



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**



**Processo nº** 19311.720319/2015-64  
**Recurso nº** Voluntário  
**Acórdão nº** 3302-008.541 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 24 de junho de 2020  
**Recorrente** VIEIRALVES EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS EIRELI - EPP  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA  
SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)**

ANO-CALENDÁRIO: 1993, 1994, 1995, 1996, 1997

Ementa:

OMISSÃO DE RECEITA.

Provada a omissão de receita, por indícios na escrituração do contribuinte ou qualquer outro elemento de prova, a autoridade tributária poderá arbitrá-la com base no valor dos recursos de caixa fornecidos à empresa por administradores, sócios da sociedade não anônima, titular da empresa individual, ou pelo acionista controlador da companhia, se a efetividade da entrega e a origem dos recursos não forem comprovadamente demonstradas.

LUCRO REAL. NÃO CUMULATIVIDADE

Ocorrendo a tributação com base no lucro real, a regra, em relação ao PIS e a Cofins, é a sistemática de não cumulatividade

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Deve prevalecer a responsabilização solidária sempre que ficar caracterizada a vinculação entre o responsabilizado e a empresa autuada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar arguida. No mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento aos recursos voluntários, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Relator e Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Corintho Oliveira Machado, Walker Araujo, Vinicius Guimarães, Jose Renato Pereira de Deus, Jorge Lima Abud, Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green e Gilson Macedo Rosenburg Filho (Presidente).

**Relatório**

Como forma de elucidar os fatos ocorridos até a decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, colaciono o relatório do Acórdão recorrido, *in verbis*:

O presente processo trata de lançamento de ofício do PIS e da Cofins, referente ao ano-calendário 2011, crédito tributário respectivo de R\$ 77.318,75 e R\$ 359.150,27, realizado em função da exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional, a partir de 01/01/2007, sendo somada à receita operacional informada pela contribuinte omissão de receita proveniente de empréstimos recebidos de suas sócias sem comprovação da origem e da efetiva entrega dos recursos. Foram arrolados como responsáveis solidários Sr. Gilberto Galbiatti (132.167.018-40), Sr. Eurípedes Jerônimo Vieira (656.890.388-49) e pela pessoa jurídica M. V. Empreendimentos e Participações LTDA, tendo como sócio administrador o Sr. Miguel Bento Vieira, CPF 042.863.322-68, tio de Neusa Helena Vieira Costa.

Consta do Termo de Verificação Fiscal que:

## 2. DA EXECUÇÃO DO PROCEDIMENTO FISCAL

(...)

*Nesse sentido, com fulcro nos Livros apresentados pela fiscalizada (fls. 181 e 182 do Livro Razão), identificaram-se vários Empréstimos com Contrato de Mútuo provenientes dos sócios para a entidade, totalizando, no ano-calendário de 2011, R\$ 2.107.000,00.*

*Outrossim, a fiscalizada foi intimada, através do Termo de Intimação Fiscal nº 01 (TIF), com ciência postal em 29/06/2015, a esclarecer e comprovar, por meio de documentação hábil e idônea, as operações de empréstimos com contrato de mútuo realizadas entre os sócios e a entidade, conforme abaixo demonstrado, ressaltando-se que deveriam guardar coincidência em datas e valores. Destaque-se que, no tocante ao fornecimento de recursos de caixa à sociedade por administradores, sócios de sociedades de pessoas, ou pelo administrador da companhia, a fiscalizada deverá comprovar, cumulativamente, a origem e a efetividade da entrega dos recursos*

## 9. DAS INFRAÇÕES APURADAS

### a. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO – PIS E COFINS

*No tocante à apuração do PIS e da Cofins incidentes sobre a receita omitida, a autuação será realizada utilizando-se a maior alíquota entre as sistemáticas do regime cumulativo e do regime não-cumulativo, haja vista não ter sido possível identificar a origem da receita omitida, com fulcro no § 4º do art. 24 da Lei 9.429/1995 (...)*

Em sua defesa, a contribuinte alega, em síntese:

### **NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO.**

(...)

*Por essas razões, o ato administrativo que excluiu a IMPUGNANTE do SIMPLES NACIONAL ainda não se tornou efetivo, na forma do artigo 76, § 3º, da Resolução 94 do CGSN, combinado com o artigo 39, § 6º, da Lei Complementar n.º 123/2006, razão pela qual são nulos de pleno direito os autos de infração lavrados contra a IMPUGNANTE. sob o fundamento de sua exclusão do SIMPLES NACIONAL.*

(...)

### **DA INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL PARA EXCLUSÃO DA IMPUGNANTE DO SIMPLES NACIONAL.**

(...)

**1.2- SOBRE A ARRENDANTE- MV EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA E DE SEU AFASTAMENTO DA ATIVIDADE HOTELEIRA. CONSOANTE DEDUZIDO NA DEFESA QUE DETERMINOU A EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL DA IMPUGNANTE.**

(...)

*III - DOS FUNDAMENTOS LEGAIS E FÁTICOS QUE AUTORIZAM A PERMANÊNCIA DA IMPUGNANTE NO SIMPLES NACIONAL E DECLARAR INSUBSISTENTE O ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DESSE ENQUADRAMENTO JURÍDICO TRIBUTÁRIO*

(...)

*III.1- Do ERRO QUANTO AO ENQUADRAMENTO LEGAL PARA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL DA IMPUGNADA.*

(...)

*III.2 - DA ABSOLUTA FALTA DE PROVA PARA A EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL DA IMPUGNANTE.*

(...)

*III.3— DA IMPOSSIBILIDADE LEGAL DA RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO*

(...)

*IV - DO MÉRITO DA IMPUGNAÇÃO EM RELAÇÃO AOS AUTOS DE INFRAÇÕES APLICADOS*

*1ª AUTUAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DA EMPRESA E DO EMPREGADOR*

(...)

*2ª AUTUAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PARA OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS*

(...)

*3ª AUTUAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP*

*Mais uma vez a exigência tributária está calcada na ilação de que a IMPUGNANTE teria sido excluída do regime tributário diferenciado do SIMPLES NACIONAL.*

*Entende o Sr. Auditor Fiscal que, efetuados os recolhimentos de acordo com o regime diferenciado do SIMPLES NACIONAL, a IMPUGNANTE passou a ser devedora das diferenças ora em discussão a partir dos efeitos dessa exclusão.*

*Entretanto, o ato administrativo que excluiu a IMPUGNANTE do SIMPLES NACIONAL ainda não se tornou efetivo, tendo em vista que foi impugnado tempestivamente na forma da lei.*

*Além disso, está demonstrada exhaustivamente a absoluta inexistência de fundamentos de fato e de direito que possam autorizar e justificar a exclusão da IMPUGNANTE do SIMPLES NACIONAL. .*

*Nesses termos, é forçoso reconhecer que não há crédito tributário a favor do suposto sujeito ativo. Logo, a exigência fiscal é inteiramente improcedente.*

*Sustenta ainda o Sr. Auditor Fiscal que teria ocorrido omissão de receitas, razão pela qual resolveu cobrar diferenças e acréscimos tributários com fundamento nessa suposta omissão.*

*Entretanto, restou exhaustivamente demonstrado que não houve omissão de receitas. Os valores em discussão foram objetos de contratos de empréstimo legitimamente celebrados.*

*Ao alegar a falta de lastro para justificar os referidos empréstimos, o Sr. Auditor Fiscal não levou em consideração que as sócias da IMPUGNANTE se equivocaram e deixaram de declarar os seus rendimentos isentos de tributação decorrentes da atividade empresarial.*

(...)

*Ainda que fosse efetiva a exclusão da IMPUGNANTE do SIMPLES NACIONAL, forçoso seria reconhecer a impossibilidade de exigência tributária retroativamente, na forma constante do auto de infração.*

*Considerando que o fisco exige diferenças tributárias em relação ao ano de 2011, relativamente ao período de janeiro a dezembro de 2011, está evidenciada a improcedência da exigência fiscal.*

*Mesmo que fosse admitida a cobrança retroativa das diferenças tributárias em discussão, a IMPUGNANTE não estaria sujeita ao pagamento de multa e correção monetária, tendo em vista o disposto no artigo 76, § 4º, da Resolução nº 94, do Comitê Gestor do Simples Nacional, que dispõe (...)*

*De outra parte, não há nenhuma justificativa legal para a cobrança da contribuição - tanto no regime cumulativo, como no regime não cumulativo - em sua alíquota máxima, por absoluta falta de embasamento legal.*

*Informa o Sr. Auditor Fiscal que a aplicação das alíquotas máximas está fundamentada no artigo 24, § 4º, da Lei 9.429/1995, em face da impossibilidade de identificar a origem da receita omitida.*

*É importante observar que a Lei nº 9.429 foi publicada no Diário Oficial da União do 27.12.1996, e dispôs sobre questão evidentemente diferente da alegada pelo Sr. Auditor Fiscal.*

(...)

*Considerando que a IMPUGNANTE não auferiu receitas sujeitas a alíquotas diversas, é evidente que a suposta alíquota a ser aplicada, na espécie, é a mesma aplicada nas suas receitas correntes.*

(...)

*Diante do que foi dito, a questão pode ser resumida nos seguintes termos:*

**Em primeiro lugar,** *é nulo o auto de infração, uma vez que ainda não se tornou efetiva a exclusão da IMPUGNANTE do SIMPLES NACIONAL.*

**Em segundo lugar,** *não são devidas as diferenças tributárias em discussão, porque a IMPUGNANTE goza do regime diferenciado de tributação do SIMPLES NACIONAL. Não existe justificativa para a sua exclusão desse regime diferenciado. Não existem diferenças a serem exigidas.*

**Em terceiro lugar,** *não houve omissão de receitas. Logo, não há diferenças tributárias a serem pagas.*

**Em quarto lugar,** *é inconstitucional a cobrança retroativa de contribuições, sob o fundamento de exclusão da IMPUGNANTE do SIMPLES NACIONAL. Logo, não são devidas as diferenças em discussão.*

**Em quinto lugar,** *ainda que fosse possível a cobrança retroativa das diferenças tributárias, a IMPUGNANTE não estaria sujeita ao pagamento da contribuição na alíquota máxima, acrescida de multas e correção monetária, mas apenas e tão somente de juros legais.*

**4ª AUTUAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PARA A COFINS**

(...)

**V - DOS ERROS E EQUÍVOCOS DOS CÁLCULOS CONSTANTES DOS AUTOS DE INFRAÇÕES QUANTO AO APURADO PELA EXAÇÃO FISCAL.**

*1-) O auditor fiscal ao efetuar o desenquadramento do contribuinte do Simples Nacional e calcular os impostos supostamente devidos, o fez de forma equivocada, conforme abaixo demonstraremos:*

*a-) As receitas auferidas por pessoa jurídicas, decorrentes da exploração da prestação de serviços de hotelaria, ficam sujeitas ao regime de incidência cumulativa da*

*Contribuição para o PIS /PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social-Confins.*

*b-) O auditor fiscal ao calcular os impostos supostamente devidos pelo contribuinte, considerou o valor correspondente a omissão de receitas, como receitas de vendas de mercadorias (regime de apuração não cumulativo), o que não corresponde com a realidade das operações praticadas pelo hotel, pois, tais valores deveriam se, devidos fossem, ser considerados como **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE HOTELARIA**, sujeitas a apuração pelo **REGIME DE APURAÇÃO CUMULATIVO**, e não como venda de mercadorias (regime de apuração não cumulativo), pois nem as compras efetuadas pelo contribuinte durante o ano todo de 2011, justificaria tal valor correspondente a venda de mercadorias.*

(...)

*Quer a CONTRIBUINTE, ora **Impugnante**, esclarecer que o regime de apuração dos impostos Pis e Cofins são pelo regime cumulativo conforme abaixo mencionado na portaria ministerial nr. 33/05.*

*Por meio da Portaria Interministerial nº 33/05, publicada no DOU de 04.03.2005, e republicada em 09.03.2005, os Ministros da Fazenda e do Turismo regulamentaram a cobrança do PIS/Pasep e da Cofins para serviços de turismo.*

*Pelo inciso XXI do art. 10 e inciso V do art. 15 da Lei nº 10.833/2003, com a redação dada pelo art. 21 da Lei nº 10.865/2004 e pelo art. 26 da Lei nº 11.051/2004, respectivamente, as receitas decorrentes da exploração de parques temáticos e da prestação de serviços de hotelaria e de organização de feiras foram excluídas da sistemática da "não-cumulatividade" na cobrança do PIS/Pasep e da Cofins.*

(...)

*Com essas considerações, a IMPUGNANTE pede e espera que seja conhecida e provida a presente impugnação/manifestação de inconformismo, para, em ordem sucessiva, tornar insubsistentes os autos de infração, ou julgar improcedentes as exigências fiscais em discussão, declarar indevidas as exigências fiscais, ou afastar a cobrança retroativa das diferenças tributárias, ou excluir a aplicação das alíquotas máximas relativas ao PIS/PASEP E COFINS, ou excluir a exigência de correção monetária e multa, reduzindo o valor cobrado para R\$ 82.274,69 (oitenta e dois mil, duzentos e setenta e quatro reais e centavos).*

*Na impugnação apresentada pelo responsável solidário Gilberto Galbiatti, foram acrescidas as argumentações abaixo, em relação à impugnação apresentada pela empresa:*

*Equívocou-se o Sr. Auditor Fiscal ao imputar ao IMPUGNANTE a responsabilidade solidária pelas obrigações tributárias em discussão, sob o fundamento de excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto, tendo em vista que não existe nenhuma prova de qualquer vínculo do IMPUGNANTE com os fatos geradores das obrigações tributárias, e muito menos comprovação de que tenha praticado qualquer ato com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.*

*O Sr. Auditor Fiscal confundiu "alhos" com "bugalhos", "data vênia".*

*O artigo 135, item II, do Código Tributário Nacional, **impõe a responsabilidade tributária solidária a terceiros** - por excesso de poderes, ou infração de lei, contrato social ou estatutos - **quando os mandatários, prepostos e empregados extrapolam os poderes conferidos pelo CONTRIBUINTE** e praticam atos com repercussão na esfera tributária.*

*Nesses casos, o agente responde pela obrigação tributária solidariamente, e passa a ser plenamente responsável pelos créditos tributários.*

*Na espécie, entretanto, não há sequer indícios de qualquer ato praticado pelo IMPUGNANTE com excesso de poderes, ou infração de lei, contrato social ou estatutos.*

*Ao contrário do entendimento adotado pelo Sr. Auditor Fiscal, o Código Tributário Nacional não impõe a responsabilidade tributária aos mandatários, prepostos e empregados pelo simples fato de receberem poderes excessivos do CONTRIBUINTE. O que a lei pune - com a imposição de responsabilidade tributária - é a atuação dos mandatários, prepostos e empregados extrapolando, ultrapassando os poderes conferidos pelo CONTRIBUINTE, com repercussão na esfera tributária. Ou seja: o que a lei pune, é o abuso de poder cometido pelos mandatários, prepostos e empregados, e não o simples exercício das atribuições conferidas pelo contribuinte.*

*É certo que a atuação do agente com excesso de poderes, ou seja - extrapolando os poderes que lhe foram conferidos pelo CONTRIBUINTE - implica responsabilidade tributária solidária. Entretanto, o mesmo não se pode dizer em relação ao simples recebimento de poderes ilimitados por mandatários, prepostos e empregados, uma vez que esse fato (recebimento de poderes ilimitados, por meio de instrumento de procuração) não se enquadra na hipótese legal caracterizadora de responsabilidade tributária.*

(...)

*O IMPUGNANTE Gilberto Galbiatti sempre trabalhou como empregado, exercendo a função de gerente de hotel. O seu vínculo empregatício com a empresa M. V. Empreendimentos e Participações LTDA. iniciou-se no ano de 1997 e perdurou até a data em que essa empresa resolveu terceirizar os serviços hoteleiros.*

*Por um curto período, o IMPUGNANTE Gilberto Galbiatti se desligou da empresa e foi trabalhar nas empresas controladas pela família Meira Leite. Nesse tempo, acabou sendo convencido a ter uma participação societária simbólica, com 1% (um por cento do capital social) da empresa Terras do Horizonte Empreendimentos Ltda. Sendo essa empresa sócia de M. V. Empreendimentos e Participações Ltda., acabou indicado pelos controladores da empresa Terras do Horizonte Ltda., para figurar como um dos administradores da empresa M. V. Empreendimentos e Participações Ltda.*

*Isso, entretanto, durou pouco tempo, eis que no ano de 2007 o IMPUGNANTE se desligou da empresa Terras do Horizonte Empreendimentos Ltda. e retornou ao antigo emprego, sendo contratado novamente pela empresa M. V. Empreendimentos e Participações Ltda., para o exercício do emprego de gerente de hotel.*

*Durante mais de dez anos, exerceu na empresa MV Empreendimentos e Participações Ltda. as mesmas atribuições que exerce junto à CONTRIBUINTE. Na qualidade de gerente do hotel, praticava todos os atos de gestão.*

(...)

*O auto de infração não comprovou nenhuma vinculação fática ou jurídica do IMPUGNANTE com os fatos geradores das obrigações principais e muito menos a prática de abuso de poder ou excesso de mandato, na qualidade de mandatário, preposto ou empregado da CONTRIBUINTE.*

*Simple recebimento de poderes por meio de instrumento de mandato e a prestação de aval não constituem excesso de poder e muito menos excesso de mandato.*

*O impugnante não se enquadra em nenhuma das hipóteses legais de responsabilidade tributária especificadas nos artigos 129 a 138 do Código Tributário Nacional.*

*De outra parte, o Sr. Auditor Fiscal não indicou nenhuma outra disposição legal atribuindo ao IMPUGNANTE a responsabilidade tributária em discussão, eis que se limitou em alegar: "responsabilidade solidária, nos termos dos artigos 124, I, e 135, II, do Código Tributário Nacional".*

*Na impugnação apresentada pelo responsável solidário Eurípedes Jerônimo Vieira, foram acrescidas as argumentações abaixo, em relação à impugnação apresentada pela empresa e pelo responsável solidário Gilberto Galbiatti:*

*Por ser irmão do Sr. Miguel Bento Vieira, empresário, sempre o ajudou na administração e na gestão hoteleira em Jundiaí-SP e em Patos de Minas-MG, sem qualquer participação societária nos empreendimentos hoteleiros.*

*Em razão desse convívio no ramo hoteleiro, foi solicitado a colaborar com a sobrinha na fiscalização dos atos de gestão praticados na empresa Vieiralves Empreendimentos Hoteleiros Ltda. EPP, e posteriormente em Vieiralves Empreendimentos Hoteleiros Eireli. EPP, tendo em vista a inexperiência da sua sobrinha, no ramo. Entretanto, a sua atuação ficou limitada à fiscalização dos atos praticados pelo gerente e procurador Gilberto Galbiatti. Nunca teve qualquer participação societária e nunca foi empregado da empresa. Atuou sempre de favor e em benefício da sobrinha, sem qualquer outro interesse. Por essas razões, nunca cumpriu jornada de trabalho na empresa, nunca se envolveu em qualquer atividade na vida da empresa e nunca obteve qualquer participação no resultado da referida atividade empresarial.*

*Por força de sua atuação sempre em conjunto com o Sr. Gilberto Galbiatti, em nome da empresa, acabou sendo levado a figurar como avalista da empresa, juntamente com o Sr. Gilberto, em contratos de abertura de crédito.*

*Esses fatos, entretanto, não significam qualquer envolvimento empresarial com a CONTRIBUINTE, uma vez que o IMPUGNANTE - Eurípedes Jerônimo Vieira nunca teve qualquer vocação empresarial. O simples exame do seu histórico tributário perante a Receita Federal do Brasil e a sua evolução patrimonial comprovam que o IMPUGNANTE sempre viveu do seu trabalho e dos seus parcos proventos de aposentadoria previdenciária.*

Na impugnação apresentada pela responsável solidária M. V. Empreendimentos e Participações LTDA., foram acrescidas as argumentações abaixo, em relação às impugnações anteriormente sintetizadas:

*Conquanto tenha atribuído à IMPUGNANTE a responsabilidade solidária de fato, o eminente Auditor Fiscal não indicou nenhuma prática, nenhuma conduta da IMPUGNANTE - MV EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., que se enquadrasse em qualquer uma das hipóteses legais configuradoras de responsabilidade tributária.*

***A IMPUGNANTE não tem nenhuma vinculação com os fatos geradores das obrigações tributárias, eis que não concorreu para o enquadramento da CONTRIBUINTE no SIMPLES NACIONAL, Página 15 de 45 não exerceu atividades empresariais geradoras dos tributos em discussão, não omitiu receitas; não praticou nenhum ato vinculado às obrigações tributárias em discussão; não se identifica como qualquer das pessoas referidas no artigo 134 do CTN; não é e nunca foi mandatária, preposta ou empregada da CONTRIBUINTE; não é e nunca foi diretora, gerente, ou representante legal de pessoa jurídica de direito privado.***

*Ademais, não há nenhuma disposição legal atribuindo a responsabilidade tributária à IMPUGNANTE.*

*Assim, a IMPUGNANTE não se enquadra em nenhuma das hipóteses legais dos artigos dos artigos 124, itens I e II, e 135, itens I, II e III, do Código Tributário Nacional. Logo, não há que se falar em responsabilidade tributária.*

*A prova dos autos revela que a IMPUGNANTE se limitou a firmar um CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL com a CONTRIBUINTE, por meio do qual transferiu a esta a posse, o uso e o gozo de diversos bens, para fins de exploração da sua atividade empresarial.*

*As obrigações tributárias da IMPUGNANTE são restritas às suas rendas decorrentes do referido contrato de arrendamento, não sendo de sua responsabilidade, evidentemente, a eventual falta de pagamento de tributos - ou de diferenças - a cargo da arrendatária.*

*Embora tenha feito diversas ilações em relação à CONTRIBUINTE, o Sr. Auditor Fiscal não demonstrou nenhum vínculo empresarial entre esta e a IMPUGNANTE, e*

*muito menos qualquer vinculação da IMPUGNANTE com as obrigações tributárias em discussão.*

***Não há nenhuma prova de transferências financeiras e ou patrimoniais da CONTRIBUINTE para a IMPUGNANTE, salvo no que se refere aos pagamentos decorrentes do contrato de arrendamento.***

*Inexiste qualquer comprovação de proveito econômico da IMPUGNANTE em decorrência da atividade empresarial da CONTRIBUINTE. Ainda que houvesse, seria importante lembrar que o simples proveito econômico decorrente da atividade empresarial da contribuinte não induz responsabilidade tributária de terceiros.*

*O que existe nos autos, e foi apontado com estardalhaços pelo Sr. Auditor Fiscal, é apenas o parentesco entre a titular da empresa CONTRIBUINTE e um dos sócios da IMPUGNANTE, assim como a outorga de uma procuração para o irmão de um dos sócios da IMPUGNANTE. Nada mais.*

*O simples fato de um dos sócios da IMPUGNANTE ceder um apartamento em comodato para a titular da empresa CONTRIBUINTE não significa qualquer vinculação da IMPUGNANTE com os fatos geradores das obrigações tributárias em discussão, e muito menos vinculação societária entre a CONTRIBUINTE e a IMPUGNANTE.*

*Por outro lado, a outorga de procuração da empresa CONTRIBUINTE para o irmão de um dos sócios da IMPUGNANTE também não induz qualquer vinculação desta com os fatos geradores das obrigações tributárias, e muito menos qualquer vinculação com a CONTRIBUINTE.*

*Nesses termos, não há nenhum fundamento de fato e de direito que justifique e autorize a imputação de responsabilidade tributária à IMPUGNANTE.*

(...)

*Não havendo expressa disposição legal impondo à IMPUGNANTE a obrigação de pagar as contribuições na qualidade de responsável tributária, não podem prosperar as exigências infundadas do Sr. Auditor Fiscal, mediante a singela alegação de responsabilidade solidária de fato.*

*A CONTRIBUINTE é uma sociedade empresarial constituída regularmente, de acordo com o ordenamento jurídico pertinente; exerce atividade lícita e cumpre regularmente as suas obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Por essas razões, não pode vingar a alegação infundada de que "o Sr. Gilberto Galbiatti (132.167.018-40), o Sr. Eurípedes Jerônimo Vieira (656.890.388-49) e a empresa M. V. Empreendimentos e Participações LTDA. (01.179.467/0001-03), utilizaram-se dos sócios constantes no Contrato Social da fiscalizada, para constituir empresa mediante interposta pessoa".*

A 2ª Turma da DRJ em Juiz de Fora (MG) julgou a impugnação procedente em parte, nos termos do Acórdão nº 09-60.132, de 08 de junho de 2016, cuja ementa foi vazada nos seguintes termos:

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Ano-calendário: 2011

FALTA DE RECOLHIMENTO.

Caracterizada falta de recolhimento deve persistir o lançamento efetuado.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP**

Ano-calendário: 2011

FALTA DE RECOLHIMENTO.

Caracterizada falta de recolhimento deve persistir o lançamento efetuado.

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2011

Nulidade.

Sendo os atos e termos lavrados por pessoa competente, dentro da estrita legalidade, e garantido o mais absoluto direito de defesa, não há que se cogitar de nulidade dos autos de infração.

#### **ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2011

LUCRO REAL. NÃO CUMULATIVIDADE

Ocorrendo a tributação com base no lucro real, a regra, em relação ao PIS e a Cofins, é a sistemática de não cumulatividade.

OMISSÃO DE RECEITA.

Provada a omissão de receita, por indícios na escrituração do contribuinte ou qualquer outro elemento de prova, a autoridade tributária poderá arbitrará-la com base no valor dos recursos de caixa fornecidos à empresa por administradores, sócios da sociedade não anônima, titular da empresa individual, ou pelo acionista controlador da companhia, se a efetividade da entrega e a origem dos recursos não forem comprovadamente demonstradas.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Não pode prevalecer a responsabilização solidária efetivada sem a caracterização inequívoca da vinculação entre o responsabilizado e a empresa atuada.

Impugnação Procedente em Parte

Inconformado com a decisão da DRJ, a sociedade Veiralves Empreendimentos Hoteleiros Eireli – EPP e os senhores Gilberto Galbiatti e Eurípedes Jerônimo Vieira apresentaram recursos voluntários ao CARF. Tanto as pessoas físicas como a jurídica repisaram os argumentos apresentados na impugnação, sem apresentar nenhum elemento novo.

É o breve relatório.

### **Voto**

Conselheiro Gilson Macedo Rosenburg Filho, Relator.

O recurso é tempestivo e apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, de forma que dele conheço e passo à análise.

Analisando as preliminares de nulidade e o mérito postos nos recursos voluntários, fica evidente que as recorrentes reproduziram todas as razões recursais da impugnação, não apresentaram um único elemento novo no recurso voluntário, seja em sede do direito material ou do processual.

Como os recursos voluntários versam sobre os mesmos temas apresentados na impugnação, e por entender que a decisão proferida pela instância *a quo* seguiu o rumo correto, utilizo a sua *ratio decidendi* como se minha fosse, nos termos do § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e do art. 2º, § 3º do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, in verbis:

A contribuinte alega nulidade do lançamento fiscal, porque ainda não se tornou efetiva sua exclusão do Simples Nacional.

Diante da alegação de nulidade, cumpre notar que não se verifica nesses autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72 (PAF):

*Art. 59. São nulos;*

*I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*

*II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.”*

Sendo os atos e termos lavrados por pessoa competente, dentro da estrita legalidade, e garantido o mais absoluto direito de defesa, não há que se cogitar de nulidade dos autos de infração lavrados com estrita observância às disposições contidas no artigo 10 do PAF.

Note-se que nenhum procedimento administrativo dificultou ou impediu o interessado de apresentar sua impugnação.

Importa destacar o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República:

*“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.*

Na disposição contida na Carta Magna fica estampado que só cabe arguir cerceamento do direito de defesa após instaurado o litígio, assim como no PAF que se reporta somente a despachos e decisões proferidos com cerceamento do direito de defesa.

Além disso, estabelece o artigo 142 do Código Tributário Nacional que:

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

Não se vislumbra, no presente caso, qualquer óbice que determine a precariedade do procedimento fiscal bem como do lançamento efetuado pelo Fisco, uma vez que foi realizado nos moldes estabelecidos pelo Código Tributário Nacional, não se configurando qualquer violação ao que o mencionado diploma legal dispõe e, tampouco, ao artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972.

Verifica-se que o Auto de Infração em questão foi lavrado por autoridade administrativa plenamente vinculada, respeitando os devidos procedimentos fiscais, previstos na legislação, portanto, norteado dentro do Princípio da Legalidade.

Ao contrário do que argumenta a impugnante, não há necessidade de se tornar definitiva na esfera administrativa a exclusão do SN, para que os lançamentos de ofício dela decorrente sejam realizados.

O artigo 142 do CTN, anteriormente transcrito, combinado com o seu § 1º, não permite ao Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, autoridade administrativa competente para proceder a ação fiscal, que detectou a infração, deixar de realizar o lançamento de ofício, constituindo assim o crédito tributário:

*Art. 142 (...)*

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

Com certeza, a manifestação de inconformidade contra o ADE que excluiu a empresa do SN suspende os efeitos da exclusão, assim como a impugnação ao lançamento em análise no presente processo suspende a exigibilidade do crédito tributário apurado. Entretanto, não há óbice ao trâmite concomitante desses processos. Até porque, **a discussão sobre a exclusão do Simples Nacional não interrompe o prazo decadencial para o lançamento de ofício do crédito tributário decorrente dessa exclusão em anos-calendário subsequentes.**

Nesse sentido, assim disciplina a Portaria RFB n.º 354/2016, que revogou as Portarias RFB 666/2008 e 2.324/2010 que traziam definições semelhantes:

*Art. 3º Os autos serão juntados por apensação nos seguintes casos:*

*II - autos de exigências de crédito tributário relativo a infrações apuradas no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) que tiverem dado origem à exclusão do sujeito passivo dessa forma de pagamento simplificada, autos de exclusão do Simples e os possíveis autos de lançamentos de ofício de crédito tributário decorrente dessa exclusão em anos-calendário subsequentes que sejam constituídos contemporaneamente e pela mesma unidade administrativa; (grifo não original)*

Resta claro que, no âmbito administrativo, não há qualquer dúvida de que a exclusão do SN e os lançamentos de ofício dos créditos tributários dela decorrentes podem ser realizados contemporaneamente.

É certo que, a decisão final sobre a exclusão do Simples Nacional, definirá também a discussão no lançamento de ofício dela decorrente. Se considerada incorreta a exclusão procedida, cancelado será o lançamento. Se considerada correta a exclusão, as decisões nos processos que discutem lançamento de crédito tributário dela decorrente serão também mantidas.

### **EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL**

A exclusão do Simples Nacional está sendo tratada no processo administrativo n.º 13839.722108/2015-31, onde deve ser examinado o litígio instaurado sobre o tema, inclusive o início de seus efeitos. Naquele processo, foi emitida decisão de 1ª instância administrativa, através do Acórdão n.º 60.072 - 2ª Turma/DRJ/JFA-MG, desta mesma sessão, que manteve o procedimento fiscal, considerando improcedente a manifestação de inconformidade lá apresentada.

De modo que, os argumentos trazidos com a presente impugnação sobre a exclusão de ofício e seus efeitos não serão aqui analisados, estando o presente processo apensado ao processo n.º 13839.722108/2015-31.

Ficou decidido, no processo que trata da exclusão da empresa do SN e define data a partir da qual surte efeitos, que não há nele que se discutir decadência, porque não envolve o lançamento de ofício de crédito tributário, estando correta à retroação dos efeitos da exclusão procedida à 01/07/2007, em decorrência de expressa disposição legal na LC 123/2006.

No presente processo, por tratar-se de lançamento de ofício de crédito tributário, cabe analisar a decadência. A empresa foi cientificada do auto de infração em 24/12/2015 e o lançamento se reporta ao ano-calendário 2011. Portanto, antes de transcorrido o prazo decadencial, contados cinco anos da ocorrência do fato gerador.

Agora digo eu.

O processo n.º 13839.722108/2015-31 que apreciou a exclusão da recorrente do Simples Nacional já se encerrou e a decisão de exclusão foi mantida pelos órgãos julgadores administrativos.

Forte nestes argumentos, afastado a preliminar de nulidade.

### **Mérito**

#### **LANÇAMENTOS PIS/COFINS**

No tocante aos demais argumentos específicos sobre os lançamentos do PIS e da Cofins, tratados no processo em apreço, as alegações da contribuinte também não se sustentam como demonstrado a seguir.

A contribuinte, excluída do SN, ficou sujeita à tributação com base no lucro real trimestral, como consta do TVF:

### 1. DA ORIGEM DA AÇÃO FISCAL

*O procedimento de fiscalização, levado a efeito no contribuinte acima identificado, foi autorizado pelo Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal (TDPF) – Fiscalização - nº 08.1.24.00-2015-00107-9 e teve como objeto inicial a verificação da apuração do tributo Simples Nacional do ano-calendário 2011. Posteriormente, em decorrência da exclusão de ofício da fiscalizada do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional e, tendo em vista as informações apresentadas pelo contribuinte, procedemos à apuração dos tributos devidos com base no Lucro Real trimestral.*

Na tributação com base no lucro real trimestral, além da receita bruta declarada pela empresa no SN, a Fiscalização considerou a omissão de receita detectada proveniente de empréstimos realizados pelas sócias, no ano-calendário 2011, sem a comprovação da origem e da efetiva entrega dos recursos, conforme legislação abaixo transcrita:

Decreto 3.000/99 (RIR/99)

*Art.282. Provada a omissão de receita, por indícios na escrituração do contribuinte ou qualquer outro elemento de prova, a autoridade tributária poderá arbitrá-la com base no valor dos recursos de caixa fornecidos à empresa por administradores, sócios da sociedade não anônima, titular da empresa individual, ou pelo acionista controlador da companhia, se a efetividade da entrega e a origem dos recursos não forem comprovadamente demonstradas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12, §3º, e Decreto-Lei nº1.648, de 18 de dezembro de 1978, art. 1º, inciso II).*

Na impugnação, a contribuinte alega que:

(...)

*Sustenta ainda o Sr. Auditor Fiscal que teria ocorrido omissão de receitas, razão pela qual resolveu cobrar diferenças e acréscimos tributários com fundamento nessa suposta omissão.*

*Entretanto, restou exhaustivamente demonstrado que não houve omissão de receitas. Os valores em discussão foram objetos de contratos de empréstimo legitimamente celebrados.*

*Ao alegar a falta de lastro para justificar os referidos empréstimos, o Sr. Auditor Fiscal não levou em consideração que as sócias da IMPUGNANTE se equivocaram e deixaram de declarar os seus rendimentos isentos de tributação decorrentes da atividade empresarial.*

(...)

Apesar de sustentar que restou exhaustivamente demonstrado que não houve omissão de receita, a contribuinte não trouxe qualquer elemento probante da origem e da efetiva entrega dos recursos.

Rendimentos isentos da atividade empresarial não declarados poderiam, quando muito, demonstrar capacidade financeira das sócias para realização dos empréstimos, mas nunca comprovar a origem e efetiva entrega dos recursos.

Se existiram tais rendimentos, caberia a contribuinte provar, por exemplo, que estavam aplicados ou depositados em determinada instituição financeira e que foi resgatada a aplicação e transferidos os recursos, com coincidência de datas e valores, para a empresa.

Porém, a cópia da DASN anexada ao processo, do ano-calendário 2011, comprova que não há registro de rendimentos isentos pagos às sócias pela empresa, como registrado no item 2.2 daquela declaração.

Sobre o assunto, o CARF emitiu a súmula a seguir:

*Súmula CARF nº 95: A presunção de omissão de receitas caracterizada pelo fornecimento de recursos de caixa à sociedade por administradores, sócios de*

*sociedades de pessoas, ou pelo administrador da companhia, somente é elidida com a demonstração cumulativa da origem e da efetividade da entrega dos recursos.*

A contribuinte alega ainda que:

(...)

*De outra parte, não há nenhuma justificativa legal para a cobrança da contribuição - tanto no regime cumulativo, como no regime não cumulativo - em sua alíquota máxima, por absoluta falta de embasamento legal.*

*Informa o Sr. Auditor Fiscal que a aplicação das alíquotas máximas está fundamentada no artigo 24, § 4º, da Lei 9.429/1995, em face da impossibilidade de identificar a origem da receita omitida.*

*É importante observar que a Lei n.º 9.429 foi publicada no Diário Oficial da União do 27.12.1996, e dispôs sobre questão evidentemente diferente da alegada pelo Sr. Auditor Fiscal. (...)*

*Por outro lado, nem mesmo o artigo 24, § 4º, da Lei 9.249/95, autoriza a aplicação da alíquota máxima na espécie, tendo em vista que a IMPUGNANTE não auferiu receitas sujeitas a alíquotas diversas.*

Consta do Termo de Verificação Fiscal:

*No tocante à apuração do PIS e da Cofins incidentes sobre a receita omitida, a autuação será realizada utilizando-se a maior alíquota entre as sistemáticas do regime cumulativo e do regime não-cumulativo, haja vista não ter sido possível identificar a origem da receita omitida, com fulcro no § 4º do art. 24 da Lei 9.429/1995:*

*Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.*

*§ 4º Para a determinação do valor da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e da Contribuição para o PIS/Pasep, na hipótese de a pessoa jurídica auferir receitas sujeitas a alíquotas diversas, não sendo possível identificar a alíquota aplicável à receita omitida, aplicar-se-á a esta a alíquota mais elevada entre aquelas previstas para as receitas auferidas pela pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).*

Com certeza, o autuante cometeu erro de fato ao indicar Lei 9.429/1995 em vez de Lei 9.249/1995. Entretanto, como transcreveu o ato legal, não prejudicou a contribuinte no exercício de seu amplo direito de defesa.

Fato que se evidencia na impugnação quando menciona que nem mesmo o artigo 24, § 4º, da Lei 9.249/95, autoriza a aplicação da alíquota máxima na espécie, tendo em vista que a IMPUGNANTE não auferiu receitas sujeitas a alíquotas diversas.

Superado esse ponto, deve-se destacar que o autuante tomou por base as atividades declaradas pela contribuinte em sua DASN, ano-calendário 2011, para apuração da maior alíquota aplicável tanto no regime cumulativo quanto no regime não-cumulativo.

(...)

Portanto, foram 2 atividades informadas pela empresa na DASN presentes em todos os meses do ano-calendário 2011, sendo uma prestação de serviços e outra revenda de mercadorias.

A Lei 10.833/2003 (art. 10º), relativamente à Cofins, e a Lei 10.637/2002 (art. 8º), no tocante ao PIS, trazem igual determinação, como transcrito a seguir:

*Lei 10.833/2003*

*Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º: (Produção de efeito)*

*I - as pessoas jurídicas referidas nos §§ 6º, 8º e 9º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, e na Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983;*

*II - as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado; (Vide Medida Provisória nº 497, de 2010)*

*III - as pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES;*

Como visto, a regra para empresas tributadas com base no lucro real é a da não cumulatividade do PIS e da Cofins. Algumas atividades, devidamente especificadas na legislação, permanecem no regime cumulativo ainda que a empresa opte pelo lucro real.

É o caso dos serviços de hotelaria, como definido abaixo:

Portaria Interministerial nº 33, de 3 de março de 2005:

*Art. 1º As receitas auferidas por pessoa jurídica, decorrentes da exploração de parques temáticos, da prestação de serviços de hotelaria ou de organização de feiras e eventos, ficam sujeitas ao regime de incidência cumulativa da Contribuição para o PIS /Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social-Confins.*

*Art. 2º Para os fins do disposto no art. 1º considera-se:*

*II- serviço de hotelaria, a oferta de alojamento temporário para hóspedes, por meio de contrato tácito ou expresso de hospedagem, mediante cobrança de diária pela ocupação de unidade habitacional com as características definidas pelo Ministério do Turismo;*

*Art. 4º As receitas decorrentes da prestação de qualquer serviço que não esteja relacionado no art. 2º não estão abrangidas pelo regime de incidência cumulativa da Contribuição para o PIS /Pasep e da Confins de que se trata esta Portaria.*

Resta claro do exposto acima que atividades diferentes da oferta de alojamento temporário para hóspedes, por meio de contrato tácito ou expresso de hospedagem, mediante cobrança de diária pela ocupação de unidade habitacional com as características definidas pelo Ministério do Turismo não estão sujeitas ao regime cumulativo, quando a empresa for tributada com base no lucro real.

Foi exatamente esse o critério adotado pelo autuante como se verifica nas planilhas de apuração do PIS e da Cofins inseridas no Termo de Verificação Fiscal. A prestação de serviços de hotelaria foi mantida no regime cumulativo e a revenda de mercadorias no regime não cumulativo, como manda a legislação, decotados os valores recolhidos no SN e créditos remanescentes/a recolher-Dacon, este último somente no regime não-cumulativo. A omissão de receita foi tributada como revenda de mercadoria, em conformidade com o disposto artigo 24, § 4º, da Lei 9.249/95, pela existência de atividades diversificadas (prestação de serviços e revenda de mercadorias).

A contribuinte alega ainda, no item V de sua impugnação, que:

*b-) O auditor fiscal ao calcular os impostos supostamente devidos pelo contribuinte, considerou o valor correspondente a omissão de receitas, como receitas de vendas de mercadorias (regime de apuração não cumulativo), o que não corresponde com a realidade das operações praticadas pelo hotel, pois, tais valores deveriam se, devidos fossem, ser considerados como **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE HOTELARIA**, sujeitas a apuração pelo **REGIME DE APURAÇÃO CUMULATIVO**, e não como venda de mercadorias (regime de apuração não cumulativo), pois nem as compras efetuadas pelo contribuinte durante o ano todo de 2011, justificaria tal valor correspondente a venda de mercadorias.*

*Aqui ela reconhece que pratica atividades distintas, ao contrário do exposto em item anterior de sua impugnação, prestação de serviços de hotelaria e venda de mercadorias.*

*Sua alegação de que as compras efetuadas não justificam a inclusão da omissão de receitas como venda de mercadorias não lhe socorre, na medida em que, para não*

*evidenciar sua omissão, certamente não incluiria em seus registros as compras a ela vinculada.*

#### **MULTA E JUROS DE MORA**

Quanto à cobrança de multa e juros de mora, a contribuinte tenta se socorrer no artigo 76, § 4º, da Resolução CGSN 94/2011 abaixo transcrito:

Art. 76. (...)

*§ 3º A ME ou EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. (Lei Complementar nº123, de 2006, art. 32, caput)*

*§ 4º Para efeito do disposto no § 3º, nas hipóteses do § 1º do art. 3º, a ME ou EPP excluída do Simples Nacional ficará sujeita ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos tributos, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, tão-somente, de juros de mora, quando efetuado antes do início de procedimento de ofício, ressalvada a hipótese do § 2º do art. 3º. (Lei Complementar nº123, de 2006, art. 32, § 1º)*

*Art. 3º No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, cada um dos limites previstos no § 1º do art. 2º será de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), multiplicados pelo número de meses compreendidos entre o início de atividade e o final do respectivo ano-calendário, consideradas as frações de meses como um mês inteiro. (Lei Complementar nº123, de 2006, art. 3º, § 2º)*

*§ 1º Se a receita bruta acumulada no ano-calendário de início de atividade, no mercado interno ou em exportação para o exterior, for superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), multiplicados pelo número de meses desse período, a empresa estará excluída do Simples Nacional, devendo pagar a totalidade ou a diferença dos respectivos tributos devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, com efeitos retroativos ao início de atividade, ressalvado o disposto no § 2º. (Lei Complementar nº123, de 2006, art. 3º, § 10)*

*§ 2º A exclusão a que se refere o § 1º não retroagirá ao início de atividade se o excesso verificado em relação à receita bruta acumulada não for superior a 20% (vinte por cento) do limite referido, hipótese em que os efeitos da exclusão dar-se-ão tão-somente a partir do ano-calendário subsequente. (Lei Complementar nº123, de 2006, art. 3º, § 12).*

É evidente que somente nas condições previstas no § 4º, a empresa estaria sujeita a pagar os débitos apurados em função de sua exclusão acrescidos somente de juros de mora, quais sejam:

- 1) se o pagamento ocorresse antes de iniciado o procedimento de ofício, exceto na hipótese do § 2º do artigo 3º (acima reproduzido);
- 2) se a exclusão proviesse da hipótese prevista no § 1º do artigo 3º (acima reproduzido).

Em primeiro lugar, não houve pagamento dos tributos devidos em função da exclusão da empresa do SN, antes de iniciado o procedimento de ofício, até porque a contribuinte impugnou as diferenças apuradas.

Em segundo, a exclusão não foi motivada por excesso de receita bruta acumulada no ano-calendário do início de atividade.

Portanto, desprovida de sustentação a argumentação da contribuinte sobre aplicabilidade das multas e da correção monetária, devendo-se esclarecer que só houve aplicação de multa de ofício e juros de mora.

#### **RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE GILBERTO GABIATTI E DE EURÍPEDES JERÔNIMO VIEIRA**

O responsável solidário não leu com a devida atenção o Termo de Verificação Fiscal (TVF) onde está explicado de forma amíúde todo o procedimento fiscal, de onde se

destacam os seguintes indícios que levaram a exclusão da empresa autuada do Simples Nacional:

- 1) empréstimos das sócias Neusa Helena Vieira Costa e Vanessa Gomes Toledo, conforme contrato social, à Fiscalizada, no ano-calendário 2011, no valor de R\$ 2.107.000,00, sem comprovação da origem dos recursos;
- 2) a sócia Neusa Helena Vieira Costa não residia, em 21/07/2015, no endereço cadastral registrado nos sistemas da RFB. O proprietário do imóvel era Miguel Bento Vieira (CPF 042.863.322-68) tio da sócia mencionada anteriormente. Foi informado, após intimação, que o endereço da sócia estava localizado na cidade de Hortolândia, Núcleo Habitacional Santa Izabel;
- 3) falta de capacidade financeira das sócias, com base nas DIRPF, para realização dos mútuos;
- 4) no ano-calendário de 2011, faziam parte do quadro societário a Sra. Neusa Helena Vieira Costa, sobrinha do Sr. Miguel Bento Vieira, e a Sra. Vanessa Gomes Toledo, irmã da esposa do Sr. Gilberto Galbiatti, procurador da fiscalizada. Em 27/10/2014 Vanessa se retirou da sociedade, logo após o início da ação fiscal;
- 5) a atividade econômica/objeto social declarado pela fiscalizada é a exploração do ramo de “Estacionamento de Veículo, Hotéis, Lavanderias”, como consta do contrato social ora em análise. A empresa sob ação fiscal exerce suas atividades no Hotel Center Park, imóvel que é locatária, de propriedade de MV Emp. e Part. Ltda, empresa pertencente a Terras do Horizonte Participações Ltda e ao Sr. Miguel Bento Vieira, sendo este último sócio administrador. O Sr. Gilberto Galbiatti também consta como administrador da empresa MV Emp. e Part. Ltda;
- 6) procuração com os mais amplos, gerais e ilimitados poderes em nome de Gilberto Galbiati (132.167.018-40) e Eurípedes Jerônimo Vieira (656.890.388-49), irmão de Miguel Bento Vieira. A comprovação de que os sócios apenas emprestaram seus nomes para a constituição de uma pessoa jurídica interposta, a qual tinha por objetivo beneficiar terceiros, resta clara quando se observa o conteúdo da procuração que instrui o presente processo;
- 7) enfim, os outorgados Sr. Gilberto Galbiatti e Sr. Eurípedes Jerônimo Vieira, os quais não figuram no contrato social, possuem amplos e irrestritos poderes para gerir a ora fiscalizada em toda e qualquer situação;
- 8) por si só, o conteúdo da procuração já seria suficiente para direcionar a fiscalização no sentido da interposição de pessoas e justificar a exclusão da fiscalizada aos benefícios do Simples Nacional. Mas não foi apenas esse evento que acarretou sua exclusão, os fatos alhures mencionados deixam claro, sob o manto do mais lúdimo direito, que as manobras da fiscalizada convergem para o fim de locupletar-se à custa do Erário;
- 9) em reforço às constatações retromencionadas e com vistas à persecução da verdade material, foram identificadas ainda, compulsando os autos, Cédula de Crédito Bancário para abertura de Conta Corrente Garantida, no valor de R\$ 150.000,00, firmada em 25/04/2011, e aditivos à Cédula de Crédito Bancário, datados de 18/08/2011 e 29/09/2011, no valor de R\$ 150.000,00 e R\$ 300.00,00 respectivamente (fls. 99 a 129), documentos estes em que figuram como avalistas os Srs. Gilberto Galbiatti e Eurípedes Jerônimo Vieira, procuradores da fiscalizada;
- 10) as provas trazidas aos autos, aliadas às evidências que dessas defluiu, confirmam que o Contrato Social de constituição da fiscalizada foi formalizado exclusivamente para ocultar as operações comerciais realizadas pelos Srs. Gilberto Galbiatti (132.167.018-40), Sr. Eurípedes Jerônimo Vieira (656.890.388-49) e pela empresa M. V. Empreendimentos e Participações LTDA;
- 11) com suporte nas provas trazidas aos autos, restou configurada a hipótese de exclusão de ofício do sujeito passivo fiscalizado do SN prevista no artigo 29, inciso IV, da LC 123/2006.

Cumpra transcrever a base legal para exclusão do SN:

*LC 123/2006*

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

*(...)*

*IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;*

Com base nos indícios convergentes, acima relacionados, restou caracterizada a constituição da empresa por interpostas pessoas, ou seja: Neusa Helena Vieira Costa e Vanessa Gomes Toledo, apesar de constarem como sócias no contrato social, são sócias laranjas, ou melhor, não são as verdadeiras sócias. Os sócios de fato que respondem pela empresa são Gilberto Galbiatti (132.167.018-40) e Eurípedes Jerônimo Vieira (656.890.388-49). Esse fato está mais do que evidenciado no TVF nos seguintes trechos, sendo que a responsabilização solidária da empresa M. V. Empreendimentos e Participações Ltda será tratada em item específico:

a) as provas trazidas aos autos, aliadas às evidências que dessas defluiu, confirmam que o Contrato Social de constituição da fiscalizada foi formalizado exclusivamente para ocultar as operações comerciais realizadas pelos Srs. Gilberto Galbiatti (132.167.018-40), Sr. Eurípedes Jerônimo Vieira (656.890.388-49) e pela empresa M. V. Empreendimentos e Participações LTDA, tendo como sócio administrador o Sr. Miguel Bento Vieira, CPF 042.863.322-68, tio de Neusa Helena Vieira Costa;

b) No caso apreciado, resta patente que o Sr. Gilberto Galbiatti (132.167.018-40), o Sr. Eurípedes Jerônimo Vieira (656.890.388-49) e a empresa M. V. Empreendimentos e Participações LTDA. (01.179.467/0001-03), utilizaram-se dos sócios constantes no Contrato Social da fiscalizada, através da interposição de pessoas, manobra esta que restou configurada pelo conjunto probatório exaustivamente narrado neste relatório.

Como sócios de fato e gerente da empresa, cabível a aplicação da responsabilidade solidária, com base nos artigos 124 e 135 do CTN, uma vez que:

- configurado o interesse comum na situação constitutiva do fato gerador da obrigação principal;
- como houve exclusão do Simples Nacional com lançamento de ofício para cobrança da diferença devida, em função da alteração de sistemática de tributação para o lucro real, e ainda apuração de omissão de receita que também integrou a lavratura de auto de infração, restou caracterizada atos praticados com infração a lei

Conforme já havia mencionado, nenhum dos três recorrentes apresentou um único elemento probatório que contestasse os fatos narrados pela fiscalização e ratificados pelo acórdão recorrido.

Isto posto, diante do conjunto probatório apurado pela Fiscalização, nego provimento aos recursos voluntários, assim mantendo a exigência tributária e a responsabilização solidária de Gilberto Galbiatti e Eurípedes Jerônimo Vieira

É como voto.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho

Fl. 18 do Acórdão n.º 3302-008.541 - 3ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária  
Processo n.º 19311.720319/2015-64