



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	13433.721200/2012-01
ACÓRDÃO	2101-003.707 – 2ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	8 de abril de 2026
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	HOTEL THERMAS EIRELI E OUTROS
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

SIMPLES NACIONAL. ATO DE EXCLUSÃO. PROCEDIMENTO PRÓPRIO. DEFINITIVIDADE. LANÇAMENTO POSSIBILIDADE. SÚMULA CARF Nº 77.

A contestação dos pressupostos de fato e de direito que ensejaram a exclusão da empresa fiscalizada dos regimes do Simples Federal ou do Simples Nacional deve ser oposta e apreciada nos autos do processo administrativo em que tramitou a representação, mediante apresentação tempestiva de manifestação de inconformidade contra o ato de exclusão.

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão (Súmula CARF nº 77).

SIMPLES FEDERAL/NACIONAL. DESENQUADRAMENTO OU EXCLUSÃO. APROVEITAMENTO DE RECOLHIMENTOS. POSSIBILIDADE. SÚMULA CARF Nº 76.

Na hipótese de exclusão/desenquadramento do sujeito passivo dos regimes simplificados do Simples Federal ou do Simples Nacional, devem ser aproveitados eventuais valores recolhidos pela mesmo contribuinte nas sistemáticas simplificadas, dentro do mesmo período da autuação e relativos às mesmas contribuições objeto do lançamento.

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).

MULTA DE OFÍCIO. RECÁLCULO. RETROATIVIDADE BENÉFICA. REDUÇÃO AO PERCENTUAL MÁXIMO DE 20%. NOTA PGFN SEI Nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME. SÚMULA CARF Nº 196.

No caso de multas por descumprimento de obrigação principal, bem como de obrigação acessória pela falta de declaração em GFIP, referentes a fatos geradores anteriores à vigência da Medida Provisória nº 449/2008, a retroatividade benigna deve ser aferida da seguinte forma: (i) em relação à obrigação principal, os valores lançados sob amparo da antiga redação do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 deverão ser comparados com o que seria devido nos termos da nova redação dada ao mesmo art. 35 pela Medida Provisória nº 449/2008, sendo a multa limitada a 20%; e (ii) em relação à multa por descumprimento de obrigação acessória, os valores lançados nos termos do art. 32, IV, §§ 4º e 5º, da Lei nº 8.212/1991, de forma isolada ou não, deverão ser comparados com o que seria devido nos termos do que dispõe o art. 32-A da mesma Lei nº 8.212/1991 (Súmula CARF nº 196)

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. SIMULAÇÃO. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.

Constatada a ocorrência de fatos que evidenciam ação deliberada do contribuinte, mediante atos simulados, em conluio, tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, com redução indevida do tributo que estava sujeita, sendo devidamente configurada, individualizada e comprovada a conduta dolosa dos envolvidos, correta a aplicação da multa qualificada.

MULTA QUALIFICADA. RETROATIVIDADE BENIGNA. REDUÇÃO A 100%.

Deve ser aplicada retroativamente a redução da multa qualificada ao percentual de 100%, conforme previsto no inc. VI, §1º, do art. 44 da Lei n. 9.430, de 1996, em homenagem ao princípio da retroatividade benigna.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ILEGITIMIDADE DO CONTRIBUINTE PARA QUESTIONAR. SÚMULA CARF Nº 172.

A pessoa indicada no lançamento na qualidade de contribuinte não possui legitimidade para questionar a responsabilidade imputada a terceiros pelo crédito tributário lançado (Súmula CARF nº 172).

SÓCIO GERENTE/MANDATÁRIO. ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DA LEI. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, assim como, os mandatários, prepostos e empregados, são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

JUROS MORATÓRIOS. CABIMENTO. SÚMULAS CARF nº 4 e 5.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula CARF nº 4).

PROCESSUAIS NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, não há que se cogitar em nulidade processual, nem em nulidade do lançamento enquanto ato administrativo.

MPF. IRREGULARIDADE. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. SÚMULA CARF Nº 171.

O Mandado de Procedimento Fiscal é mero instrumento de controle criado pela Administração Tributária com vista à maior segurança e transparência do procedimento de auditoria fiscal. Irregularidade na emissão, alteração ou prorrogação do MPF não acarreta a nulidade do lançamento (Súmula CARF nº 171).

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS.

As decisões administrativas ou judiciais, que não tenham efeitos vinculantes, não se constituem em normas gerais, razão pela qual, seus julgados não se estendem a outras ocorrências, senão aquela objeto da respectiva decisão.

ALEGAÇÕES DESACOMPANHADAS DE PROVAS. INUTILIDADE.

As provas e alegações de defesa devem ser apresentadas no início da fase litigiosa, considerado o momento processual oportuno, sendo que meras alegações, desacompanhadas de provas, não são suficientes para desconstituir o lançamento tributário.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 2.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos: a) conhecer parcialmente do Recurso Voluntário dos coobrigados “Host Administração Hoteleira Ltda – Epp” e “espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho”, somente da parte que contesta a declaração de prejudicialidade da análise das impugnações desses responsáveis; e na parte conhecida, negar-lhes provimento; b) conhecer parcialmente do Recurso Voluntário da contribuinte “Hotel Thermas Eireli” e das coobrigados “Patrícia Matoso Barbosa Barcellos” e “Matoso e Barbosa Ltda ME” (atual RMB Hotelaria Eireli), não conhecendo dos argumentos de cada sujeito passivo, que tratem de responsabilidade solidária dos demais arrolados como responsáveis solidários; que tratam de inconstitucionalidade de normas, da natureza confiscatória da multa, ou que visem discutir os termos e condições da exclusão da empresa “Hotel Thermas” dos regimes simplificados de tributação; na parte conhecida, rejeitar as preliminares e dar-lhe provimento parcial, para: b.1) que sejam aproveitados eventuais valores recolhidos pela contribuinte “Hotel Thermas” nas sistemáticas do “Simples Federal” e do “Simples Nacional”, dentro do mesmo período da autuação e relativos às mesmas contribuições objeto do lançamento; b.2) reduzir o percentual da multa de ofício qualificada ao percentual de 100%; e b.3) determinar a aplicação da retroatividade benigna da regra do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa em 20%, para os fatos geradores anteriores à vigência da MP 449/2008.

Assinado Digitalmente

Mário Hermes Soares Campos – Relator e Presidente

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros, Heitor de Souza Lima Junior, Roberto Junqueira de Alvarenga Neto, Débora Fófano dos Santos, Silvio Lucio de Oliveira Junior, Ana Carolina da Silva Barbosa, Mario Hermes Soares Campos (relator e presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário, interposto pela contribuinte e pelos responsáveis solidários, em peça única, contra a decisão exarada no Acórdão nº 11-055.632, da 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Recife/PE – DRJ/REC (e.fls. 12915/12929), que julgou improcedente a impugnação ao lançamento de contribuição social previdenciária patronal e a contribuição para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (Gilrat), no

valor total, consolidado em 24/09/2012, de R\$ 703.862,26, conforme ao AI/Debcad nº 37.380.827-5 (e.fls. 12073/12092).

Consoante o “Relatório do Processo Administrativo Fiscal”, lavrado pela autoridade fiscal lançadora, parte integrante do Auto de Infração (e.fls. 12093/12108), as contribuições lançadas decorrem do fato de que a contribuinte foi excluída de ofício do:

- **SIMPLES FEDERAL** - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (previsto na Lei nº 9.317, de 1996), com efeitos a partir de **01/08/2000**, e do;

- **SIMPLES NACIONAL** - Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (previsto na Lei Complementar nº 123, de 2006), com efeitos a partir de **01/07/2007**.

A exclusão do Simples Federal se efetivou por meio do **Ato Declaratório Executivo – ADE - DRF/Mossoró/Nº 13**, de 17/10/2011 (anexado aos autos por cópia - e.fl. 1297), em decorrência da “Representação Fiscal - Exclusão do Simples”, também anexada por cópia (e.fls. 1445/1461) e Despacho Decisório DRF/MOS Nº 382/2011, de 10/10/2011 (e.fls. 7435/7443), que gerou o processo administrativo de exclusão nº 13433.720314/2012-26. Foi apontado como fato motivador o impedimento da representada, uma vez que resultante de cisão/desmembramento de outras pessoas jurídicas, incidindo assim, na vedação de opção prevista no art. 9º, inc. XVII, da Lei nº 9.317, de 1996. Regularmente cientificada, a autuada apresentou Manifestação de Inconformidade e, posteriormente, Recursos Voluntário e Especial, sendo mantido, em todas as instâncias julgadoras administrativas, o ato de exclusão do Simples Federal, encontrando-se atualmente encerrado administrativamente o processo nº 13433.720314/2012-26 e devidamente arquivado.

A exclusão do Simples Nacional se efetivou por meio do **ADE - DRF/Mossoró/Nº 15**, de 26/10/2011 (e.fl. 7913), em decorrência da “Representação Fiscal - Exclusão do Simples Nacional” (e.fls. 7892/7902) e Despacho Decisório DRF/MOS Nº 400/2011, de 25/10/2011 (e.fls. 7905/7911), que gerou o processo administrativo de exclusão nº 13433.721106/2011-63. Apontado como motivação, o fato da empresa ter auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior ao limite de enquadramento no regime, assim como, em todos os anos objeto da presente autuação, além da constatação de movimentação financeira em valores bem superiores às receitas declaradas na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – SIMPLES (SIMPLES FEDERAL) e na Declaração Anual do Simples Nacional – DASN (SIMPLES NACIONAL), implicando assim, na aplicação do disposto no art. 29, incisos I e V, da Lei Complementar nº 123 de 2006. Regularmente cientificada, a autuada apresentou Manifestação de Inconformidade e, posteriormente, Recurso Voluntário, sendo mantido, em todas as instâncias julgadoras administrativas, o ato de exclusão do Simples Nacional, encontrando-se também encerrado administrativamente o processo nº 13433.721106/2011-63 e arquivado.

Sendo assim, foi efetuado o presente lançamento, para apuração e formalização dos créditos relativos às contribuições devidas à Seguridade Social (parte patronal e Gilrat).

Ainda conforme o Relatório, para efeito de apuração das Contribuições, a auditoria fiscal considerou como base de cálculo as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados pela prestação de serviços à empresa nas competências de 01/2007 a 13/2008, tendo sido apuradas com esteio nas remunerações declaradas pelo próprio sujeito passivo nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP's) enviadas e processadas pelos sistemas informatizados da Receita Federal, cujos valores se encontram discriminados, por competência, no anexo "Relatório de Lançamentos". São ainda prestadas as seguintes informações no Relatório:

(...)

4.3. As contribuições foram lançadas através do Auto de Infração-AI 37.380.827-5 (contribuições para a Seguridade Social) e foram apuradas mediante os seguintes levantamentos:

a) CÓDIGOS DE LEVANTAMENTOS: CI - CONTRIB PATRONAIS EXC SIMPLES - Neste levantamento foram lançadas as contribuições cuja multa de mora aplicável é de 240/0, conforme está indicado no Demonstrativo da Multa Aplicável. Neste levantamento só foram lançadas as competências 13/2007 (130 salário), 08/2008, 09/2008, 10/2008 e 11/2008. Em relação à competência 13/2007 e 11/2008 a multa de mora é de 24%, em virtude de as GFIP's destas competências terem sido entregues após a vigência da MP 449/2008 (03 de dezembro de 2008).

b) C11 - CONTRIB PATRONAIS EXC SIMPLES - Neste levantamento foram lançadas as contribuições das competências anteriores à MP 449, de 03 de dezembro de 2008, cuja multa aplicável mais favorável ao contribuinte é aquela determinada pela referida MP (multa de ofício de 75%), convertida na Lei no 11.941/2009, e que está demonstrado do Demonstrativo da Multa Aplicável.

c) C2 - CONTRIB PATRONAIS EXCL SIMPLES - Neste levantamento foram lançadas as contribuições das competências posteriores à MP 449/2008 (competências 12/2008 e 13/2008 - 130 salário) com a multa de ofício de 75%, qualificada para 150%.

As bases de cálculo lançadas estão de acordo com as GFIP's válidas constantes dos sistemas informatizados da RFB até o início do procedimento fiscal relativo às contribuições previdenciárias, com exceção das GFIP's das competências de 04/2007, 05/2007, 06/2007, 07/2007 e 08/2007. Para essas competências (04/2007, 05/2007, 06/2007, 07/2007 e 08/2007) o contribuinte havia efetuado a retificação das GFIP's originais, reduzindo drasticamente os valores das bases de cálculo informadas. Intimado a reapresentar a GFIP com a correção dos valores, o contribuinte apresentou esclarecimentos datado de 12/12/2011, no qual afirma não se tratar de GFIP's retificadoras, e sim de GFIP's complementares. Dessa forma o contribuinte foi intimado a apresentar novas GFIP's retificadoras visando

corrigir os valores das bases de cálculo e assim procedeu em 08/02/2012, conforme demonstrado na tabela abaixo.

(...)

4.5. As diferenças lançadas no Auto de Infração que compõe o processo administrativo **13433.721.200/2012-01** decorrem, portanto, do enquadramento indevido do contribuinte quanto a sua opção pelo SIMPLES e pelo SIMPLES NACIONAL, pois em consequência desses enquadramentos indevidos, este apurava nas GFIP's apenas as contribuições dos segurados.

(...)

Esclarece a fiscalização, que para efeito de aplicação das multas na presente autuação, para o período anterior à vigência da Medida Provisória nº 449, de 03/12/2008, foi aplicado o princípio da retroatividade benigna, previsto no art.106, inc. II, do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966). Quanto às ocorrências posteriores à vigência de referida Medida Provisória (competências de 12/2008 e 13/2008), ressalta a autoridade lançadora, que em decorrência das infrações apuradas e a forma como foram praticadas, a multa de ofício de 75% foi qualificada para 150%.

Foram arrolados como responsáveis solidários do lançamento as pessoas jurídicas “Host Administração Hoteleira Ltda EPP” e “Matoso e Barbosa Ltda ME”; o “espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho” e a pessoa física “Patrícia Matoso Barbosa Barcellos Chaves”, conforme a “Relação dos Sujeitos Passivos Solidários” de e.fl. 12118 e “Termos de Sujeição Passiva Solidárias”, de e.fl.s. 12818/12837.

Inconformada com o lançamento, a contribuinte apresentou a impugnação de e.fl.s. 12886/12895; também apresentaram impugnações os responsáveis solidários “Host Administração Hoteleira Ltda EPP” (e.fl.s. 12860/12863), “Matoso e Barbosa Ltda ME” (e.fl.s. 12866/12869), o “espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho” (e.fl.s. 12850/12857) e a pessoa física “Patrícia Matoso Barbosa Barcellos Chaves” (e.fl.s. 12875/12881).

Os principais argumentos de defesa apresentados pela autuada (Hotel Thermas Eireli) e pelos responsáveis solidários encontram-se sumariados no Relatório do acórdão recorrido nos seguintes termos:

Houve apresentação das seguintes irrisignações, postadas em 01/11/2012 e que seguem assim sintetizadas:

Espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho (fls. 12838 a 12845):

1.1 descabida a sujeição passiva lastreada em pagamentos efetuados ao impugnante pela empresa **Planeta Água**, uma vez que o contribuinte sob ação fiscal é o Hotel Thermas;

1.2 inexistente ilícito no aval bancário fornecido pelo impugnante ao contribuinte;

1.3 quanto ao processo de exclusão do contribuinte do SIMPLES este foi devidamente contestado e aguarda julgamento no processo administrativo nº Processo 13433.721106/2011-63, sendo assim, a presente exigência descabida e desmedida, por se estar exigindo créditos antes do julgamento da impugnação ao ato de exclusão do SIMPLES;

1.4 inexistente na legislação do SIMPLES amparo à exclusão mediante simples presunção de sucessão de fato;

1.5 quanto ao argumento de que a empresa autuada teria pago despesas pessoais do Sr. Raimundo, não tem como prosperar:

1.5.1 a empresa Planeta Água pagava aluguel mensal para a empresa Host de propriedade do Sr. Barbosa. Para facilitar o pagamento, repassava mensalmente o valor integral do aluguel o Hotel Thermas, que fazia o pagamento para a Host;

1.5.2 alguns pagamentos eram feitos diretamente para a pessoa física do sócio, Sr. Barbosa. Não obstante, esses valores eram escriturados e tributados na empresa Host;

1.5.3 a empresa Host foi fiscalizada sem que tenha sido detectada qualquer irregularidade nas suas atividades;

1.5.4 não foi detectada no processo qualquer assinatura do Sr. Barbosa nos documentos da autuada, ou qualquer prova de que a empresa era gerida pelo mesmo, ou que houve interposição de pessoas;

1.6 da impossibilidade de imputação de responsabilidade solidária:

1.6.1 o Sr. Raimundo não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 135 do CTN, pois não é mandatário, preposto, empregado, diretor, gerente ou representante da autuada. Tampouco sua responsabilidade está incluída no art. 134 do CTN;

1.6.2 não cabe ao contribuinte fazer a prova negativa dos fatos. É preciso que o Fisco comprove a prática de atos com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto;

1.6.3 a transferência normal de empresa familiar, de "pai para filhos", não evidencia qualquer infração à lei;

1.6.4 o entendimento pacificado na jurisprudência administrativa é de ser nula a imputação de responsabilidade efetuada pela Fiscalização, sendo essa de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional, quando da execução penal;

1.7 ao final, clama pela a declaração de inexistência da obrigação que lhe foi imputada.

Host Administração Hoteleira LTDA (fls. 12848 a 12851):

Improcedente a imputação de responsabilidade solidária pelo seguinte

2.1 não cabe ao contribuinte fazer a prova negativa dos fatos. É preciso que o Fisco comprove a prática de atos com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto;

2.2 a transferência normal de empresa familiar, de "pai para filhos", não evidencia qualquer infração à lei;

2.3 o entendimento pacificado na jurisprudência administrativa é de ser nula a imputação de responsabilidade efetuada pela Fiscalização, sendo essa de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional, quando da execução penal;

2.4 ao final, clama pela declaração de inexistência da obrigação que lhe foi imputada.

Matoso & Barbosa LTDA (fls. 12854 a 12857): DRJ/REC Fls. 12.918

3.1 o art. 133 do CTN é de aplicação restrita aos casos em que a pessoa natural ou jurídica adquire de outra fundo de comércio ou estabelecimento, o que efetivamente não é o caso da viúva Riane Matoso Barbosa, sócia gerente da Matoso & Barbosa, que decide continuar os negócios do esposo;

3.2 pelo art. 333 do CPC, cabe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito, portanto é preciso que o Fisco comprove a prática de atos com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto;

3.3 o entendimento pacificado na jurisprudência administrativa é de ser nula a imputação de responsabilidade efetuada pela Fiscalização, sendo essa de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional, quando da execução penal.

3.4 ao final, requer a declaração da inexistência de relação jurídica obrigacional da Impugnante para com os créditos objeto da demanda.

Patrícia Matoso Barbosa Barcellos Chaves (fls. 12863 a 12869):

4.1 quanto ao processo de exclusão do contribuinte do SIMPLES este foi devidamente contestado e aguarda julgamento no processo administrativo nº Processo 13433.721106/2011-63, sendo assim, a presente exigência descabida e desmedida, por se estar exigindo créditos antes do julgamento da impugnação ao ato de exclusão do SIMPLES;

4.2 inexistente na legislação do SIMPLES amparo à exclusão mediante simples presunção de sucessão de fato;

4.3 da impossibilidade de imputação responsabilidade solidária:

4.3.2 não cabe ao contribuinte fazer a prova negativa dos fatos. É preciso que o Fisco comprove a prática de atos com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto;

4.3.3 a transferência normal de empresa familiar, de "pai para filhos", não evidencia qualquer infração à lei;

4.3.4 o entendimento pacificado na jurisprudência administrativa é de ser nula a imputação de responsabilidade efetuada pela Fiscalização, sendo essa de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional, quando da execução penal;

4.4 ao final, clama pela a declaração de inexistência da obrigação que lhe foi imputada.

Contribuinte Autuado Hotel Thermas EIRELI (fls. 12872 a 12880):

5.5 Quanto à exclusão do SIMPLES:

5.5.1 o processo de exclusão do contribuinte do SIMPLES foi devidamente contestado e aguarda julgamento no processo administrativo nº 13433.721106/2011-63;

5.5.2 infringência ao princípio constitucional do devido processo legal, por se estar exigindo créditos antes do julgamento da impugnação ao ato de exclusão do SIMPLES;

5.5.3 esta foi absolutamente equivocada, por ser calcada em mera presunção sem amparo legal, visto não haver prova material da irregularidade atribuída à empresa (desmembramento da empresa Host);

5.5.4 da ilegal quebra de sigilo bancário: no mandado de procedimento fiscal (MPF) nº 0420200.2010.00029 houve quebra de sigilo de dados, com requisição de informações bancárias diretamente pela Receita Federal à rede bancária, sem autorização judicial, através de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), fato que macula na íntegra o lançamento;

5.5.5 falta de MPF a lastrear a presente exigência de obrigações previdenciárias e no TEPF, cita que o MPF está mencionado "acima", mas inexistente tal número;

5.5.6 da não comprovação do dolo, uma vez que a simples omissão de receitas não é ensejadora da qualificação da multa, sendo imprescindível que se configure o evidente intuito de fraude;

5.5.7 alteração da base de cálculo: deve ser retificada a base de cálculo apresentada pela empresa para afastar ex officio, as verbas sobre as quais não pode incidir INSS, a saber: (a) auxílio doença, (b) auxílio creche, (c) salário maternidade, (d) hora extra 100% de caráter indenizatório por trabalho aos domingos, (e) 13º salário, e (f) adicionais (noturno, insalubridade e periculosidade);

5.5.8 dos pagamentos não aproveitados: ao longo do período dos lançamentos em pauta houve recolhimentos de DARF/SIMPLES, código 6106, consoante relatório anexo. Ocorre que tais recolhimentos não foram compensados com o crédito tributário em lide;

5.5.9 inaplicabilidade da taxa selic e excesso da multa: a utilização da taxa selic caracteriza um excesso de onerosidade (confisco), incompatível com o CTN e em flagrante ofensa à Constituição Federal;

5.5.10 descabimento da representação fiscal para fins penais;

5.5.11 ao final, requer sobrestamento da exigência em análise para que se aguarde o trâmite final do processo de exclusão do SIMPLES e protesta por provar o alegado por todos os meios em direito admitidos.

Antes de submeter as impugnações a julgamento, por determinação do Relator do processo na Delegacia de Julgamento, os autos foram baixados em diligência, por se observar que a peça impugnatória da coobrigada “Host Administração Hoteleira Ltda – Epp” (e.fl. 12860/12863) não foi assinada e que a impugnação apresentada pelo “espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho” (e.fl. 12850/12857) não foi acompanhada de documento que demonstrasse o poder de representação da signatária. Foram determinadas as seguintes providências:

1. Intime a empresa Host Administração Hoteleira Ltda - Epp para que apresente outra via da impugnação, nos mesmos termos e devidamente assinada, juntamente com documento de identificação do signatário (RG, etc.) da impugnação e documento que demonstre o poder de representação do signatário (contrato social, procuração, etc.), sob pena de a impugnação não ser conhecida;
2. Intime o espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho para que apresente documento de identificação do signatário da impugnação e documento que demonstre o poder de representação do signatário, sob pena de a impugnação não ser conhecida.

Para cumprimento da diligência acima tratada, a Unidade Fiscal preparadora expediu intimação para a coobrigada Host Administração Hoteleira (e.fl. 12904/12905), solicitando a apresentação de outra via da impugnação, nos mesmos termos e devidamente assinada; documentos de identificação do signatário e de comprovação e poderes para representação. Também intimado o “espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho” (e.fl. 12911/12912), para comprovação do poder de representação da signatária da impugnação.

Consta dos autos, despacho oriundo do “Núcleo de Arrecadação e Cobrança (NURAC)”, da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Mossoró/RN, onde informa que, relativamente às duas intimações para regularização das impugnações, nenhum dos dois coobrigados apresentou resposta ou a documentação solicitada. Dessa forma, os autos retornaram à DRJ/Recife, para apreciação e julgamento.

Submetidas a julgamento, decidiu a 6ª Turma da DRJ/Recife pela improcedência das impugnações da contribuinte Hotel Thermas e das coobrigadas Patrícia Matoso Barbosa Barcellos Chaves e Matoso e Barbosa Ltda ME, sendo mantido integralmente o crédito tributário. Com relação aos responsáveis solidários “espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho” e “Host Administração Hoteleira Ltda – EPP”, considerando o não atendimento das intimações para regularização das peças de defesa, decidiu a Turma Julgadora da DRJ/REC restar prejudicada a análise das respectivas impugnações, sendo assim, também mantidas as responsabilizações desses

coobrigados, devido à revelia (Termo de Revelia de e.fls. 12931). A decisão exarada pela DRJ/REC apresenta a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008 SIMPLES. EXCLUSÃO. IMPUGNAÇÃO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE.

A impugnação do ato de exclusão do Simples Nacional tem efeito suspensivo, razão pela qual o lançamento de ofício que teve tal ato de exclusão como premissa necessária terá caráter preventivo, e, portanto, estará com a exigibilidade suspensa.

SIMPLES. RECOLHIMENTOS. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

A legislação veda expressamente a compensação de valores recolhidos indevidamente para o Simples com as contribuições previdenciárias.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008 INFRAÇÃO DE LEI. GERENTE. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

Os administradores de pessoas jurídicas (diretores, gerentes ou representantes) são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

FUNDO DE COMÉRCIO. AQUISIÇÃO DE FATO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

A pessoa jurídica que adquirir de fato, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social, responde pelos tributos relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Foram cientificados da decisão proferida pela DRJ/Recife, a contribuinte Hotel Thermas e as coobrigadas Patrícia Matoso Barbosa Barcellos Chaves e “Matoso e Barbosa Ltda ME”. Não consta dos autos a ciência relativa à decisão recorrida dos coobrigados “Host Administração Hoteleira” e “espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho”, entretanto, foi apresentado, em única peça processual, o Recurso Voluntário de e.fls. 12945/12967, em nome da contribuinte Hotel Thermas e de todos os demais responsáveis solidários. Afirmam os recorrentes em sua peça recursal que: *“...por economia processual e não repetições de argumentos, bem como para evitar novas discussões sobre o devido processo legal do presente processo, os elementos das impugnações apresentados para afastar a corresponsabilidade dos sujeitos passivos solidários do presente processo, são ora ratificados e serão incluídos unicamente no presente Recurso Voluntário.”*

O Recurso Voluntário dos sujeitos passivos foi protocolado eletronicamente pelo Sr. Ricardo Janailton Pinto da Costa, que já era outorgado da contribuinte fiscalizada. Foram anexadas

aos autos as procurações de e.fls. 12982, 12985, 12986 e 12987, onde os coobrigados Patrícia Matoso Barbosa Barcellos Chaves, “espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho”, “Host Administração Hoteleira” e “RMB Hotelaria” Eireli (atual denominação da empresa Matoso e Barbosa Ltda ME), respectivamente, nomeiam como procurador o Sr. Ricardo Janailton Pinto da Costa, regularizando assim, a representação processual do outorgado para assinatura do recurso em nome de todos os sujeitos passivos.

Na peça recursal apresentada, é contestada a decisão recorrida e são reiterados todos os argumentos de defesa constantes da peça impugnatória.

Em tópico intitulado “3 – Da exclusão do Simples”, é ratificada a alegação de infringência ao devido processo legal, sob argumento de que apesar de ainda não terem sido julgados os processos administrativos relativos à manifestações de inconformidade dos atos de exclusão do Simples Federal e do Simples Nacional, a autoridade fiscalizadora teria lavrado a autuação, com lançamento dos créditos tributários como se exigíveis fossem. Aduz afronta ao princípio constitucional do devido processo legal. Na sequência, passam as recorrentes a discorrerem sobre a exclusão dos regimes simplificados, sustentando inocorrência de irregularidades que ensejassem tais exclusões. São ainda apontadas duas outras supostas ilegalidades do procedimento de auditoria fiscal, que segundo a recorrente ensejariam nulidade da autuação: a) ilegal quebra de sigilo bancário, devido a requisição de informações bancárias diretamente pela Receita Federal à rede bancária, sem autorização judicial; e b) falta de Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), onde afirmam que não haveria tal mandado para efeito de fiscalização e lançamento de contribuições previdenciárias.

Em continuidade, sustentam os recorrentes a necessidade de aproveitamento dos valores que afirmam pagos sob os regimes simplificados, assim como, de retificação da base de cálculo do lançamento, para exclusão de verbas, sob as quais não haveria incidência de contribuição previdenciária, citando: a) auxílio doença b) auxílio creche c) salário maternidade d) hora extra 100% de caráter indenizatório por trabalho aos domingos e) 13º salário f) adicionais (noturno, insalubridade e periculosidade). Em tópico intitulado: “8. Da inaplicabilidade da taxa Selic e multa de ofício”, advogam as recorrentes: a) natureza confiscatória da multa de ofício qualificada aplicada no percentual de 150%, ou mesmo no percentual de 75%; b) excesso de onerosidade devido à aplicação de juros de mora, calculados pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Taxa Selic), acumulada mensalmente, como também, pela incidência de tais juros sobre a multa de ofício.

Alegam ainda os recorrentes, a existência de precedente em decisão exarada pela 2ª Turma Ordinária, da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, em análise do processo nº 10469.731222/2012-76, relativo ao lançamento do IRPJ e tributos reflexos, decorrente dos mesmos fatos objeto da presente autuação. Informam que em tal julgamento, foi exarado o Acórdão 1302-001-986, dando provimento parcial aos recursos, sem apresentação de Recurso Especial pela Fazenda Nacional, onde teria sido: a) desqualificada a multa de ofício; b) reconhecida a decadência do direito de lançamento de parte do crédito tributário e; c) afastada a

responsabilidade solidária da empresa Host Administração Hoteleira Ltda, do espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho e da Srª Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo. Nesse ponto, passam à reprodução de trechos do referido Acórdão 1302-001-986 e defendem não verificarem presentes requisitos caracterizadores de fraude, a teor do art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, conforme definida nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964. Afirmam que um dos motivos ensejadores de aplicação da multa, teria sido a sistemática omissão de receitas tributáveis em suas declarações anuais e que tal fundamento teria sido afastado no acórdão que apresentam como paradigma, devendo ainda, ser aplicado à espécie o verbete sumular nº 14 deste Conselho. Também quanto ao alegado, pela fiscalização, desmembramento das atividades das empresas que teria justificado a exclusão do Simples, a decisão paradigmática teria entendido que tal fato não seria ensejador de qualificação da multa. Concluem que a autoridade fiscal lançadora: *“...tipificou crime contra a ordem tributária, lavrando a conseqüente Representação para Fins Penais, sem que houvesse qualquer razão para tanto.”* Baseado nos argumentos de impropriedade de tipificação de fraude e impossibilidade de qualificação da multa de ofício, é suscitado o reconhecimento da decadência do direito de lançamento de parte do crédito tributário, relativamente ao período de janeiro a outubro de 2007, uma vez ultrapassado o prazo decadencial de 5 anos, a teor do disposto no artigo 150, § 4º, do CTN, considerando que teriam sido cientificados da autuação em 02/11/2012.

Como último tópico da peça recursal, intitulado “12. Da indevida sujeição passiva solidária”, é ressaltado que não teria havido qualquer omissão por parte da Recorrente e tampouco sua sócia-gerente teria agido com excesso de poderes ou infração a lei, sendo apontadas supostas contradições do Relatório Fiscal, assim como, novamente invocada a decisão proferida no Acórdão 1302-001-986, na parte em que excluía a responsabilidade de alguns dos coobrigados. Aduzem descabida a responsabilização solidária e ausência de provas de que teria havido qualquer tipo de interposição de pessoas ou sucessão de entre a contribuinte fiscalizada e a empresa “Host Administração Hoteleira Ltda”. Complementam que: *“12.8. Ademais, o entendimento pacificado da jurisprudência administrativa é no sentido de declarar nula a imputação de responsabilidade efetuada pela fiscalização, por ser essa de competência Procuradoria da Fazenda Nacional, quando da execução fiscal, nesse sentido vejamos:”*

Ao final. é requerido, inicialmente, o sobrestamento do julgamento do presente lançamento, até decisão definitiva dos processos de exclusão dos regimes do Simples Federal e Simples Nacional; e ainda:

13.3. Caso assim, não entenda, mesmo sob pena de vício insanável na decisão, requer ainda o provimento integral do presente Recurso Voluntário o, em consequência dos seguintes fatos:

- (a) Nulidade do Procedimento Fiscal por ilegal quebra de sigilo bancário sem autorização judicial e erro na base de cálculo;
- (b) Incomprovado dolo, o qual afasta a multa qualificada;
- (c) Decadência do lançamento do período de Janeiro a Outubro de 2007;

- (d) Não observância do devido processo legal, visto que o lançamento ocorreu antes do julgamento da exclusão da Recorrente do Simples Federal e Nacional;
- (e) Erro na base de cálculo;
- (f) Falta de aproveitamento por compensação dos valores pagos à título de DARF/Simples, com o crédito tributário em lide;
- (g) Falta de fundamentação legal para qualificação da multa;
- (h) Inaplicabilidade da taxa Selic sobre o imposto e multa de ofício a qual deve ser declarada confiscatória.

13.4. Mantido o lançamento, deve ser retificada a base de cálculo apresentada pela empresa para afastar ex officio as verbas, sob as quais não pode incidir INSS, a saber: Auxílio Doença, Auxílio Creche, Salário Maternidade, Hora extra 100% de caráter indenizatório por trabalho aos domingos, 13º Salário e Adicionais (Noturno, Insalubridade e Periculosidade).

13.5. Por fim que seja afastada a sujeição passiva solidária de RAIMUNDO CORREIA BARBOSA FILHO, PATRÍCIA MATOSO BARBOSA BARCELLOS CHAVES, HOST – ADMINISTRAÇÃO HOTELEIRA LTDA – EPP e RMB HOTELARIA EIRELI (anteriormente MATOSO & BARBOSA LTDA).

Concluem os recorrentes protestando por provar o alegado por todos os meios de provas em direito admitidos, inclusive apresentar provas e alegações complementares.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Mário Hermes Soares Campos**, Relator

A) Tempestividade e esclarecimentos iniciais

O Recurso Voluntário apresentado, pela autuada e pelos coobrigados, é tempestivo, conforme demonstrado abaixo.

Contribuinte / Coobrigada	Data recebimento do acórdão da DRJ	Data de protocolo do Recurso Voluntário	Situação
Hotel Thermas Eireli	23/05/2017 (AR - e.fl. 629)	22/06/2017 (enviado via Correios – cópia do envelope - e.fl. 753)	tempestivo
Patrícia Matoso Barbosa Barcellos Chaves	11/05/2017 (sexta-feira) (via DTE - e.fl. 626)	12/06/2017 (Termo de Solicitação de Juntada - e.fl. 633)	tempestivo
Matoso e Barbosa Ltda ME	23/05/2017 (AR - e.fl. 631)	21/06/2017 (Termo de Solicitação de Juntada - e.fl. 699)	tempestivo

Em relação aos responsáveis solidários “Host Administração Hoteleira Ltda – Epp” e “espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho”, não consta dos autos a ciência relativa à decisão proferida pela DRJ/Recife. Entretanto, foi apresentado em única peça processual o Recurso Voluntário de e.fls. 12945/12967, em nome da contribuinte Hotel Thermas e de todos os demais responsáveis solidários. Portanto, os coobrigados “Host Administração Hoteleira Ltda – Epp” e “espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho” devem ser considerados devidamente cientificados da decisão recorrida, posto que compareceram aos autos apresentando recurso voluntário contra tal decisão, que deve ser admitido como tempestivo, sendo considerada a data de protocolo da peça recursal para efeito de aferição da tempestividade. Oportuno repisar, que foram anexadas aos autos as procurações de e.fls. 12985 e 12986, onde os coobrigados “espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho e “Host Administração Hoteleira”, nomeiam como procurador o Sr. Ricardo Janailton Pinto da Costa, regularizando assim, a representação processual do outorgado para assinatura do recurso em nome de todos os representados.

Os demais pressupostos de admissibilidade serão verificados na sequência do voto.

Antes de adentrar propriamente ao exame do recurso, cumpre pontuar que as decisões administrativas e judiciais que os recorrentes trazem em sua defesa são desprovidas da natureza de normas complementares e não vinculam decisões deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Tal esclarecimento aplica-se, inclusive, com relação ao Acórdão 1302-001.986, proferido pela Segunda Turma Ordinária, da Terceira Câmara da Primeira Seção de Julgamento do CARF (apresentado pelos recorrentes como paradigma em alguns pontos de sua defesa), devendo o julgador pautar-se pelo princípio do livre convencimento motivado.

B) recurso dos coobrigados - “Host Administração Hoteleira Ltda – Epp” e “espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho”

Conforme relatado, em relação ao coobrigado “Host Administração Hoteleira” foi observado que a sua peça impugnatória não teria sido assinada; também apontado que a impugnação apresentada pelo “espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho” não estava acompanhada de documento que demonstrasse o poder de representação da signatária. Foram assim, os presentes autos baixados em diligência, sendo solicitado aos interessados que apresentassem outras vias das peças impugnatórias, juntamente com documento de identificação dos signatários das respectivas impugnações e que demonstrassem o poder de representação (contrato social, procuração etc.), sob pena de não conhecimento das peças impugnatórias.

Consta dos autos, despacho oriundo do NURAC, da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Mossoró/RN, onde informa que, relativamente às duas intimações para regularização das impugnações, nenhum dos dois coobrigados apresentaram resposta ou a documentação solicitada. Dessa forma, foi lavrado o Termo de Revelia de e.fls. 12931 e os autos retornaram à DRJ/Recife, para apreciação e julgamento.

Tendo em vista o não atendimento das intimações para regularização das peças de defesa e respectivo Termo de Revelia, decidiu a Turma Julgadora da DRJ/REC restar prejudicada a

análise das impugnações dos responsáveis solidários “Host Administração Hoteleira Ltda – Epp” e “espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho”, sendo assim, mantidas as responsabilizações desses coobrigados.

Pelo exposto neste tópico, considerando o Termo de Revelia de e.fls. 12931, dos responsáveis solidários “Host Administração Hoteleira Ltda – Epp” e “espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho”, com relação a tais coobrigados, nesta fase processual somente cabe apreciação do Recurso Voluntário quanto à parte que declarou prejudicada a análise das respectivas impugnações.

Ao tratar da declaração de revelia e falta de análise das impugnações das coobrigadas “Host Administração Hoteleira Ltda – Epp” e “espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho” a peça recursal limita-se às seguintes alegações:

12.10. No presente processo as Impugnações da HOST – ADMINISTRAÇÃO HOTELEIRA LTDA – EPP e do ESPOLIO DE RAIMUNDO CORREIA BARBOSA FILHO, pelo pífio motivo que a representação não estava devidamente comprovada, sendo certo que o contrato social da HOST e os documentos do referido ESPOLIO foram apresentados a Receita Federal por diversas vezes, tanto na fase de autuação, como nos Recursos, e cópia dos mesmos só não foram juntados pela autoridade autuante no presente processo.

12.11. Assim, por economia processual e não repetições de argumentos, bem como para evitar novas discussões sobre o devido processo legal do presente processo, os elementos das impugnações apresentados para afastar a corresponsabilidade dos sujeitos passivos solidários do presente processo, são ora ratificados e serão incluídos unicamente no presente Recurso Voluntário.

Portanto, no Recurso Voluntário somente é apresentada uma contestação lacônica, não apontando qualquer efetiva comprovação de que constaria nos autos documentação comprobatória, à época dos fatos, da correta representação dos signatários das impugnações dos responsáveis “Host Administração Hoteleira Ltda – Epp” e “espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho”.

Era dever dos interessados, municiar sua defesa com os elementos de fato e de direito que entendesse suportarem suas alegações. É o que disciplina os dispositivos legais pertinentes à matéria, artigos 15 e 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, bem como o disposto no inciso I, do art. 373 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), aplicável subsidiariamente ao processo administrativo fiscal; ônus do qual não se desincumbiram. Não tendo sido comprovado que constavam dos autos documentos de identificação dos signatários das respectivas impugnações e que demonstrassem o poder de representação (contrato social, procuração etc.), tenho como correta a decisão exarada na decisão recorrida, ao declarar prejudicada a análise das peças impugnatórias apresentadas por esses responsáveis, devendo ser mantida.

Conheço assim, parcialmente do Recurso Voluntário no que tange aos coobrigados “Host Administração Hoteleira Ltda – Epp” e “espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho”,

somente conhecendo da parte que contesta a declaração de prejudicada a análise das impugnações desses responsáveis e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.

C) recurso da contribuinte Hotel Thermas Eireli e dos coobrigados “Patrícia Matoso Barbosa Barcellos Chaves” e “Matoso e Barbosa Ltda ME” (atual RMB Hotelaria Eireli)

C.1) CONHECIMENTO PARCIAL - recurso da contribuinte Hotel Thermas Eireli e dos coobrigados “Patrícia Matoso Barbosa Barcellos Chaves” e “Matoso e Barbosa Ltda ME” (atual RMB Hotelaria Eireli)

Apesar de ter sido apresentada uma única peça recursal, assinada por procurador da empresa autuada (Hotel Thermas) e todos os responsáveis solidários, deve ser aplicado aos presentes autos o verbete sumular nº 172 deste CARF, que apresenta a seguinte redação:

Súmula CARF nº 172

A pessoa indicada no lançamento na qualidade de contribuinte não possui legitimidade para questionar a responsabilidade imputada a terceiros pelo crédito tributário lançado. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Tendo como parâmetro e fundamento o comando da súmula CARF acima reproduzida, no que se refere a cada recorrente, não serão conhecidos os argumentos que tratem de responsabilidade solidária dos demais arrolados como responsáveis solidários.

Também não podem ser conhecidos os argumentos das recorrentes que buscam discutir os termos e condições de exclusão da empresa Hotel Thermas dos regimes simplificados de tributação. Conforme explicitado na decisão recorrida, as exclusões da empresa dos regimes de tributação Simples Federal e Simples Nacional, foram objeto de análise e julgamento nos processos nºs 13433.720314/2012-26 e 13433.721106/2011-63, respectivamente, não podendo ser novamente examinados no presente feito, em razão da preclusão. Repise-se que citados processos já foram objeto de apreciação neste CARF, em sede de recursos, com decisões definitivas de manutenção dos respectivos atos de exclusão. Trata-se do Acórdão 1402-002.136, relativo ao processo 13433.720314/2012-26 (exclusão do Simples Federal) e Acórdão 1402-002.139, do processo 13433.721106/2011-63, de exclusão do Simples Nacional, sendo que esses processos já se encontram devidamente arquivados, após o trânsito em julgado administrativamente.

Alegam ainda as recorrentes, que a multa de ofício qualificada, aplicada no percentual de 150%, ou mesmo que no percentual de 75%, teria natureza confiscatória, assim como, afrontaria aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Nesse mesmo sentido, apontam como ofensivo aos preceitos da Constituição da República e do CTN, a incidência sobre o valor do crédito tributário lançado de juros de mora calculados pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia para títulos federais (Taxa Selic), devendo ser excluídos do montante lançado.

O tema atinente às multas aplicadas será devidamente apreciado ao ser tratado o mérito do recurso, não obstante, de pronto deve ser esclarecido que os procedimentos adotados pela autoridade fiscal lançadora estão definidos em atos normativos de observância obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, segundo prevê o art. 142, parágrafo único do CTN, sendo que as multas aplicadas se encontram expressamente previstas em lei.

Quanto à incidência de juros moratórios, mediante aplicação da Taxa Selic, sobre os débitos tributários durante o período de inadimplência, temos a Súmula CARF nº 4, nos seguintes termos: “A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.”

Por se tratar de alegações de inconstitucionalidade das normas de cobrança da multa e dos juros, tais questionamentos não devem ser conhecidos, uma vez que não compete à autoridade administrativa de julgamento se pronunciar sobre a legalidade ou constitucionalidade das normas regulamentarmente aprovadas e vigentes. Nesse sentido temos a Súmula nº 2 deste Conselho, nos seguintes termos: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.” Destarte, também não conheço da parte do recurso que trata de inconstitucionalidade de normas que autorizam a incidência dos juros de mora e da natureza confiscatória da multa.

Portanto, conheço parcialmente do Recurso Voluntário da autuada “Hotel Thermas Eireli” e dos coobrigados “Patrícia Matoso Barbosa Barcellos Chaves” e “Matoso e Barbosa Ltda ME” (atual RMB Hotelaria Eireli); não conhecendo dos argumentos de cada sujeito passivo, que tratem de responsabilidade solidária dos demais arrolados como responsáveis solidários; dos argumentos que versem sobre inconstitucionalidade de normas, incidência de juros e da natureza confiscatória da multa; ou que visem discutir os termos e condições de exclusão da empresa “Hotel Thermas” dos regimes simplificados de tributação (Simples Federal e Nacional).

C.2) PRELIMINARES - recurso da contribuinte Hotel Thermas Eireli e dos coobrigados “Patrícia Matoso Barbosa Barcellos Chaves” e “Matoso e Barbosa Ltda ME” (atual RMB Hotelaria Eireli)

Reiteram as recorrentes preliminar de afronta ao princípio constitucional do devido processo legal, argumentando que a autoridade fiscal teria lavrado a autuação, com lançamento dos créditos tributários como se exigíveis fossem, apesar de ainda não terem sido julgados os processos administrativos relativos às manifestações de inconformidade dos atos de exclusão do Simples Federal e do Simples Nacional.

Aplicável na espécie o comando da Súmula CARF nº 77, no sentido de que: “Súmula CARF nº 77 - A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.”

Conforme preceitua o verbete sumular, não há óbice ao lançamento o fato de que os atos de exclusão estarem sendo objeto de contencioso administrativo em decorrência de manifestação de inconformidade apresentada pelo sujeito passivo contra as exclusões, cabendo, se for o caso, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, caso ainda pendente de decisão a discussão relativa a tais exclusões. Entretanto, na presente situação conforme demonstrado alhures, as manifestações de inconformidade relativas aos atos de exclusão do sujeito passivo já foram objeto de análise e julgamento nos processos nºs 13433.720314/2012-26 (Acórdão 1402-002.136) e 13433.721106/2011-63 (Acórdão 1402-002.139), ambos já transitados em julgado administrativamente, o que implica também em perda de objeto, quanto ao pedido de sobrestamento do presente procedimento até decisão definitiva relativa aos atos de exclusão.

Rejeito assim tal preliminar.

Advogam ainda as recorrentes duas outras supostas ilegalidades do procedimento de auditoria fiscal, que ensejariam nulidade da autuação: a) ilegal quebra de sigilo bancário, devido a requisição de informações bancárias diretamente pela Receita Federal à rede bancária, sem autorização judicial; e b) falta de Mandado de Procedimento Fiscal, onde afirmam que não haveria tal mandado para efeito de fiscalização e lançamento de contribuições previdenciárias.

Foi esclarecido na decisão recorrida, que embora durante o procedimento de fiscalização tenha havido a requisição de informações bancárias, essas informações não possuem qualquer relação e não foram utilizadas para efeito do presente lançamento, não havendo referência aos dados financeiros no relatório fiscal, sendo que, para efeito de determinação da base de cálculo, foram utilizadas as informações prestadas pela própria autuada em GFIP's. Portanto, o presente auto de infração cuida da exigência de contribuições patronais não recolhidas, não tendo sido utilizados quaisquer dados bancários para dar suporte à exigência fiscal, pelo que, descabida nesse ponto a alegada nulidade, não havendo qualquer mácula ao lançamento. Conforme já repisado, os fatos geradores foram extraídos das declarações do autuado em GFIP.

Ademais, cabe ressaltar que a matéria foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de Repercussão Geral, no RE nº 601.314, tendo aquela corte decidido que são constitucionais os dispositivos da LC nº 105, de 2001, que permitem à Administração Tributária obter dados bancários de contribuintes diretamente fornecidos pelas instituições financeiras, sem necessidade de prévia autorização judicial, por não resultar em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros; sendo firmada a seguinte tese: "O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal".

Mais uma vez sem razão as recorrentes, também quanto a tal preliminar.

Quanto à suposta ausência de regular Mandado de Procedimento Fiscal, para efeito de fiscalização e lançamento de contribuições previdenciárias, nos termos apontados na decisão de piso, a peça vestibular dos presentes autos é justamente o MPF - FISCALIZAÇÃO Nº 04.2.02.00-2010-00029-5 (e.fls. 2/3), onde são devidamente registrados o período de abrangência do procedimento fiscal, os auditores-fiscais responsáveis pelo lançamento e os tributos objeto da auditoria. Destaco o fato de constar incluídas em tal documento, as contribuições sociais da empresa/empregador e as contribuições para Outras Entidades e Fundos, todas para o período de janeiro/2006 a dezembro/2009, ou seja, dentro das competências lançadas. Cabe ainda reprodução do seguinte esclarecimento da decisão recorrida:

Nesse ponto, cabe esclarecer que o MPF é emitido exclusivamente em forma eletrônica e assinado pela autoridade outorgante, mediante a utilização de certificado digital válido, conforme determina a legislação (art. 4º da Portaria RFB nº 11371/2007 e art. 4º da Portaria RFB nº 3.014/2011). A ciência pelo sujeito passivo do MPF, dar-se-á por intermédio da Internet, no endereço eletrônico www.receita.fazenda.gov.br, com a utilização de código de acesso consignado no termo que formalizar o início do procedimento fiscal (parágrafo único dos artigos mencionados), pelo que não é necessário constar o número do MPF no termo de encerramento da ação fiscal. Logo, não há qualquer vício que pudesse macular o crédito.

Claro assim, que o MPF é ato administrativo interno, como medida organizacional, para controle do trabalho e informação ao contribuinte quanto à ação fiscal a ser desenvolvida, dando maior transparência e segurança, ao demonstrar o conhecimento da Administração Tributária quanto aos procedimentos a serem desenvolvidos pela autoridade fiscal. Noutro giro, o tema não é estranho a este Conselho, não comportando maiores discussões, haja vista a aprovação da Súmula CARF nº 171, nos seguintes termos: “Súmula CARF nº 171 - Irregularidade na emissão, alteração ou prorrogação do MPF não acarreta a nulidade do lançamento. “

Deve ser rejeitada também tal preliminar.

Conclui-se que o lançamento se encontra totalmente calcado em documentos constantes dos autos e em total observância dos atos normativos de regência do tributo. Forçoso concluir que o Auto de Infração se revestiu de todas as formalidades legais previstas pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972. Ao tratar das nulidades do processo administrativo fiscal, assim dispõe o referido Decreto:

CAPÍTULO III Das Nulidades Art. 59.

São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

(...)

Saliente-se que o art. 59, com especial destaque para seu inciso I, preconiza apenas dois vícios insanáveis: a incompetência do agente do ato e a preterição do direito de defesa. Situações essas não configuradas no presente lançamento, vez que efetuado por agente competente e aos sujeitos passivos vem sendo garantido o mais amplo direito de defesa, mediante apresentação de impugnação e o recurso ora objeto de análise, onde ficam evidentes o pleno conhecimento dos fatos e circunstâncias que ensejaram o lançamento.

Portanto, não se encontrando presentes situações que ensejem acatamento, afastado todas as preliminares de nulidade suscitadas na peça recursal.

C.3) Alegações de Erro na Base de Cálculo

Advogam as recorrentes a ocorrência de erro na apuração da base de cálculo das contribuições lançadas. Requerem assim, a retificação da base de cálculo do lançamento, para exclusão de verbas, sob as quais não haveria incidência de contribuição previdenciária, quando: a) auxílio doença b) auxílio creche c) salário maternidade d) hora extra 100% de caráter indenizatório por trabalho aos domingos e) 13º salário f) adicionais (noturno, insalubridade e periculosidade).

Foi salientado no julgamento de piso, que as bases de cálculo foram apuradas nas declarações efetuadas pelo sujeito passivo constantes das GFIP's por ele transmitidas, sendo obrigação legal dos litigantes demonstrar precisamente, cada uma das rubricas a que se referir, pois só assim poderia ser demonstrada eventual inclusão de valores não sujeitos à incidências das contribuições. No entanto, não teria sido comprovado eventual pagamento das alegadas verbas aos segurados, nem a incidência de contribuições sobre elas, também não teriam sido apresentadas as devidas retificações das GFIP's, com justificativa para os supostos erros nas bases de cálculo.

Nos termos já especificados, a fiscalização adotou como base de cálculo os valores constantes das GFIP's transmitidas pela contribuinte. Desde a fase impugnatória, assim como na peça recursal, não há qualquer demonstração por parte dos interessados de que, nos valores que compõem a base de cálculo dos lançamentos teriam sido incluídos eventuais verbas indenizatórias ou não sujeitas às contribuições objeto do lançamento, limitando-se os recorrentes a alegações, destituídas de qualquer elemento probatório e sequer discriminação, pormenorizada, dessas supostas verbas e sua natureza. Destarte, não foi apresentada qualquer evidência e, principalmente, documentação comprobatória da aventada inclusão de verbas indenizatórias na base de cálculo da autuação, limitando-se a meras alegações, sem qualquer documentação comprobatória.

Era dever dos interessados, já no ensejo da apresentação da impugnação, momento em que se inicia a fase litigiosa do processo, municiar sua defesa com os elementos de fato e de direito que entendessem suportar suas alegações. É o que disciplina os dispositivos legais pertinentes à matéria, artigos 15 e 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, bem como o disposto no inciso I, do art. 373 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), aplicável subsidiariamente ao processo administrativo fiscal; ônus do qual não se desincumbiu.

Não sendo comprovada a alegada inclusão de verbas indenizatórias, ou não tributáveis, na base de cálculo da autuação, deve ser mantida a base de cálculo do presente lançamento.

C.3) Alegações de necessidade de aproveitamento dos valores pagos anteriormente nos regimes simplificados

Advogam as recorrentes, caso mantida a autuação, que haveria necessidade de aproveitamento dos valores pagos anteriormente nos regimes simplificados.

No que se refere à possibilidade de aproveitamento de recolhimentos na sistemática dos regimes do Simples Federal e Simples Nacional, na determinação dos valores a serem lançados de ofício, na hipótese de exclusão do sujeito passivo dos regimes simplificados, o tema também não é estranho a este Conselho, devendo ser observado o entendimento assentado na Súmula CARF nº 76, nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 76

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. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Portanto, inobstante tratar-se de instituto distinto da compensação, há orientação do CARF favorável ao aproveitamento de eventuais valores recolhidos pela pessoa jurídica autuada dentro da sistemática, no caso de desenquadramento/exclusão do regime simplificado. Deverá assim, por ocasião da liquidação da presente autuação, ser aproveitados eventuais valores recolhidos pela contribuinte “Hotel Thermas Eireli” (CNPJ 03.926.296/0001-64) nas sistemáticas do Simples Federal e do Simples Nacional, dentro dos mesmos períodos da autuação e relativos às mesmas contribuições objeto do lançamento.

C.4) Multa de ofício aplicada

Alegam as recorrentes, que as multas aplicadas teriam natureza confiscatória, apresentando valor abusivo e com característica de confisco.

No “Relatório Do Processo Administrativo Fiscal” (e.fls. 12093/12108) a autoridade fiscal presta os seguintes esclarecimentos quanto às multas aplicadas, especificando os percentuais adotados nas multas de ofício:

4.3. As contribuições foram lançadas através do Auto de Infração-AI 37.380.827-5 (contribuições para a Seguridade Social) e foram apuradas mediante os seguintes levantamentos:

a) CÓDIGOS DE LEVANTAMENTOS: CI - CONTRIB PATRONAIS EXC SIMPLES -

Neste levantamento foram lançadas as contribuições cuja multa de mora aplicável é de 24%, conforme está indicado no Demonstrativo da Multa Aplicável. Neste levantamento só foram lançadas as competências 13/2007 (130 salário), 08/2008, 09/2008, 10/2008 e 11/2008. Em relação à competência 13/2007 e 11/2008 a multa de mora é de 24%, em virtude de as GFIP's destas competências terem sido entregues após a vigência da MP 449/2008 (03 de dezembro de 2008).

b) C11 - CONTRIB PATRONAIS EXC SIMPLES - Neste levantamento foram lançadas as contribuições das competências anteriores à MP 449, de 03 de dezembro de 2008, cuja multa aplicável mais favorável ao contribuinte é aquela determinada pela referida MP (multa de ofício de 75%), convertida na Lei no 11.941/2009, e que está demonstrado do Demonstrativo da Multa Aplicável.

c) C2 - CONTRIB PATRONAIS EXCL SIMPLES - Neste levantamento foram lançadas as contribuições das competências posteriores à MP 449/2008 (competências 12/2008 e 13/2008 - 130 salário) com a multa de ofício de 75%, qualificada para 150%.

(...)

5. DO COMPARATIVO DA MULTA MAIS BENÉFICA (Aplicável apenas às contribuições destinadas a Seguridade Social)

5.1. A partir da edição da Medida Provisória MP no. 449, de 03/12/2008 (D.O.U. de 04/12/2008), convertida na Lei no 11.941, de 27.05.2009 (D.O.U. 28.05.2009), necessário se faz à análise das novas condutas na aplicabilidade da punição pelo descumprimento da obrigação principal e acessória no período do débito.

5.2. Nos casos de lançamento de ofício, para as condutas de não pagar (obrigação principal), de não declarar, ou declarar com inexatidão as contribuições previdenciárias (obrigação acessória), a multa a ser aplicada passou a ser aquela prevista no artigo 44 da Lei 9.430/96, correspondente a 75% (setenta e cinco por cento), conforme previsto no art. 35-A da Lei 8.212/91 com alteração da MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009. Com efeito, para as competências a partir de 12/2008, inclusive, observa-se à imposição da multa de ofício no importe de 75% incidente sobre o valor da contribuição não recolhida e não declarada em GFIP.

(...)

Ressaltamos que nos termos das infrações apuradas (sonegação) no curso deste procedimento fiscal e apontadas no Relatório Fiscal, para as competências de 12/2008 e 13/2008 (competências posteriores a publicação da MP 449) a multa de ofício de 75% foi qualificada para 150%.

No tocante às contribuições sociais passíveis de lançamento de ofício no período compreendido antes da competência 12/2008, indispensável à verificação da peculiaridade prevista no inciso II, do art. 106 da Lei no. 5.172/66, no que tange a aplicação temporal (retroatividade benigna). Confira-se:

(...)

Para a conduta de não declarar ou declarar com inexatidão e não pagar, ou pagar parcialmente as contribuições sociais no período anterior a 12/2008, é necessária a verificação da penalidade prevista em lei menos severa ao contribuinte levando-se em consideração a legislação vigente ao tempo da entrega da declaração ou aquela vigente ao tempo dos fatos geradores da informação na declaração.

Assim, efetuamos comparativo das multas aplicáveis, tendo resultado em mais benigna aquela prevista na MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009 para todas as competências lançadas no presente processo, exceto para a competência 08/2008 a 10/2008. Para esse efeito, foram somadas as multas previstas na legislação anterior (multa de mora de 24% mais a multa prevista no artigo 32, inciso IV, parágrafo 50 da Lei 8.212/91) e comparada com a multa de 75% prevista na MP 449/2008 (Lei 9.430/96). A demonstração do cálculo da multa mais benéfica está demonstrada na planilha denominada **DEMONSTRATIVO DA MULTA APLICÁVEL**.

Para as competências 13/2007 (130 salário) e 11/2008 (ocorrências dos fatos geradores anteriores a MP 449) não há que se falar em comparativo de multas, em virtude de as suas respectivas GFIP's foram transmitidas em datas posteriores a publicação da MP 449 (datas de transmissão das GFIP's: 12/08/2009 e 04/12/2008, respectivamente), assim, eventual infração a legislação ocorreu já na vigência da MP 449, enquanto que a obrigação principal rege-se pela legislação da ocorrência do fato gerador. Neste caso a multa de ofício aplicável para essas competências é a prevista na legislação anterior a MP 449/2008 - 24% (Lei no 8.212, art. 35, inciso II, alínea a, na redação dada pela Lei no 9.876/99).

Os procedimentos adotados no lançamento estão definidos em atos normativos de observância obrigatória pela autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade funcional, segundo prevê o art. 142, parágrafo único do CTN. A autuação foi lavrada em face da constatação do não recolhimento das contribuições e a autoridade fiscal lançadora apenas seguiu o que determina a legislação tributária aplicável. Foi ainda aplicado pela própria fiscalização, seguindo a orientação vigente à época de lavratura do AI, o princípio da retroatividade benigna, mediante comparativo entre as multas previstas na legislação original e aquelas decorrentes da publicação

da Medida Provisória nº 449, de 2008, para os fatos geradores anteriores à vigência dessa novel legislação.

Entretanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça apresentou nova interpretação para efeito de aplicação da retroatividade benéfica. É pacífico atualmente, em ambas as Turmas de Direito Público, entendimento no sentido da admissão da retroatividade benigna do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa em 20% (remete ao art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996), para os fatos geradores anteriores à vigência da MP 449/2008. Nesse sentido, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional propôs a inclusão na lista de dispensa de contestar e recorrer o seguinte tema:

1.26. Multas

c) Retroatividade benéfica da multa moratória prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009, no tocante aos lançamentos de ofício relativos a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35-A, da Lei nº 8.212/1991.

Resumo: A jurisprudência do STJ acolhe, de forma pacífica, a retroatividade benigna da regra do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, em relação aos lançamentos de ofício. Nessas hipóteses, a Corte afasta a aplicação do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, que prevê a multa de 75% para os casos de lançamento de ofício das contribuições previdenciárias, por considerá-la mais gravosa ao contribuinte. O art. 35A da Lei 8.212, de 1991, incide apenas em relação aos lançamentos de ofício (rectius: fatos geradores) realizados após a vigência da referida Lei nº 11.941, de 2009, sob pena de afronta ao disposto no art. 144 do CTN.

Em sintonia com o entendimento acima esposado, temos a Súmula CARF nº 196:

Súmula CARF nº 196

No caso de multas por descumprimento de obrigação principal, bem como de obrigação acessória pela falta de declaração em GFIP, referentes a fatos geradores anteriores à vigência da Medida Provisória nº 449/2008, a retroatividade benigna deve ser aferida da seguinte forma: (i) em relação à obrigação principal, os valores lançados sob amparo da antiga redação do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 deverão ser comparados com o que seria devido nos termos da nova redação dada ao mesmo art. 35 pela Medida Provisória nº 449/2008, sendo a multa limitada a 20%; e (ii) em relação à multa por descumprimento de obrigação acessória, os valores lançados nos termos do art. 32, IV, §§ 4º e 5º, da Lei nº 8.212/1991, de forma isolada ou não, deverão ser comparados com o que seria devido nos termos do que dispõe o art. 32-A da mesma Lei nº 8.212/1991.

Dessa forma, em homenagem ao princípio da retroatividade benéfica e em sintonia com a jurisprudência pacífica do STJ e posição da PGFN, as multas impostas à recorrente na

presente autuação, relativamente às competências anteriores à vigência da MP 449/2008, deve ser recalculadas, observando-se a atual redação do art. 35 da Lei 8.212, de 1991, que fixa o percentual máximo de 20%, por se caracterizar como norma superveniente mais benéfica em matéria de penalidades na seara tributária, a teor do art. 106, II, "c", do CTN c/c a Súmula CARF nº 196.

C.4) Multa qualificada e incorrência de decadência parcial do lançamento

Com relação à multa de ofício qualificada, aplicada no percentual de 150%, registram as recorrentes a existência de precedente em decisão exarada pela 2ª Turma Ordinária, da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, em análise do processo nº 10469.731222/2012-76, relativo ao lançamento do IRPJ e tributos reflexos, decorrente dos mesmos fatos objeto da presente autuação. Informam que em tal julgamento, foi exarado o Acórdão 1302-001-986, dando provimento parcial aos recursos, onde teria sido: a) desqualificada a multa de ofício; b) reconhecida a decadência do direito de lançamento de parte do crédito tributário e; c) afastada a responsabilidade solidária da empresa Host Administração Hoteleira Ltda, do espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho e da Sr.ª Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo. Passam então, à reprodução de trechos do referido Acórdão 1302-001-986 e defendem não se verificarem presentes requisitos caracterizadores de fraude, a teor do art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, conforme definida nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, que permitissem a qualificação da multa de ofício. Afirmam que um dos motivos ensejadores de aplicação da multa, teria sido a sistemática omissão de receitas tributáveis em suas declarações anuais e que tal fundamento teria sido afastado no acórdão que apresentam como paradigma, devendo ser aplicado à espécie o verbete sumular nº 14 deste Conselho. Complementam que, também quanto ao alegado pela fiscalização, desmembramento das atividades das empresas que teria justificado a exclusão do Simples, a decisão paradigmática teria entendido que tal fato não seria ensejador de qualificação da multa. Concluem que a autoridade fiscal lançadora: *"...tipificou crime contra a ordem tributária, lavrando a consequente Representação para Fins Penais, sem que houvesse qualquer razão para tanto."*

Requerem assim, a desqualificação da multa de ofício aplicada e reconhecimento de decadência do direito de lançamento relativamente às competências de janeiro/2007 a outubro/2007.

A despeito da decisão proferida no julgamento acima citado, que não possui efeito vinculante, no que concerne à multa qualificada, entendo como devidamente justificada a sua aplicação, assim como, a imputação da responsabilidade solidária (como será demonstrado na sequência), devido ao conjunto de atos praticados, voltados à simulação de condição não compatível com a realidade dos fatos. Tais práticas restaram devidamente demonstradas pela fiscalização no Relatório Fiscal de e.fls. 12119/12204, sendo relevante a parcial reprodução da parte que trata da multa qualificada:

III.3 — DA MULTA QUALIFICADA

173. Nos parágrafos seguintes, vamos tratar dos aspectos relacionados à aplicação da multa de ofício prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96. Resumindo, demonstraremos que no presente caso, é de se aplicar a multa em seu percentual duplicado (qualificado), por restar caracterizada a prática de sonegação prevista no art. 71 da Lei nº 4.502/64.

174. A aplicação da multa de ofício tem regulação prevista na Lei nº 9.430/96, conforme o art. 44.

(...)

177. Dessa forma, para a aplicação da multa de 150%, também chamada de qualificada, há que se demonstrar que o contribuinte incidiu a conduta em alguns dos citados artigos da Lei nº 4.502/64.

(...)

179. Sendo assim, devemos verificar se os fatos anteriormente descritos, que detalham a conduta e/ou situação do contribuinte fiscalizado, se encaixam em uma das definições estampadas nos art. 71, 72 e 73, acima transcritos.

180. A primeira conduta e/ou situação do contribuinte a ser analisada conforme descrito acima é: ser o contribuinte fiscalizado uma empresa cujas atividades comerciais é resultante do desmembramento das atividades comerciais de empresa anteriormente constituída (Host — Hotéis e Turismo Ltda), e com isso (a criação de duas outras empresas — Hotel Thermas e Restaurante Thermas) diluir o faturamento das receitas provenientes da exploração dessas atividades comerciais entre as empresas resultantes, propiciando, dessa forma, tornar lícita a sua inclusão e permanência no SIMPLES FEDERAL e no SIMPLES NACIONAL.

181. Decerto que a mera criação de uma empresa pelos meios legais não acarreta de forma alguma uma burla a Legislação Tributária.

182. Entretanto, quando uma empresa é criada apenas para desmembrar as atividades comerciais, e conseqüentemente, desmembrar também as receitas dessas atividades, de empresa anteriormente constituída que já as exploravam, com o intuito de diluir o faturamento das receitas dessas atividades comerciais entre as empresas resultantes para que essas novas empresas possam ser incluídas na sistemática do SIMPLES FEDERAL, temos aí uma burla as legislações do SIMPLES FEDERAL (inciso XVII do art. 9 da Lei nº9.317/96) e, conseqüentemente, do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ, e das Contribuições: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, Contribuições para o Financiamento da Seguridade Social — COFINS, Contribuição para o PIS/PASEP, Contribuição Patronal Previdenciária — CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica.

183. Esta ação/situação descrita acima pode ser enquadrada no conceito de SONEGAÇÃO determinado no art. 71 da Lei nº 4.502/1964 citado anteriormente.

184. Também a ação executada entre os partícipes da operação (nesse caso, enfatizando os sócios das empresas), ou seja, aqueles que permitiram e/ou concordaram com o desmembramento das atividades comerciais das empresas anteriores e aqueles que assumiram as atividades comerciais desmembradas na empresa recém-criada, pode ser enquadrada no conceito de CONLUIO determinado no art. 73 da Lei nº 4.502/1964 citado anteriormente, agravado pela situação de serem todos os partícipes parentes, entre si, em 1º e 2º grau em linha direta (mãe e irmãos), portanto, sabedores plenos da ação/situação que engendraram.

185. A segunda conduta e/ou situação do contribuinte a ser analisada conforme descrito acima é: o contribuinte fiscalizado cindiu as suas atividades comerciais com a criação de uma terceira empresa, a Planeta Água Bar e Restaurante Ltda, em julho de 2005 e com isso (a criação da terceira empresa) diluir o faturamento das receitas provenientes da exploração dessas atividades comerciais entre as empresas resultantes, propiciando, dessa forma, tornar lícita a sua inclusão e permanência no SIMPLES FEDERAL e no SIMPLES NACIONAL.

186. Mais uma vez ressaltamos que a mera criação de uma empresa pelos meios legais não acarreta de forma alguma uma burla a Legislação Tributária.

187. Entretanto, quando uma empresa é criada apenas para desmembrar as atividades comerciais, e conseqüentemente, desmembrar também as receitas dessas atividades, de empresas anteriormente constituídas (Hotel Thermas e Restaurante Thermas) que já as exploravam, com o intuito de diluir o faturamento das receitas dessas atividades comerciais entre as empresas resultantes a fim de que as empresas mais antigas possam permanecer sob a sistemática do SIMPLES FEDERAL e do SIMPLES NACIONAL e, para que a empresa recém criada também se beneficie dessas sistemáticas de recolhimento mais benéficas, temos aí uma burla as legislações do SIMPLES FEDERAL (inciso XVII do art. 90 da Lei nº 9.317/96) e do SIMPLES NACIONAL (nesse caso, se a criação da empresa foi realizada em período menor que os 5 anos-calendário anterior ao da vigência da Lei Complementar nº 123/06, inciso IX do § 40 do art. 3º da Lei Complementar nº 123/06), e conseqüentemente, do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ, e das Contribuições Contribuição Social sobre o Lucro Líquido -CSLL, Contribuições para o Financiamento da Seguridade Social — COFINS, Contribuição para o PIS/PASEP, Contribuição Patronal Previdenciária — CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica.

188. Também aqui a ação executada entre os partícipes da operação (nesse caso, enfatizando os sócios das empresas), ou seja, aqueles que permitiram e/ou concordaram com o desmembramento das atividades comerciais das empresas anteriores e aqueles que assumiram as atividades comerciais desmembradas na empresa recém-criada, pode ser enquadrada no conceito de CONLUIO determinado no art. 73 da Lei nº 4.502/1964 citado anteriormente, agravado pela situação de serem todos os partícipes parentes, entre si, em 1º e 2º grau em linha

direta (mãe e irmãos), portanto, sabedores plenos da ação/situação que engendraram.

189. A terceira conduta e/ou situação do contribuinte fiscalizado a ser analisada caracteriza-se pela prática reiterada de omissão de receitas tributáveis em suas declarações DIPJ — SIMPLES e DASN quando confrontadas com a elevada movimentação financeira do contribuinte que foi reconhecido por ele como suas receitas (receitas tributáveis).

(...)

190. Esta ação/situação descrita acima também pode ser enquadrada no conceito de SONEGAÇÃO, determinado no art. 71 da Lei nº 4.502/1964 citado anteriormente.

191. E o que denota também a intenção de sonegar é a desproporção entre os valores declarados ao Fisco e os movimentados em sua conta bancária e por fim reconhecidos como suas receitas tributáveis. Esta desproporção afasta a possibilidade de mero equívoco, de um esquecimento, ou de uma falta de controle. É o que se sobressai da análise da tabela acima.

192. A quarta conduta e/ou situação do contribuinte a ser analisada, caracteriza-se pelos seguintes fatos conforme descrito nos itens a seguir.

193. Os valores creditados nas contas bancárias do contribuinte fiscalizado tiveram o seguinte tratamento quando de sua escrituração nos livros-caixa da empresa: ou foram reconhecidos como suas receitas (receitas do recebimento de clientes ou do recebimento de cartões de crédito), ou foram reconhecidos como recebimento de empréstimos, ou foram reconhecidos como depósitos nas contas bancárias de valores que estavam em seu caixa.

194. Os valores reconhecidos como suas receitas foram explanados nos tópicos anteriores. Dessa forma, passamos a análise dos valores reconhecidos como empréstimos e dos valores reconhecidos como valores depositados nas contas bancárias oriundos do caixa da empresa.

a.) Muitos dos valores creditados nas contas bancárias do contribuinte fiscalizado foram escriturados nos seus livros-caixa como valores debitados a conta de empréstimos conforme logo abaixo mencionado:

a.1.) Valores creditados na conta 21106.0003 EMPRÉSTIMOS sob o histórico "VI. Ref. Empréstimo conf. Contrato".

b.) Muitos dos lançamentos a créditos nas suas contas bancárias, os quais a empresa reconheceu como empréstimos recebidos (débito na conta de nº 21106.0003 EMPRÉSTIMOS) são valores de pequena monta, valores quebrados e que abrangem até os centavos.

b.1.) São exemplos desses lançamentos:

(...)

b.2.) Portanto, os históricos dos extratos das contas bancárias não indicam que se tratam de empréstimos concedidos a empresa pelas instituições financeiras.

(...)

b.4.) Sendo assim, esses valores creditados nas contas bancárias do contribuinte e posteriormente reconhecidos nos livros-caixa como empréstimos recebidos serão tributados como créditos de origens não comprovadas e estão incluídos nos anexos que tratam desses tipos de receitas.

(...)

c.) Prosseguindo, diversos outros valores, que foram creditados em suas contas bancárias conforme extratos, foram reconhecidos pelo contribuinte fiscalizado em seus livros-caixa como valores depositados em suas contas bancárias provenientes de valores que estavam anteriormente em seu caixa. O histórico desses lançamentos nos livros-caixa está reproduzido logo abaixo.

c.1.) Valores creditados na conta 11101.0001 CAIXA sob o histórico "Vr. Ref. Depósito em conta-corrente xxx de valor constante no caixa".

c.2.) Para fazer frente ao montante dos valores depositados nas contas bancárias e não levar o caixa da empresa a ficar negativado, a empresa escriturou no livro-caixa do de 2007 diversos lançamentos de venda de ativo imobilizado. Essas supostas vendas do ativo imobilizado, escrituradas no livro-caixa do ano de 2007, importaram o montante anual de R\$ 1.316.300,00. Os valores individualizados das supostas vendas de imobilizado constam da planilha de título ANEXO N° 0036 DO RELATÓRIO FISCAL (PARTE INTEGRANTE DO AUTO DE INFRAÇÃO) - DEMONSTRATIVO DAS VENDAS DE ATIVO IMOBILIZADO ESCRITURADAS NO LIVRO-CAIXA DO ANO-CALENDÁRIO DE 2007.

c.3.) O contribuinte foi intimado a apresentar a documentação comprobatória de tais vendas e dos custos dos ativos vendidos através do termo n° 0022, mas nada apresentou a esta fiscalização.

c.3.1.) Importante ressaltar a situação incomum que sobressai desses lançamentos no livro caixa: a de que vendas do ativo imobilizado em valores individualizados elevados tenham sido realizadas sem transitar pelas suas contas bancárias. Vejam que até os pequenos depósitos de valores inferiores a R\$ 100,00, correspondentes a outras operações comerciais, transitavam pelas contas bancárias do contribuinte, enquanto que supostas vendas de ativos no valor de R\$ 90.000,00, por exemplo, não usavam dessa sistemática, ou seja, tais valores elevados não passaram pelas contas bancárias do contribuinte.

c.4.) Também para fazer face ao montante dos valores reconhecidos como depósitos bancários de valores oriundos do caixa da empresa, o contribuinte fiscalizado escriturou nos livros-caixa diversos outros lançamentos de empréstimos recebidos.

c.5.) Uma parte desses supostos empréstimos recebidos e escriturados nos livros-caixa são provenientes de valores conciliados de outras contas bancárias do próprio contribuinte.

Exemplificando: no dia 09 de janeiro de 2008 a conta bancária do contribuinte de nº 1958-5, mantida junto à Caixa Econômica Federal, recebeu um crédito no valor de R\$ 50.000,00 através de um TED. Esse valor de R\$ 50.000,00 foi escriturado no livro-caixa como um empréstimo recebido, cujo histórico é "Vr. Ref. Empréstimo conf. Contrato", entretanto esse crédito na conta 1958-5 é oriundo de um débito (TED) na conta do contribuinte de nº 14.100014-9, mantida junto ao Banco Industrial e Comercial S/A — BICBANCO. Para conseguir fazer o depósito na conta nº 1958-5, a conta nº 14.100014-9 recebeu um crédito, também de 09 de janeiro de 2008, no valor de R\$ 51.242,99. Esse crédito de R\$ 51.242,99 foi proveniente de um débito de mesmo valor e de mesma data na conta de nº 42.100689-7, mantida também junto ao Banco Industrial e Comercial S/A — BICBANCO. E esse valor de R\$ 51.242,99, originário da conta de nº 42.100689-7, não advém de nenhum empréstimo recebido pelo contribuinte e sim de valores de receitas suas recebidas conforme lançamentos no extrato bancário.

c.6.) Os valores escriturados nos livros-caixa como empréstimos recebidos que são oriundos de valores conciliados de outras contas do próprio contribuinte fiscalizado estão discriminados na planilha de título "ANEXO N° 0037 DO RELATÓRIO FISCAL (PARTE INTEGRANTE DO AUTO DE INFRAÇÃO) — Demonstrativo dos Valores Escriturados nos Livro-Caixa Como Valores de Empréstimos Recebidos e Que São Frutos de Valores Conciliados de Outras Contas Bancárias do Contribuinte".

c.7.) Uma outra parte dos supostos empréstimos recebidos não transitou por nenhuma conta bancária do contribuinte. São empréstimos de valores elevados, sendo que muitos deles foram escriturados em sábados e em domingos. Os históricos dos lançamentos desses supostos empréstimos não identificam as fontes dos empréstimos e no curso desta fiscalização esses supostos empréstimos não restaram comprovados.

c.8.) Os valores escriturados nos livros-caixa como empréstimos recebidos, que não transitaram pelas contas bancárias do contribuinte e que não restaram comprovados no curso da ação fiscal estão discriminados na planilha de título "ANEXO N° 0038 DO RELATÓRIO FISCAL (PARTE INTEGRANTE DO AUTO DE INFRAÇÃO) — Demonstrativo dos Valores Escriturados nos Livro-Caixa Como Valores de Empréstimos Recebidos e Que Não Transitaram Pelas Contas Bancárias do Contribuinte".

c.9.) Sendo assim, os valores que foram creditados em suas contas bancárias conforme extratos, os quais foram reconhecidos pelo contribuinte fiscalizado em seus livros-caixa como valores depositados em suas contas bancárias provenientes de valores que estavam anteriormente em seu caixa serão

tributados como créditos de origens não comprovadas e estão incluídos nos anexos que tratam desses tipos de receitas.

195. As condutas descritas acima através de todas as alíneas do item 194, quais sejam, as tentativas da empresa em transformar créditos de origens não comprovados em empréstimos recebidos, lançando mão da escrituração de vendas de ativos imobilizados não comprovadas e de empréstimos recebidos baseados em valores conciliados ou de empréstimos não comprovados também podem ser enquadradas no conceito de SONEGAÇÃO, determinado no art. 71 da Lei nº 4.502/1964 citado anteriormente.

(...)

207. Ter o contribuinte tentado esconder as verdadeiras origens de tais créditos constantes em sua conta bancária, através da escrituração em seus livros caixa de lançamentos de empréstimos recebidos e depósitos de valores constantes do caixa.

208. Por fim ressaltamos que tais valores de origens não comprovada somam valores expressivos, incompatíveis com a renda declarada ao Fisco.

209. Resumindo, a quarta conduta e/ou situação do contribuinte a ser analisada é ter movimentado, em instituição financeira, recursos expressivos, incompatíveis com a renda declarada ao Fisco, não tendo justificados a origem destes recursos e ter tentado esconder as origens de tais recursos através da escrituração desses valores em seus livros caixa sob a forma de empréstimos recebidos e de transferências de valores entre o caixa e a conta bancária, de forma reiterada.

210. Esta ação/situação descrita acima também pode ser enquadrada no conceito de SONEGAÇÃO determinado no art. 71 da Lei nº 4.502/1964 citado anteriormente.

211. E o que também denota a intenção de sonegar é também a desproporção entre os valores declarados ao Fisco e o movimentado em sua conta bancária, cujas origens não restaram comprovadas. Esta desproporção afasta a possibilidade de mero equívoco, de um esquecimento, ou de uma falta de controle. É o que se sobressai da análise da tabela seguinte:

(...)

212. Assim, por tudo o acima exposto, há de se aplicar a multa de ofício em seu percentual duplicado (multa qualificada), 150%, pela simples adequação da conduta praticada ao disposto no art. 44, §1º, da Lei nº 9.430/96.

Reputo como devidamente configurada, de forma individualizada e comprovada, a conduta dolosa da contribuinte, pela série de condutas fraudulentas acima descritas, mediante conluio entre os envolvidos. Não se trata de simples omissão de receita, ou erro na apuração nas bases de cálculo das contribuições previdenciárias, mas de procedimento repetitivo, mediante criação de empresas, fatiamento de faturamento, transferência de empregados, omissão de

receitas, inserção de informações inexatas em GFIP's, de forma a indevidamente suprimir as contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários, mediante igualmente falso enquadramento como empresa optante pelos regimes simplificados. Demonstrado todo um conjunto de ações concatenadas, praticadas pela contribuinte e os demais envolvidos, voltadas à prática do ilícito tributário mediante fraude, conluio e simulação. Nesse sentido, destaco que a própria criação de empresa para faturamento do faturamento já denota a presença de simulação; inaplicável assim à espécie, a invocada Súmula CARF nº 14.

Ainda no que concerne à multa qualificada, tendo em vista a inclusão do inc. VI ao § 1º, do art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, pela Lei nº 14.689, de 2023, houve a redução da penalidade de 150% para 100%, para a situação objeto do presente lançamento. Instada a se manifestar sob tal alteração legislativa, a Coordenadoria Geral de Assuntos Tributários da Procuradoria da Geral da Fazenda Nacional editou o PARECER SEI Nº 3950/2023/MF, onde conclui que inc. VI, § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 deve ser aplicado, retroativamente, tratando-se de ato não definitivamente julgado, consoante o artigo 106, inciso II, alínea 'c', do CTN.

Trata-se novamente de aplicação do princípio da retroatividade benéfica, devendo a multa de ofício qualificada ser reduzida ao percentual de 100%.

Considerando os atos acima descritos, onde evidenciada a prática de fraude e simulação, mediante conluio entre os diversos envolvidos, resta afastada a aplicação do art. 150, § 4º do CTN, para efeito de contagem do prazo decadencial para lançamentos das contribuições, deslocando-se tal contagem para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme previsto no art. 173, inc, I do Codex. Cabe ressaltar, que em virtude das infrações praticadas, foi formalizada a devida Representação Fiscal para Fins Penais, gerando o processo nº 13433.720922/2012-31.

Não se verifica assim, a ocorrência de decadência parcial do direito de lançamento na presente autuação.

C.5) Responsabilidade solidária da coobrigada Patrícia Matoso Barbosa Barcellos Chaves

Afirma a recorrente Patrícia Matoso Barbosa Barcellos Chaves que a fiscalização se contradiz: ao enfatizar que esta possuiria poderes gerenciais e administrativos e, ao mesmo tempo, elenca Raimundo Correia Barbosa Filho como o real beneficiário dos desmembramentos das empresas. Acresce que em momento algum teria restado comprovada qualquer tipo de interposição de pessoas, descabendo sua responsabilização solidária. Aduz que no já citado Acórdão 1302-001.986, que trataria dos mesmos fatos, mas relativamente à sócia do Restaurante Thermas (também coobrigado neste processo), teria sido afastada a responsabilidade solidária da sócia Ana Carla Matoso Barbosa Azevedo, por se entender que a simples falta de recolhimento de tributos, ainda que com omissão de receitas realizada por presunção, não seria suficiente para caracterizar a responsabilização da sócia-gerente. Afirma que não teria agido com excesso de

poderes ou infração a lei e requer que seja dado no presente julgamento o mesmo entendimento, com conseqüente exclusão da recorrente do polo passivo da obrigação tributária.

A responsabilização solidária da Sr^a Patricia Matoso foi imputada nos termos do arts. arts. 124, inciso I e 135, inciso III, do CTN, apontando a fiscalização que as pessoas jurídicas “Hotel Thermas”, “Restaurante Thermas” e “Planeta Água Bar e Restaurante”, funcionavam em área contínua, supostamente alugada pela Host Administração Hoteleira Ltda (antiga Host - Hotéis e Turismo Ltda), sendo que, pela peculiaridade do empreendimento, que consiste no hotel, restaurantes e áreas de lazer, incluindo as piscinas de águas termais, não haveria separação física entre as empresas, e sendo a administração das três empresas feita de forma conjunta pelo grupo familiar, por meio de conjunto de procurações outorgadas entre os administradores de fato e de direito, entre eles a Sr^a Patrícia, sócia-gerente do Hotel Thermas. Constatações essas comprovadas por documentação coletada junto a instituições financeiras e ao Cartório do 1º Ofício de Notas de Mossoró, nos quais consta a empresa Hotel Thermas (representado pela sócia-gerente Patrícia Matoso Barbosa Barcellos Chaves), outorgando poderes a si própria para representação do Hotel, assim como, para diversas outras pessoas físicas que exerciam conjuntamente a gestão de todo o empreendimento empresarial. Tudo devidamente demonstrado no Relatório Fiscal.

A robusta documentação constante dos autos não deixa dúvidas de que a Sr^a Patrícia Matoso, além de sócia com 95% das quotas, exercia funções de sócia-gerente do Hotel Thermas. Também restou fartamente demonstrado, o interesse comum das pessoas incluídas no polo passivo da obrigação tributária e a prática de atos com infração às leis de regência dos regimes simplificados, assim como, quanto às contribuições previdenciárias. Entendo assim, corretamente imputada a responsabilização solidária da Sr^a Patrícia Matoso Barbosa Barcellos Chaves, nos termos do arts. arts. 124, inciso I e 135, inciso III, do CTN, devidamente ser mantida no polo passivo da presente obrigação tributária.

C.6) Responsabilidade solidária da coobrigada “Matoso e Barbosa Ltda ME” (atual RMB Hotelaria Eireli)

Acorde apontado pela fiscalização no Relatório Fiscal, foi verificado que no mesmo endereço do “Hotel Thermas” constava nos sistemas da Receita Federal também o registro da pessoa jurídica “Matoso & Barbosa Ltda – ME” (CNPJ 10.452.941/0001-10 e CNAE é 5510-8-01 – Hotéis), sendo os sócios dessa última os pais da Sr^a Patrícia, que também participaram da administração do Hotel Thermas. Demonstrado ainda, que a coobrigada “Matoso & Barbosa” assumiu as operações comerciais do Hotel Thermas, mediante transferência total dos empregados do, conforme informações constantes em GFIPS da competência de janeiro de 2012, e pela emissão de documentos fiscais (cupons fiscais e nota fiscal fatura de serviços) em nome desta nova empresa.

Tenho que a responsabilização solidária da pessoa jurídica “Matoso & Barbosa” foi adequadamente analisada nos fundamentos da decisão de piso, nos seguintes termos:

Da responsabilidade da empresa Matoso & Barbosa LTDA

De acordo com a auditoria-fiscal, a empresa MATOSO & BARBOSA LTDA assumiu todas as operações realizadas pela empresa autuada. Em sua impugnação, a empresa Matoso & Barbosa não contesta este fato, limitando-se a afirmar que "a exploração de atividade no mesmo local constitui elemento indiciário e não absoluto".

Vejamos excertos do relatório fiscal:

8.25 No curso desta ação fiscal foi verificado que no endereço da empresa HOTEL THERMAS LTDA, existe a empresa, cadastrada nos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, MATOSO & BARBOSA LTDA - ME, CNP.] 10.452.941/0001-10, cujo CNAE é 5510-8-01 Hotéis. Os sócios desta empresa são RIANE MATOSO BARBOSA e RAIMUNDO CORREIA BARBOSA FILHO.

8.26 No curso da ação fiscal foi verificado também que essa empresa MATOSO & BARBOSA LTDA assumiu as operações comerciais do Hotel Thermas Ltda através da transferência total de empregados do hotel para a MATOSO & BARBOSA LTDA, conforme informações constantes em GFIPS da competência de janeiro de 2012 e pela emissão de documentos fiscais (cupons fiscais e nota fiscal fatura de serviços) em nome desta nova empresa.

8.27 Também os empregados do Restaurante Thermas Ltda e do Planeta Água Bar e Restaurante Ltda foram transferidos para a empresa MATOSO & BARBOSA LTDA, conforme informações constantes em GFIPS da competência de janeiro de 2012.

8.28 Sendo assim, a empresa MATOSO & BARBOSA LTDA também figurará no pólo passivo da obrigação tributária por se tratar de empresa que sucedeu de fato o contribuinte fiscalizado (art. 133 da Lei no 5.172/66 CTN)."

De notar-se que, além de ter-se estabelecido no mesmo endereço do Autuado e exercer as mesmas atividades, a empresa Matoso & Barbosa possui como sócios o casal Raimundo Correia Barbosa Filho e Riane Matoso Barbosa, esta última também sendo sócia da empresa Autuada, conforme contrato social (fls. 8440/8446). A outra sócia da empresa Autuada, Patrícia Matoso Barbosa Cavalcanti, é filha do referido casal.

Do exposto, conclui-se que a nova empresa Matoso & Barbosa assumiu o fundo de comércio do Autuado, passando a utilizar o ponto, as respectivas instalações e bens na consecução da sua atividade operacional. A simulação na constituição de uma nova pessoa jurídica, sem formalizar a aquisição do fundo de comércio, foi possível porque, por possuir sócios em comum, integrantes do mesmo grupo familiar, a nova empresa pôde assumir os bens da Autuada sem a necessidade de contratos escritos.

Assim, a empresa Matoso & Barbosa adquiriu, de fato, o fundo de comércio da empresa Autuada, atraindo a incidência da responsabilidade de que trata o art. 133 do CTN.

Na hipótese, não há que se comprovar excesso de poderes ou infração de lei ou contrato social, visto que a responsabilidade de que se cuida não tem alicerce no art. 135 do CTN, mas se fundamenta na sucessão, prevista no art. 133 do referido Código.

Pelo exposto, mantém-se a responsabilidade atribuída à empresa Matoso & Barbosa Ltda.

Por concordar com os fundamentos da decisão recorrida acima reproduzidos, que adoto também como razões de decidir, conforme permissivo regimental, deve ser mantida no polo passivo da obrigação tributária, como coobrigada, a pessoa jurídica Matoso & Barbosa Ltda.

Finalmente, quanto ao protesto por provar o alegado por todos os meios de provas em direito admitidos, inclusive apresentar provas e alegações complementares; conforme já pontuado, é dever da interessada, já no ensejo da apresentação da impugnação, momento em que se instaura o litígio, municiar sua defesa com os elementos de fato e de direito que entendesse suportarem suas alegações, não se justificando a indevida pretensão de inversão de tal ônus.

Conclusão

Ante todo o exposto, voto por:

a) no que tange aos coobrigados “Host Administração Hoteleira Ltda – Epp” e “espólio de Raimundo Correia Barbosa Filho”, conhecer parcialmente do Recurso Voluntário, somente conhecendo da parte que contesta a declaração de prejudicialidade da análise das impugnações desses responsáveis; e na parte conhecida, negar-lhe provimento;

b) quanto à autuada “Hotel Thermas Eireli” e dos coobrigados “Patrícia Matoso Barbosa Barcellos” e “Matoso e Barbosa Ltda ME” (atual RMB Hotelaria Eireli), conhecer parcialmente do Recurso Voluntário, não conhecendo: dos argumentos de cada sujeito passivo, que tratem de responsabilidade solidária dos demais arrolados como responsáveis coobrigados; das partes que tratam de inconstitucionalidade de normas, da natureza confiscatória da multa, ou que visem discutir os termos e condições de exclusão da empresa “Hotel Thermas” dos regimes simplificados de tributação (Simples Federal e Nacional); na parte conhecida, rejeitar as preliminares e dar provimento parcial ao recurso, para: b.1) que sejam aproveitados eventuais valores recolhidos pela contribuinte Hotel Themás Eireli nas sistemáticas do Simples Federal e do Simples Nacional, dentro do mesmo período da autuação e relativos às mesmas contribuições objeto do lançamento; b.2) reduzir a multa de ofício qualificada ao percentual de 100% relativa ao levantamento C2; e b.3) determinar a aplicação da retroatividade benigna da regra do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa em 20%, para os fatos geradores anteriores à vigência da MP 449/2008.

Assinado Digitalmente

Mário Hermes Soares Campos