



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10640.720400/2012-03
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2403-002.329 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de novembro de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente STAR SEGUR ENGENHARIA LTDA-ME E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

MULTA. QUALIFICAÇÃO.

Nos lançamentos de ofício para constituição de diferenças de tributos devidos, não pagos e não declarados, via de regra, é aplicada a multa proporcional de 75%, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei 9.430/1996. A qualificação da multa para o percentual de 150% depende não só da intenção do agente, como também da prova fiscal da ocorrência da fraude ou do evidente intuito desta, caracterizada pela prática de ação ou omissão dolosa com esse fim. Quando há adequada contabilização das operações do contribuinte, e a respectiva demonstração de todos os lançamentos contábeis relacionados à suposta infração, que são colocados à disposição do Fisco, por meio de disponibilização dos livros e registros contábeis do contribuinte, que contêm tais informações.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário da solidária Cintia Furtado Barreiros, face de sua intempestividade. Por unanimidade de votos, em conhecer do recurso voluntário interposto por Josemar da Silva, para dar provimento parcial ao recurso, para determinar a inaplicabilidade da qualificação da multa por sonegação, fraude ou conluio, mantendo a agravamento por não atendimento da fiscalização no percentual de 50% incidente sobre o patamar de 75%, resultando no percentual de 112,5%.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Marcelo Magalhães Peixoto - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Jhonatas Ribeiro da Silva, Marcelo Freitas de Souza Costa, Ivacir Júlio de Souza, Marcelo Magalhães Peixoto e Paulo Maurício Pinheiro Monteiro.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário, fls. 1159/1168, interposto em face do Acórdão 09-41.864 da DRJ/JFA, que julgou improcedente a impugnação apresentada, para manter o crédito tributário constituído no DEBCAD 51.005.153-7 – Patronal, fl. 02, no importe de R\$ 12.926.115,95 (doze milhões novecentos e vinte e seis mil cento e quinze reais e noventa e cinco centavos) e no DEBCAD 51.005.154-5 – Terceiros, fl. 891, no valor de R\$ 3.599.230,68 (três milhões quinhentos e noventa e nove mil duzentos e trinta reais e sessenta e oito centavos).

Segundo o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, a empresa informou nas GFIPs, ser optante pelo SIMPLES, quando, na verdade, não poderia ser considerada como enquadrada no regime simplificado, por exercer atividade vedada à opção, conforme o disposto no inciso XII do artigo 17 da LC n. 123/2006, qual seja, cessão ou locação de mão-de-obra.

Para tanto, foi lavrado o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO CAT/DRF/JFA N. 003, de 03 de fevereiro de 2012, excluindo a empresa do SIMPLES, com efeitos desde 01/07/2007, fl. 213. Cumpre destacar que conforme informado pela DRJ, na fl. 1042, não houve manifestação de inconformidade por parte do sujeito passivo, tendo sido efetuada a intimação por intermédio de edital afixado em 15/02/2012, no saguão da Delegacia da Delegacia da Receita Federal em Juiz de Fora e desafixado em 02/04/2012.

A publicação pela via de edital se deu em razão de a empresa ter alterado por diversas vezes seu endereço, os quais não foram informados à Receita Federal do Brasil.

Além do lançamento dos valores não pagos a título de contribuições previdenciárias, parte patronal e terceiros, foi efetuada a glosa de Salário-Família e Salário-Maternidade, em razão de a empresa não ter apresentado provas.

Segundo o Relatório Fiscal, fls. 877/888:

4. DO FATO GERADOR:

Analisada a documentação as Contribuições Previdenciárias aqui autuadas e devidas pela Empresa, tiveram como FATO GERADOR:

4.1. OBRIGACAO PRINCIPAL (NAO INFORMADO EM GFIP)

4.1.1. SEGURADOS EMPREGADOS: A remuneração paga, devida ou creditada aos Segurados Empregados (categoria 1) informada em GFIP, nas competências de 01.2009 a 13.2010, mas não considerado como Fato Gerador de Contribuição Previdenciária por ter a Empresa informado OPCA OPELO SIMPLES no documento mencionado – vide QUADRO I – Salário de Contribuição; 4.1.2. SEGURADOS CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS: O pagamento e/ou credito de remuneração a Contribuinte Individual (categoria 11) informada em GFIP, nas competências de 06.2009 a 12.2010,

mas não considerado como Fato Gerador de Contribuição Previdenciária por ter a Empresa informado OPCA O PELO SIMPLES no documento mencionado – vide QUADRO I – Salário de Contribuição;

4.1.2. GLOSA DE SALARIO-FAMILIA e SALARIO MATERNIDADE: Toda documentação solicitada através do TPF e demais Termos não foi apresentada pela Empresa – inclusive toda aquela relativa ao Salário-Família e Salário-Maternidade, dando origem a glosa da referida dedução. A não apresentação da documentação solicitada deu origem ao Auto de Infração Debcad No 51.005.152-9 – Processo 10640-720.366/2012-69 – Período: 06.2009 a 12.2010;

NOTA: ATRAVES DO ATO DECLARATORIO EXECUTIVO

SACAT/DRF/JFA No 003, DE 03 DE FEVEREIRO DE 2012 – PROCESSO COMPROT No 10640.720.149/2012-79 – A EMPRESA FOI EXCLUIDA DO SIMPLES NACIONAL A PARTIR DE 1 DE JULHO DE 2.007– vide documento em anexo.

5. INFORMACOES PARA APURACAO DO DEBITO:

5.1. E no Discriminativo do Debito – DD - que informamos todas as características que compõem o levantamento, que e o conjunto de informações que serviram para apurar o debito de contribuição previdenciária devida pela Empresa. Na seqüência, discrimina, por estabelecimento, competência e levantamento, as bases de calculo, as rubricas, as alíquotas, os valores já recolhidos, confessados, autuados ou retidos, as deduções permitidas (salário-família, salário-maternidade e compensações), as diferenças existentes e o valor dos juros SELIC, da multa e do total cobrado.

Além dos fatos acima, o AFRFB, aplicou multa por lançamento de ofício no patamar de 75%, tendo qualificado-a para 150% por ter ocorrido em tese sonegação de contribuição previdenciária e posteriormente para 225% por ter havido sonegação de informações em GFIP, art. 44, parágrafo 1º e 2º da Lei n. 9.430/96.

DA IMPUGNAÇÃO

Em face da autuação fiscal, a empresa apresentou impugnação nas fls. 908/934 e o responsável solidário Josemar da Silva, também o fez, nas fls. 937/950.

DA DECISÃO DA DRJ

Em análise aos argumentos da então impugnante, a 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora/MG, julgou, na sessão de 04 de dezembro de 2012, o acórdão n. 09-41.864, fls. 1034/1046, pela improcedência da impugnação, mantendo o crédito lançado, em decisão que restou ementada da seguinte forma:

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS
PREVIDENCIÁRIAS.**

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

**TEMPESTIVIDADE, COMPETÊNCIA, SIMPLES NACIONAL.
EXCLUSÃO, SOLIDARIEDADE, PROVA DOCUMENTAL.**

Não se conhece da impugnação de sujeito passivo solidário apresentada a destempo.

A competência para instauração de ação fiscal é da unidade que circunscreciona o domicílio fiscal do sujeito passivo, mas os procedimentos de lançamento são válidos mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa.

A exclusão do Simples Nacional, por vedação decorrente de objeto social, efetivada de acordo com as normas procedimentais próprias, não prejudica o lançamento dela decorrente.

A sujeição passiva solidária decorre da determinação legal e deve ser assim aplicada, demonstrados os liames seus requisitos.

A possibilidade da apresentação de prova documental extemporânea deve ser demonstrada oportunamente à sua juntada.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Irresignado, o contribuinte solidário Josemar da Silva, interpôs Recurso Voluntário, fls. 1159/1168, alegando, em síntese, a ilegitimidade passiva do suposto sócio de fato, a tempestividade da impugnação, inexistência de sociedade de fato.

A sócia Cíntia Furtado Barreiros também recorreu, fls. 1076/1079, alegando que jamais participou ativamente da sociedade, que seu ingresso foi com 16 anos para poder trabalhar na empresa, tendo sido induzida em erro por alguém de nome Pablo.

A empresa STAR SEGUR ENGENHARIA, apesar de intimada, conforme fls. 1061/1067, não recorreu da decisão de primeira instância.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fls. 1080/1081, o Recurso Voluntário interposto por Josemar da Silva é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

Quanto ao Recurso Voluntário apresentado por Cintia Furtado Barreiros, este é intempestivo. A recorrente teve ciência do Acórdão de impugnação em 13 de fevereiro de 2013, fl. 1069, tendo protocolado o recurso apenas em 02 de abril de 2013, via postal, fl. 1074/1075, ultrapassando o prazo legal. Portanto, dele não tomo conhecimento.

DA NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Quanto a suposta alegação de nulidade de notificação no processo de representação para exclusão do SIMPLES, esta há de ser afastada.

Conforme já relatado acima, para exclusão da empresa do SIMPLES foi lavrado o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO CAT/DRF/JFA N. 003, de 03 de fevereiro de 2012, com efeitos desde 01/07/2007, fl. 213.

Conforme informado pela DRJ, na fl. 1042, não houve manifestação de inconformidade por parte do sujeito passivo nos autos do processo 10640.720149/2012-79, tendo sido efetuada a intimação por intermédio de edital afixado em 15/02/2012, no saguão da Delegacia da Delegacia da Receita Federal em Juiz de Fora e desafixado em 02/04/2012.

O processo de representação fiscal para exclusão da empresa do SIMPLES, foi numerado sob o n. 10640.720149/2012-79. O processo encontra-se sem movimentação, com as seguintes movimentações, conforme se percebe do sistema COMPROT:

27/4/2012	Movimentação	3	10412	SEC CONTROLE ACOMP TRIBUTARIO-DRF-JFA-MG	SEC TECNOLOGIA DA INFORMACAO-DRF-JFA-MG
25/1/2012	Movimentação	2	10035	SEC FISCALIZACAO-DRF- JUIZ DE FORA-MG	SEC CONTROLE ACOMP TRIBUTARIO-DRF-JFA-MG
24/1/2012	Primeira Distribuição	1	0	PROTOCOLO-DRF-JUIZ FORA-MG	SEC FISCALIZACAO-DRF-JUIZ DE FORA-MG

Diversas foram as tentativas da fiscalização para intimar a empresa acerca do Início do Procedimento Fiscal, para tanto, cita-se os seguintes documentos: a) TIAF, fls. 29/32, para o endereço informado pelo contribuinte, situado em Areal, onde não foi encontrada a empresa; b) O mesmo termo foi enviado para a “filial” em juiz de fora, fl. 33, recebido e sem resposta; c) Foram analisados os endereços do contribuinte a partir de suas alterações contratuais na JUCESP, conforme fls. 35/133; d) a fiscalização diligenciou perante a filial em juiz de fora e viu que ali era realizada a atividade da empresa, em Juiz de Fora, intimando a empresa através do Termo de Intimação I, fl. 134, sem resposta; e) A fiscalização reintimou o contribuinte através do Termo de Intimação II de fl. 137, também sem resposta; f) A DRF

lavrou edital de intimação da empresa, afixando-o em 16/08/2011 e desafixando-o em 31/08/2011, permanecendo-se a mesma situação; g) por fim, a DRF lavrou o Termo de Intimação III, fl 142, para intimação do contribuinte para apresentação de documentos assim como para ser cientificado de sua exclusão do SIMPLES e ante a ineficácia da intimação pessoal, a realizou via edital, constante na fl. 144.

O Decreto n. 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, determina que a intimação do contribuinte se dê por edital apenas na hipótese em que resultar improficuo um dos meios previstos nos incisos I e II do art. 23, *in verbis*

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - no endereço da administração tributária na internet; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Diversas foram as tentativas dos Auditores Fiscais de localizar a empresa para intimação acerca do Início do Procedimento Fiscal, bem como suas repercussões, no entanto, todas as tentativas foram frustradas.

Cabe ao contribuinte manter atualizado os seus dados perante os sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil, e não apenas alegar tê-lo feito em junta comercial. Nesse sentido, segue abaixo trecho de julgado deste conselho que bem externa o entendimento,

in verbis:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 17/12/2013 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 17/12

/2013 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 26/12/2013 por CARLOS ALBERTO MEES STR

INGARI

Impresso em 03/01/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Não há o que se falar em nulidade da intimação, quando ficou demonstrado nos autos que a intimação do contribuinte se deu por edital em razão da impossibilidade de citá-lo pessoalmente ou por via postal.

(...)(CARF. Processo 11030.001060/2003-60, Data da Sessão 16/08/2007, Relator(a): Nanci Gama; Nº Acórdão 303-34656)

Ante o exposto, não há que se falar em qualquer nulidade.

DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

O Sr. Josemar da Silva e a Sra. Cíntia Furtado Barreiros discorrem em sede de recurso acerca da tempestividade da impugnação por eles apresentada.

Quanto à este ponto, entendo que não merece correção o acórdão da Delegacia Regional de Julgamento, uma vez que, conforme documento apontado pelo relator, na fl. 868, os recorrentes foram cientificados do lançamento em 5/5/2012, por via postal, no endereço por ele indicado nas fls. 808/816, qual seja, Galeria dos Previdenciários, n. 18, Sala 304, Centro, CEP 36013-190, Juiz de Fora – MG, apresentando impugnação apenas em 8/6/2012, portanto, intempestiva.

DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO DE FATO

O recorrente Josemar da Silva, afirma que é parte ilegítima a figurar no pólo passivo da presente demanda, uma vez que ele não é sócio de fato da empresa, conforme quer a autoridade fiscal, que assim o enquadrrou, na forma do art. 124, I e do art. 135, II e III.

Afirma que jamais teve qualquer vínculo com a empresa investigada, que é na verdade apenas um prestador de serviços jurídicos à empresa, bem como que determinada Delegacia de Polícia Federal realizou em 17/11/2011 a operação *Trucatto*, culminando em medida cautelar de busca e apreensão de documentos, efetuada tanto na residência, quanto no escritório do requerido e também no imóvel locado onde a STAR SEGUR prestava serviços de tele-atendimento à própria Receita Federal. Tal fato traria o impedimento no exercício do direito de defesa.

Todos os fundamentos para caracterizar o Sr. Josemar da Silva como sócio de fato da empresa estão relacionados no Relatório Fiscal constante nas fls. 164/205, para tanto, arrola-se abaixo alguns trechos do documento fiscal que fundamentam sua conclusão:

- O referido JOSEMAR já foi diversas vezes fiscalizado por esta casa (tanto na parte fazendária, quanto na parte previdenciária; mesmo quando elas ainda não caminhavam juntas, antes de ocorrer a fusão dos fiscos). Conforme vários relatórios e outros documentos anexos, vê-se que o referido cidadão é mestre em abrir empresas de fachada, sempre representadas por interpostas pessoas conhecidas como “laranjas”. Um de seus ardis é a constante mudança de domicílio fiscal (das empresas, dos “laranjas” e dele mesmo), para dificultar a ação dos fiscos e outros órgãos, que constantemente estão em seu encalço; como Receita Federal, agora, fl. 168.

- Em uma fiscalização empreendida nesta delegacia, foi efetuado um RELATÓRIO FISCAL, lavrado em 03/06/2008, assinado pelos Auditores-Fiscais Alvano Carvalho Lemos, Rodolfo Meijas-Cortez Politano e Eduardo Batista de Oliveira. As autoridades produziram um longo relato sobre o Sr. Josemar e suas empresas encabeçadas por “laranjas”, dentre elas, a Star Segur, que ora fiscalizamos. Reproduzimos, *litteris*, o que foi abordado sobre a empresa em tela, fls. 168/170;

- Outra prova de que o Sr. JOSEMAR DA SILVA é a pessoa por trás de várias empresas é um julgamento da 2ª Vara do Trabalho de Juiz de Fora, processo 01421-2009-036-03-00-8, no qual a empresa fiscalizada foi ré. O Juiz do Trabalho Vander Zambeli Vale exarou sentença em 03/11/2010, condenando a empresa. Reproduzimos parcialmente, a seguir, a recomendação do magistrado ao final do documentos: (...), fls. 170/171;

A partir das alterações contratuais a auditoria analisou as entradas e saídas das pessoas dos quadros societários e todos estão ligados ao Sr. Josemar da Silva, conforme os seguintes trechos:

- Contrato Social - Célia Aparecida Scheffer: Nossos Comentários: sócia Célia Aparecida – Ela é apontada no relatório mencionado no item 4.1. como sendo interposta pessoa (laranja) em outras empresas ligadas a JOSEMAR DA SILVA. Esteve registrada na Star Segur como funcionária entre 03/03/2009 a 17/12/2009. Fl. 173;

- 1ª Alteração Contratual – Mudança de endereço para o mesmo de outras empresas ligadas a JOSEMAR DA SILVA;

- 2ª Alteração Contratual – Saída da Sócia Simone e entrada do Sr. Gilber da Silva, majoritário e com poderes para gerência. O Sr. Gilber é irmão do Sr. Josemar.

- 3ª Alteração Contratual – Entrada da Sra. Maria Alaídes de Oliveira Pereira, mãe do Sr. Josemar e do Sr. Gilber da Silva;

- 4ª Alteração Contratual – Saída do Sr. Gilber e da Sra. Maria Alaídes e entrada do Sr. Leandro Ferreira Rodrigues, ambos sem capacidade econômico financeira para integralizar o capital escriturado;

- 5ª Alteração Contratual – Houve apenas alteração do objeto, generalizando os serviços;

- 6ª Alteração Contratual – Saída do Sócio Leandro e ingresso do Sócio Gilson Estefani que não possui capacidade econômica financeira para tanto, bem como por ter seu CPF ligado ao Partido da Mobilização Nacional – PMN, o mesmo do Sr. Josemar da Silva, bem como por ser interposta pessoa em outras empresas ligadas ao Sr. Josemar da Silva;

- 7ª Alteração Contratual – saída do Sr. Gilson e entrada do Sr. José Cláudio Rodrigues, que é procurador do Sr. Josemar da Silva perante a RFB e candidato a vice-prefeito do município de Juiz de Fora na chapa do Sr. Josemar da Silva, além de ser sócio da empresa Viena indústria e Comércio Expor e Import de Grãos e Cereais Ltda; além disse ele, bem como o Sr. Josemar, ambos advogados, atuaram juntos numa representação formulada junto ao TCU para favorecer a Star Segur contra o Ibama;

- 8ª Alteração Contratual – mudança de um sócio, do capital e da gerência que passou a ser gerida pela nova sócia Cíntia Furtado Barreiros, que à época era menor de idade, o que caracterizaria o crime de corrupção de menores;

- 9ª Alteração Contratual – Saída da senhora Célia Aparecida e entrada da Sra. Janete Maria Pinto da Silva que é ex-esposa do Sr. Josemar da Silva e está fortemente ligada aos negócios do ex-marido;

- 10ª Alteração Contratual – a empresa muda de sede para São Paulo/SP, no entanto, apenas ficticiamente, uma vez que no endereço informado não funcionou a empresa, endereço este que seria usado sistematicamente pelo Sr. Josemar da Silva para que suas empresas fujam do Fisco em Juiz de Fora, o que se reforça pelo fato de os contratos celebrados pela empresa manterem o endereço de Juiz de Fora;
- 11ª Alteração Contratual – A empresa retorna a Juiz de Fora e o Sr. Leandro Pinto da Silva volta aos quadros como sócio gerente, que é filho do Sr. Josemar e que à época era menor de idade;
- 12ª Alteração Contratual – passa a integrar o quadro societário o Sr. Jeverson da Silva, irmão do Sr. Josemar da Silva, o qual não possui rendimentos nem patrimônio compatíveis com o aporte de capital;
- 13ª Alteração Contratual – Sem mudanças significativas; entrada de novo sócio majoritário que não declarou o fato à fiscalização;
- 14ª Alteração Contratual – Saída de dois sócios, permanecendo apenas Leandro Pinto da Silva e Simone Aparecida Coimbra; o capital foi aumentado em mais de seis milhões de reais e houve mudança fictícia da sede

Além das alterações contratuais, a fiscalização percebeu que todos os documentos eram autenticados e registrados no mesmo cartório, em um município não pertencente à Juiz de Fora, mas sim, no município de Belmiro Braga.

Em fiscalização anterior foram encontradas procurações em que as interpostas pessoas conferiam poderes especiais, inclusive representação das pessoas jurídicas junto às instituições financeiras às pessoas mais próximas do Sr. Josemar, inclusive, a ele, o que leva à conclusão de que o Sr. JOSEMAR DA SILVA e seus companheiros eram os donos dos empreendimentos.

Também verificaram que o proprietário do Imóvel em que funciona a Star Segur, está registrado em nome do Sr. Josemar da Silva, desde o ano de 1986, o qual o recorrente afirma ter sido seu escritório profissional a longa data e, atualmente, sido alugado à empresa.

Por todas as razões acima arroladas, conclui-se pela presença dos requisitos do art. 124, I e art. 135 do Código Tributário Nacional.

DA MULTA APLICADA

O fiscal aplicou a multa de 75% conforme o disposto no art. 35-A da Lei 8.212/91, em virtude da alteração advinda da Lei 11.941/09, em razão de o período fiscalizado ser posterior à sua entrada em vigor.

No entanto, não aplicou-a apenas de forma simples, agravando-a e qualificando-a, elevando-a ao patamar de 225%. O fiscal bem relata os motivos que o levaram a exasperar a multa, conforme o Relatório Fiscal, fls. 882/883, *in verbis*:

9.8.1 Multa Aplicada – Competências 01.2009 a 13/2010

9.8.1.1. Multa aplicada de 75% - A partir da competência 12/2008, pelas infrações de não recolher e de não declarar ou declarar com omissões/incorreções, a multa de ofício do Auto de Infração de Obrigação Principal é de 75% sobre o valor das contribuições devidas e não declaradas nem recolhidas.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 17/12/2013 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 17/12

/2013 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 26/12/2013 por CARLOS ALBERTO MEES STR
INGARI

Impresso em 03/01/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

9.8.1.2. A multa de ofício pode ser, ainda, agravada e qualificada com base no parágrafo 1º e 2º do art. 44 da Lei n. 9.430/96;

9.8.1.3. A Multa é agravada se o Sujeito Passivo deixar de atender intimação para prestar esclarecimentos, sem prejuízo, da emissão de Auto de Infração pelo descumprimento das obrigações acessórias. A Empresa – conforme vimos – deixou de apresentar todos os documentos solicitados nos TIPF e demais Termos – vide item 4.1.2;

9.8.1.4. Portanto, nas competências 01.2009 a 13.2010 a MULTA FOI AGRAVADA EM 50%;

9.8.1.5. Além da AGRAVADA a MULTA DE OFÍCIO foi, também, QUALIFICADA – de 75% para 150%, por ter ocorrido – em tese – SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, pelas seguintes razões:

9.8.1.5.1. A empresa, conforme, podemos constatar através da leitura do Relatório Fiscal que da suporte ao pedido de Exclusão de Ofício do Simples Nacional e do Relatório Fiscal para Troca de Domicílio Tributário – ambos em anexo, constitui-se por interpostas pessoas e quando do seu ingresso no Regime do Simples Nacional, esbarrava em vedação prevista no artigo 12 da Resolução CGSN n. 004, de 2007. Ocorre que o objetivo de fazer-se valer da opção pelo SIMPLES NACIONAL, mesmo sendo expressamente, vedada por Lei, era de “suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária”. Naqueles Relatórios Fiscais há uma longa descrição das artimanhas adotadas pela Empresa com o fim primeiro de escapar da Ação Fiscal. Existia, assim, uma ação deliberada de, ao declarar em GFIP sua opção pelo SIMPLES NACIONAL, reduzir a Contribuição Previdenciária Patronal, adotando tal prática como conduta reiterada para obtenção de êxito. Essa conduta está prevista no art. 337-A, III, do Código Penal: Constitui crime o fato de:

“Suprimir ou reduzir contribuição previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

...

III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias

9.8.1.5.2. Nas competências de 01.2009 a 05.2009 – constou na GFIP do Sujeito Passivo tão somente as remunerações dos segurados empregados Kelly Aparecida Rodrigues – NIT: 130968823-46 (de 01 a 04.2009) e Letícia Fernandes Reis Fonseca – NIT: 134862993-43 (em 05.2009). Todos os segurados relacionados no QUADRO II – AFERIÇÃO DO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO – em anexo – e que serviu como base para a constituição do crédito tributário que deu origem ao

processo COMPROT n. 10640-720.401/2012-40, foram omitidos na declaração prestada à Previdência Social (GFIP).

9.8.1.6 – A Multa foi, portanto, AGRAVADA e QUALIFICADA: 225% (art. 44, parágrafo 1º e 2º, da Lei n. 9.430/1996)

Quanto ao agravamento em 50% em razão do não atendimento das intimações para prestação de esclarecimentos, conforme o art. 44, parágrafo 1º e 2º da Lei 9.430/96, entendo que foi aplicado de maneira correta, conforme todas as intimações da empresa para prestação dos esclarecimentos necessários, as quais não foram atendidas, acima já expostas.

No entanto, não vislumbro a qualificação por sonegação de contribuição previdenciária. Para apuração do débito, a fiscalização examinou os atos de constituição e suas alterações, GFIPs e GPS, não houve sequer aferição indireta no presente caso.

Para tanto, necessário se faz trazer à colação os textos normativos que embasaram a majoração da alíquota da punição:

***Art. 44.** Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

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; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Abaixo seguem os artigos da Lei 4.502/64:

***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.*

A partir da análise do caso concreto, e dos fundamentos expedidos pelo fiscal, entendo que não lhe assiste razão. O erro ocorrido não é suficiente a dar causa à qualificação da multa com fundamento nos artigos 71 e seguintes da Lei 4.502/64, pelo só fato de a empresa ter informado que estava amparada pelo SIMPLES, quando na verdade sua atividade era vedada por se tratar de cessão de mão de obra.

Os fatos descritos mostram que o contribuinte agiu de forma transparente quanto a sua contabilidade e suas obrigações acessórias. A empresa foi constituída de fato e de direito, a contabilidade estava à disposição da fiscalização, os fatos geradores foram informados, a GFIP foi devidamente preenchida. O fato de o estar-se diante de um sócio de fato que realizou diversas mudanças de para beneficiar-se não está abarcado pelos dispositivos legais acima.

A Star Segur contratou com a administração pública, inclusive a RFB, exerceu o serviço e não se utilizou de outras empresas para impossibilitar sua responsabilidade ou mesmo, sequer, esvaziou seus cofres para eventual execução, ante as informações prestadas pela autoridade autuante.

Nesse sentido veja-se o que leciona a doutrina:

Não podemos ignorar, também, que existem situações impeditivas da qualificação da conduta fraudulenta do contribuinte. Ou seja, ainda que haja provas da fraude, existem contraprovas suficientes a descaracterizá-la. Vislumbramos esta situação quando há adequada contabilização das operações do contribuinte, e a respectiva demonstração de todos os lançamentos contábeis relacionados à suposta infração, que são colocados à disposição do Fisco, por meio de disponibilização dos livros e registros contábeis do contribuinte, que contêm tais informações. (DIAS, Karem Jureidini. A prova da Fraude. A prova no processo tributário. NEDER, Marcus Vinicius; SANTI, Eurico Marcos Diniz de. FERRAGUT, Maria Rita (Coord.). São Paulo: Dialética, 2010, p. 331.)

Nesse mesmo sentido é a jurisprudência deste Conselho:

(...)

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE. Nos lançamentos de ofício para constituição de diferenças de tributos devidos, não pagos e não declarados, via de regra, é aplicada a multa proporcional de 75%, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei 9.430/1996. A qualificação da multa para o percentual de 150% depende não só da intenção do agente, como também da prova fiscal da ocorrência da fraude ou do evidente intuito desta, caracterizada pela prática de ação ou omissão dolosa com esse fim. Na situação versada nos autos não houve dolo por parte do contribuinte, logo incabível a aplicação da multa qualificada.

(...)

(CARF. Primeira Seção. Processo 16561.000222/2008-72. Sessão de 21/10/2011. Relator(a) Antonio José Praga de Souza, Acórdão 1402-000.802)

(...)

SIMULAÇÃO E MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA - A simulação, por si só, não é causa autorizadora da aplicação da multa qualificada, nos termos do inciso II, do artigo 44, da Lei nº 9430, de 1996, para o qual é necessária a caracterização de sonegação, fraude ou conluio com a identificação de evidente intuito de fraude. O elemento doloso não está contido na caracterização da simulação, para efeitos penais-tributários. Preliminares rejeitadas. Recurso parcialmente provido. Primeiro Conselho de Contribuinte, Processo 11080.009150/2004-94, Sessão de 23/04/2008, Relatora Heloísa Guarita Souza, Acórdão 104-23129)

Abaixo segue caso bastante similar ao tratado nos autos, tendo o primeiro conselho de contribuintes entendido que não havia razão em manter a majoração da multa, *in verbis*.

(...)

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA - A multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, é aplicável nos casos em que fique caracterizado o evidente intuito de fraude, conforme definido pelos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964. A simples realização de contrato entre a empresa, da qual o contribuinte era sócio, e terceiro para a prestação de serviços de natureza pessoal, pelo sócio, ainda que com o propósito de se beneficiar de tributação mais favorecida, não caracteriza o evidente intuito de fraude.

(...)

(Primeiro Conselho de Contribuintes. Processo 10680.013122/2006-10. Sessão de 05/03/2008. Relator Pedro Paulo Pereira Barbosa. Acórdão 104-23042)

Portanto, não subsistem motivos para a qualificação da multa.

CONCLUSÃO

Do exposto, não conheço do recurso voluntário da solidária Cintia Furtado Barreiros, face sua intempestividade. Conheço do recurso voluntário interposto por Josemar da Silva, para **dar parcial provimento** ao recurso, a fim de determinar a inaplicabilidade da qualificação da multa por sonegação, fraude ou conluio.

Marcelo Magalhães Peixoto.