



Processo nº 11516.724276/2013-16

Recurso Voluntário

Resolução nº 1401-000.789 – 1^a Seção de Julgamento / 4^a Câmara / 1^a Turma
Ordinária

Sessão de 10 de dezembro de 2020

Assunto DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA

Recorrente INCORPEL - INDUSTRIA E COMERCIO DE PAPEL LTDA - EPP

Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, determinar a desapensação do presente processo dos autos de nº 11516.721732/2013-76 e declinar da competência do seu julgamento para a 2^a Seção do CARF.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Carlos André Soares Nogueira – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Claudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos André Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Letícia Domingues Costa Braga, Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente). Ausente o conselheiro Itamar Artur Magalhães Alves Ruga.

Relatório

Trata o presente feito de lançamento de ofício de Contribuições Previdenciárias próprias e devidas a terceiros nos períodos de apuração de 01/2008 a 13/2008 em razão da

exclusão da contribuinte em epígrafe do regime simplificado de tributação das micro e pequenas empresas de que cuida a Lei Complementar nº 123/2006 (Simples Nacional).

A exclusão do Simples Nacional foi veiculada por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 265, de 17/12/2013. Este ato declaratório é o objeto do processo administrativo fiscal nº 11516.721732/2013-76, que também se encontra sob minha relatoria e está indicado para julgamento nesta mesma reunião.

Além de constituir de ofício os tributos, a autoridade fiscal impôs multa agravada (112,5%) e atribuiu responsabilidade solidárias às pessoas físicas e jurídicas abaixo citadas:

- . Ana Maria Abreu - EPP;
- . Ana Maria Abreu;
- . Aujor José Schmidt; e
- . Ricardo Cunha Schmidt

Peço licença para reproduzir o acurado relatório da autoridade julgadora de piso, por bem reproduzir as razões de fato e de direito apontadas pela fiscalização para fundamentar os lançamentos, bem como as alegações lançadas pela contribuinte na impugnação:

Trata-se de crédito tributário constituído pela fiscalização em relação ao sujeito passivo acima identificado e outros, por meio dos seguintes Autos de Infração:

- AI DEBCAD nº 37.360.450-5, no valor de R\$ 106.584,81, consolidado em 19/12/2013, referente às contribuições destinadas à Seguridade Social e devidas pela empresa, inclusive para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho.

- AI DEBCAD nº 37.360.451-3, no valor de R\$ 17.375,70, consolidado em 19/12/2013, referente às contribuições destinadas às Outras Entidades e Fundos.

Os fatos geradores das contribuições lançadas foram as remunerações pagas pela empresa aos segurados empregados e contribuintes individuais que lhe prestaram serviços no período de 01/2009 a 12/2012, apuradas com base nas informações declaradas em GFIP.

O contribuinte foi excluído do Simples Nacional, através do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 265, de 17 de dezembro de 2013, com efeito a partir de 01/01/2008, em razão dele haver infringido artigo 3º, §9º e artigo 29, incisos II, VIII e X, da Lei Complementar nº 123/2006.

Entre os fatos apurados durante a fiscalização da empresa e que motivaram a emissão do Termo de Representação Fiscal para Exclusão do Simples, constam os seguintes:

- 1- As empresas Flexpel e Incorpel eram optantes pelo Simples Nacional.
- 2- A Flexpel e a Incorpel atuavam na mesma atividade de fabricação e comercialização de fabricação e comercialização de embalagens de papel e plástico.
- 3- A Flexpel e a Incorpel estavam localizadas no mesmo endereço.
- 4- Um único parque fabril e quadro de empregados era compartilhando pelas duas empresas, sob a gestão centralizada da Incorpel.

- 5- Havia estreita relação entre o sócio administrador da Incorpel (Aujor) com a titular da Flexpel (Ana Maria), seja na condição de empregador/empregado ou por relação pessoal.
- 6- A titular da Flexpel (Ana Maria) foi admitida na da Incorpel em 02/02/1987, no cargo de operador de máquinas; no período de 01/08/1998 a 14/06/2010, ela exerceu o cargo de gerente administrativo dessa empresa; e no período de 04/03/1999 a 23/11/2000, ela exerceu de fato a gestão financeira dessa empresa.
- 7- A titular da Flexpel (Ana Maria Abreu) e o sócio-administrador da Incorpel (Aujor) residiam no mesmo endereço.
- 8- O sócio-administrador da Incorpel (Aujor) consta como fiador em contrato de locação de imóvel para abrigar as atividades da empresa Flexpel, na qual a locatária é Ana Maria de Abreu (pessoa física).
- 9- Em processos trabalhistas movidas por ex-funcionários consta a afirmação destes de que eles teriam sido contratados pela empresa Ana Maria de Abreu, esposa e sócia do proprietário da Incorpel, que criou uma nova empresa que passou a funcionar no mesmo ramo e no mesmo endereço.
- 10- A Flexpel contabilizou despesa insignificante com combustível e nenhuma despesas com a manutenção de veículos, a despeito da contratação de motorista e da aquisição de um automóvel e um caminhão furgão, em nome da pessoa física Ana Maria, e de um caminhão, em nome da empresa Flexpel.
- 11- A Flexpel não contabilizou, para um período de 4 anos, quaisquer despesas com manutenção de máquinas e equipamentos.
- 12- A Flexpel não apresentou documentos hábeis a comprovar os ingressos de recursos nos anos de 2008, 2009 e 2010, oriundos de empréstimos de sócios, nem esclareceu a ocorrência de saldo credor na conta Clientes a Receber, em 2008, e na conta Caixa, nos anos de 2010, 2011 e 2012.
- Uma vez excluído do Simples Nacional, o contribuinte ficou sujeito às mesmas regras das empresas em geral, sendo enquadrado no FPAS 507-0, Indústrias em Geral.
- Comparou-se as multas previstas na legislação anterior e posterior à Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, e aplicou a penalidade mais benéfica ao contribuinte, conforme consta do Anexo “SAFIS – Comparaçao de Multas”.
- Por não ter prestado todos os esclarecimentos solicitados pela fiscalização, o contribuinte teve agravada a multa de ofício em 50%, conforme previsto no artigo 44, §2º, da Lei nº 9.430/1996.
- Em razão da mudança ocorrida nos sistemas da Receita Federal do Brasil, houve necessidade da separação dos fatos geradores ocorridos a partir de 2009. Os créditos relativos ao período de 01/2009 a 12/2012 compõem o processo nº 11516.724274/2013-27.
- Como os fatos narrados na Representação Fiscal e que originaram a exclusão do contribuinte do Simples Nacional configuraram uma fraude com objetivo de iludir a administração tributária, imputou-se a responsabilidade solidária às pessoas jurídicas e físicas envolvidas na conduta fraudulenta (Ana Maria Abreu EPP, Incorpel Indústria e Comércio de Papel Ltda. EPP, Ana Maria Abreu, Aujor José Schmidt e Ricardo Cunha Schmidt), para responderem, solidariamente, pelos atos praticados, com fundamento nos artigos 124 e 135, III, do Código Tributário Nacional e artigos 50 e 1.016 do Código Civil.

Impugnação

A empresa Incorpel apresentou impugnação, na qual alega e requer, em suma, o seguinte:

Das Preliminares Nulidade do Lançamento

- O auditor fiscal omitiu fatos imprescindíveis ao deslinde da questão, os quais comprovariam a distinção entre as empresas, a inocorrência de simulação ou de grupo econômico; o quadro diferente de funcionários; o ciclo produtivo e comercial autônomo; os estoques distintos; os galpões distintos; a movimentação bancária distinta; e a independência financeira e a ausência de confusão patrimonial entre os titulares de caca uma das empresas.

- Os fatos omitidos foram obtidos durante duas diligências fiscais realizadas na Flexpel e uma outra diligência realizada, simultaneamente, nas duas empresas.

Contudo, a autoridade lançadora não juntou tais documentos aos autos.

- Não há que se falar em contraditório e ampla defesa se vários fatos benéficos à empresa foram omitidos no processo fiscal, em nítida violação aos princípios constitucionais da impensoalidade e moralidade.

- A publicidade é um dos princípios informadores do processo administrativo, previstos na Lei nº 9.784/1999.

- Se o ato administrativo é público e, no caso de diligências, deve ocorrer mediante um mandado de procedimento fiscal de diligência, nos termos da Portaria RFB nº 3014/2011, as três diligências fiscais deveriam ter sido mencionadas no processo e os documentos produzidos e o levantamento fotográfico das instalações, juntados aos autos.

- Houve violação da garantia do devido processo legal.

- O lançamento deve ser declarado nulo, ante a violação do artigo 59, II, do Decreto nº 70.235/1972, uma vez que o lançamento foi efetivado com preterição ao direito de defesa do contribuinte.

- Pleiteia-se a exibição dos documentos omitidos pela fiscalização.

Do Mérito

Objeto Social

- É equivocada a conclusão da autoridade fiscal, inferida com base nas informações contidas no contrato social da Flexpel, no contrato de locação e na declaração do proprietário do imóvel locado, de que a Flexpel era uma extensão da Incorpel.

- A impugnante averbou seu ato constitutivo em 01/08/2002 e assinalou, como atividade, a fabricação de embalagem de papel e de plástico, que era seu propósito inicial. No entanto, antes mesmo inaugurar a sede, e impossibilitada de instalar-se no local que gostaria, promoveu a alteração de seu objeto social para incluir a atividade de comercialização de produtos de papel.

- Em sua antiga sede, a Flexpel apenas exercia a atividade de venda de papel e similares, inexistindo, até 2006, atividade industrial.

- A habilitação do empresário para exercer determinada atividade depende do registro dela na Junta Comercial. Por outro lado, o empresário não é obrigado a realizar todas as

atividades registras. Assim, ainda que a Flexpel tenha registrado a atividade de indústria, ela não é obrigada a exercer essa atividade.

- Conforme apurado pela autoridade fiscal, através da oitiva do proprietário do imóvel locado, a Flexpel efetivamente tinha o desiderato de vender embalagens de papel e plástico naquele local.

- Ciente dos riscos da atividade mercantil, a titular da empresa continuou a prestar serviços de auxiliar administrativa para a Incorpel, o que era feito em caráter complementar e na maioria das vezes fora do horário comercial.

- Assim, nada de ilícito há no fato da Sra. Ana Maria desempenhar duas atividades concomitantes (empresária e funcionária); de uma funcionária abrir uma empresa no ramo em que atua; e de uma empresa exercer o comércio e manter a possibilidade de fabricar produtos.

- Se fosse o caso de simulação, desde 2002 já teria havido o repasse de funcionários, o caixa das empresas seria único e a transferência de recursos de uma para outra freqüente. Nada disso ocorreu.

Exercício do cargo de gerente administrativo na Incorpel

- A empresária Ana Maria Abreu foi contratada pela Incorpel em 02/02/1987, na função de auxiliar administrativa, como comprova a sua CTPS. Ela trabalhou na Incorpel por longos 23 anos, no cargo de auxiliar administrativa. No desempenho dessa função, ela auxiliava em algumas rotinas administrativas, sem jamais administrar ou tomar decisões na Incorpel.

- A circunstância de ela possuir procuração para movimentar contas bancárias não significa que ela tivesse autonomia para administrar a empresa. As procurações apenas lhe outorgaram poderes para realizar operações financeiras junto ao banco, prática delegada bastante comum.

- As funções de administrador e de auxiliar administrativo são distintas, conforme conceitos elaborados pela própria Receita Federal, segundo os quais o administrador é a pessoa que pratica, com habitualidade, atos privativos de gerência ou administração de negócios da empresa, e o faz por delegação ou designação de assembleia, de diretoria ou de diretor, enquanto que o auxiliar administrativo é o profissional que tem por responsabilidade executar serviços administrativos que envolvem o apoio às diversas áreas de uma organização.

- De acordo com o contrato social da Incorpel, o administrador é o Sr. Aujor José Schmidt.

- Assim, é ilegal a exclusão da empresa do Simples por esse motivo.

Ausência de despesas com energia elétrica

- Ainda que inexista conta de luz em nome da Flexpel até o ano de 2010, a empresa sempre pagou as despesas com energia.

- No local originário, todas as despesas com energia elétrica foram recolhidas.

- Já no período fiscalizado, quando a empresa estava sediada no mesmo terreno da Incorpel, mas em galpão autônomo e distinto, o fornecimento de energia elétrica era compartilhado com uma empresa de madeira que se situava no terreno vizinho, uma vez que a servidão próxima ao galpão, por onde se poderia passar a rede de distribuição de energia e instalar um medidor individual, estava sendo irregularmente ocupada por terceiros. Essa servidão foi liberada da ocupação ilegal apenas em 26/03/2010, quando cumprida uma decisão judicial de 03/2006.

- Com a expectativa de ligação da energia, a Flexpel mudou-se para o galpão em 2006. Entretanto, pela demora no cumprimento da sentença, foi obrigada a entabular acordo com o proprietário do terreno vizinho para a instalação de extensão e compartilhamento da rede elétrica da madeireira. O custo era rateado por Ana Maria, enquanto pessoa física, e a madeireira. Por esse motivo não há comprovantes de despesas com energia elétrica em nome de Flexpel.

- Apenas a partir de 2010, quando a situação foi regularizada, é que a Flexpel passou a responder diretamente pelo pagamento das despesas com energia elétrica.

Ausência de gastos com água

- O terreno onde a Flexpel está estabelecida contém um poço artesiano que abastece a empresa, razão pela qual não foram contabilizadas despesas com água. Apresenta fotografia da bomba de água.

Manutenção do imóvel

- A empresa não teve despesas com manutenção do imóvel em razão da construção, na qual ele se encontra localizada, estar em bom estado de uso, e não ter exigido, nem exigir reformas ou manutenção relevantes.

Despesas com maquinário

- Realmente não existiram despesas com maquinário. A Flexpel passou a utilizar as máquinas somente a partir de 2006, sendo que nestes seis anos a fábrica não exigiu despesas relevantes.

- Toda a manutenção, quando necessária, era realizada pelos próprios funcionários. E, quando eles não podiam realizá-las, a manutenção era às expensas da proprietária da empresa, por se tratar de despesas muito pequenas.

Gastos com combustível

- Boa parte dos clientes da Flexpel retirava os produtos na própria loja.

- Como, até muito recentemente, as entregas eram feitas pela proprietária da Flexpel, com o seu próprio automóvel, não existem lançamentos na contabilidade da empresa relativos a gastos com combustíveis.

- Nos últimos anos, porém, quando Ana Maria passou a expandir o seu negócio, as mercadorias começaram a ser entregues através de transportadoras, como despesas arcadas sempre pelos adquirentes dos produtos, como é o costume comercial existente.

- Além disso, essa questão padece de importância, porquanto, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006, o pagamento de tributos pelo Simples Nacional independe do valor das despesas realizadas, mas sim da receita bruta auferida.

Da fiança prestada por Aujor em contrato de locação de imóvel

- O Aujor, dada a relação de amizade com Ana Maria, nunca deixou de lhe auxiliar. Assim o fez ao incentivá-la a empreender, ao oportunizar um espaço para ela montar a sua fábrica e a prestar-lhe fiança em contrato de locação. Não existe nada de ilícito em prestar fiança a alguém. Afiançar um contrato não significa que o fiador e o devedor são a mesma pessoa. Trata-se apenas de uma garantia.

- O que o Aujor não permitiu foi misturar as empresas, as contas bancárias, os funcionários, o estoque, etc. Cada um deles com seu negócio, com seus lucros e prejuízos, sempre com independência e autonomia.

Grupo econômico com o mesmo núcleo familiar

- Esclarece que a proprietária da Flexpel, Ana Maria Abreu, e o sócio majoritário da Incorpel, Aujor José Schmidt, não são casados e nem vivem em união estável.

Eles mantiveram e mantém, durante muitos anos, uma relação de amizade e, em certos períodos e com instabilidade, intimidade amorosa.

- Ainda que tivessem relacionamento estável, ou mesmo fossem casados, isso não implicaria na ilicitude das duas empresas. É plenamente admissível que cônjuges e companheiros sejam proprietários ou sócios de empresas distintas.

- Cada empresa possui gestão, funcionários, instalações, despesas com energia elétrica, folha de pagamento e obrigações tributárias, entradas próprias, depósitos, mercadorias e pró-labore próprios e distintos.

- Não há qualquer confusão patrimonial entre Ana Maria e Aujor, tampouco entre Flexpel e Incorpel, sendo que o fato de elas se localizarem no mesmo terreno, mas em área distintas, não pode induzir à unidade de empresas, independente de terem ou não uma relação de amizade, afetiva ou mesmo de união.

Contrato de comodato

- Ao proprietário de imóvel é garantido o direito de usar, gozar, dispor e reaver. Assim, o Sr. Aujor, como proprietário do imóvel, poderia dispor desse direito da forma que lhe fosse conveniente, seja doando-o ou emprestando-o a quem quisesse.

- É plenamente legítima, aceitável, e até mesmo louvável a cessão, por comodato, de parte do terreno que Aujor ocupa para a instalação de uma outra empresa, de propriedade e explorada por pessoa que goza de sua amizade.

- Ainda que não houvesse ônus para a comodatária, o qual é uma característica do contrato de comodato, inexistiriam quaisquer irregularidades ou ilicitudes.

Aumento do faturamento da Flexpel

- O crescimento do faturamento da empresa decorreu do aumento da produtividade de seus empregados e da maneira como ela foi administrada por sua proprietária, além dos efeitos de desvalorização da moeda.

- Querer que todas as empresas de um determinado setor tenham a produção proporcional ao número de máquinas e empregados, é desconsiderar a influência que variáveis como uma boa ou má gestão, a produtividade de uma equipe, o volume de pedidos, a logística, apresentam em qualquer ramo de negócio.

- Não é verdade que houve estagnação no faturamento da Incorpel e crescimento desenfreado na receita da Flexpel. O crescimento das duas empresas foi normal, conforme demonstrado no gráfico dos faturamentos anuais de cada uma das empresas.

- A Flexpel teve um melhor aproveitamento, decorrente da gestão eficiente de sua proprietária. Em relação às receitas dos anos 2009/2010, a Flexpel teve uma diminuição no faturamento, o que foi omitido pela fiscalização. A receita de 2008 da Flexpel se deve a crise mundial, sendo que nos demais períodos houve um progresso proporcional.

Da relação empregatícia conjunta

- Jamais houve confusão entre os empregados das duas empresas.

- As alegações apresentadas por ex-empregados em ações trabalhistas não correspondem à realidade.

- A Flexpel tem a documentação regular e nunca explorou a mão-de-obra de quaisquer empregados da Incorpel, e tampouco o reverso ocorreu.
- Os próprios empregados Evanir e Silvano desmentiram tais fatos, em declarações anexadas a essa impugnação, na qual afirmaram que não prestaram serviços às duas empresas durante o contrato de trabalho, e que tais afirmações foram feitas apenas para aumentar as chances de recebimento do crédito. Observa que essas declarações foram prestadas espontaneamente, pois essas pessoas físicas não possuem nenhum vínculo com as empresas.
- Junta, também, declaração de todos os atuais empregados da Flexpel que, expressamente, atestam que prestam serviços exclusivamente a ela, sem qualquer vínculo fático ou jurídico com outra empresa, inclusive a Incorpel.
- O auditor fiscal, acompanhado de outros fiscais, promoveu diligência pessoal nos estabelecimentos da Flexpel e da Incorpel e lá entrevistou e analisou a função de cada um dos empregados. Como não poderia ser diferente, as entrevistas e a verificação resultaram na verdade: que são empresas distintas e os funcionários não se misturam entre as empresas no exercício de suas funções.
- Contudo, em violação aos princípios da impensoalidade e da moralidade, o resultado dessa diligência não foi juntado aos autos do processo.
- Junta declaração prestada pelo ex-empregado Mário César Alexandre, que laborou por longos sete anos na Incorpel, o qual afirma que, durante o período laboral, nunca prestou serviços a Incorpel.
- O pagamento do salário da Flexpel era feito sempre com a sua própria renda e patrimônio, o que refuta a tese de confusão patrimonial entre as duas empresas.
- A suposta unidade entre as duas empresas foi discutida em reclamatória trabalhista, em cuja sentença, já transitada em julgado, conclui-se que cada empresa tinha seus próprios empregados e eles não prestavam serviços a ambas as empresas indistintamente.
- Diante da sentença judicial que atesta não haver relação entre a Flexpel e a Incorpel, as alegações da fiscalização, baseadas em presunções, sem respaldo probatório, não prosperam.

Da disparidade entre aquisições de mercadorias e ingresso de recursos

- Houve equívoco por parte do Fisco, conforme se denota dos relatórios de entrada e saídas, segundo o qual o único ano em que a diferença ultrapassou o percentual estabelecido foi o ano de 2008.
- Tal situação ocorreu em virtude de estarem incluídas no valor todas as despesas da Flexpel, e não somente o importe das mercadorias pra comercialização ou industrialização. O relatório foi retificado e o número correto é de 75%, contendo todas as espécies de gastos discriminadas.

Das praças de atuação da Flexpel

- A alegação da fiscalização de que a Flexpel e a Incorpel são a mesma empresa, tendo a primeira sido criada apenas para fraudar o limite estabelecido para a receita dos optantes pelo Simples, é desprovida de respaldo fático.
- As regiões e clientes atendidos pelas duas empresas são distintos.
- A Flexpel e a Incorpel utilizam veículos próprios para efetuar as entregas, salvo em relação as entregas feitas pela Flexpel para o Estado do Rio Grande do Sul, que é

atendido por transportadoras. Nenhuma das empresas efetua entrega de mercadorias utilizando veículo da outra.

- Caso se tratasse de uma mesma empresa, seria desvantajoso para a Flexpel ter despesas com transportadoras, enquanto que a Incorpel possui caminhão, que poderia ser usado para a entrega das mercadorias.

- A Flexpel e a Incorpel são empresas distintas e o fato de estarem situados no mesmo imóvel não presume a ligação entre elas.

Da antiga sede da Flexpel

- Inexiste óbice à contratação por pessoa física de imóvel locatício destinado ao estabelecimento empresarial, uma vez que os direitos e obrigações do empresário individual (pessoa física) se confundem com os da empresa individual.

- Dada a relação de amizade entre Aujor e Ana Maria, é perfeitamente normal que ele figurasse como fiador em contrato de locação.

Do embaraço à fiscalização

- Não houve embaraço à fiscalização. A Flexpel sempre colaborou com a fiscalização e apresentou os documentos solicitados (relaciona os vários documentos apresentados e esclarecimentos prestados). A conduta do fiscal se mostra desleal e mentirosa.

Da Multa aplicada

- A multa de ofício agravada em 50% é indevida uma vez que motivada em suposta tentativa de obstruir o trabalho fiscal, que jamais ocorreu, conforme já demonstrado nos itens anteriores da impugnação.

Da contribuição ao SIMPLES

- A Flexpel sempre cumpriu suas obrigações tributárias e comerciais no período fiscalizado, tendo realizado os pagamentos dos tributos devidos pela sistemática do Simples Nacional, o que demonstra a sua boa-fé.

Da tese subsidiária

- Ainda que a Flexpel seja excluída definitivamente do Simples Nacional, o cálculo da receita está incorreto, eis que somando o faturamento da Flexpel e da Incorpel em 2008, chega-se ao montante de R\$ 2.305.628,51, abaixo, portanto, do teto legal, que é de R\$ 2.400.000,00. Por isso, apenas para fins de argumentação, já que é evidente a separação entre as empresas, requer a retificação do cálculo apresentado pela fiscalização.

Da responsabilidade solidária

- A fiscalização imputou a responsabilidade solidária à Ana Maria de Abreu EPP (Flexpel), Incorpel Indústria e Comércio de Papel Ltda., Ana Maria de Abreu, Aujor José Schmidt e Richard Cunha Schmidt, com fundamento nos artigos 124 e 135 do Código Tributário Nacional e 50 e 1.016 do Código Civil.

- Desses dispositivos citados, apenas o artigo 135 do Código Tributário Nacional é aplicável ao caso.

- A Ana Maria de Abreu EPP (Flexpel) e a Ana Maria de Abreu (pessoa física), são responsáveis solidários apenas pelos supostos débitos da Flexpel, em razão de serem a empresa e a sua representante legal.

Fl. 10 da Resolução n.º 1401-000.789 - 1^a Sejul/4^a Câmara/1^a Turma Ordinária
Processo nº 11516.724276/2013-16

- Já a empresa Incorpel e os seus sócios não podem ser responsabilizados pelos débitos da Flexpel, pois eles não são administradores dessa empresa.

- O sócio minoritário da Incorpel deixou a empresa em 1995. E após a sua saída da empresa, Richard sequer tinha conhecimento do que acontecia na empresa e, portanto, não pode ser pessoalmente responsabilizado, tanto com base na limitação de responsabilidade da sociedade, como porque jamais fora o administrador desta.

- Transcreve trecho da decisão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, a qual restringe a responsabilidade solidária somente em atos práticos com excesso de poderes ou infração à lei.

Decadência parcial

- Ocorreu a decadência do crédito tributário relativo ao período de 01/01/2008 a 26/01/2008, com fundamento no artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional, aplicável ao caso, ante a existência de recolhimentos de valores para o Simples Nacional para todo o período fiscalizado.

Do pedido

- Requer o cancelamento do lançamento.

- Requer, ainda, que a fiscalização junte aos autos o mandado de procedimento de diligência sonegado, bem como todos os registros, documentos e planilhas relativos às mesmas, que comprovam a veracidade das afirmações da empresa.

- Requer, subsidiariamente, o cancelamento parcial do lançamento relativo ao período de 2008, a exclusão da multa aplicada e a exclusão dos co-responsáveis constantes do relatório fiscal.

- Requer, por fim, que as intimações sejam remetidas ao endereço do procurador do contribuinte.

Os demais co-responsáveis não apresentaram impugnação.

Este processo foi encaminhado à DRF de origem, em diligência, para a correta formalização deste e de outros processos a este apensados, bem como para esclarecimentos quanto à científicação dos responsáveis solidários (Despachos de fls. 617/619).

Do resultado dessa diligência, da qual tanto o contribuinte como os responsáveis solidários foram regularmente científicos (fls. 640/643), apenas o contribuinte apresentou manifestação a respeito (fls. 645/647), requerendo, na ocasião, a aplicação da Portaria nº 354/2016, que dispõe sobre a formalização de processos relativos a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, para que a este processo fosse anexado o processo 11516.724277/2013-61, por estarem baseados nos mesmos elementos de prova.

É o relatório.

A impugnação foi julgada parcialmente procedente. O Acórdão nº 14-62.029 da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto – DRJ/RPO, ora vergastado, recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008 EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS. REGIME TRIBUTÁRIO.

Fl. 11 da Resolução n.º 1401-000.789 - 1^a Sejul/4^a Câmara/1^a Turma Ordinária
Processo nº 11516.724276/2013-16

A pessoa jurídica excluída do SIMPLES e/ou SIMPLES NACIONAL sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO. PRAZO.

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, existindo antecipação do pagamento, ainda que parcial, a decadência opera-se com o transcurso do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, mediante aplicação do artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TERCEIROS.

Ausente defesa apresentada em nome de terceiros responsáveis solidários pelo crédito tributário, não cabe a apreciação de oposição à imputação de responsabilidade solidária apresentada pelo contribuinte, na medida em que este não detém legitimidade e nem interesse para tanto.

INTIMAÇÃO DE PROCURADORES.

As intimações devem ser feitas no domicílio tributário fornecido pelo contribuinte à administração tributária, inexistindo previsão legal, no âmbito do processo administrativo fiscal, para que as intimações sejam encaminhadas aos seus procuradores.

Impugnação Procedente em Parte Crédito

Tributário Mantido em Parte

Em apertada síntese, a autoridade julgadora de piso afastou os lançamentos dos períodos de apuração 01 a 11/2008 em razão de decadência, conforme artigo 150, § 4º, do CTN.

Há, contudo, uma contradição no acórdão de piso entre a fundamentação e o *decisum* pois a autoridade julgadora chegou à conclusão de que o agravamento da multa de ofício seria indevido, mas a decisão não contemplou o afastamento desse agravamento. Cito suas palavras:

Multa Agravada

A partir de 04/12/2008, com a publicação da MP nº 449, foi instituída, para as contribuições previdenciárias e às devidas a Outras Entidades e Fundos, a possibilidade de agravamento, em 50% da multa de ofício, prevista no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/962, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos.

Deve-se, no entanto, observar que o fato que justifica o agravamento da multa de ofício é o não atendimento à intimação fiscal. Se houver atendimento, ainda que os esclarecimentos prestados sejam julgados insuficientes pelo auditor, não é cabível agravamento. Para esse caso, é aplicável a multa por descumprimento de obrigação acessória prevista no artigo 32, III, da Lei nº 8.212/1991.

[...]

O TIF 004 contém um rol de 16 solicitações para apresentação documentos ou de esclarecimentos (fls. 117/118).

Fl. 12 da Resolução n.º 1401-000.789 - 1^a Sejul/4^a Câmara/1^a Turma Ordinária
Processo nº 11516.724276/2013-16

O contribuinte apresentou resposta ao TIF 004, acompanhado dos documentos e esclarecimentos a respeito de cada uma das 16 solicitações fiscais.

Assim, ainda que a empresa não tenha se desincumbido do ônus de esclarecer todas as dúvidas apontadas pela autoridade lançadora, sem dúvida houve o atendimento da intimação, tanto que ela apresentou a sua resposta. **Portanto, indevido o agravamento da multa de ofício em 50%.** – grifei.

Em relação aos devedores solidários, uma vez que estes não apresentaram impugnações, a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Florianópolis emitiu o Termo de Revelia de fls. 680. Em relação a estes, portanto, não se instaurou o contencioso administrativo.

Irresignada com a decisão de piso, a contribuinte interpôs recurso voluntário. Na peça recursal, esgrimiou as seguintes alegações:

- **Efeitos retroativos do ato de exclusão:** A decisão proferida por meio do Acórdão nº 14-62.025 acerca do ADE DRF/FNS nº 264, de 17/12/2013, que tratou da exclusão do Simples Nacional, no processo nº 11516.721731/2013-21, afastou a fundamentação que daria azo à aplicação retroativa da exclusão de ofício. Segundo a contribuinte, as razões subsistentes para a exclusão de ofício (embargo à fiscalização e escrituração não permitir a identificação da movimentação financeira) somente autorizariam a exclusão a partir do encerramento da fiscalização. Cito excerto que sintetiza a alegação da contribuinte:

Ora, ambas as situações - “embargo à fiscalização” e “não permitir a identificação da movimentação financeira” - somente ocorrem, por óbvio, no momento da fiscalização, em que o Fiscal, seja por entraves impostos pelo contribuinte ou por sua escrituração, constatará a ocorrência da proscrição legal.

In casu, todo o crédito constituído - e não decaído - (período de 11/2008 a 13/2008), como sói acontecer, se refere a período anterior à fiscalização (2013) e somente

subsistia em razão da fundamentação já superada pela decisão de 1^a instância (receita bruta que ultrapassa o limite legal).

Assim, em razão da exclusão operar seus efeitos somente em momento posterior à fiscalização e, por consequência, do exsurgimento de todo o crédito aqui perseguido, os autos de infração em alicerçam a presente Processo Administrativo devem ser todos anulados.

- **Insubsistência de responsabilidade solidária:** neste ponto, a recorrente aduziu que a responsabilidade solidária estaria alicerçada na ocorrência de condutas fraudulentas, que não teriam sido confirmadas na decisão de piso. Portanto, tal atribuição de responsabilidade solidária não deveria subsistir. Trago à colação excerto que trata da matéria:

Veja, toda a fundamentação de imputação da responsabilidade solidária se alicerçou na perpetração de fraude e simulação por parte das pessoas jurídicas Incorpel e Flexpel, bem como de seus sócios.

Se não houve, como confirmado pela decisão de 1^a instância, qualquer fraude, simulação ou infração à lei, tornam-se indiscutivelmente inaplicáveis os dispositivos invocados pela Autoridade Fiscal (art. 50, do CC, e art. 135, inciso III, do CTN), isto é, não pode subsistir qualquer responsabilização que não a do próprio contribuinte.

A questão nem sequer necessita de legitimidade para ser arguida, uma vez que é mero consectário lógico da decisão que afastou toda a argumentação de fraude e simulação desenvolvida pelo Fisco, de forma que sua implementação pode/deve ser determinada de ofício pela Autoridade Julgadora.

Faz-se mister, por conseguinte, a exclusão de todos os devedores solidários (Ana Maria Abreu - EPP (Flexpel), Aujor, Ana Maria - pessoa física - e Richard) do presente feito, visto que não há qualquer elemento capaz de sustentar a ocorrência de fraude, simulação e/ou infração à lei que resultaria em sua responsabilidade solidária.

Ao final a recorrente pugnou pela anulação dos autos de infração e, subsidiariamente, pelo afastamento das responsabilidades solidárias.

Era o que havia a relatar.

Voto

Conselheiro Carlos André Soares Nogueira, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo.

Competência da 2^a Seção de Julgamento.

Conforme visto, trata-se exclusivamente de lançamento de ofício de Contribuições Previdenciárias próprias e de terceiros, cuja competência ordinária é da 2^a Seção de Julgamento do CARF, conforme artigo 3º, inciso IV, do Regimento Interno do CARF – RICARF, *verbis*:

Art. 3º À 2^a (segunda) Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1^a (primeira) instância que versem sobre aplicação da legislação relativa a:

I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF);

II - IRRF;

III - Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR);

IV - Contribuições Previdenciárias, inclusive as instituídas a título de substituição e as devidas a terceiros, definidas no art. 3º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007; e

V - penalidades pelo descumprimento de obrigações acessórias pelas pessoas físicas e jurídicas, relativamente aos tributos de que trata este artigo. (grifei)

Impende também destacar que não há vinculação entre os lançamentos de CP de que cuidam os presentes autos e os fatos e elementos de prova que deram azo à exclusão de ofício do Simples Nacional, conforme passo a expor.

No processo nº 11516.721732/2013-76, esta Turma decidiu pela manutenção da exclusão de ofício do Simples Nacional exclusivamente em razão de a escrituração contábil não permitir a visualização da movimentação financeira.

Noutro giro, a apuração da ocorrência dos fatos geradores e a determinação das bases de cálculo neste processo foram embasadas pela fiscalização na legislação própria das Contribuições Previdenciárias, conforme se verifica no seguinte excerto do *Relatório Fiscal e Termo de Sujeição Passiva Solidária*:

4.10 Integram este processo administrativo-fiscal, os seguintes Autos de Infração, relatórios e elementos de prova:

4.10.1 AUTO DE INFRAÇÃO - AI DEBCAD N° 37.360.450-5 - Contribuições à Cargo da Empresa:

O lançamento do crédito das contribuições sociais, incluídas no presente Auto de Infração corresponde às contribuições destinadas à Seguridade Social, a cargo da empresa, apuradas nos levantamentos e competências abaixo especificados:

Levantamento “B1” – Base de Calculo Declarada em GFIP no período de 01/2008 a 11/2008: refere-se às contribuições da empresa, destinadas à seguridade social e às contribuições para financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (SAT/RAT), incidentes sobre o total das remunerações devidas ou creditadas a qualquer título aos empregados e/ou contribuintes individuais que lhes prestaram serviços.

Levantamento “B2” – Base de Calculo Declarada em GFIP no período de 12/2008 a 13/2008: refere-se às contribuições da empresa, destinadas à seguridade social e às contribuições para financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (SAT/RAT), incidentes sobre o total das remunerações devidas ou creditadas a qualquer título aos empregados e/ou contribuintes individuais que lhes prestaram serviços.

O valor das contribuições, a cargo da empresa, destinadas à Seguridade Social, foi apurado com base na alíquota de 20,0% (vinte, vírgula, zero, por cento), conforme disposto nos incisos I e III, artigo 22 da Lei 8.212 de 1991.

O valor das contribuições para financiamento do benefício previsto nos artigos 57 e 58 da Lei 8.213, de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (SAT/RAT), conforme disposto no artigo 22, inciso II, da Lei 8.212, de 1991, foi calculado com base na alíquota de 3,0 (Três, vírgula, zero, por cento) válida para todo o período.

4.10.2 AUTO DE INFRAÇÃO - AI DEBCAD N° 37.360.451-3 - Contribuições destinada a Outras Entidades - Terceiros:

O crédito tributário constituído por meio deste Auto de Infração refere-se às contribuições arrecadadas pela Receita Federal do Brasil e destinadas a Outras Entidades, a saber: FPAS 570 – destinadas ao FNDE, ao INCRA, ao Sesi, ao SENAI e ao SEBRAE e foi apurado por meio dos seguintes Levantamentos:

Levantamento “T1” – Base de Calculo Declarada em GFIP no período de 01/2008 a 11/2008: Contribuições arrecadadas pela Receita Federal do Brasil e destinadas a Outras Entidades: FNDE, ao INCRA, ao SESC e ao SEBRAE, incidentes sobre o total das remunerações devidas ou creditadas a qualquer título aos empregados que lhe prestaram serviços no período acima.

Levantamento “T2” – Base de Calculo Declarada em GFIP no período de 12/2008 a 13/2008: Contribuições arrecadadas pela Receita Federal do Brasil e destinadas a Outras Entidades: FNDE, ao INCRA, ao SESC e ao SEBRAE, incidentes sobre o total das remunerações devidas ou creditadas a qualquer título aos empregados que lhe prestaram serviços no período acima.

Fl. 15 da Resolução n.º 1401-000.789 - 1^a Sejul/4^a Câmara/1^a Turma Ordinária
Processo nº 11516.724276/2013-16

O valor das contribuições destinadas a Outras Entidades foi apurado com base na alíquota de 5,8% (cinco, vírgula, oito, por cento), que corresponde à soma das alíquotas de 2,5% (dois, vírgula, cinco, por cento) destinada ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE); de 0,2% (zero, vírgula, dois, por cento) destinada ao Instituto Nacional de Reforma Agrária (INCRA); de 1,5% (um, vírgula, cinco, por cento) destinada ao Serviço Social da Indústria (SESI); de 1,0% (um, vírgula, zero, por cento) destinada ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e de 0,6% (zero, vírgula, seis, por cento) destinada ao Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE).

Portanto, entre o presente feito e o processo nº 11516.721732/2013-76, não se configura a hipótese de vinculação de que trata o artigo 6º, § 1º, do RICARF:

Art. 6º Os processos vinculados poderão ser distribuídos e julgados observando-se a seguinte disciplina:

§ 1º Os processos podem ser vinculados por:

I - conexão, constatada entre processos que tratam de exigência de crédito tributário ou pedido do contribuinte fundamentados em fato idêntico, incluindo aqueles formalizados em face de diferentes sujeitos passivos;

II - decorrência, constatada a partir de processos formalizados em razão de procedimento fiscal anterior ou de atos do sujeito passivo acerca de direito creditório ou de benefício fiscal, ainda que veiculem outras matérias autônomas; e

III - reflexo, constatado entre processos formalizados em um mesmo procedimento fiscal, com base nos mesmos elementos de prova, mas referentes a tributos distintos.

§ 2º Observada a competência da Seção, os processos poderão ser distribuídos ao conselheiro que primeiro recebeu o processo conexo, ou o principal, salvo se para esses já houver sido prolatada decisão.

[...]

Desta forma, tenho que o presente processo deve ser desapensado dos autos de nº 11516.721732/2013-76 e remetido à 2^a Seção de Julgamento para apreciação.

Conclusão.

Voto por determinar a desapensação do presente processo dos autos de nº 11516.721732/2013-76 e declinar da competência do seu julgamento para a 2^a Seção do CARF.

(documento assinado digitalmente)

Carlos André Soares Nogueira