



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 16095.720236/2017-41
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-005.993 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de fevereiro de 2019
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente TRANSMAGNA TRANSPORTES EIRELI
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

REPERCUSSÃO GERAL. RECONHECIMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SOBRESTAMENTO.

O processo administrativo é regido pelo princípio da oficialidade. Não há lei ou norma regimental que autorize o sobrestamento do julgamento em razão do reconhecimento, pelo STF, de repercussão geral de matéria ainda pendente de decisão judicial. Suspensão do julgamento indeferida.

PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO. IMPROCEDÊNCIA.

Inexistindo nos autos decisão judicial determinando, especificamente que o processo administrativo fique suspenso ou sobrestado, deve ser dado prosseguimento ao feito.

GFIP. INFORMAÇÃO DE OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DEVIDAS E NÃO RECOLHIDAS.

As empresas não optantes pelo Simples Nacional devem recolher as contribuições que deixaram de ser apuradas e recolhidas em razão de terem se declarado como optantes em GFIP.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A multa de ofício integra o crédito tributário, logo está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do mês subsequente ao do vencimento (Súmula CARF n° 108).

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais (Súmula CARF nº 28).

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS.

Sempre que constatar a ocorrência, em tese, de crime ou contravenção penal, o auditor fiscal deve formalizar Representação Fiscal para Fins Penais, inexistindo competência para apreciação de matéria penal no âmbito do contencioso administrativo tributário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar. No mérito, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário da empresa e dar provimento parcial ao recurso voluntário do responsável solidário para excluir a responsabilidade solidária do Sr. Alcemir José Sardagna. Vencidos os conselheiros Matheus Soares Leite (relator), Rayd Santana Ferreira, Andréa Viana Arrais Egypto e Luciana Matos Pereira Barbosa, que davam provimento parcial ao recurso da empresa para excluir a qualificadora da multa. Vencidas em primeira votação as conselheiras Sheila Aires Cartaxo Gomes e Miriam Denise Xavier que negavam provimento aos recursos. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite - Relator

(assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Cleberson Alex Friess, Luciana Matos Pereira Barbosa, José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Rayd Santana Ferreira, Andréa Viana Arrais Egypto, Matheus Soares Leite, Miriam Denise Xavier (Presidente) e Sheila Aires Cartaxo Gomes (Suplente Convocada). Ausente a conselheira Marialva de Castro Calabrich Schlucking.

Relatório

A bem da celeridade, peço licença para aproveitar boa parte do relatório já elaborado em ocasião anterior e que bem elucida a controvérsia posta, para, ao final, complementá-lo (fls. 1763/1772).

Pois bem. Versa o presente processo sobre Autos de Infração, lavrados contra o sujeito passivo em epígrafe, cujos créditos tributários são os descritos a seguir:

Contribuição Previdenciária da Empresa e do Empregador: no valor de R\$ 14.252.519,57, lavrado em 06/10/2017, relativo ao lançamento de contribuição social destinada à Seguridade Social correspondente à contribuição da empresa e destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT), incidente sobre valores de remuneração de segurados empregados e contribuintes individuais a serviço da empresa (matriz e filiais).

Contribuição para Outras Entidades e Fundos: no valor de R\$ 3.461.411,68, lavrado em 06/10/2017, relativo ao lançamento de contribuição social destinada a outras entidades e fundos (Senac, Sesc, Sebrae, Incra, Salário Educação), incidente sobre valores de remuneração de segurados empregados a serviço da empresa (matriz e filiais).

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal de fls. 1.403/1.417, o contribuinte se declarou indevidamente em GFIP, no período de 01/2013 a 12/2013, como optante pelo Simples Nacional, sem que tenha formal e regularmente efetuado a adesão ao referido regime diferenciado de tributação, conforme verificado nos sistemas informatizados da RFB. Dessa forma, o contribuinte deixou de declarar e recolher as contribuições previdenciárias patronais e as contribuições para terceiros. As quais foram lançadas no presente processo de acordo com as bases de cálculo informadas em GFIP.

Salientou a Fiscalização que não se trata apenas de falta de opção pelo regime, mas sim de sua impossibilidade, pois o faturamento da empresa no período autuado foi de R\$ 151.939.848,62, valor este extraído da DIPJ - FICHA 06A, e informado pelo contribuinte no procedimento fiscal mediante intimação. Tal faturamento é, portanto, bastante superior ao limite para enquadramento na qualidade de empresa de pequeno porte, que é de R\$3.600.000,00.

Destacou a Auditoria Fiscal que o Sr. Alcemir José Sardagna, atual titular da empresa, e à época dos fatos, sócio-administrador, declarou à Fiscalização (a termo), que não tinha conhecimento das informações indevidas em GFIP relativas a opção pelo Simples Nacional, bem como não podia afirmar o motivo dessas informações terem sido inseridas na referida declaração. Entretanto alegou que, no período de 01/01/2013 a 31/12/2013, houve a necessidade da empresa apresentar certidões negativas para as contratantes de seus serviços e ainda reconheceu que a empresa não recolheu as contribuições previdenciárias patronais e sobre terceiros no período em análise.

Por tudo que foi apurado durante o procedimento, concluiu a Fiscalização que a única finalidade de prestar, em GFIP, informação falsa quanto ao enquadramento e opção pelo Simples Nacional era a de deixar de apurar e recolher as contribuições previdenciárias patronais e aquelas devidas a terceiros, e conseqüentemente, uma vez que não possuiria nenhuma dívida em aberto, obter certidões negativas de débito.

Foi relatado por fim que, diante dos fatos apontados restou configurada a ocorrência de declaração fraudulenta de opção pelo Simples Nacional, e que tal opção não foi simples erro da empresa, mas um ato deliberado com um propósito específico de evitar a tributação, sendo cabível o lançamento das contribuições previdenciárias a cargo da empresa e aquelas devidas a terceiros, não declaradas e não recolhidas, com a qualificação da multa de ofício em 150%.

De acordo com as fls. 1.420/1.426 e 1.516/1.522 dos presentes autos de infração (Demonstrativos de Responsáveis Solidários), o Sr. Alcemir José Sardagna foi considerado sujeito passivo solidário, em virtude da constatação de fatos e condutas empreendidas pelo contribuinte que se amoldam à previsão legal dos ilícitos descritos no artigo 299 do Código Penal, e, pela natureza da fraude cometida, tais fatos e condutas também caracterizam o ilícito previsto nos artigos 1º, I, II e 2º, I, ambos da Lei nº 8.137/1990, e ainda, pela natureza dos tributos sonegados, também se configura o ilícito previsto no art. 297, § 3º, III e no art. 337-A, II, do Decreto-Lei nº 2.848/1940, e em virtude do que estabelecem os arts. 135, I c/c 137, I, ambos da Lei nº 5.172/1966, além do interesse comum estabelecido no art. 124, I, da mesma lei.

A autuada e o responsável solidário foram cientificados da autuação em 21/11/2017, e, em 20/12/2017, apresentaram suas respectivas defesas.

Em seguida, sobreveio julgamento proferido pela 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte/MG (DRJ/BHE), por meio do Acórdão nº 02-86.061 (fls. 1763/1772), de 16/05/2018, cujo dispositivo considerou improcedente as impugnações, com a manutenção do crédito tributário. É ver a ementa do julgado:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

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

GFIP. INFORMAÇÃO DE OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DEVIDAS E NÃO RECOLHIDAS.

As empresas não optantes pelo Simples Nacional devem recolher as contribuições que deixaram de ser apuradas e recolhidas em razão de terem se declarado como optantes em GFIP.

INFRAÇÕES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

A responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

FALSIDADE NA DECLARAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

A multa de ofício será aplicada em dobro na hipótese de ocorrência de sonegação, fraude ou conluio.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS.

Sempre que constatar a ocorrência, em tese, de crime ou contravenção penal, o auditor fiscal deve formalizar Representação Fiscal para Fins Penais, inexistindo competência para apreciação de matéria penal no âmbito do contencioso administrativo tributário.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Nesse sentido, cumpre repisar que a decisão *a quo* exarou, em síntese, os seguintes motivos e que delimitam o objeto do debate recursal:

1. Não há previsão legal para a suspensão do trâmite do presente processo administrativo até o trânsito em julgado de ação judicial que afirma discutir rubricas constantes na presente exigência, nem mesmo foi comprovado haver determinação judicial que ensejasse a suspensão de exigibilidade de tais rubricas, e, ainda que houvesse, não foram apresentados elementos que pudessem comprovar que a autuação sob análise contenha as rubricas discutidas judicialmente.
2. O mesmo raciocínio se aplica ao aviso prévio indenizado. Apesar da existência de manifestação da PGFN, nos moldes previstos no art. 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, com a consequente emissão de nota explicativa Nota PGFN/CRJ nº 485/2016, não foram apresentados elementos que pudessem comprovar que a referida rubrica tenha sido oferecida à tributação estando contida na presente autuação.
3. A empresa declarou nas GFIP, relativas ao período lançado, a informação de que era optante pelo Simples Nacional, quando na verdade, não era. Ao declarar de forma incorreta a referida opção, a impugnante reduziu de forma significativa os valores devidos à Previdência Social.
4. Nesse sentido, quando uma empresa declara em GFIP que é optante pelo Simples, a única contribuição calculada e declarada, com base nessa informação, é a relativa a contribuição dos segurados empregados e contribuintes individuais que lhe prestam serviços, que devem ser descontadas pela empresa e recolhidas à Previdência Social. Assim, no presente caso, apenas as contribuições devidas pelos segurados foram pagas pela empresa através de GPS (Guia da Previdência Social).
5. Em virtude dessa declaração não corresponder à realidade, já que a empresa não era optante pelo Simples Nacional no período lançado, foram apurados os débitos referentes à contribuição patronal, incluindo o RAT, bem como as contribuições devidas a outras entidades e fundos (terceiros), levando-se em consideração para a base de cálculo de tais contribuições os valores declarados em GFIP pela própria empresa como remuneração paga aos segurados.
6. Defende a Impugnante que o mero erro na informação em GFIP não é fraude ou sonegação, que não houve comprovação do dolo e que não há correspondência lógica entre o erro na GFIP e a obtenção das 218 certidões negativas emitidas no período.
7. Sem razão a Impugnante. O fato sob análise não se trata de simples erro pontual no preenchimento de um determinado campo na GFIP, mas sim de inserção deliberada de informação com o objetivo de reduzir o valor de contribuição previdenciária a ser recolhida, sem prejudicar a obtenção de certidões negativas.

8. Não se trata de um fato isolado, pois as informações indevidas não foram prestadas apenas para um, mas para todos os estabelecimentos da empresa. Também não foram prestadas em apenas um mês, mas para todo o período fiscalizado (todo o ano de 2013).
9. O benefício intencionalmente obtido com tal procedimento restou cabalmente comprovado, pois foram emitidas no período 218 certidões negativas, como afirmado pelo próprio responsável pela empresa e confirmado expressamente na impugnação.
10. O fato da empresa ter informado na DIPJ valor de faturamento muito superior aos limites máximos para opção pelo Simples no período, combinado com a ausência de recolhimentos patronais para Previdência Social e para terceiros, reforçam a conclusão fiscal de que houve a intenção dolosa de omitir contribuições nas GFIP.
11. Assim, não se trata de simples erro, o contribuinte tinha plena consciência de que não era optante pelo Simples, e se beneficiou com o pagamento menor de tributos, caracterizando a sonegação.
12. Quanto a alegação da defesa de que o artigo 134 do CTN estabelece a responsabilidade subsidiária e apenas no caso de liquidação da sociedade de pessoas, importante salientar que o referido dispositivo não foi indicado como fundamento legal para a atribuição de responsabilidade solidária.
13. O conjunto probatório contido nos autos converge para a conclusão de que a pessoa responsável pela gestão da empresa tinha consciência das suas práticas, bem como das conseqüências tributárias delas advindas, restando claro tratar-se de conduta dolosa, que não poderia ser adotada sem a participação do seu sócio administrador, o Sr. Alcemir José Sardagna.
14. Dessa feita, nos termos do art. 135 do CTN, correta a responsabilização solidária atribuída a esse sócio administrador.
15. Ao contrário do que afirma a defesa, não se trata de desconsideração de pessoa jurídica, mas tão somente a inclusão do sócio no pólo passivo da obrigação tributária como responsável solidário, mantendo-se a figura da pessoa jurídica responsável pelos tributos constantes nos autos, em obediência à legislação tributária aplicável.
16. A defesa alega que não foi comprovada a ocorrência de fraude ou dolo para fins de aplicação da multa de ofício com o percentual de 150% (art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996).
17. Tal afirmação, porém, não condiz com a realidade, pois, conforme já visto no presente voto, restou demonstrado que a Autuada, ao inserir indevidamente em suas GFIP a informação de ser optante pelo Simples Nacional, acabou por prestar declaração falsa, reduzindo deliberadamente o valor devido e o subseqüente recolhimento de sua obrigação tributária

para com a Seguridade Social, situação em que a legislação determina a aplicação da multa qualificada em razão da ocorrência de sonegação.

18. Ademais, de acordo com todas as informações apresentadas pela fiscalização no relatório fiscal e com a análise de forma conjunta de todos os elementos identificados e relatados, pode-se concluir que restou cabalmente comprovada a ocorrência da sonegação, sendo correta a duplicação do percentual da multa de ofício, pois as evidências sustentam que os interessados agiram com objetivo de reduzir a carga tributária e de afastar o pagamento das contribuições previdenciárias. Portanto, não cabe à autoridade julgadora afastar a aplicação de penalidade prevista em lei.
19. Da análise dos Demonstrativos de Multa e Juros de Mora anexados às fls. 1.508 a 1.513 e 1.566 a 1.568, que demonstram os juros apurados e lançados, verifica-se que não foi lançada nenhuma importância relativamente a juros sobre os valores de multa de ofício.
20. De qualquer forma, acerca da possibilidade de exigir juros de mora sobre todos os valores lançados e exigíveis, após decorrido o prazo para seu pagamento, tem-se que ela decorre do disposto no caput do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996, que se refere, expressamente, a débitos para com a União, sem fazer qualquer distinção acerca da natureza originária dos valores devidos. Portanto, a previsão do § 3º deste mesmo artigo exige que qualquer importância não recolhida no prazo, que seja exigível, sofra a incidência dos juros ali referidos. Por sua vez, o fato do artigo 43 da Lei nº 9.430/1996, ao tratar da possibilidade de se constituir crédito específico e relativo à multa ou juros de mora reforçar a incidência de juros de mora sobre o montante lançado de ofício não pago no prazo legalmente previsto, não implica, que a redação do caput do artigo 61 da mesma lei, ao utilizar a expressão “débitos para com a união”, tenha excluído as multas de ofício.
21. Em relação à Representação Fiscal para Fins Penais, salientamos que esta constitui-se em instrumento próprio, pelo qual o auditor-fiscal, em suas atribuições internas e externas, comunica ao Ministério Público a ocorrência, em tese, de conduta típica definida em lei como crime de ação penal pública incondicionada ou como contravenção penal, para que seja instaurada a respectiva ação penal objetivando a apuração do ilícito.
22. A comunicação da ocorrência de condutas que, em tese, configurem crimes é imperativa, não podendo o auditor-fiscal abster-se desta comunicação, sob pena de apuração de responsabilidade administrativa e penal, de acordo com as previsões legais existentes.
23. O posterior juízo de valor, quanto à autoria e materialização do crime tributário, é da competência dos membros do Ministério Público Federal e dos Juízes Federais, em sede de denúncia criminal ou de processo judicial, respectivamente, não competindo a este órgão de julgamento a apreciação da referida matéria.

A contribuinte, por sua vez, inconformada com a decisão prolatada e procurando demonstrar a improcedência do lançamento, interpôs Recurso Voluntário (fls. 1802/1830), apresentando, em síntese, os seguintes argumentos:

- a. O crédito objeto de lançamento pelo presente auto de infração está em discussão judicial, aguardando decisão do STF. Caso seja mantida a ausência de repercussão geral do RE nº 611.505, prevalecerá o entendimento firmado no âmbito infraconstitucional, pelo STJ. Dessa forma, a recorrente entende que deve ser suspenso o presente processo administrativo, em homenagem aos princípios da razoabilidade e da economia processual.
- b. O processo administrativo deve ser regido pelos princípios da razoabilidade e eficiência, conforme dispõe o art. 2º da Lei nº 9.784/99. Assim, não só resta afastado o argumento de que não há previsão legal para a suspensão requerida, como comprova-se exatamente o oposto: a Administração Pública é obrigada, por lei, a zelar por um procedimento administrativo razoável e eficiente.
- c. Compulsando-se a documentação juntada, verifica-se que a presente autuação envolveu a totalidade das rubricas discutidas na ação judicial, quais sejam: (i) 15 (quinze) primeiros dias que antecedem o auxílio doença (previdenciário e acidentário), (ii) salário-maternidade, (iii) férias e (iv) respectivo adicional de férias (1/3 constitucional). Basta cotejar as bases informadas no Resumo da Folha de Salários, GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social) e na planilha de Base de cálculo das Infrações constantes da presente autuação (Anexo I).
- d. Portanto, se mostra razoável que o trâmite do presente processo administrativo fique suspenso até definição, pelo judiciário, de matéria conflitante, em observância aos princípios da economia processual, eficiência e razoabilidade.
- e. Desta forma, requer a reforma do acórdão recorrido, com a consequente suspensão, em sede de preliminar, do presente processo administrativo fiscal, até que ocorra o trânsito em julgado da ação judicial nº 2006.72.05.005096-2, que discute objeto idêntico à matéria tratada na presente autuação.
- f. Ao julgar o caso em apreço, o acórdão recorrido entendeu que não houve erro de fato ao preencher o código equivalente à opção do Simples, no campo da GFIP, tratando-se de inserção deliberada. Contudo, não houve qualquer comprovação deste argumento, baseando-se em mera suposição por parte do Auditor e da DRJ.
- g. A contabilidade terceirizada da empresa informou, de forma equivocada, ser optante pelo SIMPLES. Trata-se de erro de fato, decorrente de equívoco no momento de lançar a opção “1” no campo da GFIP, informando erroneamente o código “2”, correspondente a opção pelo regime de tributação do SIMPLES.

-
- h. Tanto é que, pelo fato das emissões das GFIP's ocorrerem de forma centralizada pela matriz, todas as outras filiais acabaram constando com a mesma informação, motivo pelo qual o erro foi replicado para os demais estabelecimentos. Ou seja, o fato do erro ter ocorrido em todos os estabelecimentos se justifica na medida em que as informações das filiais são prestadas pela matriz, que é a centralizadora de todos os recolhimentos previdenciários. Conforme telas das GFIP's acima, verifica-se que todas foram emitidas ao mesmo tempo. Portanto, o argumento de não ter ocorrido o recolhimento equivocado somente em um estabelecimento, não é hábil a comprovar qualquer conduta dolosa.
- i. Da mesma forma, o fato da informação equivocada ter sido prestada durante todo o ano de 2013 não ampara o argumento de que a conduta foi deliberada. Ao ser preenchido pelo contribuinte, na GFIP, a opção nº 2, como sendo optante pelo SIMPLES, o sistema SEFIP (Sistema Empresa de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social) salva a referida configuração para os lançamentos futuros.
- j. Para chegar à conclusão de existência de conduta dolosa, o Auditor Fiscal considerou que a informação equívoca em GFIP foi provocada unicamente para possibilitar à Recorrente a emissão de certidões negativas de débito – CND.
- k. Ora, não há correspondência lógica entre as duas situações. O fato de a Recorrente emitir CND's não apresenta qualquer indício de dolo ao informar opção incorreta em GFIP! Como é cediço, a certidão negativa de débitos atesta à pessoa jurídica a ausência de restrições de aspecto civil, tributário, trabalhista, dentre outros. Tal prática é corriqueira no âmbito empresarial. A informação de que a empresa emitiu 218 certidões negativas em 2013 é irrelevante para comprovar qualquer conduta dolosa.
- l. Portanto, de forma alguma a emissão de certidões negativas de débito, pela Recorrente, comprova que agiu com dolo ao informar opção equivocada em GFIP. O que ocorreu, em verdade, foi erro de fato ao informar em GFIP a opção pelo SIMPLES, quando não preenchia os requisitos para tal enquadramento.
- m. Em que pese o acórdão recorrido apontar que a Recorrente, através de ato deliberado, praticou conduta fraudulenta ao informar erroneamente ser optante pelo SIMPLES, em momento algum aponta quais são os indícios de dolo ao fornecer declaração equivocada, limitando-se a supor a existência de elemento volitivo.
- n. Não há o que se falar em conduta dolosa por parte da Recorrente, mas sim, na ocorrência de erro no preenchimento do campo da GFIP, sendo que tanto o Auditor Fiscal quanto o acórdão recorrido não lograram êxito em comprovar a existência do suposto dolo alegado. Assim, deverá ser julgado improcedente o lançamento da multa agravada, em conformidade com o art. 122 do CTN.

-
- o. E, ainda, a mera reiteração de erros informados em GFIP não é suficiente para a caracterização do dolo, que requer prova da vontade do agente em praticar o tipo de injusto doloso.
 - p. Em análise à legislação vigente, cumpre destacar que há previsão legal apenas para a incidência dos juros de mora sobre tributos e contribuições, mas não desse encargo sobre outra espécie que não possua esta mesma natureza jurídica.
 - q. Diferente do que consta no acórdão recorrido, o art. 61 da Lei nº 9.430/96, não autoriza a aplicação de juros sobre multa.
 - r. Não há previsão legal para a cobrança de juros de mora sobre a multa lançada de ofício. Em outras palavras, não havendo autorização legal, não há que se falar na cobrança.
 - s. Embora a multa de ofício seja parcela integrante do débito tributário, a aplicação de juros sobre esta é impossível em face da ausência de previsão legal que autorize tal incidência.
 - t. O Sr. Auditor Fiscal não possui competência para determinar o que seja Crime Contra a Ordem Tributária, motivo pelo qual a Representação Fiscal para Fins Penais somente poderá ocorrer após proferida a decisão final, na esfera administrativa.
 - u. Requer a procedência do Recurso Voluntário, determinando a improcedência total do lançamento fiscal, assim como a baixa e arquivamento do presente AI. Em não sendo julgada totalmente improcedente a presente autuação, requer, subsidiariamente: a) o acolhimento do pedido preliminar de suspensão do presente processo administrativo em razão de pendência de julgamento de ação judicial anterior, com matéria conflitante; b) o afastamento da aplicação de multa qualificada; c) o afastamento da incidência de juros (SELIC) sobre a multa de ofício.

O responsável solidário, Sr. Alcemir José Sardagna, também apresentou Recurso Voluntário (fls. 1833/1875), com os mesmos argumentos trazidos pela recorrente Transmagna, além de tecer as seguintes considerações, em síntese, sobre a responsabilidade tributária que lhe fora imputada:

- a. A fiscalização fundamenta a responsabilidade solidária do sócio, basicamente, nos artigos 124, I e 135, I do CTN (apesar de mencionar, ainda, o art. 137 do CTN).
- b. No entanto, tal atribuição de responsabilidade tributária ao sócio quanto aos supostos tributos devidos pela empresa é totalmente descabida, uma vez que se trata de medida excepcional, prevista no Código Tributário Nacional, o qual impõe requisitos para que possa haver este tipo de responsabilização.

-
- c. Não se encontram preenchidos os requisitos que permitem a extensão da responsabilidade tributária solidária ao sócio da empresa Autuada.
 - d. Cumpre esclarecer que mesmo a responsabilização solidária estabelecida com base no artigo 124, não exclui a aplicação do artigo 135, ambos do CTN. Assim, não há como ser afastada a necessidade de demonstração conjunta dos requisitos do artigo 135 CTN.
 - e. Não há no aludido Auto de Infração qualquer menção a atos praticados pelo Recorrente com excesso de poderes ou com violação do contrato social da empresa Autuada e que teriam redundado na ocorrência dos fatos geradores dos tributos ora lançados.
 - f. A simples falta de cumprimento de obrigação tributária não se configura na violação à lei de que trata o artigo 135 do CTN.
 - g. Não há qualquer referência concreta, no acórdão recorrido, de quais seriam as provas de que houve dolo por parte do Recorrente com relação aos atos praticados pela sociedade.
 - h. Portanto, não há no auto de infração qualquer elemento que permita ao Fisco atribuir a responsabilidade ao Recorrente com base no artigo 135 do CTN. Aliás, não há no auto de infração elemento contundente que demonstre a existência de conduta fraudulenta.
 - i. Para que a dívida tributária de uma empresa alcance o patrimônio dos sócios administradores, é necessário proceder a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito judicial, que é considerada medida extrema, somente possível de ser aplicada quando exauridos todos os demais meios de cobrança do crédito tributário em face da empresa devedora.
 - j. Resta claro que o Sr. Auditor Fiscal extrapolou sua competência ao inserir o sócio administrador da empresa como sujeito passivo solidário da empresa Autuada, ocasionando uma inadmissível desconsideração da personalidade jurídica na via administrativa.

Em seguida, os autos foram remetidos a este Conselho para apreciação e julgamento dos Recursos Voluntários.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Matheus Soares Leite – Relator

1. Juízo de Admissibilidade.

Os Recursos Voluntários são tempestivos, e preenchem os demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72. Portanto, deles tomo conhecimento e passo a analisá-los em conjunto, eis que, em grande parte, apresentam as mesmas razões recursais, sendo que, na parte diferenciada, será dado o devido destaque.

Cabe destacar que a contribuinte, em seu petítório recursal, pontua que, nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.72.05.005096-2, discute a totalidade das rubricas objeto da presente autuação.

Esclareço que, a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento, que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual trate o processo administrativo, importa renúncia ao contencioso administrativo, de modo que, o julgamento administrativo fica adstrito à matéria da constante do processo judicial.

Como a contribuinte não questionou, nos presentes autos, a incidência da contribuição previdenciária sobre as verbas questionadas em juízo, seu recurso merece ser conhecido integralmente, eis que trouxe apenas a matéria diferenciada, qual seja: (1) do pedido de sobrestamento do presente processo administrativo; (2) da alegação de erro ao preencher código equivalente à opção do Simples e a impossibilidade do agravamento da multa de ofício; (3) da alegação de não incidência de juros de mora sobre a multa de ofício; (4) da representação fiscal para fins penais; (5) da responsabilidade solidária.

2. Considerações iniciais.

O julgador administrativo deve fundamentar suas decisões com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que a motivam (art. 50 da Lei nº 9.784/99), observando, dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 2º da Lei nº 9.784/99).

O dever de motivação oportuniza a concretização dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CR/88), abrindo aos interessados a possibilidade de contestar a legalidade do entendimento adotado, mediante a apresentação de razões possivelmente desconsideradas pela autoridade na prolação do *decisum*.

Para a solução do litígio tributário, deve o julgador delimitar, claramente, a controvérsia posta à sua apreciação, restringindo sua atuação apenas a um território contextualmente demarcado. Os limites são fixados, por um lado, pela pretensão do Fisco e, por outro lado, pela resistência do contribuinte, que culminam com a prolação de uma decisão de primeira instância, objeto de revisão na instância recursal. Dessa forma, se a decisão de 1ª instância apresenta motivos expressos para refutar as alegações trazidas pelo contribuinte, a lida fica adstrita a essa motivação.

Para solucionar a lide posta, o julgador se vale do livre convencimento motivado, resguardado pelos artigos 29 e 31 do Decreto nº 70.235/72. Assim, não é obrigado a manifestar sobre todas as alegações das partes, nem a se ater aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando possui motivos suficientes para fundamentar a decisão. Cabe a ele decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, das provas, da jurisprudência, dos aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.

Caso o recorrente discorde da decisão proferida por este Colegiado, pode, ainda: (a) opor embargos de declaração no caso de “obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma” (art. 65 do RICARF); ou (b) interpor Recurso Especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais, desde que demonstre a existência de decisão de outra Câmara, Turma de Câmara, Turma Especial ou a própria CSRF que dê a à lei tributária interpretação divergente (art. 67 do RICARF).

3. Preliminar.

A contribuinte, em seu petição recursal, requer a suspensão do presente processo administrativo até o trânsito em julgado do Mandado de Segurança nº 2006.72.05.005096-2, perante a Vara Federal de Blumenau/SC, que, atualmente, aguarda decisão do Supremo Tribunal, no Recurso Extraordinário nº 611.505, interposto pela União Federal no referido Mandado de Segurança, escolhido como *leading case* quanto à matéria da contribuição previdenciária sobre os quinze primeiros dias que antecedem o auxílio doença.

Contudo, entendo que a decisão recorrida agiu acertadamente, eis que o processo administrativo é regido pelo princípio da oficialidade, não havendo lei ou norma regimental que autorize o sobrestamento do julgamento em razão do reconhecimento, pelo STF, de repercussão geral, não havendo que se falar em desrespeito aos princípios legais que regem o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

E, ainda, é indiferente se as rubricas questionadas pela recorrente judicialmente, foram objeto da autuação sob análise, pois a oficialidade do processo administrativo impede, como visto, sua suspensão.

Ante o exposto, rejeito o pedido do recorrente de suspensão do presente processo administrativo até o trânsito em julgado do Mandado de Segurança nº 2006.72.05.005096-2.

4. Mérito.

4.1. Da alegação de erro ao preencher código equivalente à opção do Simples e a impossibilidade do agravamento da multa de ofício.

Alega a recorrente, que, ao contrário do assentado pela decisão recorrida, houve erro de fato ao preencher o código equivalente à opção do Simples, no campo da GFIP, não se tratando de inserção deliberada.

Em suas palavras, alega que contabilidade terceirizada da empresa informou, de forma equivocada, ser optante pelo SIMPLES, tratando-se de erro de fato, decorrente de equívoco no momento de lançar a opção “1” no campo da GFIP, informando erroneamente o código “2”, correspondente a opção pelo regime de tributação do SIMPLES.

Ademais, justifica que, pelo fato das emissões das GFIP’s ocorrerem de forma centralizada pela matriz, todas as outras filiais acabaram constando com a mesma informação, motivo pelo qual o erro foi replicado para os demais estabelecimentos. Dessa forma, pontua que o argumento de não ter ocorrido o recolhimento equivocado somente em um estabelecimento, não é hábil a comprovar qualquer conduta dolosa.

Também pontua que, o fato de a informação equivocada ter sido prestada durante todo o ano de 2013 não ampara o argumento de que a conduta foi deliberada. Isso porque, ao ser preenchido pelo contribuinte, na GFIP, a opção nº 2, como sendo optante pelo SIMPLES, o sistema SEFIP (Sistema Empresa de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social) salva a referida configuração para os lançamentos futuros.

Pois bem. Inicialmente, cumpre esclarecer que a justificativa para a imposição das penalidades, encontra-se disposta da seguinte forma no Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades Fiscais (fls. 1403/1417):

[...] 42. A contribuinte TRANSMAGNA TRANSPORTES LTDA utilizou um artifício ainda mais atrevido, não se preocupou nem ao mesmo em fragmentar-se em outras microempresas ou empresas de pequeno porte, ao invés disto declarou-se como enquadrada na sistemática do SIMPLES sem, no entanto, possuir as características de uma empresa que se enquadre nesta sistemática.

43. A contribuinte, no ano-calendário 2013, apresentou GFIPs com indicativo de ser optante pelo regime de tributação do Simples Nacional (código 02), por conseguinte, as contribuições previdenciárias calculadas e declaradas como devidas na GFIP restringiram-se somente às contribuições previdenciárias dos segurados, uma vez que as contribuições à cargo da empresa estariam contempladas no recolhimento destinado ao SIMPLES.

44. Em pesquisa junto sistema SIMPLES, ao contrário do que fora informado nas suas GFIPs, constatou-se que o contribuinte não é optante por esse regime de tributação no período fiscalizado, no entanto, em função da informação inverídica prestada, a empresa logrou êxito em deixar de declarar e recolher as contribuições previdenciárias patronais e as contribuições para terceiros.

(...)

48. O faturamento da empresa neste período foi de R\$ 151.939.848,62, valor este extraído da DIPJ relativa ao período compreendido entre 01/01/2013 e 31/12/2013, FICHA 06A, e condizente com o valor obtido com base nas informações prestadas pelo contribuinte sobre o seu faturamento, sendo que tais informações foram obtidas pelo atendimento, por parte do contribuinte, ao termo de Intimação Fiscal 0004. Este faturamento é, notadamente, um montante bem superior ao limite para enquadramento na qualidade de empresa de pequeno porte, que é de R\$ 3.600.00,00.

49. Não obstante possuir uma receita mais de 40 vezes superior ao limite máximo de faturamento estabelecido em lei para empresas de pequeno porte, a contribuinte deliberadamente comunicou ao fisco ser optante pelo SIMPLES, por meio do preenchimento, efetuado na GFIP, do campo Opção pelo SIMPLES com o valor 02, que indica que a empresa que está apresentando a GFIP enquadra-se dentro dos limites estabelecidos pelo art. 3º da LC 123/2006, e concomitantemente

optou pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional – SN.

(...)

53. Ao prestar em GFIP a informação de que é optante pelo SIMPLES a empresa implicitamente está declarando que esta abrangida no rol de empresas definidas no art. 3º da LC 123/2006, portanto possui faturamento condizente com a condição de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, e que diante disto decidiu exercer a sua opção em ser tributada pelo SIMPLES, fato que é escandalosamente falso.

(...)

56. Analisando os recolhimentos efetuados em GPS constatamos que o recolhimento de todos os valores informados em GFIP foi efetuado com o código de pagamento 2003, relativo à Empresas Optantes pelo Simples, ao invés do código de pagamento 2100, relativo à Empresas em Geral.

57. Por outro lado, não foram identificados recolhimentos em GPS relativos a contribuições do empregador ou contribuições devidas a terceiros.

(...)

59. O Sr. Alcemir Sardagna em suas declarações alegou que não sabia o motivo da empresa informar em GFIP a opção pela sistemática de tributação pelo SIMPLES NACIONAL, que não tinha conhecimento de que a empresa efetuou a opção em GFIP pela sistemática de tributação pelo SIMPLES NACIONAL, mas que no período de 01/01/2013 a 31/12/2013 houve a necessidade da empresa de apresentar CERTIDÕES NEGATIVAS para as empresas para as quais presta serviço e ainda reconheceu que a empresa não recolheu as contribuições previdenciárias patronais e sobre terceiros no período de 01/01/2013 a 31/12/2013”.

60. Por tudo que pudemos apurar durante o procedimento fiscal a última e única finalidade de prestar, em GFIP, informação falsa quanto ao enquadramento e opção pelo SIMPLES era a de deixar de apurar e recolher as contribuições previdenciárias patronais e aquelas devidas à terceiros, e adicionalmente poder, uma vez que não possuiria nenhuma dívida em aberto, obter certidões negativas de débito.

61. O fato de que os recolhimentos das contribuições previdenciárias descontadas dos segurados foram efetuados com o código destinado às empresas optantes pelo SIMPLES indica que a opção indevida pelo SIMPLES foi um ato deliberado, de outra forma, sendo um erro de preenchimento, os recolhimentos das contribuições previdenciárias descontadas dos segurados teriam sido efetuados com a rubrica destinada às empresas não enquadradas/optantes pelo SIMPLES.

62. Para o período fiscalizado pudemos verificar que a empresa obteve 218 certidões negativas, emitidas entre 12/02/2013 e 04/10/2013. Sendo que estas certidões não poderiam ter sido emitidas caso existissem débitos em aberto declarados pela empresa.

63. Por todo o exposto até aqui configura-se a ocorrência de opção fraudulenta pelo SIMPLES, e que tal opção não se configura em simples erro da empresa, e sim de um ato deliberado da empresa, sendo cabível o lançamento das contribuições previdenciárias à cargo da empresa e aquelas devidas à terceiros, não declaradas e recolhidas.

64. Por todo o exposto até aqui ficaram configuradas as seguintes infrações; DIVERGÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO DA EMPRESA SOBRE BASES DECLARADAS DE EMPREGADO - DESCARACTERIZAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL, DIVERGÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO DA EMPRESA SOBRE BASES DECLARADAS DE CONTRIBUINTE INDIVIDUAL - DESCARACTERIZAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL, VALORES PAGOS OU CREDITADOS A TRASPORTADORES AUTÔNOMOS NÃO OFERECIDOS À TRIBUTAÇÃO, e foi aplicada a multa de 150% conforme art. 44, inciso I e § 1º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, c/c arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

(...)

MULTAS

71. Para as infrações verificadas foi aplicada a multa de 150% conforme art. 44, inciso I, e § 1º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, abaixo transcrito:

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

...

§ 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.

72. A aplicação da multa qualificada de 150% tem fundamento no fato de que foram prestadas informações falsas quanto à opção pelo SIMPLES NACIONAL, conforme pormenorizadamente descrito no processo de Representação Fiscal Para Fins Penais.

73. Resumidamente, a contribuinte prestou informação falsa em GFIP, consistente em declarar-se como optante pelo SIMPLES, informação que traz consigo a informação de que a empresa estaria enquadrada dentro dos limites estabelecidos pela lei instituidora do referido sistema.

74. A informação, inverídica cabe frisar, prestada em GFIP, decorre de uma conduta que se enquadra nos que prevê o art. 71, I da lei nº 4.502/64, pois com esta conduta o contribuinte visava impedir o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da obrigação tributária e ainda procurava dissimular as condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária 75. A conduta também de amolda ao que prevê o art. 72 da mesma lei nº 4.502/64, pois o contribuinte buscava por meio da conduta de fazer declaração falsa modificar as características essenciais da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar o seu pagamento.

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

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

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

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

76. Segundo as informações colhidas em 03/05/2016 com o Sr. Alcemir Sardagna, no período de 01/01/2013 a 31/12/2013 havia a necessidade da empresa de apresentar CERTIDÕES NEGATIVAS para as empresas para as quais presta serviço, o Sr. Alcemir Sardagna nas suas declarações ainda reconheceu que a empresa não recolheu as contribuições previdenciárias patronais e sobre terceiros no período de 01/01/2013 a 31/12/2013”.

Consoante as afirmações acima, os principais fatos que, segundo a acusação fiscal, demonstrariam o dolo da recorrente em se esquivar da obrigação tributária são: (i) prestação, deliberada, de informações falsas, em GFIP, quanto ao enquadramento e opção pelo Simples Nacional; (ii) necessidade de apresentar certidões negativas para as empresas para as quais presta serviço.

Cabe pontuar que, para a exasperação da multa de ofício é necessária a existência do elemento subjetivo do dolo e a demonstração de emprego de conduta 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.

Os fatos narrados na acusação fiscal, ao meu juízo, não são motivos suficientes para justificar a existência do elemento subjetivo do dolo.

Isso porque, a simples prestação de informação incorreta em GFIP, não é fundamento que presta à imputação do dolo, impondo a devida comprovação por parte da autoridade fiscal da intenção deliberada do contribuinte, demonstrada de modo concreto, sem deixar margem a qualquer dúvida, visando a impedir/retardar o recolhimento do tributo devido, o que, a meu juízo, não restou comprovado.

No caso dos autos, inobstante o esforço do fiscal autuante, entendo que não é possível afirmar com segurança que o contribuinte agiu com dolo objetivando suprimir tributos, eis que a mera necessidade de obtenção de Certidão Negativa de Débito é algo comum no cotidiano de qualquer empresa, não sendo elemento suficiente e apto a afastar a alegação do contribuinte no sentido de que houve mero erro de preenchimento em sua GFIP.

Ademais, cabe pontuar que a contribuinte prestou todas as informações solicitadas no curso do procedimento fiscalizatório, demonstrando, de certa forma, sua boa-fé no esclarecimento dos fatos, permitindo, inclusive, que a fiscalização chegasse à presente autuação.

Não cabe presumir o intuito doloso da recorrente no sentido de prestar informações incorretas em GFIP, sob o fundamento de que a contribuinte tinha a necessidade de obtenção de Certidão Negativa de Débito, devendo ser demonstrado, no caso concreto, a real intenção do agente para a prática efetuada, ou seja, o elemento subjetivo do dolo, não podendo a acusação se basear em meras presunções.

Dessa forma, entendo que deve ser afastada a qualificadora da multa, reduzindo-a para 75%.

4.2. Da alegação de não incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

A recorrente pugna pela não incidência de juros sobre a multa de ofício, por entender que não há amparo legal.

Pois bem. Sobre este ponto, compartilho do entendimento segundo o qual não há qualquer dispositivo legal que autorize a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, inclusive o art. 44 da Lei nº 9.430/96 não permite que se chegue à conclusão diversa.

O art. 43, do mesmo diploma legal, por sua vez, deixa clara a incidência de juros de mora sobre a penalidade *isolada*. Isso porque, sobre o crédito constituído na forma do artigo 43, ou seja, **auto de infração sem tributo**, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Se a expressão “débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições” constante no “caput” do artigo 61 do CTN contemplasse também a multa de ofício, a previsão do parágrafo único do artigo 43 seria desnecessária, pois a incidência dos

juros sobre a multa de ofício lançada isoladamente nos termos do "caput" do artigo já decorreria diretamente do artigo 61.

Ademais, o fundamento do art. 61 da Lei nº 9.430/96 para aplicação da multa é inaplicável em relação à multa de ofício, e, ainda que assim não fosse, o artigo em referência exclui a incidência de juros sobre a multa de mora, não sendo possível concluir de forma distinta em relação à multa de ofício.

Para além do exposto, a multa de ofício não compõe o crédito tributário, conforme dicção do art. 161 do CTN, que afirma expressamente que o crédito tributário será acrescido de juros de mora "sem prejuízo da imposição de penalidades cabíveis".

Nesse sentido, a Lei nº 9.430/96 e o CTN apontam que: (a) Haverá incidência de juros somente sobre a obrigação principal; (b) Não haverá incidência de juros sobre a multa vinculada a uma obrigação principal, seja multa de mora ou multa de ofício; (c) Haverá incidência de juros sobre a multa lançada isoladamente, isto é, a hipótese em que não há lançamento de obrigação principal e a própria penalidade pecuniária figura como obrigação principal.

Ademais, a natureza dos juros de mora é determinada pelo direito privado, de modo que existem para indenizar o credor pela inexecução da obrigação no prazo estipulado. A multa, por sua vez, possui caráter nitidamente sancionatório, como decorrência da inexecução da obrigação. Nesse sentido, os juros de mora somente devem incidir sobre o tributo não recolhido no vencimento, e não sobre a multa de ofício, que possui viés punitivo.

Contudo, reconheço que este entendimento está superado, pelo menos no âmbito deste E. Conselho, sobretudo com a edição da Súmula CARF nº 108, que dispõe no sentido de que "incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício".

Dessa forma, faço ressalvas ao meu posicionamento pessoal para adotar o entendimento preconizado na r. súmula, inclusive, de observância obrigatória pelos Conselheiros.

4.3. Da representação fiscal para fins penais.

A recorrente questiona, ainda, a competência do Sr. Auditor Fiscal para determinar o que seja Crime Contra a Ordem Tributário, motivo pelo qual, entende que a Representação Fiscal para Fins Penais somente poderá ocorrer após proferida a decisão, na esfera administrativa.

Contudo, entendo que se trata de matéria substancialmente alheia ao vertente lançamento, eis que em seu louvor, no processo de que ora se cuida, não se houve por instaurado qualquer litígio a ser dirimido por este Conselho. A propósito, já está sumulado o entendimento segundo o qual este Conselho não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes ao Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais (Súmula CARF nº 28).

De toda sorte, a representação fiscal para fins penais permanecerá sobrestada no âmbito da administração tributária até decisão definitiva na esfera administrativa, quando, então, poderá ser encaminhada ao órgão do Ministério Público, para efetuar seu juízo acerca

dos fatos, bem como, conseqüentemente, sobre a conveniência ou não da instauração da persecução penal.

Assim, é de se rejeitar o pleito da recorrente.

4.4. Da responsabilidade solidária.

A justificativa para a inclusão do Sr. Alcemir José Sardagna, no polo passivo da obrigação tributária, como responsável solidário, encontra-se disposta da seguinte forma no Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades Fiscais (fls. 1403/1417):

DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

77. No presente procedimento fiscal, em virtude de ter se constatado fatos que, em tese, caracterizam o crime previsto no artigo 2º, I, da lei 8.137/90, e em virtude do que estabelece o art. 135, I da lei nº 5.172/66 tornou-se necessário incluir como corresponsável pelos débitos lançados o titular da empresa, Sr. Alcemir José Sardagna, CPF 310.466.739-04.

78. O artigo 2º, I, da lei 8.137/90 estabelece que constitui crime contra a ordem tributária fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; A conduta praticada pelo contribuinte, de prestar informação falsa quanto ao seu enquadramento e sua opção pelo SIMPLES, enquadra-se perfeitamente no que prevê o art. 2º, I, da lei 8.137/90.

79. Por sua vez o art. 135, I, da lei nº 5.172/66 estabelece que os sócios 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.

80. Em decorrência do exposto foi lavrado Termo de Sujeição Passiva Solidária em nome do titular da empresa Transmagna, Sr. Alcemir José Sardagna (...).

Conforme visto anteriormente, entendo que não houve a comprovação do dolo na conduta praticada pela contribuinte, de modo que não cabe presumir o intuito doloso no simples fato de prestar informações incorretas em GFIP, sob o fundamento de que o contribuinte tinha a necessidade de obtenção de Certidão Negativa de Débito, não podendo a acusação se basear em meras presunções.

Destaco que a contribuinte prestou todas as informações solicitadas no curso do procedimento fiscalizatório, demonstrando, de certa forma, sua boa-fé no esclarecimento dos fatos, permitindo, inclusive, que a fiscalização chegasse à presente autuação.

Da mesma forma, entendo que não estão presentes as condições estipuladas pelo art. 135, I, da Lei nº 5.172/66, para a imputação de responsabilidade solidária ao titular da empresa Transmagna, Sr. Alcemir José Sardagna, pois não fora demonstrado a existência de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Na mesma toada, não está demonstrado o interesse comum estabelecido no art. 124, I, do CTN.

Ademais, o próprio Sr. Alcemir José Sardagna, compareceu à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Guarulhos, em atendimento ao Termo de Início de Procedimento Fiscal, e prestou esclarecimentos, inclusive, demonstrando desconhecer os fatos, sobretudo o motivo de a empresa informar em GFIP a opção pela sistemática de tributação pelo Simples Nacional. É de se destacar os seguintes trechos e que constam no Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades Fiscais (fls. 1403/1417):

[...] O depoente já qualificado como Sócio da Empresa TRANSMAGNA TRANSPORTES EIRELI CNPJ: 79.942.140/0001-39, na Ação Fiscal iniciada em 14 de abril de 2016 em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal de nº 08.1.11.00-2016-00059 declara:

QUE a empresa não era optante pelo sistemática de tributação pelo SIMPLES NACIONAL no período de 01/01/2013 a 31/12/2013,

QUE a empresa não fez recolhimentos dos tributos previdenciários para o período de 01/01/2013 a 31/12/2013 com base na RECEITA BRUTA (Desoneração da Folha de Pagamento),

QUE não sabe o motivo da empresa informar em GFIP a opção pela sistemática de tributação pelo SIMPLES NACIONAL,

QUE não tinha conhecimento de que a empresa efetuou a opção em GFIP pela sistemática de tributação pelo SIMPLES NACIONAL,

QUE no período de 01/01/2013 a 31/12/2013 havia a necessidade da empresa de apresentar CERTIDÕES NEGATIVAS para as empresas para as quais presta serviço,

QUE reconhece que a empresa não recolheu as contribuições previdenciárias patronais e sobre terceiros no período de 01/01/2013 a 31/12/2013.

Cabe destacar que, em nenhum momento, o Sr. Alcemir José Sardagna afirmou que a empresa realizou a opção deliberada de preencher incorretamente a GFIP, com o intuito de obter regularidade em Certidões Negativas, sendo que, a conclusão apontada foi presumida pela acusação fiscal, estando, contudo, desacompanhada de provas neste sentido.

Para além do exposto, seguindo o entendimento do STJ expresso no REsp 1.101.278, julgado na sistemática do art. 543-C do CPC, o descumprimento da obrigação tributária principal não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio ou administrador, prevista no art. 135 do CTN.

Dessa forma, afasto a responsabilidade tributária solidária do Sr. Alcemir José Sardagna, por entender que não estão presentes as condições estipuladas pelo art. 135, I, da Lei nº 5.172/66, nem mesmo o interesse comum estabelecido no art. 124, I, da mesma Lei, eis que exigem o dolo do sujeito passivo.

Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER de ambos os recursos, para, rejeitar a preliminar e, no mérito, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário da empresa, a fim de afastar a qualificadora da multa, reduzindo-a para 75%, bem como para DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário do responsável solidário, a fim de excluir a responsabilidade solidária do Sr. Alcemir José Sardagna.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro – Redator Designado

Não obstante as sempre bem fundamentadas razões do ilustre Conselheiro Relator, peço vênica para manifestar entendimento divergente.

Antes de mais nada, pelo porte, é manifesto não poder a empresa optar pelo Simples Nacional. Em outros termos, o faturamento declarado em DIPJ foi de R\$ 151.939.848,62 (FICHA 06A, entre 01/01/2013 e 31/12/2013), ou seja, quarenta vezes superior ao limite máximo de faturamento estabelecido para empresas de pequeno porte, como bem destaca a fiscalização.

Ao apresentar DIPJ e não Declaração Simplificada, a própria empresa revela se reconhecer como não optante, tendo sido objeto de lançamento de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS em outro processo, como atesta o Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades Fiscais.

Em relação às contribuições objeto do presente lançamento não houve omissão de receita ou de rendimentos, mas não recolhimento e declaração de que as contribuições seriam devidas no âmbito do regime do Simples Nacional.

Além disso, restou incontroverso ter se adotado o código de pagamento 2003 para as GPS no CNPJ da empresa (e não 2100), a revelar efetiva intenção de aparentar ser empresa optante pelo Simples Nacional e não mero erro na GFIP, como bem assevera a fiscalização.

Portanto, a fiscalização apresenta elementos probatórios aptos a gerar a convicção de não haver simples erro no momento em que se lançou o código “2”, correspondente a opção pelo regime de tributação do Simples Nacional, nas GFIPs referentes às competências do ano de 2013.

Em outras palavras, aflora do conjunto probatório a vontade e consciência de se obter o resultado especificado nos arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502, de 1964, e mediante a prestação de informação falsa em GFIP, ainda mais quando se considera a constante necessidade de a empresa extrair Certidões Negativas, tendo emitido 218 certidões entre 12/02/2013 e 04/10/2013. Logo, correta a qualificação da multa.

Em relação ao recurso voluntário do Sr. Alcemir José Sardagna, acompanho as ponderações levantadas pelo Conselheiro Cleber Alex Friess entendendo que a qualificação da multa não implica necessariamente a imputação de responsabilidade solidária ao sócio, não tendo a fiscalização demonstrado ter havido participação do Sr. Alcemir José Sardagna e se limitado a invocar o inciso I do art. 135 do CTN para concluir ser o sócio pessoalmente responsável por ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei (em tese, crime do art. 2º, I, da Lei nº 8.137, de 1990), contrato social ou estatutos.

Isso posto, voto por rejeitar a preliminar veiculada em ambos os recursos voluntários e, no mérito, por negar provimento ao recurso voluntário da empresa e por dar provimento parcial ao recurso voluntário do Sr. Alcemir José Sardagna para tão somente o excluir do polo passivo solidário.

(assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro.