



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10970.720121/2012-08
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-011.909 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de julho de 2023
Recorrente L & C SERVIÇOS FLORESTAIS LTDA ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2011

NULIDADE DE EXCLUSÃO DO SIMPLES.NÃO PRONUNCIAMENTO

Tratando-se de ato alheio ao contencioso é descabido o pronunciamento. Oportunidade de defesa foi oferecida em outro processo embora não exercida em razão do direito subjetivo da empresa.

INCABÍVEL O LANÇAMENTO POR DESCUMPRIMENTO DE DEVER RELACIONADO À APRESENTAÇÃO DE INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS EM MEIO DIGITAL

No âmbito das contribuições previdenciárias, é incabível lançamento por descumprimento de obrigação acessória, relacionada à apresentação de informações e documentos exigidos, ainda que em meio digital, com fulcro no caput e parágrafos dos artigos 11 e 12, da Lei nº 8.218, de 1991. (Súmula CARF nº 181)

EXCLUSÃO DO SIMPLES-POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DE RECOLHIMENTOS DE MESMA NATUREZA

Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada. (Súmula CARF nº 76)

RETROATIVIDADE DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES.POSSIBILIDADE

A exclusão de empresa do Simples pelo exercício de atividade incompatível nos termos da lei deve ser realizada a partir da data dos efeitos da opção ao regime tributário diferenciado.

MULTA QUALIFICADA.NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA MAJORAÇÃO

Para a aplicação da multa de ofício qualificada é necessária a demonstração daqueles motivos que determinaram a duplicação da sanção pecuniária nos termos da lei.

PROVA.MOMENTO DE APRESENTAÇÃO

A prova documental deve ser apresentada na impugnação nos termos da lei precluindo o direito em outro momento processual.

PROVA PERICIAL.DESNECESSIDADE

A juízo da autoridade julgadora a prova pericial pode ser considerada desnecessária nos termos da lei.

Recurso voluntário parcialmente procedente

Crédito tributário mantido em parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso voluntário interposto, para: (i) cancelar o crédito correspondente aos autos de Infração nº 51.006.141-9 e nº 51.006.142-7 - CFLs 21 e 23; (ii) deduzir eventuais recolhimentos de mesma natureza efetuados na sistemática do Simples, observando os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada; e (iii) reduzir a multa de ofício ao patamar de 75%.

(documento assinado digitalmente)

Francisco Ibiapino Luz - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Duarte Firmino - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Diogo Cristian Denny, Gregorio Rechmann Junior, Rodrigo Duarte Firmino, Ana Claudia Borges de Oliveira, Marcelo Rocha Paura (suplente convocado), Rodrigo Rigo Pinheiro, Wilderson Botto (suplente convocado), Francisco Ibiapino Luz (Presidente).

Relatório

I. AUTUAÇÃO

Em 20/06/2012 e em 02/07/2012, fls. 372 e 378, os contribuintes e litisconsortes passivos (grupo econômico fático – art. 124, I do CTN), fls. 359/364, foram notificados da constituição de créditos tributários para cobrança de contribuições sociais previdenciárias decorrentes de **Obrigações Principais**, Auto de Infração nº 51.023.530-1 C.ind/adm/aut, Empresa e Sat/Rat (Patronal), Autos de Infração nº51.023.533-6 e nº51.023.532-8 Contrib. Indiv, Segurados empregados, cuja contribuição foi destes descontadas e não descontadas, respectivamente, Auto de Infração nº 51.023.531-0 Terceiros; **Obrigações Acessórias**, Auto de Infração nº 51.006.140-0 CFL 78 (declaração incorreta ou omissa), Autos de Infração nº 51.006.141-9 e nº 51.006.142-7 CFLs 21 e 23, respectivamente (arquivos digitais – art. 11, §§3º e 4º da Lei nº 8.218, de 1991), Auto de Infração nº 51.006.143-5 e nº 51.006.144-3, CFL 30 e 38, respectivamente (deixar de preparar folha de pagamento e de exibir documentos), Auto de Infração nº 51.023.529-8, CFL 59 (deixar de arrecadar contribuição); **referentes ao período de 01/2009 a 12/2011, inclusive 13º salário para 2009 e 2010**, com aplicação de multa de ofício

qualificada e juros quanto às Obrigações Principais, **totalizando o montante em R\$ 5.238.503,35**, conforme fls. 2/92.

A exação está instruída com relatório (Refisc), fls. 100/113, circunstanciando os fatos e fundamentos de direito, sendo precedida por ação fiscalizatória, Mandado de Procedimento Fiscal MPF nº 0610900.2011.00424, iniciada em 17/10/2011, encerrada em 14/06/2012, fls. 335/336 e 365/366, conforme planilhas, extratos, termos lavrados, cópias de documentos contábeis e constitutivos da sociedade e respectivas alterações, folhas de pagamento, decisões judiciais, e outros, fls. 96 a 378.

Em apertada síntese, trata a exação de empresa excluída do Simples Nacional em 29/02/2012, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/UBL nº 0013/2012, fls. 270/271, Processo 10970.720006/2012-25, pelo exercício de atividade incompatível (prestação de serviço com cessão ou locação de mão de obra – art. 17, XII da Lei Complementar nº 123, de 2006) com a produção de efeitos retroativos a partir de 11/03/2008, que informou sua participação no regime diferenciado no período de 01/2009 a 12/2011, conforme Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIPs posteriores (Código 2), sendo verificada em contabilidade e folha de pagamento do período a existência de salário-contribuição não submetido à tributação e objeto do lançamento, fls. 100:

3 - Foram analisados os seguintes documentos apresentados pela empresa: Livros Diário e Razão, período de 01/2009 a 12/2010; arquivos digitais com informações relativas à contabilidade (01/2010 a 12/2010) e folha de pagamento em meio papel para as competências de 01/2009 a 06/2009, 07/2010 e 09/2010 a 12/2010.

4 - Os valores lançados nos levantamentos a seguir relatados foram considerados como não informados em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), em face da informação indevida do código "2" no campo "SIMPLES", uma vez que a empresa foi excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, com efeitos da exclusão a contar de 11/03/2008, conforme ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO (ADE) DRF/UBL Nº0013/2012, de 27 de fevereiro de 2012, publicado no DOU de 29/02/2012. (DOCUMENTO 1)

II. DEFESA

i. Impugnação da empresa autuada

A empresa apresentou impugnação em 20/07/2012, fls. 382/848, para cada auto de infração lavrado e instruída por cópia de documentos, fls. 849/2.206, com a alegação principal de que pagou as contribuições devidas para o período, por ser optante do Simples ao tempo do envio das GFIPs, cuja exclusão do regime, ainda que retroativamente, não invalida referida documentação. Aduziu ainda que não exerce atividade incompatível com o Simples por não ceder nem locar mão de obra.

Em preliminar alegou erro quanto à apuração da base de cálculo do lançamento por ignorar valores declarados em GFIPs no período, excluindo-os e também acrescentando outros indevidamente, entendendo ser necessária a realização de perícia para confrontar suas informações formatadas em planilha.

Quanto ao mérito entendeu pela impossibilidade de retroatividade do ato declaratório; erro na apuração dos valores; ausência de dolo, fraude ou simulação que justifique a qualificação da multa de ofício.

Para os acessórios, repetiu a preliminar quanto ao lançamento por declaração incorreta ou omissa (CFL 78); no mérito estar dispensado dos deveres instrumentais por ser optante do Simples e acumulação indevida de multas (CFL 21 e 23); erro na aplicação do dispositivo legal e atipicidade do fato (CFL 38); quanto ao lançamento por deixar de preparar folha de pagamento (CFL 30) aduziu que entregou todas as GFIPs e respectivas folhas retificadas, cumprindo o dever instrumental.

ii. Impugnação sujeito passivo solidário – Edno José de Oliveira

O litisconsorte Sr. Edno José de Oliveira apresentou defesa em 16/07/2012, fls. 2.207/2.213, por advogada assistido, instrumento a fls. 2.214, em que alega que, como pessoa física, jamais atuou como grupo econômico sendo tão somente sócio da Empresa MINAS MADEIRA, parceira da L & C SERVIÇOS FLORESTAIS LTDA ME, entendendo haver confusão entre o sócio e sociedade, por parte da autoridade tributária.

Destacou a inexistência de prova no processo administrativo quanto à sua participação, bem como também da formação de grupo econômico que envolva a Minas Madeira e a L& C Serviços Florestais, apresentou jurisprudência para amparar sua tese e pugnou pela insubsistência da sujeição passiva solidária.

III. DECISÃO ADMINISTRATIVA DE PRIMEIRO GRAU

A 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Juiz de Fora (MG) – DRJ/JFA julgou as impugnações improcedentes, conforme Acórdão nº 09-43.408, de 10/04/2013, de ementa abaixo transcrita:

ÔNUS DA PROVA.

Os fatos extintivos ou modificativos, argüidos como matéria de defesa, devem ser demonstrados pelo contribuinte mediante produção de provas documentais, a fim de que possam provocar a extinção ou a alteração do crédito tributário constituído.

PEDIDO DE PERÍCIA.PRESCINDIBILIDADE.INDEFERIMENTO.

Estando presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de diligência ou perícia.

SIMULAÇÃO

A constatação de negócios simulados, acobertando o verdadeiro sujeito passivo da obrigação tributária, enseja a autuação tendo como base a situação de fato, devendo o correspondente tributo ser exigido da pessoa que efetivamente teve relação pessoal e direta com o fato gerador.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

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

ARQUIVOS EM MEIO MAGNÉTICO. PREVISÃO LEGAL.

Constitui infração deixar a pessoa jurídica que utilizar sistemas de processamento eletrônico de dados para registrar negócios e atividades econômicas ou financeiras, escriturar livros ou elaborar documentos de natureza contábil ou fiscal de cumprir o prazo para apresentação dos respectivos arquivos digitais e sistemas ou deixar de utilizar o formato estabelecido pela RFB.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS NA ESCRITURAÇÃO COMERCIAL.

A dispensa de escrituração comercial para fins fiscais, somente se aplica às ME e às EPP enquanto se mantiverem dentro das condições exigidas para seu enquadramento. O optante pelo sistema que, por qualquer razão, for excluído do Simples sujeitar-se-á às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA.

Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Os contribuintes foram notificados da decisão conforme intimações de fls. 2.289/2.302, com ciência pessoal da L & C SERVIÇOS FLORESTAIS LTDA ME em 17/05/2013, fls. 2.284 e por edital, para o Sr. Edno José de Oliveira, em 18/07/2013, fls. 2.308.

IV. RECURSO VOLUNTÁRIO

Em 18/06/2013 a L & C SERVIÇOS FLORESTAIS LTDA ME interpôs recurso voluntário, conforme peça juntada a fls. 2.314/2.337, por advogado assistida, instrumento a fls. 2.338.

São as alegações recursais:

i. Prejudicial de nulidade da exclusão do Simples

Aduz que o ato de exclusão do Regime Tributário Simples é nulo, sendo oportuna sua discussão, em sede de recurso, por se tratar de prejudicial do mérito daqueles créditos em contencioso nos autos.

Acrescenta que realizou os recolhimentos das contribuições previdenciárias no período lançado, tal como previsto na legislação para a sistemática do Simples, além de entender fazer *jus* a referido regime, não exercendo atividade incompatível.

ii. Preliminar

Alega erro quanto à apuração da base de cálculo do lançamento por ignorar valores declarados em GFIPs no período, excluindo-os e também acrescentando outros indevidamente, entendendo ser necessária a realização de perícia para confrontar suas informações formatadas em planilha.

iii. Mérito

Entende a impossibilidade de retroatividade do ato declaratório que a excluiu do regime de tributação diferenciado; erro na apuração dos valores; ausência de dolo, fraude ou simulação que justifique a qualificação da multa de ofício.

Aduz que a multa aplicada no Auto de Infração nº 37.375.656-9, foi fundamentada em penalidade revogada prevista no §5º do art. 32, Lei nº 8.212, de 1991:

A multa aplicada no auto de infração nº 37.375.656-9 teve como fundamento legal o parágrafo quinto do art. 32 da Lei nº 8.212/91.

Ocorre que, tal dispositivo legal foi expressamente revogado pelo art. 79, inciso I, da Lei nº 11.941/2009.

Estando a penalidade revogada, não pode a mesma incidir no caso em análise.

iv. Requerimentos

Ao final da peça requereu o provimento do recurso, a realização de perícia, a redução da multa qualificada para 75% e provar o alegado por todos os meios admitidos em direito:

1) A reforma da decisão com a consequente nulidade total dos autos de infração, em razão da possibilidade da Recorrente optar pelo SIMPLES NACIONAL;

2) Alternativamente a reforma da autuação nos termos das planilhas juntadas pela Recorrente, que serão confirmadas pela perícia contábil já requerida;

3) A redução das multas de 150% para 75%, em razão da ausência de motivos que justifiquem sua aplicação;

Provar-se-á o alegado por todos os meios de provas admitidas em direito em especial a perícia já requerida.

É o relatório!

Voto

Conselheiro Rodrigo Duarte Firmino, Relator.

I. ADMISSIBILIDADE

O recurso voluntário interposto é tempestivo e obedece aos requisitos legais, portanto dele conheço.

II. PREJUDICIAL

- a) Obrigações acessórias – lançamento incabível de multa – arquivos digitais – L. 8.218/91

Foram constituídos os Autos de Infração nº 51.006.141-9 e nº 51.006.142-7 CFLs 21 e 23, respectivamente, referentes a descumprimento de deveres instrumentais relativos a arquivos digitais, com fundamento no art. 11, §§3º e 4º da Lei nº 8.218, de 1991.

Com efeito, há precedente de cumprimento obrigatório deste Conselho, conforme abaixo transcrito:

No âmbito das contribuições previdenciárias, é incabível lançamento por descumprimento de obrigação acessória, relacionada à apresentação de informações e documentos exigidos, ainda que em meio digital, com fulcro no caput e parágrafos dos artigos 11 e 12, da Lei nº 8.218, de 1991. (Súmula CARF nº 181)

Diante do exposto, referidos créditos devem ser retirados do lançamento.

III. PRELIMINARES

- a) Alegação de nulidade na exclusão do Simples

Aduz a recorrente que o ato de exclusão do Regime Tributário Simples é nulo, sendo oportuna sua discussão, em sede de recurso, por se tratar de prejudicial do mérito daqueles créditos em contencioso nos autos.

O Ato Declaratório Executivo DRF/UBL nº 0013/2012, fls. 270/271, que excluiu a empresa do Simples está amparado pelo Processo nº 10970.720006/2012-25, sendo dada oportunidade de defesa para a recorrente, que não exerceu, *in casu*, referido direito subjetivo.

Ainda que haja reflexo sobre o presente julgamento, a discussão quanto à validade ou não do ato em exame, na via administrativa, teria que ser feita nos autos de citado processo, mas não o foi, **sendo completamente descabida neste contencioso**, já que não é objeto dos lançamentos de crédito tributários realizados.

Sem razão.

- b) Alegação de erro na apuração da base de cálculo

A recorrente alega erro quanto à apuração da base de cálculo do lançamento por ignorar valores declarados em GFIPs no período, excluindo-os e também acrescentando outros indevidamente, entendendo ser necessária a realização de perícia para confrontar suas informações formatadas em planilha.

Em análise ao relatório fiscal, fls. 100, fica claro que a autoridade tributária não considerou os valores declarados em GFIPs no período em razão do preenchimento pela recorrente de campo como optante do Simples:

4 - Os valores lançados nos levantamentos a seguir relatados foram considerados como não informados em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), em face da informação indevida do

código "2" no campo "SIMPLES", uma vez que a empresa foi excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, com efeitos da exclusão a contar de 11/03/2008, conforme ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO (ADE) DRF/UBL N°0013/2012, de 27 de fevereiro de 2012, publicado no DOU de 29/02/2012. (DOCUMENTO 1) (grifo do autor)

Não há qualquer nulidade neste ato, nos termos em que rege o art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, com destaque a recorrente conhece e se defende exaustivamente dos fatos imputados na exação.

De outro lado, entendo conforme precedente deste Conselho, abaixo transcrito, que na determinação dos valores lançados, excluída a empresa do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos de mesma natureza efetuados nessa sistemática, com a observância dos percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada:

Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada. (Súmula CARF nº 76)

Quanto ao pedido de perícia, tenho-o por desnecessário, conforme prescreve o art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972, pois a fiscalização durou quase oito meses, iniciada em 17/10/2011 e encerrada em 14/06/2012, a recorrente teve oportunidade de produzir provas, nos termos em que rege o art. 16, §4º, efetivamente exercida conforme documentos juntados a fls. 849/2.206, **sendo certa somente a desconsideração daqueles valores pagos na sistemática do Simples pela autoridade constituinte do crédito.**

IV. MÉRITO

a) Retroatividade do ato declaratório

Alega a peça recursal a impossibilidade de retroatividade do ato declaratório que a excluiu do regime de tributação diferenciado, mister novamente enfatizar que o contencioso não trata de examinar a ação administrativa que resultou na exclusão, ainda que quanto aos respectivos efeitos, vez que o processamento e possibilidade de defesa ocorreu no âmbito do Processo nº 10970.720006/2012-25.

Há ainda que se destacar que **a motivação da exclusão se deu pela constatação pela fiscalização de exercício de atividade incompatível com o regime tributário diferenciado**, conforme expressamente vedado no art. 17, XII da Lei Complementar nº 123, de 2006 - prestação de serviço com cessão ou locação de mão de obra, **é o que se vê no art. 2º do ADE DRF/UBL nº 13/2012**, fls. 270.

Há que se destacar que a exclusão retroagiu à data dos efeitos da opção pelo Simples Nacional, conforme previsto nos arts. 5º, XI c/c 6º VII da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 15, de 2007 (DOU 25/07/2007), bem como também no art. 12 da Resolução CGSN nº 4, de 2007 (DOU 01/06/2007):

(Resolução CGSN nº 15/2007)

Art. 5º **A exclusão de ofício da ME ou da EPP optante pelo Simples Nacional dar-se-á quando:** (grifo do autor)

(...)

XI - for constatado, quando do ingresso no Regime do Simples Nacional, que a ME ou a EPP incorria em alguma das hipóteses de vedação previstas no art. 12 da Resolução CGSN nº 4, de 2007. (grifo do autor)

(...)

Art. 6º **A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:** (grifo do autor)

(...)

VII - a partir da data dos efeitos da opção pelo Simples Nacional, nas hipóteses previstas nos incisos XI e XII do art. 5º. (grifo do autor)

(Resolução CGSN nº 4/2007)

Art. 12. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a ME ou a EPP:

(...)

XXIII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra; (grifo do autor)

Com efeito, se há muito ninguém se escusa de cumprir a legislação, conforme rege o art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB – Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, diferente não pode ser no caso concreto, quanto ao descumprimento do art. 17, XII da Lei Complementar nº 123, de 2006, pois de outro modo se estaria dando tratamento melhor e desigual à recorrente, em clara afronta também ao princípio da isonomia tributária, com sede no art. 150, II da Constituição Federal de 1988.

Sem razão.

b) Erro na apuração de valores

Trata-se de mesma matéria de defesa já apresentada em preliminar, ao argumento de não se considerar o pagamento do tributo na sistemática do Simples, portanto já analisada e, no mérito nada mais a enfrentar neste julgamento.

c) Multa qualificada – alegação de ausência de dolo, fraude ou simulação

Alega a peça recursal ausência de dolo, fraude ou simulação que justifique a majoração da multa de ofício em 150%.

Em exame aos autos de infração verifico que houve aplicação e qualificação da multa de ofício em todos os levantamentos, fundamentada no art. 44, I c/c §1º da Lei nº 9.430, de 1996, fls. 35, o relatório fiscal de fls. 100 e ss cita o cometimento dos crimes de sonegação de contribuição previdenciária, apropriação indébita, contra a ordem tributária e falsidade ideológica, para aqueles casos apontados nos itens 4.1 a 4.3 e 7.8 deste mesmo relatório,

conforme fls. 112/113. Com o destaque, para os itens 4.1 a 4.3, **os valores lançados foram considerados como não informados nas GFIPs já que estes documentos foram preenchidos indevidamente pela recorrente como optante do Simples:**

4 - Os valores lançados nos levantamentos a seguir relatados foram considerados como não informados em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), em face da informação indevida do código "2" no campo "SIMPLES", uma vez que a empresa foi excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, **com efeitos da exclusão a contar de 11/03/2008**, conforme ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO (ADE) DRF/UBL N°0013/2012, de 27 de fevereiro de 2012, publicado no DOU de 29/02/2012. (DOCUMENTO 1) (grifo do autor)

O item 7.8 trata da interposição de pessoas no quadro societário da empresa que motivou a sujeição passiva solidária.

A *ratio essendi* da exação é uma prestação de informação indevida quanto à aderência a regime tributário diferenciado, **todavia não há uma clara e pontual demonstração daqueles motivos que levaram a autoridade a majorar a multa em 150%**, conforme previsto no art. 44, I c/c §1º da Lei nº 9.430, de 1996, assim como também nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964:

(Lei nº 9.430, de 1996)

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(Lei nº 4.502, de 1964)

Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

A ausência de demonstração das causas determinantes da majoração da multa aplicada levou o julgador de piso a entender cabível a qualificação da sanção pela presunção da simulação objetivando burlar o Fisco, fls. 2.278:

Como visto, os indícios apontados no relatório fiscal fazem presumir a simulação objetivando burlar o Fisco. (grifo do autor)

Tem-se por cabível, na situação em baila, o uso de presunções para demonstrar a existência do fato gerador, notadamente nos atos revestidos de forma legal, mas que ocultam a realidade fática. É o que ensina a doutrina de Maria Rita Ferragut: (grifo do autor)

Para efeito de impor uma sanção tão severa, que é a multa qualificada em 150%, é absolutamente necessária a demonstração dos motivos determinantes desta medida, não sendo possível presumir.

Ademais se infere das alegações recursais, conforme fls. 2.317 e ss, Item III.1 – DA POSSIBILIDADE DA RECORRENTE ESTAR NO SIMPLES NACIONAL DEVIDO AS ATIVIDADES PRATICADAS PELA EMPRESA, que a recorrente entendeu ser lícita sua participação no regime, por suas razões, não restando caracterizada, a meu sentir, a existência de dolo na conduta do preenchimento das GFIPs com código atinente ao Simples.

Ante ao exposto, dou razão a recorrente neste particular.

d) Multa fundamentada em norma revogada

Aduz que a multa aplicada no Auto de Infração nº 37.375.656-9, foi fundamentada em penalidade revogada prevista no §5º do art. 32, Lei nº 8.212, de 1991.

Os lançamentos quanto aos descumprimentos de dever instrumental são os seguintes:

Auto de Infração nº 51.006.140-0 CFL 78 (declaração incorreta ou omissa), Autos de Infração nº 51.006.141-9 e nº 51.006.142-7 CFLs 21 e 23, respectivamente (arquivos digitais – art. 11, §§3º e 4º da Lei nº 8.218, de 1991), Auto de Infração nº 51.006.143-5 e nº 51.006.144-3, CFL 30 e 38, respectivamente (deixar de preparar folha de pagamento e de exibir documentos), Auto de Infração nº 51.023.529-8, CFL 59 (deixar de arrecadar contribuição).

Para além de inexistir neste contencioso o auto de infração informado pela recorrente também verifiquei que nenhum deles há fundamentação no §5º do art. 32, Lei nº 8.212, de 1991.

Portanto e neste caso por óbvio, sem razão a recorrente.

V. CONCLUSÃO

Por tudo posto e em análise aos requerimentos, primeiramente quanto ao protesto por provas há que se destacar que a norma processual estabeleceu o momento da apresentação que é o da impugnação, nos termos em que prescreve o art. 16, §4º do Decreto nº 70.235, de 1972, donde indefiro o pedido, bem como também a realização de perícia, por desnecessária.

Voto em dar parcial provimento para (i) excluir os créditos tributários decorrentes dos Autos de Infração nº 51.006.141-9 e nº 51.006.142-7 - CFLs 21 e 23; (ii) deduzir eventuais recolhimentos de mesma natureza efetuados na sistemática do Simples, observando os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada; (iii) reduzir a multa de ofício para 75%.

É como voto!

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Duarte Firmino