



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

Processo nº	16095.720399/2012-19
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	2401-003.178 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	17 de setembro de 2013
Matéria	APROPRIAÇÃO INDÉBITA
Recorrente	VASKA INDUSTRIAL E COMÉRCIO LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE
LANÇAMENTO - GFIP. SEGURADOS EMPREGADOS DESCRITOS EM
FOPAG - NÃO IMPUGNAÇÃO EXPRESSA - PARCELA DESCONTADA
DOS SEGURADOS EMPREGADOS

A não impugnação expressa dos fatos geradores objeto do lançamento importa em renúncia e conseqüente concordância com os termos do AIOP. O recorrente apenas alega, sem apresentar comprovante de recolhimento das contribuições descontadas dos segurados empregados.

Simplesmente alegar nulidade, ou que o lançamento foi realizado por presunção não determina a improcedência do lançamento quando o recorrente não junta elementos probatórios capazes de comprovar suas alegações.

MULTA SOBRE JUROS -

A aplicação de juros sobre muito de ofício é aplicável na medida que esta faz parte do crédito apurado. O art. 161 do Código Tributário Nacional - CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o “crédito” a que se refere o caput do artigo. Assim, fazendo parte do crédito junto com o tributo, devem ser aplicados a multa os mesmos procedimentos e os mesmos critérios de cobrança, devendo, portanto, sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento.

TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ELEMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PESSOAL

O sujeito passivo da obrigação é a empresa, somente atribuindo responsabilidade pessoal aos sócios quando atos dos mesmos deixam claro a intenção de fraudar, causar dano ao ente público. Conforme dito

anteriormente o recorrente não causou embaraço a fiscalização, inclusive tendo-lhe apresentados documentos que permitiram ao fisco confrontar as folhas de pagamentos, com as RAIS e GFIP. Não fosse isso, teria o auditor apurado o crédito por aferição indireta arbitrando todas as bases de cálculo.

Para cada uma das faltas imputadas ao recorrente (sujeito passivo empresa), existem previsões legais de autuação do estabelecimento, quais sejam AI específico pela não apresentação de documentos, autos de infração pela ausência de contabilização devida dos fatos contábeis, não inclusão de valores em FOPAG, não informação em GFIP. Ou seja, da análise da situação demonstrada nos autos, além das práticas comuns adotadas pelas empresas objeto de autos de infração, não vislumbrei a indicação de outros atos pessoais do administrador da empresa, que ensejassem, neste primeiro momento o posição de sujeito passivo, junto com o pessoa jurídica.

QUALIFICAÇÃO DA MULTA - APROPRIAÇÃO INDÉBITA - DEMONSTRAÇÃO DE CONDUTA DOLOSA.

A qualificação da multa imposta não nasce do mero inadimplemento do recorrente, ou mesmo da mera emissão da Representação fiscal, quando não evidenciado pela autoridade fiscal a intenção de agir com dolo, fraude ou mesmo simulação. No presente lançamento, é fácil identificar tratar-se de conduta dolosa (apropriar-se da contribuição descontada dos segurados empregados, já que é esse o objeto do presente AIOP)) que acaba por ser ratificada pela ausência de informações em GFIP no claro intuito de omitir perante o fisco a ocorrência do fato gerador. Ao contrário de outros lançamentos, não é a simples ausência de informação em GFIP de uma verba, cuja incidência de contribuições é duvidosa. Estamos falando de contribuição do próprio segurado, cuja obrigação da empresa é cristalina: reter, informar e recolher a contribuição descontada.

AGRAVAMENTO DA MULTA - ART. 44, § 2º DA LEI 9430.

O dispositivo legal que autoriza o agravamento é claro, sempre que não atender o contribuinte, intimações, com vistas a melhor esclarecer a prática adotada pela empresa no cumprimento da legislação tributária, procederá a autoridade fiscal ao agravamento da multa. Não estamos falando no presente caso de mera não apresentação de documento, que pode ser facilmente substituído por outro entregue pela empresa, mas sim, de não apresentação de qualquer outro documento fiscal, contábil, oportunizando ao fisco fácil acesso as bases de cálculo e fatos geradores decorrente do exercício de sua atividade.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a) rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento; e b) excluir do polo passivo José Luiz Martin Elexpe; e II) Pelo voto de qualidade, no mérito, negar provimento ao recurso. Vencidos os conselheiros Igor Araújo Soares, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Carolina Wanderley Landim, que reduziam a multa de ofício ao patamar de 150% e afastavam os juros sobre a multa.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata a presente AIOP, lavrado sob n. 51.031.321-3, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo dos segurados empregados, arrecadadas pela empresa, mediante desconto das remunerações de seus segurados, e deixaram de ser recolhidas à Previdência Social.. O lançamento compreende competências entre o período de 01/2009 a 12/2009.

Conforme o relatório fiscal os valores constantes dos Autos de Infração nº 51.031.3221, 51.031.3230 e 51.031.3248 referem-se às seguintes contribuições:

a) Levantamento “AP” – FOLHA DE PAGAMENTO “... contribuições previdenciárias da PARTE DA EMPRESA, devidas ao INSS, e as destinadas à ENTIDADES E FUNDOS, discriminados no anexo FDL, incidentes sobre o salário de contribuição dos segurados empregados da autuada (...), relativas ao período de 01.2009 a 13.2009, e não foram recolhidas, e não declaradas em GFIP’s – Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social”.

b) Levantamento “RA” – VALORES DECLARADOS NA RAIS “...contribuições previdenciárias da PARTE DA EMPRESA, da PARTE DOS SEGURADOS, e as destinadas à ENTIDADES E FUNDOS, discriminados no anexo FDL, incidentes sobre o salário de contribuição dos segurados empregados da autuada (...), relativas ao período de 01.2010 a 13.2010, ão foram recolhidas, e não declaradas em GFIP’s – Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social”.

Ainda nos termos do mencionado relatório:

1º) Tal procedimento, acrescenta o auditor fiscal, caracteriza em tese, crime contra a Seguridade Social, previsto no inciso I , parágrafo 1º, do artigo 168A, da Parte Especial do Decreto-lei nº 2.848, de 07.12.1940 Código Penal Brasileiro , com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.983, de 14.07.2000, e está sendo objeto de Representação Fiscal para Fins Penais;

2º) Serviram de base ao lançamento, as folhas de pagamento de salários dos segurados empregados, do período do débito, sendo que, além desses documentos, embora reiteradamente intimada a tanto, nenhum outro foi apresentado pela autuada;

3º) Das contribuições consignadas nas folhas de pagamento, foram deduzidas as declarados em GFIP antes do início da ação fiscal;

4º) O demonstrativo dos valores apurados, com a respectiva dedução dos valores confessados em GFIP, constitui o RL Relatório de Lançamentos, e o valor remanescente, objeto desta autuação, constitui o DAD Discriminativo Analítico do Débito;

5º) Conforme previsão do artigo 35-A da Lei Nº 8.212/91, a multa de ofício a ser aplicada ao débito é a prevista no artigo 44 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, ou seja, de 75% (inciso I), duplicada pela omissão do contribuinte em declarar os valores das contribuições previdenciárias devidas nas GFIPs (parágrafo primeiro) e na forma do artigo 71 da Lei nº 4.502/64, caracterizando em tese, ocorrência de crime de Sonegação Fiscal, que está sendo objeto de Representação Fiscal para Fins Penais acrescidos de mais 50% cinquenta por cento

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 20/11/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 30/01/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, Assinado digitalmente em 20/11/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA

Impresso em 01/03/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

pelo não atendimento as intimações (parágrafo 2.), resultando em 225 % (duzentos e vinte cinco por cento); e

6º) Com fundamento no artigo 124 da Lei nº 5.172 de 25/10/1966, consideramos o sócio administrador da autuada, José Luis San Martin Elexpe, **SOLIDARIAMENTE RESPONSÁVEL** pelo presente débito pelas razões expostas no TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA, que acostamos como parte integrante do presente Auto de Infração, sendo que a qualificação do mesmo e o período de respectiva atuação na empresa constitui o "Relatório de Vínculos".

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 13/12/2012, tendo a identificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 18/12/2012.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela notificada, fls. 99 a 134..

A Decisão-Notificação confirmou a procedência total da autuação, fls. 212 a 241.

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009 CRÉDITO
PREVIDENCIÁRIO. BASES DE CÁLCULO. APURAÇÃO.*

EXAME DAS FOLHAS DE PAGAMENTO. PRESUNÇÃO.

INEXISTÊNCIA.

Não configura presunção das bases de cálculo das contribuições previdenciárias a apuração dos respectivos valores a partir do exame das folhas de pagamento apresentadas pelo sujeito passivo.

*CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. RECONHECIMENTO DE
INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI FEDERAL.
IMPOSSIBILIDADE.*

Descabe às autoridades que atuam no contencioso administrativo proclamar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal regularmente posto e em vigor, vez que tal mister incumbe tão somente aos órgãos do Poder Judiciário.

*MULTA DE OFÍCIO. INEXISTÊNCIA DE FRAUDE.
SONEGAÇÃO.*

QUALIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Ainda que não configurada a fraude, pode a multa de ofício ser duplicada no caso de ocorrência de sonegação fiscal, bem como ser aumentada de metade na situação prevista no § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

*JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. COMPETÊNCIA.
EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.*

A análise da cobrança de juros sobre a multa de ofício extrapola a presente jurisdição, uma vez que a exigência não está consubstanciada no ato jurídico do lançamento tributário e se reportaria a evento futuro de cobrança.

JUROS SOBRE MULTA LEGALIDADE.

Correta a incidência de juros moratórios sobre a multa aplicada, haja vista esta compor o crédito tributário, conforme legislação vigente.

SÓCIO ADMINISTRADOR. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. CONFIGURAÇÃO. SUJEIÇÃO PASSIVA

Constatada a ocorrência de qualquer das situações de fato previstas no caput do art. 135 do Código Tributário Nacional, impõe-se a responsabilização do sócio administrador da empresa pelo crédito tributário constituído.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROVAS. JUNTADA APÓS O PRAZO DE IMPUGNAÇÃO. POSSIBILIDADE RESTRITA ÀS HIPÓTESES LEGAIS.

No processo administrativo fiscal disciplinado pelo Decreto federal nº 70.235/72, a regra é de que a prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, exceto nas hipóteses do § 4º do art. 16 do referido normativo.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

.Não concordando com os termos da decisão apresentou o recorrente recurso fls. 160 a 189, onde em síntese alega:

1. A fiscalização presume quais sejam os valores dos salários dos funcionários da Vaska e, arbitrariamente, estipula os valores que servem de base à autuação, motivo pelo qual o auto já seria nulo;
2. Para a aplicação da multa de 225% seria indispensável a plena caracterização da prática fraudulenta pela recorrente, pois, inobstante a inconstitucionalidade e desproporcionalidade que maculam a multa nesse percentual, fato é que mesmo a jurisprudência do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Súmula nº 14) só a autoriza em casos extremos, quando há comprovação inequívoca de dolo, fraude ou simulação– o que não ocorreu –, devendo a multa, destarte, ser reduzida para o máximo de 75%;
3. É imprescindível que também seja afastado o posicionamento do Fisco referente à incidência de juros de mora sobre a multa constituída, assim porque o art. 44 da Lei nº 9.430/96 não faz qualquer menção à incidência de juros sobre as multas aplicáveis em caso de lançamento de ofício, como por ser este o entendimento manifesto pelo próprio CARF em diversos julgamentos, tais como os reproduzidos na defesa (fls. 107 e 108); e
4. Deve ser igualmente afastado o Termo de Sujeição Passiva lavrado pela fiscalização, tendo em vista que não há qualquer abuso de poder ou dolo comprovados, aptos a justificarem a inclusão do sócio José Luiz San Martin Elexpe no polo passivo da ação.

Igualmente irresignado com o lançamento, o sócio José Luiz San Martin Elexpe também impugnou-o por meio do expediente de fls. 79 a 93, onde repete as alegações já expendidas pela empresa e, ainda, acrescenta o seguinte acerca do Termo de Sujeição Passiva Solidária referido no item 8 do Relatório Fiscal:

5. A solidariedade prevista no inciso I do art. 124 do Código Tributário Nacional pressupõe que dois ou mais devedores tenham interesse comum na constituição do fato gerador, ou seja, que ambos estejam na condição de sujeito passivo da obrigação tributária, de modo que, somente na impossibilidade das provas diretas serem produzidas, está a fiscalização autorizada a adotar medida extrema baseada na comprovação pelo menos dos fatos que constituem indícios;
6. O fato de a Vaska possuir outros débitos tributários, como aduzido no Termo de Sujeição Passiva, não autoriza, por si, a sujeição passiva de seu sócio administrador, vez que não há previsão legal para tanto;
7. O Termo de Sujeição Passiva contra o qual a recorrente se insurge não aponta em momento algum quais seriam os fatos, comprovados documentalmente, que demonstrariam de forma inequívoca que o ora Impugnante agiu com dolo, ou seja, o Termo é genérico, em flagrante desconformidade com o art. 31, do Decreto nº 70.235/72, o que acaba por ensejar o cerceamento de defesa do Impugnante sobre as questões fáticas arguidas; e
8. A fiscalização não conseguiu demonstrar o nexo de causalidade entre os supostos indícios apurados, e o fato que se deseja apurar (aqui o impugnante reproduz texto de autoria de Luiz Eduardo Schoueri, bem como de acórdão proferido pelo CARF, com o intuito de demonstrar que *“os agentes da Receita Federal do Brasil realmente partiram de presunções simples, ou seja, aquelas decorrentes de suas próprias ilações e não de elementos que caracterizam a prova concreta, convincente e inequívoca do envolvimento do Impugnante”*); Ao final, ambos os impugnantes protestam pela ulterior juntada de provas.
9. A Delegacia da Receita Federal do Brasil, encaminhou o processo a este Conselho para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 1271. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO

Destaca-se, ainda em sede de preliminar que o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, **nulidade por cerceamento de defesa, ou muito menos presunção dos fatos geradores descritos**. A nulidade é declarada, quando viciado ou ilegal o ato praticado, o que não é o caso. Destaca-se ter o auditor cumprido todos os passos necessários a realização do procedimento: autorização por meio da emissão Termo de Intimação Fiscal, com a competente intimação para apresentação dos documentos e esclarecimentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária. Autuação dentro do prazo autorizado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do AI ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes.

Os valores apurados como fatos geradores foram obtidos nas folhas de pagamento da própria empresa, razão pela qual não merece guarida o argumento de que a fiscalização apurou os valores por mera presunção. No relatório fiscal é possível identificar no item 3, que o auditor apreciou antes de indicar as verbas como base de cálculo de contribuições. Observa-se que mesmo depois de ter a autoridade julgadora afastado pontualmente as alegações do recorrente, este, em seu recurso simplesmente repetiu as alegações e requereu a apresentação oportuna de outras provas. Ora, que momento seria mais oportuno do que na impugnação ou mesmo quando da apresentação do recurso, para que fossem apresentadas as provas pertinentes a comprovar que as ilações apresentadas pelo auditor mostraram-se inverídicas.

Os valores apurados como fatos geradores foram obtidos nas folhas de pagamento da própria empresa ou para os casos em que não apresentou o recorrente qualquer documento, foi realizado lançamento com base na RAIS (que diga-se também é documento preparado pelo próprio recorrente), razão pela qual não merece guarida o argumento de que a fiscalização apurou os valores por mera presunção. No relatório fiscal é possível identificar no item 3, que o auditor apreciou antes de indicar as verbas como base de cálculo de contribuições. Observa-se que mesmo depois de ter a autoridade julgadora afastado pontualmente as alegações do recorrente, este, em seu recurso simplesmente repetiu as alegações e requereu a apresentação oportuna de outras provas. Ora, que momento seria mais oportuno do que na impugnação ou mesmo quando da apresentação do recurso, para que fossem apresentadas as provas pertinentes a comprovar que as ilações apresentadas pelo auditor mostraram-se inverídicas.

Como argumenta o próprio recorrente, a busca da verdade material deve prevalecer, mas para tanto, competiria ao recorrente comprovar que os valores lançados em

suas folhas ou mesmo RAIS, encontravam-se incorretos. Aliás, se observamos, essa repetição de argumentos, já afastados pelo recorrente, só caberiam ser revistos por esse conselho, caso o contribuinte apresentasse novos elementos, principalmente acompanhados de provas de suas alegações. É fato que, tratando-se de matéria incontroversa, já que não se julga no presente caso interpretação de incidência de contribuições, mas tão somente ausência de recolhimentos frente fatos geradores descritos pelo próprio recorrente, que compete ao recorrente unicamente demonstrar que o lançamento não corresponde com a realidade dos documentos apresentados.

Note-se, que as alegações de que o procedimento não poderia prosperar por não ter a autoridade realizado a devida indicação dos valores ou mesmo fundamentação das contribuições, baseando-se em presunções, não lhe confiro razão, conforme descrito acima.. Não só o relatório fiscal e complementar se presta a esclarecer as contribuições objeto de lançamento, como também o DAD – Discriminativo analítico de débito, que descreve de forma pormenorizada, mensalmente, a base de cálculo, as contribuições e respectivas alíquotas. Para tanto seria simples para o recorrente confrontar as base de cálculo descritas nos referidos relatórios com suas FOPAG e GFIP, o que não o fez. Sem contar, ainda, o relatório FLD – Fundamentos Legais do Débito que traz toda a fundamentação legal que embasou o lançamento.

Superadas as preliminares passo ao exame do mérito.

DO MÉRITO

Importante informar, que meros argumentos não afastam os fatos e documentos descritos pela autoridade fiscal, para atestar o lançamento de contribuições. Ademais, mesmo depois de proferida a decisão de primeira instância, não trouxe o recorrente, qualquer documento para comprovar suas alegações, pelo contrário repetiu praticamente os argumentos trazidos em sua impugnação.

Basta uma leitura do relatório fiscal e complementar, bem como, dos inúmeros anexos que o compõem para que se chegue a mesma conclusão trazidas pelo auditor fiscal no lançamento em questão e em todos os demais lavrados durante o mesmo procedimento. No presente lançamento estão contidas contribuições retidas e não recolhidas, caracterizando crime de apropriação indébita. Dessa forma, competiria ao recorrente demonstrar que a autoridade fiscal equivocou-se na base de cálculo apurada, ou mesmo que havia procedido ao recolhimento das contribuições descontadas dos segurados que lhe prestaram serviços no período objeto do lançamento.

Conforme já afastado em sede de preliminar, entendo que longe está o lançamento em questão de fundar-se em mera presunção, uma vez que não apenas o auditor indicou devidamente os fatos geradores aqui arrolados, com em momento algum desincumbiu-se o recorrente de comprovar a inexistência do crédito apurado.

DO QUESTIONAMENTO SOBRE A MULTA IMPOSTA

Quanto ao questionamento que incabíveis a qualificação e o agravamento da multa, inicialmente convém transcrever a decisão de primeira instância que manteve o lançamento. Senão vejamos:

Enfrentemos, agora, a afirmação de que, para a aplicação da multa de 225%, é necessária a plena caracterização da prática

fraudulenta pelo sujeito passivo, consoante entendimento pacificado no âmbito do próprio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, por meio da Súmula nº 14, a qual, de fato, assim dispõe:

8 “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.”

Lembre-mos, antes de prosseguir, que para a multa atingir o percentual de 225%, é necessária a aplicação conjunta do inciso I e dos §§ 1º e 2º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, a seguir reproduzidos:

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.

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

I prestar esclarecimentos;

II apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991; III apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.

Deveras, 75% (inciso I)

+ 75 % (duplicação prevista no § 1º)

150%

+ 75% (aumento de metade de 150%, conforme o § 2º)

225%

Voltando à alegação do sujeito passivo, temos que ela é procedente apenas no que se refere às situações de fato aventadas no enunciado da referida súmula do CARF e, cumulativamente, à duplicação estabelecida no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, in verbis:

Dizendo-o mais claramente, tal afirmação da defesa procede:

1º) apenas no que se refere à omissão de receita ou de rendimentos, porque é destas situações, exclusivamente, que trata o enunciado da súmula nº 14;

2º) apenas no tocante à duplicação estabelecida no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, porque é somente nesse parágrafo que a fraude é trazida para o ambiente do referido diploma, via a menção do art. 72 da Lei nº 4.502, de 30/11/1964, assim redigido:

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.

Com tais ideias, vejamos como o auditor notificante motiva, em seu relatório, a aplicação da multa de 225%:

“5. Conforme previsão do artigo 35A da Lei Nº 8.212/91, a multa de ofício a ser aplicada ao débito é a prevista no artigo 44 da Lei Nº 9.430, de 27/12/1996: 75% setenta e cinco por cento (inciso I), duplicada pela omissão do contribuinte em declarar os valores das contribuições previdenciárias devidas nas GFIPs (parágrafo primeiro) e na forma do artigo 71 da Lei Nº 4.502/64, caracterizando em tese, ocorrência de crime de Sonegação Fiscal, que está sendo objeto de Representação Fiscal para Fins Penais acrescidos de mais 50% cinquenta por cento pelo não atendimento as intimações (parágrafo 2º), resultando em 225 % (duzentos e vinte cinco por cento).”

Fácil de perceber que o comportamento imputado ao sujeito passivo, que deu origem à penalização ora impugnada, não se subsume, por qualquer aspecto, ao enunciado proveniente do CARF, seja por não corresponder a omissão de receita ou de rendimentos, mas sim a omissão “em declarar os valores das contribuições previdenciárias devidas nas GFIPs”, seja por ter sido enquadrado no art. 71 da Lei nº 4.502/64, que dispõe sobre a sonegação fiscal, e não no art. 72, que, segundo vimos, alude à fraude. Vejamos, a propósito, o mencionado art. 71:

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; A confirmar que a omissão dos referidos dados em GFIP caracteriza o crime de sonegação fiscal, o art. 337-A do Código Penal brasileiro prescreve o seguinte:

Sonegação de contribuição previdenciária Art. 337-A.

Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador

autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; (grifamos)

Omitir “de documento de informações previsto na legislação previdenciária”, diz o Código, o que nos remete a estes dispositivos da Lei nº 8.212/91:

Art. 32. A empresa é também obrigada a:

(...)

IV – declarar à Secretaria da Receita Federal do Brasil e ao Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, na forma, prazo e condições estabelecidos por esses órgãos, dados relacionados a fatos geradores, base de cálculo e valores devidos da contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS ou do Conselho Curador do FGTS;(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

§ 2º A declaração de que trata o inciso IV do caput deste artigo constitui instrumento hábil e suficiente para a exigência do crédito tributário, e suas informações compõem a base de dados para fins de cálculo e concessão dos benefícios previdenciários.

Como a primeira conduta do sujeito passivo noticiada no item 5 do relatório fiscal (a qual, ressalte-se, não é infirmada pela defesa) se amolda à hipótese descrita nos normativos penais que vimos de citar, correta se mostra a duplicação da multa de que cuida o § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, com o que o percentual previsto no inciso I passa de 75% para 150%.

Ao mesmo tempo, é indubitável que a segunda conduta do contribuinte, descrita no mesmo item 5 e no item 3 do relatório fiscal e igualmente não contestada pela defesa – qual seja, o não atendimento às diversas intimações para apresentação de documentos e/ou prestação de esclarecimentos à fiscalização, conforme os Termos anexados às fls. 03, 04, 09, 10, 13, 17, 18 e 21 –, corresponde à descrita no inciso I do § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430/96 (v. transcrição acima), do que resulta também correta a imposição do aumento previsto nesse parágrafo (cuja aplicação, destaque-se independe de “comprovação inequívoca de dolo, fraude ou simulação”, como parece supor a impugnante), e, por consequência, a majoração daquele percentual de 150% para 225%.

Ao ler os argumentos trazidos pelo julgador, confesso que acompanho seu raciocínio em relação a legislação que rege a matéria, tendo o mesmo se desincumbido de rechaçar as alegações trazidas pelo recorrente.

Procedeu a autoridade fiscal inicialmente, a qualificação da multa consubstanciada no art. 44, § 1º da lei 9430

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

Como o lançamento em questão, deu-se já na vigência da lei 11.941/2009, nos casos de lançamento de ofício cabível a aplicação da multa de 75%, conforme, bem aplicado pelo auditor em relação aos fatos geradores ocorridos na vigência da referida lei, ou seja, após a competência 12/2008.

Quanto a aplicação da multa qualificada (150%), devemos debruçar-mo-nos, sobre o relatório fiscal e demais documentos que compõem o auto de infração para identificar a situação fática enquadra-se aos casos elencados no art. 71, 72 e 73 da lei 4.502/64, abaixo transcrita:

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

Ora, a definição das referidas condutas é evidenciada pela literalidade dos próprios dispositivos legais, sendo que o auditor em seu relatório destaca a ocorrência da conduta descrita no art. 71 da 9.430

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.

Inicialmente entendo, que a qualificação da multa imposta não nasce do mero inadimplemento do recorrente, ou mesmo da mera emissão da Representação fiscal, quando não evidenciado pela autoridade fiscal a intenção de agir com dolo, fraude ou mesmo simulação. No presente lançamento, é fácil identificar tratar-se de conduta dolosa (apropriar-se da contribuição descontada dos segurados empregados, já que é esse o objeto do presente AIOP)) que acaba por ser ratificada pela ausência de informações em GFIP no claro intuito de omitir perante o fisco a ocorrência do fato gerador. Ao contrário de outros lançamentos, não é a simples ausência de informação em GFIP de uma verba, cuja incidência de contribuições é duvidosa. Estamos falando de contribuição do próprio segurado, cuja obrigação da empresa é cristalina: reter, informar e recolher a contribuição descontada.

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

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

Assim, entendo que agiu dentro dos estritos ditames legais o auditor ao proceder a qualificação da multa.

Já quanto ao agravamento da multa, o dispositivo legal que devemos apreciar, para identificar a correta aplicação é o art. 44, § 2º da lei 9430.

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos; (Renumerado da alínea "a", pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991; (Renumerado da alínea "b", com nova redação pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei. (Renumerado da alínea "c", com nova redação pela Lei nº 11.488, de 2007)

Pessoalmente, tive a oportunidade de apreciar casos de simulação, donde deixou claro o auditor que a intenção do sujeito passivo em acobertando uma situação fática de verdadeira simulação entre empresas, valeu-se da redução de tributos, mediante a utilização de sistemática de tributação pelo SIMPLES, sendo que a retenção de informações tinha por objetivo justamente dificultar a pratica do ato indevido.

Observemos, que não procedeu a autoridade fiscal a aplicação de outro auto de infração relacionado a mesma conduta, qual seja, omitir documentos durante o procedimento fiscal. O dispositivo legal que autoriza o agravamento é claro, sempre que não atender o contribuinte, intimações, com vistas a melhor esclarecer a pratica adotada pela empresa no cumprimento da legislação tributária, procederá a autoridade fiscal ao agravamento da multa. Não estamos falando no presente caso de mera não apresentação de documento, que pode ser facilmente substituído por outro entregue pela empresa, mas sim, de não apresentação de qualquer outro documento fiscal, contábil, oportunizando ao fisco fácil acesso as bases de cálculo e fatos geradores decorrente do exercício de sua atividade.

Destaco, aqui trecho do acórdão n. 9202-002768 de relatoria da Dra. Maria Helena Cotta Cardozo, onde fica demonstrada a função do agravamento em questão:

- a) - com efeito, pode, por exemplo, emitir intimações para que o contribuinte apresente extratos bancários, como pode buscar tais informações diretamente junto às instituições financeiras;
- b) caso a fiscalização, por conta das circunstâncias do caso concreto, opte por busca-las diretamente com o contribuinte e, para tanto, expede as intimações pertinentes, não pode o contribuinte furtar-se em cumpri-las, sob pena de sanção legal;
- c) no caso em tela, a sanção está expressamente prevista no § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996;
- d) neste sentido, não podemos concordar com o entendimento do ilustre Relator que, grosso modo, admite o descumprimento de intimações

fiscais, sem agravamento de multa, sempre que houver possibilidade de o fisco buscar os esclarecimentos pretendidos de outra forma.

e) como se observa, a prosperar tal entendimento, isso aniquilaria todo o trabalho da fiscalização tributária, uma vez que as intimações passariam a ser meras solicitações, de cumprimento facultativo pelos contribuintes;

Assim, rejeitos os argumentos do recorrente no sentido de ausência de fundamentos tanto para qualificação da multa, como para o seu agravamento, estando devido o percentual de 225% aplicado.

DA ILEGALIDADE DA APLICAÇÃO DE JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

Alega o recorrente que ilegal a cobrança de juros sobre a multa de ofício, contudo, entendo que razão não assiste ao recorrente neste ponto. Conforme já apreciado pela autoridade julgadora,

8. No caso concreto, aplicou-se a multa de ofício prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, e os juros de mora disciplinados no art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, por força dos arts. 35 e 35A da Lei nº 8.212, de 1991, nos termos da Lei nº 11.941, de 2009, conversão da Medida Provisória nº 449, de 2008.

8.1. O art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, determina a incidência da SELIC “sobre os débitos decorrentes de tributos e contribuições”, ou seja, “débitos cuja origem remonta a tributos e contribuições”.

8.2. Além disso, não há óbice à incidência de juros sobre a multa, pois esta integra a própria obrigação principal (CTN, art. 113, § 3º) e os juros incidem sobre a totalidade do crédito tributário (CTN, art. 161).

Ao contrário do que entendeu o recorrente, a aplicação de juros sobre muito de ofício é aplicável na medida que esta faz parte do crédito apurado. O art. 161 do Código Tributário Nacional – CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o “crédito” a que se refere o caput do artigo. Assim, fazendo parte do crédito junto com o tributo, devem ser aplicados a multa os mesmos procedimentos e os mesmos critérios de cobrança, devendo, portanto, sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento.

No mesmo sentido, manifestou-se por maioria a Câmara Superior de Recursos Fiscais, no processo 10.768.010559/2001-19, Acórdão 9202-01.806 de 24 de outubro de 2011, cuja ementa transcrevo abaixo:

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE
IRRF**

Ano calendário: 1997

**JUROS DE MORA COM BASE NA TAXA SELIC SOBRE A
MULTA DE OFÍCIO APLICABILIDADE.**

O art. 161 do Código Tributário Nacional – CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o “crédito” a que se refere o caput do artigo Recurso especial negado.

É legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício, sendo que tais juros devem ser calculados pela variação da SELIC.

Precedentes do Tribunal Regional da 4ª Região.

Recurso Especial Negado.

A matéria sob exame pode ser dividida em duas questões, que se completam.

A primeira, diz respeito à própria possibilidade genérica da incidência de juros sobre a multa, e centra-se na interpretação do artigo 161 do CTN; a segunda questão envolve a discussão sobre a existência ou não de previsão legal para a exigência de juros sobre a multa, cobrados com base na taxa Selic.

Sobre a incidência de juros de mora o citado art. 161 do CTN prevê o seguinte:

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.”

*Inicialmente entendo que o art. 161 do Código Tributário Nacional – CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o “crédito” a que se refere o **caput** do artigo.*

Ou seja, tanto a multa como o tributo compõem o crédito tributário, devendo-lhes ser aplicado os mesmos procedimentos e os mesmos critérios de cobrança, devendo, portanto, sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento.

Ademais, não haveria porque o valor da multa permanecer congelado no tempo.

Por seu turno o § 1.º do art. 161 do CTN, ao prever os juros moratórios incidentes sobre os créditos não satisfeitos no vencimento, estipula taxa de 1% ao mês, não dispondo a lei de modo diverso. Abriu, dessa forma, possibilidade ao legislador ordinário tratar da matéria, o que introduz a segunda questão: a da existência ou não de lei prevendo a incidência de juros sobre a multa de ofício com base na taxa Selic.

O artigo 43 da Lei nº 9.430/96 traz previsão expressa da incidência de juros sobre a multa. Confira-se in verbis:

"Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, 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." (grifei)

Esse entendimento se coaduna com a Súmula nº 45 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que já previa a correção monetária da multa:

"As multas fiscais, sejam moratórias ou punitivas, estão sujeitas à correção monetária."

Considerando a natureza híbrida da taxa SELIC, representando tanto taxa de juros reais quanto de correção monetária, justifica-se a sua aplicação sobre a multa.

Precedentes do Tribunal Regional da 4ª Região:

"TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. REPETIÇÃO. JUROS SOBRE A MULTA. POSSIBILIDADE. ART. 113, § 3º, CTN. LEI Nº 9.430/96. PREVISÃO LEGAL.

1. Por força do artigo 113, § 3º, do CTN, tanto à multa quanto ao tributo são aplicáveis os mesmos procedimentos e critérios de cobrança. E não poderia ser diferente, porquanto ambos compõem o crédito tributário e devem sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento. Não haveria porque o valor relativo à multa permanecer congelado no tempo. 2. O artigo 43 da Lei nº 9.430/96 traz previsão expressa da incidência de juros sobre a multa, que pode, inclusive, ser lançada isoladamente. 3.

Segundo o Enunciado nº 45 da Súmula do extinto TFR "As multas fiscais, sejam moratórias ou punitivas, estão sujeitas à correção monetária." 4. Considerando a natureza híbrida da taxa SELIC, representando tanto taxa de juros reais quanto de correção monetária, justifica-se a sua aplicação sobre a multa."

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005.72.01.0000311/ SC, Relator: Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares)

"TRIBUTÁRIO. ART. 43 DA LEI 9.430/96. MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS.

LEGITIMIDADE.

1. É legítima a exigência fiscal consistente na incidência de juros moratórios sobre multa de ofício aplicada ao contribuinte.

Inteligência do artigo 43 da Lei 9.430/96 c/c art. 113, § 3, do CTN.

2. Improvida a apelação.”

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.70.00.0263869/ PR, Relator: Juiz Federal Décio José da Silva).

Destarte, entendo que é legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício, sendo que tais juros devem ser calculados pela variação da SELIC.

Face a decisão proferida, entendo plenamente aplicável a incidência de juros sobre a multa de ofício, conforme demonstrado na decisão acima transcrita, a qual adoto como razão para determinar a procedência da multa aplicada.

QUANTO AO TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA

Quanto a este ponto argumentou o julgador de primeira instância, quando da apreciação dos argumentos trazidos pelo impugnante:

Embora no início do campo “Contexto” do Termo de Sujeição Passiva Solidária (fls. 66 a 68) seja feita referência ao inciso I do art. 124 do CTN, não foi este o dispositivo da Lei nº 5.172/66 com base no qual o AFRFB notificante procedeu à responsabilização do sócio José Luis San Martin Elexpe, como se constata pela leitura do texto a seguir reproduzido, extraído do mesmo Termo:

“Considerando que o sr. José Luis San Martin Elexpe, é sócio administrador da empresa desde a sua constituição em 17/08/1976, conforme tela de consulta da ficha cadastral da JUCESP, e portanto administrador da empresa tanto a época das infrações à Lei acima relatadas, e contemporaneamente a recusa de prestar qualquer esclarecimento à fiscalização, cabe a sua responsabilização pessoal pelos créditos ora apurados, sendo elaborado o presente Termo de Sujeição Passiva Solidária, com fulcro no inciso III do artigo 135 do CTN, “in verbis”:

(grifamos)

“art. 135. 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:

III os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

Por tal motivo, eximimonos de enfrentar as considerações aqui expendidas pela defesa.

Alegação da defesa

O fato de a Vaska possuir outros débitos tributários, como aduzido no Termo de Sujeição Passiva, não autoriza, por si, a sujeição passiva de seu sócio administrador, vez que não há previsão legal para tanto.

A presente alegação decorre, certamente, da seguinte afirmação do auditor fiscal no aludido Termo de Sujeição Passiva Solidária:

“Não fossem as flagrantes infrações a legislação tributaria cometidas pelo sr. José Luis, a empresa é contumaz devedora dos tributos administrados pela Receita Federal do Brasil.”

A nosso ver, a afirmação de que “a empresa é contumaz devedora dos tributos administrados pela Receita Federal do Brasil” não necessariamente possui o significado que a impugnante parece lhe haver atribuído, qual seja o de que a empresa possui “outros débitos tributários”.

Com efeito, tomando-se como exemplo o inciso I do art. 2º da Lei nº 13.711/2011, do Estado do Rio Grande do Sul, de acordo com o qual considera-se devedor contumaz o contribuinte que “deixar de recolher débitos declarados em Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, em 8 (oito) meses de apuração do imposto nos últimos 12 (doze) meses anteriores ao corrente”, é possível que a qualificação da autuada como contumaz devedora dos tributos administrados pela Receita Federal do Brasil seja resultante de não ter ela, a empresa, recolhido contribuição previdenciária alguma durante todo o ano de 2009, consoante assim narrado no Termo sob análise:

“Não obstante, no ano calendário de 2009, a empresa nos apresentou as folhas de pagamento de salários dos segurados empregados, onde consta mensalmente a consignação individualizada da contribuição previdenciária de cada um dos mais de duzentos segurados empregados com vínculo empregatício com a mesma. No entanto NENHUM CENTAVO DESSA CONTRIBUIÇÃO RETIDA foi recolhida ao INSS através de Guias da Previdência Social GPS caracterizando assim “em tese” crime de apropriação indébita previdenciária.”

Noutras palavras, a causa da qualificação da autuada como devedora contumaz pode não ter sido a existência de outros débitos que não os apurados na própria auditoria em que lavrados os Autos de Infração nº 51.031.3213, 51.031.3221, 51.031.3230 e 51.031.3248– e assim nos parece, tendo em vista que o auditor notificante não faz menção a qualquer outra importância eventualmente devida pela VASKA a título de tributo administrado pela RFB.

Seja como for, estamos de acordo com a impugnante em que a existência de outros débitos não autoriza, per si, a sujeição passiva de seu sócio administrador. Em realidade, existência de qualquer débito da pessoa jurídica – e não apenas de outros que não os exigidos por meio dos autos de infração citados no parágrafo anterior – não é, por si só, causa suficiente à imputação da aludida responsabilidade à pessoa do sócio, consoante a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, se a presente alegação do contribuinte é procedente em tese, ela não se presta aos propósitos da defesa pelo simples fato de que o Termo de Sujeição Passiva de fls. 66 a 68 não foi lavrado em virtude, tão só, da existência de débitos, mas,

sobretudo, pelas práticas assim articuladas naquele documento, dentre outras:

“Durante a ação fiscal, a empresa apesar de regular e reiteradamente intimada, apresentou unicamente as folhas de pagamento dos segurados empregados do AC 2009.”

“Ainda sob a tutela do sr José Luis, a empresa deixou de declarar em GFIP's o total da massa salarial dos segurados empregados da empresa no AC 2009 e 2010, caracterizando "em tese" crime de Sonegação Fiscal de Contribuições Previdenciárias, e acarretando enormes prejuízos aos segurados empregados que lhe prestavam serviços, pois a ausência de seus nomes e respectivas remunerações nas GFIPs, lhes causarão sérios problemas quando necessitarem de benefícios previdenciários junto ao INSS.”

“Não obstante, no ano calendário de 2009, a empresa nos apresentou as folhas de pagamento de salários dos segurados empregados, onde consta mensalmente a consignação individualizada da contribuição previdenciária de cada um dos mais de duzentos segurados empregados com vínculo empregatício com a mesma. No entanto NENHUM CENTAVO DESSA CONTRIBUIÇÃO RETIDA foi recolhida ao INSS através de Guias da Previdência Social GPS caracterizando assim "em tese" crime de apropriação indébita previdenciária.”

Se tais ocorrências legitimam ou não o chamamento do referido sócio à responsabilidade é tema que abordaremos no próximo item deste voto. Por ora, o importante é que, com base nos textos acima reproduzidos, temos por evidenciada a inadequação da presente alegação da defesa ao caso concreto sob análise.

Alegação da defesa O Termo de Sujeição Passiva contra o qual o Impugnante se insurge não aponta em momento algum quais seriam os fatos, comprovados documentalmente, que demonstrariam de forma inequívoca que o ora Impugnante agiu com dolo, ou seja, o Termo é genérico, em flagrante desconformidade com o art. 31, do Decreto nº 70.235/72, o que acaba por ensejar o cerceamento de defesa do Impugnante sobre as questões fáticas arguidas.

Primeiramente, não é verdade que o Termo de Sujeição Passiva Solidária não aponta os fatos que deram ensejo à sua emissão. Simples leitura do item anterior deste voto, onde se encontram reproduzidos os textos que noticiam as práticas constatadas pelo auditor fiscal, é bastante para infirmá-lo.

Em segundo lugar, não se vislumbra no art. 135 Código Tributário Nacional que a comprovação, pelo fisco, de que o sócioadministrador tenha agido com dolo seja condição sine qua non para se lhe imputar a responsabilidade ora questionada pela defesa.

Revejamos, a propósito, o citado dispositivo:

CTN Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 20/11/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digital

mente em 30/01/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, Assinado digitalmente em 20/11/2013 por ELAINE CRISTIN

A MONTEIRO E SILVA VIEIRA

Impresso em 01/03/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Da mesma forma, que me manifestei quando da qualificação da multa não entendo que logrou êxito o auditor em demonstrar o cumprimento dos requisitos do art. 135 III do CTN, argumentos esses capazes de demonstrar quais os atos praticados seriam considerados excesso de poderes capaz de justificar a imputação pessoal.

Embora, tenha o julgador encaminhado seu voto no sentido, de que o fato da empresa nada recolher a título de contribuição previdenciária, mesmo tendo quase 200 empregados e de nada declarar, ou mesmo deixar de entregar documentos, no entender desta relatora não são capazes de justificar a imputação de responsabilidade solidária pelos créditos apurados.

Primeiro temos que ter em mente que o sujeito passivo da obrigação é a empresa, somente atribuindo responsabilidade pessoal aos sócios quando atos dos mesmos deixam claro a intenção de fraudar, causar dano ao ente público. Conforme dito anteriormente o recorrente não causou embaraço a fiscalização, inclusive tendo-lhe apresentados documentos que permitiram ao fisco confrontar as folhas de pagamentos, com as RAIS e GFIP. Não fosse isso, teria o auditor apurado o crédito por aferição indireta arbitrando todas as bases de cálculo.

Por outro lado, para cada uma das faltas imputadas ao recorrente (sujeito passivo empresa), existem previsões legais de autuação do estabelecimento, quais sejam AI específico pela não apresentação de documentos, autos de infração pela ausência de contabilização devida dos fatos contábeis, não inclusão de valores em FOPAG, não informação em GFIP. Ou seja, da análise da situação demonstrada nos autos, além das práticas comuns adotadas pelas empresas objeto de autos de infração, não vislumbrei a indicação de outros atos pessoais do administrador da empresa, que ensejassem, neste primeiro momento o posição de sujeito passivo, junto com o pessoa jurídica.

O que entendo devido é a indicação no relatório de vínculos e de co-responsáveis a indicação do sócio responsável, mas neste caso independente de atos pessoais.

QUANTO A JUNTADA DE DOCUMENTOS

Conforme já enfrentando pelo julgador e já descrito em outro tópico desse voto o recorrente teve duas oportunidade de apresentar documentos capazes de demonstrar sua alegações, mas não o fez, razão porque não entendo deva ser oportunizado outros momentos para apresentação de outros elementos.

CONCLUSÃO

Voto por CONHECER DO RECURSO, para rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento, excluir do pólo passivo o sr. José Luiz Martin Elexpe, e no mérito NEGAR PROVIMENTO ao recurso nos termos do voto proferido.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.