



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10740.720004/2017-54
ACÓRDÃO	2201-012.663 – 2ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	5 de março de 2026
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	NEW GRAN ROCHAS LTDA - EPP
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Ano-calendário: 2014, 2015

AÇÃO JUDICIAL COM O MESMO OBJETO DO PROCESSO FISCAL. CONCOMITÂNCIA. CONFIGURAÇÃO DA RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois da instauração do processo administrativo fiscal, com o mesmo objeto deste, cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da controvertida no processo judicial. Aplicação da Súmula CARF nº 01.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário, por concomitância com ação judicial

Assinado Digitalmente

CLEBER FERREIRA NUNES LEITE – Relator

Assinado Digitalmente

Marco Aurelio de Oliveira Barbosa – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Weber Allak da Silva, Luana Esteves Freitas, Cleber Ferreira Nunes Leite, Lilian Claudia de Souza(substituto[a] integral), Thiago Alvares Feital, Marco Aurelio de Oliveira Barbosa(Presidente)

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração relativo à Contribuição Previdenciária da empresa e do empregador, onde foi apurado insuficiência de recolhimento da Contribuição Previdenciária sobre a receita bruta, decorrente da exclusão de ofício do Simples Nacional, com base na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional – CTN), art. 121, I, na Lei nº 11.457, de 2010, art. 2º; e na Lei nº 12.546, de 2011, art. 9º.

Considerando a atitude dolosa da fiscalizada de reduzir o montante dos tributos devidos, foi aplicada multa de ofício de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre os valores apurados no presente processo, com base na Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 44, com redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, art. 14, e na Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, arts. 71 e 72.

Foram incluídos no rol dos responsáveis solidários pelo crédito tributário constituído de ofício a empresa Appex e seu sócio, Cesar Sousa Botelho.

Cientificada do lançamento em 25/01/2017, a interessada ingressou com a impugnação de fls. 1.296/1.316, na qual alegou, conforme relatório da impugnação:

- não foram realizadas compensações indevidas na PGDAS, apenas havendo informações no campo de imunidade nesta Declaração, além do que foi com base nessas declarações que o auditor-fiscal apurou a base de cálculo a ser tributada, ou seja, na PGDAS original, não sendo necessária fiscalização para realizar lançamentos de ofício, apenas não homologou a PGDAS retificadora;
- os valores devidos do Simples Nacional, devidamente lançados na PGDAS, foram quitados através de processo de resgate de Título da Dívida Pública Externa, junto a STN, através de processos administrativos; nos quais é requerido o resgate dos créditos alocados na conta denominada Operações Especiais, Unidade Orçamentária 71.101, Número Obrigação SIAFI 001418, Operação Especial 0409, IDOC 2754, Lei Orçamentária 2012, com quitação conforme tabela mencionada nos COMPROTs anexos aos autos;
- o procedimento da extinção da obrigação tributária dos débitos mencionados acima estão vinculados em processo administrativo junto a STN, COMPROT sob o n.º 011.79446.008830.2013.000.000, cuja origem é a Dívida Pública Externa

Brasileira vencida e não paga, razão pela qual o artigo 1º e parágrafo único da Portaria SRF n.º 913, de 25 de julho de 2002, prevê a extinção da obrigação tributária;

- a Impugnante, por ser detentora de crédito financeiro, objeto de resgate com poder liberatório de pagamento, busca a extinção/pagamento de seus débitos tributários com os créditos com base na sistematização da Portaria 913/2002, com arrimo nos pleitos junto a STN;

- com objetivo de simplificar os procedimentos, reduzindo custos operacionais da administração federal e gerando ganhos financeiros ao Tesouro Nacional, a União, foi firmado termo de cooperação técnica entre a RFB e a STN, em que se remete à Conta Única do Tesouro Nacional parte dos recursos por ela (STN) devidos – (créditos da dívida pública brasileira), com a finalidade de, dentre outra, através do Sistema Integrado de Administração financeira do Governo Federal – SIAFI – órgão diretamente ligado a STN, efetuar-se o recolhimento de tributos federais devidos por pessoas jurídicas, proporcionando enormes benefícios ao ente público, pelo fato de a renda apurada com o saldo financeiro quando da permanência dos recursos junto a conta única, ser totalmente revertida ao Erário, gerando benefícios ao ente público federal;

- com isso, compete ao SIAFI administrar duas transações: a)- pagamento, pelos órgãos da administração pública direta, autarquias e fundações de faturas relativas à prestação de serviços, e, b)- recolhimento, por empresas, de tributos federais e contribuições previdenciárias, via Documento de Arrecadação de Receitas Federais – Darf e Guia de Previdência Social – GPS, eletrônicos;

- no COMPROT há compensação de possível perda de arrecadação, pelos ganhos de remuneração dos valores das empresas mantidos na conta única e revertidos ao Tesouro Nacional, sendo que os procedimentos do sistema SIAFI ocorrem à luz dos dispositivos da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n.º 162, de 4 de novembro de 1988, que foi revogada pela Instrução Normativa SRF n.º 181, de 25 de julho de 2002;

- por não existir campo específico na PGDAS para efetivar a descrição e ocorrência da modalidade de pagamento pela sistematização da Portaria 913/2002 / dos tributos que se busca a extinção junto a STN, todo o procedimento foi informado através dos Informes protocolados na STN e na RFB, cujos valores e tributos inclusive foram declarados nos Livros obrigatórios, de acordo com os registros e controles das operações e prestações por ela realizadas, em que consta a real escrituração pela Impugnante, tudo conforme determina a Legislação em vigor;

- não há dúvidas em que a utilização da sistematização do SIAFI por pessoas jurídicas não integrantes da administração pública, decorrente de termo de cooperação técnica, se regula com a edição da Portaria SRF n.º 913, de 25 de junho de 2002;

- por ser detentora de crédito financeiro, foi perseguido o pagamento de seus débitos tributários com os supracitados créditos, através de pleitos protocolados junto a STN, objetos dos COMPROTs anexos, na qual a Impugnante aguarda a tramitação final para que ocorra a extinção da obrigação tributária;
- após os informes / informação de pagamentos dos tributos na STN, com a abertura do Processo Administrativo / COMPROT n.º 011.79446.008830.2013.000.000/ a Impugnante protocolou referidos documentos na Receita Federal do Brasil, no Processo Administrativo n.º 13811.726457/2012-97, confessando seus débitos e informando o imediato pagamento, na qual a RFB tem ato vinculado pela decisão da STN frente aos tributos indicados;
- requer a nulidade absoluta do lançamento fiscal, haja vista que a RFB não detém de competência acerca da liberação dos Recursos / crédito com poder liberatório de pagamentos de tributos, nos moldes da sistematização pela Portaria 913/2002, visto que a STN é quem detém da competência para decidir acerca da liberação dos recursos e por consequência da extinção da obrigação tributária;
- a formalização do auto de infração junto a impugnante é forma de lançamento tributário nos moldes do artigo 142 do CTN., motivo pelo qual apresenta sua Impugnação nos moldes do artigo 151, III do CTN, haja vista que foi alterado o quadro fiscal do autolancamento das referidas PGDAS, pela qual não houve aceitação da modalidade de pagamento na forma perseguida pela Impugnante, tudo isso se fazendo presentes os princípios dos direitos constitucionais, dentre eles do devido processo administrativo e da ampla defesa e contraditório;
- instaurado o auto de infração frente a Impugnante, resta configurado o direito à ampla defesa e o contraditório administrativo, nos moldes do Decreto n.º 70.235/1972 c/c Lei 9784/99, e ainda, com alterações pelas Leis n.º 11.457/2007 e n.º 11.941/2009; com a consequente suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enquanto pendente de julgamento a presente Impugnação nos termos do artigo 151, III do CTN;
- clara está a necessidade de, caso a RFB não concorde com a modalidade de confissão e pagamento, através do campo da imunidade com os créditos mencionados, que inicie a abertura de um processo administrativo fiscal, amparado na Lei do Processo Administrativo – Lei n.º 9.784/99 e Lei n.º 123/2006 e Decreto 70.235/72, e nos direitos constitucionais da ampla defesa e contraditório, com a imediata suspensão da exigibilidade do crédito tributário, para averiguar as informações da confissão e as questões do pagamento através da compensação;
- os princípios constitucionais são encontrados na Legislação infra constitucional, que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta (Lei nº 9.784, de 1999, arts. 2º, 5º e 6º);

- a Empresa Impugnante tem direito, garantido constitucionalmente e infraconstitucional, de ter o devido processo administrativo fiscal, bem como o direito ao duplo grau de jurisdição administrativa.
- o procedimento adotado pela Empresa Contribuinte difere dos padrões comumente observados na relação contribuinte/Receita Federal: A uma, porque utilizou-se de um crédito financeiro para efetuar a extinção do débito tributário; a duas, porque, ainda que esteja obrigado a declarar a extinção ocorrida, a ferramenta digital disponibilizada pela RFB não contempla nenhuma forma possível de que esta informação seja prestada de forma correta, razão pela qual o contribuinte é obrigado a utilizar outros meios para formalizar referidas informações, sob o cuidado de não sofrer a cobrança indevida do débito, uma vez que a RFB não detém elementos para confirmar a efetivada extinção da obrigação tributária;
- deixou de fazer opção pelo regime de tributação conforme intimação do Sr. Auditor Fiscal, haja vista que o auto de infração que determinou a exclusão do Simples Nacional encontra-se pendente de julgamento, sendo, assim, não poderia haver a opção por outro regime de tributação, vez que não houve o exaurimento de todas as instancias conforme previsão na Lei de Processo Administrativo;
- houve a confissão do crédito tributário nos livros contábeis obrigatórios, bem como informação na PGDAS original dos reais valores, que, caso não fosse deferida a retificação da PGDAS pela RFB, esta notificaria e efetuariam a cobrança dos débitos, com o posterior pagamento na modalidade descrita, motivo pelo qual ilegal o arbitramento da multa de 150% [cento e cinquenta por cento], com base no artigo 44, inciso I, da Processo 10740.720004/2017-54 Acórdão n.º 14-66.092 DRJ/RPO Fls. 9 9 Lei n.º 9.430/96, nos termos do artigo 21, § 8º da LC 123/2006, visto que houve o lançamento do débito, além do que não houve informação no campo de Compensação, não sendo cabível o auto de infração e conseqüentemente a multa;
- é abusiva a autuação do contribuinte tão somente para o pretexto de constituir crédito tributário, que já está constituído pelo procedimento descrito, devidamente informado à RFB. Além do fato de que não houve informação no campo da compensação, para caracterizar como indevida e atribuir falsidade de declaração para aplicada da multa isolada em dobro, como preceitua o artigo da Lei Complementar 123/2006 descrito acima; não houve qualquer mentira ou ardil nos dados apresentados ao Fisco que concretizasse o intuito fraudulento para aplicação da multa isolada no patamar de 150% [cento e cinquenta por cento] e a responsabilização solidária dos sócios. Houve, isto sim, a realização de uma informação em PGDAS, no campo da Imunidade – por não haver campo específico – para informar o pagamento, jamais fraudulenta. Assim, a intenção manifesta de utilizar os créditos não admitidos pela Fazenda é incompatível com a ação ardilosa alegada pela fiscalização de informação falsa em PGDAS e/ou conduta dolosa.

- ainda que passível a aplicação de multa, esta não pode ser a multa de ofício aplicada no auto de infração, mas tão somente, a multa por prestar informações com incorreções ou omissões, devendo ter sido intimado a fazê-lo, no caso de não apresentação, ou a prestar esclarecimentos, nos demais casos, no prazo estipulado pela autoridade fiscal, nos termos do artigo 38-A da Lei Complementar 123/2006;
- não poderia o Fisco iniciar Mandado de Procedimento Fiscal, com posterior formalização de Auto de Infração, sobre PGDAS declaração com informações com incorreções, conforme mencionado pela RFB, devendo não homologar a PGDAS retificadora, tornando com efeito da PGDAS principal, com envio de Carta de Cobrança;
- não houve informação no campo da compensação na PGDAS para o Fisco caracterizar como compensação indevida e aplicar a multa isolada em dobra, nos termos do artigo 21, § 8º da LC 123/2006; mas sim informação no campo da Imunidade [por não haver específico], através de PGDAS retificadora, informando o pagamento com crédito financeiro e, nunca a informação de compensação. Assim, caso não concordasse com as informações prestadas em PGDAS retificadora, não efetivasse a homologação, enviando Carta de Cobrança dos débitos declarados na PGDAS original.
- quem tipifica a infração que dá ensejo a aplicação da multa é o próprio art. 38-A da Lei Complementar n.º 123/2006, que descreve de forma suficiente a conduta necessária a aplicação da penalidade.
- a multa pecuniária para informações incorretas ou omissas em PGDAS está prevista em Lei stricto sensu, ou seja, no art. 38-A da Lei Complementar n.º 123/2006; • O dispositivo legal citado é norma específica para imposição de multa pecuniária por descumprimento de obrigação acessória autônoma relativo à informações incorretas ou omissas em PGDAS;
- não há configuração de fraude quando apresentada PGDAS retificadora, se existe a PGDAS original com valores reais, bem como a devida escrituração nos livros contábeis obrigatórios, informando o valor efetivamente devido, sendo coerente com a realidade da movimentação financeira. Assim, como no presente caso não houve o intuito de fraudar, não há que se falar em aplicação da multa de 150% [cento e cinquenta por cento] e, conseqüentemente, em crime contra a ordem tributária, até porque, em caso de não aceitar a informação prestada em PGDAS retificadora era só o Fisco não homologar, retornando a PGDAS original.
- não se vislumbra, na apresentação de PGDAS retificadora com informação no campo imunidade de pagamento com crédito financeiro ou falta de pagamento, o evidente intuito de fraude definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64. Tratando-se de lançamento com base na receita da atividade declarada pelo contribuinte e não tendo a fiscalização trazido aos autos, outros elementos que pudessem indicar o evidente intuito de fraude, a multa de ofício deve ser

desqualificada, aplicando, se for o caso, a multa pecuniária prevista no art. 38-A da Lei Complementar n.º 123/2006;

- na exclusão do Simples Nacional o que o legislador infraconstitucional fez foi violar os princípios inseridos em nossa Constituição Federal de 1988 destinados às micros e pequenas empresas, e segundo a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, em sua obra Elementos de Direito Administrativo, que conceitua e destaca a importância dos princípios para o direito, a violação poderá trazer graves consequências

- a violação a um princípio, como bem comentado na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, é fazer com que todo o sistema jurídico possa ser desmantelado, face a agressão sofrida em suas estruturas mestras, em sua espinha dorsal. Analogicamente podemos concluir que seria como se atingíssemos a estrutura de um edifício, o que o levaria fatalmente a ruir ou o deixaria com profundas sequelas podendo ser inutilizado para o seu uso.

- caso a Empresa Contribuinte não tenha o referido benefício, deixarão de existir, ou migrarão para a informalidade, pois, não conseguirão competir (ainda de forma desigual) com as médias e grandes empresas.

- a exclusão das micro e pequenas empresas da sistemática do Simples Nacional, impondo-lhe a obrigatoriedade de optar por outra sistemática de tributação, viola outro princípio constitucional, o da capacidade contributiva, pois, estas sistemáticas são muito mais onerosas que o Simples Nacional.

- este é o verdadeiro tratamento favorecido, diferenciado e simplificado que o legislador estabeleceu para as microempresas e empresas de pequeno porte em nosso país, ou seja, quem não tem condições de pagar seus tributos em dia dever ser onerado com uma carga tributária mais elevada, ou seja, tributada pelo Lucro Presumido ou Real, o que poderá levá-las ao estado falimentar ou para a informalidade, o que não é o objetivo declarado em nossa Constituição Federal.

- prevendo as possíveis dificuldades que às micros e pequenas empresas pudessem passar, a Constituição Federal do Brasil de 1988 estabeleceu princípios que devem ser seguidos pelos legisladores de todos os níveis da federação, especialmente quanto ao tratamento favorecido, diferenciado e simplificado destinado às microempresas e empresas de pequeno porte, conforme podemos extrair dos artigos 170, inciso IX, e 179, in verbis:

- o legislador constituinte quis proteger as empresas de pequeno porte para que pudessem se desenvolver e competir com as empresas normais (médio e grande porte) em igualdade de condições, sendo que para alcançar esta igualdade o legislador estabeleceu vários campos de atuação, em especial o administrativo, tributário, previdenciário e creditício.

- não há como conceber outro tratamento para aquelas empresas, no caso a Empresa Contribuinte, pois, se não possuam os benefícios constitucionalmente garantidos, não sobreviveriam ao mercado, em que os maiores competidores

acabam aniquilando os pequenos em face das vantagens competitivas que aqueles empreendimentos possuem, seja na obtenção de créditos, quase sempre subsidiados pelo governo via BNDS, BRDE, BADESC, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, entre outras tantas instituições financeiras que fomentam a produção, além das vantagens produtivas com os ganhos de escala, onde as médias e grandes empresas conseguem produzir mais por um custo menor, pois, toda a cadeia produtiva ao seu redor acaba sendo influenciada pelas suas políticas de compras, vendas, qualidade, entre outras, benefícios estes que uma empresa de pequeno porte não possui, sendo imprescindível a aplicação dos princípios constitucionais de tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para que as pequenas empresas possam permanecer vivas e cumprindo com o seu papel social. Trata-se de questão de equidade, que também é um princípio constitucionalmente garantido.

- o legislador tem obrigação de proteger as empresas de pequeno porte, pois é princípio constitucional conceder tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para elas.
- tais dados empíricos adquirem real importância a defesa aqui apresentada na medida em que, do ponto de vista econômico, uma microempresa ou empresa de pequeno porte que, estando apta a optar pelo regime tributário simplificado, não estiver nele enquadrada ou dele for excluída terá enorme dificuldade de sobreviver no mercado.
- a Empresa Contribuinte não pode ser excluída de ofício do Simples Nacional, não podendo se falar em imediata exclusão, em virtude dos princípios constitucionais estampados na Lei Complementar n.º 123/2006, conforme transcrito acima.
- não há que se falar na manutenção do auto de Infração, formalizado de maneira arbitrária e ilegal, A) a uma, porque os débitos não precisavam ser lançados novamente, isto porque já havia o lançamento na PGDAS original, podendo, caso não concordasse com as informações prestadas em PGDAS retificadora, não homologá-la, retornando a condição de exigíveis dos débitos lançados e apurados na PGDAS original, além dos livros contábeis e fiscais, com informação de valores originais da realidade contábil, bem como de informes realizados nos COMPROTs anexos, todos vinculados ao COMPROT 011.79446.008830.2013.000.000, com posterior protocolo das informações prestadas a RFB pela juntada efetivada no Processo Administrativo nº 13811.726457/2012-97, forma legal e suficiente para constituição do crédito tributário, já que a Empresa Contribuinte realizou todas as obrigações descritas no artigo 142 do CTN, de acordo com sua realidade fiscal; B) a duas, porque, caso a RFB discordasse da modalidade de lançamento e pagamento, deveria iniciar um processo administrativo fiscal para determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até ulterior liberação dos recursos e, por fim, extinguir a obrigação tributária com o supracitado pagamento com o repasse dos valores correspondentes as parcelas à conta vinculada ao Sistema de

Pagamentos Brasileiro (SPB), percorrendo todas as instâncias administrativas, com direito ao contraditório e ampla defesa, além da garantia da suspensão da exigibilidade do crédito até ulterior decisão final administrativa.

Requeru o imediato cancelamento da exclusão de ofício do Simples Nacional, formalizada de maneira arbitrária, ilegal e nula; a extinção da exclusão de ofício do Simples Nacional, levando-se em consideração os princípios constitucionais que a Lei Complementar 123/2006 garante às micro e pequenas empresas, pelo fato de que a Empresa sempre agiu com boa-fé e calcado na legislação vigente; a nulidade da responsabilização solidária dos sócios, tendo em vista que em momento algum ficou provado o intuito de dolo e fraude cometido por eles.

A empresa Appex e seu sócio, Cesar Sousa Botelho, cientificados da responsabilização solidária, apresentaram impugnação de fls. 1435/1453, reproduzindo, em parte, os argumentos apresentados na impugnação da autuada, e alegando, com relação à responsabilidade solidária, em suma:

- A regra geral é a de que o contribuinte é o primeiro responsável pelo pagamento do tributo gerado por alguma ação que este praticou. A exceção é que tal responsabilidade pode ser transferida para terceiro, no caso o sócio e/ou administrador e não como no presente caso, em que se quer transferir a responsabilidade a uma terceira empresa, ou seja, para APPEX CONSULTORIA TRIBUTÁRIA EIRELI, inscrito no CNPJ sob n.º 15.511.847/0001-08 e seu sócio, CESAR SOUSA BOTELHO, inscrito no CPF sob n.º 277.450.008-74.
- A redação do art. 135 é clara quando diz que esta transferência de responsabilização somente terá lugar quando as obrigações tributárias devidas pela pessoa jurídica tiverem sido geradas a partir de atos praticados pelo administrador "com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto". Assim, para que haja a responsabilização dos sócios, ou até mesmo como no presente caso, uma empresa terceira, no auto de infração, nos termos do artigo 135, inciso III do CTN, obrigatoriamente, há que serem observados seus pressupostos legais, quais sejam: que haja excesso de poder ou infração à lei nos atos praticados; o que não ocorreu no presente caso, visto que a modalidade de tipificação descrita pelo auditor-fiscal para vincular os sócios não é válida, o que torna ilegal e arbitrária a responsabilização, além de não ter a comprovação da atuação dos sócios elencados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos.
- Não existe na conduta dos sócios qualquer das hipóteses autorizadas para aplicação do art. 135 do CTN; não houve qualquer ato com excesso de poderes, pois todos aqueles praticados, o foram por quem detinha poderes para tanto; também não houve qualquer ato contra a Lei, pois todos os atos praticados estão amparados pela legislação aplicável a espécie, ainda que o Sr. Auditor não comungue desta opinião.
- E é justamente esta 2ª hipótese (infração de lei) que vem sendo invocada por alguns agentes do fisco, como no caso em tela, para tentar transferir, de forma

generalizada e indiscriminada, a responsabilidade tributária aos sócios e administradores da pessoa jurídica, além de empresa terceira, neste caso, APPEX CONSULTORIA TRIBUTÁRIA EIRELI, inscrito no CNPJ sob nº 15.511.847/0001-08 e seu sócio, CESAR SOUSA BOTELHO, inscrito no CPF sob nº 277.450.008-74, quanto as suas obrigações tributárias.

- É imprescindível se atentar que somente se poderia aventar de responsabilização pessoal contra a pessoa que efetivamente praticou o ato considerado como infração da lei (o mesmo vale para a hipótese de abuso de poderes), pois o dolo pessoal é requisito primário para a responsabilização; logo, ou foi um sócio, ou foi outro que cometeu o ato passível de responsabilização.
- É consabido que, constitucionalmente, nenhuma pena pode passar da pessoa que praticou o ato (Art. 5º, XLV, Constituição Federal). De outro lado, a conduta dolosa de quem se pretende responsabilizar deverá ser apurada em prévio processo, em que deverá ser assegurado ao agente o contraditório e o exercício da ampla defesa, nos termos do que exige o art. 5º, LV, da Constituição Federal.
- Somente após o regular processo de apuração da prática do ato doloso a que se refere o Código Tributário é que poderá se aventar em responsabilização pessoal do administrador da pessoa jurídica, ou até mesmo outra pessoa jurídica.
- A mera afirmação unilateral do Fisco efetuada após a constituição de seus créditos tributários sobre a existência de responsáveis tributários para fins de responsabilização passiva é atitude que não tem amparo no Direito positivo, porquanto acaba por menoscabar a própria garantia constitucional da ampla defesa.
- É dever inarredável do Fisco motivar, a contento, todos os atos administrativos postos a seu encargo pelo ordenamento jurídico. Cuida-se de um dever jurídico do Fisco, cuja vinculação origina-se da Constituição Federal, em especial dos princípios da legalidade e da tipicidade, conforme tipificado no artigo 5º, incisos II e XXXIX; artigo 37, caput, e artigo 93, inciso X, todos da CF/88.
- O descumprimento do dever jurídico de motivar o ato administrativo, ou seja, a tentativa de responsabilização de terceiros sem prova contundente e cabal, importa na declaração de nulidade do referido termo.
- A motivação somente alcança seus fins por intermédio da prova, não havendo campo para presunção.
- Nas hipóteses de meras lavraturas de termos de sujeição passiva solidária em desfavor de terceira pessoa jurídica, como neste caso, sem que o auditor-fiscal se preocupe em provar a infração, carece de suporte fático a autuação, por carência de motivação. Sem provas de que a terceira pessoa jurídica – APPEX CONSULTORIA TRIBUTÁRIA EIRELI, inscrito no CNPJ sob nº 15.511.847/0001-08 e seu sócio, CESAR SOUSA BOTELHO, inscrito no CPF sob nº 277.450.008-74 - agiu com dolo, fraude ou simulação, em afronta à lei ou ao contrato social, sem

diligências visando a constatar a gestão fraudulenta da sociedade, não se pode pretender a sua responsabilização.

- Inexistindo, pois, prova de que se tenha agido com excesso de poderes ou infração de contrato ou estatuto social, não há que se falar em responsabilidade tributária de sócio a esse título ou a título de infração legal.
- Há que tornar nula responsabilização solidária da terceira pessoa jurídica – APPEX CONSULTORIA TRIBUTÁRIA EIRELI, inscrito no CNPJ sob nº 15.511.847/0001-08 e seu sócio, CESAR SOUSA BOTELHO, inscrito no CPF sob nº 277.450.008-74, pelo fato de não haver comprovação de que os mesmos, na condução da empresa autuada, tenham agido de forma a infringir qualquer dos preceitos legais contidos no art. 135 do CTN.
- O instrumento de procuração eletrônica outorgado a Empresa Impugnante APPEX CONSULTORIA TRIBUTÁRIA EIRELI, inscrito no CNPJ sob nº 15.511.847/0001-08 e seu sócio, CESAR SOUSA BOTELHO, inscrito no CPF sob nº 277.450.008-74, é apenas necessário para realizar lançamento e pesquisas na RFB, procuração que até mesmo o contador da empresa autuada possui, e não instrumento de mandato com poderes de administração da empresa.
- Ainda que a RECEITA FEDERAL DO BRASIL fosse parte legítima para levantar tais questões, e não o é, uma vez que somente o Outorgante do mandato detém tal legitimidade, no presente caso, a empresa New Gran Rochas Ltda - EPP, pode-se constatar que o profissional está desenvolvendo a contento a sua tarefa, pois vem lançando mão, tempestivamente, das ferramentas legais que a Legislação lhe proporciona.
- Para que ocorra a responsabilização dos mandatários, este deve ter poderes de administração da empresa, tem que efetivamente ter exercido-os, além de existir um ato fora dos padrões de diligência e ética de atuação determinados em lei e nos estatutos da sociedade empresária, o mandatário deverá possuir a intenção de agir dessa forma contra os seus representados.
- Para que ocorra a incidência normativa do art. 135 é característico o dolo.
- Para que ocorra a incidência normativa do art. 135 do CTN, aqui especificamente ao mandatário, se faz necessário que exista um ato doloso, que esteja direta e pessoalmente imputado à pessoa física do administrador, praticado com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto que resulte em uma obrigação tributária não autorizada (dano ou prejuízo).
- Além de ter que ser, obrigatoriamente, um ato de administração da empresa, este deve ser doloso, praticado com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto, o que não se aplica, nem de perto, ao caso em comento.
- Os poderes outorgados foram APENAS PROCURAÇÃO ELETRÔNICA DA RFB, e não poderes de administração; os atos cometidos foram todos dentro das limitações e poderes previstos na legislação não podendo se falar em excesso;

todos os atos cometidos o foram totalmente dentro do que estabelece a Legislação, não se podendo arguir infração da Lei, Contrato Social ou Estatutos.

- A natureza jurídica da Procuração Eletrônica outorgada a Empresa Impugnante – APPEX CONSULTORIA TRIBUTÁRIA EIRELI, inscrito no CNPJ sob nº 15.511.847/0001-08 e seu sócio, CESAR Processo 10740.720004/2017-54 Acórdão n.º 14-66.092 DRJ/RPO Fls. 16 16 SOUSA BOTELHO, inscrito no CPF sob nº 277.450.008-74, alçando-o a condição de mandatário, não guarda qualquer semelhança com o mandatário referenciado no art. 135, II do CTN, sendo, pois, uma excrescência jurídica a inclusão do mesmo como coobrigado tributário.

- Não existe qualquer dúvida que o Auto de Infração aqui combatido esteja maculado de irregularidades e arbitrariedades, uma vez que elegeru como sujeito solidariamente passivo com a pessoa jurídica atuada quem não é sócio, empregado, ou mandatário com poderes de administração, resultando brutal afronta ao disposto no art. 150, I da Constituição Federal.

- Revela-se bastante temeroso e arbitrário eleger sujeito passivo fora dos casos previstos expressamente em Lei, dando interpretação extensiva aos dispositivos que regem a responsabilidade tributária.

- A legalidade é a própria essência da tributação. O princípio da legalidade não aparece na Constituição Federal como um direito do Fisco, mas como uma limitação à sua ação, na forma do artigo 150 da Constituição Federal.

- Resta claro e evidente:

- Sobre a responsabilidade e as espécies de mandato:

- Não há que se falar na manutenção do Auto de Infração com a Responsabilidade Solidária da Empresa Impugnante – APPEX CONSULTORIA TRIBUTÁRIA EIRELI, inscrito no CNPJ sob nº 15.511.847/0001-08 e seu sócio, CESAR SOUSA BOTELHO, inscrito no CPF sob nº 277.450.008-74, formalizado de maneira arbitrária, ilegal e nula, haja vista sua completa ilegitimidade, uma vez que a PROCURAÇÃO ELETRÔNICA DA RFB não se confunde com o mandato tipificado no artigo 134 e 135 do CTN, não possuindo poderes de administração e gestão da empresa atuada.

Requeru o cancelamento do auto de infração, por completa falta de previsão legal, e a nulidade da responsabilização solidária da APPEX e seu sócio, CESAR SOUSA BOTELHO, tendo em vista que em momento algum ficou provado o intuito de dolo e fraude cometido por eles.

A DRJ considerou a impugnação improcedente e manteve o crédito tributário, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Ano-calendário: 2014, 2015

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. EFEITOS.

A exclusão de ofício do Simples Nacional, com base na prática reiterada de infração à LC nº 123, de 2006, tem efeitos a partir do mês em que incorrida a reiteração.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2014, 2015

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO. CONLUIO.

Mantém-se a multa por infração qualificada quando reste inequivocamente comprovada a ocorrência de sonegação e conluio.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MANDATÁRIO. INTERESSE COMUM.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos os mandatários, e/ou aqueles que tenham interesse comum no fato gerador e dele se beneficiaram.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada a autuada (e solidários) do resultado do julgamento das impugnações, foram apresentados os recursos voluntários de fls. 1530/1549 (Empresa Appex e seu sócio, Cesar Sousa Botelho) e fls. 1552/1574 (Empresa New Gran Rochas Ltda), com argumentos similares aos apresentados na impugnação.

A discussão quanto a validade do ato administrativo que ensejou a exclusão da recorrente do Simples Nacional, consta no Processo Administrativo Fiscal nº 10740.720034/2016-80, no qual foi anexada decisão judicial do processo nº. 5000882-42.2022.4.02.5001, em sede de apelação civil, com decisão definitiva proferida pelo TRF da 2ª Região, a qual a PFN não apresentou recurso, no qual a empresa obteve provimento para o cancelamento do ato de exclusão e pela reinclusão no SIMPLES, desde 09/2014, bem como cancelamento do crédito tributário deste presente processo.

É o relatório

VOTO

Conselheiro **Cleber Ferreira Nunes Leite**, Relator

Da admissibilidade do recurso voluntário

Trata-se de auto de infração relativo à Contribuição Previdenciária da empresa e do empregador, onde foi apurado insuficiência de recolhimento da Contribuição Previdenciária sobre a receita bruta, decorrente da exclusão de ofício do Simples Nacional, com base na Lei nº 5.172,

de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional – CTN), art. 121, I, na Lei nº 11.457, de 2010, art. 2º; e na Lei nº 12.546, de 2011, art. 9º. Foi aplicada multa de ofício de 150% e foram incluídos no rol dos responsáveis solidários pelo crédito tributário constituído de ofício a empresa Appex e seu sócio, Cesar Sousa Botelho.

A empresa foi excluída do SIMPLES nacional por meio do ADE nº 46, conforme abaixo:

Ato Declaratório Executivo DRF/VIT nº 46, 15 de junho de 2016 Declara a exclusão de ofício da pessoa jurídica que menciona do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, **com efeitos da exclusão a partir de 09/2014.**

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM VITÓRIA (ES), no uso da atribuição que lhe confere o inciso II do art. 302 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, e tendo em vista o disposto no art. 33 da Lei Complementar nº 123, de 2006 c/c o art. 75 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, declara:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL - a pessoa jurídica NEW GRAN ROCHAS LTDA - EPP, CNPJ nº 19.043.683/0001-92, em virtude da prática reiterada de infração à disposição da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, conforme previsto no inciso V do caput c/c incisos I e II, do § 9º, todos do art. 29 do mesmo diploma legal.

Parágrafo único. A descrição dos fatos e dos motivos de direito que deram origem à exclusão de ofício objeto deste ADE, se encontra nos Autos de Infração de constituição dos tributos abrangidos pelo SIMPLES NACIONAL (PA 07 e 08/2014), no Termo de Verificação Fiscal nº 03 –2016-074-9 e no Termo de Exclusão do SIMPLES NACIONAL nº 04–2016- 074-9, dos quais o contribuinte ora excluído tem ciência neste ato.

Art. 2º Os efeitos da exclusão de ofício dar-se-ão a partir do dia 01/09/2014, e impedirão nova opção pelo SIMPLES NACIONAL pelos próximos 10 (dez) anos-calendário seguintes, conforme disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 da Lei Complementar no 123, de 2006.

Art. 3º A pessoa jurídica poderá apresentar no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste Ato Declaratório Executivo (ADE), impugnação dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento, protocolada na unidade da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Vitória

(ES), conforme disposto no art. 39 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e nos termos do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Da APELAÇÃO CÍVEL Nº 5000882-42.2022.4.02.5001/ES, relativa ao Processo de Exclusão do SIMPLES Nacional

A discussão quanto a validade do ato administrativo que ensejou a exclusão da recorrente do Simples Nacional, consta no Processo Administrativo Fiscal nº 10740.720034/2016-80

Posteriormente a empresa ingressou com ação judicial na Seção Judiciária do Espírito Santo, contra à vedação à reinclusão no Simples e à edição do ADE nº 46/2016, requerendo a nulidade do ato administrativo que ensejou a exclusão do Autor do Simples Nacional (processo administrativo nº 10740.720034/2016-80) com fundamento no art. 29, V, 88 1º e 2º da LC 123/06 e, via de consequência, dos atos dela decorrentes, como a incidência de multa no percentual de 150% em face do débito apurado, fundada nos artigos 44, I, 81º da Lei 9.430/96 c/c 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64 e das pendências fiscais consistentes na ausência de entrega de declarações DCTF, ECF e EFD-CONTRIB nos períodos de 2017 a 2021.

A decisão de primeira instância julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para decretar a nulidade do ato administrativo que ensejou a exclusão do Autor do Simples Nacional, conforme, relatório nos autos do processo **Nº 5000882-42.2022.4.02.5001/ES**:

O magistrado a quo determinou, ainda, que a ré procedesse à "exclusão do valor dos tributos devidos dentro do período de apuração de 07/2014 a 03/2015 do **montante do crédito constituído nos processos nº 10740.720.004-2017-54 (CPRB)** e 10740.720.032-2016-91 (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS), bem como da multa de ofício no percentual de 150% fundada nos artigos 44, I, §1º da Lei 9.430/96 c/c 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, incidente sobre o período apurado entre 04/2015 a 12/2015."

A decisão judicial no processo nº. 5000882-42.2022.4.02.5001, foi proferida em sede de apelação civil, com decisão definitiva proferida pelo TRF da 2ª Região, a qual a PFN não apresentou recurso.

Às folhas 573/575, constam as providências para a anulação da exclusão e reinclusão do recorrente no SIMPLES NACIONAL.

A decisão judicial definitiva foi confirmada nos autos do Processo 10740.720034/2016-80, o qual encontra-se na situação "Arquivado"

A decisão foi pela permanência da pessoa jurídica no SIMPLES NACIONAL, bem como, pela exclusão do crédito constituído no processo nº 10740.720.004-2017-54 (CPRB), em consequência, os atos decorrentes da exclusão do ADE nº 46/2016, desde 01/09/2014, o que exonera o crédito tributário deste processo em sua totalidade.

Constata-se, portanto, que a Recorrente discutiu judicialmente tanto o ato administrativo de exclusão do Simples, bem como, o crédito lançado de CPRB, que nos autos do presente processo, o que resulta em inquestionável concomitância, motivo pelo qual deve ser aplicada a SÚMULA CARF Nº 1

CONCLUSÃO

Do exposto, voto por não conhecer do recurso voluntário por concomitância com ação judicial

Assinado Digitalmente

Cleber Ferreira Nunes Leite