ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10783.720982/2016-19

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

Processo nº	10783.720982/2016-19
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**1402-003.012 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	11 de abril de 2018
Matéria	SIMPLES
Recorrente	ESQUADRIAS SANTA MARIA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA - EPP
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Período de apuração: 01/11/2014 a 31/12/2014

FALTA DE RECOLHIMENTO/DECLARAÇÃO.

Constatada a falta de recolhimento ou declaração dos débitos relativos ao Simples Nacional, correta sua exigência por meio do lançamento de ofício.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA. UTILIZAÇÃO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS FEDERAIS.

Inexiste previsão legal para a quitação de tributos administrados pela Receita Federal do Brasil com título da dívida pública.

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO. CONLUIO.

Mantém-se a multa por infração qualificada quando reste inequivocamente comprovado 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário da recorrente e dos sujeitos passivos solidários.

(assinado digitalmente)`

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(assinado digitalmente)

Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Edgar Bragança Bazhuni, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Dias Correa, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Demetrius Nichele Macei e Paulo Mateus Ciccone (Presidente)

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto por Esquadrias Santa Maria em face de decisão que julgou improcedente impugnações apresentadas pelas recorrentes por meio das quais pretendiam a quitação de tributos devidos no SIMPLES mediante compensação com TDPs cedido pela segunda recorrente.

Diante do detalhado relatório empreendido pela DRJ peço vênia para sua transcrição:

> *Segundo consta da Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fl. 4), foi apurada insuficiência de recolhimento – segregação incorreta de receitas, infringindo a Lei Complementar (LC) nº 123, de 14 de dezembro de 2006, arts. 3o, § 1o, 13, 18, §§ 1o ao 4o, e 25, e alterações; e a Resolução CGSN nº 94, de 2011, arts. 1o, 2o, 3o, 4o, 16, 20, parágrafo único, I, 21, 25, 37, § 2o, I e II, 84, e 85, III, e alterações. O Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 18/70 descreve a ação fiscal, indicando os fatos que a ela deram origem, nos seguintes termos: Ressalta o TVF a falta de resposta ou apresentação de respostas incompletas às intimações fiscais por parte da fiscalizada, limitando-se a reafirmar a tese de quitação dos tributos do Simples Nacional por créditos financeiros adquiridos da pessoa jurídica Alpha One Administração e Gestão de Ativos Ltda.., doravante denominada Alpha One, em procedimento administrativo junto à Secretaria do Tesouro Nacional (STN). Asrespostas apresentadas, a despeito de terem sido assinadas pelo representante da contribuinte,foram elaboradas e protocolizadas na Receita Federal pela Alpha One. O texto é idêntico aoapresentado por vários "clientes" de Alpha One, bem como de outra pessoa jurídica,denominada Appex Consultoria Tributária Ltda., doravante denominada Appex.*
>
> *A contribuinte fora intimada a apresentar diversos documentos einformações relativos às operações de "aquisição dos créditos financeiros", bem como identificar a pessoa responsável pela apresentação da retificadora da Declaração do Simples*
>
> *Nacional (PGDAS-D), na qual fora informada imunidade tributária, e a apresentar documentos*
>
> *de quitação dos tributos devidos, referentes aos períodos de 11/2014 a 12/2015, não atendendo*

adequadamente os quesitos formulados nem entregando qualquer dos documentos solicitados. Segundo o TVF, também não houve a comprovação da imunidade tributária informada nas PGDAS-D, tendo a fiscalizada informado que: Com relação à alegação da contribuinte de que a extinção de sua obrigação tributária diferiria "dos padrões comumente observados na relação contribuinte/Receita Federal", por ter se utilizado de crédito financeiro oriundo de procedimento administrativo, junto à STN, objetivando o resgate de Título da Dívida Pública Externa, que estaria embasado na Portaria SRF nº 913/2002, o autuante ressaltou que essa portaria trata de documentos de arrecadação de receitas federais (Darf), que em momento algum foram apresentados pela contribuinte, que as alegações apresentadas são meras ilações e não têm suporte nas normas citadas e que não foram apresentados documentos comprobatórios para dar suporte às alegações.

Acrescentou que a utilização de crédito mantido junto à União para a extinção de débito relativo a tributos federais enquadrar-se-ia na modalidade de compensação, conforme previsão do inciso II do art. 156 do Código Tributário Nacional (CTN). Que a Alpha One não efetuou prova inconteste de que o crédito cedido à contribuinte se encontra dentre aqueles constantes da respectiva rubrica orçamentária, limitando-se a indicar de modo geral a existência de créditos orçamentários, sem, no entanto, comprovar que detinha parcela daqueles créditos, individualizadamente. Informou que a STN, por meio do Ofício nº 719/2012/CODIV/SUDIP/STN/MF-DF, narrou a impossibilidade de acolhimento do pedido de resgate de títulos e liberação de recursos para quitação de débitos tributários de terceiros, por falta de amparo legal, o que teria sido reconhecido pela própria contribuinte, quando indicou que a Alpha One teria interposto recurso contra esse indeferimento e solicitou que a fiscalização fosse suspensa até decisão final da STN.

Concluiu o autuante que não restou provada a existência nem liquidez e certeza do suposto crédito financeiro, nem a possibilidade de sua utilização para quitação de tributos, o que decorre da própria afirmativa constante da resposta da contribuinte acerca do recurso pendente de decisão administrativa da STN, o que impede sua utilização para a compensação de tributos, na forma do art. 170 do CTN.

O autuante citou o julgamento do processo de Execução por Título Extrajudicial, nos autos do processo nº 36761-30.2012.4.01.3400, no qual o Juiz Federal RICARDO GONÇALVES DA ROCHA CASTRO, da Seção Judiciária do Distrito Federal, exarou a sentença nº 526/2013, tipo A, em que restou afastada a possibilidade da utilização dos supostos créditos cedidos a diversas pessoas jurídicas, para quitação de tributos federais.

Relatou ainda o envio de ofício por parte do Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em Vitória à STN, solicitando informações a respeito das práticas adotadas pelas empresas Appex e Alpha One. Da resposta enviada, concluiu que o esquema de cessão de crédito financeiro pelas pessoas jurídicas Appex e Alpha One é um subterfúgio fraudulento com vistas a suprimir ou reduzir tributos federais em conluio com as pessoas jurídicas adquirentes dos supostos créditos financeiros.

Em consequência, o autuante considerou que restou provado o artifício fraudulento perpetrado pela contribuinte, em conluio com a pessoa jurídica indicada como cedente dos hipotéticos créditos, com o fito de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo. A contribuinte não teria logrado comprovar o recolhimento dos valores devidos do Simples Nacional nos períodos fiscalizados, conforme disposto no art. 13 da LC nº 123, de 2006.

Considerou, ainda, que a reiteração na prática de infração ao disposto na

LC nº 123, de 2006, importa em exclusão de ofício da pessoa jurídica do Simples Nacional (art.29, V), e que a autuada transgrediu o conteúdo da referida lei: a uma, ao deixar de efetuar o recolhimento mensal dos tributos devidos no Simples Nacional, na forma prevista no inciso I do art. 1º c/c o art. 13, o que se subsume ao disposto no inciso I do § 9º do art. 29, todos da LC nº 123, de 2006; a duas, pela utilização de artifício para impedir o conhecimento pela autoridade administrativa da ocorrência do fato gerador dos tributos, ao incluir informação ardilosa, falsa e fraudulenta nos PGDAS-D –retificadores, dando conta de que suas receitas estariam acobertadas por imunidade tributária, que se subsume ao conteúdo do inciso II do §9º do art. 29 da referida LC.

Dessa forma, para fins de dar cumprimento ao disposto nos §§1º e 2º do art. 29, que tratam da produção de efeitos da exclusão e do prazo de impedimento para a nova opção pelo Simples Nacional pela pessoa jurídica excluída, foram objeto de lançamento de ofício, em encerramento parcial do procedimento fiscal, os fatos geradores ocorridos nos períodos de apuração de 11 e 12/2014, necessários e suficientes para caracterizar a prática reiterada de infração à LC nº 123, de 2006. A reiteração teria se dado no período de apuração de 12/2014, dando início aos efeitos da exclusão do mês 01/2015.

Considerando a atitude dolosa da fiscalizada de reduzir o montante dos tributos devidos, foi aplicada multa de ofício de 150% (cento e cinqüenta 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. Ressaltou o autuante que a aplicabilidade de dispositivo no caso de infrações à legislação do Simples Nacional foi reafirmada pelo art. 87 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, por expressa determinação do art. 35 da LC nº 123, de 2006.

Foi incluída no rol dos responsáveis solidários pelo crédito tributário constituído de ofício a empresa Alpha One, em razão das seguintes constatações:

Em consulta ao sistema de controle de procurações eletrônicas da Receita Federal, identificamos que a fiscalizada outorgou procuração eletrônica à Alpha One, pessoa jurídica indicada pela fiscalizada como cessionária do suposto crédito financeiro, com o qual se pretendia compensar os valores devidos do SIMPLES NACIONAL.

(...)

De acordo com a fiscalizada, "O Preenchimento do PGDAS era feito pelo Escritório que encaminhava a guia gerada à Apha One e lá, mediante a procuração eletrônica, faziam as alterações".

Os PGDAS-D, originalmente apresentados pela autuada, foram retificados pela Alpha One no exercício do mandado outorgado pela fiscalizada, para a redução do 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 implicou em infrações à legislação tributária.

A Alpha One, ao inserir informação falsa nas Declarações retificadoras do SIMPLES NACIONAL da fiscalizada, 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 como responsável pelo crédito tributário constituído de ofício, em face inclusive de sua atuação em conluio.

O procedimento fiscal foi encerrado parcialmente, relativamente aos períodos de 11 e 12/2014, e resultou na proposta de exclusão do Simples Nacional a partir de 01/2015. Acrescentou que os períodos de apuração de 01 a 12/2015 seriam tributados na forma do art. 32 da LC nº 123, de 2006.

Notificada do lançamento em 20/10/2016, conforme aviso de recebimento de fl. 468, a interessada, por seu procurador, ingressou, em 20/11/2016, com a impugnação de fls. 481/499, na qual alegou, em suma:

- ***não foram realizadas compensações indevidas na PGDAS****, apenas havendo informações no campo de imunidade nesta Declaração;*
- *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 está vinculados em processo administrativo junto a STN, COMPROT sob o nº 011.101684.002365.2014.000.000, cuja origem é a Dívida Pública Externa Brasileira vencida e não paga, razão pela qual o artigo 1º e parágrafo único da Portaria SRF nº 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 n° 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 nº 162, de 4 de novembro de 1988, que foi revogada pela Instrução Normativa SRF nº 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 nº 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, coma abertura do Processo Administrativo / COMPROT nº 011.101684.002365.2014.000.000/ a Impugnante protocolou referidos documentos na Receita Federal do Brasil, no* ***Processo Administrativo, confessando seus débitos e informando o imediato pagamento, naqual a RFB tem ato vinculado pela decisão da STN frente aos tributos indicados;***
- *requer a nulidade absoluta do lançamento fiscal, haja vista que a RFBnão 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 autolançamento 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 nº 70.235/1972 c/c Lei n° 9.784/99, e ainda, com alterações pelas Leis nº 11.457/2007 e nº 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 nº 9.784/99 e Lei nº 123/2006 e Decreto n° 70.235/72, e nos direitosconstitucionais 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 infraconstitucional, 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 se utilizou 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 , 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;

- ***houve a confissão do crédito tributário nos livros contábeisobrigatórios, bem como informação na PGDAS original dos reais valores, que, caso não fosse deferida a retificação da PGDAS pela RFB, esta notificaria e efetuaria 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 baseno artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, nos termos do artigo 21, § 8º daLC 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 consequentemente 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 nº 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 nº 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, consequentemente, 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 n° 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 nº 123/2006;*
- *não há que se falar na manutenção do auto de Infração, formalizado de maneira arbitraria 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 011.101684.002365.2014.000.000, com posterior protocolo das informações prestadas a RFB pela juntada efetivada no Processo Administrativo, 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.*

Requereu o imediato cancelamento do auto de infração; a extinção do auto de infração pelo fato de que os débitos não precisavam ser lançados novamente; caso não seja

extinto o auto de infração, que reduza a multa para percentual previsto no 38-A da Lei Complementar 123/2006.

A empresa Alpha One, cientificada da responsabilização solidária, apresentou a impugnação de fls. 577/593, 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 a Alpha One;*
- *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 autorizativas 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, 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. Cuidase 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 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 – **ALPHA ONE**, pelo fato de não haver comprovação de que ela, na condução da empresa autuada, tenha agido de forma a infringir qualquer dos preceitos legais contidos no art. 135 do CTN.*
- *O instrumento de procuração eletrônica outorgado à ALPHA ONE 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 fosse parte legítima para levantar tais questões, e não o é, uma vez que somente o Outorgante do mandato detém tal legitimidade, 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 empresaria, 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 à Alpha One, alçando-a 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 elegeu como sujeito solidariamente passivo com a pessoa jurídica autuada 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:*
- *As hipóteses de responsabilidade admitidas pelo CTN são:*
- *Não há que se falar na manutenção do Auto de Infração com a Responsabilidade Solidária da Empresa Impugnante –* ***ALPHA ONE****, formalizado de maneira arbitraria, 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 autuada.*

Requereu o cancelamento do auto de infração, por completa falta de previsão legal, e a nulidade da responsabilização solidária da ALPHA ONE, tendo em vista que em momento algum ficou provado o intuito de dolo e fraude cometido por ela.

Julgado insubsistente o recurso apresentado o julgado restou assim ementado:

Assunto: Simples Nacional

Período de apuração: 01/11/2014 a 31/12/2014

Ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO/DECLARAÇÃO.

Constatada a falta de recolhimento ou declaração dos débitos relativos ao Simples Nacional, correta sua exigência por meio do lançamento de ofício.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/11/2014 a 31/12/2014

TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA. UTILIZAÇÃO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS FEDERAIS.

Inexiste previsão legal para a quitação de tributos administrados pela Receita Federal do Brasil com título da dívida pública.

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO. CONLUIO.

Mantém-se a multa por infração qualificada quando reste inequivocamente comprovado 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.

Voto

Conselheiro Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira- Relator

1. DA ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi tempestivamente interposto e preenche os demais requisitos legais e regimentais para sua admissibilidade, portanto, merecer conhecimento.

2. DO MÉRITO:

2.1 DA (IN)EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS MEDIANTE TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA EXTERNA (TDPs):

Inicialmente, discute-se a incorreção no preenchimento da PGDAS que deu azo a presente autuação fiscal. O contribuinte foi autuado por supostamente apresentar PGDAS retificadora em que declarou parte de sua receita no campo de imunidade. Em sua

defesa sustentou que em verdade o imposto referente àquelas receitas teriam sido quitados através do processo de resgate de Título da Dívida Pública Externa, junto a Secretaria do Tesouro Nacional, através de processos administrativos identificados pelos COMPROTs anexos, todos vinculados ao COMPROT 011.101684.002365.2014.000.000; no qual 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..

Quanto a este ponto, a r. DRJ entendeu que

> 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.
> (...)
> 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 cártula) 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.
> (...)
> 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.

De minha parte, entendo que assiste razão a r. DRJ. Os títulos em análise não se revestem das características previstas no art. 6º da Lei nº 10.179/2001, de sorte que não são possíveis de aproveitamento para pagamento dos tributos federais. Nessa linha o decidido por esta Câmara nos autos do Processo Administrativo nº 11516.720272/2011-05, Acórdão nº 1402-002.185, que restou assim ementado:

> TÍTULO DA DÍVIDA EXTERNA BRASILEIRA. PODER LIBERATÓRIO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS.
> Os títulos da dívida externa emitidos no início do século XX não se revestem da condição de NTN (Notas do Tesouro Nacional) referidas na Lei n° 10.179/2001. **Os títulos da dívida pública a que se refere a Lei n° 10.179/2001 são resgatados, sem exceção, no vencimento pela União, fato que afasta a possibilidade de aplicação do artigo 6° da citada lei, que prevê o poder liberatório dos títulos inadimplidos para fins de pagamento de tributos federais.**
> TÍTULO DA DÍVIDA EXTERNA BRASILEIRA. AÇÃO JUDICIAL. PODER LIBERATÓRIO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS. INFORMAÇÃO EM DCTF. DEPÓSITO. CONVERSÃO EM RENDA.
> O depósito efetuado em ação judicial que tem por objeto a execução de título da dívida externa brasileira, não tem o condão de suspender a exigibilidade de tributo federal. Para fins de suspensão da exigibilidade do tributo o depósito deve ser feito em montante integral e em ação judicial que tenha por objeto a discussão do crédito tributário. A conversão do depósito em renda só em possível após o trânsito em julgado de ação judicial em que o ente tributante restou vencido.

Além disso, importa ressaltar que Portaria 913/2002 não regulamenta, tampouco suporta o procedimento adotado pela Recorrente, conforme se depreende de sua leitura integral, não limitada a artigos específicos. Assim sendo, estou convencido do acerto da decisão de primeira instância motivo pelo qual a mantenho por seus próprios fundamentos.

2.2 **DA IMPOSIÇÃO DE MULTA QUALIFICADA:**

Ainda em sede de impugnação sustenta a recorrente que a pretensão de quitação dos tributos devidos mediante TDPs não representa qualquer conluio e/ou fraude nos termos dos arts.71-74, da Lei n.4356, não havendo, assim suporte fático para imposição de multa qualificada.

A DRJ, no entanto, entendeu de modo diverso ao apreciar a impugnação da recorrente:

> A contribuinte apresentou declarações retificadoras com informação falsa 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 em 24/10/2013, quando, ainda em 2012, a 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.

> Ademais, em 23/04/2015, a RFB enviou a ela, 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. Essa mensagem foi lida em 24/04/2015 (fl. 195).
> Por outro lado, o termo de início de fiscalização (fls. 302/306) foi lavrado somente em 01/04/2016, com ciência da empresa na mesma data. Assim, ela teve ciência de que estava irregular e oportunidade de corrigir seu procedimento, mas não o fez.
> Assim resta claro o dolo, na medida em que é evidente que a impugnante quis o resultado (eximir-se dos tributos devidos) e utilizou-se de meios fraudulentos para consegui-lo (declaração falsa sobre a natureza de suas receitas).

Em relação a este ponto, considerando a informação de que a Recorrente havia recebido informação da STN em momento anterior quanto a impossibilidade do procedimento adotado, tenho dificuldades em afastar a existência de dolo por parte do contribuinte e, em decorrência, a multa de 150%.

A decisão da DRJ se afigura escorreita dado que patente o artifício da fraude (interposição de supostos créditos) sabidamente inaptos para compensação, visando nitidamente sonegação, o que justifica a qualificação da multa.

Tem-se, ainda, que no esquema fraudulento houve a utilização de interposta pessoa, bem como a utilização de TDPs sabidamente inaptos para compensação tributários; atos que configuram fraude, o que, também, justifica a qualificação da multa.

2.3 DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO MANDATÁRIO:

Por fim, quanto a responsabilidade, cumpre ressaltar que a responsabilização se deu nos termos do art. 135, II, do CTN, que prevê especificamente a figura do mandatário, não se adentrando aqui nas discussões que existem quanto aos poderes de gerência.

Importante lembrar o que dispõe o art. 135, II: **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, prepostos e empregados.

No caso concreto, conforme se depreende da leitura dos autos: A empresa APPEX, na pessoa de seu sócio, tinha poderes de representação da autuada, por meio de procuração eletrônica perante a RFB, e se utilizou desses poderes, como amplamente demonstrado, para entregar uma declaração com informação falsa e apagar mensagem que poderia alertar a representada sobre as infrações cometidas.

3. CONCLUSÃO:

Diante de todo o exposto voto por negar provimento aos recursos voluntários.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira