



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10740.720032/2016-91
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.436 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de março de 2021
Recorrente NEW GRAN ROCHAS LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2014, 2015

EXCLUSÃO. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO.

A prática reiterada de infração à legislação do Simples Nacional tem como consequência a exclusão da empresa dessa sistemática.

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO. CONLUÍO.

Quando restar comprovado que a contribuinte utilizou-se de técnicas irregulares e fraudulentas para se esquivar de pagar o imposto devido, deve ser mantida a multa qualificada de 150% nos termos do parágrafo primeiro, do inciso I, artigo 44 da Lei 9.430/96 c/c com artigos 71 e 73 da Lei 4.502/64, conforme capitulado na autuação.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, i) por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo os lançamentos e a qualificação da multa de ofício em 150%; ii) por voto de qualidade, manter a imputação de responsabilidade solidária à pessoa jurídica APPEX Consultoria Tributária e ao seu sócio, César Sousa Botelho, vencidos neste item o Relator e os Conselheiros Junia Roberta Gouveia Sampaio, Paula Santos de Abreu e Luciano Bernart que excluía a pessoa física da imposição de solidariedade. Designado para redigir o voto vencedor em relação a este tópico em que vencido parcialmente o Relator, o Conselheiro Marco Rogério Borges.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.

(documento assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Iágaro Jung Martins, Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart, Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto face v. acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil que decidiu manter o Auto de Infração que exige créditos de IRPJ e reflexos, relativos ao período de 09/2014 até 12/2015.

O lançamento é relativo ao IRPJ e reflexos dos anos-calendário de 2014 e 2015, em que se apurou receita bruta na venda de produtos de fabricação própria em decorrência de exclusão de ofício do Simples Nacional.

O lançamento é decorrente do processo nº 10740.720034/2016-80, em que a empresa autuada Recorrente foi excluída do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/09/2014, em razão de prática reiterada de infração à LC nº 123, de 2006.

Ou seja, segundo consta do Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 61/92, o lançamento é decorrente da exclusão da contribuinte do Simples Nacional (PAF nº 10740.720034/2016-80), efetuada com base na reiteração de infração à LC nº 123, de 2006, apuradas conforme PAF nº 10783.720497/2016-45.

Ambos os processos acima foram julgados por esta C. Turma Ordinária do CARF, onde o contribuinte restou vencido e foi excluído do Simples Nacional.

Os fatos que deram origem à autuação fiscal e à exclusão de ofício do Simples Nacional consistem em que a contribuinte, optante pelo Simples Nacional, apresentou a declaração do Simples Nacional (PGDAS-D), relativa aos períodos de apuração de 07 a 12/2014, indicando imunidade tributária das receitas, como motivação para o não recolhimento dos valores devidos.

Em virtude da exclusão de ofício do Simples Nacional, a contribuinte passou a se sujeitar às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, podendo optar pela forma de tributação do IRPJ e da CSLL, na forma dos §§ 1º e 2º do art. 32 da Lei Complementar

nº 123, de 2006, tendo ela deixado de informar sobre sua opção, cabendo à administração tributária a apuração do IRPJ e da CSLL com base na regra geral de tributação, qual seja o lucro real trimestral, na forma da Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º, combinado com o § 3º do art. 2º e com o art. 26. Como a contabilidade apresentada pela contribuinte não permite a apuração pelo lucro real trimestral, restou a apuração pelo lucro arbitrado, com base no RIR/1999, arts. 529 e 530, II, “b”.

Foram utilizados como base de cálculo dos tributos devidos os valores incluídos na contabilidade da contribuinte, que divergem apenas em um período daqueles informados nas PGDAS-D, conforme demonstrativo a seguir:

PERÍODO DE APURAÇÃO	PGDAS-D	ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL
30/09/2014	276.795,69	276.795,69
31/10/2014	308.690,07	308.690,07
30/11/2014	269.767,50	269.767,50
31/12/2014	209.405,52	209.405,52
Total set-dez 2014	1.064.658,78	1.064.658,78
31/01/2015	282.890,18	282.890,18
28/02/2015	209.619,14	209.619,14
31/03/2015	269.055,16	269.055,16
30/04/2015	274.201,54	238.610,67
31/05/2015	286.863,73	286.863,73
30/06/2015	150.099,36	150.099,36
31/07/2015	239.658,87	239.658,87
31/08/2015	149.526,75	149.526,75
30/09/2015	86.400,25	86.400,25
31/10/2015	155.839,69	155.839,69
30/11/2015	144.770,65	144.770,65
31/12/2015	87.221,18	87.221,18
Total 2015	2.336.146,50	2.300.555,63

Tendo em vista a acusação fiscal foi imputado multa qualificada de 150%.

Ou seja, segundo a fiscalização, 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.

Também foi imputada responsabilidade solidária nos termos do artigo 135, inciso II do CTN para a empresa Appex e seu sócio, César Sousa Botelho, em razão das seguintes constatações:

Conforme consignado descrito nos itens anteriores deste relatório, em consulta ao sistema de controle de procurações eletrônicas da Receita Federal, identificamos que a NEW GRAN ROCHAS LTDA. - EPP outorgou procuração eletrônica à APPEX CONSULTORIA TRIBUTÁRIA LTDA, pessoa jurídica indicada pelo fiscalizado como “cessionária” do suposto crédito financeiro, com o qual se pretendia compensar os valores devidos do SIMPLES NACIONAL.

Em depoimento prestado à fiscalização em 22/06/2016 o sócio-proprietário da NEW GRAN, EVANDRO BOTELHO DA FONSECA, confirmou ter outorgado procuração eletrônica à APPEX CONSULTORIA TRIBUTÁRIA, CNPJ 15.511.847/0001-08, com o objeto de representação junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil, bem como, afirmou que a APPEX foi a responsável pela retificação das declarações do PGDAS-D originalmente entregue pela outorgante, referentes aos períodos de apuração de 07/2014 a 12/2015.

Conforme visto, os PGDAS-D originalmente apresentados pela fiscalizada foram retificados pela APPEX no exercício do mandato outorgado pela NEW GRAN, com vistas a reduzir/excluir o valor dos tributos devidos no âmbito do SIMPLES NACIONAL, inserindo a falsa informação de que suas receitas auferidas estavam sob o manto da IMUNIDADE TRIBUTÁRIA, o que configurou infrações à legislação tributária.

Notadamente a APPEX, ao inserir informação falsa nas Declarações retificadoras do SIMPLES NACIONAL do fiscalizado, atuou com infração à lei, subsumindo-se assim ao disposto no inciso II do art. 135, do Código Tributário Nacional, pelo

quê, deve ser incluída no rol dos responsáveis solidários pelo crédito tributário constituído de ofício, em face inclusive de sua atuação em conluio.

9.3 QUALIFICAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS SOLIDÁRIOS

Pelos fatos supra descritos, ficam incluídos do rol de responsáveis solidários pelo crédito tributário constituído de ofício:

- ✓ APPEX CONSULTORIA TRIBUTÁRIA – EIRELI, CNPJ nº 15.511.847/0001-08, com endereço à Avenida das Nações Unidas nº 12.399, Conjunto 83 A, Brooklin Paulista, São Paulo (SP), CEP 04578-000. Telefone (11) 2389.2333.
- ✓ CESAR SOUSA BOTELHO, CPF nº 277.450.008-74, sócio da APPEX CONSULTORIA TRIBUTÁRIA – EIRELI, com endereço à Rua marechal Floriano Peixoto, 377, Jardim Presidente Kennedy, Embu das Artes (SP), CEP 06.820-200. Telefone (11) 4181.4071.

Intimada do Auto de Infração (TVF) a Recorrente e os responsáveis solidários ofereceram impugnação.

Em seguida, a DRJ proferiu o v. acórdão recorrido afastando todas as alegações da recorrente e dos responsáveis solidários, mantendo o Auto de Infração em sua totalidade, registrando a seguinte ementa.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

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.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2014, 2015

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS. COFINS. CSLL.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal em face da estreita relação de causa e efeito.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada com o v. acórdão, a Recorrente e os responsáveis solidários interpuseram Recurso Voluntário repisando os mesmos argumentos da manifestação de inconformidade.

Ato contínuo, os autos retornaram para o E. CARF/MF e foram distribuídos para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator

- Do conhecimento do recurso:

O Recurso Voluntário é tempestivo e possui os requisitos previstos na legislação, motivo pelo qual deve ser admitido.

- Circunscrição da matéria:

Aos autos tratam de Auto de Infração que exige imposto do período de 09 até 12/2015 em decorrência de exclusão do Simples Nacional devido a prática reiterada de infração a disposição da Lei Complementar 123/06 analisadas nos autos do processo administrativo tributário nº 10740.720034/2016-80 e 10783.720497/2016-45.

Ou seja, este Auto de Infração é decorrente do Auto de Infração objeto do processo administrativo tributário nº 10740.720034/2016-80 e do Auto de Infração do 10783.720497/2016-45 onde esta C. Turma Ordinária já proferiu v. acórdão decidindo que o Recurso Voluntário era intempestivo, mantendo o v. acórdão da DRJ que decidiu manter o Auto de Infração que exigiu imposto devido a falta de pagamento das mensalidades do Simples Nacional, tratando exatamente da mesma matéria da acusação dos presentes autos, diferenciando-se apenas quanto ao período da exigência.

Ou seja, segundo o Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional a Recorrente teria deixado de pagar o imposto pela sistemática do Simples nos meses de julho e agosto de 2014, conforme Auto de Infração do processo nº 10740.720034/2016-80, bem como também teria deixado de pagar o imposto do Simples Nacional conforme Auto de Infração objeto do processo administrativo nº 10783.720497/2016-45 (informação prevista no TVF), incorrendo em prática reiterada de infração a lei tributária nos termos do inciso V do caput c/c incisos I e II do § 9, todos do art. 29, da Lei Complementar 123/06.

Assim, em decorrência da exclusão do Simples Nacional analisada nos processo nº 10740.720034/2016-80, foi lavrado este Auto de Infração do processo em epígrafe exigindo o imposto do período de 09/2014 até 12/2015, onde foi verificado que a Recorrente praticou o mesmo procedimento equivocado analisados nos processos nº 10783.720497/2016-45 e nº 10740.720034/2016-80 para se esquivar de pagar o imposto do Simples, onde inseriu em sua declaração (PGDAS-D) informação incorreta de que sua receita seria imune para se utilizar dos créditos lastreados em Títulos da Dívida Pública Externa (LTN, NTN entre outros) que são de competência da Secretaria do Tesouro Nacional para compensar com o imposto de competência da Secretaria da Receita Federal.

- Do julgamento do Auto de Infração do processo em epígrafe:

Em relação ao julgamento do Auto de Infração constante nos autos do processo em epígrafe, que exige o imposto do período de 09/2014 até 12/2015 que deixou de ser pago devido a procedimento incorreto feito pela Recorrente nos mesmos moldes do feito nos processos administrativos tributários nº 10783.720497/2016-45 e nº 10740.720034/2016-80, por questão de coerência, entendo que deve ser mantido conforme votei nos outros processos.

Assim, por concordar com o que foi decidido naqueles outros Autos de Infração e tendo em vista a identidade das matérias analisadas nos três processos, utilizo o v. acórdão proferido pela DRJ no processo nº 10783.720497/2016-45 para fundamentar meu voto. Vejamos.

Trata-se de analisar lançamento relativo ao Simples Nacional, em razão de insuficiência de recolhimento por segregação incorreta de receitas, tendo em vista que a empresa apresentou declaração retificadora, informando que suas receitas estariam acobertadas por imunidade tributária, e não logrou comprovar essa imunidade.

Alega a impugnante que os débitos exigidos pelo auto de infração teriam sido “pagos/quitados através de processo de resgate de Título da Dívida Pública Externa junto a Secretaria do Tesouro Nacional através de processos administrativos”, mas como não havia campo na PGDAS para informar essa ocorrência, optou por adotar o procedimento de declarar como imunidade. Aduz ainda que referido procedimento de quitação dos débitos “está amparado no artigo 1º e parágrafo único da Portaria da Secretaria da Receita Federal do Brasil nº 913, de 25 de julho de 2002”.

Pois bem, a Portaria SRF nº 913, de 2002, dispõe, em seu, art. 1º, parágrafo único, que a Secretaria do Tesouro Nacional (STN) está apta a prestar serviços de arrecadação de que trata a Portaria SRF nº 2.609, de 20 de setembro de 2001, nos casos de pagamento de receitas federais com:

I – recursos integrantes da Conta Única do Tesouro Nacional por meio do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal(Siafi);

II – transferência de recursos para a Conta Única do Tesouro Nacional por meio do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB).

Contudo, o art. 2º da Portaria SRF nº 913, de 2002, ressalva que a utilização do Siafi para o pagamento de receitas federais destina-se aos órgãos ou entidades da Administração Pública Federal integrantes da Conta Única do Tesouro Nacional e às pessoas jurídicas de direito privado que façam uso do Siafi nos termos de convênio firmado com a STN.

E, pelo que consta dos autos, a impugnante, que é pessoa jurídica de direito privado, não firmou nenhum convênio com a STN, não sendo possível, pois, que tenha utilizado o Siafi para pagamento de receitas federais.

A impugnante também não trouxe aos autos nenhum comprovante de pagamento do imposto por meio do SPB, documento previsto no art. 6º da Portaria SRF nº 913, de 2002:

Art. 6º O comprovante de pagamento do imposto por meio do SPB estará disponível para impressão no endereço da STN na Internet, <http://www.tesouro.fazenda.gov.br>, a partir do dia seguinte ao da sua realização.

Com efeito, foram apresentados meros requerimentos dirigidos à STN, nos quais um terceiro, para fins de quitação dos débitos da impugnante, autoriza o resgate de supostos créditos por ela adquiridos.

Tais requerimentos também foram anexados ao processo administrativo nº13811.726457/2012-97, cuja peça inicial, diga-se de passagem, é um “pedido de abertura de procedimento

administrativo” formalizado pela Appex Consultoria Tributária Ltda e do qual se reproduz o seguinte trecho:

Quanto à Lei nº 10.179, de 2001, citada nos requerimentos supra, cumpre observar que, em seu art. 6º, ela prevê que os títulos referidos no seu art. 2º (LTN, LFT e NTN) poderão ser utilizados para pagamento de tributos federais, desde que vencidos.

Ocorre que todos os títulos emitidos na forma dessa lei foram resgatados nos respectivos vencimentos, não havendo nenhum na condição de vencido.

Ademais, os títulos emitidos na forma da Lei nº 10.179, de 2001, são todos escriturais (com registro eletrônico, e não em cartúla) e são todos emitidos no Brasil.

Portanto, na prática, não há nenhuma hipótese de pagamento ou compensação de tributos com títulos públicos. A exceção se dá exclusivamente em relação ao pagamento de 50% do Imposto Territorial Rural com Títulos da Dívida Agrária, hipótese esta expressamente prevista no art.105 da Lei nº 4.504, de 1964.

Note-se, ainda, que títulos antigos emitidos em papel e em moeda estrangeira não podem ser convertidos nos títulos referidos no art. 2º da Lei nº 10.179, de 2001 (LTN, LFT ou NTN), portanto não se prestam para pagamento ou compensação de tributos federais. Títulos impressos em moeda estrangeira são negociados fora do Brasil; só podem ser resgatados no exterior, por meio do agente pagador credenciado e na moeda da emissão.

Tais informações sobre títulos públicos, diga-se a propósito, constam da cartilha “Prevenção à Fraude Tributária com Títulos Públicos Antigos”, disponível no endereço da STN na Internet.

Corroborando o entendimento de que, atualmente, inexistente possibilidade de utilização dos títulos da dívida pública para pagamento de tributos federais nos termos do art. 6º Lei nº 10.179, de 2001, cumpre citar a Solução de Consulta nº 393, de 3 de novembro de 2009, assim ementada:

EMENTA: UTILIZAÇÃO DE TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS FEDERAIS NOS TERMOS DO ART. 6º DA LEI Nº 10.179, DE 2001. O art. 6º da Lei nº 10.179, de 2001, depende de regulamentação, mediante a qual se deverá estabelecer como se dará a liberação prevista naquele dispositivo, bem assim como será efetivado o acerto entre os débitos fiscais do contribuinte e o valor do título vencido, utilizado para pagá-lo. Enquanto não editada semelhante regulamentação, inexistente possibilidade de utilização dos títulos da dívida pública emitidos em conformidade com os arts. 1º a 3º da Lei nº 10.179, de 2001, a partir da data de seu vencimento, para pagamento de tributos federais. Atualmente, a compensação de tributos de contribuições federais administrados pela RFB, a qual compete a este órgão recepcionar, normatizar e apreciar é praticada apenas conforme o art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, só podendo ser nela utilizados créditos decorrentes de tributos ou contribuições federais, pagos a maior ou indevidamente, passíveis de restituição

ou ressarcimento. Inadmissível a utilização de créditos referentes a títulos públicos nessa compensação. Uma vez que, por expressa restrição legal, não se compatibiliza com créditos referentes a títulos públicos, incabível cogitar da compensação de que trata o art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, de plano, como possível meio para operacionalizar o art. 6º da Lei nº 10.179, de 2001. Segundo comunicado divulgado pela Secretaria do Tesouro Nacional as LTN emitidas no início da década de 1970 apresentavam prazos de, no máximo, 365 dias. Não houve qualquer exceção a essa regra, nem houve qualquer repactuação dos prazos de vencimento.

Tampouco existe escrituração de títulos cartulares. O Tesouro Nacional emite LTN na forma escritural, de duas maneiras: por meio do “Tesouro Direto” e, por meio de seus leilões semanais. Não existem, pois, tais títulos, emitidos na referida época, com prazo superior a 365 dias, cujos vencimentos teriam sido supostamente repactuados para datas atuais. Alegações de que tais títulos são ainda válidos, inclusive já escriturados, são falsas. Sem qualquer fundamento, portanto, pretender-se enquadrar essas pretensas LTN na prerrogativa do art. 6º da Lei nº 10.179, de 2001.

Cite-se, ainda, a Solução de Consulta nº 166, de 18 de junho de 2012, assim ementada:

EMENTA: ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA EXTERNA. Inexiste previsão legal para a quitação de título da dívida pública externa com tributos administrados pela Receita Federal do Brasil.

Como se vê, os citados requerimentos à STN, além de, por óbvio, não possuírem o valor probante pretendido pela interessada, também não podem ser tidos, por falta de previsão legal, como documentos que constituem confissão de dívida ou como instrumentos hábeis e suficientes para a exigência do crédito tributário, razão pela qual não há como acolher o argumento de que não haveria necessidade de lavratura de auto de infração.

Sobre a alegação de que 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, engana-se a impugnante, pois não há previsão para tal procedimento; por outro lado, a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, nos termos do CTN, art. 142. Portanto, tendo o autuante identificado a falta de confissão de débitos, tendo em vista que a declaração original foi retificada, inclusive com a ocorrência de fraude, correto o lançamento para constituir o respectivo crédito tributário.

Quanto à afirmação de que, “caso a RFB discordasse da modalidade de lançamento e pagamento”, o correto não seria lavrar auto de infração, mas sim “iniciar um processo administrativo fiscal para determinar a suspensão da exigibilidade

do crédito tributário até ulterior liberação dos recursos”, cabe objetar que também não há previsão legal para o inusitado procedimento.

O presente processo segue à risca os termos do Decreto nº 70.235, de 1972, que rege o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União. Por fim, ao contrário do que sugere a impugnante, não houve violação de direito algum com a lavratura do auto de infração. Com efeito, o contraditório e a ampla defesa se concretizam com a instauração da fase litigiosa do procedimento pela apresentação da manifestação de inconformidade, momento oportuno para o contribuinte apresentar suas razões de defesa e as provas que possuir. Impõe-se, pois, rejeitar a alegação em questão.

Assim, tendo em vista que restou comprovado que o Recorrente indicou intencionalmente em sua declaração do Simples Nacional (PGDAS-D) informação que sabia estar errada (imunidade tributária das receitas), visando utilizar crédito financeiro baseado em Títulos da Dívida Pública Externa junto a Secretaria do Tesouro Nacional que legalmente não podem ser utilizados para pagar/compensar tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, entendo que a exigência do imposto do período de 09/2014 até 12/2015 prevista no Auto de Infração deve ser mantida em seus termos.

No que se refere à alegação da Recorrente de que não fez opção pelo lucro real ou presumido, haja vista que o auto de infração que determinou a exclusão do Simples Nacional encontra-se pendente de julgamento, sendo assim não poderia haver opção por outro regime de tributação, uma vez que não houve o exaurimento de todas as instâncias conforme previsão no PAF; a LC nº 123, de 2006, art. 29, § 1º, estabelece que na hipótese de exclusão do inciso V, como é o caso, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorrida. E o artigo 32 acrescenta que as empresas 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.

Dessa forma, tendo os efeitos da exclusão se iniciado em 09/2014, nos termos do processo nº 10740.720034/2016-80, correta a tributação pelo lucro arbitrado, uma vez que não houve opção feita pela contribuinte, nos termos do § 2º do art. 29, e sua contabilidade se mostrou impréstável para apuração do lucro real, nos termos do RIR/1999, art.530, II.

O fato de a Recorrente ter impugnado a exclusão do Simples Nacional, não impede o lançamento de ofício a partir da data em que a exclusão produziu efeitos, tendo como consequência, tão-somente a suspensão da exigibilidade dos valores lançados, até que haja decisão definitiva acerca da exclusão.

Desta forma, voto por manter integralmente o Auto de Infração do presente processo que exige imposto o relativo ao período de 09/2014 até 12/2015.

- Da multa qualificada:

A Recorrente indicou informação errada em sua PGDAS propositalmente, para deixar de pagar o imposto do Simples Nacional, visando compensá-lo com créditos de Título da Dívida Pública Externa de competência da Secretaria da Tesouro Nacional.

A Recorrente apresentou declarações retificadoras no período de 09/2014 até 12/2015 com informação incorreta sobre a natureza de suas receitas (imunidade tributária), com o fim claro de que seus débitos não fossem exigidos, conforme resposta dela mesma de que adotou esse procedimento porque não havia campo para informar a suposta “quitação dos débitos”. As declarações retificadoras foram apresentadas a partir de 27/08/2014, quando, ainda em 2012, a Secretaria da Tesouro Nacional - STN já havia encaminhado ofício à Appex acerca da impossibilidade de acolhimento do pedido de resgate de títulos e liberação de recursos para quitação de débitos tributários, por falta de amparo legal.

Ou seja, a Recorrente, orientada pela empresa Appex, inseria informação errada em sua declaração para tentar posteriormente compensar os débitos tributários com crédito não tributários, visando se esquivar do pagamento do imposto e dificultar o conhecimento por parte da Receita Federal de sua receita tributável, incorrendo no meu entender em infração dolosa de falta de pagamento do imposto.

Ademais, conforme muito bem apontado pelo v. acórdão recorrido, *em 23/04/2015, a RFB enviou a ela (Recorrente), por meio de seu domicílio tributário eletrônico, mensagem sob o título “Indício de Fraude: Quitação de Tributos com créditos fictos provenientes de operações no Siafi”, com orientações sobre seu procedimento, esclarecendo-a de que poderia se sujeitar às penalidades da lei tributária e penal (fl.209). Essa mensagem foi lida por ela em 24/04/2015 e mesmo assim a Recorrente continuou a praticar o procedimento indevido de declaração incorreta e compensação com crédito não tributário que sabidamente não poderia utilizar devido a falta de regulamentação, falta de certeza e liquidez.*

Sendo assim, entendo que restou configurado o intuito doloso da Recorrente de se esquivar de pagar o imposto devido, ensejando a qualificação da multa de ofício como foi feita pela fiscalização.

Ademais, como muito bem lembrado pelo v. acórdão recorrido e apenas para robustecer meu entendimento acima exposto, *o termo de início de fiscalização (fls. 257/261) foi lavrado somente em 14/03/2016, com ciência da empresa em 21/03/2016 (fl. 275). Assim, ela teve ciência de que estava irregular e oportunidade de corrigir seu procedimento antes do início da ação fiscal, mas não o fez.*

Desta forma, resta claro o intuito doloso, na medida em que é evidente que a Recorrente quis esquivar-se de pagar os tributos devidos, utilizou-se de meios inadequados e irregulares (declaração incorreta sobre a natureza de suas receitas - receitas imunes).

Da mesma forma, não assiste razão à Recorrente quando defende a aplicação apenas da multa por prestar informações com incorreções ou omissões. Como visto, o procedimento adotado por ela não se trata de meras incorreções ou omissões nas informações prestadas na declaração do Simples, mas na verdade trata-se de inserção proposital de informação errada na declaração para posteriormente tentar compensar os débitos tributários com crédito financeiro que não previsão legal para tal compensação.

Ou seja, não se trata de mera omissão ou incorreção não proposital em sua declaração, mas trata-se de procedimento irregular visando ao final se esquivar de pagar o imposto devido.

Desta forma, voto por manter a multa qualificada de 150% nos termos do parágrafo 1, do inciso I, artigo 44 da Lei 9.430/96 c/c com artigos 71 e 73 da Lei 4.502/64, conforme capitulado na autuação.

- Da responsabilidade solidária da empresa APPEX e do sócio Sr. César Sousa Botelho:

Segundo apurado pela fiscalização no Termo de Verificação Fiscal, teria ficado caracterizada a sujeição passiva solidária da empresa APPEX e de seu sócio Sr. César, nos termos do artigo 135, inciso II do CTN, tendo em vista que a empresa autuada outorgou procuração para essa empresa, pessoa jurídica (APEEX), indicada como cessionária do suposto crédito financeiro com o qual se pretendia compensar os valores devidos do Simples Nacional.

Segundo a fiscalização, a APEEX também retificou os PGDAS-D originalmente apresentados para a redução do valor dos tributos devidos no âmbito do Simples Nacional, inserindo propositalmente informação errada de que as receitas da empresa autuada seriam imunes, o que implicou em infrações à legislação tributária.

Vejamos a descrição dos fatos descritos no TVF em relação a responsabilização solidária:

9.2 DESCRIÇÃO DOS FATOS QUE DERAM BASE À RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA:

Conforme consignado descrito nos itens anteriores deste relatório, em consulta ao sistema de controle de procurações eletrônicas da Receita Federal, identificamos que a NEW GRAN ROCHAS LTDA. - EPP outorgou procuração eletrônica à APPEX CONSULTORIA TRIBUTÁRIA LTDA, pessoa jurídica indicada pelo fiscalizado como “cessionária” do suposto crédito financeiro, com o qual se pretendia compensar os valores devidos do SIMPLES NACIONAL.

Em depoimento prestado à fiscalização em 22/06/2016 o sócio-proprietário da NEW GRAN, EVANDRO BOTELHO DA FONSECA, confirmou ter outorgado procuração eletrônica à APPEX CONSULTORIA TRIBUTÁRIA, CNPJ 15.511.847/0001-08, com o objeto de representação junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil, bem como, afirmou que a APPEX foi a responsável pela retificação das declarações do PGDAS-D originalmente entregue pela outorgante, referentes aos períodos de apuração de 07/2014 a 12/2015.

Conforme visto, os PGDAS-D originalmente apresentados pela fiscalizada foram retificados pela APPEX no exercício do mandado outorgado pela NEW GRAN, com vistas a excluir o valor dos tributos devidos no âmbito do SIMPLES NACIONAL, inserindo a falsa informação de que suas receitas auferidas estavam sob o manto da IMUNIDADE TRIBUTÁRIA, o que configurou infrações à legislação tributária.

Notadamente a APPEX, ao inserir informação falsa nas Declarações retificadoras do SIMPLES NACIONAL do

fiscalizado, atuou com infração à lei, subsumindo-se assim ao disposto no inciso II do art. 135, do Código Tributário Nacional, pelo quê, deve ser incluída no rol dos responsáveis solidários pelo crédito tributário constituído de ofício, em face inclusive de sua atuação em conluio.

Conforme pode se verificar a fiscalização imputou responsabilidade solidária nos termos do inciso II do artigo 135 do CTN para a empresa APPEX e seu sócio, Sr. César Sousa Botelho, como mandatários da empresa autuada.

Pois bem. Passo a análise da responsabilização da empresa APPEX e posteriormente a do Sr. César.

Em relação a empresa APPEX, restou comprovado nos autos que a Recorrente outorgou procuração a pessoa jurídica (APPEX) indicada como cessionária do suposto crédito financeiro com o qual se pretendia compensar os valores devidos do Simples Nacional, e que a mesma retificou os PGDAS-D originalmente apresentados para a redução do valor dos tributos devidos no regime simplificado, inserindo propositalmente informação errada de que as receitas da empresa autuada seriam imunes, o que implicou em infrações à legislação tributária.

Assim, a aplicação da responsabilidade solidária nos termos do inciso II, do artigo 135 do CTN, por ter a empresa APPEX procuração para atuar junto a Receita Federal em nome da empresa NEW GRAN (autuada), no meu entender está correta, eis que conforme o dispositivo supra-citado se deve imputar a responsabilidade solidária para empresa que praticou irregularidade tributária e atuou na qualidade de mandatária da empresa autuada.

Sendo assim, como restou comprovado nos autos que a APPEX praticou a infração tributária julgada nos autos na qualidade de mandatária da Recorrente, entendo que a responsabilidade solidária da empresa APPEX nos termos do inciso II, do artigo 135 do CTN deve ser mantida em seus termos.

Entretanto, quanto ao Sr. César, entendo que o TVF não demonstrou nenhum ato praticado por ele e não o relacionou com as infrações descritas nos autos, apenas o incluindo como responsável solidário do crédito tributário por ser sócio da empresa APPEX.

Inclusive, o TVF também imputa responsabilidade solidária para o Sr. César nos termos do artigo 135, inciso II do CTN, porém não consta nos autos fatos ou provas que demonstrem que ele tenha agido como mandatário da Recorrente ou de que tenha praticado a infração tributária.

Assim, devido a falta de prova nos autos, bem como a falta de fundamentação no TVF e o nexo causal para responsabilizar o Sr. César a infração tributária descrita no Auto de Infração, entendo que a responsabilidade da pessoa física deve ser afastada.

No caso, a fiscalização deveria demonstrar nos autos que o Sr. César agiu como mandatário da Recorrente para praticar a infração tributária, para então fundamentar a responsabilidade solidária nos termos do artigo 135, inciso II do CTN. Ou então, deveria demonstrar que ele teve participação direta na infração praticada pela empresa APPEX, bem como interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação tributária ao apresentar em nome da empresa autuada as declarações retificadoras do Simples Nacional com informação incorreta, bem como que obteve benefício econômico com tal infração tributária,

para então fundamentar a responsabilização solidária nos termos do artigo 124, inciso I do CTN, o que não foi feito pelo Auditor Fiscal e não restou configurado no TVF e nos autos.

Desta forma, afasto a responsabilidade solidária imputada nos termos do inciso II, do artigo 135 do CTN do sócio da empresa APPEX, Sr. César Sousa Botelho.

Pelo exposto e por tudo que consta processado nos autos, voto por:

1 - conhecer e negar provimento ao Recurso Voluntário da empresa autuada;

2 - conhecer e dar parcial provimento ao recurso dos responsáveis solidários para manter a responsabilidade solidária da empresa APPEX Consultoria Tributária e afastar a imputação de responsabilidade solidária do sócio da empresa APPEX, Sr. César Sousa Botelho.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves

Voto Vencedor

Conselheiro Marco Rogério Borges – Redator Designado.

Em que pesem os valores argumentos do ilustre Conselheiro Relator, ousou discordar do seu voto no que tange sua posição para afastar a responsabilidade do Sr. César Sousa Botelho, pelo que, após discussão em colegiado, fui acompanhado pela maioria do colegiado.

Entendeu o douto relator que a autoridade fiscal não demonstrou nenhum ato praticado pelo Sr. César Sousa Botelho, para sua inclusão como responsável solidário do crédito tributário.

Contudo, em análise aos autos, verifica-se que o Sr. César tinha total ingerência sobre a APPEX, com totais poderes perante a RFB, e se utilizou destes poderes, como amplamente demonstrado, para entregar declaração com informação falsa e apagar mensagem que poderia alertar a representada sobre as infrações cometidas. Havia um esquema fraudulento articulado pela APPEX, da qual, na pessoa do Sr. César, agia.

Não dá para dissociar a Appex Consultoria Tributária Ltda. do seu sócio, Sr. César Sousa Botelho, pelo tudo relatado no termo de verificação fiscal, pois seria esconder toda a responsabilidade na personalidade jurídica.

Se a intenção do ordenamento jurídico é responsabilizar pessoalmente os sócios-gerentes e administradores das empresas privadas quanto às obrigações derivadas de sonegação, fraude ou irregularidade, não teria sentido imputar a responsabilidade solidária apenas à APPEX, mas também ao seu sócio, que na realidade era quem agia. Pessoas jurídicas são ficções jurídicas, algo consabido.

Conclusão

Ante todo o exposto, voto, pelo que, conforme *decisum*, já fui acompanhado pela maioria qualificada do colegiado, no sentido de, além da posição já mantida pelo colegiado da posição do relator, em manter a responsabilidade tributária também ao sócio da Appex Consultoria Tributária Ltda, o Sr. César Sousa Botelho.

(assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges