



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10950.724150/2017-83
ACÓRDÃO	1102-001.984 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	27 de março de 2026
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	ABSOLUTA DISTRIBUIDORA DE CARTÕES TELEFÔNICOS LTDA - EPP
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

SIMPLES NACIONAL. EFEITOS DA EXCLUSÃO.

As microempresas ou as empresas de pequeno porte 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.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. DEDUÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS.

Na determinação dos valores a serem lançados de ofício em decorrência da exclusão do contribuinte do Simples Nacional, constatada a dedução proporcional dos recolhimentos havidos na modalidade simplificada, deve ser mantida a exigência quando o impugnante não aponta erro algum ou inconsistência nos cálculos demonstrados no procedimento fiscal.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se aos lançamentos que com ele compartilham o mesmo fundamento factual e para os quais não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhes recomende tratamento diverso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso do contribuinte e em dar parcial provimento aos recursos voluntários dos coobrigados, apenas para afastar o inciso II do art. 124 do Código Tributário Nacional como fundamento das responsabilidades que lhes foram imputadas, mantendo-as com base nos demais fundamentos da acusação fiscal

Assinado Digitalmente

Lizandro Rodrigues de Sousa – Relator

Assinado Digitalmente

Fernando Beltcher da Silva – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Lizandro Rodrigues de Sousa, Cristiane Pires Mcnaughton, Cassiano Romulo Soares, Gustavo Schneider Fossati, Gabriel Campelo de Carvalho, Fernando Beltcher da Silva(Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntários (e-fls. 833/886, 887/922 e 923/959) contra Acórdão da 2ª Turma da DRJ/BHE (n. 02-89.464, e-fls. 778/807) que julgou improcedentes as Impugnações contra autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins decorrentes da exclusão da empresa Absoluta Distribuidora de Cartões Telefônicos Ltda. - EPP do Simples Nacional, tratada no processo administrativo 10950.724121/2017-11.

Assim dispôs a decisão de Primeira instância destes autos, em relatório:

AUTOS DE INFRAÇÃO E TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL - FLS. 493/580.

Este processo administrativo fiscal trata do lançamento de ofício de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, consubstanciado nos respectivos autos de infração, referentes aos fatos geradores ocorridos no período de 01/2013 a 12/2015, cujo crédito tributário foi assim consolidado:

TRIBUTOS	TOTAL
IRPJ	R\$ 1.432.970,43
CSLL	R\$ 507.852,52
PIS	R\$ 65.204,46
Cofins	R\$ 332.661,58

Consta ainda que os valores recolhidos pela empresa Absoluta Distribuidora para o Simples foram devidamente deduzidos dos autos de infração, conforme planilha especificada.

Na parte que trata da solidariedade, a fiscalização ressalta que a formação do grupo econômico irregular e, por conseguinte, a solidariedade estabelecida entre o proprietário de todas as empresas Sr. Valdir Costa, assim como da empresa de lucro real que encabeça o grupo, Absoluta Prestadora de Serviços, está amplamente comprovada na Representação Fiscal de Exclusão do Simples Nacional nº 10950.724121/2017-11, que foi apensada ao Auto de Infração.

Foram ainda identificados os sócios e administrador da empresa autuada constantes do contrato social e o sócio de fato, além dos processos que foram constituídos em razão da ação fiscal empreendida.

DEMAIS DOCUMENTOS E CIÊNCIA DO LANÇAMENTO E DA RESPONSABILIZAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Os demais documentos que embasaram o trabalho fiscal constam das fls. 02/492.

A ciência do lançamento foi dada por meio do competente termo de encerramento do procedimento fiscal - responsabilidade tributária, pessoalmente, conforme abaixo especificado:

Sujeito passivo/Responsável solidário	Documento (fls.)	Data da ciência
ABSOLUTA DISTRIBUIDORA DE CARTÕES TELEFÔNICOS LTDA-EPP	589/590	27/10/2017
ABSOLUTA PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA.	581/583	27/10/2017
VALDIR COSTA	585/587	27/10/2017

O despacho de fl. 592 dá conta de que este processo foi juntado por apensação ao processo nº 10950.724121/2017-11.

IMPUGNAÇÃO - FLS. 594/716.

As impugnações foram apresentadas conforme se segue:

Sujeito passivo/Responsável solidário	Documento (fls.)	Data da entrega
ABSOLUTA DISTRIBUIDORA DE CARTÕES TELEFÔNICOS LTDA-EPP	620/681	24/11/2017
ABSOLUTA PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA.	594/619	27/11/2017
VALDIR COSTA	682/716	24/11/2017

A seguir estão sintetizados os argumentos apresentados pelos impugnantes.

1- DA IMPUGNAÇÃO DA ABSOLUTA DISTRIBUIDORA DE CARTÕES TELEFÔNICOS LTDA.

I. DOS FATOS.

A impugnante faz uma síntese dos fatos que nortearam o procedimento fiscal.

II. DA TEMPESTIVIDADE.

Destaca que a manifestação de inconformidade é tempestiva.

III. DAS PRELIMINARES DE MÉRITO.

III.I. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DAS NORMAS TRIBUTÁRIAS COMPLEMENTARES.

A impugnante alega que deve ser imputado à autoridade fazendária a estrita observância dos preceitos normativos veiculados pela RFB, sendo que a autoridade fazendária deve cumprir TODOS os preceitos naqueles previstos, mesmo que tenham cunho de mero controle ou regulamentação de ato interno, ou se estará infringindo as normas que regulam o processo administrativo fiscal.

III.II. DA NULIDADE DE TODO O PROCEDIMENTO FISCAL POR INOBSERVÂNCIA AO ART. 5, § 2º, DA PORTARIA RFB N.º 1.687/2014

Afirma que, inicialmente, havia previsão para fiscalização de contribuições previdenciárias e para outras entidades e fundos, relativas aos anos-calendário de 2013 a 2015. Posteriormente, em 25/07/2017, houve a alteração no TDPF, sendo acrescentados na fiscalização o IRPJ, CSLL, PIS e Cofins do mesmo período.

Sustenta que, em observância ao art. 5º, § 2º, da Portaria RFB n.º 1.687/2014, deveria a autoridade fiscal na primeira notificação realizada à impugnante ter informado expressamente a alteração realizada no TDPF e a ampliação da fiscalização, sob pena de nulidade.

Alega que a inobservância ao disposto na Portaria RFB n.º 1.687/2014 caracteriza violação ao devido processo legal administrativo e o preterimento do direito de defesa da

impugnante por vício formal, devendo ser declarado nulo todo o procedimento fiscal e, por consequência, o auto de infração decorrente. Subsidiariamente, requer que sejam declarados nulos os lançamentos referentes ao IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, os quais foram incluídos na fiscalização sem ciência expressa da impugnante.

III.IV. DA INSUBSISTÊNCIA DO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES POR INEXISTIR INTERPOSTAS PESSOAS NA CONSTITUIÇÃO DA IMPUGNANTE.

A impugnante menciona que foi excluída do Simples Nacional, por meio do ADE nº 46/2017, em virtude de suposta comprovação de que seu sócio seria interposta pessoa e quem administraria de fato a empresa seria o Sr. Valdir Costa, nos termos da representação para tal fim exarada no processo administrativo nº 10950-724.121/2017-11. Alega que, como comprovado através da manifestação de inconformidade apresentada no processo administrativo nº 10950-724.121/2017-11, não merece prosperar o ato de exclusão da empresa do Simples Nacional. Entende que os autos de infração ora combatidos devem ser integralmente cancelados, pois decorrentes de ato nulo e sem qualquer respaldo jurídico.

IV. DO MÉRITO.

IV.I. DA INSUBSISTÊNCIA DO LANÇAMENTO POR NÃO CONSIDERAR O VALOR PAGO NO REGIME DO SIMPLES.

Alega que nos lançamentos tributários de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins não houve a dedução dos valores pagos a título dos tributos no regime simplificado, tendo feito referência às disposições da Súmula CARF nº 76. Requer seja reconhecida a insubsistência de todo o lançamento tributário de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins.

IV.II. DO PIS E DA Cofins - DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO.

O impugnante apresenta um arrazoado acerca da evolução legislativa da Cofins e do PIS e expõe a problemática da inclusão do ICMS na base de cálculo dessas contribuições.

Traz o conceito de faturamento e receita. Compara a redação original do art. 195 da CF com a redação dada pela EC nº 20/1998, mencionando que existe diferença entre o conceito de faturamento e o de receita. Argui que, do contrário, daria para se dizer que referida emenda constitucional foi inócua. Afirma que, como o ICMS não corresponde nem a receita, nem a faturamento, que são as bases de cálculo do PIS e da Cofins, configurando-se como mero ingresso de caixa, não deve incidir o ICMS na base de cálculo de referidas contribuições. Discorre acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins por não corresponder ao conceito de faturamento, bem como por não corresponder ao valor da operação destas contribuições. Alega que admitir a incidência de ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins é permitir a dupla incidência de encargos tributários. Aduz ser inconstitucional e ilegal as previsões contidas nas legislações atinentes ao PIS e Cofins que legislaram no sentido de alterar a definição de faturamento e receita, e incluir o ICMS (155, II, da CF). Cita o artigo 110 do CTN.

Traz excertos de decisões judiciais a fim de demonstrar que a jurisprudência nacional se solidificou com a decisão proferida no Recurso Extraordinário nº. 240.785-MG, no sentido de que deve ser autorizada a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e Cofins.

IV.III. DA NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

Alega que a incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício carece de previsão legal. Discorre extensamente acerca das espécies de multas existentes no sistema jurídico. Entende a impugnante, em síntese, que a multa de ofício não se enquadra na expressão “débitos decorrentes de tributos e contribuições”, disposta no § 3º do art. 61 da Lei nº

9.430/1996, uma vez que decorre de punição aplicada pela fiscalização, nos termos do art. 44 da Lei n. 9.430/96. Afirma que deve ser afastado o entendimento que autoriza a incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício com fundamento no art. 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e/ou no art. 161, § 1º, do CTN, sobretudo em hipóteses de lançamento de ofício.

V. DOS PEDIDOS .

O impugnante requer, preliminarmente:

a) que seja declarado nulo o Auto de Infração por ausência de intimação da impugnante do início do procedimento fiscal, bem como pela ausência de ciência do número do MPF e seu respectivo código de acesso, conforme determina o art. 4º , § 4º, da Portaria RFB n.º 1.687/2014;

b) que seja declarado nulo o auto de infração uma vez que demonstrado de forma cabal a inaplicabilidade ao caso concreto do art. 29, IV, da LC nº 123/2006, tendo em vista que a impugnante não foi constituída e/ou administrada por interpostas pessoas.

Vencida as preliminares, requer, no mérito:

c) que seja declarado insubsistente os autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins uma vez que não houve a dedução dos valores pagos no regime simplificado, em afronta à Súmula nº 76 do Carf;

d) que seja declarado insubsistente os autos de infração de PIS e Cofins em vista da ilegalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das exações;

e) que seja declarada a não incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício, ante à ausência de autorização legal para tanto.

Requer, ainda, a autorização expressa quanto a posterior juntada de documentos, independente do andamento em que se encontre o presente Processo Administrativo Fiscal.

2- DA IMPUGNAÇÃO DA ABSOLUTA PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA.

I. DOS FATOS.

A impugnante faz uma síntese dos fatos que nortearam o procedimento fiscal.

II. DA TEMPESTIVIDADE.

Destaca que a manifestação de inconformidade é tempestiva.

III. PRELIMINARES.

III. DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR AMBIGUIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL UTILIZADA PARA RESPONSABILIZAR A IMPUGNANTE .

Conforme consta no auto de infração, a autoridade fiscal fundamentou, individualmente, a responsabilidade solidária dos impugnantes com base no artigo 124, inciso I, do CTN. Contudo, no Relatório de Fiscalização, a autoridade fiscal não fez constar de forma específica o fundamento legal utilizado como base para a inclusão dos impugnantes no polo passivo, apenas citou diversos dispositivos legais sem correlacionar quais seriam aplicados à Absoluta Prestadora e quais seriam aplicados ao sócio.

A fundamentação genérica inviabiliza o regular exercício ao direito à ampla defesa e ao contraditório, violando o devido processo legal administrativo, vez que as hipóteses de responsabilidade tributária previstas nos incisos do art. 124, do CTN, e incisos do art. 135, do CTN, são distintas e atraem, cada uma, uma tese jurídica diferente para afastá-la.

Ao mencionar o fundamento legal do lançamento contra a impugnante de forma genérica, o AFRFB incorreu em evidente cerceamento de defesa. Ora, do que a Impugnante terá de se defender? De supostamente possuir interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal, hipótese em que estaria enquadrada no inciso I do artigo 124, ou de eventual previsão legal expressa da sua responsabilidade, submetendo-se à aplicação do inciso II? Qual seria, precisamente, a norma legislativa infringida ou qual situação jurídica está sendo imputada à impugnante?

Sustenta que o auto de infração deve ser decretado nulo, haja vista a ambiguidade na fundamentação legal utilizada para a inclusão da impugnante no polo passivo, em afronta ao inciso IV do art. 10 do Decreto nº 70.235/72.

IV. DO MÉRITO.

IV.I. DA INSUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Sustenta que o auto de infração é nulo, tendo em vista a fundamentação genérica utilizada pelo Fisco para responsabilizar solidariamente a impugnante.

Afirma que não há qualquer menção, quer seja no Relatório Fiscal, quer seja no Auto de Infração, da participação da Impugnante em qualquer operação em conjunto com a empresa Autuada, tendo a Impugnante sido incluída no polo passivo do presente procedimento fiscalizatório pelo mero fato de ter como sócio um familiar dos sócios das outras empresas Autuadas.

IV.II. DA INAPLICABILIDADE DO ART. 124, DO CTN, DA INEXISTÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO.

IV.II.I. DA INAPLICABILIDADE DO ART. 124, I, DO CTN.

Sustenta que, no caso, não restou configurado o interesse comum, já que a relação da impugnante com a empresa autuada é meramente comercial.

Traz excertos de decisões judiciais no sentido de que as pessoas solidariamente obrigadas pelo débito fiscal devem ser sujeitos em conjunto da relação jurídica da qual surgiu o fato imponível. Afirma que inexistente comprovação nos autos de que a impugnante realizou conjuntamente com a empresa autuada a situação que constituiu o fato gerador dos tributos lançados, bem como com o ato fato ou negócio jurídico que deu origem à tributação. Alega que a autoridade fiscal limitou-se a fazer presunções acerca da natureza jurídica dos negócios firmados entre as pessoas jurídicas sem suporte em qualquer elemento fático.

Sustenta que as situações apontadas pela autoridade fiscal para caracterizar a existência de grupo econômico não restaram comprovadas, conforme argumentos sintetizados a seguir:

a) do quadro societário: sustenta que inexistente qualquer preceito legal que preveja a configuração de constituição societária por interposta pessoa e conseqüente formação de grupo econômico apenas por existir relação de parentesco entre os sócios, muito menos que preveja a exclusão da pessoa jurídica do regime tributário simplificado pelo mesmo motivo. Afirma que o fato de algum sócio da empresa autuada ser ex empregado da impugnante, não caracteriza de forma alguma a formação de grupo econômico. E o fato de ter-se constatado a existência de procuração outorgada pelo sócio da empresa autuada ao sócio da impugnante, não pode por si só servir de amparo à arguição de formação de grupo econômico, mormente quando não se comprova a efetiva utilização dos poderes outorgados. Não há nos autos qualquer documento que sustente a alegação do AFRFB de que a impugnante tenha efetivamente tomado qualquer decisão de comando, contratado funcionários, assinado cheques, realizado pagamentos, recebido valores ou assumido compromissos e obrigações em nome da empresa autuada.

b) da identidade de endereços: sustenta que cada pessoa jurídica fiscalizada possui estrutura própria em endereço distinto, conforme indicado em seus contratos sociais. Diz que o fato de a impugnante Absoluta Prestadora e a empresa Absoluta Distribuidora de Cartões Ltda estarem localizadas no mesmo prédio, não indica identidade de pessoa jurídica. No que tange às empresas Futuro Prestadora de Serviços e Master Prestadora de Serviços Eireli, resta evidente que funcionam em locais totalmente distintos, ou seja, trata-se de estruturas distintas, inclusive em cidades diversas, uma em Ponta Grossa/PR e a outra em Curitiba/PR. Afirma que a complementação dos endereços das empresas evidencia a existência de estruturas físicas distintas que não permitem concluir tratar-se de endereços idênticos que evidenciarão a formação de grupo econômico.

c) da movimentação dos empregados: a autoridade fiscal apresenta uma lista dos funcionários que foram desligados da empresa Absoluta Prestadora em 30/11/2013 e no primeiro dia útil subsequente foram admitidos em empresas do “Grupo”. Alega ser evidente que uma vez admitido em determinada atividade empresarial, adquirindo técnicas e conhecimentos que só a prática é capaz de ensinar, ao ser desligado de uma empresa, o funcionário certamente procura, num primeiro momento, reinserir-se no mercado de trabalho na função que antes exercia, haja vista a experiência adquirida. Assim, sustenta que, o fato de existirem funcionários que já trabalharam na empresa impugnante trabalhando nas demais empresas autuadas, não caracteriza transferência de funcionários, muito menos que as empresas tenham sido constituídas por interpostas pessoas e, conseqüentemente, formariam um grupo econômico.

d) da contratação do mesmo contador: foi constatado que a impugnante e demais empresas autuadas possuem o mesmo contador, o Sr. Ivan Carlos da Silva, proprietário do escritório de contabilidade Maximum Assessoria e Controle, com sede em Maringá-PR. Aduz que inexistente qualquer impedimento de que o serviço técnico especializado seja prestado pelo mesmo profissional a várias empresas, não havendo qualquer irregularidade no fato observado.

IV.II.II. DA INAPLICABILIDADE DO ART. 124, II, DO CTN.

No presente caso não é possível a aplicação do mencionado inciso, uma vez que a autoridade fiscal não indicou a previsão legal decorrente do inciso II do art. 124 do CTN, apta a fundamentar a responsabilidade solidária da impugnante.

IV.III. DA INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS APTOS A CARACTERIZAR A FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO.

Sustenta que não há nos autos qualquer comprovação de que as empresas fiscalizadas estariam sob a gerência de uma única pessoa e que possuíssem vínculo econômico entre si para que a autoridade fiscal pudesse lançar o tributo em face da impugnante com base na suposta formação de grupo econômico entre as empresas. Destaca entendimento proferido pelo STJ no sentido de que apenas há solidariedade quanto ao cumprimento de obrigações tributárias quando houver coparticipação na prática do fato jurídico tributário, ou seja, deve haver a prova inequívoca da realização da situação que configura o fato gerador para responsabilização de outras pessoas que não somente a empresa autuada.

Sustenta que a autoridade administrativa deixou de demonstrar nos autos que as despesas e custos inerentes à manutenção de cada um dos estabelecimentos comerciais se confundem, bem como deixou de demonstrar que os funcionários de uma pessoa jurídica exercem atividade laboral nas instalações de outra, ou mesmo que recebem ordens hierárquicas de modo indistinto. Entende que não restou comprovado nos autos qualquer elemento que caracterize a suposta formação de grupo econômico entre as empresas.

V. DA INSUBSISTÊNCIA DAS MULTAS APLICADAS PELA AUTORIDADE FISCALIZATÓRIA.

Sustenta que foi aplicada a multa de ofício em face da empresa e demais responsabilizadas solidariamente em virtude de suposta ação dolosa tendente a impedir ou retardar o conhecimento dos fatos geradores dos tributos lançados de ofício pela autoridade fazendária, nos termos do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96. Cita o artigo 59 do Código Penal, que trata da fixação das penas, afirmando que referido artigo é claro ao dispor que o juiz deve atender à culpabilidade, dentre outros critérios, para aplicação da pena.

No caso, entende que foi imposta uma pena pela conduta realizada apenas pela empresa autuada principal, não cabendo a extensão da responsabilidade por essa pena – aplicada em forma de multa – à impugnante, por violação aos preceitos legais, principalmente da Constituição Federal no tocante à individualização das penas.

VI. DOS PEDIDOS.

Requer, preliminarmente:

a) que seja anulado integralmente o auto de infração, por cerceamento do direito de defesa da impugnante, tendo em vista que o auto de infração aponta de maneira ambígua o fundamento legal aplicável ao caso.

Superada a preliminar, no mérito, requer:

b) que seja afastada a responsabilidade solidária da Impugnante pelo lançamento tributário, com base no art. 124, I, do CTN, uma vez que não foi comprovado nos autos o interesse em comum da impugnante na situação que constituiu o fato gerador da obrigação;

c) que seja afastada a responsabilidade solidária da Impugnante pelo lançamento tributário, com base no art. 124, II, do CTN, uma vez que inexistente qualquer previsão legal desta responsabilização mencionada nos autos;

d) que seja afastada a responsabilidade solidária da Impugnante pelo lançamento tributário, uma vez que não estão presentes os requisitos e características necessárias para caracterização da formação de grupo econômico;

e) em se mantendo o lançamento tributário, que seja cancelada a multa aplicada em face da impugnante ante a total ilegitimidade passiva para figurar como responsável solidária pela multa lavrada unicamente em face da empresa autuada.

3- DA IMPUGNAÇÃO DE VALDIR COSTA.

I. DOS FATOS.

O impugnante faz uma síntese dos fatos que nortearam o procedimento fiscal.

II. DA TEMPESTIVIDADE.

Destaca que a manifestação de inconformidade é tempestiva.

III. DA MATÉRIA PRELIMINAR.

III.I. DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR AMBIGUIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL UTILIZADA PARA RESPONSABILIZAR A IMPUGNANTE .

Conforme consta no auto de infração, a autoridade fiscal fundamentou, individualmente, a responsabilidade solidária dos impugnantes com base no artigo 124, inciso I, do CTN. Contudo, no Relatório de Fiscalização, a autoridade fiscal não fez constar de forma específica o fundamento legal utilizado como base para a inclusão dos impugnantes no polo

passivo, apenas citou diversos dispositivos legais sem correlacionar quais seriam aplicados à Absoluta Prestadora e quais seriam aplicados ao sócio.

A fundamentação genérica inviabiliza o regular exercício ao direito à ampla defesa e ao contraditório, violando o devido processo legal administrativo, vez que as hipóteses de responsabilidade tributária previstas nos incisos do art. 124, do CTN, e incisos do art. 135, do CTN, são distintas e atraem, cada uma, uma tese jurídica diferente para afastá-la.

Ao mencionar o fundamento legal do lançamento contra a impugnante de forma genérica, o AFRFB incorreu em evidente cerceamento de defesa. Ora, do que a Impugnante terá de se defender? De supostamente possuir interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal, hipótese em que estaria enquadrada no inciso I do artigo 124, ou de eventual previsão legal expressa da sua responsabilidade, submetendo-se à aplicação do inciso II? Qual seria, precisamente, a norma legislativa infringida ou qual situação jurídica está sendo imputada à impugnante?

Argui que a autoridade fiscal ora considera a infração como constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas e ora entende ser hipótese de grupo econômico constituído de forma irregular, o que são situações distintas.

Sustenta que o auto de infração deve ser decretado nulo, haja vista a ambiguidade na fundamentação legal utilizada para a inclusão da impugnante no polo passivo, em afronta ao inciso IV do art. 10 do Decreto nº 70.235/72.

III.II. DA NULIDADE DO PROCEDIMENTO PELA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL. DA ILEGALIDADE DE TODO O PROCEDIMENTO FISCAL.

Afirma que não foi observada a previsão legislativa de cientificar o impugnante pessoa física do início do procedimento fiscal, bem como do número do TDPF-F e seu respectivo código de acesso. Alega ter a autoridade fiscal incorrido em ilegalidade por desrespeito ao art. 4º, § 4º, da Portaria RFB n.º 1.687/2014, eivando todo o procedimento de nulidade, inclusive o Ato Declaratório Executivo lavrado na origem.

IV. DA MATÉRIA DE MÉRITO.

IV. I. DA INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA DA PESSOA FÍSICA (NÃO-SÓCIO) INCLUÍDA NO POLO PASSIVO DA AUTUAÇÃO.

Na origem do presente processo, a autoridade fiscalizadora entendeu que os sócios das empresas fiscalizadas (Absoluta Distribuidora de Cartões Telefônicos Ltda, Futuro Prestadora de Serviços Eireli e Master Prestadora de Serviços - Eireli) eram interpostas pessoas, bem como que o verdadeiro sócio das referidas empresas, ou “sócio de fato” (como exposto na Representação Fiscal deste processo administrativo fiscal), seria o Sr. Valdir Costa, ora impugnante, que foi incluído no polo passivo do presente processo como responsável solidário dos débitos lançados contra a empresa autuada, com base no art. 124, I, do CTN.

Sustenta que os argumentos apresentados pela fiscalização não devem prosperar, com base nos fatos e fundamentos sintetizados a seguir:

a) da inexistência de constituição de pessoas jurídicas pelo impugnante por meio de interpostas pessoas: não restou comprovada nos autos a existência de constituição de pessoas jurídicas por interpostas pessoas, tampouco que sua existência é decorrente do fracionamento fraudulento de outra empresa. Na Representação Fiscal foram apontados meros indícios de existência de interpostas pessoas na constituição das pessoas jurídicas fiscalizadas. Não há nos autos qualquer documento que sustente a alegação de que terceiros

estranhos (caso do impugnante) aos contratos sociais das empresas fiscalizadas tenham efetivamente tomado qualquer decisão de comando ou assumido compromissos e obrigações em nome da empresa. Sustenta que a relação de parentesco entre os sócios das empresas fiscalizadas e o Sr. Valdir Costa, bem como o fato de alguns deles também serem ex-empregados de algumas das empresas, não induz à conclusão de que a constituição das empresas ocorreu por interpostas pessoas. O fato de se ter constatado a existência de algumas procurações antigas outorgadas ao Impugnante não pode por si só servir de amparo à arguição de constituição por interposta pessoa, mormente quando não se comprova a efetiva utilização dos poderes outorgados.

b) da impossibilidade de responsabilização tributária passiva de pessoas físicas que não são sócios das pessoas jurídicas autuadas - ausência de prova de ato contrário à Lei: é incabível a responsabilização tributária solidária do impugnante por estarem ausentes os pressupostos autorizadores da solidariedade tributária prevista no CTN (arts. 124, 135 e seguintes), uma vez que o impugnante não é nem nunca foi sócio das empresas fiscalizadas e nem há provas de que tenha agido contra a lei (ou com excesso de poderes previstos no contrato social da empresa, por não ser sócio) quanto à constituição das pessoas jurídicas autuadas no presente processo. Além disso, os fundamentos utilizados no Auto de Infração e na Representação Fiscal quanto à mencionada responsabilização tributária solidária também não merecem prosperar, quais sejam os artigos 124, 134, 135 e 137, todos do CTN, pois não estão presentes os requisitos taxativos autorizadores para sua aplicação ao caso, motivo pelo qual deve ser o Impugnante excluído do polo passivo da demanda.

c) Da inaplicabilidade do artigo 124, I, do CTN ao caso - solidariedade com obrigação principal: o impugnante foi responsabilizado solidariamente com base no inciso I do art. 124 do CTN, porém a autoridade fiscal não fundamentou em qualquer momento quais seriam os motivos ensejadores do mencionado dispositivo legal, ou seja, o interesse comum na situação que constitua o fato gerador não restou comprovado ou explanado pelo Fisco na Representação Fiscal, devendo ser afastada a aplicação do art. 124, I, do CTN, e, conseqüentemente, a responsabilidade solidária do impugnante pela obrigação tributária constante destes autos.

d) da inaplicabilidade do art. 134 do CTN a este caso - não existência de impossibilidade de cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte pessoa jurídica: alega que o art. 134, do CTN, foi meramente introduzido na Representação Fiscal constante na origem como fundamento para a responsabilização solidária do impugnante. No entanto, não houve qualquer fundamentação ou explicação dos motivos ensejadores da aplicação de tal dispositivo legal nem nos presentes autos de infração e nem no Termo de Verificação Fiscal. Tem-se que sua utilização sem qualquer fundamentação é ensejadora de nulidade de todo o procedimento fiscal, por cerceamento do direito de defesa do impugnante, já que não foi especificada a razão da utilização deste dispositivo, nem qual inciso seria aplicado ao caso. O impugnante apresenta argumentos no sentido de ser o art. 134, do CTN, inaplicável ao caso, em especial seu inciso VII, o qual deduziu ser aplicado ao caso.

e) Da inaplicabilidade ao caso dos artigos 135 e 137 do CTN: não houve prova de ato em que o impugnante tenha agido com excesso de poderes ao contrato social (já que não é sócio de qualquer empresa autuada), tampouco infração à Lei. Apresenta um arrazoado no sentido de demonstrar a inaplicabilidade dos artigos 135 e 137 do CTN em razão da ausência de cumprimento de seus requisitos taxativos. Cita jurisprudência do STJ acerca do assunto.

IV.II. DA INSUBSISTÊNCIA DAS MULTAS APLICADAS PELA AUTORIDADE FISCALIZATÓRIA.

Sustenta que foi aplicada a multa de ofício em face da empresa e demais responsabilizadas solidariamente em virtude de suposta ação dolosa tendente a impedir ou retardar o conhecimento dos fatos geradores dos tributos lançados de ofício pela autoridade fazendária, nos termos do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96. Cita o artigo 59 do Código Penal, que trata da fixação das penas, afirmando que referido artigo é claro ao dispor que o juiz deve atender à culpabilidade, dentre outros critérios, para aplicação da pena.

No caso, entende que foi imposta uma pena pela conduta realizada apenas pela empresa atuada principal, não cabendo a extensão da responsabilidade por essa pena – aplicada em forma de multa – ao impugnante, por violação aos preceitos legais, principalmente da Constituição Federal no tocante à individualização das penas.

V. DOS PEDIDOS.

Requer, preliminarmente:

a) que seja declarado nulo o presente auto de infração, por cerceamento do direito de defesa do impugnante, tendo em vista que o auto de infração aponta de maneira ambígua o fundamento legal aplicável ao caso;

b) acaso não acolhido o pedido do item “a”, que seja declarado nulo o presente auto de infração por ausência de intimação do Impugnante do início do procedimento fiscal, bem como pela ausência de ciência do número do MPF (TDPF-F) e seu respectivo código de acesso, conforme determina o art. 4º, § 4º, da Portaria RFB nº 1.687/2014.

Vencidas as preliminares, no mérito, requer:

c) que seja declarada a nulidade do auto de infração pela não fundamentação da utilização do art. 134, CTN, ao caso, nem qual dos seus incisos seriam aplicáveis, não existindo fundamentação específica quanto aos fatos que ensejaram sua aplicação, constituindo cerceamento ao direito de defesa do Impugnante;

d) Que seja declarada a nulidade do auto de infração pela não fundamentação da utilização do art. 137, CTN, ao caso, nem qual dos seus incisos seriam aplicáveis, não existindo fundamentação específica quanto aos fatos que ensejaram sua aplicação, constituindo cerceamento ao direito de defesa do Impugnante;

e) acaso não acatados os pedidos anteriores, que seja afastada a responsabilidade tributária solidária imputada ao Impugnante, excluindo-o do polo passivo deste procedimento administrativo fiscal, pela inocorrência de situação de constituição de pessoas jurídicas por interpostas pessoas, por serem inaplicáveis ao caso os arts. 124, inciso I, 134, 135, inciso III e 137, todos do CTN, pelo não cumprimento de seus requisitos taxativos;

f) subsidiariamente, caso mantidos os lançamentos efetuados no auto de infração e a responsabilidade tributária solidária imputada ao Impugnante, que seja cancelada a multa aplicada em face do Impugnante ante a total ilegitimidade passiva para figurar como responsável solidária pela multa lavrada unicamente em face da empresa atuada.

Acórdão da 2ª Turma da DRJ/BHE (n. 02-89.464, e-fls. 774/807) julgou improcedentes as Impugnações contra os autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins decorrentes da exclusão da empresa Absoluta Distribuidora de Cartões Telefônicos Ltda. - EPP do Simples Nacional, tratada no processo administrativo 10950.724121/2017-11. A Decisão de Primeira Instância destes autos foi assim ementada:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

PRELIMINAR DE NULIDADE. PROCEDIMENTO FISCAL.

Há de se rejeitar a preliminar de nulidade quando nos autos está comprovado que a fiscalização cumpriu todos os requisitos legais pertinentes à instauração e execução do procedimento fiscal.

PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Constatada a pluralidade de sujeitos passivos de uma mesma obrigação tributária, afasta-se a arguição de nulidade por cerceamento do direito de defesa, quando a autoridade fiscal reúne as provas necessárias para a caracterização dos responsáveis pela satisfação do crédito tributário lançado e a autuação contém a descrição dos fatos e o enquadramento legal das infrações apuradas e do vínculo de responsabilidade.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

RESPONSABILIZAÇÃO TRIBUTÁRIA.

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. MULTA DE OFÍCIO.

A responsabilidade tributária alcança todo o crédito tributário lançado, incluindo principal, multa de ofício e juros de mora pertinentes.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

Os juros de mora incidem sobre a totalidade do crédito tributário lançado, do qual faz parte a multa de ofício.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

SIMPLES NACIONAL. EFEITOS DA EXCLUSÃO.

As microempresas ou as empresas de pequeno porte 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.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. DEDUÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS.

Na determinação dos valores a serem lançados de ofício em decorrência da exclusão do contribuinte do Simples Nacional, constatada a dedução proporcional dos recolhimentos havidos na modalidade simplificada, deve ser mantida a exigência quando o impugnante não aponta erro algum ou inconsistência nos cálculos demonstrados no procedimento fiscal.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se aos lançamentos que com ele compartilham o mesmo fundamento factual e para os quais não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhes recomende tratamento diverso.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. VINCULAÇÃO.

As decisões do Supremo Tribunal Federal prolatadas em Recurso Extraordinário, sob a sistemática da Repercussão Geral, desfavoráveis à Fazenda Nacional, somente vinculam as unidades da RFB após a manifestação expressa da PGFN, por meio de Nota Explicativa, que delimitará as situações a serem abrangidas pela decisão e, existindo pedido de modulação de efeitos, detalhará o momento em que a nova interpretação jurídica prevaleceu e o tratamento a ser dado aos lançamentos já efetuados.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. VINCULAÇÃO.

As decisões do Supremo Tribunal Federal prolatadas em Recurso Extraordinário, sob a sistemática da Repercussão Geral, desfavoráveis à Fazenda Nacional, somente vinculam as unidades da RFB após a manifestação expressa da PGFN, por meio de Nota Explicativa, que delimitará as situações a serem abrangidas pela decisão e, existindo pedido de modulação de efeitos, detalhará o momento em que a nova interpretação jurídica prevaleceu e o tratamento a ser dado aos lançamentos já efetuados.

Cientificadas em 11/02/2019 e 13/02/2019 (e-fls. 827, 828 e 830) da decisão de Primeira Instância a interessada Absoluta Distribuidora de Cartões LTDA - EPP e os responsáveis solidários Absoluta Prestadora de Serviços LTDA e Sr. Valdir Costa interpuseram Recurso Voluntário (12/03/2019 e 13/03/2019, e-fls. 833, 887 e 923), repetindo as mesmas questões da manifestação de Inconformidade. Reclamam:

Absoluta Distribuidora de Cartões LTDA – EPP

- verifica-se que o Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF) foi expedido por autoridade incompetente, eivando todo o procedimento fiscal de nulidade insanável por se respaldar em TDPF inválido.

- não pode a autoridade fiscal extrapolar o que lhe restar determinado em TDPF, devendo obedecer estritamente às normas e aos procedimentos previstos Portaria RFB n.º 1.687/2014.

- em observância ao art. 5, § 2º, da Portaria RFB n.º 1.687/2014, deveria o AFRFB na primeira notificação realizada a Recorrente ter informado expressamente a alteração realizada do TDPF e a ampliação da fiscalização, sob pena de nulidade.

- que o Fisco e a DRJ deveriam comprovar que a empresa é gerida por interposta pessoa, o que não teria sido feito em nenhum momento.

- não há nos autos qualquer comprovação de que efetivamente há formação de grupo econômico entre as mencionadas empresas para que a Recorrente fosse penalizada com a exclusão do Simples Nacional.

- a Recorrente e as demais fiscalizadas são empresas com personalidades jurídicas distintas, inexistindo qualquer participação da Recorrente ou seus sócios nas tomadas de decisões das demais empresas fiscalizadas!

- Ademais, não se pode falar em grupo econômico formado apenas pelo fato de haver parentesco civil entre os sócios das empresas ou por terem o mesmo contador. Tal situação é absurda, uma vez que é necessário a caracterização de diversos requisitos para que se possa concluir pela efetiva formação de grupo econômico.

- Outrossim, tem-se ainda o equívoco perpetrado pela autoridade fiscal quando na apuração da exação deixa de compensar os valores já recolhidos a título de tributo no regime simplificado, visto que em nenhum momento houve a referida dedução dos valores pagos.

- em 29 de dezembro de 2003, foi introduzido no sistema jurídico a COFINS não cumulativa, através da Lei nº. 10.833/03, sistemática pela qual seria lícito ao contribuinte apurar créditos em relação aos bens e serviços, custos e despesas discriminados em lei e descontá-los do valor a pagar do tributo.

- De plano fica claro que a inclusão do ICMS na base de cálculo supra indicada é ilegal e abusiva, haja vista que o ICMS não se enquadra no conceito de “receita” e “faturamento”, uma vez que não representa ingresso de novo numerário no caixa da Autora, sendo a mesma simples intermediária da arrecadação deste imposto estadual.

- a legislação referente ao PIS seguiu praticamente o mesmo desenrolar da legislação aplicável à COFINS, sendo que o seu regime não cumulativo foi instituído através da Lei nº. 10.637/02, publicada em 30 de dezembro de 2002.

- os mesmos argumentos expendidos para a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS se aplicam ao PIS, haja vista que a identidade da base de cálculo de ambas as contribuições.

- Os arts. 2º *caput*, 3º *caput* e §1º da Lei nº. 9.718/98 (PIS E COFINS cumulativo) e o artigo 1º, §§ 1º e 2º das Leis nº. 10.637/02 e nº 10.833/03 (PIS E COFINS não-cumulativo) permitem a incidência apenas sobre o faturamento (receita bruta), e não sobre a parcela do ICMS.

- quando se cobra o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o que se está a fazer é uma verdadeira **bitributação**, uma cobrança de tributo sobre tributo, o que não está na base de cálculo de referidas contribuições, nos termos do art. 195, inciso I, b, da Constituição Federal.

- dúvidas não pairam de que a jurisprudência nacional se solidificou com a decisão proferida no Recurso Extraordinário nº. 240.785-MG, no sentido de que deve ser autorizada a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS.

- A incidência dos juros moratórios sobre o crédito tributário acrescido de multa (sanção de ato ilícito) deve ser analisada de forma pormenorizada, uma vez que tal situação vem sendo ponto controvertido nos tribunais judiciais, e também no CARF.

- Diante do acima exposto, requer dignem-se Vossas Senhorias em receber o presente Recurso Voluntário, para:

PRELIMINARMENTE

- i)* DECLARAR NULO o Ato Declaratório Executivo nº 46, de 18/10/2017, uma vez que a autoridade fazendária que expediu o Auto de Infração oriundo de tal ato é autoridade incompetente para tanto, bem como pela ausência de intimação da Recorrente do início do procedimento fiscal, nos termos do que foi aduzido no tópico III.I;
- ii)* DECLARAR NULO o Auto de Infração uma vez que demonstrado de forma cabal a inaplicabilidade ao caso concreto do art. 29, IV, da Lei Complementar n.º 123/06, tendo em vista que a impugnante não foi constituída e/ou administrada por interpostas pessoas, como demonstrado no tópico III.II.

Superada as preliminares, no **MÉRITO**, a reforma da decisão para julgar:

- iii)* TOTALMENTE PROCEDENTE o Recurso Voluntário, declarando insubsistente os Autos de Infrações de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS uma vez que não houve a dedução dos valores pagos no regime simplificado, em afronta à súmula 76/CARF, nos termos aduzidos no tópico IV. I;
- iv)* TOTALMENTE PROCEDENTE o Recurso Voluntário, declarando insubsistente os Autos de Infrações de PIS e COFINS em vista da ilegalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das exações, conforme razões expostas no tópico IV.II.;
- v)* DECLARAR a não incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício, ante à ausência de autorização legal para tanto, nos termos exposto no item V.

Absoluta Prestadora de Serviços LTDA

- Com efeito, conforme consta no auto de infração, a autoridade fiscal fundamentou, individualmente, a responsabilidade solidária da Recorrente com base no artigo 124, inciso I, do CTN.

- Contudo, no Relatório de Fiscalização, por sua vez, o AFRFB não fez constar de forma específica o fundamento legal utilizado como base para a inclusão da Recorrente no polo passivo da relação jurídico-tributária, sendo que apenas citou diversos dispositivos legais sem correlacionar quais seriam aplicados à Recorrente e quais seriam aplicados ao sócio.

- do que a Recorrente terá de se defender? De supostamente possuir, interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal, hipótese em que estaria enquadrado no inciso I do artigo 124, ou de eventual previsão legal expressa da sua responsabilidade, submetendo-se à aplicação do inciso II?

- No demonstrativo de responsáveis tributários (e-fls. 581/584) o AFRFB conclui que a empresa Recorrente integra grupo econômico junto à empresa Autuada com o intuito de sonegar tributos ao Fisco.

- Entretanto, em que pese o entendimento da autoridade fiscal, sua conclusão não merece guarida, porquanto não há prova subsistente e concreta de que de fato exista grupo econômico formado entre as pessoas jurídicas arroladas pela autoridade fiscal e, ainda que se considerasse a existência deste suposto grupo econômico, tal constatação não pode levar à responsabilização solidária de seus integrantes sem que se demonstre a existência dos requisitos para a aplicação da previsão legal contida no art. 124 do CTN.

- o AFRFB responsabilizou a Recorrente pelos créditos tributários da empresa originariamente fiscalizada com supedâneo no art. 124, do CTN, mas não indicou, de forma precisa em qual dos incisos a situação dos autos se adequa.

- é impossível concluir pela responsabilidade tributária solidária da Recorrente pelos créditos tributários constituídos em face da devedora originária, uma vez que a Recorrente e a empresa autuada se tratam de pessoas jurídicas totalmente diversas, com seguimentos empresariais diversos, inexistindo qualquer vínculo ou realização de atos em conjunto (interesse comum) na constituição do fato gerador.

- Não se pode falar em grupo econômico formado entre empresas que apenas formam parcerias comerciais específicas com vistas a fomentar seu crescimento no mercado e a formação de novos negócios, bem como não há que se falar em formação de grupo econômico apenas pelo fato de haver parentesco entre os sócios das empresas ou por terem o mesmo contador. Tal situação é absurda, uma vez que é necessário a caracterização de diversos requisitos para que se possa concluir pela efetiva formação de grupo econômico, conforme será demonstrado adiante.

- não há nos autos qualquer demonstração, muito menos comprovação de que a Recorrente tenha se beneficiado indevidamente da atividade comercial da autuada (Absoluta Distribuidora de Cartões Telefônicos Ltda).

- Ademais, da simples análise dos termos da própria Representação Fiscal é possível extrair que tanto a Recorrente, quanto as demais empresas fiscalizadas, possuem cada qual alvará de funcionamento próprio, inscrição individualizada perante a Receita Estadual do Paraná (CAD/ICMS), sede própria, razão social própria, quadro de funcionários distintos e carteira de clientes| própria, razão pela qual não se confundem como quer fazer crer o AFRFB.

- Não obstante, se verifica ainda através dos documentos societários constantes nos autos que o exercício da atividade da Recorrente é realizado e gerido exclusivamente por seu respectivo representante legal, conforme previsto no contrato social, não havendo qualquer confusão gerencial, laboral ou patrimonial com as outras empresas citadas.

- Não há nos autos qualquer documento que sustente a alegação do AFRFB de que a Recorrente tenha efetivamente tomado qualquer decisão de comando, contratado funcionários, assinado cheques, realizado pagamentos, recebido valores ou assumido compromissos e obrigações em nome da empresa autuada.

- O fato de ter-se constatado a existência de procuração outorgada pelo sócio da empresa autuada ao sócio da Recorrente, não pode por si só servir de amparo à arguição de formação de grupo econômico, mormente quando não se comprova a efetiva utilização dos poderes outorgados.

- No mesmo sentido, o fato de algum sócio da empresa autuada ser ex-empregado da Recorrente, não caracteriza de forma alguma a formação de grupo econômico.

- Em que pese a Recorrente e a empresa Absoluta Distribuidora de Cartões Ltda estarem localizadas no mesmo prédio, tal fato não indica absolutamente nenhuma identidade de pessoa jurídica. No que tange às empresas FUTURO PRESTADORA DE SERVIÇOS e MASTER PRESTADORA DE SERVIÇOS EIRELI, resta evidente que funcionam em locais totalmente distintos, ou seja, tratam-se de estruturas distintas, inclusive em cidades diversas, uma vez que a primeira se localiza na Praça Marechal Floriano Peixoto, 42, sala 51, Centro, em Ponta Grossa/PR e a segunda na Rua Dom João VI, 146, Cajuru, CEP 82.900-150, em Curitiba/PR.

- o fato de existirem funcionários que já trabalharam na empresa Recorrente, trabalhando nas demais empresas autuadas, não caracteriza transferência de funcionários, muito menos que as empresas tenham sido constituídas por interpostas pessoas e conseqüentemente formariam um grupo econômico.

- não há qualquer irregularidade no fato observado pelo AFRFB que as empresas fiscalizadas possuem o mesmo contador.

- a autoridade fiscal não indicou a previsão legal decorrente do inciso II do art. 124 do CTN, apta a fundamentar a responsabilidade solidária da Recorrente.

- NÃO há nos autos qualquer comprovação de que efetivamente há formação de grupo econômico entre as mencionadas empresas para que as Recorrentes fossem responsabilizadas solidariamente pelos débitos lançados nos autos em epígrafe.

- para empresas que compõem um efetivo grupo econômico, merece destaque o entendimento proferido pela STJ no sentido de que apenas há solidariedade quanto ao cumprimento de obrigações tributárias quando houver coparticipação na prática do fato jurídico tributário, ou seja, na compreensão do STJ, se não há nos autos prova da prática do fato jurídico tributário pelo suposto grupo, não há ilicitude na formação de grupo econômico, ou mesmo corresponsabilidade entre referidas empresas.

- a autoridade administrativa deixou de demonstrar nos autos que as despesas e custos inerentes à manutenção de cada um dos estabelecimentos comerciais se confundem, bem como deixou de demonstrar que os funcionários de uma pessoa jurídica exercem atividade laboral nas instalações de outra, ou mesmo que recebem ordens hierárquicas de modo indistinto.

- Ademais, mesmo que houvesse comprovação da formação de grupo econômico das empresas envolvidas nestes autos, o que se admite apenas para argumentar, para caracterização da responsabilidade solidária da Recorrente pelas obrigações tributárias da autuada seria necessário comprovar o interesse comum (jurídico) destas diretamente relacionado à situação que constituiu o fato gerador do tributo lançado, o que não subsiste no presente caso, conforme já devidamente demonstrado nos tópicos anteriores.

- foi imposta uma pena pela conduta realizada apenas pela empresa autuada principal, sendo absolutamente inadmissível a extensão da responsabilidade por essa pena - aplicada em forma de **multa** - à Recorrente, por cristalina violação aos preceitos legais, principalmente da Constituição Federal no tocante à individualização das penas.

- não existe previsão legal para a incidência dos juros moratórios sobre a multa de ofício.

- DOS PEDIDOS

Ante todo o exposto, requer que a presente impugnação seja recebida, acolhida e provida a fim de:

PRELIMINARMENTE

i) ANULAR integralmente o auto de infração, por cerceamento do direito de defesa do Recorrente, tendo em vista que o auto de infração apontai de maneira ambígua o fundamento legal aplicável ao caso, nos termos do que foi aduzido no tópico III.I;

Superada a preliminar, no MÉRITO

ii) AFASTAR a responsabilidade solidária da Recorrente pelo lançamento tributário, com base no art. 124,1, do CTN, uma vez que não foi comprovado nos autos o interesse em comum da impugnante na situação que constituiu o fato gerador da obrigação, nos termos expostos no item IV.II.I;

iii) AFASTAR a responsabilidade solidária da Recorrente pelo lançamento tributário, com base no art. 124, II, do CTN, uma vez que inexistente qualquer previsão legal desta responsabilização mencionada nos autos, nos termos expostos no item IV.II.II;

iv) AFASTAR a responsabilidade solidária da Recorrente pelo lançamento tributário, uma vez que não estão presentes os requisitos e características necessárias para caracterização da formação de grupo econômico, nos termos expostos no item IV.III;

iv) Em se mantendo o lançamento tributário, CANCELAR a multa aplicada em face da Recorrente ante a total ilegitimidade passiva para figurar como responsável solidária pela multa lavrada unicamente em face da empresa autuada, nos termos expostos no item IV.I;

vi) DECLARAR a não incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício, ante a ausência de autorização legal para tanto, nos termos exposto no item V.I

Valdir Costa

- não há fundamento algum para a responsabilização do Recorrente, pois em momento algum restou fundamentada a sua responsabilização tributária, visto que não há descrição sobre quaisquer atos praticados pelo mesmo, que incorreriam nas condutas previstas pelo artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional.

- no Relatório de Fiscalização, por sua vez, o AFRFB não fez constar; de forma específica o fundamento legal utilizado como base para a inclusão do Recorrente no polo passivo da relação jurídico-tributária, sendo que apenas citou diversos dispositivos legais sem correlacionar quais seriam aplicados ao Recorrente e quais seriam aplicados ao sócio.

- do que o Recorrente terá de se defender? De supostamente possuir interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal, hipótese em que estaria enquadrado no inciso I do artigo 124, ou de eventual previsão legal expressa da sua responsabilidade, submetendo-se à aplicação do inciso II? Qual seria, precisamente, a norma legislativa infringida ou qual situação jurídica está sendo imputada à Recorrente?

- peca a autoridade administrativa de forma incorrigível ao apresentar fundamentação legal de maneira dúbia, sem indicar claramente qual dispositivo legal está sendo aplicado; à situação fática exposta e em qual hipótese jurídica inseriu o Recorrente para considerá-lo responsável! solidária tributária no processo administrativo em epígrafe.

- Compulsando todos os termos dos autos, verifica-se que o Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF) foi expedido por autoridade incompetente, eivando todo o procedimento fiscal de nulidade insanável por se respaldar em TDPF inválido.

- em observância ao art. 5, §2º, da Portaria RFB n.º 1.687/2014, deveria o AFRFB na primeira notificação realizada a Recorrente ter informado expressamente a alteração realizada do TDPF e a ampliação da fiscalização, sob pena de nulidade.

- não há fundamento algum para a responsabilização do Recorrente, pois em momento algum restou fundamentada a sua responsabilização tributária, visto que não há descrição sobre quaisquer atos praticados pelo mesmo, que incorreriam nas condutas previstas pelo artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional.

- Logo, ao analisar os autos, vê-se que seria necessário primeiramente, demonstrar que o Recorrente figurou na qualidade de sócio administrador e, por ocasião disso, praticou atos dolosos e fraudulentos, durante o período em que ocorreram os fatos geradores que deram origem aos débitos tributários em questão, para responder solidariamente por tal dívida.

- Não há nos autos qualquer documento que sustente a alegação de que terceiros estranhos (caso do impugnante) aos contratos sociais das empresas fiscalizadas tenham efetivamente tomado qualquer decisão de comando ou assumido compromissos e obrigações em nome da empresa.

- O fato de se ter constatado a existência de algumas procurações antigas outorgadas ao Recorrente não pode por si só servir de amparo à arguição de constituição por interposta pessoa, mormente quando não se comprova a efetiva utilização dos poderes outorgados.

- não há qualquer responsabilidade solidária do Recorrente com as empresas fiscalizadas, sendo incabível tal responsabilização, por estarem ausentes os pressupostos autorizadores da solidariedade tributária prevista no CTN (arts. 124, 135 e seguintes), uma vez que o impugnante não é nem nunca foi sócio das empresas fiscalizadas e nem há provas de que tenha agido contra a lei (ou com excesso de poderes previstos no contrato social da empresa, por não ser sócio).

- a autoridade administrativa fundamentou a responsabilidade do Recorrente pelos créditos tributários da empresa originariamente fiscalizada com supedâneo no art. 135, do CTN. Sendo assim, em que pese o Recorrente não poder ser responsabilizado pelos créditos em questão

nos termos em que foi fundamentado o auto de infração, pelo princípio da eventualidade, passa-se a discorrer acerca da inaplicabilidade também do artigo 124 (incisos I e II) ao presente caso.

- É importante observar que a autoridade fiscal em nenhum momento aponta: objetivamente quais foram os atos dolosos praticados pelo Recorrente com infração à lei ou ao contrato social, não demonstra e muito menos comprova a prática de qualquer ato pelo Recorrente com excesso de poderes que pudessem caracterizar os requisitos necessários a fim de aplicar o art. 135, III, do CTN, para responsabiliza-lo pessoalmente pelo lançamento tributário.

- E ainda, o art. 134, do CTN, foi meramente introduzido na Representação Fiscal constante na origem como fundamento para a responsabilização solidária do Recorrente. No entanto, não houve qualquer fundamentação ou explicação dos motivos ensejadores da aplicação de tal dispositivo legal nem nos presentes autos de infração e nem no Termo de Verificação Fiscal.

- foi imposta uma pena pela conduta realizada apenas pela empresa autuada principal, sendo absolutamente inadmissível a extensão da responsabilidade por essa pena -aplicada em forma de multa - à Recorrente, por cristalina violação aos preceitos legais, principalmente da Constituição Federal no tocante à individualização das penas.

- A incidência dos juros moratórios sobre o crédito tributário acrescido de multa (sanção de ato ilícito) deve ser analisada de forma pormenorizada.

- Ultrapassado tal ponto, qual seja a necessidade de previsão legal para que se possa aceitar a incidência de juros moratórios sobre as multas no processo de tributação e cobrança de tributos, há de se mencionar a obrigatoriedade do auditor fiscal, expressamente, fundamentar a aplicação dos juros moratórios sobre as multas com o dispositivo referente, sob pena de nulidade da aplicação dos mesmos.

- a inexistência ou referência errônea dos fundamentos legais dos lançamentos colocam em risco princípios constitucionais, como a ampla defesa e o contraditório.

- Ante todo o exposto, requer que a presente impugnação seja recebida, \ acolhida e provida a fim de:

PRELIMINARMENTE

ii) ANULAR integralmente o auto de infração, por cerceamento do direito de defesa do Recorrente, tendo em vista que o auto de infração aponta, de maneira ambígua o fundamento legal aplicável ao caso, nos termos do quej foi aduzido no tópico III.I;

ii) DECLARAR NULO o Ato Declaratório Executivo nº 46, de 18/10/2017, uma vez que a autoridade fazendária que expediu o Auto de Infração oriundo de tal ato é autoridade incompetente para tanto, bem como pela ausência de intimação da Recorrente do início do procedimento fiscal, nos termos do que foi aduzido no tópico III.I;

Superada as preliminares, no MÉRITO

i) AFASTAR a responsabilidade do Recorrente pelo lançamento tributário uma vez que não existe fundamento legal para sua responsabilização oblíqua, nos termos do tópico IVI;

ii) AFASTAR a responsabilidade solidária do Recorrente, excluindo-o do polo passivo deste processo administrativo fiscal, pela inocorrência de situação de constituição de pessoas jurídicas por interpostas pessoas, nos termos expostos no item IV.II.I;

iii) AFASTAR a responsabilidade solidária do Recorrente pelo lançamento tributário, com base no art. 124, I, do CTN, uma vez que não foi comprovado nos autos o interesse em comum da impugnante na situação que constituiu o fato gerador da obrigação, nos termos expostos no item IV.III.I;

iv) AFASTAR a responsabilidade solidária da Recorrente pelo lançamento tributário, com base no art. 124, II, do CTN, uma vez que inexistente qualquer previsão legal desta responsabilização mencionada nos autos, nos termos expostos no item IV.III.II;

v) AFASTAR a responsabilidade solidária do Recorrente pelo lançamento tributário, uma vez que não estão presentes os requisitos necessários para aplicação dos artigos 134, 135, 137, do CTN, nos termos expostos no item IV. IV;

vi) Em se mantendo o lançamento tributário, CANCELAR a multa aplicada em face da Recorrente ante a total ilegitimidade passiva para figurar, como responsável solidária pela multa lavrada unicamente em face da empresa autuada, nos termos expostos no item V;

vii) DECLARAR a não incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício, ante à ausência de autorização legal para tanto, nos termos exposto no item V.II.

É o relatório

VOTO

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, Relator.

Os Recursos são tempestivos e atende os demais requisitos de inconformidade, razão pela qual devem ser conhecidos.

Trata-se de Recursos Voluntários (e-fls. 833/886, 887/922 e 923/959) contra Acórdão da 2ª Turma da DRJ/BHE (n. 02-89.464, e-fls. 778/807) que julgou improcedentes as Manifestações de Inconformidade contra autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins decorrentes da exclusão da empresa Absoluta Distribuidora de Cartões Telefônicos Ltda. - EPP do Simples Nacional, tratada no processo administrativo 10950.724121/2017-11. Neste último processo foram apreciadas as questões que redundaram na Exclusão do Simples, motivo pelo qual não serão reapreciadas nos atuais autos. Consideraremos aqui o já decidido lá, apresentando fatos e decisão para a melhor contextualização do presente litígio sobre os lançamentos e responsabilidades.

Assim dispôs o ADE :

O DELEGADO-ADJUNTO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM MARINGÁ/PR, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria do Ministério da Fazenda nº 203, de 14 de maio de 2012, publicada no Diário Oficial da União - DOU de 17 de maio de 2012, e tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, declara:

A empresa **ABSOLUTA DISTRIBUIDORA DE CARTÕES TELEFÔNICOS LTDA-EPP, CNPJ nº 12.326.136/0001-75, EXCLUÍDA** do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional -, **por infração ao art. 29**, inciso IV da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, conforme Representação Fiscal nº **10950-724.121/2017-11**.

A exclusão surtirá efeito a partir de **01/01/2013**, nos termos do art. 29, § 1º da Lei Complementar nº 123/06 e art. 76, inciso IV, alíneas “c” da Resolução nº 94 do Comitê Gestor do Simples Nacional, de 29 de novembro de 2011.

PRELIMINAR

Quanto à preliminar de nulidade da autuação, por suposta irregularidade na emissão do TDPF, importante trazer em destaque o disposto na Súmula n. 171 da jurisprudência desta CARF:

Súmula CARF nº 171

Aprovada pelo Pleno em sessão de 06/08/2021 – vigência em 16/08/2021

Irregularidade na emissão, alteração ou prorrogação do MPF não acarreta a nulidade do lançamento. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

De qualquer forma, a DRJ afastou qualquer irregularidade no procedimento, razão pela qual reproduzo suas razões como fundamento de decidir:

I - Questões preliminares.

A impugnante entende que deve ser declarado nulo o Auto de Infração por ausência de intimação da impugnante do início do procedimento fiscal, bem como pela ausência de ciência do número do MPF e seu respectivo código de acesso, conforme determina o art. 4º, § 4º, da Portaria RFB n.º 1.687/2014; acusa ainda que deveria a autoridade fiscal, na primeira notificação realizada à impugnante, ter informado expressamente a alteração realizada no TDPF e a ampliação da fiscalização.

De acordo com as disposições da Portaria RFB nº 1.687/2014, vigente à época dos fatos, o Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal - TDPF é emitido exclusivamente na forma eletrônica. A ciência do TDPF e de suas alterações ocorre mediante o acesso do contribuinte ao sítio da Receita Federal do Brasil na internet, conforme dispõe a Portaria RFB nº 1.687/2014:

Art. 4º Os procedimentos fiscais serão instaurados após sua distribuição por meio de instrumento administrativo específico denominado Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal (TDPF), previsto no art. 2º do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001.

[...]

§ 3º O TDPF será expedido exclusivamente na forma eletrônica, conforme modelos constantes dos Anexos de I a III desta Portaria.

§ 4º A ciência do TDPF pelo sujeito passivo dar-se-á no sítio da RFB na Internet, no endereço, com a utilização de código de acesso consignado no termo que formalizar o início do procedimento fiscal, mediante o qual o sujeito passivo poderá certificar-se da autenticidade do procedimento.

[...]

Art. 14. Os TDPF emitidos e suas alterações permanecerão disponíveis para consulta na Internet, mediante a utilização do código de acesso de que trata o § 4º do art. 4º, mesmo após a conclusão do procedimento fiscal correspondente.

(grifos acrescentados)

Nesse sentido, observa-se que a contribuinte foi cientificada do início do procedimento fiscal por meio do Termo de Início do Procedimento Fiscal - TIPF, recebido em 24/02/2017, conforme demonstra o documento juntado às fls. 2 a 5 dos autos. No TIPF é possível identificar que foi fornecido ao contribuinte o número do procedimento fiscal e o código de acesso. Assim, bastaria a consulta à página da Secretaria da Receita Federal do Brasil para que tivesse todas as informações acerca das alterações procedidas no procedimento fiscal, conforme disposições do art. 14 da Portaria nº 1.687/2014. Por oportuno, registre-se que esta informação consta do TIPF:

O sujeito passivo poderá verificar a autenticidade do Mandado de Procedimento Fiscal, além de eventuais alterações e prorrogações, através do programa Consulta Mandado de Procedimento Fiscal, disponível na página da Secretaria da Receita Federal do Brasil na Internet, www.receita.fazenda.gov.br, onde deverão ser informados o número do CNPJ ou CPF, conforme o caso, e o código de acesso constante neste termo.

Quanto à ampliação do TDPF, verifica-se que houve alteração registrada em 25/07/2017 para incluir na fiscalização a auditoria do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, sendo a contribuinte informada da ampliação em 31/07/2017, por via postal, por meio do Termo de Intimação Fiscal nº 2 (fls. 401/402), em observância ao disposto no § 2º do art. 5º da Portaria nº 1.687/2014, conforme seguinte excerto:

Por oportuno, informo que no dia 25/07/2017 o Registro de Procedimento Fiscal que autoriza a auditoria na empresa foi ampliado, com a inclusão da auditoria do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, CSLL, PIS e COFINS.

(...)

Devem, portanto, ser rejeitadas a preliminares de nulidade arguidas pela impugnante.

(...)

MÉRITO

Assim dispõe o dispositivo legal (art. 29, IV da LC 123/2006):

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

Os fatos que embasam a conclusão da Autoridade Fiscal, de que a constituição da Recorrente “Absoluta Distribuidora de Cartões Ltda – EPP” ocorreu “por interpostas pessoas”, estão elencados na Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional (e-fl. 450/490). O Fisco vai além e descreve qual seria a intenção para a formatação do grupo formado pela Recorrente (Absoluta Distribuidora) e pelas empresas Absoluta Prestadora de Serviços, Futuro Prestadora de Serviços e Master Prestadora de Serviços: “sonegar tributos”, principalmente Contribuições Previdenciárias. Entende que “o Grupo Econômico irregular ABSOLUTA não deixa de ser uma única empresa, com apenas a aparência de sociedade constituída de várias empresas.” E que o grupo é “irregular, por utilizarem-se de artifícios para omitir, mascarar e dificultar a identificação dos verdadeiros sócios e controladores, com o objetivo de se eximir ilegalmente do pagamento de tributos.”

Conclui, ao final da Representação:

Os pressupostos sob análise nos permitem qualificar como simulação fraudulenta a constituição de pessoas jurídicas, através de falsa declaração da sua composição, com a utilização de interpostas pessoas, os chamados “laranjas” ou “testas-de-ferro”, uma vez que as partes que figuram no contrato social e declaração de firma individual não são as pessoas que devem aproveitar os resultados do empreendimento, mas sim outra pessoa, um titular “fingido/oculto”.

Pelo exposto, e ante a farta documentação anexada à presente Representação Fiscal, resta comprovado que a titular Adrielle Lima Costa (FUTURO), Helena Aparecida de Almeida Costa (MASTER) e os sócios Nadia Aparecida Costa, Helena Aparecida de Almeida Costa e Rosimar Lima Costa (ABSOLUTA DISTRIBUIDORA) são interpostas pessoas (laranjas), e quem as controla e administra de fato é o Sr. VALDIR COSTA, CPF 667.258.879-53.

Constatamos que os mesmos fatos que permitiram concluir que houve interposição de pessoas, serviram como suporte para responsabilizar o sócio-administrador de fato Valdir Costa e a empresa-mãe, Absoluta Prestadora de Serviços Ltda, como responsáveis solidários pelo crédito, com base no inciso I do art. 124 do CTN.

Especificamente para se entender sobre a constituição da Recorrente (Absoluta Distribuidora) por interposição de pessoas, com a participação do Sr. Valdir Costa e da empresa-mãe Absoluta Prestadora, extrai-se da Representação:

4 - DESCRIÇÃO DOS FATOS

A seguir estão relatados fatos em que ficam evidenciadas e comprovadas a constituição do Grupo Econômico ABSOLUTA, irregular e aparente, criado com o simples fim de burlar direitos e sonegar tributos com a constituição das empresas do SIMPLES NACIONAL (FUTURO, MASTER e ABSOLUTA DISTRIBUIDORA) por interpostas pessoas. Provamos ao fim desse Relatório que o Grupo Econômico irregular ABSOLUTA não deixa de ser uma única empresa, com apenas a aparência de sociedade constituída de várias empresas.

4.1 O QUADRO SOCIETÁRIO

Razao Social	Nome do sócio	CPF Sócio	Qualificação	Início	Fim	Relação
ABSOLUTA PRESTADORA	VALDIR COSTA	667.258.879-53	Sócio-admin.	20/01/2010		Pai de Adrielle e esposo de Rosimar
ABSOLUTA PRESTADORA	MARCELO RAMIRES FERNANDES	018.410.359-20	Sócio	01/06/2016		
ABSOLUTA PRESTADORA	ADRIELLE LIMA COSTA	078.709.479-03	Sócio	20/01/2010	05/11/2013	Filha de Valdir e Rosimar
ABSOLUTA DISTRIBUIDORA	NADIA APARECIDA COSTA	030.645.999-09	Sócio	22/07/2010		Irmã de Valdir, ex-empregada da ABSOLUTA PRESTADORA
ABSOLUTA DISTRIBUIDORA	LUIZ CARLOS ANTONIO MARSOLA	695.374.709-97	Administrador	22/07/2010		Ex-empregado da ABSOLUTA PRESTADORA
ABSOLUTA DISTRIBUIDORA	HELENA APARECIDA DE ALMEIDA COSTA	989.913.459-72	Sócio	13/12/2013		Mãe de Valdir e titular da Master
ABSOLUTA DISTRIBUIDORA	ROSIMAR LIMA COSTA	032.063.589-90	Sócio	22/07/2010	13/12/2013	Esposa de Valdir e mãe de Adrielle

(...)

Como se depreende, todas as empresas do SIMPLES NACIONAL possuem em seu quadro societário parentes do real proprietário de todas as empresas, o Sr. VALDIR COSTA (contratos às fls. 184/239). Interessante notar que o administrador da MASTER, o Sr. LUIZ CARLOS MARSOLA foi até 11/2013 gerente administrativo da ABSOLUTA PRESTADORA e a partir de 12/2013 gerente administrativo da ABSOLUTA DISTRIBUIDORA. Ou seja, empregado da ABSOLUTA DISTRIBUIDORA e administrador da MASTER. O outro administrador da MASTER, Sr. SIVALDO APARECIDO DE OLIVEIRA consta como gerente administrativo da ABSOLUTA DISTRIBUIDORA. Ou seja, ao mesmo tempo em que é administrador de uma empresa é empregado em outra. **A Sra. NADIA APARECIDA COSTA, irmã de VALDIR COSTA foi empregada da ABSOLUTA PRESTADORA no mesmo período em que foi sócia da ABSOLUTA DISTRIBUIDORA.** O fato de as empresas do SIMPLES (FUTURO, MASTER e ABSOLUTA DISTRIBUIDORA) terem como sócios ou titulares filha, mãe, irmã e esposa do Sr. VALDIR COSTA por si só não bastaria como prova de que terem em seus termos de constituição interpostas pessoas. No entanto, nº decorrer deste Relatório comprovamos que o Sr. VALDIR COSTA é o verdadeiro proprietário e administrador de todas as empresas, inclusive havendo **procurações** em que os sócios e titulares de direito das três empresas (FUTURO, MASTER ABSOLUTA DISTRIBUIDORA) outorgam-lhe amplos e ilimitados poderes para administrar as referidas empresas.

4.2. LOCALIZAÇÃO DAS EMPRESAS

A matriz da empresa-mãe (ABSOLUTA PRESTADORA) é em Maringá, possuindo duas filiais em Curitiba e Ponta Grossa, mas sintomaticamente as empresas do SIMPLES (ABSOLUTA DISTRIBUIDORA, FUTURO e MASTER) funcionam no mesmo endereço da ABSOLUTA PRESTADORA, tanto em Maringá, quanto nas filiais de Curitiba e Ponta Grossa

(...)

Razão Social	CNPJ	Rua	Nº	Completo	Município
ABSOLUTA PRESTADORA	11.486.234/0001-07	Av. Duque de Caxias	882	Sala 601	Maringá
ABSOLUTA DISTRIBUIDORA	12.326.136/0001-75	Av. Duque de Caxias	882	Sala 602	Maringá

(...)

4.4 FOLHA DE PAGAMENTO DA ABSOLUTA PRESTADORA

É de estarrecer imaginar que uma empresa com um faturamento de MEIO BILHÃO não possua um único empregado! Para entender essa situação surreal esclarecemos, de início, que a ABSOLUTA PRESTADORA possui matriz em Maringá e filiais em Curitiba e Ponta Grossa (tanto matriz quanto filiais funcionando no mesmo endereço da ABSOLUTA DISTRIBUIDORA, MASTER e FUTURO). A matriz de Maringá possuía em 2013 uma folha mensal média de 7 (sete) empregados para um faturamento mensal de quase 30.000.000,00. Em 11/2013 esses 7 (sete) empregados, abaixo relacionados, foram todos demitidos e a empresa de 12/2013 em diante passou a funcionar milagrosamente sem um único empregado:

(...)

Interessante notar que os empregados foram todos admitidos nas outras empresas do “Grupo”, conforme abaixo:

4.6. DESTINO DOS FUNCIONÁRIOS DA ABSOLUTA PRESTADORA A PARTIR DO MÊS 12/2013:

MÊS	EMPRESA	EMPREGADO	ADMISSÃO	FUNÇÃO
dez/13	ABSOLUTA DISTRIBUIDORA	ADRIANO DA SILVA	02/12/2013	Gerentes de comercialização, marketing e comunicação
dez/13	MASTER	CLEODEMAR ANTONIO FIORI	02/12/2013	Gerentes de comercialização, marketing e comunicação
dez/13	FUTURO	EGBERTO GIL	02/12/2013	Gerentes de comercialização, marketing e comunicação
dez/13	ABSOLUTA DISTRIBUIDORA	JAIME INACIO MARIANO	02/12/2013	Supervisores de vendas e de prestação de serviços
dez/13	ABSOLUTA DISTRIBUIDORA	LUIZ CARLOS ANTONIO MARSOLA	02/12/2013	Gerentes de manutenção
dez/13	ABSOLUTA DISTRIBUIDORA	MARCOS R. DOS SANTOS CAVALHEIRO	02/12/2013	Supervisores de vendas e de prestação de serviços
dez/13	ABSOLUTA DISTRIBUIDORA	NADIA APARECIDA COSTA	01/10/2010	Gerentes de operações comerciais e de assistência técnica
dez/13	ABSOLUTA DISTRIBUIDORA	VALDIR COSTA	01/07/2011	Supervisores de vendas e de prestação de serviços
dez/13	ABSOLUTA PRESTADORA	VALDIR COSTA	01/03/2010	Gerentes de operações comerciais e de assistência técnica

(...)

4.11 PROCURAÇÕES

Em pesquisa no 3º Tabelionato de Notas de Maringá localizamos PROCURAÇÕES outorgadas pelas das empresas do Grupo (FUTURO, MASTER e ABSOLUTA DISTRIBUIDORA) ao verdadeiro proprietário das mesmas, Sr. VALDIR COSTA dando-lhe amplos, gerais e ilimitados poderes para gerir e administrar todos os negócios e interesses do outorgante, conforme transcrito abaixo (Procurações às fls. 235/243):

(...)

4.14 LIVRO CAIXA DA ABSOLUTA DISTRIBUIDORA DE 2013 A 2015 (fls. 277/323)

No Livro de 2013 há praticamente despesas de salário, Sodexo, FGTS, INSS, a Liberty Seguros, Cidade Verde Transporte, TCCC, Viação Garcia, Tim.

No Livro de 2014 há praticamente despesas de salário, Sodexo, FGTS, INSS, TCCC, Liberty seguros, Cidade Verde, Tim, Viação Garcia, Unimed.

No Livro de 2015 há praticamente despesas de salário, Sodexo, FGTS, INSS, TCCC, Liberty seguros, Cidade Verde, Tim, Viação Garcia, Unimed.

4.15 LIVRO RAZÃO E DIÁRIO DA ABSOLUTA DISTRIBUIDORA de 2013 a 2015

Não há despesas de luz, água, aluguel, telefone fixo, e despesas de expediente.

Há somente despesas que envolvem a folha de pagamento, comprovando, uma vez mais, que a ABSOLUTA DISTRIBUIDORA, empresa do SIMPLES, foi criada com o único objetivo de albergar a massa salarial que presta serviço para a empresa mãe do Grupo a ABSOLUTA, visto que as empresas do SIMPLES estão isentas da contribuição previdenciária.

A Demonstração do Resultado dos exercícios de 2013 a 2015 (fls. 244/249) traz as despesas Operacionais. Vê-se que se trata praticante apenas de despesas com a massa salarial.

(...)

4.18 DESPESA OPERACIONAL DA ABSOLUTA PRESTADORA DE 2014

Às fls. 250/276 anexamos a Demonstração do Resultado do exercício de 2014 para comparar as despesas operacionais da empresa-mãe do Grupo (ABSOLUTA PRESTADORA) com as empresas componentes do Grupo (FUTURO, ABSOLUTA DISTRIBUIDORA, MASTER). Ressalte-se que as 3 últimas apresentam somente despesas operacionais relacionadas à folha de pagamento, ao passo que a ABSOLUTA sem folha de pagamento, ou seja, sem nenhum empregado apresenta despesas operacionais de R\$ 7.002.371,49, inclusive de verbas dispendidas para empregados, como UNIFORME, HOSPEDAGEM, VIAGENS, ASSISTENCIA MÉDICA E SOCIAL, MEDICAMENTOS, CURSOS E TREINAMENTOS, VALE TRANSPORTE, ETC. Ou seja, deve ser a única empresa no mundo que oferece uniforme e vale transporte para funcionários fantasmas! Só de combustível foram gastos R\$ 257.494,43, sem um único motorista para consumir tanto combustível. Essa situação repete-se no ano de 2015, conforme DRE em anexo (fls. 250/276)

(...)

A explicação óbvia é que a empresa utiliza como seus os empregados que estão registrados nas empresas do Simples. A matriz em Maringá utiliza os empregados registrados indevidamente na ABSOLUTA DISTRIBUIDORA; a filial de Ponta Grossa utiliza os empregados da MASTER e a filial de Curitiba utiliza os empregados da FUTURO. O Grupo utilizou a estratégia de abrir uma empresa do Simples no mesmo endereço onde funciona uma filial da ABSOLUTA PRESTADORA, conforme abaixo:

(...)

5 - CONCLUSÃO

Os pressupostos sob análise nos permitem qualificar como simulação fraudulenta a constituição de pessoas jurídicas, através de falsa declaração da sua composição, com a utilização de interpostas pessoas, os chamados “laranjas” ou “testas-de-ferro”, uma vez que as partes que figuram no contrato social e declaração de firma individual não são as pessoas

que devem aproveitar os resultados do empreendimento, mas sim outra pessoa, um titular “fingido/oculto”.

Pelo exposto, e ante a farta documentação anexada à presente Representação Fiscal, resta comprovado que a titular Adrielle Lima Costa (FUTURO), Helena Aparecida de Almeida Costa (MASTER) e os sócios **Nadia Aparecida Costa, Helena Aparecida de Almeida Costa e Rosimar Lima Costa (ABSOLUTA DISTRIBUIDORA)** são **interpostas pessoas (laranjas)**, e quem as controla e administra de fato é o Sr. VALDIR COSTA, CPF 667.258.879-53.

Ou seja, primeiro constituiu-se uma empresa (Absoluta Prestadora), para depois, e em nome de dois ex-funcionários, além de parentes do proprietário da primeira, constituiu-se uma segunda empresa (Absoluta Distribuidora) para a qual migrou os funcionários da primeira, ficando esta sem funcionários, mas com despesas atinentes a tais. Seguiu-se a opção pelo lucro real para a primeira e pelo Simples Nacional para a segunda. Ora, com esteio no artigo 29 do Decreto nº 70.235/72, a autoridade julgadora, na apreciação das provas e razões ofertadas, formou sua convicção sobre o litígio: de que houve a interposição de pessoas alegada pelo Fisco e combatida pelos Recorrentes. E diante das provas ofertadas pelo Fisco, entendo que os sócios da Recorrente (Absoluta Distribuidora), Nádia Aparecida Costa, Helena Aparecida de Almeida Costa e Rosimar Lima Costa, respectivamente irmã, mãe e esposa do Sr. Valdir Costa, são interpostas pessoas, para camuflar o real proprietário da Recorrente, o Sr. Valdir Costa. As três emitiram procurações com os mais amplos poderes de administração, representação e disposição para o Sr. Valdir Costa (sócio administrador da Absoluta Prestadora). Esta constatação, adicionada com os demais fatos listados acima, como a coincidência de endereço entre a Recorrente (Absoluta Distribuidora) e as filiais da Absoluta Prestadora e a falta de despesas operacionais na Recorrente (com exceção de despesas referentes a pagamento de funcionários), já são suficientes para me convencer que o Sr. Valdir Costa é o sócio administrador de fato da Recorrente, que foi usada como pessoa jurídica destino para a alocação dos funcionários do empreendimento (Grupo Absoluta). Esta destinação justifica-se, na trama sonegatória, pela isenção que empresas optantes do Simples Nacional detém das Contribuições Previdenciárias, incidentes sobre a folha salarial, e pela diminuição no pagamento dos demais tributos que a opção pelo Simples Nacional permite às optantes. Aquelas senhoras foram usadas como “laranjas”, justificando-se a exclusão da Recorrente do Simples Nacional, com base no art. 29, IV, da LC 123/2006 e a responsabilidade daqueles que tem interesse comum no estratagem: Sr. Valdir Costa e a empresa-mãe Absoluta Prestadora de Serviços, que já existia e era optante pelo lucro real. Conforme evidenciado na Representação, ficou com esta última as demais despesas, excetuadas as despesas salariais.

Desta forma, as alegações trazidas pelo Recorrente não são suficientes para afastar a exclusão do Simples (tratada no processo 10950.724121/2017-11) e a consequente autuação dos tributos que deixaram de serem lançados quando da opção pelo Simples Nacional.

Alega a Recorrente que não há coincidência de endereço entre a Recorrente (Absoluta Distribuidora) e a empresa mãe (Absoluta Prestadora). Mas, a afirmação trazida pelo TVF é de que há coincidência de endereço entre a Recorrente (Absoluta Distribuidora) e uma filial

da Absoluta Prestadora. A diferença de endereços resume-se em uma sala, o que evidencia a coordenação das entidades:

4.2. LOCALIZAÇÃO DAS EMPRESAS

A matriz da empresa-mãe (ABSOLUTA PRESTADORA) é em Maringá, possuindo duas filiais em Curitiba e Ponta Grossa, mas sintomaticamente as empresas do SIMPLES (ABSOLUTA DISTRIBUIDORA, FUTURO e MASTER) funcionam no mesmo endereço da ABSOLUTA PRESTADORA, tanto em Maringá, quanto nas filiais de Curitiba e Ponta Grossa

(...)

Razão Social	CNPJ	Rua	Nº	Comple- mento	Município
ABSOLUTA PRESTADORA	11.486.234/0001-07	Av. Duque de Caxias	882	Sala 601	Maringá
ABSOLUTA DISTRIBUIDORA	12.326.136/0001-75	Av. Duque de Caxias	882	Sala 602	Maringá

Alega ainda a Recorrente que o Fisco e a DRJ deveriam comprovar que a empresa é gerida por interposta pessoa, ou que o fato de se ter constatado a existência de procuração antiga outorgada para o sócio da autuada não pode, por si só, servir de amparo à arguição de constituição por interposta pessoa, mormente quando não se comprova a efetiva utilização dos poderes outorgados.

Cabe ressaltar, conforme constante do TVF, de que a Sra Nádia (sócia de direito da Recorrente Absoluta Distribuidora) era ex-funcionária da empresa mãe (Absoluta prestadora), da qual é sócio administrador o seu irmão (Valdir Costa). Não me parece que o Sr. Valdir Costa seja o “laranja”, dentro desta configuração, mas sim o chefe. Além disso, é de se esperar que o real gestor de todo o empreendimento seja aquele que detém poderes ilimitados (advindos do contrato social da Absoluta Prestadora e das procurações das demais empresa ligadas, como a Absoluta Distribuidora – Recorrente), mesmo que não se tenha documentados cada ato de gestão, como quer a Recorrente.

De fato, comprovou-se que há a formação de grupo econômico irregular, pois este foi formatado como um conjunto de empresas, mas que se trata de uma só, ou um só empreendimento. O intuito foi a sonegação tributária através da opção pelo Simples Nacional nas empresas que deteriam a massa salarial e opção pelo lucro real da empresa que fica com as demais despesas, como destacado pelo TVF. Desta forma, a constatação da existência de maior quantidade de funcionários registrados na Recorrente não serve só para se comprovar a interposição, mas para se confirmar o objetivo do planejamento irregular perpetrado. Dados como a constatação de contador em comum, compartilhamento de e-mail e marcas, apesar de isoladamente não comprovarem conluio, ajudam a deixar claro que há um planejamento irregular em curso.

Reforça a ilegalidade da configuração perpetrada pelos Recorrente o disposto no § 4º, inc. V, do art. 3º da Lei Complementar 123/2006. Versa o dispositivo citado:

Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006

Art. 3º ...

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

I - ...

II - ...

III - ...

IV – cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do **caput** deste artigo;

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do **caput** deste artigo;

O faturamento da empresa mãe, superior ao limite para opção pelo Simples Nacional, e a desobediência legal ao mandamento está evidenciado no TVF: “A Lei Complementar nº 123/2006 veda a inclusão no Simples nacional de empresa cujo sócio ou titular seja sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa desde que a receita bruta ultrapasse o limite estabelecido na LC 123/2006. O Sr. **VALDIR COSTA** titular de fato das empresas **FUTURO**, **ABSOLUTA DISTRIBUIDORA** e **MASTER** é sócio da **ABSOLUTA PRESTADORA** cujo faturamento alcança quase meio bilhão de reais.”. Como ficou comprovado que o sócio administrador de fato das empresas optantes pelo Simples Nacional, como a Recorrente, era o Sr. Valdir Costa, estas não poderiam “se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar”, também conforme os dispositivos citados. Isto porque não há dúvida que o Sr. Valdir Costa é sócio administrador da empresa mãe Absoluta Prestadora.

RESPONSABILIDADE

No corpo do auto de infração de IRPJ/CSLL, os autuantes ressaltam o enquadramento legal da responsabilidade, com base no art. 124, I do CTN, remetendo como motivação os fatos elencados no Relatório Fiscal:

DEMONSTRATIVO DE RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS

Demais Responsáveis Tributários

CPF
667.258.879-53
Nome
VALDIR COSTA
Responsabilidade Tributária
Responsabilidade Solidária de Fato
Motivação
O RELATORIO FISCAL QUE ACOMPANHA O PRESENTE PROCESSO APRESENTA EM DETALHES A COMPROVAÇÃO DA SOLIDARIEDADE ENTRE O TITULAR DO GRUPO ECONÔMICO ABSOLUTA, SR. VALDIR COSTA E A EMPRESA AUTUADA EXCLUSIVA DISTRIBUIDORA DE CARTÕES TELEFONICOS LTDA – EPP.
Enquadramento Legal
A partir de 01/01/2000
Art. 124, inciso I, da Lei nº 5.172/66.

CPF
11.486.234/0001-07
Nome Empresarial
ABSOLUTA PRESTADORA DE SERVICOS LTDA
Responsabilidade Tributária
Responsabilidade Solidária de Fato
Motivação
O RELATORIO FISCAL QUE ACOMPANHA O PRESENTE PROCESSO, ASSIM COMO A REPRESENTAÇÃO FISCAL QUE EXCLUI A EMPRESA DO SIMPLES NACIONAL Nº 10940-721.021/2017-52 APRESENTA EM DETALHES A COMPROVAÇÃO DA SOLIDARIEDADE ENTRE A EMPRESA ABSOLUTA PRESTADORA DE SERVICOS LTDA E A EMPRESA AUTUADA EXCLUSIVA DISTRIBUIDORA DE CARTÕES TELEFONICOS LTDA – EPP.
Enquadramento Legal
A partir de 01/01/2000
Art. 124, inciso I, da Lei nº 5.172/66.

Os autuantes deixaram expressos também no TVF (e-fls. 569/580) a motivação da responsabilidade solidária como sendo a formação do grupo econômico irregular pelos (responsáveis solidários) Sr. Valdir Costa e Absoluta Prestadora de Serviços:

05 – DA SOLIDARIEDADE

A formação do grupo econômico irregular e, por conseguinte, a solidariedade estabelecida entre o proprietário de todas as empresas Sr. VALDIR COSTA, assim como da empresa de lucro real que encabeça o grupo ABSOLUTA PRESTADORA DE SERVIÇOS EIRELI (CNPJ 11.486.234/0001-07) está amplamente comprovada na REPRESENTAÇÃO FISCAL DE EXCLUSÃO DO SIMPLES nº 10950-724.121/2017-11 apensada a este Auto de Infração. Assim sendo, e ante a farta documentação anexada à referida Representação Fiscal, resta comprovado que a titular Adrielle Lima Costa (FUTURO), Helena Aparecida de Almeida Costa (MASTER) e os sócios Nadia Aparecida Costa, Helena Aparecida de Almeida Costa e Rosimar Lima Costa (ABSOLUTA DISTRIBUIDORA) são interpostas pessoas (laranjas), e quem as controla e administra de fato é o Sr. VALDIR COSTA. É sem sombra de dúvida, diretamente interessado nos resultados auferidos nas operações executadas pelas três empresas e que foram sonegados à Receita Federal.

A utilização de interpostas pessoas para figurar como sócios de empresas, evidencia o intuito fraudulento de sonegar tributos, configurando o dolo necessário à caracterização da responsabilidade pessoal e solidária prevista nos arts. 124, I e 135 inc. II do CTN:

Fica ainda caracterizado que se trata de um Grupo Econômico de fato e irregular, pois as empresas estão sob direção, administração e controle de uma delas, e que o objetivo de se constituir as empresas com interpostas pessoas nos quadros societários, sob o manto do SIMPLES NACIONAL, teve dentre outros objetivos, o de se furtar do pagamento da contribuição previdenciária social patronal. A Lei Complementar nº 123/2006 veda a inclusão no Simples nacional de empresa cujo sócio ou titular seja sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa desde que a receita bruta ultrapasse o limite estabelecido na LC 123/2006. O Sr. VALDIR COSTA titular de fato das empresas FUTURO, ABSOLUTA DISTRIBUIDORA e MASTER é sócio da ABSOLUTA PRESTADORA cujo faturamento alcança quase meio bilhão de reais.

Assim, comprovada que as empresas FUTURO, ABSOLUTA DISTRIBUIDORA e MASTER se submetem a uma mesma unidade gerencial, laboral e patrimonial; que há identidade de administradores (o Sr. VALDIR COSTA é proprietário e administrador das três, assim como da ABSOLUTA PRESTADORA); que há estrutura administrativa compartilhada; que há atuação empresarial idêntica, que as sedes das três empresas se localizam em um mesmo local, sendo difícil individualizá-las no plano físico; esvaziamento patrimonial com inclusão de “laranjas” no contrato social; mesmo contador para todas as empresas, confusão do quadro de funcionários entre todas as empresas, identidade de empregados; identidade de endereços; ausência de bens suficientes para suportar a dívida; confusão patrimonial; bens dos estabelecimentos em comum; funcionários trabalhando indistintamente a uma e a outra empresa; idêntica representação legal; procuração pública do representante de uma empresa, outorgando ao verdadeiro proprietário poderes de administração; etc., é imperioso atribuir responsabilidade solidária ao verdadeiro proprietário de todas as empresas do “Grupo Econômico” irregular ABSOLUTA, o Sr. VALDIR COSTA..

Nestes autos constam também termos específicos para a ciência sobre a responsabilidade de ambos, Valdir Costa e a empresa-mãe, Absoluta Prestadora de Serviços Ltda (e-fls. 581/584 e 585/588). Nestes termos, remete-se aos autos de infração para o conhecimento da fundamentação legal das responsabilidades:

A descrição dos fatos que motivaram a responsabilidade tributária, a espécie de responsabilidade tributária, o enquadramento legal e as demais informações constam nos documentos de lançamento lavrados.

Ou seja, aqueles que demonstraram interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal, até para modificar suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, são partícipes na trama.

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

Há, desta forma, um interesse jurídico, demonstrado pelo conjunto de eventos praticados pelo Sr. Valdir Costa e pela empresa-mãe Absoluta Prestadora, listados no TVF, suficientes para caracterizá-los como solidariamente obrigados pelo crédito, de acordo com o art. 124, I do CTN.

Por fim, constato que há uma citação (também) ao inciso II do art. 124 do CTN, no final do TVF, juntamente ao art. 124, I.

(...)

A apuração dos créditos por solidariedade, por se tratar de Grupo Econômico, obedece ao disposto no CTN, Lei nº 5.172/66, art. 124, I e II

Entendo que não houve a descrição de fatos e citação da legislação complementar que permitisse tal subsunção (ao inciso II). Isto porque, diferente do art. 124, inciso I, do CTN para a aplicação do qual reputo necessário a descrição dos eventos que demonstrem a participação e o “interesse comum” da pessoa física ou jurídica solidária, para a aplicação do art. 124, II, faz-se necessária a citação da lei específica, que trata de responsabilidade, e que designe a responsabilidade.

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

(...)

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Desta forma, afasto o fundamento do inciso II do art. 124 do CTN, mas mantenho o fundamento do inciso I do art. 124 do CTN, tanto para o Sr. Valdir Costa como para a Absoluta Prestadora, pois amplamente demonstrado o interesse comum destes com a participação defendida pelos autuantes.

Oportuno trazer o entendimento no Parecer Cosit nº 04/2018, que expressa a conclusão, com base na legislação tributária, de que, diante ilícitos tributários e, em tese, penais, como os verificados e comprovados pela fiscalização, ensejam a responsabilização solidária das pessoas jurídicas e físicas envolvidas nas operações, dado o interesse comum, ainda que

indiretamente comprovados, ou seja, aparentemente distantes e assim deslocados para disfarçar sua posição alinhada e no mesmo polo do sujeito infrator da legislação tributária.

Verifica-se claramente neste processo administrativo, que restou comprovada a confusão de várias empresas dividindo, ou não, a mesma estrutura física, logística, funcionários, contadores, endereço eletrônico, telefones e marca, e combinando entre si opção por regimes simplificados como forma de ludibriar o Fisco.

O interesse comum das empresas na ocorrência do fato gerador do lançamento foi devidamente comprovado pela fiscalização, que se esmerou em demonstrar, no relatório, o vínculo destas empresas no interior do Grupo e, por conseguinte, com a ocorrência dos ilícitos tributários perpetrados, independente do proveito econômico de cada uma.

Com base no exposto, deve ser mantida a responsabilidade solidária das pessoas físicas e jurídicas recorrentes, com base no inciso I do art. 124 do CTN.

DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS

Os Recorrentes questionam a base de cálculo utilizada pela fiscalização, afirmando que o ICMS foi indevidamente incluído no cálculo do PIS e COFINS. A tese invocada apoia-se no precedente do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob a sistemática da repercussão geral (Tema 69), no qual se reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

A legislação de regência prevê que a receita bruta da pessoa jurídica inclui todas as receitas auferidas, sem levar em conta o tipo de atividade ou a forma de contabilização. No caso do IPRJ e CSLL, não há previsão legal para excluir o ICMS da sua base de cálculo.

A recusa de uma autoridade administrativa em aplicar norma válida equivale ao exercício do controle de constitucionalidade, o que é vedado no âmbito do contencioso tributário. Ciente desse entendimento, o CARF editou a Súmula nº 2, que vincula seus julgadores, proibindo-os de se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de normas tributárias que fundamentem o lançamento, salvo se o STF ou STJ já tiver se manifestado de forma vinculante sobre a matéria.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar sobre a tese em relação ao IRPJ e à CSLL, entendeu que a controvérsia possui natureza infraconstitucional, não reconhecendo repercussão geral no Tema 1.345.

Isso transferiu ao Superior Tribunal de Justiça a competência para uniformizar a interpretação da legislação federal sobre a matéria, o que foi feito no julgamento do Tema 1.008, ocasião em que se firmou a seguinte tese:

O ICMS compõe a base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), quando apurados na sistemática do lucro presumido.

Com relação à exclusão do PIS e da COFINS, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 574.706/PR (Tema 69), o STF reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das mencionadas contribuições:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

Todavia, quando do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, o tribunal modulou os efeitos de sua decisão para que produzissem efeitos prospectivos a partir de 15/03/2017, ressaltando expressamente as ações judiciais e administrativas protocoladas até aquela data:

O Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017 - data em que julgado o RE nº 574.706 e fixada a tese com repercussão geral "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS" -, ressalvadas as ações judiciais e **administrativas** protocoladas **até a data da sessão** em que proferido o julgamento, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio. Por maioria, rejeitou os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-COFINS, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado, vencidos os Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Tudo nos termos do voto da Relatora. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 13.05.2021.

Desta forma, o STF apenas permitiu a exclusão e a eventual restituição de valores pagos indevidamente a título de PIS/COFINS com base no ICMS para os contribuintes que houvessem questionado a matéria judicial ou administrativamente até o dia 15/03/2017. Nestes termos já decidiu este CARF (AC 1201-007.297).

Na esfera federal, o marco que formaliza o início do litígio e, portanto, do processo administrativo para fins da modulação, é a data do protocolo da impugnação ao lançamento fiscal. No caso posto a julgamento nestes autos, verifica-se que a impugnação foi protocolada somente em 27/11/2017, conforme termo de juntada de fls. 594 3 ss, ou seja, após o marco temporal fixado pelo STF.

Ademais, não consta nos autos qualquer indício de que o contribuinte tenha ajuizado ação judicial individual ou seja beneficiário de ação coletiva envolvendo a matéria, antes da data de modulação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, o Recorrente não atende aos requisitos estabelecidos pela Suprema Corte para se beneficiar da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS quanto aos fatos geradores ocorridos anteriormente à data fixada na modulação dos efeitos.

Considerando esse cenário, a competência deste Conselheiro limita-se à análise da legalidade do lançamento tributário, não cabendo rediscutir questão já pacificada pela jurisprudência vinculante do STF e do STJ.

Nesse contexto, constato que a autoridade fiscal adotou como base de cálculo os valores de receita bruta declarados pelo próprio contribuinte, efetuou corretamente as deduções relativas aos tributos já recolhidos e aplicou os coeficientes de presunção previstos na legislação (TVF, e-fls. 360/380). Logo, é irretocável o lançamento tributário efetuado pela autoridade fiscal.

Ante o exposto, quanto ao PIS e à COFINS, aplico a modulação de efeitos determinada pelo STF no julgamento do Tema 69, e considerando que a impugnação administrativa foi protocolada após 15/03/2017, rejeito igualmente o pedido de exclusão do ICMS de suas bases de cálculo.

RESPONSABILIDADE SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

JUROS SOBRE MULTA

As Recorrentes protestam que foi imposta uma pena pela conduta realizada apenas pela empresa autuada principal, sendo absolutamente inadmissível a extensão da responsabilidade por essa pena - aplicada em forma de **multa** - à Recorrente, por cristalina violação aos preceitos legais, principalmente da Constituição Federal no tocante à individualização das penas. E que não existe previsão legal para a incidência dos juros moratórios sobre a multa de ofício.

No que se refere à reponsabilidade pela multa que compõe o crédito tributário, reza o art. 121 do CTN que sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Seu Parágrafo único delimita que o sujeito passivo da obrigação principal diz-se contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; e responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. Ou seja, conforme o caput transcrito, o sujeito passivo, seja contribuinte ou responsável é obrigada ao pagamento dos tributos e das penalidades pecuniárias impostas.

Ademais fim, os juros moratórios incidem sobre o crédito tributário, que compreende tributo e penalidade pecuniária (CTN, arts. 113, §1º, e 161).

Diante das alegações dos Recorrentes, sempre importante trazer em destaque que “o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.” (Súmula n. 2 do CARF).

Por fim, são improfícuos os julgados administrativos trazidos pelo sujeito passivo, pois tais decisões não constituem normas complementares do Direito Tributário, já que foram proferidas por órgãos colegiados, entretanto, para os casos citados, sem uma lei que lhes atribuisse eficácia normativa ou vinculante, na forma do art. 100, II, do Código Tributário Nacional.

Pelo exposto, voto por afastar a preliminar de nulidade, negar e dar parcial provimento aos Recursos Voluntários, para manter as responsabilidades do Sr. Valdir, segundo o disposto no art. 124, I e art. 135, II do CTN e pelo art. 124, I do CTN para a Absoluta Prestadora.

Assinado Digitalmente

Lizandro Rodrigues de Sousa

ACÓRDÃO 1102-001.984 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA

PROCESSO 10950.724150/2017-83

DOCUMENTO VALIDADO