



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13896.720569/2017-56
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-009.549 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de fevereiro de 2023
Recorrente PATROCINIO SERVICOS AUXILIARES DE ESCRITORIO EIRELI - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2012 a 31/12/2013

DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS A TERCEIROS.

Súmula CARF nº 99

Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.

NULIDADE. LANÇAMENTO.

Estando devidamente circunstanciado as razões de fato e de direito que amparam lançamento fiscal lavrado em observância à legislação, e não verificado cerceamento de defesa, carecem motivos para decretação de sua nulidade.

MULTA CONFISCATÓRIA. INCONSTITUCIONALIDADE.

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

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PESSOAL. SOLIDARIEDADE. INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA

O artigo 135, III, do CTN responsabiliza os administradores por atos por eles praticados em excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Para que se possa ter como caracterizada tal hipótese é imprescindível que a autoridade lançadora individualize a conduta praticada por cada administrador. Ausente tal identificação, por descrição insuficiente no auto de infração, é de ser excluída a responsabilidade.

RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA. ALEGAÇÃO DO CONTRIBUINTE. SÚMULA CARF 172.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso de Isaque Trevisan e conhecer parcialmente do recurso do contribuinte, não conhecendo das alegações de inconstitucionalidade e dos argumentos que buscam discutir a exclusão da empresa do Simples (matéria estranha à presente lide); e dar provimento parcial aos recursos dos coobrigados e na parte conhecida do recurso do contribuinte, para: a) reconhecer a decadência do lançamento até a competência 02/2012 (inclusive); b) deduzir dos valores lançados os recolhimentos de contribuições previdenciárias efetuados na sistemática do Simples Nacional, no período objeto da autuação; c) reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%; e d) afastar a responsabilização solidária de Eliana Trevizan Rocha, Valter Aparecido Gomes e Siuvana Trevizan.

(documento assinado digitalmente)

Mário Hermes Soares Campos - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mário Hermes Soares Campos (Presidente), Martin da Silva Gesto, Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Leonam Rocha de Medeiros e Sonia de Queiroz Accioly. Ausente o Conselheiro Christiano Rocha Pinheiro.

Relatório

Trata-se de recursos voluntários interpostos contra R. Acórdão proferido pela 3ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campo Grande (fls. 287 e ss) que manteve o lançamento, relativo às contribuições previdenciárias da Empresa, PARTE PATRONAL e para o financiamento do SAT/GILRAT, destinadas à seguridade social. A base de cálculo das contribuições é o valor da remuneração dos empregados, já informada em GFIP pela empresa.

Segundo o Acórdão:

Trata-se de processo de Impugnação em face da obrigação tributária relativa a Contribuições Sociais Previdenciárias apurada mediante Auditoria Fiscal que resultou no lançamento de crédito fiscal lavrado na data de 15/03/2017, referente ao período de apuração de 01/01/2012 a 31/12/2013 resumidos nos seguintes demonstrativos:

(...)

PROCEDIMENTO FISCAL

Em resumo, segundo o REFISC - Relatório Fiscal do Auto de Infração (fl.12-27), e demais relatórios integrantes e complementares, foram consignados os seguintes pontos acerca do procedimento fiscal:

DÉBITO

3. *DO DÉBITO - Trata-se de débito lançado contra o sujeito passivo acima identificado, relativo às contribuições previdenciárias da Empresa, PARTE PATRONAL e para o financiamento do SAT/GILRAT, destinadas à seguridade social. A base de cálculo das contribuições é o valor da remuneração dos empregados, já informada em GFIP pela empresa.*

3.1. *Quando da transmissão da GFIP, a empresa informou ser OPTANTE pelo SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, o que, como poderá ser visto no presente relatório fiscal, o fez de maneira incorreta, tendo informado incorretamente o código CNAE - Classificação Nacional de Atividades Econômicas.*

3.2. *A BASE DE CÁLCULO das Contribuições Previdenciárias, são os valores da REMUNERAÇÃO informados em GFIP's transmitidas pela empresa, conforme ANEXO I a este REFISC.*

3.3. *Os valores relativos às RETENÇÕES de contribuição previdenciária destacados nas notas fiscais/faturas, bem como dos valores relativos à dedução SALÁRIO FAMÍLIA e SALÁRIO MATERNIDADE, foram considerados pela auditoria fiscal tal qual informados em GFIP pela empresa, ...*

3.3.1. *Do valor da contribuição dos segurados devida, a empresa JÁ procedeu à compensação dos valores em comento, não havendo, portanto, o que se falar em considerar tais valores no presente Termo de Lançamento, vez que a empresa já se CREDITOU de referidos valores.*

3.4. *Por expressa vedação das instruções aplicáveis à matéria, os valores de CPP - Contribuição Previdenciária Patronal contidos nos documentos de arrecadação do SIMPLES - DAS, não foram compensados neste Termo, de acordo com a IN - INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1300/2012 - art. 56, § 6º, a seguir transcrito:*

CLASSIFICAÇÃO DA ATIVIDADE NO SIMPLES

5.1. *Assim, tendo em vista que a atividade da TREVIZAN se enquadra perfeitamente no que prescreve o Art. 18, § 5º-C da Lei Complementar 123/2006, a contribuição patronal previdenciária deveria ter sido recolhida pela empresa, a tempo e hora, o que não foi observado.*

5.2. *Note-se, por outro lado, que o enquadramento da empresa junto ao SIMPLES NACIONAL, se dá pelo ANEXO IV e não pelo ANEXO III, como declarado pela empresa no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório - PGDAS-D, transmitido à RFB.*

5.3. *Outro fato importante é que a empresa destacou a RETENÇÃO de 11%, mesmo sendo optante pelo SIMPLES NACIONAL, o que denota que tenha aplicado o que prescreve o Art. 191, da IN - Instrução Normativa nº 971/2009:*

EXCLUSÃO DO SIMPLES

6. DA EXCLUSÃO DO SIMPLES, a partir da competência JANEIRO/2012 - Nos anos calendários de 2012 e 2013, a empresa DECLAROU, por intermédio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório - PGDAS-D, a sua RECEITA BRUTA DE SERVIÇOS em valores SIGNIFICATIVAMENTE INFERIORES aos que EFETIVAMENTE foram auferidos, informações essas extraídas dos Balancetes, bem como de planilha discriminativa das notas fiscais emitidas, apresentados pela empresa à Auditoria Fiscal quando dos esclarecimentos das intimações fiscais. A seguir será colacionado o Extrato do Simples, obtido por meio do PGDAS-D, para os anos calendários de 2012 e 2013.

6.1. Para melhor entendimento e uma perfeita visualização da prática da empresa, a seguir é apresentada uma planilha onde são comparados, de forma clara e objetiva, os valores declarados em PGDAS-D e os valores da EFETIVA RECEITA, extraídos da planilha apresentada pela empresa à auditoria fiscal. Observe-se que o valor da RECEITA declarado em PGDAS-D foi de apenas 27,90% em 2012 e 30,24% em 2013.

6.2 Assim sendo, claro está que a empresa agiu DELIBERADAMENTE, com a INTENÇÃO de ESCONDER do FISCO, de DIFICULTAR que o FISCO conhecesse o valor de sua EFETIVA RECEITA, com vistas a se beneficiar de pagamento a MENOR dos tributos devidos sobre a sua RECEITA.

6.4. A EXCLUSÃO do SIMPLES se deu por ADE - ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO nº 08, de 10/03/2017, expedido pela Delegacia da Receita Federal de Osasco, processo administrativo nº 13896.720.375/2017-51.

7. DA GFIP - Os valores considerados no presente termo de débito NÃO FORAM DECLARADOS em GFIP, razão pela qual os valores devidos à Previdência Social constantes em GFIP apresentadas pela Empresa, DEIXARAM de ser considerados no presente termo de débito.

9. Atente-se, por óbvio, que o fato da empresa haver declarado, ERRADAMENTE, de forma PROPOSITAL e INTENCIONAL, os valores de sua RECEITA, propiciou BURLAR o sistema da RECEITA FEDERAL (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório -PGDAS-D) que controla, inclusive, o valor a partir do qual a empresa estaria desenquadrada do SIMPLES NACIONAL.

10. Há que se ressaltar a intenção da empresa, também no que respeita às alíquotas aplicáveis à BASE DE CÁLCULO para a feitura do documento único de arrecadação do SIMPLES NACIONAL. As alíquotas são progressivas e, por conta de informação de valores substancialmente menores, a empresa se enquadrava em alíquotas menores. A seguir, será colacionado o ANEXO IV da Lei Complementar 123/2006, onde tem o detalhamento das alíquotas.

10.1. Tome-se, à guisa de exemplo, a competência 12/2012, cujo faturamento acumulado informado foi de R\$ 1.548.119,33, tendo como alíquota total correspondente 11,51%, ao passo que, considerando-se o faturamento REAL, já a partir da competência 08/2012, cujo faturamento acumulado foi de R\$ 3.754.723,99, a alíquota era de 16,85% (alíquota máxima da atividade).

10.2. Observe-se, por oportuno, que do detalhamento das alíquotas do ANEXO IV acima, da destinação dos impostos e/ou contribuições, NÃO consta a CPP - Contribuição Previdenciária Patronal, exatamente porque, para a atividade da empresa, ela é devida de acordo com o prescrito pelo art. 22 da Lei 8212/1991 (fora do documento único de arrecadação do SIMPLES).

MULTA QUALIFICADA

11. Por tudo o que retro foi descrito, CLARO está que a empresa agiu PROPOSITADAMENTE e de forma INTENCIONAL, com vistas a ESCONDER do

FISCO a sua REAL situação, a sua RECEITA EFETIVA, a sua ATIVIDADE DE FATO, senão vejamos:

11.1. Ao informar, PROPOSITADA e INTENCIONALMENTE, junto aos sistemas da RFB, valores substancialmente inferiores relativos à sua RECEITA, valores estes MUITO MENORES aos que de FATO foram faturados, tendo conseguido assim continuar, indevidamente, como OPTANTE pelo SIMPLES NACIONAL.

[...]

11.5. Ao informar, PROPOSITADA e INTENCIONALMENTE, de forma visivelmente ERRADA, quando dos esclarecimentos dos Termos de Intimações Fiscais, a atividade da empresa como sendo de SERVIÇOS DE MARKETING, código 3003, como consta das planilhas das notas fiscais/faturas emitidas, apresentadas em 18/07/2016, com Código de Identificação Geral do(s) Arquivo(s) nº b38dffa0-659a41e0-8f1da9f3-8ff2f29f, o que, como já discorrido, ABSOLUTAMENTE FALSO e INVERIDICO, vez que a atividade de FATO da empresa, em absoluto, nada tem a ver com essa atividade informada, o que denota, mais uma vez, E JÁ SOB AÇÃO FISCAL, a intenção, a proposição, o descaso da empresa com relação à REALIDADE FÁTICA, prestando-se, INTENCIONALMENTE, a CAMUFLAR, a TRAVESTIR, a ESCONDER a REALIDADE FISCAL, a intenção, a proposição, o descaso, da empresa com relação à REALIDADE FÁTICA, prestando-se, INTENCIONALMENTE, a CAMUFLAR, a TRAVESTIR, a ESCONDER, a REALIDADE FÁTICA.

[...]

12. DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA: Pelos fatos aqui relatados, bem como pelos documentos analisados, a Auditoria Fiscal concluiu que a Empresa agiu DELIBERADAMENTE de forma FRAUDULENTA, ao adotar a conduta descrita no item 11 e subitens, travestindo toda a empresa e a sua documentação de sorte a não pagar os impostos e as contribuições devidas. A empresa praticou ainda a SONEGAÇÃO de contribuição previdenciária, ao não declarar em GFIP os valores das contribuições previdenciárias devidas (Parte Patronal e Gilrat), relativas a este termo de débito. A Autuada e os seus sócios/titulares, à época dos fatos geradores de contribuição previdenciária, agiram em CONLUÍO, com objetivo claro de deixar de cumprir obrigações FAZENDÁRIAS e PREVIDENCIÁRIAS.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

Foi consignado pela Autoridade Fiscal o seguinte procedimento em face da sujeição passiva solidária

13. DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA: Os sócios/titulares da empresa, bem como os seus PROCURADORES, na época dos fatos geradores da contribuição previdenciária objeto do presente Auto de Infração, agiram de forma FRAUDULENTA, como já descrito anteriormente, escondendo a VERDADE DOS FATOS, agindo assim com CLARA INFRAÇÃO à Lei, consoante ficou plenamente demonstrado neste relatório fiscal. Todos os fatos e circunstâncias que levaram a esta conclusão já foram devida e pormenorizadamente relatados e demonstrados anteriormente, cuja repetição entendemos desnecessária.

13.1. SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS ADMINISTRADORES e/ou TITULARES - A seguir, a relação dos sócios/titulares arrolados como sujeitos passivos solidários:

ELIANA TREVIZAN ROCHA, brasileira, CPF - 155.623.828-22, RG 24.721.487-5, SSP/SP, com último endereço junto à RFB na Rua João Bettega, 644, Bloco 1, apto 201, Bairro Portão, Curitiba, Paraná, CEP - 81.070-000, na qualidade de SÓCIA ADMINISTRADORA, na época dos fatos geradores - DE 01/2012 A 26/07/2012, data

de registro da alteração de contrato social JUCESP nº 307.164-12-3, tendo se retirado da empresa nesta data.

VALTER APARECIDO GOMES, brasileiro, CPF - 087.635.378-26 RG - 19.308.763-SSP/SP, com endereço na Rua Alberto Costa, nº 412, Jardim Paulis II, Jundiaí, SP, CEP - 13.208-550, na qualidade de SÓCIO ADMINISTRADOR, de 01/2012 a 26/07/2012, data de registro da alteração de contrato social JUCESP nº 307.164-12-3, tendo se retirado da empresa nesta data. A partir de 23/09/2013 tornou-se TITULAR da empresa, conforme alteração de contrato social nº JUCESP 355.097/13-8.

[...]

13.2. SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA DOS PROCURADORES - A auditoria fiscal encaminhou ao 1º Tabelião de Notas e de Protesto de Letras e Títulos de Barueri, o OFÍCIO SEFIS/DRF/Barueri nº 003/2017, datado de 08/02/2017, com recebimento pessoal em 08/02/2017, solicitando que fossem informadas TODAS as procurações OUTORGADAS pela TREVIZAN. Em resposta, o Tabelião encaminhou as procurações, sobre as quais discorre-se a seguir:

13.2.1. I T E I, brasileira, CPF - 185.551.298-00, - 19.283.784-9, residente na Avenida Oiapoque, nº 65, Apto. 104, Bloco Norte, Alphaville, CEP 06.454-065. Na qualidade de PROCURADORA, a Sra. SILVANA TREVIZAN ADMINISTROU e empresa, com absolutos e amplos poderes de GERÊNCIA, como pode ser visto nas Certidões (4), anexas a este Termo.

Em 10/05/2011 foi outorgada procuração, consoante o que consta do livro 604, pag. 281 a 284, pelo prazo de dois anos;

Em 22/05/2013, no mesmo cartório, livro 703, pag. 217 a 220, foi lavrada nova procuração, tendo como OUTORGADOS a Sra. SIUVANA TREVIZAN e o Sr. VALTER APARECIDO GOMES. Note-se que o Sr. VALTER já fora sócio da empresa e a partir de 23/09/2013 tornou-se TITULAR (empresa EIRELI) da mesma;

E 26/11/2013, no mesmo cartório, livro 731, pag. 261 a 263, foi lavrada nova procuração, tendo como OUTORGADOS a Sra. SIUVANA TREVIZAN e o Sr. ISAQUE TREVIZAN PEREIRA. Note-se que o Sr. ISAQUE já fora TITULAR da empresa;

Em 11/08/2014, no mesmo cartório, livro 766, pag. 157 a 159, foi lavrada nova procuração, tendo como OUTORGADA a Sra. SIUVANA TREVIZAN.

Em que pese as procurações estarem com o prazo de vigência expirado, NENHUMA delas foi revogada ou cancelada, até a data da expedição das Certidões.

Isto posto, claro está que a Sra. SIUVANA TREVIZAN geriu a empresa, por todo o período da auditoria fiscal (01/2012 a 12/2013), por PROCURAÇÃO.

CIENTIFICAÇÃO

Houve aperfeiçoamento do presente lançamento mediante a cientificação de cada partícipe da Sujeição Passiva Solidária

(...)

IMPUGNAÇÃO

Houve a apresentação de Impugnação por cada um dos sujeitos passivos solidários com a juntada de documentos comprobatórios e alegação cujos pontos relevantes para apreciação do litígio são os seguintes:

PATROCÍNIO SERVIÇOS AUXILIARES DE ESCRITÓRIO EIRELI - EPP (FL. 170-177), 24/04/2017

III - O DIREITO

ATO UNILATERAL DE EXCLUSÃO DO SIMPLES

A Empresa se enquadrou no Regime Tributário do Simples, por direito estabelecido na Constituição Federal e na complementar acima descrita e com isso cumpriu o seu dever ao recolher seus impostos através do DAS, onde contempla além dos impostos incidentes sobre o faturamento os encargos previdenciários, não necessidade e nem obrigação de recolher em apartado o encargo patronal como determina a Lei para as Empresas em Regime tributário diferente do SIMPLES. Além do que a Empresa teve em suas faturas a retenção de 11%, nas conformidades da Lei n.º 8.212/91, Art. 31 e §§ 1º a 5º, na redação dada pela Lei n.º 9.711/98 Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Dec. n.º 3.048/99, com alterações do Dec. n.º 4.729/03, Art. 219, §§ 1º a 12.

Logo, examinando os documentos apresentados pela autuada, claro está que houve a retenção em suas notas fiscais de prestação de serviços, não cabendo, ainda que o enquadramento do SIMPLES não tenha sido realizado de acordo com o Anexo IV, conforme aduz o Sr. Agente Fiscal, a empresa recolheu em dois momentos os encargos sociais devidos e exigidos relativamente a parte patronal.

[...]

Do Desenquadramento realizado pelo do Ato Declaratório Executivo nº9.08 através do processo administrativo nº2.13896.720.375/2017-51. Não foi oferecido à impugnante o direito de defesa, sendo que a decisão foi unilateral não proporcionando a Empresa o direito de defesa pelo devido processo legal, o que implica em prejuízo enorme para o contribuinte sem poder se defender excluindo do simples e o que é pior sem um motivo plausível. O Erro no enquadramento do Anexo, não gerou nenhum prejuízo aos cofres públicos, pois a empresa realizou os recolhimentos dos impostos gerados em sua atividade. Quando muito, houve alguma diferença a ser recolhida através de notificação do fisco, mas essa notificação jamais foi recebida pela empresa. Não houve nenhum comunicado que antecederse a decisão unilateral por parte da Receita Federal.

Sendo assim resta impugnada a EXCLUSÃO DO SIMPLES realizada através do AD - 08 acima guerreado.

IV. - MÉRITO

CONDUTA ADMINISTRATIVA DOS DIRIGENTES SEM DOLO

No mérito, o Sr Agente Fiscal deduziu que a procuradora do sócio, ora impugnante, decidiu por esse ou aquele regime fiscal, lhe imputando a responsabilidade de haver enquadrado a empresa no regime tributário do simples preenchendo o ANEXO III, quanto segundo ele, o correto seria o ANEXO IV da Lei Complementar nº9.123/2006. Porém, essa presunção de responsabilidade se torna débil a partir do momento que na época dos fatos não restou provado que a procuradora tinha gerência sobre a área fiscal da empresa, logo é totalmente descabida essa imputação, sendo certo que o presente auto de infração deverá ser anulado de pleno direito, não havendo a menor possibilidade de subsistir sobre a ótica do direito tributário brasileiro, pois a prova de responsabilidade não pode e não deve ser presumida deverá ser comprovado sob todos os aspectos.

Ocorre que, nos termos do artigo 135, inciso III, do CTN, para que a cobrança do crédito tributário da pessoa jurídica seja redirecionada para a pessoa de seus

diretores, gerentes ou representantes legais, obrigatoriamente, há de serem observados seus pressupostos legais, quais sejam: que haja excesso de poder ou infração à lei, nos atos praticados.

Não pode o Sr. Agente Fiscal lavrar um auto de infração em termos de sujeição passiva em desfavor dos sócios sem a comprovação da sua atuação com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Essa arbitrariedade na lavratura do presente auto de infração acaba por mitigar o direito de defesa das referidas pessoas, como tem se manifestado o Superior Tribunal de Justiça em várias oportunidades.

[...]

Se assim não entender Vossa Senhoria, o que só se admite por amor ao debate, partimos para discutir a interpretação do Sr. Agente Fiscal, tratando o contribuinte como "criminoso", usando termos como "claro está que a empresa agiu DELIBERADAMENTE, com a INTENÇÃO de ESCONDER DO FISCO, DE DIFICULTAR QUE O FISCO conhecesse o valor de sua EFETIVA RECEITA".

Não bastando a forma como se refere a pessoa da PROCURADORA, ainda uso letras garrafais como se criando estivesse. Ou seja, uma forma nada educada e totalmente desnecessária, mostrando o total desprezo que o ESTADO tem para com o contribuinte, prejudgando-o e buscando condená-lo sem nem se quer ouvi-lo ou lhe oferecer o direito de defesa.

Até porque, no caso em tela, o contribuinte apresentou todos os documentos sem se negar em momento algum tivesse ele escondendo não teria apresentado os documentos como de fato apresentou. Erros sim foram cometidos e cabe ao Sr. Agente Fiscal apurá-los e autuar, se for o caso, na forma da Lei.

ATIVIDADE ADMINISTRATIVA REGULAR DA EMPRESA

No que diz respeito a APURAÇÃO DE DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DA EMPRESA, PARTE PATRONAL e para o financiamento do SAT/GILRAT, cuja base de cálculo é a folha de pagamento o Sr. Agente Fiscal se deslumbrou em desenquadrar a empresa do SIMPLES e logo foi apurando os impostos com base nas folhas de pagamento do período de janeiro/2012 à dezembro/2013, sendo certo que a empresa no período em tela estava devidamente enquadrada no regime tributário do SIMPLES e portando recolheu os impostos em referência através do DAS, conforme preceitua a Lei Complementar 123/2006.

Informou a Receita Federal suas apurações através da entrega e cumprimento das obrigações fiscais acessórias PGDAS, cumprindo com etapa importante junto ao órgão arrecadador.

Logo, resta impugnada a apuração de contribuição previdenciária realizada e autuada pelo Sr. Agente Fiscal.

DECADÊNCIA

Até porque há de se ressaltar que o período para a receita federal apurar e lançar o suposto crédito tributário referente ao exercício fiscal de 2012 está totalmente sobre o efeito da decadência, pois a decadência ocorre em 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte em que o crédito poderia ter sido lançado. Ou seja, a contar do dia 01/01/2013 até o dia 01/01/2017 decaiu o direito da Fazenda Pública Nacional Lançar o crédito tributário de janeiro a dezembro de 2012, supostamente apurado e lançado nos presentes autos de infração.

[...]

Não pode agora o Estado ressuscitar o período pretérito para imputar ao contribuinte qualquer punição ou exigir a exação, o que nos leva a conclusão de que o auto deverá ser totalmente anulado.

MULTA CONFISCATÓRIA

Ademais, após lançar no auto de infração o suposto crédito tributário o Sr. Agente Fiscal ainda estabelece uma multa de 150% (CENTO E CINQUENTA POR CENTO). Em que pese a multa estar prevista no parágrafo primeiro do artigo 44 da Lei 9.430/1996, tem o caráter confiscatório atingido o princípio do não confisco, ou seja o tributo não pode ser utilizado como confisco. A Constituição Federal não admite a utilização do tributo como CONFISCO, art. 150, IV da nossa carta magna. Logo, resta impugnada a aplicação da multa de 150% nos autos aqui guerreados.

[Cita jurisprudência]

APURAÇÃO SOBRE RECEITA DE SERVIÇOS INCLUÍDOS MATERIAIS

O Sr. Agente Fiscal, apurou uma suposta diferença de Receita de serviços lançada na nota fiscal, considerando o fornecimento de material (40%) da nota fiscal total, que gerou a retenção de 11% de Seguridade Social, como se cobrança de serviço fosse. Desconsiderando a informação da empresa que esclareceu que parte da Nota Fiscal era de fornecimento de material, como de fato era. Mas não adiantou os esclarecimentos o Sr. Agente Fiscal não se convenceu e autuou a empresa sobre o que ele interpretou como sendo fornecimento de mão de obra. Fica desde já impugnado.

PEDIDO

À vista de todo exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer que seja acolhida a presente impugnação para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o presente auto de infração e por consequência o débito fiscal reclamado e transferido arbitrariamente para a Requerente.

ELIANA TREVIZAN ROCHA (FL. 254-263), 24/04/2017, VALTER APARECIDO GOMES (FL. 266-275), 24/04/2017 E SIUVANA TREVIZAN JACC (FL 226-235), 24/04/2017

II-DOS FATOS

Ocorre que os fatos e atos apurados pelo Ilustre Agente Fiscal da Receita Federal, foram imputados à impugnante como sendo sujeito passivo solidário pelo simples fato daquela ser sócia à época dos fatos. Ou seja, conforme a procuração em anexo a impugnante administrou a empresa na forma da lei, portanto, não agiu com má fé como quer provar o Sr. Agente Fiscal.

Em que pese no período em que, supostamente, fatos narrados pelo Sr. Agente Fiscal a impugnante exercia a administração da Empresa PATROCÍNIO SERVIÇOS AUXILIARES DE ESCRITÓRIO EIRELI-EPP, CNPJ 13.007.258/0001-61 no que diz respeito a toda parte operacional e não militava na área fiscal, sempre em nome da empresa.

Por outro lado, mister se faz ressaltar o mérito do auto de infração guerreado, o qual, não pode prosperar face à ilegitimidade; da parte denominada e eleita Ilmo. Agente Fiscal, pois, embora a Impugnante tenha atuado como administradora da pessoa jurídica é elementar que não tem responsabilidade pelos atos e fatos e procedimentos fiscais adotados pela Empresa Autuada, pois se houve erro ou declaração de impostos no período por erro de enquadramento em regime tributário, a empresa deverá ser responsabilizada e não sua Sócia. Logo, o auto de infração deverá ser imputado a quem de direito, o Sr. Agente Fiscal deveria emitir o auto somente em face da empresa,

ou seja, O Sr. Agente Fiscal, a possibilidade de cobrar a Empresa, imputa a responsabilidade diretamente à sua Sócia, como se solidária ela fosse.

Sob a ótica legal deve-se imputar a responsabilidade tributária à pessoa jurídica (sujeito passivo) devidamente identificada no processo de levantamento fiscal e caso essa não assuma seu dever fiscal e tributário a responsabilidade solidária caberá aos seus sócios e não a seus procuradores e ou funcionários, como quer fazer o Sr. Agente Fiscal.

[...]

Não pode a fiscalização lançar simultaneamente para a pessoa jurídica, seus sócios e administradores a imputação de suas responsabilidade tributária, sem esgotar a esfera tradicional e de direito o Código Civil Brasileiro e o CTN.

III - O DIREITO

O fundamento é de que é inaplicável a responsabilização tributária de terceira pessoa, com fundamento no artigo 128 do CTN, se não ficou demonstrada a sua vinculação com o fato gerador da obrigação tributária.

Além disso, não se aplica o artigo 135, inciso III, do CTN se não for claramente comprovado pelo Fisco que a obrigação tributária é resultante de atos praticados pelos sócios com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Analizando o Auto de Infração guerreado, tivemos de analisar a referida questão e entendemos por afastar a responsabilidade tributária aos sócios-administradores, nos seguintes termos:

No que tange à imputação de responsabilidade solidária aos administradores, cumpre reconhecer que não existe na legislação tributária hipótese de atribuição direta d responsabilidade sócios administradores das pessoas jurídicas. Nos termos da legislação em vigor, tanto nos casos do art. 124, como dos arts. 135 e 137, todos do CTN, há necessidade de comprovação de fato jurídico tributário, distinto da ocorrência do fato gerador, capaz de permitir a inclusão dos sócios-administradores no pólo passivo da relação jurídica tributária.

Dessa forma, deveria a fiscalização ter constituído o fato jurídico tributário relativo ao interesse comum entre a pessoa jurídica e seus sócios-administradores, ou ter indicado a previsão legal específica em que os administradores, simplesmente pelo fato de serem administradores, poderiam responder pelo crédito tributário devido pela pessoa jurídica.

[Cita jurisprudência administrativa]

É importante deixar claro que a Fiscalização não pode fundamentar a suposta responsabilidade do administrador indistintamente no artigo 124 ou no artigo 135, ambos do CTN, eis que tais dispositivos partem de pressupostos totalmente diferentes. Realmente, o primeiro versa sobre a sujeição passiva simultânea e o segundo sobre a transferência da responsabilidade do contribuinte para terceiro.

IV - PRELIMINAR

A pretensão de aplicação simultânea de ambos os dispositivos, sem qualquer comprovação do atendimento dos requisitos exigidos para um ou outro, já demonstra, por si só, o constante equívoco que tem ocorrido com as lavraturas de certos termos de sujeição passiva.

[Cita jurisprudência judicial e Súmula do STJ]

V - MÉRITO

Foram aduzidos os seguintes tópicos de alegação que tem o mesmo conteúdo e pedido conforme impugnação da empresa como anteriormente relatada:

CONDUTA ADMINISTRATIVA DOS DIRIGENTES SEM DOLO

ATIVIDADE ADMINISTRATIVA REGULAR DA EMPRESA

DECADÊNCIA

MULTA CONFISCATÓRIA

APURAÇÃO SOBRE RECEITA DE SERVIÇOS INCLUÍDOS MATERIAIS

O Colegiado de 1ª instância manteve a atuação, em Acórdão proferido com a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2012 a 31/12/2013

APRECIACÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE.

Não cabe a esta instância julgadora apreciar argumentos de inconstitucionalidade e ilegalidade de norma por ser matéria reservada ao Poder Judiciário.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS.

É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais contrárias à orientação estabelecida para a administração direta e autárquica em atos de caráter normativo ordinário.

DECADÊNCIA. PRAZO APLICÁVEL ÀS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

A Sumula Vinculante nº 8, do Supremo Tribunal Federal, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, cujo instituto da decadência quanto às contribuições previdenciárias passou a ser regido pelo Código Tributário Nacional.

Para fins de cômputo do prazo de decadência, todas as vezes que comprovadas as hipóteses de dolo, fraude e simulação deve-se aplicar o modelo do inciso I, do art. 173, do CTN.

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. AMPLIAÇÃO.

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.

A definição do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos, bem como, dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

EXCLUSÃO. EFEITOS.

A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas que, no caso das contribuições sociais, seguem as mesmas regras das demais empresas, devendo recolhê-las como tal, inexistindo previsão legal de atribuição de efeito suspensivo a recurso contra o ato de exclusão.

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento dos créditos tributários devidos em face da exclusão.

É vedada a compensação de contribuições previdenciárias com o valor recolhido indevidamente para o Simples Nacional.

MULTA QUALIFICADA.

É cabível a aplicação da multa qualificada devido comprovação de ação dolosa 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; e das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

ACRÉSCIMOS LEGAIS.

Os acréscimos legais devidos por força de lei, tem aplicação obrigatória com base no princípio da presunção de legalidade e constitucionalidade das leis e da vinculação do ato administrativo do lançamento.

VALIDADE DO LANÇAMENTO.

O Auto de Infração é válido e eficaz visto que foi lavrado com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificado da decisão de 1ª Instância, aos 21/08/2017 (fls. 336), o contribuinte apresentou o presente recurso voluntário em 06/09/2017 (fls. 342 e 377 e ss), insurgindo-se contra o R Acórdão ao fundamento de não ter ocorrido a conduta infratora.

Salienta que à época dos fatos era optante do Simples, pelo Anexo III, e que recolhera devidamente os impostos, conforme a legislação vigente.

Ressalta que durante o procedimento fiscalizatório foi excluído do Simples Nacional retroativamente, motivo pelo qual foi autuado.

Assinala que não fora instado a apresentar defesa no processo de exclusão do Simples nº 13896.720375/2017-51.

Pede a declaração de nulidade do Acórdão, ou a anulação do auto de infração, ao enfoque de que, mesmo que se entenda errado o enquadramento do Simples, houve recolhimento previdenciário no período.

Pede a anulação da autuação, ao fundamento de que a Autoridade Fiscal partiu da equivocada premissa de que o enquadramento errado no regime tributário simplificado teria decorrido de responsabilidade de procuradora, que não detinha poderes gerenciais fiscais. Ressalta a ausência de provas do excesso de poder ou infração à lei, na forma do inciso III, do art. 135, do CTN.

Insurge-se contra a multa qualificada imposta, ao enfoque de ser confiscatória.

Pede a declaração da decadência.

Busca o cancelamento da autuação.

Juntou documentos.

ELIANA TREVIZAN ROCHA cientificada da decisão de 1ª Instância apresentou o presente recurso voluntário em 06/09/2017 (fls. 342 e 344 e ss), insurgindo-se contra o R Acórdão ao fundamento de não estarem descritos os atos que permitem a sua responsabilização tributária, na forma do art. 135, do CTN.

Assinala que na época dos fatos era sócia por conveniência, e que não administrava a empresa.

Ressalta que a inexistência de dolo na conduta e insurge-se contra a qualificadora da multa aplicada, que afirma confiscatória.

Pede a declaração da decadência.

Busca o cancelamento da autuação.

Juntou documentos.

VALTER APARECIDO GOMES cientificado da decisão de 1ª Instância aos 04/09/2017 (fls. 340) apresentou o presente recurso voluntário em 06/09/2017 (fls. 342 e 360 e ss), insurgindo-se contra o R Acórdão ao fundamento de não estarem descritos os atos que permitem a sua responsabilização tributária, na forma do art. 135, do CTN.

Assinala que a Autoridade Fiscal não observou o período de gerência para apontar a responsabilização tributária

Ressalta que a inexistência de dolo na conduta e insurge-se contra a qualificadora da multa aplicada que afirma confiscatória.

Pede a declaração da decadência.

Busca o cancelamento da autuação.

Juntou documentos.

ISAUQUE TREVISAN cientificado da decisão de 1ª Instância apresentou o presente recurso voluntário em 06/09/2017 (fls. 342 e 394 e ss), insurgindo-se contra o R Acórdão ao fundamento de não estarem descritos os atos que permitem a sua responsabilização tributária, na forma do art. 135, do CTN.

Assinala que a Autoridade Fiscal não observou o período de gerência para apontar a responsabilização tributária

Ressalta que a inexistência de dolo na conduta e insurge-se contra a qualificadora da multa aplicada que afirma confiscatória.

Pede a declaração da decadência.

Busca o cancelamento da autuação.

Juntou documentos.

SIUVANA TREVISAN cientificada da decisão de 1ª Instância em 08/08/2017 (fls. 464) apresentou o presente recurso voluntário em 06/09/2017 (fls. 342 e 410 e ss),

insurgindo-se contra o R Acórdão ao fundamento de não estarem descritos os atos que permitem a sua responsabilização tributária, na forma do art. 135, do CTN.

Assinala que a Autoridade Fiscal não observou o período de gerência para apontar a responsabilização tributária

Ressalta que a inexistência de dolo na conduta e insurge-se contra a qualificadora da multa aplicada que afirma confiscatória.

Pede a declaração da decadência.

Busca o cancelamento da autuação.

Juntou documentos.

Esse, em síntese, o relatório

Voto

Conselheira Sonia de Queiroz Accioly, Relatora.

Sendo tempestivo, conheço parcialmente do recurso e passo ao seu exame.

Cumprе ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, sendo vedado ainda ao órgão julgador administrativo negar a vigência a normas jurídicas por motivo de alegada ilegalidade de lei, salvo nos casos previstos no art. 103-A da CF/88 e no art. 62 do Regimento Interno do CARF ,consoante Súmula CARF nº 2:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Isso porque o controle de legalidade efetivado pelo CARF, dentro da devolutividade que lhe compete frente à decisão de primeira instância, analisa a conformidade do ato da administração tributária em consonância com a legislação vigente.

Também ressaltar-se que este Colegiado falece de competência para se pronunciar sobre a alegação de ilegalidade de ato normativo vigente, uma vez que sua competência resta adstrita a verificar se o fisco utilizou os instrumentos legais de que dispunha para efetuar o lançamento.

Nesse sentido, art. 62, do Regimento Interno do CARF, e o art. 26-A, do Decreto 70.235/72. Isso porque o controle efetivado pelo CARF, dentro da devolutividade que lhe compete frente à decisão de primeira instância, analisa a conformidade do ato da administração tributária em consonância com a legislação vigente. Nesse sentido, compete ao Julgador Administrativo apenas verificar se o ato administrativo de lançamento atendeu aos requisitos de validade e observou corretamente os elementos da competência, finalidade, forma e fundamentos

de fato e de direito que lhe dão suporte, não havendo permissão para declarar ilegalidade ou inconstitucionalidade de atos normativos.

Assim, não cabe conhecer da insurgência de inconstitucionalidade da multa aplicada por confiscatória.

Também não se pode conhecer da alegação do Recorrente de que não fora instado a apresentar defesa no processo de exclusão do Simples nº 13896.720375/2017-51, em razão do fato de ser a matéria estranha a presente lide administrativa, na medida em que diz respeito a processo diverso do presente.

Por fim, não se pode conhecer do recurso apresentado por Isaque Trevisan, na medida em que ele não fora responsabilizado solidariamente na autuação.

Também não se conhece da alegação de ausência de provas do excesso de poder ou infração à lei, na forma do inciso III, do art. 135, do CTN, conferida ao solidários, em razão da aplicação da Súmula CARF nº 172.

Súmula CARF nº 172

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

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).

Das Nulidades

Antes de examinar as teses trazidas pela defesa, impõe-se destacar o artigo 142 do Código Tributário Nacional e os artigos 10 e 11 do Decreto 70.235/72, que estabelecem os requisitos de validade do lançamento, além daqueles previstos para os atos administrativos em geral:

Código Tributário Nacional

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Decreto 70.235/72

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Parágrafo único. Prescinde de assinatura a notificação de lançamento emitida por processo eletrônico.

Também importa ressaltar os casos que acarretam a nulidade do lançamento, previstos no art. 59, do Decreto nº 70.235/72, que regula o Processo Administrativo Fiscal:

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.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.(...)

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.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Da leitura dos dispositivos legais transcritos, depreende-se que ensejam a nulidade do lançamento **os atos e termos lavrados por pessoa incompetente** e os **despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente** ou **com preterição do direito de defesa**.

Analisando o tema nulidades, a Professora Ada Pellegrini Grinover (As Nulidades do Processo Penal, 6º ed., RT, São Paulo, 1997, pp.26/27) afirma que o “*princípio do prejuízo constitui, seguramente, a viga mestra do sistema de nulidades e decorre da idéia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para correta aplicação do direito*”.

Da Nulidade do Lançamento - Dos princípios constitucionais.

É de se observar que o procedimento fiscal é uma fase oficiosa em que a fiscalização atua com poderes amplos de investigação, tendo liberdade para interpretar os elementos de que dispõe para efetuar o lançamento. Nessa fase, o Fisco submete-se à regra geral do ônus da prova prevista no Processo Civil – que serve como fonte subsidiária ao processo administrativo fiscal. Como, ainda, não há processo instaurado, mas tão-somente procedimento, não cabe falar em direito de defesa.

Antes da impugnação não há litúgio, não há contraditório e o procedimento é levado a efeito, de ofício, pelo Fisco., de forma a restarem afastadas de plano as alegações de **ofensa ao contraditório e ampla defesa**.

O ato do lançamento é privativo da autoridade, e não uma atividade compartilhada com o sujeito passivo (CTN, art.142).

Nesse sentido, a Autoridade Fiscal pode valer-se de algumas peças processuais, e sobrepor-las, sem que com isso advenha qualquer irregularidade ou nulidade ao feito.

Nesse sentido, a Súmula CARF nº 46:

Súmula CARF nº 46

O lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Das nulidades alegadas

É de se ressaltar que o direito de ampla defesa foi devidamente garantido ao Recorrente com abertura de prazo para apresentação de defesa ao lançamento, e recurso da decisão colegiada.

Desta forma, uma vez que todos os atos que ampararam a ação fiscal ocorreram em conformidade com as disposições normativas da Secretaria da Receita Federal do Brasil, e tendo a ação fiscal sido conduzida por servidor competente, em obediência aos requisitos do Decreto nº 70.235/1972, e **inexistindo prejuízo à defesa**, não se há de falar em nulidade do auto de infração ou do Acórdão recorrido.

Por fim, ressalta-se que as afirmações de nulidade, como as alegadas premissas equivocadas, dizem respeito, em verdade, a questões meritórias, que serão examinadas em tópico seguinte.

Do mérito

Segundo o Relato Fiscal (fls. 14 e ss):

Trata-se de débito lançado contra o sujeito passivo acima identificado, relativo às contribuições previdenciárias da empresa, parte patronal e para o financiamento do SAT/GILRAT, destinadas à seguridade social. A base de cálculo das contribuições é o valor da remuneração dos empregados, já informada em GFIP pela empresa.

3.1 Quando da transmissão da GFIP, a empresa informou ser optante pelo Simples-Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, o que, como poderá ser visto no presente relatório fiscal, o fez de maneira incorreta, tendo informado incorretamente o código CNAE – Classificação Nacional de Atividades Econômicas.

(...)

3.3 Os valores relativos às RETENÇÕES de contribuição previdenciária destacados nas notas fiscais/faturas, bem como dos valores relativos à dedução Salário família e salário maternidade foram considerados pela auditoria fiscal tal qual informados em GFIP pela empresa, ou seja

3.3.1 Do valor da contribuição dos segurados devida, a empresa já procedeu à compensação dos valores em comento, não havendo, portanto, o que se falar em considerar tais valores no presente Termo de Lançamento, uma vez que a empresa já se creditou de referidos valores.

3.4 . Por expressa vedação das instruções aplicáveis à matéria, os valores de CPP – Contribuição Previdenciária Patronal contidos nos documentos de arrecadação do Simples – DAS, não foram compensados neste Termo, de acordo com a IN – Instrução Normativa nº 1300/2012 - art. 56, § 6º, a seguir transcrito:

(...)

4. DA ATIVIDADE DA TREVIZAN – Consta do contrato de constituição da empresa, datado de 09/11/2010 e da alteração de Contrato Social de 10/06/2014, que a sua atividade é de prestação de serviços em geral de jardinagem, portaria, manutenção de limpeza e locação de equipamentos.

4.1. No CNPJ, o CNAE da empresa é o 8111-7/00 – serviços combinados para apoio a edifícios, exceto condomínios prediais

4.2. NA GFIP, a atividade informada é também 8111-7/00

4.3 O código CNAE expresso no CNPJ e nas GFIP's refere-se a atividade diferente da constante no Contrato Social, bem como do que consta das Notas Fiscais/Faturas de prestação de serviços.

4.3.1. O código CNAE correto seria o 8011-1/01 – atividades de vigilância e segurança privada e/ou 8121-4/00 – limpeza em prédios e em domicílios.

4.4. Nas faturas de prestação de serviços, o histórico básico utilizado pela empresa é de fornecimento de mão de obra, referente XXXXXX quinzena de MM/AAAA.

(...)

5 Da Classificação da Atividade no Simples - A Lei Complementar nº 123/2006, de 14/12/2006 prevê em seu art. 18, §5ºC:

“Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar, sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º. (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016) Produção de efeito

§ 5º-C Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços seguintes serão tributadas na forma do Anexo IV desta Lei Complementar, hipótese em que não estará incluída no Simples Nacional a

contribuição prevista no inciso VI do caput do art. 13 desta Lei Complementar, devendo ela ser recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes ou responsáveis:

VI - serviço de vigilância, limpeza ou conservação.

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

§ 1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades referidas nos §§ 5o-B a 5o-E do art. 18 desta Lei Complementar, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo.

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar;" destaquei

Lei 8212/1991:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 1998).

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999).

5.1. Assim, tendo em vista que a atividade da Trevizan se enquadra perfeitamente no que prescreve o art. 18, §5º-C, da Lei Complementar 123/2006, a contribuição patronal previdenciária deveria ter sido recolhida pela empresa, a tempo e hora, o que não foi observado.

5.2. Note-se, por outro lado, que o enquadramento da empresa junto ao Simples Nacional se dá pelo Anexo IV e não pelo Anexo III, como declarado pela empresa no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório – PGDAS-D, transmitido à RFB.

5.3 Outro fato importante é que a empresa destacou a retenção de 11%, mesmo sendo optante pelo Simples Nacional, o que denota que tenha aplicado o que prescreve o art. 191 da IN – Instrução Normativa nº 971/2009:

“Art. 191. As ME e EPP optantes pelo Simples Nacional que prestarem serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada não estão sujeitas à retenção referida no art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, sobre o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços emitidos, excetuada:

II - a ME ou a EPP tributada na forma do Anexo IV da Lei Complementar nº 123, de 2006, para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2009.”

(...)

6.1. Para melhor entendimento e uma perfeita visualização da prática da empresa, a seguir é apresentada uma planilha onde são comparados, de forma clara e objetiva, os valores declarados em PGDAS-D e os valores da efetiva receita, extraídos da planilha apresentada pela empresa à auditoria fiscal. Observe-se que o valor da receita declarado em PGDAS-D foi de apenas 27,90% em 2012 e 30,24% em 2013.

COMPARATIVO RECEITA X PGDAS - D				
MÊS	RECEITA		PGDAS	
	MENSAL	ACUMULADA	MENSAL	ACUMULADA
01/2012	527.504,69	527.504,69	95.504,69	95.504,69
02/2012	468.050,05	995.554,74	88.050,05	183.554,74
03/2012	439.686,73	1.435.241,47	99.686,73	283.241,47
04/2012	453.307,63	1.888.549,10	100.307,63	383.549,10
05/2012	451.905,33	2.340.454,43	101.905,33	485.454,43
06/2012	461.637,64	2.802.092,07	101.637,63	587.092,06
07/2012	495.842,48	3.297.934,55	101.842,48	688.934,54
08/2012	456.789,44	3.754.723,99	106.789,44	795.723,98
09/2012	455.074,19	4.209.798,18	105.074,19	900.798,17
10/2012	454.816,79	4.664.614,97	104.816,79	1.005.614,96
11/2012	447.895,90	5.112.510,87	107.895,90	1.113.510,86
12/2012	434.608,47	5.547.119,34	434.608,47	1.548.119,33
SOMA	5.547.119,34		1.548.119,33	
01/2013	116.160,99	116.160,99	70.160,99	70.160,99
02/2013	223.587,92	339.748,91	80.587,92	150.748,91
03/2013	585.953,05	925.701,96	80.595,30	231.344,21
04/2013	265.870,15	1.191.572,11	105.870,15	337.214,36
05/2013	244.754,37	1.436.326,48	104.757,37	441.971,73
06/2013	243.461,04	1.679.787,52	102.461,04	544.432,77
07/2013	259.427,60	1.939.215,12	100.427,60	644.860,37
08/2013	261.436,90	2.200.652,02	101.436,90	746.297,27
09/2013	261.799,38	2.462.451,40	61.799,38	808.096,65
10/2013	262.585,38	2.725.036,78	62.585,38	870.682,03
11/2013	252.219,69	2.977.256,47	52.223,69	922.905,72
12/2013	254.693,59	3.231.950,06	54.693,59	977.599,31
SOMA	3.231.950,06		977.599,31	

6.2. Assim sendo, claro está que a empresa agiu deliberadamente, com a intenção de esconder do Fisco, de dificultar que o Fisco conhecesse o valor da sua efetiva receita, com vistas a se beneficiar de pagamento a menor de tributos devidos sobre a sua receita.

(...)

6.4. A exclusão do simples se deu por ADE- Ato Declaratório Executivo nº 08, de 10/03/2017, expedido pela Delegacia da Receita Federal de Osasco, processo administrativo nº 13896.720375/2017-51

7 . Da GFIP – Os valores considerados no presente termo de débito não foram declarados em GFIP, razão pela qual os valores devidos à Previdência Social constantes em GFIP apresentadas pela empresa, deixaram de ser considerados no presente termo de débito.

(...)

11.3 Ao informar, PROPOSITADA e INTENCIONALMENTE, a sua atividade no PGDAS-D (atividade incorreta) ,burlou os controles da RFB, visto que a atividade informada é enquadrada no Anexo III, quando a atividade de fato é enquadrada no Anexo IV, da LC 123/2006;

Em exame de mérito, o Colegiado de 1ª Instância (fls. 287 e ss) considerou que:

No âmbito do sistema de pagamento de imposto simplificado (SIMPLES), a Lei Complementar nº 123, DOU de 15/12/2006, dispôs sobre as hipóteses de exclusão.

Verificada a hipótese de vedação, resulta na exclusão do Simples mediante procedimento previsto na referida Lei Complementar:

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

[...]

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

No caso em exame a empresa foi excluída do SIMPLES – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, em 14/09/2015 mediante o ADE - ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO nº 08, de 10/03/2017, expedido pela Delegacia da Receita Federal de Osasco, processo administrativo nº 13896.720.375/2017-51 (fl. 133), cujo excerto da parte dispositiva tem o seguinte conteúdo:

Art. 1º - Fica a pessoa jurídica, a seguir identificada, excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional – a partir de 01/01/2012 pela ocorrência da situação excludente abaixo indicada.

Situação excludente: Prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123/2006;

Art. 2º - A exclusão do Simples Nacional produzirá efeitos somente a partir de 01/01/2012, permanecendo válida a opção do contribuinte pelo Simples Nacional em períodos anteriores a esta data.

Dessa forma, os efeitos da exclusão considerados pela autoridade lançadora estão de acordo com a disposição da referida Lei Complementar:

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Assim, confirma-se que o lançamento fiscal foi legítimo e correto e deve ser mantido integralmente quanto a este tópico.

(...)

O ponto controvertido deste item refere-se a sistemática de aproveitamento dos créditos previdenciários relativos a recolhimentos para o SIMPLES NACIONAL, cuja análise deve iniciar pelo instituto da compensação que é disciplinada pela IN RFB nº 900, DOU de 31/12/2008, no seguinte teor:

(...)

Numa interpretação sistemática do referido comando normativo, pode-se concluir que o recolhimento para o Sistema do SIMPLES NACIONAL, mediante GPS, não podem ser compensados com a contribuição social previdenciária cujo eventual valor recolhido deve ser objeto de pedido de restituição conforme procedimento próprio.

Dessa forma, verifica-se que o procedimento previsto no ordenamento jurídico que coincide com a situação considerada pela autoridade lançadora cujos efeitos estão de acordo com a disposição da já referida Lei Complementar

(...)

Assim, o presente lançamento foi efetuado a partir de informações extraídas dos documentos apresentados pelo próprio sujeito passivo, e a impugnação somente corrobora e reforça a correção do procedimento da Auditoria Fiscal, que implica no Auto de Infração em apreço ser consectâneo com os dispositivos legais retro-elencados e o Relatório Fiscal e os demais relatórios integrantes que descrevem devidamente os fatos geradores do lançamento, bem como informam as competências, as contribuições devidas por rubrica, a fundamentação legal correspondente e demais elementos necessários para a validade do ato administrativo.

O Recorrente não traz elementos a desconstituir a infração tributária descrita pela Autoridade Fiscal. Ao contrário, apenas alega a inexistência de infração tributária, na medida que recolhera os tributos.

De fato, a Auditoria Fiscal constatou documentalmente (contratos de fls. 53 e ss) que o Recorrente prestava serviços de limpeza e conservação predial, portaria e controle de acesso, separação e manuseio de produtos.

O contrato social do Recorrente (fls. 102 e ss) determina por objeto social a prestação de serviços de jardinagem, portaria, manutenção de limpeza e locação de equipamentos.

Entretanto, segundo a Autoridade Autuante, no CNPJ e GFIP, o Recorrente declarou o CNAE da empresa como sendo o 8111-7/00 – serviços combinados para apoio a edifícios.

A respeito desta afirmação, o Recorrente nada aponta. Apenas alega que o enquadramento equivocado no Simples não poderia ensejar a autuação.

Equivoca-se o Recorrente.

É incontroverso que o Recorrente fora excluído do simples de forma retroativa, por regular ADE - ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO nº 08, de 10/03/2017, expedido pela Delegacia da Receita Federal de Osasco - processo administrativo nº 13896.720.375/2017-51 (fl. 131 e ss), cujo excerto da parte dispositiva tem o seguinte conteúdo:

Art. 1º - Fica a pessoa jurídica, a seguir identificada, excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional – a partir de 01/01/2012 pela ocorrência da situação excludente abaixo indicada.

Situação excludente: Prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123/2006;

Art. 2º - A exclusão do Simples Nacional produzirá efeitos somente a partir de 01/01/2012, permanecendo válida a opção do contribuinte pelo Simples Nacional em períodos anteriores a esta data.

O ato de exclusão impôs a autuação do Recorrente pelo não recolhimento das contribuições sociais, parte patronal e para o financiamento do SAT/GILRAT.

A Autoridade Autuante esclarece que as retenções destacadas nas notas fiscais/faturas, bem como a dedução de salário família e maternidade, informados em GFIP, foram devidamente considerados no lançamento.

Em razão da atividade do Recorrente, competiria a ele o recolhimento das contribuições sociais patronais consoante legislação específica, mesmo que inserido no Simples, conforme determinam os art. 13, 17 e 18, § 5º-C, todos da Lei Complementar 123/2006.

Não obstante, em razão do erro na adesão ao Simples, o Recorrente recolheu em sistemática diversa, considerado Anexo III, donde se insere a CPP.

Sendo assim, e considerando a Súmula CARF nº 76, abaixo reproduzida, resta dar provimento parcial ao Recorrente, a fim de que sejam excluídas das bases de cálculo os recolhimentos da mesma natureza efetuados na sistemática do Simples, Anexo III, aplicável à época dos fatos.

Súmula CARF nº 76

Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 10/12/2012

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).

Da responsabilidade tributária solidária

A fiscalização identificou a responsabilidade solidária de **ELIANA TREVIZAN ROCHA, VALTER APARECIDO GOMES, e SIUVANA TREVIZAN**, com suporte no art. 135, III do CTN, em razão do cometimento de ato deliberado que caracterizaria infração de lei, qual seja: de enquadrar o Recorrente no Anexo III, da LC 123/06 na inserção no Simples, com o objetivo de reduzir o montante tributário devido, ou seja, de sonegar tributos.

Segundo o Relato Fiscal:

11.1. Ao informar, PROPOSITADA e INTENCIONALMENTE, junto aos sistemas da RFB, valores substancialmente inferiores relativos à sua RECEITA, valores estes MUITO MENORES aos que de FATO foram faturados, tendo conseguido assim continuar, indevidamente, como OPTANTE pelo SIMPLES NACIONAL.

[...]

11.5. Ao informar, PROPOSITADA e INTENCIONALMENTE, de forma visivelmente ERRADA, quando dos esclarecimentos dos Termos de Intimações Fiscais, a atividade da empresa como sendo de SERVIÇOS DE MARKETING, código 3003, como consta das planilhas das notas fiscais/faturas emitidas, apresentadas em 18/07/2016, com Código de Identificação Geral do(s) Arquivo(s) nº b38dffa0-659a41e0-8f1da9f3-8ff2f29f, o que, como já discorrido, ABSOLUTAMENTE FALSO e INVERIDICO, vez que a atividade de FATO da empresa, em absoluto, nada tem a ver com essa atividade informada, o que denota, mais uma vez, E JÁ SOB AÇÃO FISCAL, a intenção, a proposição, o descaso da empresa com relação à REALIDADE FÁTICA, prestando-se, INTENCIONALMENTE, a CAMUFLAR, a TRAVESTIR, a ESCONDER a REALIDADE FISCAL, a intenção, a proposição, o descaso, da empresa com relação à REALIDADE FÁTICA, prestando-se, INTENCIONALMENTE, a CAMUFLAR, a TRAVESTIR, a ESCONDER, a REALIDADE FÁTICA.

(...)

13. DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA: Os sócios/titulares da empresa, bem como os seus PROCURADORES, na época dos fatos geradores da contribuição previdenciária objeto do presente Auto de Infração, agiram de forma FRAUDULENTA, como já descrito anteriormente, escondendo a VERDADE DOS FATOS, agindo assim com CLARA INFRAÇÃO à Lei, consoante ficou plenamente demonstrado neste relatório fiscal. Todos os fatos e circunstâncias que levaram a esta conclusão já foram devida e pormenorizadamente relatados e demonstrados anteriormente, cuja repetição entendemos desnecessária.

13.1. SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS ADMINISTRADORES e/ou TITULARES - A seguir, a relação dos sócios/titulares arrolados como sujeitos passivos solidários:

ELIANA TREVIZAN ROCHA, brasileira, CPF - 155.623.828-22, RG 24.721.487-5, SSP/SP, com último endereço junto à RFB na Rua João Betttega, 644, Bloco 1, apto 201, Bairro Portão, Curitiba, Paraná, CEP - 81.070-000, na qualidade de SÓCIA ADMINISTRADORA, na época dos fatos geradores - DE 01/2012 A 26/07/2012, data de registro da alteração de contrato social JUCESP nº 307.164-12-3, tendo se retirado da empresa nesta data.

VALTER APARECIDO GOMES, brasileiro, CPF - 087.635.378-26 RG - 19.308.763-SSP/SP, com endereço na Rua Alberto Costa, nº 412, Jardim Paulis II, Jundiaí, SP, CEP - 13.208-550, na qualidade de SÓCIO ADMINISTRADOR, de 01/2012 a 26/07/2012, data de registro da alteração de contrato social JUCESP nº 307.164-12-3, tendo se retirado da empresa nesta data. A partir de 23/09/2013 tornou se TITULAR da empresa, conforme alteração de contrato social nº JUCESP 355.097/13-8.

[...]

13.2. SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA DOS PROCURADORES - A auditoria fiscal encaminhou ao 1º Tabelião de Notas e de Protesto de Letras e Títulos de Barueri, o OFÍCIO SEFIS/DRF/Barueri nº 003/2017, datado de 08/02/2017, com recebimento pessoal em 08/02/2017, solicitando que fossem informadas TODAS as procurações

OUTORGADAS pela TREVIZAN. Em resposta, o Tabelião encaminhou as procurações, sobre as quais discorre-se a seguir:

13.2.1. I T E I, brasileira, CPF - 185.551.298-00, - 19.283.784-9, residente na Avenida Oiapoque, nº 65, Apto. 104, Bloco Norte, Alphaville, CEP 06.454-065. Na qualidade de PROCURADORA, a Sra. SILVANA TREVIZAN ADMINISTROU e empresa, com absolutos e amplos poderes de GERÊNCIA, como pode ser visto nas Certidões (4), anexas a este Termo.

Em 10/05/2011 foi outorgada procuração, consoante o que consta do livro 604, pag. 281 a 284, pelo prazo de dois anos;

Em 22/05/2013, no mesmo cartório, livro 703, pag. 217 a 220, foi lavrada nova procuração, tendo como OUTORGADOS a Sra. SIUVANA TREVIZAN e o SR. VALTER APARECIDO GOMES. Note-se que o Sr. VALTER já fora sócio da empresa e a partir de 23/09/2013 tornou-se TITULAR (empresa EIRELI) da mesma;

E 26/11/2013, no es o cartório, livro 731, pag. 261 a 263, foi lavrada nova procuração, tendo como OUTORGADOS a Sra. SIUVANA TREVIZAN e o SR. ISAQUE TREVIZAN PEREIRA.

Note-se que o Sr. ISAQUE já fora TITULAR da empresa;

Em 11/08/2014, no mesmo cartório, livro 766, pag. 157 a 159, foi lavrada nova procuração, tendo como OUTORGADA a Sra. SIUVANA TREVIZAN.

Em que pese as procurações estarem com o prazo de vigência expirado, NENHUMA delas foi revogada ou cancelada, até a data da expedição das Certidões.

Isto posto, claro está que a Sra. SIUVANA TREVIZAN geriu a empresa, por todo o período da auditoria fiscal (01/2012 a 12/2013), por PROCURAÇÃO

Quanto aos responsáveis, o recurso voluntário deve ser provido.

Isso porque a autuação não descreve condutas individuais, trazendo apenas a responsabilidade em razão de os imputados responsáveis serem administradores ou procuradores do Recorrente.

A D. Autoridade Fiscal afirma que os responsabilizados sabiam e agiram deliberadamente para o enquadramento equivocado no sistema Simples de arrecadação.

Ora, o artigo 135, III, do CTN, responsabiliza pessoalmente os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de "atos praticados" com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Trata-se de responsabilidade tributária que ocorrerá se houver atuação do administrador ou procurador contrária ao contrato/estatuto ou à lei. Ou seja, para a configuração da responsabilidade tributária solidária, prevista no art. 135, III, do CTN, é imprescindível que o auto de infração descreva especificamente a conduta praticada em excesso de poder ou de infração de lei ou contrato social e **identifique o agente para cada ato infrator**, no que o auto de infração em questão foi falho.

Nesse sentido, o R. Acórdão da C. CSRF nº 9101-005.502, de 12/07/2021, com ementas abaixo reproduzidas:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. DIVERGÊNCIA DEMONSTRADA.

(…)

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135 DO CTN. PODERES DE GESTÃO/ADMINISTRAÇÃO.

I - O art. 135 do CTN, ao dispor no caput, sobre os atos praticados, diz respeito aos atos de gestão para o adequado funcionamento da sociedade, exercidos por aquele que tem poderes de administração sobre a pessoa jurídica. A plena subsunção à norma que trata da sujeição passiva indireta demanda constatar se as obrigações tributárias, cujo surgimento ensejaram o lançamento de ofício e originaram o crédito tributário, foram resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Fala-se em conduta, aceção objetiva (de fazer), não basta apenas o atendimento de ordem subjetiva (quem ocupa o cargo). Ou seja, não recai sobre todos aqueles que ocupam os cargos de diretores, gerentes ou representantes de pessoa jurídica de direito privado, mas apenas sobre aqueles que incorreram em atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

II - O fundamento da responsabilização tributária do art. 135 do CTN repousa sobre quem pratica atos de gerência, podendo o sujeito passivo indireto ser tanto de um “sócio-gerente”, quanto um diretor contratado, ou ainda uma pessoa que não ocupa formalmente os cargos de diretores, gerentes ou representantes de pessoa jurídica de direito privado, mas que seja o sócio de fato da empresa. Não basta a pessoa integrar o quadro societário, deve restar demonstrado que possui poderes de gestão, seja mediante atos de constituição da sociedade empresária (contratos sociais, estatutos, por exemplo), ou, quando se tratar de sócio de fato, em provas demonstrando a efetiva atuação em nome da empresa.

(…).

Embora analisando todo o contexto dos fatos até se possa cogitar que as pessoas físicas apontadas como responsáveis/procuradores tinham conhecimento dos fatos, essa circunstância não restou demonstrada na imputação fiscal, não sendo possível admitir a responsabilização de pessoas físicas com base em mera suposição.

A Autoridade Fiscal afirma, mas não comprova e não descreve a participação de cada responsável solidário, individualmente.

Neste sentido, acolho os argumentos dos responsabilizados, a fim de afastar a sujeição passiva inserida na autuação de ELIANA TREVIZAN ROCHA, VALTER APARECIDO GOMES, e SIUVANA TREVIZAN.

Da Multa Qualificada e da Decadência

Segundo o Relato Fiscal:

11. Por tudo o que retro foi descrito, CLARO está que a empresa agiu PROPOSITADAMENTE e de forma INTENCIONAL, com vistas a ESCONDER do FISCO a sua REAL situação, a sua RECEITA EFETIVA, a sua ATIVIDADE DE FATO, senão vejamos:

11.1. Ao informar, PROPOSITADA e INTENCIONALMENTE, junto aos sistemas da RFB, valores substancialmente inferiores relativos à sua RECEITA, valores estes MUITO MENORES aos que de FATO foram faturados, tendo conseguido assim continuar, indevidamente, como OPTANTE pelo SIMPLES NACIONAL.

[...]

11.5. Ao informar, PROPOSITADA e INTENCIONALMENTE, de forma visivelmente ERRADA, quando dos esclarecimentos dos Termos de Intimações Fiscais, a atividade da empresa como sendo de SERVIÇOS DE MARKETING, código 3003, como consta das planilhas das notas fiscais/faturas emitidas, apresentadas em 18/07/2016, com Código de Identificação Geral do(s) Arquivo(s) nº b38dffa0-659a41e0-8f1da9f3-8ff2f29f, o que, como já discorrido, ABSOLUTAMENTE FALSO e INVERIDICO, vez que a atividade de FATO da empresa, em absoluto, nada tem a ver com essa atividade informada, o que denota, mais uma vez, E JÁ SOB AÇÃO FISCAL, a intenção, a proposição, o descaso da empresa com relação à REALIDADE FÁTICA, prestando-se, INTENCIONALMENTE, a CAMUFLAR, a TRAVESTIR, a ESCONDER a REALIDADE FISCAL, a intenção, a proposição, o descaso, da empresa com relação à REALIDADE FÁTICA, prestando-se, INTENCIONALMENTE, a CAMUFLAR, a TRAVESTIR, a ESCONDER, a REALIDADE FÁTICA.

[...]

12. DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA: Pelos fatos aqui relatados, bem como pelos documentos analisados, a Auditoria Fiscal concluiu que a Empresa agiu DELIBERADAMENTE de forma FRAUDULENTA, ao adotar a conduta descrita no item 11 e subitens, travestindo toda a empresa e a sua documentação de sorte a não pagar os impostos e as contribuições devidas. A empresa praticou ainda a SONEGAÇÃO de contribuição previdenciária, ao não declarar em GFIP os valores das contribuições previdenciárias devidas (Parte Patronal e Gilrat), relativas a este termo de débito. A Autuada e os seus sócios/titulares, à época dos fatos geradores de contribuição previdenciária, agiram em CONLUIO, com objetivo claro de deixar de cumprir obrigações FAZENDÁRIAS e PREVIDENCIÁRIAS.

A norma legal que determina a aplicação da multa de ofício nos casos em que restar evidenciado o intuito de fraude é o artigo 44, I, §1º, da Lei 9.430/96, transcrito abaixo:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

Já os artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502, de 30 de novembro de 1964, assim definem:

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

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

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

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

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

Como se percebe, nos casos de lançamento de ofício, a regra é aplicar a multa de 75%, estabelecida no inciso I do artigo acima transcrito.

Excepciona a regra a comprovação do intuito fraudulento e/ou da sonegação fiscal, mediante simulação, a qual acarreta a aplicação da multa qualificada de 150%, prevista no § 1º, do artigo 44, da Lei nº 9.430 de 1996.

No caso dos autos, houve apuração de prática infratora relativa ao recolhimento errado das contribuições sociais.

A prática infratora e a estratégia de defesa, por si só, não são suficientes para comprovar a existência de fraude, simulação e dolo. E exatamente essa a situação encontrada nos autos.

Por mais que a Autoridade Fiscal tenha demonstrado as diferenças entre as situações fáticas e as cadastrais, que levaram à redução tributária, não expôs ou demonstrou a fraude, o dolo e o comportamento simulatório na prática infratora.

É preciso que a autoridade fiscal descreva o comportamento doloso, a fraude/simulação em todas as suas vertentes e demonstre a sua utilização para a prática infratora. Assim restaria justificada a qualificadora da multa.

Em julgamento no CARF, o Conselheiro Relator (Acórdão n.º 1201-003.590 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária, julgado em 12/02/2020, Processo nº 10280.723086/2009-43 54) considerou que:

Como se vê, tanto na sonegação quanto na fraude há uma ação ou omissão dolosa por parte do contribuinte vinculada ao fato gerador da obrigação principal. Tal conduta visa impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária, no caso da sonegação, ou da ocorrência do próprio fato gerador, no caso da fraude. No conluio tem-se a prática tanto da fraude ou de sonegação mediante ajuste entre duas ou mais pessoas.

Importante observar, porém, que para a caracterização da sonegação, não basta uma simples conduta para impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal. Faz-se necessária uma conduta qualificada por evidente intuito de fraude. Ademais, os fatos devem estar minuciosamente descritos no lançamento tributário (Termo de Verificação Fiscal) e

acompanhado de robusto lastro probatório. Em resumo, para a qualificação multa são necessários os seguintes requisitos:

- i) conduta qualificada por evidente intuito de fraude do sujeito passivo, tais como, documentos inidôneos, informações falsas, interposição de pessoas, declarações falsas, atos artificiosos, dentre outros;
- ii) conduta típica minuciosamente descrita no lançamento tributário (Termo de Verificação Fiscal);
- iii) conjunto probatório robusto da conduta praticada pelo sujeito passivo e demais envolvidos, se for o caso. 55.

O CARF tem se posicionado na linha do racional exposto acima, inclusive com a edição de súmulas, no sentido de que para fins de qualificação da multa não basta a simples omissão de receita ou rendimentos, faz-se necessário a comprovação do evidente intuito de fraude na conduta do sujeito passivo. ´

A propósito, veja-se a inteligência das Súmulas CARF nº 14, 25 e 34:

Súmula CARF nº 14 A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Súmula CARF nº 25 A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010)

Súmula CARF nº 34 Nos lançamentos em que se apura omissão de receita ou rendimentos, decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada, é cabível a qualificação da multa de ofício, quando constatada a movimentação de recursos em contas bancárias de interpostas pessoas. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010) jurídica, sujeitas a apuração trimestral ou anual, assim como o pagamento de estimativas mensais de IRPJ ou CSLL, atraem a aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, §4º, do CTN.

O que restou descrito, apesar das afirmações fiscais, foi a omissão de receitas para a RFB e informação de atividade incorreta no PGDAS-D, que resultou no enquadramento equivocado no Simples (anexo III, ao invés do anexo IV, da Lei 123/2006, com deveria ser), o que ocasionou recolhimento a menor.

Também não se verifica descrição de ação em conluio. Há apenas a afirmação da Autoridade Fiscal nesse sentido.

Como dito, apesar as afirmações reiteradas no Relatório Fiscal, os fatos descritos não demonstram a utilização dolosa de documentos fraudulentos, interposição de pessoas ou atos artificiosos. Apenas indicam a prática infratora relativa ao recolhimento errado das contribuições previdenciárias.

Não descrita a fraude, o dolo ou a simulação relativamente à infração tributária, **procedente a pretensão deduzida na defesa no que toca a redução da multa ao patamar mínimo.**

Relativamente à **decadência da infração relativa ao ano-calendário de 2012 e 2013** observa-se que a contagem do prazo decadencial dependerá da situação em que o sujeito passivo se enquadrar: a) com pagamento de Imposto – o prazo decadencial começa a contar da ocorrência do fato gerador; (art. 150, § 4º do CTN); b) sem pagamento de Imposto e/ou nas hipóteses de dolo, fraude e simulação – o prazo decadencial se inicia no primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, do CTN).

No caso dos autos, houve recolhimento a menor da CPP, na sistemática do Anexo III, do Simples.

Consoante entendimento sumulado no CARF:

Súmula CARF nº 99:

Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.

Não havendo representação fiscal para fins penais em razão de crime em tese de apropriação indébita, afastados dolo, conluio, fraude ou simulação, e considerada a Súmula CARF 99, aplica-se o regramento inserto no art. 150, §4º, do CTN às contribuições previdenciárias ante a antecipação de pagamento.

O Recorrente fora cientificado do lançamento em 31/03/2017.

Considerando o regramento do art. 150, §4º, do CTN, aplicável às contribuições previdenciárias, e a aplicação do prazo decadencial para cada um em separado, encontram-se decaídas as competências de janeiro e fevereiro ambos de 2012 para o Recorrente.

CONCLUSÃO.

Pelo exposto, não conhecer das alegações de inconstitucionalidade, da matéria estranha à presente lide administrativa, do recurso de Isaque Trevisan, já que não fora responsabilizado solidariamente pelo crédito tributário constituído, e não conhecer da matéria de responsabilização solidária veiculada no recurso do contribuinte e, no mérito, voto por DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO a fim de deduzir os recolhimentos de CPP efetuados na sistemática do Anexo III, da LC 123/2006, reduzir a multa ao piso legal, afastar a responsabilização solidária de ELIANA TREVIZAN ROCHA, VALTER APARECIDO GOMES, e SIUVANA TREVIZAN, e declarar a decadência das competências relativas a janeiro e fevereiro de 2012.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly

