



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

Processo nº 10950.720652/2011-40
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **2401-000.251 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 18 de setembro de 2012
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente OLHO DA AGUIA COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

RESOLVEM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência.

Elias Sampaio Freire – Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

RELATÓRIO

A presente Auto de Infração de Obrigação Principal, lavrado sob o n. 37.301.539-9 e 37.301.540-2, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa, incluindo as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, bem como as destinadas a terceiros sobre os valores pagos aos segurados empregados e contribuintes individuais. O lançamento compreende competências entre o período de 01/2006 a 13/2009.

Destaca-se que conforme descrito no relatório fiscal, a empresa desde 24/02/2005 está inscrita no SIMPLES, contudo no decurso da ação ficou demonstrado que a empresa OLHO da AGUIA, é constituída por interpostas pessoas, ocultando o sócio de fato, o que está amplamente evidenciado e comprovado na Representação Fiscal – Exclusão do SIMPLES, Processo n. 10950.720616/2011-86. Comprovado que a empresa [e constituída por s[ócios laranjas, interpostas pessoas, não restou dúvida de que ao optar pelo Simples e , posteriormente, pelo Simples Nacional, o fizeram indevidamente, o que constitui infração ao inciso IV do art. 14 da lei 9.317/1996 e do inciso IV da LC n. 123/2006.

Assim, restaram apuradas contribuições separadas da seguinte forma:

Referente à parte patronal, foi constituído o valor total de R\$ 289.052,56, sendo R\$ 122.445,25 de Contribuições Previdenciárias devidas pela empresa, R\$ 30.843,82 de juros de mora e R\$ 135.763,49 de multa de ofício, conforme discriminado no demonstrativo Discriminativo do DébitoDD, às fls. 124/156, relativo ao período de 01/2006 a 12/2009.

Referente às entidades e fundos denominados “terceiros”, foi constituído o valor total de R\$ 41.238,77, sendo R\$ 6.690,54 de Contribuições Previdenciárias devidas pela empresa, R\$ 2.433,66 de juros de mora e R\$ 23.283,08 de multa de ofício, conforme discriminado no demonstrativo Discriminativo do DébitoDD, às fls. 169/178, relativo ao período de 01/2006 a 12/2009.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 04/03/2011, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 14/03/2011.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela notificada, fls. 202 a 222, alegando sinteticamente que os efeitos da exclusão encontram-se suspensos até a decisão final do procedimento de exclusão do SIMPLES.

A Decisão-Notificação confirmou a procedência, total do lançamento, fls. 234 a 244.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/01/2006 a 30/06/2007, 01/07/2007 a 31/12/2009 -

AIOP 37.301.5399 Patronal AIOP 37.301.5402 Terceiros - EXCLUSÃO DO SIMPLES E CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

LANÇAMENTO CONCOMITANTE. NULIDADE Efeito imediato da exclusão da empresa do SIMPLES é sua tributação pelas regras aplicáveis às empresas em geral, de maneira que ao Fisco, tendo conhecimento da exclusão e da existência de créditos tributários não constituídos, resta obrigatória a sua constituição pelo lançamento.

MULTA QUALIFICADA. DOLO.

Os elementos de prova que constam nos autos da intenção de ocultar a real situação do sujeito passivo perante o Fisco a fim de se beneficiar de regime de tributação diferenciado são suficientes para constituir fato que evidencia sonegação e implica qualificação da multa de ofício.

DESCONSIDERAÇÃO DOS ATOS OU NEGÓCIOS JURÍDICOS PRATICADOS.

A autoridade administrativa possui a prerrogativa de desconsiderar atos ou negócios jurídicos eivados de vícios, sendo tal poder da própria essência da atividade fiscalizadora, consagrando o princípio da substância sobre a forma.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

É solidariamente obrigada a pessoa que tenha interesse comum na situação que constitua o fato gerador.

Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 255 a 278. Em síntese, a recorrente em seu recurso alega o seguinte:

1. Informa que não há possibilidade de se constituir o crédito tributário enquanto não julgado o processo de exclusão do regime diferenciado de tributação, pois, caso o recorrente saia vencedora da situação em litígio, cairá por terra o lançamento de ofício e seus argumentos; Alega, ainda, a interessada, a nulidade da exclusão por ausência de provas quanto às situações jurídicas descritas e, por inaplicabilidade dos dispositivos legais mencionados, sendo que a autoridade fiscal intentou uma sanha desenfreada contra as empresas onde João Roberto Viotto e Ângela Fernandes Viotto são procuradores mandatários.
2. Sustenta que ao fisco cabe provar a ocorrência dos fatos que afirma e que a outorga de procurações para que gerissem as diversas empresas do grupo não traduzem, nem induzem a interposição de pessoas. Argumenta que a conclusão da autoridade fiscal é desarrazoada e paradoxal já que, sendo um dos sócios da empresa menor representado contratualmente pelos pais, por óbvio que o mandato outorgado faz-se necessário para a administração da empresa; que inexistente impedimento à outorga do mandato, não havendo que se alegar acerca de interposição de pessoas; que não se pode esquecer que a interposição de pessoas somente se descortina quanto à finalidade, cujos efeitos recaem na supressão do pagamento de impostos, fato não caracterizado no presente caso.

3. Afirma que no caso em análise não restou caracterizada a omissão de receitas e que o fato de os pais gerirem a empresa não caracteriza a participação societária indireta ou oculta, pois os atos praticados representam mera gestão de negócios, o que encontra respaldo no artigo 653 do Código Civil Brasileiro de 2002.
4. Fala na transferência da responsabilização solidária (art.135,II do CTN) e sustenta ter o fisco pecado ao transferir a responsabilidade aos procuradores a fim de excluir a pessoa jurídica do Simples, posto que não restou configurada eventual omissão de receitas e que, os fatos relatados constituem situações factuais não passíveis de sujeição tributária; que os desígnios traçados pelo legislador foi responsabilizar fatos jurídicos e não meramente econômicos; o que os procuradores fizeram foi dar fim cumprimento ao mandato que lhes foi outorgado; que é inconcebível imputar a responsabilidade subsidiária a terceiro para alcançar o intento expropriatório.
5. Transcreve vasta manifestação jurisprudencial e doutrinária sobre prova na responsabilidade de terceiros com base no artigo 135 do Código Tributário Nacional. Na seqüência, procede à análise da responsabilidade tributária espelhada no artigo 124 do mesmo diploma legal, também acompanhada de jurisprudência e doutrina e, conclui que a exclusão da requerente ao Simples desprezou as balizas traçadas para desferir a titularidade plurisubjetiva de contribuintes, onde a eleição coparticipativa é natimorta na sua essência, uma vez que não houve o cometimento do dolo, fraude ou simulação na constituição empresarial, inexistindo qualquer interposição de pessoas (sócios ocultos), mas tão somente outorga representativa de mandato, conforme as leis civis, não havendo espaço jurídico para a aplicação do artigo 124, I do Código Tributário Nacional, tampouco os artigos 14, inciso IV da Lei nº 9.317, de 1996 e, artigo 29, inciso IV da Lei Complementar nº 123, de 2006.
6. Insurge-se quanto a qualificação da multa, haja vista não terem sido detectadas ou vislumbradas quaisquer omissões de receitas tributáveis, especialmente, as situações descritas no art. 957 do RIR/99. Justifica a afirmação dizendo que o lançamento versou apenas sobre as A unidade da DRFB encaminhou o recurso a este Conselho para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 2794. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

Pela análise dos autos identifica-se que o fato que ensejou a lavratura dos Autos de infração nos moldes em que se encontram, foi indevido enquadramento no SIMPLES de acordo com informações prestadas pelo próprio auditor fiscal em seu relatório.

A autoridade julgadora de 1ª instância julgou o AI procedente, tendo em vista o julgamento de procedência do ato de exclusão do SIMPLES em primeira instância Apesar de terem sido apresentados e rebatidos diversos argumentos em sede de recurso, entendo haver uma questão prejudicial ao presente julgamento. A decisão da procedência ou não do presente auto-de-infração está ligado à sorte da Representação Fiscal – Exclusão do SIMPLES, Processo n. 10950.720616/2011-86, considerando que as contribuições aqui lançadas deram-se exclusivamente pela exclusão da empresa do sistema SIMPLES. Contudo, após pesquisas no sistema do CARF, não se identificou decisão a respeito das mesma, ou mesmo foi processo distribuído.

Assim, para evitar decisões discordantes faz-se imprescindível primeiro a análise da Representação de Exclusão, para só então julgar-se a procedência da autuação.

Dessa forma, entendo que o melhor encaminhamento é determinar o retorno do processo à DRFB jurisdicionante, devendo o auto-de-infração ficar sobrestado aguardando o julgamento das do AI conexas(s). Tão logo o processo de Representação Fiscal – Exclusão do SIMPLES, Processo n. 10950.720616/2011-86 seja julgado no âmbito do CARF, devem os autos retornar ao CARF para que seja dado prosseguimento ao julgamento.

CONCLUSÃO:

Voto pela CONVERSÃO do julgamento EM DILIGÊNCIA, devendo ser sobrestado este auto-de-infração até o transito em julgado da Representação Fiscal – Exclusão do SIMPLES, Processo n. 10950.720616/2011-86. Do resultado da diligência, antes de os autos retornarem a este Colegiado deve ser conferida vistas ao recorrente, abrindo-se prazo normativo para manifestação.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.