01/12/2015, em atendimento à regra do art. 31, V, a, da LC nº 123/2006.

Informa o Auditor que no período fiscalizado (01/2014 a 03/2015 e 10 a 12/2015) a empresa informou nas GFIP o CNAE fiscal 69.20-6-01/ Atividades de contabilidade, e FPAS 515 e as contribuições previdenciárias dos segurados, em virtude do sujeito passivo ter informado o código "2/optante" no campo destinado à informação de opção pelo SIMPLES Nacional. Nas GFIP também não existem informações de retenções sobre notas fiscais de serviços e nem GPS com recolhimentos de retenções (códigos 2631 ou 2640).

No Relatório Fiscal além do histórico dos procedimentos executados para a exclusão no SIMPLES o Auditor transcreve a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que estabelece diversas restrições e obrigações aos optantes do SIMPLES Nacional, previstas nos arts. 3º, 17, 18, 26, 28, 29, 30 e 31 Com base nos dispositivos transcritos o Auditor registra a exclusão produz efeitos a partir:

67.1. Pelo exercício de atividades impeditivas por empresas do grupo econômico e falta de comunicação da exclusão obrigatória, conforme circunstâncias relatadas nos itens 14 a 56 – a partir de 01/01/2014, tendo em vista que a situação impeditiva teve início no mês 12/2013 (arts. 17, XII, 28, 29, I, 30, II, e § 1º, II, e 31, II);

67.2. Por ultrapassar o limite de receita bruta global no AC 2014 (até 20%), conforme circunstâncias relatadas nos itens 57 a 64 – a partir de 01/01/2015, ou seja, do mês seguinte ao que incorrida a situação impeditiva (arts. 3º, II, e §§ 4º, III, e 6º).

68. Como se observa, há concorrência de situações excludentes com produção de efeitos em períodos diversos. Assim, para fins de definição do início da produção dos efeitos, será considerada a situação excludente que ocorreu primeiro.

A exclusão tem fundamentação no art. 29, I, da LC nº 123/2006, e efeitos previstos no artigo 31, II, da mesma lei, portanto, a partir de 01/01/2014.

Especificamente sobre os Autos de Infração de cobrança das contribuições para custeio das outras entidades e fundos diz que foram calculadas tendo por base os valores declarados em GFIP .

Com relação à qualificação da multa sustenta que o percentual de "150% (cento e cinquenta por cento) incidente sobre o valor original do débito apurado, em virtude das condutas dolosas do sujeito passivo de suprimir/ocultar contribuições previdenciárias e de terceiros e de emprego de meio fraudulento envolvendo planejamento tributário abusivo e interposição de pessoa, atuando em fraude ao Fisco". Diz in verbis:

80. Conforme já mencionado, duas empresas do grupo econômico (LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL e NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA) desenvolveram atividades vedadas aos optantes do SIMPLES nos anos 2014 e 2015 e não realizaram a comunicação obrigatória das situações excludentes à RFB, e o grupo econômico, inclusive a empresa L&A CONTABILIDADE LTDA, continuou a beneficiar-se indevidamente do regime simplificado de recolhimento de tributos e contribuições nesses Exercícios.

81. As empresas LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL e NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA deixaram de declarar em GFIP as contribuições previdenciárias devidas pelo empregador (empresa 20% e GILRAT) mesmo tendo ciência da obrigatoriedade de declaração em virtude do enquadramento de parte das atividades exercidas no Anexo IV da LC nº 123/2006 (serviços de limpeza e serviços de vigilância), situações anteriores à exclusão de ofício;

81.1. Ainda que o contribuinte sofra retenções ele tem a obrigação legal de declarar as contribuições devidas tendo em vista o enquadramento no Anexo IV. A falta de declaração impediu o conhecimento de possíveis divergências, em especial porque o contribuinte não recolheu as contribuições dos segurados mas fez apropriações com as retenções. Assim, o fato de existirem retenções não exclui a intenção dolosa;

81.2. A falta de declaração das contribuições devidas pelo contribuinte enquadrado no regime de recolhimento do Anexo IV da LC nº 123/2006 e manutenção dos saldos no campo “Valor a compensar”, a princípio, poderia indicar erro de procedimento como também a intenção de impedir o cálculo, o conhecimento e a cobrança de diferenças devidas a recolher;

81.2.1. Porém, no presente caso, na primeira oportunidade de beneficiar-se do suposto crédito o sujeito passivo NOTUS GESTÃO o fez, através de compensações iniciadas a partir do momento em que passou a declarar as contribuições previdenciárias em decorrência da comunicação obrigatória de exclusão, a partir de 01/01/2016, por excesso de receita bruta individual no AC 2015, evidenciando a intenção de obter benefício indevido. As compensações foram efetuadas nas GFIPs das competências 08/2016 a 04/2017;

81.3. Ressalta-se que as empresas LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL e NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA seguiram sempre o mesmo procedimento coordenado, indicando a unicidade de gestão: declaração do código “2- optante” em GFIP e, em consequência, falta de declaração das contribuições patronal/SAT; não recolhimento direto de contribuições dos segurados mas compensações com as retenções declaradas; sobras de retenções informadas no campo “valor a compensar”; exclusão do SIMPLES a partir de 01/01/2016 por excesso de receita bruta no ano 2015; e, finalmente, compensações das sobras de retenções com as contribuições declaradas em competências dos anos 2016, 2017 ou 2018, após exclusão do SIMPLES.

82. Visando descaracterizar uma situação de exclusão por excesso de receita global das três empresas com sócios comuns no AC 2014, de forma a permitir que continuassem gozando dos benefícios do regime tributário simplificado, houve simulações de retiradas dos sócios dos quadros de duas delas e interposição de pessoa. Os sujeitos passivos agiram em fraude à LC nº 123/2006, desconsiderando os impedimentos à opção nela previstos, visando benefício fiscal indevido;

82.1. A alteração contratual que formalizou a suposta retirada dos sócios do quadro da empresa NOTUS GESTÃO foi registrado na JUCEB em 09/03/2015, porém ela foi assinada com data retroativa de 13/08/2014 de forma a fazer constar data anterior à de ocorrência da situação excludente por excesso de receita bruta global;

82.2. Observa-se que ao longo do ano 2015 a empresa NOTUS teve um crescimento considerável da receita bruta com a execução de bons contratos, notadamente com o tomador IGH/Instituto de Gestão e Humanização, tornando-se necessária e conveniente a saída do SIMPLES pela manutenção dos contratos, o que ocorreu a partir de 01/01/2016. A receita bruta declarada passou de R\$ 1.520.990,47, no ano 2014, a R\$ 3.694.115,27, em 2015;

82.2.1. Ressalta-se que a empresa registrou sucessivos aumentos de capital, de R\$ 200.000,00 para R\$ 500.000,00, em 10/08/15, e para 1.500.000,00, em 12/07/16, certamente para atender condições contratuais;

82.3. Situação idêntica ocorreu com a empresa LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL, com retirada dos mesmos sócios do seu quadro em 19/05/2015, também com contratos com o IGH e exclusão do SIMPLES a partir de 01/01/2016.

A receita bruta declarada passou de R\$ 785.525,44, no ano 2014, a R\$ 3.806.622,50, em 2015;

.....

85. Os fatos narrados ao longo do relatório fiscal revelam as condutas dolosas dos sujeitos passivos e dos sócios/titulares das empresas e evidenciam o perfeito enquadramento nos dispositivos das Leis nº 9.430/96 e 4.502/64, a respeito de sonegação, fraude e conluio. Destaca o Auditor que em razão do apurado foi formalizada representação fiscal para fins penais.

Com relação à caracterização do Grupo Econômico nos itens 89 a 150 do Relatório Fiscal, o Auditor narra detalhadamente a situação encontrada nas empresas e na autuada, bem como as diligências relacionados com os sócios onde realizou entrevistas e coletou documentos, comprovando a participação na administração das empresas.

Narra que comprovou a existência de vínculos de titulares e sócios atuais com empresas do grupo e incompatibilidade de rendimentos, bem como a existência de compartilhamento de endereços entre as empresas.

Registra que as empresas NOTUS Gestão Instrutória e NTS Serviços funcionaram no mesmo endereço no período 17/04/12 a 31/05/14, no bairro do Comércio, em Salvador/BA, e, atualmente, ambas funcionam também no mesmo endereço, no edifício REFRAN, em Lauro de Freitas/BA, desde 28/06/16; já as empresas LAJ Segurança Patrimonial e L&A Contabilidade LTDA, no período 13/05/14 a 27/08/15, funcionaram no mesmo endereço, no bairro Itapuã/Jardim Plakaford, em Salvador;

Destaca que não foram apresentados comprovantes de pagamentos de despesas com aluguel, água, energia elétrica e telefone no exercício 2014 e não há registros desses tipos de despesas no Diário nº 02 (Exercício 2014) da empresa LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL. Já a contabilidade do Exercício 2015 não foi apresentada pelo sujeito passivo. Apenas a empresa L&A CONTABILIDADE LTDA possui nos livros contábeis registros de pagamentos de despesas com aluguel e telefone, e com outras despesas diversas, como material de escritório, combustíveis, manutenção de máquinas/equipamentos, fardamentos e uniformes, estacionamento, jornais e revistas, licenciamento de sistema contábil, porém não foram identificados lançamentos de despesas com água e energia elétrica;

Diz que há indícios de inexistência de estrutura administrativa na empresa LAJ SEGURANÇA, pois até 10/2014 constam em GFIP apenas empregados nas funções “porteiros e vigias (cbo 5174)” ou “vigilantes e guardas de segurança (cbo 5173)” e só a partir de 11/2014 passaram a constar um ou dois empregados nas funções “assistentes e auxiliares administrativos (cbo 4110)”; não há registros de contratação de serviços de terceiros.

Por fim, quanto ao tema conclui que:

Conclusão: Grupo econômico de fato, planejamento tributário abusivo, interesse comum e responsabilidade passiva solidária.

151. Ficou evidenciada a existência de grupo econômico de fato no período fiscalizado, formado pelas empresas NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA, LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL e L&A CONTABILIDADE LTDA, que atuam em atividades relacionadas e convergentes, e de um planejamento tributário abusivo visando a redução do pagamento de contribuições previdenciárias e de outras entidades e fundos, dentre outros tributos.

152. As empresas do grupo têm atuação conjunta, evidenciando o interesse comum nas operações que constituem fatos geradores das contribuições previdenciárias, conforme já evidenciado pelas circunstâncias narradas ao longo do presente relatório fiscal.

153. As referidas empresas formam GRUPO ECONÔMICO DE FATO, sob a direção, controle ou administração de um mesmo conjunto de pessoas, inclusive com a participação de familiares dos controladores, Lucas Carvalho e Alexandro Carvalho.

154. É garantido o direito de liberdade organizacional das pessoas jurídicas no entanto deve ser ele exercido dentro dos limites legais. Enquanto a organização do grupo decidiu por separar as atividades em empresas distintas não se caracterizou qualquer infração ou impedimento.

155. Já a partir do momento do crescimento das atividades do grupo com consequente excesso de receita bruta em relação aos limites de participação no SIMPLES, em que artifícios, como simulação de retirada de sócios e interposição, passam a ser utilizados para disfarçar a situação impeditiva à continuidade no sistema tributário simplificado, o planejamento torna-se abusivo pois visa burlar os limites legais e permitir que as empresas continuem a usufruir indevidamente do tratamento diferenciado dispensado às ME e EPP.

156. O planejamento descrito existe com fraude à Lei Complementar nº 123/2006, com vistas a descaracterizar os impedimentos legais e de forma a garantir, indevidamente, os benefícios do tratamento jurídico diferenciado conferido às verdadeiras microempresas e empresas de pequeno porte, ou, mais precisamente, à redução do pagamento de contribuições previdenciárias e demais tributos abrangidos no regime tributário simplificado (SIMPLES).

.....

157. Embora o planejamento abusivo tenha buscado disfarçar os verdadeiros sócios nos anos 2014 e 2015, a essência deve prevalecer sobre a forma. Assim, o que de fato se configura é a existência de três pessoas jurídicas relacionadas que, efetivamente, constituem um grupo econômico.

158. Há um planejamento no sentido de ampliação dos negócios, aumento de lucros e redução de custos, o que também inclui o aspecto tributário, perfeitamente caracterizado no esforço para que parte do grupo se beneficie do tratamento jurídico favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, porém indevidamente.

159. A continuidade no regime tributário do SIMPLES permite que as empresas do grupo reduzam o pagamento de contribuições previdenciárias e se desobriguem do pagamento das contribuições aos terceiros. Além das contribuições previdenciárias há redução também de outros tributos, já que no regime tributário do SIMPLES estão incluídos benefícios referentes a impostos e outras contribuições sociais, elencados no artigo 13 da LC nº 123/2006.

.....

No item 164 a 167 do Relatório Fiscal o Auditor sustenta a indicação do Administrador Lucas da Silva Carvalho, como responsável solidário motivada na conduta de não comunicar à Receita Federal a situação de exclusão obrigatória, em razão da atividade de prestação de serviços.

167. Do exposto, consoante as disposições do CTN, é também responsável pelo crédito tributário formalizado através do presente processo o sócio-administrador do sujeito passivo L&A CONTABILIDADE LTDA à época de ocorrência dos fatos geradores, o sr. LUCAS SILVA CARVALHO, CPF nº 015.998.705-92 - competências 01/2014 a 03/2015.

Prossegue o Auditor informando que formalizou Arrolamento de Bens em razão do montante do valor dos lançamentos abrangendo as três empresas representar mais de 30% do patrimônio conhecido.

Conforme Termo de Juntada de fls. 765, a empresa representada pelo sócio Lucas Silva, oferece em 07/09/2018, a impugnação acostada às fls. 767/803, onde protesta pela tempestividade da contestação, resume os fatos apresentados pela Fiscalização, pede a nulidade do ato administrativo, sob o argumento de que "a Impugnante NÃO violou os dispositivos apontados, tampouco praticou as condutas que lhes foram atribuídas, principalmente pela INEXISTÊNCIA de grupo econômico entre as sociedades arroladas" e, ainda que o ato foi "desarrazoadamente emanado e em desconformidade com os preceitos legais e constitucionais aplicáveis a espécie, por configurar MERAS PRESUNÇÕES TRIBUTÁRIAS, FICÇÕES LEGAIS E ARBITRAMENTOS TRIBUTÁRIOS, referente ao processo de nº 10580.724207/2018-81, no tocante a exclusão do Simples Nacional, entre outros procedimentos administrativo-punitivo tributário, para que se faça a verdadeira e lidima justiça". Pede a nulidade por imprecisão da capitulação legal, gerando cerceamento do contraditório e ampla defesa. Alega que a autoridade fiscal omitiu a fundamentação legal em que baseou a imposição tributária, bem como omitiu a descrição da matéria tributável, impedindo o direito de discutir a legalidade da exação. Limitou-se, tão somente, a anexar relação confusa, genérica e imprecisa da legislação que rege as contribuições ao INSS, não correlacionando os dispositivos com a matéria tributária glosada.

Transcreve o art. 10 do Decreto 70.235/1972, cita doutrinadores sobre a motivação dos atos e decisões administrativas sobre o tema.

No mérito, sobre o encaminhamento de GFIP diz que:

.....

32. Por uma infinidade de razões, inclusive esse conflito de legislações, milhares de sociedades empresárias (e profissionais que lhes prestam serviços) deixaram de enviar as GFIP'S mensalmente, especialmente nos casos em que não era necessário gerar guia de FGTS, e durante muitos anos os órgãos fiscalizadores se omitiram em relação a este fato, levando todos ao entendimento de que realmente se tratava de uma opção oferecida pela lei, podendo o contribuinte escolher a forma que melhor lhe conviesse.

Reclama que as multas aplicadas foram fixadas em valores exorbitantes e tem efeito confiscatório.

Prossegue a peça de contestação discorrendo sobre questões relativas aos processos de lançamento das contribuições previdenciárias e sociais, no caso, a ilegalidade das contribuições destinadas aos terceiros, no caso, INCRA, SEBRAE, a inexistência da responsabilidade solidária dos sócios.

Especificamente sobre o INCRA diz o seguinte:

39. Não se pode considerar o adicional ao INCRA como contribuição de intervenção no domínio econômico, porquanto não preenche os requisitos necessários para a sua implementação, tendo como base o art. 149 da CRFB/88, que trata da competência residual da União.

40. Malgrado, mesmo se assim considerada, a contribuição em questão continua sendo inconstitucional, o que inviabiliza a sua cobrança, conforme se extrai do artigo 149 da CRFB/88....

Sobre o SEBRAE, discorre sobre a sua instituição e natureza jurídica e destaca o seguinte:

67. Trata-se, de autentica contribuição incidente sobre outras contribuições, em percentual reduzido, e sob a denominação de adicional.

68. Se adicional fosse, deveria ter a mesma destinação, ou pelo menos correlata, a do seu principal, o que não ocorre. A contribuição ao SEBRAE, destina-se ao auxílio as micro e pequenas empresas. E, portanto, contribuição incidente sobre a folha de salários, não destinada ao custeio da seguridade social.

69. Assim e que não há justificativa a exigência da contribuição ao SEBRAE, posto que criada sem autorização constitucional e incidente sobre a folha de salários, mesmo não sendo contribuição destinada ao custeio da seguridade social.

Diz não existir responsabilidade dos sócios gerentes e administradores, com fundamento no artigo 135 do CTN, pois falta nos autos "prova do **EXCESSO** de poderes ou **INFRAÇÃO** a lei, contrato social ou estatutos". Destaca que:

*88. Os representantes legais, como diretores ou gerentes **não respondem PESSOALMENTE** por dívidas contraídas em nome da sociedade, porém, respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente em virtude de **EXCESSO** de mandato e pelos atos praticados com violação ao estatuto ou contrato, desde que comprovado o **DOLO OU A FRAUDE**.*

*89. A obrigação do recolhimento do tributo devido pelas sociedades é da pessoa jurídica individualmente, doravante designada L&A CONTABILIDADE LTDA, **E NÃO DOS SÓCIOS ADMINISTRADORES. UMA VEZ QUE COM ELES NÃO SE CONFUNDEM**. Bem se vê que nas sociedades anônimas a responsabilidade dos sócios, participantes ou acionistas, limita-se ao montante das ações por eles subscritas ou adquiridas, conforme inc. I e II do art. 158 da Lei 6.404/76. O mesmo ocorre nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, o que se aplica, outrossim, a sociedade LTDA.*

*90. Como vemos, a ilegalidade do ato se torna ainda mais cristalina ao verificar-se o teor da **SÚMULA 430 DO STJ**: O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.*

Ressalta que na situação posta não existe a formação de grupo econômico e destaca que o seu planejamento tributário é legal e não abusivo como considerado pela fiscalização, que fundamentou o entendimento em presunções.

Diz *in verbis*:

117. Posto isso, além da responsabilidade tributária solidária NÃO decorrer exclusivamente da demonstração da formação de grupo econômico como fato isolado, já que este se revela pela exigência de características sólidas E NÃO SIMPLES ILAÇÕES DA AGENTE AUTUANTE, DEMANDA TAMBÉM A COMPROVAÇÃO DE PRÁTICA CONJUNTA DO FATO GERADOR, porquanto a compreensão desses limites contribuem para um cenário de maior segurança jurídica não apenas em torno do presente caso, mas, especialmente, para o ambiente de negócios jurídicos em todo território nacional (AgRg no AREsp 852.074/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 19/05/2016).

Reclama da falta de procedimento prévio visando a auto regulamentação das empresas e pede a redução das penalidades, em face da sua condição de empresa de pequeno porte.

Alega o efeito suspensivo dos processos frente a apresentação de impugnação e por fim, protesta por todos os meios de prova em direito admitidas, notadamente: documental, expedição de ofícios, vistorias e perícias, juntada de novos documentos e demais provas, o que desde já requer, e tudo o mais que se fizer necessário ao deslinde do presente processo administrativo-fiscal.

Por sua vez, a 5ª Turma da DRJ/JFA julgou parcialmente improcedente a impugnação ao auto de infração, conforme se depreende da ementa abaixo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2014 a 30/12/2015

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não há que se falar em insubsistência quando a exigência fiscal sustenta-se em processo instruído com todas as peças indispensáveis, contendo o lançamento descrição dos fatos suficiente para o conhecimento da infração cometida e não se vislumbrando nos autos a ocorrência de preterição do direito de defesa.

SOLIDARIEDADE. EXCLUSÃO Excluem-se da responsabilidade solidária as contribuições destinadas a outras entidades ou fundos.

CONTRIBUIÇÃO PARA OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS As contribuições devidas a outras Entidades e Fundos, denominados TERCEIROS, sujeitam-se aos mesmos prazos, condições, sanções e privilégios das contribuições destinadas à Seguridade Social.

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.

MULTA. QUALIFICAÇÃO.

É cabível a aplicação de multa qualificada quando for demonstrado que o contribuinte agiu dolosamente para a prática das infrações apuradas, objetivando impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

MULTA. LEGALIDADE. CARÁTER CONFISCATÓRIO .

A multa é devida em decorrência de determinação legal, sendo que a vedação ao confisco determinada pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

PROVA. APRESENTAÇÃO. PRECLUSÃO TEMPORAL.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual.

Inconformada, a Recorrente apresentou o recurso voluntário esclarecendo que a peça atende aos pressupostos de admissibilidade e discorreu sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge, aduzindo, praticamente, os mesmos argumentos já expostos em primeiro grau, nos seguintes termos:

“(…) II – DOS FATOS

(…)

6.Preliminarmente, com óbice intransponível, impeditivo do conhecimento da r. Decisão excogitada, alinha a Recorrente, que a exação das contribuições previdenciárias e a terceiros, nas competências de 01.01.2014a 30.12.2015, não pode prosperar, vez que o fato jurígeno tributário não ocorreu, ou que, se ocorrido, não tem a identificação com o fato tipificado pela lei, ou seja, asseveramos que a verificação do fato impositivo não foi corretamente feita pela autoridade fiscal, por força de que a obrigação não tem as características que lhe foram atribuídas pelo lançamento, bem como o montante da obrigação exigida deve ser menor porque as pessoas jurídicas a pontadas na r. Decisão NÃO caracteriza grupo econômico, pois que, no âmbito, tão somente, do "DIREITO TRIBUTÁRIO" e não previdenciário conforme aduz a Relatora na página 15, é necessária a real participação DE CADA UMA DAS EMPRESAS no fato gerador em si, não apenas o interesse econômico. Nesse ponto, a lógica que preside o sistema tributário nacional é incontornável.

7.Ademais, não se pode incluir multas de natureza confiscatória em percentuais superiores a 30% [trinta por cento) do valor do débito, o que afronta julgados do Superior Tribunal Federal (ADIN n- 551/93e RE 582.461), bem como dos princípios da RAZOABILIDADE e PROPORCIONALIDADE, pois a norma constitucional impõe a vedação ao CONFISCO e a própria integridade do sistema tributário nacional, plasmado no art. 150, inc. IV, da CRFB/88.

8.Depois, sem guarida, lógica ou justificativa séria, a colocação da relatora e auditora fiscal (Antonieta Pires Sampaio Frauches), alçada no relatório, que o Sr. Lucas Silva Carvalho praticou conduta com excesso depoderes, infração a lei ou contrato social, o que afronta os limites da própria redação do art. 135 do CTN c/c a Súmula 430 do STJ. (...)

10. Destarte, a Recorrente somente pode ser punida por fato concreto e tipificado na lei ordinária (Lei 8.137/90). NO DIREITO TRIBUTÁRIO, o crédito tributário somente pode demonstrar a materialidade do delito com o lançamento definitivo JÁ DISCUTIDO EM TODAS AS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS".

11. Destarte, não há falar em improcedência da peça impugnatória porque em tese apura a conduta tipificada penal/tributária e/ou presumível caracterização de grupo econômico, sob pena de nulidade do processo administrativo-fiscal, porquanto são capazes, por si sós, de comprometer a sua LISURA, sua FINALIDADE e sua LEGITIMIDADE.

12. Nesse sentido segue orientação jurisprudencial valiosa, o que é perfeitamente aplicável ao caso concreto, senão vejamos:

(...) "A falta de apreciação de argumentos expendidos na peça impugnatória ACARRETA NULIDADE DA DECISÃO PROFERIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. Preliminar acolhida. Decisão anulada" [1º CC - Ac. 104-17.515 - C. Rel. Nelson Mallmann - DOU 28.11.2000, p. 9]. (G. N). (...)

13. Além do mais, os documentos adunados pela Recorrente demonstram CABALMENTE que os lançamentos fiscais se encontram inquinados de vícios procedimentais e legais, sob pena de violar os princípios lastreados no cimo do Ordenamento Jurídico Positivo - Lei das Leis (CRFB/88) - Princípio do Formalismo Moderado - Princípio da Fundamentação - Princípio da Verdade Material e, sobremaneira ao Princípio do Devido Processo Legal - Contraditório e Ampla Defesa.

14. No entanto, a digna autoridade julgadora deferiu apenas em parte a impugnação, mantendo o famigerado lançamento do crédito tributário atacado.

15. Pelo que se percebe Eméritos Conselheiros, a r. Decisão de primeira instância administrativa não levou em consideração, nas razões de decidir, a eficácia dos princípios constitucionais da LEGALIDADE, FINALIDADE, MOTIVAÇÃO, RAZOABILIDADE, VERDADE REAL, MORALIDADE, AMPLA DEFESA, SEGURANÇA JURÍDICA E INTERESSE PÚBLICO. (...)

III - RAZÕES PARA A REFORMA DA DECISÃO ADMINISTRATIVA RECORRIDA

18. Rogata Vénia, Doutos Conselheiros Julgadores, diante das razões expostas na peça impugnatória, é notório a relevância dos fundamentos ensejadores como uma forma de defesa administrativa apresentada perante a primeira instância, pela não concordância com a notificação de lançamento e pela imposição do auto infração.

19. A priori o entendimento da Relatora a quo em julgar procedente em parte os pedidos na presente impugnação, não encontra respaldo no cimo do Ordenamento Jurídico Positivo, Lei das Leis (CRFB/88) - princípio da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, verdade real, moralidade, contraditório, ampla defesa, segurança jurídica e interesse público, bem como vozes autorizadas em doutrina e jurisprudência pátria, senão vejamos:

20. Publicado o resultado da impugnação, para surpresa da Recorrente, este saiu como julgada procedente em parte, pois não foram suficientes para modificar o lançamento, sem, contudo, a Relatora PROVAR concretamente que o incumprimento dos deveres instrumentais apresenta alguma movimentação de origem ilícita, estando no campo das meras SUPOSIÇÕES E PRESUNÇÕES DE ALGUMA ILICITUDE - O QUE SE TRADUZ COMO VERDADEIRO MEIO INDIRETO E VIOLENTO PARA FORÇAR O PAGAMENTO DOS TRIBUTOS.

21. Malgrado, sem margem a tergiversação, evitando delongas impertinentes e mesmo em respeito à seriedade do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), sepultam inertes e esquiladas ponderações em que se vaza a questão prejudicial exposta pela Relatora e demais julgadores que ora assinaram o presente Acórdão, eis que despiciendas de fundamento doutrinário e pretoriano, sendo mera tentativa na r. Decisão, sob pálidos argumentos, de dificultar a aplicação da efetiva justiça, como se os lúcidos e conspícuos Conselheiros Julgadores que a preside não fossem, como são, profundos conhecedores do Decreto 70.235/72, do Código Tributário Nacional e, sobretudo da Lei das Leis (CRFB/88).

22. Ao contrário do que equaciona o equivocado relatório de julgamento, não foram cumpridas e atendidas, rigorosamente, as determinações do art. 5º, inc. LV, da CRFB/88 c/c os arts. 124, inc. 1,135, inc. III do CTN, Súmula 430 do STJ, bem como da LC 123/2006, arts. 34, §3º, 38-B, inc. II, 39, 40 e 55 (caput), §8º, merecendo TOTAL REJEIÇÃO AS INCONSISTENTES ALEGAÇÕES, pulverizada neste Pronunciamento.

(...)

24. Em suma, na hipótese em tela, é incontornável a ILEGALIDADE DO ATO de manter o lançamento do crédito tributário indigitado, objeto também da súplica demanda na peça impugnatória, vez que despido da AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO, PUBLICIDADE, MOTIVAÇÃO E RAZOABILIDADE, válidas, suficientes e capazes de justificá-los, impondo-se, assim, o pretendido exercício de controle Administrativo[CARF] da sua LEGALIDADE, meta essencial da demanda proposta.

3.1 - INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS-GERENTES E ADMINISTRADORES

25. O caput do art. 135 do Código Tributário Nacional prescreve que: "são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos".

26. Assim, a regra gizada no mencionado artigo, limita taxativamente o alcance para a imputação da responsabilização do sócio administrador perante os processos administrativos fiscais, determinando prova do EXCESSO de poderes ou INFRAÇÃO a lei, contrato social ou estatutos.

27. Importa destacar que é muito comum o fisco requerer o redirecionamento dos processos administrativos fiscais (PAF) em detrimento dos integrantes dos órgãos administrativos em virtude do INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, OU SOB UMA CERTA PRESUNÇÃO DE QUE CARACTERIZA GRUPO ECONÔMICO, já que teria extrapolado a receita prevista no art. 3º, inc. II da LC 123/06, de R\$ 3.600.000,00 -, o que incorre na lide atacada, visto que deve ser considerada a receita bruta individualmente de cada pessoa jurídica elencada, portanto, não extrapola o valor permitido por lei à época e nem hodiernamente - cuja valor foi alterado para R\$ 4.800.000,00 (Quatro milhões e oitocentos mil reais).

28. Ademais, para se caracterizar responsabilidade solidária em MATÉRIA TRIBUTÁRIA entre duas ou mais empresas pertencentes ao mesmo conglomerado financeiro é imprescindível que ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato imponível, sendo irrelevante a mera participação no resultado dos eventuais lucros auferidos pela outra empresa coligada ou do mesmo grupo econômico, portanto, há que se considerar, necessariamente, que são pessoas jurídicas distintas, com endereço, objeto social, capital social etc (REsp834044/RS e REsp 884845/SC). (...)

30. Dessa forma, a simples presunção de que o inadimplemento da obrigação tributária é motivo plausível a justificar a inclusão dos sócios administradores no polo passivo dos procedimentos fiscais, AFRONTA os limites da própria redação do artigo 135 do CTN, visto que o referido dispositivo não encerra a TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, mas apenas cuida da responsabilidade pessoal daqueles que representam a pessoa jurídica quando agem com EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTOS, visto que a ilustre Relatora não traz elementos sólidos a comprovar tal ilícito, submetendo terceiros a participarem da TORTUOSA CONSTRIÇÃO DE BENS e do CONSTRANGIMENTO de serem incluídos em processos administrativos fiscais. (...)

33. Os representantes legais, como diretores ou gerentes NÃO respondem PESSOALMENTE por dívidas contraídas em nome da sociedade, porém, respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente em virtude de EXCESSO de mandato e pelos atos praticados com violação ao estatuto ou contrato, desde que comprovado o DOLO OU A FRAUDE.

34. A obrigação do recolhimento do tributo devido pelas sociedades é da pessoa jurídica individualmente, doravante designada L&A CONTABILIDADE LTDA. E NÃO DOS SÓCIOS ADMINISTRADORES. UMA VEZ QUE COM ELES NÃO SE CONFUNDEM. Bem se vê que nas sociedades anônimas a responsabilidade dos sócios, participantes ou acionistas, limita-se ao montante das ações por eles subscritas ou adquiridas, conforme inc. I e II do art. 158 da Lei 6.404/76. O mesmo ocorre nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, o que se aplica, outrossim, a sociedade LTDA.

35. Como vemos, a ilegalidade do ato se torna ainda mais cristalina ao verificar-se o teor da SÚMULA 430 DO STJ- O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.

36. Destarte, os sócios, diretores, gerentes ou representantes da sociedade, somente são responsáveis por substituição, id est, pelos créditos decorrentes de atos ou fatos MACULADOS DE EXCESSO DE PODERES, o que inócorre na lide impugnada. (...)

38. Desse modo, não há provas robustas e incontestes trazidas nos PAF'S de quaisquer indícios de prática de atos previstos no aludido artigo 135 do CTN e nem fraude a LC 123/2006, portanto, não há falar em relação obrigacional jurídico-tributária dos sócios administradores, implicando, por conseguinte, em ilegitimidade passiva ad causam para figurar no polo passivo dos processos administrativos fiscais (PAF'S), da L&A CONTABILIDADE LTDA, LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL EIRELI & NOTUS GESTÃO INSTRUTÓRIA EIRELI, LOGO, NÃO HÁ FALAR EM GRUPO ECONÔMICO ENTRE AS PESSOAS JURÍDICAS ELENCADAS. (...)

46. Por essas e outras razões e diante da certeza que não praticou o fato imponível ou qualquer ilícito penal/tributário, não há falar em exação ou responsabilidade solidária dos sócios fundadores, tendo em vista que não praticaram um ILÍCITO QUALIFICADO, do qual decorra a obrigação ou seu inadimplemento, como no caso da apropriação indébita [REsp 1.010.399 e REsp 989.724].

47. Assim, resta demonstrada a total nulidade dos "atos preparatórios" de cobrança, restando tão somente aos Doutos Conselheiros Julgadores, a declaração de manutenção de exclusão do sócio LUCAS SILVA CARVALHO como sujeito passivo solidário, conforme julgou procedente em parte a relatora e auditora fiscal [Antonieta Pires Sampaio Frauches].

3.2 GRUPO ECONÔMICO - NÃO CONFIGURAÇÃO DO REQUISITO E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO LEGAL

48. Totalmente improcedente a alegação da existência de grupo econômico referente ao período fiscalizado, formado em tese pelas três empresas, haja vista que os objetos sociais e atividades econômicas são totalmente distintos, logo, não evidencia interesse em comum que constituam fato impositivo das contribuições previdenciárias e nem atos contrários a lei.

49. Com efeito, quando suscita que o planejamento tributário foi abusivo, razão não lhe assiste, visto que, o planejamento fiscal (elisão fiscal) é amparado pela doutrina e jurisprudência, tendo em vista que a conduta consiste na prática de ato ou celebração de negócio legalmente enquadrado na hipótese visada pelo responsável [ora recorrente] ou de modo indivíduo pelas pessoas jurídicas indicadas, importando em isenção, não incidência, ou incidência menos onerosa de tributos, PORTANTO. OS MEIOS E CONDUTAS SÃO TOTALMENTE LÍCITOS. "NÃO HAVENDO FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS OU A FALSIDADE IDEOLÓGICA". (...)

52. Por outro giro verbal, como não há falar no âmbito do direito tributário, uma definição legal de grupo econômico, a disciplina jurídica existente limita-se ao art. 494, da IN RFB nº 971/09, que prescreve: "quando duas ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica" estaria configurado o grupo. (...)

57. Como vemos, a existência de mais de uma pessoa jurídica sujeita a um mesmo comando, mesmo com sócios distintos. NÃO INDICA O INTERESSE COMUM EM TODAS AS ATIVIDADES DE UM GRUPO ECONÔMICO.

58. Ademais, deve-se interpretar o art. 124, inc. I, do CTN, no sentido de que o interesse comum prescrito na norma seria o interesse jurídico, "que surge a partir da existência de direitos e deveres comuns entre pessoas situadas do mesmo lado de uma relação jurídica privada que constitua o fato jurídico tributário, NÃO O MERO INTERESSE DE FATO (NEDER, Marcos Vinícius. Solidariedade de direito e de fato - reflexões acerca de seu conceito. (...)

61. Assim, resta demonstrado que não há falar em grupo econômico entre as pessoas jurídicas elencadas, restando tão somente aos Doutos Conselheiros Julgadores, declarar a inexistência da relação obrigacional jurídico-tributária entre a Recorrente e a SRFB, cuja procedimentalidade fiscal padece de vícios insanáveis. (...)

3.3 DO EFEITO CONFISCATÓRIO DA MULTA COMINADA

63. Nas notificações fiscais de lançamento de débitos, a zelosa fiscalização cominou ilegalmente uma pesada multa pelo pretenso incumprimento das obrigações tributárias.

64. TEM, POIS, A SANÇÃO TRIBUTÁRIA, ESSA FINALIDADE, MAS SÓ ESSA. A MULTA FISCAL NÃO PODE SER UTILIZADA COM INTUITO ARRECADATÓRIO. VALENDO-SE COMO TRIBUTO DISFARÇADO.

67. Demonstrada a inequívoca lisura do procedimento adotado pela Recorrente, requer-se, a plena desconstituição da multa atribuída, eis que não se vislumbra caracterizada qualquer infração cometida. (...)

72. Mesmo que assim não se entenda, a multa cominada, ainda que prevista em legislação específica, tal como no presente caso, assume o caráter nitidamente confiscatório, conclusão que se chega pela análise da Jurisprudência e Doutrina, desrespeitando o PRINCÍPIO DO NÃO-CONFISCO. previsto na Constituição Federal.

3.4 DA FISCALIZAÇÃO ORIENTADORA

73. Nos casos em que o contribuinte for enquadrado na condição de Micro Empresa ou Empresa de Pequeno Porte para os efeitos de aplicação da Lei Complementar 123/06, cabe destacar que a referida lei prevê, em seu art. 55, *caput*, que a fiscalização deve ser prioritariamente orientadora, determinando inclusive, nos parágrafos primeiro e quinto, o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração nos casos de descumprimento de obrigação acessória. (...)

77. Outrossim, a LC 155/16, ao acrescentar o § 3º ao artigo 34 da LC 123/06, inovou positivamente ao ensejar que as administrações tributárias utilizem procedimento de NOTIFICAÇÃO PRÉVIA VISANDO À AUTO REGULARIZAÇÃO DAS EMPRESAS, não constituindo início de procedimento fiscal.

78. Posto isso, é possível realizar procedimentos orientadores ensejando a correção de equívocos e o pagamento de diferenças devidas antes de se dar início à ação fiscal individual contra as empresas. Isso aproxima a fiscalização tributária dos empreendedores e melhora o relacionamento entre ambos.

3.5. DOS VALORES REDUZIDOS DE PENALIDADES ÀS MPE

79. Além da questão da vedação ao confisco (CF, art. 150, inc. IV), caso a empresa seja optante pelo Simples Nacional poderá pleitear também a redução de 50% do valor da multa com base no art. 38-B, inc. II, da Lei Complementar nº 123/2006, que determina essa redução das multas aplicadas em razão de falta de prestação ou à INCORREÇÃO NO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS sempre que a legislação que estabelece a obrigação não prever valores específicos e mais favoráveis às empresas optantes pelo Simples.

80. Diante do exposto, como a Lei 8.212/91 não prevê qualquer penalidade reduzida para as empresas optantes pelo Simples Nacional, há de se contestar e requerer também a redução com base na Lei Complementar.

3.6. DA CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO

(...) 84. Posto isso, pelos motivos apresentados, requer a concessão do efeito suspensivo até a decisão final, plasmado no art. 151, inc. III, do CTN, visando garantir a regularidade da sociedade unipessoal, para todos os fins, mantendo-a no tratamento jurídico diferenciado e favorecido do Simples Nacional, previsto na Constituição Federal, art. 179 c/c a Lei Complementar 123/2006, com data retroativa desde 01.01.2014, até decisão final.

3.7 - DA PRODUÇÃO DE PROVAS

85. Conforme se observa nos documentos que ora foram juntados na fase inicial e na impugnação administrativa, não há falar em débitos de natureza obrigacional relativa às contribuições previdenciárias e a terceiros, tendo em vista que as pessoas jurídicas elencadas não caracteriza grupo econômico (...)

86. Por essas e outras razões e diante da certeza que NÃO praticou o fato jurígeno tributário, nem qualquer conduta penal/tributária, não há falar em cobrança do crédito tributário em face da Recorrente, portanto, não há dívida líquida, certa e exigível, devendo extinguir os débitos atacados e, por conseguinte, a relação obrigacional jurídica-tributária entre a Recorrente e a Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Por fim, a Recorrente requereu:

IV - DOS PEDIDOS

87. Diante das razões expostas requer-se a total procedência dos pedidos formulados no presente Recurso Voluntário, reformando-se a decisão administrativa recorrida para o fim de anular o lançamento impugnado e declarar-se extinto o crédito tributário, nos termos do artigo 156, IX, do Código Tributário Nacional, bem como qualquer responsabilidade civil e penal/tributária por parte dos sócios administradores [Súmula 430 do STJ c/c o art. 1.024, 1.025 do CC), pelas razões exaustivamente expostas, mantendo a r. Decisão da 5ª Turma da TRJ/JFA, no tocante a exclusão do sócio LUCAS SILVA CARVALHO da responsabilidade solidária.

88. Que reconheça o efeito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário, enquanto perdure a fase litigiosa do procedimento fiscal, plasmado no art. 151, inc. III, do CTN, visando garantir a regularidade da empresa, para todos os fins, mantendo-a no tratamento jurídico diferenciado e favorecido do Simples Nacional, previsto na Constituição Federal, art. 179 c/c a Lei Complementar 123/2006, com data retroativa desde 01.01.2014.

É o relatório.

Voto

Conselheira Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Relatora.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento.

Delimitação da Lide

Consoante já relatado o presente processo versa acerca de lançamento para exigência das contribuições da empresa para custeio das outras entidades e fundos, no caso, SENAC, SESC, INCRA, SALÁRIO-EDUCAÇÃO; SEBRAE no montante de R\$13.993,28,18, com fixação da multa de ofício qualificada no percentual de 150%, decorrente da Recorrente do Simples Nacional (nos termos do processo 10580.724207/2018-81), em razão da ocorrência de situações excludentes.

Outrossim, foi arrolado como solidário o sócio gerente LUCAS SILVA CARVALHO; CPF 015.998.705-92, pela prática da conduta de excesso de poderes, infração de Lei, contrato social ou estatuto prevista no art. 135 do CTN

Porém, na decisão de piso assim restou decidido:

Em preliminar, esclareço que no presente processo não cabe a imputação do sócio administrador como responsável solidário por força do disposto no §2º do art. 151 da Instrução Normativa 971 de 13/11/2009, que "*dispõe sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais destinadas à Previdência Social e as destinadas a outras entidades ou fundos, administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB)*".

Art. 151. São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação previdenciária principal e as expressamente designadas por lei como tal.

§ 1º A solidariedade prevista no caput não comporta benefício de ordem.

§ 2º Excluem-se da responsabilidade solidária:

I - as contribuições destinadas a outras entidades ou fundos; (grifei)

Desta feita, restou excluída a responsabilidade solidária as contribuições destinadas a outras entidades ou fundos, restringindo-se o litígio à Recorrente.

Preliminarmente

Consoante já mencionado, trata-se de em auto de infração em decorrência do descumprimento da obrigação principal de recolhimento de contribuições devidas a outras entidades e fundos (terceiros) nas competências 01/2014 a 03/2015. O acórdão de piso manteve a autuação em sua integralidade para a Recorrente

Por sua vez, a Recorrente, em sua peça recursal, a questão da nulidade da decisão de primeira instância em razão de ofensa aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, verdade real, moralidade, ampla defesa, segurança jurídica e interesse público. A Recorrente, ainda, que a falta de apreciação de argumentos expendidos na peça impugnatória, acarreta a nulidade da decisão recorrida em razão, ainda, de não ter violado os dispositivos apontados e tão pouco praticado as condutas que lhe foram atribuídas, já que no seu caso não existe grupo econômico e por fim, que a conclusão da fiscalização está baseada em presunções.

Contudo, entendo não assistir razão à Recorrente, não havendo nulidade nem do Auto de Infração e tampouco da decisão proferida pela DRJ. Explique-se.

O lançamento foi efetuado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. Assim, demonstrou-se pertinente a lavratura do auto de infração, estando o mesmo em perfeita consonância com a legislação de regência da matéria.

Ademais, no caso dos autos, restou perfeitamente esclarecido na Representação Fiscal que os benefícios da sistemática simplificada de tributação estão em desacordo com a legislação, em face da concretização da apuração de receita bruta superior ao limite máximo permitido e formação de grupo econômico de fato. E uma vez excluído do Simples Nacional, correta se demonstra a autuação em questão.

Em tempo, o enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foi regularmente analisado pela autoridade de primeira instância (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 6º da Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

Por outro lado, no tocante à decisão de primeira instância, em meu sentir, há motivação de forma explícita, clara e congruente, inclusive com base no princípio da persuasão racional previsto no art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972. A Recorrente foi regularmente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

Outrossim, as garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos. Ademais os atos administrativos estão motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos.

Portanto, ao contrário do que alega a Recorrente o procedimento fiscal do qual resultou a exclusão não acarretou ofensa ao devido processo legal, ao contraditório ou à ampla defesa, bem como a qualquer um dos princípios mencionados em sede recursal.

Desta feita, as autoridade fiscais e julgadoras agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

Ainda sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão em Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n.º 791292/PE, que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, de acordo com o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015:

O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Neste sentido, devem ser enfrentados “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489 do Código de Processo Civil). Por conseguinte, o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Assim, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

Constata-se, pois, que as formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. A proposição afirmada pela Recorrente, desse modo, não pode ser ratificada.

Neste cenário, a decisão de piso não merece reforma e deve ser mantida. Assim, não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, adota-se a trecho da decisão recorrida (§ 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 – RICARF) em complemento ao que já foi dito por mim neste voto:

“(…)

Pelos termos da peça de contestação acima relatada, a empresa diz estar o processo eivado de vício de nulidade, alega cerceamento de defesa porque a autoridade fiscal omitiu a fundamentação legal em que baseou a imposição tributária, bem como omitiu a descrição da matéria tributável, impedindo o direito de discutir a legalidade da exação, aduz que não violou os dispositivos apontados, tão pouco praticou as condutas que lhe foram atribuídas e que no seu caso não existe grupo econômico e por fim, que a conclusão da fiscalização está baseada em presunções.

Acerca da nulidade estatuem os arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 1972, in verbis:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(…)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.”

Como se vê, as hipóteses legais de nulidade que constam do art. 59 do Decreto nº 70.235/1972 não se afiguram no presente processo, pois os atos e termos foram lavrados por pessoa competente, dentro da estrita legalidade e garantido o mais absoluto direito de defesa, ante a perfeita descrição dos fatos e enquadramento legal específico e a abertura de prazo legal de impugnação.

Além do mais, no presente caso, a interessada demonstrou, mediante as razões de impugnação ofertada, ter compreendido claramente os motivos da autuação, não havendo de se cogitar do cerceamento do direito de defesa. Pôde se defender plenamente dos fatos trazidas pela autoridade fiscal, não comportando falar em vício que lhe teria prejudicado a defesa.

Descabe, por conseguinte, a alegação de nulidade quando não existirem atos insanáveis e quando a autoridade autuante observou os devidos procedimentos fiscais, previstos na legislação tributária, nos termos do art. 142 do CTN.

Segundo a melhor doutrina processualística, em atenção ao princípio da instrumentalidade das formas, não cabe declarar nulidade sem que a parte demonstre o efetivo prejuízo sofrido. A reclamação de que o defeito vicia, macula e dificulta todo e qualquer procedimento no sentido de verificar a legalidade do procedimento e a regularidade da exclusão, é totalmente vazia de conteúdo, uma vez que a impugnante sequer cogita de apontar em que medida se sentiu prejudicada em sua defesa.

Destarte, ao contrário do que alega o sujeito passivo, o procedimento fiscal do qual resultou a exclusão e em consequência a cobrança da contribuição previdenciária não acarretou ofensa ao devido processo legal, ao contraditório ou à ampla defesa.

Registre-se que a alegação contrária ao lançamento fiscal, sem prova inequívoca não é suficiente para desconstituir o feito fiscal, cabendo ao contribuinte o ônus de provar suas alegações, conforme preceitua a Lei 9.784/1999:

Art. 36. *Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.*

No caso dos autos, restou perfeitamente esclarecido no Relatório Fiscal que os benefícios da sistemática simplificada de tributação estão em desacordo com a legislação, em face da concretização da apuração de prestação de serviço de cessão de mão, de receita bruta superior ao limite máximo permitido e formação de grupo econômico.

Contestando a alegação de que a desconsideração das relações empresariais foi baseada em presunção, conjecturas e conclusões subjetivas da autoridade lançadora, cabe recorrer aos ensinamentos de Maria Rita Ferragut sobre presunções (Presunções no Direito Tributário, São Paulo: Dialética, 2001, p. 91):

A Administração tem o dever-poder de cumprir certas finalidades, sendo-lhe obrigatória essa tarefa para a realização do interesse da coletividade, indicado na Constituição e nas leis. Consequência dessa premissa é a indisponibilidade do interesse público.

A utilização das presunções para a instituição de tributos é uma forma de atender ao interesse público, já que essas regras são passíveis de evitar que atos que importem evasões fiscais deixem de provocar as consequências jurídicas que lhe seriam próprias não fosse o ilícito. É, nesse sentido, instrumento que o direito coloca à disposição da fiscalização, para que obrigações tributárias não deixem de ser instauradas em virtude da prática de atos ilícitos pelo contribuinte, tendentes a acobertar a ocorrência do fato típico.

Por isso, ainda que a prova direta deva ser privilegiada, a indireta pode e deve ser sempre produzida (desde que, insistimos, corretamente) para garantir-se a preservação de interesses públicos relevantes, tais como a arrecadação de tributos. Sendo indisponível o interesse perseguido de ofício pela Administração, a supremacia do interesse público sobre o do particular conduz à busca da verdade material, que muitas vezes só pode ser alcançada mediante o emprego de presunções.

Portanto, o interesse público está acima do interesse particular e nessa direção atuou corretamente a Auditoria Fiscal, como agente da Administração.

Dentro dessa perspectiva, o objeto da tributação será o negócio jurídico causal, e não necessariamente o negócio jurídico formal, principalmente quando a forma adotada não reflete a causa de sua utilização. E isso está consignado expressamente no art. 118 do Código Tributário Nacional, que dispõe o seguinte:

Art. 118 - A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

Por fim, alega, ainda, o Recorrente nulidade do lançamento por inobservância à legislação, em especial ao art. 55, § 1º da Lei Complementar nº 123, de 2006, que trata da fiscalização orientadora para microempresas e empresas de pequeno porte, e estabelece o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração.

Para melhor compreensão, segue trecho do texto legal em comento.

Art.55. A fiscalização, no que se refere aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança, de relações de consumo e de uso e ocupação do solo das microempresas e das empresas de pequeno porte, deverá ser prioritariamente orientadora quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento.(Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016)

§ 1º Será observado o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização. (Grifo nosso)

§ 2º (VETADO).

§ 3º Os órgãos e entidades competentes definirão, em 12 (doze) meses, as atividades e situações cujo grau de risco seja considerado alto, as quais não se sujeitarão ao disposto neste artigo.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica ao processo administrativo fiscal relativo a tributos, que se dará na forma dos arts. 39 e 40 desta Lei Complementar.

§ 5º O disposto no § 1º aplica-se à lavratura de multa pelo descumprimento de obrigações acessórias relativas às matérias do **caput**, inclusive quando previsto seu cumprimento de forma unificada com matéria de outra natureza, exceto a trabalhista.

Porém, a Recorrente equivoca-se também nesta alegação.

Veja que o *caput* do dispositivo remete à fiscalização em relação a aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança e de uso e ocupação do solo. E, ainda de acordo com o § 4º, este não se aplica ao processo administrativo fiscal relativo a tributos e, no que concerne a obrigações acessórias, o § 5º estabelece que o critério de dupla visita aplica-se à lavratura de multa por seu descumprimento quando relativa às matérias previstas no *caput* do dispositivo, ou seja, matérias que envolvam aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança, de relações de consumo e de uso e ocupação do solo.

Em suma, considerando que o lançamento que aqui se discute foi efetuado observando os estritos termos previstos da Lei nº 8.212, de 1991, não se enquadra na hipótese do art. 55, § 1º da Lei Complementar nº 123, de 2006 por não que exigir a observância o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração. Neste preciso sentido foi o Acórdão nº 2003-002.310, proferido da 2ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária (Sessão de 23 de junho de 2020). Reproduzo parte da ementa da decisão:

“(…) INTIMAÇÃO PRÉVIA AO LANÇAMENTO. DESNECESSIDADE. SÚMULA CARF nº 46.

O contribuinte deve cumprir a obrigação acessória de entregar a GFIP no prazo legal sob pena de aplicação da multa prevista na legislação.

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

Desta forma, rejeita-se as preliminares de nulidade ante a não caracterização de qualquer das hipóteses de nulidade previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal, procedente é o lançamento. Assim, rejeita-se as preliminares de nulidade.

No mérito

Nos termos sobejamente demonstrados, estes autos versam acerca da cobrança das contribuições da empresa para o custeio das outras entidades e fundos e decorreu da emissão do Ato Declaratório de exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/01/2014, em razão da ocorrência de situações excludentes, quais sejam: falta de comunicação de exclusão obrigatória, excesso do limite legal de receita bruta com fundamentação e efeitos previstos na Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 3º, § 4º, III, e § 6º e 29 inciso I, nos termos do processo 10580.724207/2018-81.

Referido processo (10580.724207/2018-81) foi julgado nesta mesma sessão e este colegiado entendeu pela manutenção da exclusão da Recorrente do Simples Nacional em razão da comprovação, em conformidade com os elementos que instruem os autos da existência de grupo econômico de fato entre a Foi verificada a existência de grupo econômico DE FATO formado pela Recorrente e as empresas LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL, CNPJ 97.535.594/0001-77, e NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA, CNPJ 15.138.216/0001-95, com atuação conjunta, e, por conseguinte, acarretando a apuração de receita bruta global em montante superior ao limite máximo permitido pela LC nº 123/2006. Ademais, restou ainda comprovada a prática de atividade impeditiva à permanência no Simples Nacional, qual seja, a cessão de mão de obra.

Assim sendo, em virtude da exclusão do Simples Nacional, o sujeito passivo fica obrigado ao recolhimento das contribuições previdenciárias previstas na Lei nº 8.212/91, art. 22, I, II e III, incidentes sobre as remunerações dos empregados e contribuintes individuais.

Portanto, com fulcro nas disposições do art. 32, *caput*, da LC nº 123/2006, correta está a constituição o crédito tributário das contribuições sociais devidas em virtude da exclusão do regime do Simples Nacional por meio de lavratura de autos de infração, *in verbis*:

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.

Vale lembrar que a Súmula nº 77 do CARF prevê 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.

Logo, o lançamento deve ser mantido referente às contribuições devidas a outras entidades e fundos (terceiros) nas competências 01/2014 a 03/2015, no valor de R\$ 13.993,28, conforme auto de infração às e-fls. 02 e seguintes.

Por outro lado, nos termos do AI em discussão, houve a aplicação da multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento). Tal multa foi qualificada perfazendo um total de 150% incidente sobre o valor original do débito apurado, em virtude das condutas dolosas do sujeito passivo de suprimir/ocultar contribuições previdenciárias e de terceiros e de emprego de meio fraudulento envolvendo planejamento tributário abusivo e interposição de pessoa, atuando em fraude ao Fisco.

A decisão de primeira instância manteve a qualificação da multa de ofício, nos seguintes termos:

“Sobre a qualificação da multa tem-se que qualquer circunstância que autorize a qualificação da multa de lançamento de ofício de 75%, prevista como regra geral, para o percentual de 150%, deverá ser minuciosamente justificada e comprovada nos autos. Procedimento este demonstrado pela fiscalização à vista da conduta da empresa, que leva à conclusão de que o contribuinte agiu com evidente intuito de fraude.

Desta forma, se a fiscalização demonstrou, nos autos, que a ação do contribuinte teve o propósito deliberado de impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, utilizando-se de recursos que caracterizam evidente intuito de fraude, cabível, portanto, aplicação da multa qualificada.

Assim, em consonância com a fiscalização considero presente nos autos, todos os elementos necessários comprovando a consciência da conduta, a consciência do resultado, a consciência do nexos causal entre a conduta e o resultado, e a vontade de atuar no sentido de provocar o resultado infringente das normas jurídico-tributárias.

Em meu sentir, a decisão de piso não merece reforma visto comprovado está que os sujeitos passivos, incluindo a Recorrente, agiram com dolo, intencionalmente, de forma fraudulenta, visando impedir o conhecimento da exigência tributária pela autoridade fiscal. O objetivo precípua foi suprimir as contribuições previdenciárias e de outras entidades e fundos (terceiros). Neste sentido, adoto a fundamentação constante do Relatório Fiscal (e-fls. 55 e seguintes), cujo trecho segue transcrito:

“(…)

DA MULTA QUALIFICADA

78. As contribuições previdenciárias e de terceiros foram lançadas com aplicação da multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento), na forma prevista no artigo 35-A da Lei nº 8.212/91, acrescentado pela Lei nº 11.941, de 27/05/2009.

79. A multa de ofício de 75%, aplicada às contribuições das competências 01/2014 a 12/2015, inclusive 13º salário, conforme mencionado no item anterior, foi qualificada (multa duplicada), perfazendo um total de 150% (cento e cinquenta por cento) incidente sobre o valor original do débito apurado, em virtude das condutas dolosas do sujeito passivo de suprimir/ocultar contribuições previdenciárias e de terceiros e de emprego de meio fraudulento envolvendo planejamento tributário abusivo e interposição de pessoa, atuando em fraude ao Fisco.

80. Conforme já mencionado, duas empresas do grupo econômico (LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL e NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA) desenvolveram atividades vedadas aos optantes do SIMPLES nos anos 2014 e 2015 e não realizaram a comunicação obrigatória das situações excludentes à RFB, e o grupo econômico, inclusive a empresa L&A CONTABILIDADE LTDA, continuou a beneficiar-se indevidamente do regime simplificado de recolhimento de tributos e contribuições nesses Exercícios.

81. As empresas LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL e NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA deixaram de declarar em GFIP as contribuições previdenciárias devidas pelo empregador (empresa 20% e GILRAT) mesmo tendo ciência da obrigatoriedade de declaração em virtude do enquadramento de parte das atividades exercidas no Anexo IV da LC nº 123/2006 (serviços de limpeza e serviços de vigilância), situações anteriores à exclusão de ofício;

81.1. Ainda que o contribuinte sofra retenções ele tem a obrigação legal de declarar as contribuições devidas tendo em vista o enquadramento no Anexo IV. A falta de declaração impediu o conhecimento de possíveis divergências, em especial porque o contribuinte não recolheu as contribuições dos segurados mas fez apropriações com as retenções. Assim, o fato de existirem retenções não exclui a intenção dolosa;

81.2. A falta de declaração das contribuições devidas pelo contribuinte enquadrado no regime de recolhimento do Anexo IV da LC nº 123/2006 e manutenção dos saldos no campo “Valor a compensar”, a princípio, poderia indicar erro de procedimento como também a intenção de impedir o cálculo, o conhecimento e a cobrança de diferenças devidas a recolher;

81.2.1. Porém, no presente caso, na primeira oportunidade de beneficiar-se do suposto crédito o sujeito passivo NOTUS GESTÃO o fez, através de compensações iniciadas a partir do momento em que passou a declarar as contribuições previdenciárias em decorrência da comunicação obrigatória de exclusão, a partir de 01/01/2016, por excesso de receita bruta individual no AC 2015, evidenciando a intenção de obter benefício indevido. As compensações foram efetuadas nas GFIPs das competências 08/2016 a 04/2017;

81.3. Ressalta-se que as empresas LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL e NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA seguiram sempre o mesmo procedimento coordenado, indicando a unicidade de gestão: declaração do código “2- optante” em GFIP e, em consequência, falta de declaração das contribuições patronal/SAT; não recolhimento direto de contribuições dos segurados mas compensações com as retenções declaradas; sobras de retenções informadas no campo “valor a compensar”; exclusão do SIMPLES a partir de 01/01/2016 por excesso de receita bruta no ano 2015; e, finalmente, compensações das sobras de retenções com as contribuições declaradas em competências dos anos 2016, 2017 ou 2018, após exclusão do SIMPLES.

82. Visando descaracterizar uma situação de exclusão por excesso de receita global das três empresas com sócios comuns no AC 2014, de forma a permitir que continuassem gozando dos benefícios do regime tributário simplificado, houve simulações de retiradas dos sócios dos quadros de duas delas e interposição de pessoa. Os sujeitos passivos agiram em fraude à LC nº 123/2006, desconsiderando os impedimentos à opção nela previstos, visando benefício fiscal indevido.

82.1. A alteração contratual que formalizou a suposta retirada dos sócios do quadro da empresa NOTUS GESTÃO foi registrado na JUCEB em 09/03/2015, porém ela foi assinada com data retroativa de 13/08/2014 de forma a fazer constar data anterior à de ocorrência da situação excludente por excesso de receita bruta global;

82.2. Observa-se que ao longo do ano 2015 a empresa NOTUS teve um crescimento considerável da receita bruta com a execução de bons contratos, notadamente com o tomador IGH/Instituto de Gestão e Humanização, tornando-se necessária e conveniente a saída do SIMPLES pela manutenção dos contratos, o que ocorreu a partir de 01/01/2016. A receita bruta declarada passou de R\$ 1.520.990,47, no ano 2014, a R\$ 3.694.115,27, em 2015;

82.2.1. Ressalta-se que a empresa registrou sucessivos aumentos de capital, de R\$ 200.000,00 para R\$ 500.000,00, em 10/08/15, e para 1.500.000,00, em 12/07/16, certamente para atender condições contratuais;

82.3. Situação idêntica ocorreu com a empresa LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL, com retirada dos mesmos sócios do seu quadro em 19/05/2015, também com contratos com o IGH e exclusão do SIMPLES a partir de 01/01/2016.

A receita bruta declarada passou de R\$ 785.525,44, no ano 2014, a R\$ 3.806.622,50, em 2015;

82.4. Por outro lado, foi possível ainda manter uma das empresas no SIMPLES Nacional, a L&A CONTABILIDADE LTDA, de forma que o grupo continuou a gozar dos benefícios do regime simplificado, porém indevidamente. Os contratos do IGH com a empresa têm valores menores, a receita bruta individual não excedeu o limite legal e os sócios Lucas Carvalho e Alexandro Carvalho, ambos contadores, permanecem no quadro formalmente. A receita bruta declarada passou de R\$ 1.323.875,63, no ano 2014, a R\$ 1.890.972,67, em 2015;

82.5. O atual titular da NOTUS GESTÃO EIRELI, também administrador segundo atos constitutivos, que passou a constar no contrato a partir das retiradas dos verdadeiros sócios, demonstrou total desconhecimento das atividades empresariais, conforme será abordado em título específico. Assim, ele figura formalmente como administrador mas a administração, efetivamente, é exercida por outrem.

83. A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), art. 166, VI, determina a nulidade do negócio jurídico que tiver por objetivo fraudar lei. Já o art. 167 dispõe sobre o negócio jurídico simulado.

84. Quando o sujeito passivo impedido permanece no regime tributário do SIMPLES deixa de declarar e recolher contribuições previdenciárias e de terceiros, agindo em fraude ao Fisco. Sem a atuação da Autoridade Tributária através do presente procedimento fiscal não haveria conhecimento do crédito tributário que, inclusive, correria risco de decadência já a partir de 02/2019.

85. Os fatos narrados ao longo do relatório fiscal revelam as condutas dolosas dos sujeitos passivos e dos sócios/titulares das empresas e evidenciam o perfeito enquadramento nos dispositivos das Leis nº 9.430/96 e 4.502/64, a respeito de sonegação, fraude e conluio:

Lei nº 9.430/1996:

...

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.

Lei nº 4.502/1964:

...

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.

86. Os sujeitos passivos agiram com dolo, intencionalmente, de forma fraudulenta, visando impedir o conhecimento da exigência tributária pela autoridade fiscal. O objetivo precípuo foi suprimir as contribuições previdenciárias e de outras entidades e fundos (terceiros).

87. Os valores da multa qualificada estão discriminados nos DEMONSTRATIVOS DE MULTA E JUROS DE MORA dos autos de infração, em cada competência.

Tem-se, então, que a qualificação da penalidade se sustenta legal e materialmente, pois está objetivamente caracterizada intenção dolosa de sonegação, fraude ou simulação por parte da pessoa jurídica.

Concernente, à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional).

No tocante, ao alegado caráter confiscatório da multa e aplicação dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, tendo em vista o art. 26-A do Dec. 70.235/72 e a Súmula n.º 2 do CARF, não pode este Conselho se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei, não cabendo a mim, assim, proceder a análise de tais pontos.

Ante o exposto, oriento meu voto no sentido de rejeitar as preliminares e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário sob análise, mantendo a decisão recorrida.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça