



<b>Processo nº</b>	19515.720065/2018-31
<b>Recurso</b>	Voluntário
<b>Acórdão nº</b>	<b>2301-006.699 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária</b>
<b>Sessão de</b>	03 de dezembro de 2019
<b>Recorrente</b>	CONCRESERV CONCRETO S/A
<b>Interessado</b>	FAZENDA NACIONAL

### **ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/01/2012 a 31/12/2016

CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DO LANÇAMENTO.  
DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

Havendo comprovação de que o sujeito passivo demonstrou conhecer o teor da acusação fiscal formulada no auto de infração, considerando ainda que todos os termos, no curso da ação fiscal, foram-lhe devidamente científicos, que logrou apresentar esclarecimentos e suas razões de defesa dentro dos prazos regulamentares, não há que se falar em cerceamento ao direito de defesa bem assim não há nulidade do lançamento.

**NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA**

Demonstrada na decisão de piso a motivação quanto ao indeferimento da impugnação pleiteada, toma-se incabível a nulidade arguida.

**CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INTERPOSTA PESSOA.  
CONTABILIDADE DESCONSIDERADA OU “IMPRESTÁVEL”.**

Verificada as condições necessárias para o lançamento tributário, bem como não havendo contabilidade adequada para apuração devido do fluxo de caixa, e com a falta de registro do livro caixa nos órgãos competentes, deve ser mantida a exigência fiscal, desconsiderando-se as operações realizadas por empresa terceira e que não condizem com a realidade material, ou em razão da primazia da realidade.

**MULTA AGRAVADA. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. FISCO E  
INTERESSADO. SIMULAÇÃO, CONLUIO OU FRAUDE.**

Para caracterização dos artigos 71 a 73, da Lei 4.502/64, o fisco deve apontar os elementos que podem caracterizar o ilícito tributário. A prova nesse caso deve ser atribuída a quem acusa o ilícito praticado, diante do que dispõe o artigo 9º do Decreto 70.235/72, onde a autuação deverá estar instruída com todos elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

O fisco ao realizar o procedimento adequado com todas as provas necessárias para a comprovação dos fatos ocorridos, repassa ao interessado a obrigação de comprovar as alegações do seu direito, o que não ocorreu no presente caso.

**CRÉDITO TRIBUTÁRIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE N° 8. APLICAÇÃO DO ART. 173, INCISO I, DO CTN.**

Declarada pelo STF a constitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, sendo inclusive objeto de súmula vinculante n.º 8, que estabeleciam o prazo decenal para constituição e cobrança dos créditos relativos às contribuições sociais previdenciárias, a matéria passa a ser regida pelo Código Tributário Nacional, que determina o prazo de 5 (cinco) anos para a constituição e cobrança do crédito tributário.

Nesse sentido, verificou-se que o caso de aplicação da regra do artigo 173, inciso I, do CTN, tendo como parte do lançamento contaminado pela decadência.

**DA ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE JUROS SOBRE A MULTA. SÚMULA CARF N° 108**

Súmula CARF nº 108: “Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício”. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

**REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINOS PENALIS. SÚMULA CARF N.º 28:**

Nos termos Súmula CARF nº 28: O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010).

**PROCESSO ADMINISTRATIVO DE REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINOS PENALIS. INCOMPETÊNCIA DO CARF. SÚMULA CARF N.º 28.**

Nos termos Súmula CARF nº 28, O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010).

**RESPONSABILIDADE ADMINISTRADORES. RELAÇÃO DE CORRESPONSÁVEIS - CORESP”, O “RELATÓRIO DE REPRESENTANTES LEGAIS - REPLEG” E A “RELAÇÃO DE VÍNCULOS - VÍNCULOS. SÚMULA CARF N.º 88**

Nos termos da Súmula CARF no 88: A Relação de Correspondentes - CORESP”, o “Relatório de Representantes Legais - RepLeg” e a “Relação de Vínculos - VÍNCULOS”, anexos a auto de infração previdenciário lavrado unicamente contra pessoa jurídica, não atribuem responsabilidade tributária às pessoas ali indicadas nem comportam discussão no âmbito do contencioso administrativo fiscal federal, tendo finalidade meramente informativa”.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em negar provimento ao recurso de ofício; quanto ao recurso voluntário, por maioria de votos, em não anular o acórdão recorrido, vencido o relator que o anulou por falta de fundamentação quanto à ilegitimidade passiva e

à desconsideração da pessoa jurídica; por maioria de votos, em dar parcial provimento ao recurso para excluir do lançamento a qualificação da multa de ofício, vencidos os conselheiros Antônio Sávio Nastureles e Sheila Aires Cartaxo Gomes que mantiveram a qualificação. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Sheila Aires Cartaxo Gomes, que manifestou intenção de fazer declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

João Maurício Vital - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Wesley Rocha - Relator

(documento assinado digitalmente)

Sheila Aires Cartaxo Gomes - Redatora designada

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Antônio Sávio Nastureles, Wesley Rocha, Cleber Ferreira Nunes Leite, Marcelo Freitas de Souza Costa, Sheila Aires Cartaxo Gomes, André Luís Ulrich Pinto (Suplente Convocado para eventuais substituições), Fernanda Melo Leal e João Mauricio Vital (Presidente). Ausente a Conselheira Juliana Marteli Fais Feriato.

## Relatório

Trata-se de crédito lançado em desfavor de CONCRESERV CONCRETO S/A, relativo às contribuições devidas para a Seguridade Social, incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais autônomos declarados ou não na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações a Previdência Social – GFIP.

De acordo com o Relatório Fiscal (e-fls. 1.154), e seguintes, foi constatado as seguintes ocorrências:

“(...)

Após análise dos documentos apresentados pelo contribuinte e das informações coletadas, constatamos que a Nagila Matias Novais - ME foi constituída unicamente para fornecer mão-de-obra a Concreserv com vistas à obtenção indevida do tratamento tributário simplificado e favorecido, instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, fez a opção ao Simples Nacional em 30/12/2009. A empresa constituída Nagila Matias Novais - ME é uma interpresa da empresa Concreserv Concretos S.A., inscrito no CNPJ sob nº06.262.453/0001 -72. A Representação Fiscal para fins de baixa da inscrição do CNPJ da “Nagila Matias Nogueira Novais - ME” foi proposto pelo processo nº 19515.721.094/2017-39, por meio do Edital Eletrônico nº 002092786, publicado em 05/12/2017.

O lançamento da contribuição previdenciária devida sobre a remuneração dos segurados empregados registrados supostamente como empregados da empresa Nagila Matias de Novais - ME será lançado de ofício com lavratura de Auto de

Infração na empresa Concreserv Concretos S/A. que está amparado no TDPF nº 08.1.90.00.2017-02229-0 abrangendo o período de 01/2012 a 12/2016 (inclusive décimo terceiro).

(...)

4.2. Iniciada a ação fiscal junto à empresa **Nagila Matias Nogueira Novais - ME** amparada no Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização nº 08.1.90.00-2016-01342-4, em 16/09/2016, do ano calendário de 2013, cuja ciência ocorreu via postal (ARJO817837735BR) em 22/09/2016 pelo Termo de Início de Procedimento Fiscal, o qual solicitamos a apresentação dos seguintes documentos, no prazo de 20 (vinte) dias: “Contrato Social e alterações, Balancetes Contábeis, Balanços Patrimoniais, Livro Diário/Razão ou Caixa (2012 e 2013), Livros Fiscais – ISS/ICMS, Notas Fiscais/Faturas de prestação de serviços, Contrato de Prestação de Serviços, Arquivos Contábeis SINCO, Folha de Pagamento contendo os segurados empregados e contribuintes individuais, Recibo de Pagamento de Autônomo e Relação anual de informações sociais (RAIS).

4.3. Passado o prazo não houve manifestação. Lavrado o Termo de Reintimação datado de 06/11/2016, sob pena da aplicação de multa agravada conforme artigo 959 do RIR/99 (Decreto nº 3.000/99) e alertamos que a recusa injustificada, nos termos da lei, de exibição dos elementos solicitados irá configurar embaraço à fiscalização, nos termos do disposto no inciso I, do Art. 33, da Lei nº 9430/96. O contribuinte apresentou no dia 11/11/2016: Requerimento de empresário, RAIS no meio papel dos anos de 2012 e 2013, cópia do Balancete de 2012 e 2013, Livro Diário e Razão de 2011, 2012 e 2013 e Balancetes deixando de apresentar outros documentos solicitados.

4.4. Da análise dos Livros contábeis verificamos que estes não foram autenticados na JUCESP. Também identificamos que a escrituração não é fidedigna, não há lançamentos de movimentação financeira bancária, somente consta da Folha de Pagamento e algumas despesas, não podendo ser considerado nem como Livro Caixa.

Nas e-fls. 3.604 e seguintes, a empresa interpôs Recurso Voluntário, alegando em síntese o seguinte:

Preliminarmente:

- nulidade do processo administrativo, impõe-se, em razão do prejuízo direto ao sacrossanto direito de defesa da todo o *Mandado de Procedimento Fiscal* nº 08.1.90.00-2017-02229-0, trazendo, como consequência, igual sorte para todos os atos posteriores dele diretamente dependente à Recorrente – em face da não observância do devido processo legal e cerceamento do direito de defesa,

- nulidade do Acórdão da DRJ por omissão quanto a argumentos trazidos pela Recorrente na Impugnação. Segundo a recorrente, o Acórdão *a quo* não analisou ou fundamentou o não reconhecimento da ilegitimidade passiva e o da desconsideração de pessoa jurídica, trazidos na impugnação pela Recorrente, o que torna nula a decisão proferida pela primeira instância administrativa, merecendo reforma por esse respeitável Colegiado.

- Ilegitimidade Passiva: Não houve a devida comprovação de que a empresa NAGILA seria uma interpresa pessoa jurídica utilizada pela Recorrente para simular a prestação de serviço. Pelo contrário, a NAGILA apresenta-se como uma pessoa jurídica devidamente constituída, com funcionários rigorosamente registrados, prestando serviços à Recorrente. A relação jurídica existente entre a Recorrente e a NAGILA era puramente comercial, suportada por contrato e notas fiscais de prestação de serviços. Não é admissível que a Recorrente seja responsabilizada por eventuais omissões ou erros por parte da NAGILA

No mérito:

- Da Efetiva prestação de serviços efetuada pela NAGILA: Tendo em vista que boa parte das obras efetuadas pela Recorrente é de grande porte e que, muitas vezes, tais obras têm prazo certo para serem concluídas, é necessário – e usual – a subcontratação de serviços por parte de outras empresas, que possuam a *expertise* técnica necessária para o desenvolvimento de determinada fase do projeto ou da obra para a qual foram contratadas. Apesar desse fato ser de notório conhecimento, as autoridades fiscais basearam a autuação na descabida presunção de que os pagamentos efetuados pela Recorrente a título de prestação de serviços à NAGILA nunca existiram, e esta teria sido constituída tão somente para simular a prestação de serviços, tendo como objetivo a redução de encargos previdenciários.

- Da Desconsideração da Pessoa Jurídica – Violação ao Artigo 50 do Código Civil: conforme foi salientado no tópico 2.2.1, a desconsideração da pessoa jurídica não foi devidamente analisada pela DRJ, não havendo menção alguma a esse respeito no voto do Relator, o que torna nula a decisão proferida. Caso esse respeitável Colegiado assim não entenda, pedimos vênia para abordar essa preliminar, não poderia a r. Autoridade Administrativa – como fez ao lavrar o AIIM em cotejo – desconsiderar a personalidade jurídica da NAGILA, sem uma prévia decisão judicial autorizando a prática de ato administrativo desse jaez. Dessa forma, o lançamento deve ser anulado por esse respeitável Colegiado

- Multa de Ofício e multa qualificada – Inaplicabilidade: requer a RECORRENTE que seja reduzida a multa de ofício para 75%, nos termos do que dispõe a legislação tributária vigente, uma vez que foi aplicado a multa qualificada de 150%.

- Da ocorrência da decadência. Tendo em vista que a ciência do auto de infração ocorreu em 31/01/2018, não existem dúvidas da ocorrência do instituto da decadência do direito ao lançamento em relação ao ano de 2013, com base no artigo 150, § 4º, do CTN, conforme entendimento pacificado pela 1<sup>a</sup> Seção do Egrégio STJ, em sede de recurso repetitivo, o qual deve ser admitido por esse colegiado.

- Da Ilegalidade Da Cobrança De Juros Sobre A Multa. Aduz ser indevido a cobrança dos juros sobre multa. Junta precedentes do CARF.

- Da não responsabilidade. Alega que os administradores da empresa não são responsáveis tributários, uma vez que não deram causa ao disposto nos artigos 124 e 135 do CTN, e que não deveriam ser responsabilizados.

Por fim, pede: a procedência do recurso voluntário declarando-se nulo o auto de infração, bem como o afastamento da multa qualificada, e demais disposições do Lançamento.

Foi interposto Recurso de Ofício em razão da exclusão dos valores do auto de infração estar acima dos valores alcançados.

Diante dos fatos narrados, é o relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro Wesley Rocha, Relator.

### DO RECURSO DE OFÍCIO

Foi apresentando recurso de ofício nos seguintes termos:

“Em virtude da alteração do crédito tributário, recorre-se de ofício ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, segundo a Portaria MF nº 63, de 9 de fevereiro de 2017, que estabelece limite para interposição de recurso de ofício pelas Turmas de Julgamento das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ). Assim, diante dos elementos dos autos, correta o decisum de primeira instância”.

Com isso, foi acolhida a decadência parcial, com base no art. 173, inciso I, do CTN, para excluir do crédito tributário as competências 01/2012 a 12/2012. Isso porque no presente processo administrativo está a ser exigido contribuições dos períodos de 01/01/2012 a 31/12/2016, e a ciência da contribuinte se em 30/01/2018, segundo consta do AR de e-fls. 3.394. Portanto, ultrapassaram o lapso temporal de cinco anos permitidos em Lei.

Assim, conheço e nego provimento ao Recurso de Ofício.

### DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O Recurso Voluntário é tempestivo e aborda matéria de competência desta Turma. Portanto, dele tomo conhecimento.

### NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Alega a recorrente a nulidade do auto de infração, uma vez que não houve obediência aos procedimentos fiscais legais, bem como a fiscalização não teria observado a requisitos necessários do Mandado de Procedimento Fiscal -MPF. Alega também que é nulo o auto de infração, uma vez que não teria respeitado os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, e que não teria sido determinado a matéria tributável, havendo mácula no lançamento fiscal consoante o fato gerador, por descumprimento do devido processo legal

Com isso, verifica-se que as causas de nulidades no processo administrativo fiscal se limitam as que estão elencadas no artigo 59, do Decreto 70.235, de 1972:

"Art. 59. São nulos:

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

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

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

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

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Parágrafo acrescentado pela Lei 8.748, de 1993".

Por sua vez, o art. 60 da referida Lei, menciona que as irregularidades, incorreções e omissões não configuram nulidade, devendo ser sanadas se resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio:

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

Nesse sentido, está pacificado em nossos Tribunais o princípio de *pas nus nullité sans grief*, ou seja: não há nulidade sem prejuízo. No presente caso, verifica-se que a recorrente teve ciência de todo os fatos que estavam sendo apontados, pois respondeu a todo questionamento da fiscalização, bem como indicou elementos solicitados para as conclusões do lançamento. Apresentou defesa e recurso, bem como teve ciência dos demais atos.

Registra-se que é pelo processo administrativo fiscal que a Fazenda Pública se utiliza para cobrar legalmente seus créditos, sendo eles de natureza tributária ou não.

A legislação obriga o agente fiscal a realizar o ato administrativo, verificando assim o fato gerador e o montante devido, determinar a exigência da obrigação tributária e sua matéria tributável, confeccionar a notificação de lançamento, lavrando-se o auto de infração, e checar todas essas ocorrências necessárias para as fiscalizações de cobrança, quando da identificação da ocorrência do fato gerador, independente da ação judicial manejada, sendo legítima a lavratura do auto de infração em conformidade com o art. 142, do CTN e com o art. 10 do Decreto n.º 70.235/72, conforme dispositivos *in verbis*:

**CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.**

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

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

## DECRETO n.º 70.235/72.

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

- I a qualificação do autuado;
- II o local, a data e a hora da lavratura;
- III a descrição do fato;
- IV a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;
- V a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias; VI a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula”.

Verifica-se dos autos que os procedimentos administrativos foram devidamente realizados sem mácula ou nulidade, dentro do processo administrativo (rito processual).

O PAF – Processo Administrativo Fiscal se inicia pelo ato da fiscalização realizada pela autoridade administrativa, que realiza as atividades necessárias para obter as informações necessárias na constituição do crédito devido, conforme determina o artigo 196, do CTN, conforme transcrição abaixo:

“Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas”.

Assim, a autoridade administrativa tem o poder-dever de realizar diligências que entender devidas para verificar o levantamento de todas as informações necessárias, desde que permitidas em lei, para a respectiva busca da verdade material sobre os fatos em relação a obrigação tributária a ser cumprida, podendo examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, movimentações financeiras, papéis e feitos comerciais ou fiscais dos contribuintes.

Apesar das ações de fiscalização possuírem caráter investigatório e inquisitório, realizando procedimentos unilaterais, de obediência obrigatória, que não é absoluta, o desfecho do PAF alberga os princípios da ampla defesa e contraditório, pois existe nele a possibilidade do contribuinte se manifestar, impugnar, apresentar provas, e contestar todo o apontamento realizado.

O PAF, como em diversos procedimentos, é constituído de fases, e nesse sentido existe uma espécie de *fase não contenciosa*. Para melhor explicar é de se transcrever a lição de Hugo de Brito Machado, do qual explica:

“A determinação do crédito tributário começa com a fase não contenciosa, que é essencial no lançamento de ofício de qualquer tributo. Tem início com o primeiro ato da autoridade competente para fazer o lançamento, com o objetivo de constituir o crédito tributário. Tal ato há de ser necessariamente escrito, e deve ser levado ao conhecimento do sujeito passivo da obrigação tributária correspondente, posto que só assim pode ser considerado completo. Em outras palavras: o ato inicial da fase não contenciosa da constituição do crédito tributário completa-se quando é levado ao conhecimento do sujeito passivo da obrigação tributária, aquele contra quem o ato é praticado e tem, portanto, interesse em se manifestar contra ele”. MACHADO, Hugo de Brito. *Teoria Geral do direito tributário*. Editora Malheiros, São Paulo, 2015, pág 411).

Nesses termos, verifica-se que o lançamento está formalmente adequado, com a discriminação precisa do fundamento legal sobre que determina a obrigação tributária, os juros de mora, a multa e a correção monetária. Portanto, revela-se inviável falar em nulidade, não se configurando qualquer óbice ao desfecho da demanda administrativa, uma vez que não houve elementos que possam dar causa à nulidade alegada.

No presente caso, verifica-se que a recorrente teve ciência de todo os fatos que estavam sendo apontados, pois respondeu a todo questionamento da fiscalização, bem como indicou elementos solicitados para as conclusões do lançamento, não ocorrendo o cerceamento de defesa, pois o AI possui o indicativos dos critérios adotados, *quantum* autuado, bem como dos elementos que constituíram a infração e que foram inclusive objeto de questionamentos por parte do recorrente.

Assim, não assiste razão a recorrente.

#### **NULIDADE POR OMISSÃO DO ACÓRDÃO DA DRJ**

Segundo a recorrente, o acórdão da DRJ não analisou ou fundamentou o não reconhecimento da ilegitimidade passiva e o da desconsideração de pessoa jurídica, trazidos na impugnação pela **Recorrente**, o que torna nula a decisão proferida pela primeira instância administrativa, merecendo reforma por esse respeitável Colegiado.

De fato restou duvidas quanto à interpretação do Acórdão de primeira instância no que diz respeito à ilegitimidade passiva, e também não há decisão quanto à desconsideração da pessoa jurídica.

Na verdade, é ponto levantado e não analisado em sede de decisão *a quo*, a questão da ilegitimidade passiva.

Assim entendo que a recorrente possui razão e deve ser anulada a decisão de primeira instância, a fim de que aprecie expressamente e integralmente as razões e manifestações da recorrente.

#### **DA ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA**

O objeto do presente lançamento fiscal consiste na apuração da contribuição previdenciária da quota patronal, devida e não recolhida à Previdência Social, incidentes sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês aos segurados empregados, decorrente de fato gerador não declarado em GFIP - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, antes do início da ação fiscal na empresa Concretos S/A, período de 01/2012 a 12/2016.

Aduz a recorrente que não houve a devida comprovação de que a empresa NAGILA seria uma interpota pessoa jurídica utilizada pela Recorrente para simular a prestação de serviço, pelo contrário, a NAGILA apresenta-se como uma pessoa jurídica devidamente constituída, com funcionários rigorosamente registrados, prestando serviços à Recorrente.

Ocorre que a fiscalização constatou as seguintes situações:

“(...)

5.2. O objeto do presente lançamento fiscal consiste na apuração da contribuição previdenciária da quota patronal, devida e não recolhida à Previdência Social, incidentes sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês aos segurados empregados, decorrente de fato gerador não declarado em GFIP - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, antes do início da ação fiscal na empresa Concreserv Concretos S/A, período de 01/2012 a 12/2016.

5.3. Vale ressaltar que o lançamento da contribuição previdenciária na Concreserv Concretos S/A é sobre a remuneração dos segurados empregados informados nas GFIP da Nagila Matias Novais - ME, empresa constituída como interpresa da Concreserv para simular a terceirização de prestação de serviços, ou seja, a Nagila prestou serviços à Concreserv, para tanto constituiu formalmente a empresa “Nagila Matias Novais - ME” com inscrição no CNPJ sob nº 11.695.413/0001-54, fez a opção ao Simples Nacional, emitiu nota fiscal de prestação de serviços com valores abaixo do limite da tabela da opção do Simples Nacional, informou na GFIP a opção dos Simples, deixando de recolher a contribuição previdenciária patronal, inclusive GILRAT e terceiros, fato que em tese, configurou no crime de Sonegação da Contribuição Previdenciária e crime contra a Ordem Tributária, previstos no artigo 337-A, inciso I do Código Penal e no artigo 1º, inciso I e II da Lei nº 8.137, de 27/12/1990.

5.4. A seguir passo a expor os motivos que comprovam que a Nagila Matias Nogueira Novais - ME é uma interpresa da Concreserv Concretos S/A:

#### **5.4.1. Dos Livros Diário e Razão (2012 e 2013)**

Da análise dos livros contábeis Diário e Razão apresentados pelo contribuinte dos anos de 2012 e 2013, nas contas nº 10004-7 1101010100- Caixa e nº 10018-9 1101020800 – Bco Itaú S/A C/C, não consta movimentação financeira suficiente e necessária para a operacionalidade da empresa. A seguir transcrevemos as contas Caixa e Bancos dos Livros Caixa 2012 e 2013:

(quadro analítico nas e-fls. Fl. 1163/ 1.165)

No ano de 2012 não houve movimentação financeira por meio de instituições financeiras. Então os valores que constam na conta nº 10004-7 1101010100- Caixa de recebimento da fatura do mês de prestação de serviços totalizado de R\$ 1.303.502,42 ocorreram em espécie? Observa-se que não constam todos os pagamentos necessários para o funcionamento normal de uma empresa prestadora de serviços. Somente alguns pagamentos de adiantamento, de salários, de empréstimos.....e os outros pagamentos necessários ao dia a dia de uma empresa? Quem está os pagando?

No ano de 2013 também não consta pagamentos necessários ao funcionamento de uma empresa normal na contabilidade. Identifica-se somente um lançamento na conta nº 10018-9 1101020800 – Bco Itaú S/A C/C, indicando “valor ref. Ajuste resultados exercícios anteriores no valor de R\$ 3.004,82”, o que significaria esse lançamento? Enquanto que na DIMOF consta informação de movimentação no valor de R\$ 756.758,64 (a débito) e R\$ 801.763,05 (a crédito).

Conclui-se que a contabilidade apresentada à fiscalização não reflete a realidade dos fatos contábeis. Não há veracidade nos lançamentos contábeis, ou seja, é uma contabilidade com conteúdo imprestável.

(..)

#### **5.4.7. Das Outras Informações**

A empresa Nagila Matias Nogueira Novais - ME foi constituída em 30/12/2009, com capital social de R\$ 5.000,00 e que permanece no mesmo valor até a presente data.

A empresa constituída prestou serviços exclusivamente para empresa CONCRESERV Concreto & Serviços Ltda., fornecendo a mão-de-obra, na maioria na função de motorista de caminhão betoneira e de outros serviços necessários na fabricação do concreto usinado e de argamassa, assim os supostos funcionários da Nagila exerceram as mesmas funções dos empregados da Concreserv.

A sala onde a empresa alega estar sediada se localiza dentro da indústria de usina de concreto, na filial da Concreserv, o de CNPJ 06.262.453/0003-34, no Parque Novo mundo, na capital de São Paulo.

Apresentou o contrato de sublocação de imóvel para fins comerciais como sublocatária da Concreserv. O valor da locação seria de R\$ 900,00 mensais. Nos livros Contábeis da locadora e da locatária não consta lançamento contábil do valor referente ao aluguel. Solicitado no Termo de Intimação Fiscal datado de 20/07/2017 documentos de comprovação dos pagamentos de sublocação da sala 02, entretanto nada foi apresentado.

A proprietária da empresa Nagila é esposa do sócio e diretor-presidente da Concreserv, sr. Fábio Gonzales Novais.

Com intuito de obter documentos e subsidiar a fiscalização solicitamos a abertura de diligência vinculada na empresa Concreserv. Amparado pelo TDPF-Diligência nº 08.1.90.00-2017-00833-5 solicitamos a apresentação do Contrato de Seguro de Vida, Contrato de Plano de Saúde e outros. Dentre os documentos apresentados o Contrato de Seguro de Vida em Grupo realizado com a MetLife- Metropolitan Life Seguros e Previdência Privada S.A, a empresa Concreserv Concreto S/A é “estipulante” e a Nagila Matias Nogueira Novais - ME é “subestipulante”, assim todos os supostos funcionários da Nagila são segurados da apólice de seguros realizados com a Concreserv.

A Concreserv ao invés de efetuar o pagamento da fatura de prestação de serviços diretamente a Nagila, realizou os pagamentos das despesas desta, tais como o recolhimento da GRRF- Guia de recolhimento rescisório do FGTS, DARF e outras despesas.

O Contador de ambas empresas é o sr. Marcelo Padovezi, CRC 1SP236680. No dia 18/04/2017 compareceu a Defis e prestou esclarecimentos que: os pagamentos da Folha de Pagamento e outros pagamentos de responsabilidade da Nagila são realizados pela Concreserv e que foram contabilizados na conta de adiantamentos de fornecedor, isto é, na conta contábil nº 110212090010709 – Contas a Pagar-Adiantamentos. Justificou que se trata de adiantamento de futura prestação de serviços a ser realizado pela “Nagila”.

Dentre os princípios que norteiam o processo administrativo tributário, encontra-se o da verdade material, como meio garantidor da certeza do crédito tributário, no qual se deve buscar a realidade dos fatos. A despeito da apresentação formal de sociedades empresárias aparentemente distintas, constatou-se a efetiva existência de uma única empresa, sujeito passivo deste lançamento. As existências meramente formais da pessoa jurídica NAGILA MATIAS NOGUEIRA Novais - ME somente pode ser justificada como artifício para obtenção indevida do tratamento tributário simplificado e favorecido, instituído pela Lei Complementar nº 123/06 (Simples Nacional). Inquestionável que a pessoa jurídica NAGILA MATIAS NOGUEIRA Novais - ME é, de fato, pessoa jurídica inexistente.

Diante do exposto nos itens anteriores, podemos constatar que na realidade quem dirige as operações da empresa são os dirigentes da Concreserv. A Nagila Matias Nogueira Novais - ME é uma interpota da Concreserv. Constituída unicamente com o objetivo de simular a contratação de prestação de serviços de terceiros para assim deixar de

recolher as contribuições previdenciárias patronal/GILRAT e de terceiros usufruindo do favorecimento da tributação diferenciada da opção do Simples Nacional. Ficou claro que não dispõe de patrimônio e capacidade operacional financeira para desempenhar o objeto da empresa. O único objetivo foi de fraudar e causar prejuízo a Fazenda Nacional”.

Assim, diante do fato da recorrente não conseguir afastar as acusações fiscais, não apresentar provas de suas alegações recursais, e não desconstituir o apontamento fiscal, em razão das diversas informações prestadas pelo autoridade administrativa, entendo correta a decisão de primeira instância, e afasto a pretensão de ilegitimidade passiva da recorrente.

#### **DA EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EFETUADA PELA NAGILA**

Alega a recorrente que por uma série de questões específicas e desenvolvimento de projetos para os quais é contratada, tem por necessidade contratar ou subcontratar empresas especializadas para edificar as obras em que presta serviço.

Nesse contexto, não cabe à administração pública avaliar como e quais serviços devem ser desenvolvidos para projetos identificados no auto de infração, mas sim os elementos que levam à conclusão sobre a prestação de serviço ou não, para tão somente identificar o fato gerador do tributo. Com isso, entendo que com os elementos trazidos aos autos, correta foi a interpretação da fiscalização, uma vez que os serviços prestados pela empresa Nagila foram de forma exclusivas à recorrente, e também por não haver fluxo de caixa capaz de cobrir todas as operações da contribuinte, deixando de recolher de certa forma o tributo devido.

A DRJ de origem se pronunciou de forma correta nesse ponto:

”A Autoridade Lançadora verificou que o livro Caixa e livro Diário dos contribuintes Nagila Matias Novais - ME e Concreserv Concretos S.A exigido pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 não refletiam as movimentações financeiras, bancárias e tributárias, conforme devidamente constatados pelo procedimento fiscal e especificados no RELATÓRIO FISCAL fls. 1154 a 1190 e DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS de fls. 1192 a 3387.

Ademais, o livro Caixa não é essencial somente para cumprir os requisitos do SIMPLES NACIONAL, mas é necessário para o exercício da atividade empresarial e controle rigorosos de suas receitas, custos e despesas.

De modo que o livro Caixa e livro Diário apresentado para a Autoridade Lançadora deve espelhar as movimentações financeiras, bancárias e tributárias embasadas nos documentos que comprovem essas transações de créditos e débitos, pois é essencial para o exercício regular da atividade empresarial e, também, exigido pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, consequentemente são provas contra as pessoas a que pertence, como se depreende do artigo 226, da LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002, Código Civil, *in verbis*:

Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos.

Em razão disso, e, de outros fundamentos fáticos constantes no RELATÓRIO

FISCAL fls. 1154 a 1190 e DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS de fls. 1192 a 3387, a Autoridade Lançadora constatou que o contribuinte Nagila Matias Novais - ME, foi uma interposta pessoa jurídica nas contratações de empregados - CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA para Concreserv Concretos S.A, verificando que estes abusaram dos direitos previstos na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2000, nas legislações tributárias, previdenciárias e trabalhistas.

Assim, os livros contábeis e os livros caixas dessas empresas apresentam associação entre elas em comum, consequentemente, a sociedade empresária Concreserv Concretos S.A, a maior beneficiária, detentora dos recursos financeiros e econômicos, é o real empregador dos empregados constantes nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações a Previdência Social – GFIP da empresária individual Nagila Matias Novais - ME constantes no banco de dados da Receita Federal do Brasil, conforme apontados no RELATÓRIO FISCAL fls. 1154 a 1190 e DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS de fls. 1192 a 3387”.

Ademais, o livro caixa da empresa não estaria registrado nos órgãos competentes, requisitos necessários para manter a contabilidade de maneira adequada, correta e qualitativa.

Assim, não assiste razão a recorrente, devendo manter-se o levantamento feito pela fiscalização.

#### **DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 50 DO CÓDIGO CIVIL BRASILIERO**

No presente caso foi aplicado dispositivos do Código Tributário Nacional, e legislação específica de tributos federais, não devendo ser aplicado o disposto do artigo em questão que em verdade aplica-se aos sócios da empresa autuada, diante da norma especial aplicada ao caso concreto.

Assim, afasto a pretensão do citado artigo 50 do CCB.

#### **DA MULTA QUALIFICADA APLICADA**

Foi aplicada ao processo multa qualificada de 150% ao presente caso.

A multa qualificada está prevista no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, nos casos previstos nos art. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. Referidos dispositivos tratam das figuras da sonegação, fraude e conluio, nos seguintes termos:

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

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

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

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

Conforme relatório fiscal, os elementos que induziram a qualificação da multa foram os abaixo transcritos:

"8.2. No que diz respeito as fatos geradores não declarados em GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e informações à Previdência Social, relativo ao período de 01/2012 a 12/2016, da contribuição de outras entidades e fundos sobre a remuneração da folha de pagamento, ensejou a aplicação de multa de ofício qualificada de 150% sobre os valores apurados, nos termos do artigo 44, inciso II da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. A ação dolosa do contribuinte de impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal e do conhecimento a autoridade fazendária, justifica a imposição da multa qualificada, conforme previsto no artigo 71, inciso I da Lei nº 4.502/1964".

Nesse tópico, tendo a não concordar com a DRJ de origem, uma vez que a não declaração em GFIP não é suficiente para agravamento da multa. A multa devida já é aplicada para a sanção da falta da obrigação que o contribuinte deixou de cumprir.

Para que haja agravamento (qualificadora), deve haver por parte da fiscalização evidente intuito de fraude. No caso, os elementos que levaram à fiscalização à agravar a multa foram exatamente o descrito acima, e não outros elementos, conforme citado pela no relatório fiscal.

Nesse sentido, cito a Súmula CARF n.º 14:

**"A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo".**

Assim, é de suma importância que a fiscalização identifique de forma integral ou ao menos remeta as informações que levaram a qualificar a multa, a fim de que não haja cerceamento do direito de defesa. O contribuinte tem o direito de saber exatamente porque está sendo acusado e quais condutas foram praticadas para que aí possa realizar de forma integral sua defesa, privilegiando os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório.

Conforme se constada do Acórdão n.º 2401-005.719, de 11 de setembro de 2018, de relatoria do Conselheiro Rayd Santana Ferreira, da 4<sup>a</sup> Câmara da 1<sup>a</sup> Turma Ordinária, da 2<sup>a</sup> Seção, o elemento fraude deve estar bem descrito no relatório fiscal, com elementos que possam levar à conclusão de que evidências levantadas são aquelas que ensejam a aplicação de multa qualificada, conforme ementa transcrita abaixo:

**"MULTA QUALIFICADA. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO. NÃO COMPROVADOS. IMPOSSIBILIDADE QUALIFICAÇÃO. De conformidade com a legislação tributária, especialmente artigo 44, inciso I, § 1º, da Lei nº 9.430/96, c/c Sumula nº 14 do CARF, a qualificação da multa de ofício, ao percentual de 150% (cento e cinquenta por cento), condiciona-se à comprovação, por parte da fiscalização, do evidente intuito de fraude da contribuinte. Assim não o tendo feito, não prospera a qualificação da penalidade, sobretudo quando a autoridade lançadora baseou-se em meras suposições sobre o tema no Relatório Fiscal".**

Caberia, portanto, à fiscalização a caracterização de mais elementos que pudesse imputar o *consilium fraudis*, no que diz respeito ao *animus* fraudulento, ou também o *animus simulandi* por parte da contribuinte.

Em conteúdo didático, produzido pelo jurista Fábio Piovezan Bozza, que já foi Conselheiro deste Tribunal, verifica-se que: "*dolo, fraude ou simulação, refere-se a um conjunto de vícios produzidos intencionalmente pelo contribuinte que, de má-fé, cria uma situação falsa ou de mera aparência e inebria o julgamento do Fisco sobre uma relação tributária já existente, de modo a eliminá-la, reduzi-la ou postergá-la*" (*in Planejamento Tributário e Autonomia Privada*. Série doutrina tributária v. XV. São Paulo: Quartier Latin, 2015, página 199).

Cumpre esclarecer que, quando há a acusação de uma simulação, existe a *distribuição do ônus da prova*. Nesse sentido, é o que diz o disposto no artigo 9º do Decreto 70.235/72, *in verbis*:

Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito". Grifou-se.

Em que pese o ônus da prova dos fatos constitutivos do direito ser do interessado/contribuinte, percebe-se que com o dispositivo acima citado o legislador quis que nos casos de caracterização de ilícitos houvesse uma espécie de "distribuição do ônus da prova", a fim de que a fiscalização tivesse também que suportar o encargo de provar com elementos indispensáveis à comprovação do ilícito ocorrido.

Nesse sentido, esse Conselho Administrativo já decidiu:

"Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ  
Ano-calendário: 2000 DIREITO CREDITÓRIO. RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO.  
DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.

No processo administrativo de restituição e compensação de créditos tributários, incumbe ao contribuinte provar o fato constitutivo do seu direito (a certeza e liquidez do direito creditório) e, ao Fisco, para indeferir o pleito, provar fatos que evidenciem a inexistência do direito afirmado pelo contribuinte ou que constituam impedimento, modificação ou extinção desse direito." *Acórdão de julgamento n.º 1402-002.484, em 12/04/2017.*

O jurista Leandro Paulsen abordando o tema, em seu livro que trata sobre a Constituição e o Código Tributário, explica de maneira mais didática, os elementos e premissas necessárias para imputar no auto de infração as características fraudulentas:

"A aplicação de multa qualificada depende da inexistência de dúvida quanto ao caráter doloso da conduta. "... a comprovação da conduta dolosa deve estar cristalina na acusação fiscal. Tomando-se emprestada expressão contida na ementa do Acórdão n. 2202002.106, de 21 de novembro de 2012, o que se quer dizer é que 'O evidente intuito de fraude deverá ser minuciosamente justificado e comprovado nos autos'. Assim é que não basta que se presuma a conduta dolosa, sendo também imprescindível para a aplicação dessa penalidade a produção de prova dessa conduta dolosa por parte da fiscalização. Isso porque já existe uma penalidade (de ofício) para o simples fato de não pagamento de tributo, razão pela qual a aplicação da multa

qualificada requer algo mais, por ser, nas palavras de Marco Aurélio Greco, 'a exceção da exceção'. Nesse sentido decidiram os Acórdãos ns. 140200752, 140200753 e 140200754, de 30 de setembro de 2012, bem como os Acórdãos ns. 920200.632, de 12 de abril de 2010, 920100.971, de 17 de agosto de 2010, 330100.557, de 26 de maio de 2010, e 1402001.180, de 10 de dezembro de 2012. Outrossim, tal necessidade de comprovação decorre também da previsão do art. 112 do CTN, que determina interpretação mais favorável ao acusado da lei tributária que define infrações, ou comina penalidade, conforme anteriormente analisada, de sorte que nas situações que houver qualquer dúvida quanto à intenção ou a conduta do contribuinte, esse não pode sofrer a penalidade em sua modalidade qualificada." (COVIELLO FILHO, Paulo. A multa qualificada na jurisprudência administrativa. Análise crítica das recentes decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. RDCT 218/130, nov/2013). *Grifou-se.* (PAULSEN, Leandro. Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 17 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; 2015. pág. 882/883)"

Portanto, entendo ser caso de aplicação do art. 112 do CTN, onde utiliza-se de dispositivo mais favorável ao acusado quando restar dúvidas quanto à autoria, imputabilidade ou punibilidade do fato a determinado caso concreto, conforme dispositivo transscrito abaixo:

"Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação".

Assim, tendo em vista não ser possível concluir pela aplicabilidade dos artigos 71 a 73, da Lei 4.502/64, não existindo elementos suficientes para aplicar o dispositivo referente à prática de "simulação" ou "conluio", afasto a incidência da multa qualificada, reduzindo o percentual de 150% para o patamar de 75%, referente à multa de ofício.

#### **DA OCORRÊNCIA DA DECADÊNCIA.**

Pede a recorrente a aplicação do disposto no art. 150, §4º, do CTN.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento no Recurso Especial n.º 973.733, de 12/08/2009, julgado sob o regime dos recursos repetitivos, de aplicação obrigatória a este Tribunal. Nesse sentido, o prazo decadencial para o Fisco lançar o crédito tributário é de cinco anos, contados: *i) a partir da ocorrência do fato gerador, quando houver antecipação de pagamento e não houver dolo, fraude ou simulação (art. 150, §4º, CTN); ou ii) a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, no caso de ausência de antecipação de pagamento (art. 173, I, CTN).*

Conforme se constata do REFISC a recorrente não apresentou nenhuma guia de pagamento do período lançado, não tendo como atrair a regra do art. 150, §4º, do CTN. Assim, deve prevalecer a regra do artigo 173, inciso I, do CTN.

Assim, não acolho o pedido de decadência.

### **DA ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE JUROS SOBRE A MULTA**

Nesse sentido aplico a súmula CARF n.º 108, *in verbis*:

#### **Súmula CARF nº 108**

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (**Vinculante**, conforme [Portaria ME nº 129](#) de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

### **DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES**

Aduz a recorrente que a autoridade fiscal teria incluído os sócios administradores como corresponsáveis perante o lançamento tributário. Entretanto, eles apenas constam do relatório fiscal, para fins de registro e futuros desdobramentos fiscais, sendo que no momento não estão como responsáveis pelo crédito fiscal.

Assim, aplico a Súmula CARF n.º 88, assim transcrita:

“**Súmula CARF no 88:** A Relação de Corresponáveis - CORESP”, o “Relatório de Representantes Legais – RepLeg” e a “Relação de Vínculos – VÍNCULOS”, anexos a auto de infração previdenciário lavrado unicamente contra pessoa jurídica, não atribuem responsabilidade tributária às pessoas ali indicadas nem comportam discussão no âmbito do contencioso administrativo fiscal federal, tendo finalidade meramente informativa”.

### **REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS.**

Nesse tópico aplico a súmula CARF n.º 28, *in verbis*:

Nos termos Súmula CARF nº 28, O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais. (Vinculante, conforme [Portaria MF nº 383](#), de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010).

### **Conclusão**

Diante do exposto, voto por **Conhecer** do Recurso do Ofício e **Negar-lhe provimento**, quanto ao recurso de Voluntário, voto por **CONHECER** do Recurso Voluntário, para no mérito **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, a fim de desqualificar a multa de 150% para 75%, não acolhendo a alegação de decadência parcial, mantendo-se as demais disposições fiscais do auto de infração.

(documento assinado digitalmente)

Wesley Rocha  
Relator

## Voto Vencedor

Conselheira Sheila Aires Cartaxo Gomes - Redatora designada

Em que pese a pertinência das razões e fundamentos legais expressos no voto do Ilustre Relator, peço vênia para divergir de seu posicionamento, em relação a alegação de nulidade por omissão do acórdão da DRJ.

Em seu voto, o relator deferiu a justificativa apresentada pelo contribuinte de que o acórdão da DRJ não teria analisado ou fundamentado o não reconhecimento da ilegitimidade passiva e da desconsideração de pessoa jurídica, trazidos na impugnação, o que tornaria nula a decisão proferida pela primeira instância administrativa.

Analizando o acórdão recorrido (e-fls 3539/3555), na parte do Mérito, verifica-se que as alegações foram devidamente enfrentadas pela delegacia de julgamento.

2.2 - O impugnante alega que:

- 2.3. Ilegitimidade Passiva (grifei)
- 2.4. Da Efetiva prestação de serviços efetuada pela NAGILA
- 2.5. Da Desconsideração da Pessoa Jurídica – Violão Artigo 50 do Código Civil.(grifei)
- 2.6. Multa de Ofício - Inaplicabilidade

A Autoridade Lançadora foi criteriosa no seu procedimento fiscal, até realizando a diligência física nos contribuintes determinados nos Termos de Distribuição de Procedimento Fiscal de fls. 03 a 1092.

Nos documentos de fls. 03 a 1093 constatam-se que a Autoridade Lançadora intimou os contribuintes Nagila Matias Novais - ME e Concreserv Concretos S.A. e destes obteve algumas respostas dessas intimações e outras não, segundo os documentos de fls. 03 a 1093 e devidamente relatados e especificados no RELATÓRIO FISCAL fls. 1154 a 1190.

A Autoridade Lançadora constatou que Nagila Matias Novais - ME não cumpriu os requisitos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e, a opção é do contribuinte ao regime de tributação do SIMPLES NACIONAL.

O contribuinte para obter os benefícios da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 deve estar atento aos requisitos impostos por essa lei, pois estará em melhores condições tributárias em relação a outras sociedades empresárias e empresários individuais, por conseguinte em situação melhor que os concorrentes.

Certifica-se que a Autoridade Administradora constatou que a empresária individual deixou de declarar corretamente o Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D), cujo PGDAS-D é um instrumento de controle da Receita Federal do Brasil para monitorar as sociedades empresárias e os empresários individuais, se estas estão em conformidade com os requisitos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 exige o livro caixa para a manutenção no SIMPLES NACIONAL, porque este é fundamental para o controle do

enquadramento no regime diferenciado e, também, necessário para o exercício da atividade empresarial no controle rigorosos de suas receitas, custos e despesas.

A Autoridade Lançadora verificou que o livro Caixa e livro Diário dos contribuintes Nagila Matias Novais - ME e Concreserv Concretos S.A exigido pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 não refletiam as movimentações financeiras, bancárias e tributárias, conforme devidamente constatados pelo procedimento fiscal e especificados no RELATÓRIO FISCAL fls. 1154 a 1190 e DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS de fls. 1192 a 3387.

Ademais, o livro Caixa não é essencial somente para cumprir os requisitos do SIMPLES NACIONAL, mas é necessário para o exercício da atividade empresarial e controle rigorosos de suas receitas, custos e despesas.

De modo que o livro Caixa e livro Diário apresentado para a Autoridade Lançadora deve espelhar as movimentações financeiras, bancárias e tributárias embasadas nos documentos que comprovem essas transações de créditos e débitos, pois é essencial para o exercício regular da atividade empresarial e, também, exigido pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, consequentemente são provas contra as pessoas a que pertence, como se depreende do artigo 226, da LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002, Código Civil, in verbis:

Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos.

**Em razão disso, e, de outros fundamentos fáticos constantes no RELATÓRIO FISCAL fls. 1154 a 1190 e DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS de fls. 1192 a 3387, a Autoridade Lançadora constatou que o contribuinte Nagila Matias Novais - ME, foi uma interposta pessoa jurídica nas contratações de empregados - CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA para Concreserv Concretos S.A, verificando que estes abusaram dos direitos previstos na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2000, nas legislações tributárias, previdenciárias e trabalhistas.**

**Assim, os livros contábeis e os livros caixas dessas empresas apresentam associação entre elas em comum, consequentemente, a sociedade empresária Concreserv Concretos S.A, a maior beneficiária, detentora dos recursos financeiros e econômicos, é o real empregador dos empregados constantes nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações a Previdência Social – GFIP da empresária individual Nagila Matias Novais - ME constantes no banco de dados da Receita Federal do Brasil, conforme apontados no RELATÓRIO FISCAL fls. 1154 a 1190 e DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS de fls. 1192 a 3387. (grifei)**

Os salários-de-contribuição nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações a Previdência Social – GFIP da empresária individual Nagila Matias Novais - ME e que fundamentam os Autos de Infração de fls. 1096 a 1153 não foram impugnados, portanto serão considerados como matérias não impugnadas, consoante o artigo 17, do DECRETO Nº 70.235, DE 6 DE MARÇO DE 1972, in verbis:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

Em razão dos abusos de direitos previstos nas legislações tributárias, que, em tese, caracterizam os fundamentos fáticos e jurídicos para a aplicação da multa agravada,

conforme o item 8 do RELATÓRIO FISCAL fls. 1154 a 1190 e DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS de fls. 1192 a 3387.

**De sorte que os argumentos da impugnação não se sustentam ante os fundamentos fáticos e jurídicos insertos no RELATÓRIO FISCAL fls. 1154 a 1190 e DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS de fls. 1192 a 3387, e, também, o impugnante não trouxe aos autos documentos idôneos para refutarem esses fundamentos, pois o ônus probatório é de quem alega, consoante os artigos 28 e 57, do Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011, que regulamenta o processo de determinação e exigência de créditos tributários da União, o processo de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal e outros processos que especifica, sobre matérias administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, in verbis: (grifei)**

Art. 28. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e sem prejuízo do disposto no art. 29 (Lei nº 9.784, de 1999, art. 36).

Art. 57. A impugnação mencionará (Decreto no 70.235, de 1972, art. 16, com a redação dada pela Lei no 8.748, de 1993, art. 1º, e pela Lei no 11.196, de 2005, art. 113):

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

**Assim, como o impugnante não trouxe provas de suas alegações, não há como acolher os argumentos de sua impugnação.**

Da leitura dos trechos colacionados, é possível inferir que a autoridade julgadora de primeira instância não acolheu as alegações de ilegitimade passiva e desconsideração da personalidade jurídica, pois entendeu que:

- o recorrente não apresenta provas suficientes de suas alegações;

- os argumentos da impugnação não se sustentam ante os fundamentos fáticos e jurídicos insertos no RELATÓRIO FISCAL fls. 1154 a 1190 e DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS de fls. 1192 a 3387;

- o impugnante não trouxe aos autos documentos idôneos para refutarem esses fundamentos, pois o ônus probatório é de quem alega, consoante os artigos 28 e 57, do Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011.

É importante ressaltar que é do livre arbítrio do julgador a apreciação e valoração das provas acostadas aos autos, podendo fundamentar a sua decisão em outros elementos probatórios anexados aos autos que entenda suficientes à formação de sua convicção.

Com efeito, o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Na verdade, o julgador tem o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

É nesse sentido, ao tratar da fundamentação das decisões judiciais com fulcro no art. 489, § 1º, do CPC/2015, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), verbis:

"O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida. Assim, mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra a decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada. STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21.315DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 8/6/2016 (Info 585)."

Por oportuno, cabe destacar ainda que, o CPC/2015, e por consequência os pronunciamentos dos tribunais superiores a ele referentes, são importantes fontes de direito subsidiárias a serem observadas no processo administrativo fiscal.

Ante ao exposto, rejeito a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância.

## Declaração de Voto

Conselheira Sheila Aires Cartaxo Gomes.

Peço licença ao ilustre conselheiro Wesley Rocha, para divergir do seu entendimento quanto a multa qualificada aplicada no percentual de 150%.

Em seu voto o ilustre relator afasta a qualificação da multa de ofício por entender que a autoridade fiscal fundamenta sua aplicação pela não declaração em GFIP, o que a seu ver não seria motivação suficiente para o agravamento.

Para fundamentar seu posicionamento, cita a Súmula CARF n.º 14, que é aplicável ao imposto de renda:

"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".

A multa qualificada de 150% é aplicável, conforme determina o art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, quando se caracteriza uma das hipóteses definidas nos artigos 71,72 e 73, da Lei nº 4.502, de 1964, a seguir transcritos:

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 do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir

ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

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

A seguir colaciono jurisprudência recente da Câmara Superior de Recursos Fiscais sobre o assunto:

Acórdão nº 9202007.579 – 2<sup>a</sup> Turma

Sessão de 25 de fevereiro de 2019

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

CONTRATAÇÃO DE PESSOA FÍSICA POR INTERPOSTA EMPRESA. SIMULAÇÃO. RELAÇÃO DE EMPREGO. MULTA QUALIFICADA.

É cabível a imposição da multa qualificada de 150%, quando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se nas hipóteses tipificadas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

No tópico 8 do relatório fiscal, o auditor assim fundamenta a qualificação da multa:

#### 8. DO AGRAVAMENTO DA MULTA - SONEGAÇÃO

**As circunstâncias descritas revelam de forma inequívoca a intenção firme e consciente do contribuinte no sentido de suprimir tributo devido à fazenda pública federal, mediante sonegação dolosa** e agravam o valor da multa imposta, conforme disposições contidas nos artigos 44, inciso I, parágrafo 1º da lei 9.430/96, combinado com 71, inciso I da Lei nº 4.502 de 30 de novembro de 1964, in verbis: (grifei)

No corpo do relatório fiscal encontram-se descritas as circunstâncias que revelam a intenção firme e consciente do contribuinte no sentido de suprimir tributo devido à fazenda pública federal, mediante sonegação dolosa, senão vejamos:

Esta fiscalização foi iniciada no dia 22/09/16, cuja ciência ocorreu por via postal (AR JO 817837735BR) na empresa Nagila Matias Nogueira Novais - ME, inscrito no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) sob nº 11.695.413/0001-54, amparado ao Termo de Distribuição e Procedimento Fiscal (TDPF) nº 08.1.90.00-2016-01342-4. Após análise dos documentos apresentados pelo contribuinte e das informações coletadas, constatamos que a **Nagila Matias Novais - ME foi constituída unicamente para fornecer mão-de-obra a Con creserv com vistas à obtenção indevida do tratamento tributário simplificado e favorecido, instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, fez a opção ao Simples Nacional em 30/12/2009. A empresa constituída Nagila Matias Novais - ME é uma interposta da empresa Con creserv Concretos S.A., inscrito no CNPJ sob nº 06.262.453/0001 -72.** A Representação Fiscal para fins de baixa da inscrição do CNPJ da “Nagila Matias Nogueira Novais - ME” foi proposto pelo processo nº 19515.721.094/2017-39, por meio do Edital Eletrônico nº 002092786, publicado em 05/12/2017. (grifei)

**5.3. Vale ressaltar que o lançamento da contribuição previdenciária na Con creserv Concretos S/A é sobre a remuneração dos segurados empregados informados nas GFIP da Nagila Matias Novais - ME, empresa constituída como interposta da Con creserv para simular a terceirização de prestação de serviços, ou seja, a Nagila**

prestou serviços à Concreserv, para tanto constituiu formalmente a empresa “Nagila Matias Novais - ME” com inscrição no CNPJ sob nº 11.695.413/0001-54, fez a opção ao Simples Nacional, emitiu nota fiscal de prestação de serviços com valores abaixo do limite da tabela da opção do Simples Nacional, informou na GFIP a opção dos Simples, deixando de recolher a contribuição previdenciária patronal, inclusive GILRAT e terceiros, fato que em tese, configurou no crime de Sonegação da Contribuição Previdenciária e crime contra a Ordem Tributária, previstos no artigo 337-A, inciso I do Código Penal e no artigo 1º, inciso I e II da Lei nº 8.137, de 27/12/1990. (grifei)

5.4. A seguir passo a expor os motivos que comprovam que a Nagila Matias Nogueira Novais - ME é uma interposta da Concreserv Concretos S/A:

#### 5.4.1. Dos Livros Diário e Razão (2012 e 2013)

Da análise dos livros contábeis Diário e Razão apresentados pelo contribuinte dos anos de 2012 e 2013, nas contas nº 10004-7 1101010100- Caixa e nº 10018-9 1101020800 – Bco Itaú S/A C/C, **não consta movimentação financeira suficiente e necessária para a operacionalidade da empresa.** A seguir transcrevemos as contas Caixa e Bancos dos Livros Caixa 2012 e 2013: (grifei)

(...)

**No ano de 2012 não houve movimentação financeira por meio de instituições financeiras. Então os valores que constam na conta nº 10004-7 1101010100- Caixa de recebimento da fatura do mês de prestação de serviços totalizado de R\$ 1.303.502,42 ocorreram em espécie?** Observa-se que não constam todos os pagamentos necessários para o funcionamento normal de uma empresa prestadora de serviços. Somente alguns pagamentos de adiantamento, de salários, de empréstimos.....e os outros pagamentos necessários ao dia a dia de uma empresa? Quem está os pagando?

No ano de 2013 também não consta pagamentos necessários ao funcionamento de uma empresa normal na contabilidade. Identifica-se somente um lançamento na conta nº 10018-9 1101020800 – Bco Itaú S/A C/C, indicando “valor ref. Ajuste resultados exercícios anteriores no valor de R\$ 3.004,82”, o que significaria esse lançamento? Enquanto que na DIMOF consta informação de movimentação no valor de R\$ 756.758,64 (a débito) e R\$ 801.763,05 (a crédito).

**Conclui-se que a contabilidade apresentada a fiscalização não reflete a realidade dos fatos contábeis. Não há veracidade nos lançamentos contábeis, ou seja, é uma contabilidade com conteúdo imprestável.** (grifei)

#### 5.4.2. Das Notas Fiscais de Prestação de Serviços (2012 e 2013)

(...)

**Constatamos que as notas fiscais foram emitidas unicamente para a tomadora Concreserv Concreto Serviços Ltda., CNPJ 02.262.453/0001-72 e as notas fiscais foram emitidas na ordem sequencial.** No ano de 2013, não houve emissão de notas fiscais de serviços em todos os meses. O serviço prestado é de concretagem. (grifei)

#### 5.4.3. Das informações nas GFIP (s) - (2011 a 2016)

(...)

Da análise nas informações das GFIP (s), pode confirmar que a atividade iniciou no mês de agosto de 2011 com 20 segurados empregados, que aumentou mês a mês. No mês de janeiro de 2013 chegou a 231 segurados empregados e a partir desse mês foi diminuindo aos poucos e em dezembro de 2016 estava com 34 segurados empregados.

Nas GFIP (anexo II) podemos identificar, especificamente na informação do código de classificação brasileira de ocupação (CBO) de cada segurado empregado que, cada qual exerceu função na área de construção civil de concretagem e que correspondem as mesmas funções exercidas pelos empregados da empresa Con creserv.

**A remuneração informada na GFIP nos anos de 2012 e 2013 totalizou no valor de R\$ 4.682.030,03 e R\$ 5.418.473,94, respectivamente. Enquanto que o faturamento nos anos de 2012 e 2013, no valor de R\$ 1.304.795,55 e R\$ 1.534.523,44, respectivamente. Ou seja, como o contribuinte conseguiu pagar a folha de pagamento se obteve receita menor que despesa nos anos de 2012 e 2013? No Termo de Intimação Fiscal datado 15/05/2017 solicitamos a apresentação do Contrato de Empréstimos de Mútuo entre Con creserv e Nagila, mas nada foi apresentado. No Termo de Intimação Fiscal datado de 21/03/2017 e da Reintimação de 12/04/2017, solicitamos esclarecimentos quanto a origem dos recursos financeiros do pagamento das despesas e que apresentasse os documentos de comprovação dos pagamentos das despesas da Nagila Matias Novais Nogueira - ME, novamente nada foi apresentado. Não resta dúvida que a empresa não possui recursos financeiros próprios para saldar suas despesas. (grifei)**

5.4.5. 5.4.5. Da escrituração da Con creserv na conta nº 11021090010709-Contas a Pagar Adiantamento

No Termo de Intimação datado de 19/09/2017, sem resposta e da Reintimação de 13/11/2017, solicitamos esclarecimento quanto o motivo da empresa Con creserv ter efetuado adiantamentos sobre a futura prestação de serviços a ser realizada à Nagila e coligadas, obtivemos a seguinte resposta:

“A Con creserv efetuou via adiantamentos a fornecedores os custos de operação da prestação de serviços de mão de obra com a devida compensação via NF de faturamento da empresa Nagila contra a empresa Con creserv”.

Em relação ao esclarecimento de como e quando ocorreu a baixa dos valores dos valores de adiantamentos concedidos às “empresas coligadas e Nagila”, respondeu que:

“ Os adiantamentos são baixados mensalmente após a emissão da NF referente o valor adiantado pela Con creserv, as notas (já foram enviadas via notificação da Empresa Nagila.)”

**A resposta não procede com a realidade dos fatos, basta perceber a remuneração da GFIP x Faturamento da “Nagila”. No quadro a seguir relacionamos somente o valor da remuneração, sem adicionar os encargos sociais e outras despesas, não há como pagar a folha de pagamento com seu faturamento: (grifei)**

(...)

Relacionamos os lançamentos contábeis da conta nº 11021090010709 - Contas a pagar Adiantamentos, respectivamente com a contrapartida, conta nº 110102030010013- Bco Bradesco S/A, no mês de janeiro de 2013, por amostragem, da empresa Con creserv para demonstrar que o pagamento das despesas de “Nagila” foi realizado pela Con creserv:

(...)

5.4.6. Das Decisões de Processos Trabalhista (Anexo XI) propostos pelos ex-funcionários

**Na Justiça do Trabalho - 2<sup>a</sup> região verifica-se que consta vários processos trabalhistas propostos pelos ex-funcionários da Nagila. Nestes consta no polo passivo as empresas Con creserv Concreto & Serviços Ltda. e Nagila Matias Nogueira Novaes -ME. O autor pleiteia o reconhecimento do vínculo de emprego**

**com a Con creserv alegando tratar-se de fraude contratual e requerer reconhecimento da responsabilidade solidária entre as réis.** Na decisão o pedido foi acolhido em conformidade com o art. 9º da CLT, reconhecido a nulidade do registro do contrato feito em CTPS pela Nagila e reconhecido o vínculo empregatício, nas mesmas datas de admissão e desligamento, funções e valores salariais anotados na CTPS pela Con creserv. A seguir transcrevo o trecho do processo n.º 0001070-36.2014.5.02.0081, como exemplo, que reconhece o vínculo empregatício na Con creserv: (grifei)

(...)

#### 5.4.7. Das Outras Informações

A empresa Nagila Matias Nogueira Novais - ME foi constituída em 30/12/2009, com capital social de R\$ 5.000,00 e que permanece no mesmo valor até a presente data.

A empresa constituída prestou serviços exclusivamente para empresa CONCRESERV Concreto & Serviços Ltda., fornecendo a mão-de-obra, na maioria na função de motorista de caminhão betoneira e de outros serviços necessários na fabricação do concreto usinado e de argamassa, assim os supostos funcionários da Nagila exerceram as mesmas funções dos empregados da Con creserv.

A sala onde a empresa alega estar sediada se localiza dentro da indústria de usina de concreto, na filial da Con creserv, o de CNPJ 06.262.453/0003-34, no Parque Novo mundo, na capital de São Paulo.

Apresentou o contrato de sublocação de imóvel para fins comerciais como sublocatária da Con creserv. O valor da locação seria de R\$ 900,00 mensais. Nos livros Contábeis da locadora e da locatária não consta lançamento contábil do valor referente ao aluguel. Solicitado no Termo de Intimação Fiscal datado de 20/07/2017 documentos de comprovação dos pagamentos de sublocação da sala 02, entretanto nada foi apresentado.

A proprietária da empresa Nagila é esposa do sócio e diretor-presidente da Con creserv, sr. Fábio Gonzales Novais.

Com intuito de obter documentos e subsidiar a fiscalização solicitamos a abertura de diligência vinculada na empresa Con creserv. Amparado pelo TDPF-Diligência nº 08.1.90.00-2017-00833-5 solicitamos a apresentação do Contrato de Seguro de Vida, Contrato de Plano de Saúde e outros. Dentre os documentos apresentados o Contrato de Seguro de Vida em Grupo realizado com a MetLife- Metropolitan Life Seguros e Previdência Privada S.A, a empresa Con creserv Concreto S/A é “estipulante” e a Nagila Matias Nogueira Novais - ME é “subestipulante”, assim todos os supostos funcionários da Nagila são segurados da apólice de seguros realizados com a Con creserv.

A Con creserv ao invés de efetuar o pagamento da fatura de prestação de serviços diretamente a Nagila, realizou os pagamentos das despesas desta, tais como o recolhimento da GRRF- Guia de recolhimento rescisório do FGTS, DARF e outras despesas.

O Contador de ambas empresas é o sr. Marcelo Padovezi, CRC 1SP236680. No dia 18/04/2017 compareceu a Defis e prestou esclarecimentos que: os pagamentos da Folha de Pagamento e outros pagamentos de responsabilidade da Nagila são realizados pela Con creserv e que foram contabilizados na conta de adiantamentos de fornecedor, isto é, na conta contábil nº 110212090010709 – Contas a Pagar-Adiantamentos. Justificou que se trata de adiantamento de futura prestação de serviços a ser realizado pela “Nagila”.

Dentre os princípios que norteiam o processo administrativo tributário, encontra-se o da verdade material, como meio garantidor da certeza do crédito tributário, no qual se deve buscar a realidade dos fatos. A despeito da apresentação formal de sociedades

empresárias aparentemente distintas, constatou-se a efetiva existência de uma única empresa, sujeito passivo deste lançamento. As existências meramente formais da pessoa jurídica NAGILA MATIAS NOGUEIRA Novais - ME somente pode ser justificada como artifício para obtenção indevida do tratamento tributário simplificado e favorecido, instituído pela Lei Complementar nº 123/06 (Simples Nacional). Inquestionável que a pessoa jurídica NAGILA MATIAS NOGUEIRA Novais - ME é, de fato, pessoa jurídica inexistente.

Dante do exposto nos itens anteriores, podemos constatar que na realidade quem dirige as operações da empresa são os dirigentes da Con creserv. A Nagila Matias Nogueira Novais - ME é uma interposta da Con creserv. Constituída unicamente com o objetivo de simular a contratação de prestação de serviços de terceiros para assim deixar de recolher as contribuições previdenciárias patronal/GILRAT e de terceiros usufruindo do favorecimento da tributação diferenciada da opção do Simples Nacional. Ficou claro que não dispõe de patrimônio e capacidade operacional financeira para desempenhar o objeto da empresa. O único objetivo foi de fraudar e causar prejuízo a Fazenda Nacional. (grifei)

Com efeito, os fatos constantes no relatório fiscal são aptos a justificar a tipificação prevista nos artigos mencionados. A documentação acostada aos autos não deixa dúvidas de que a Nagila Matias Nogueira Novais - ME é uma interposta da Con creserv, constituída unicamente com o objetivo de simular a contratação de prestação de serviços de terceiros para assim deixar de recolher as contribuições previdenciárias patronal/GILRAT e de terceiros usufruindo do favorecimento da tributação diferenciada da opção do Simples Nacional.

As condutas retratadas nos autos, implicaram, indubidousamente, a ação dolosa de impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária acerca da ocorrência dos fatos geradores das contribuições destinadas à seguridade social e a outras entidades e fundos, incorrendo, assim, a autuada na conduta típica da sonegação e fraude.

Portanto, há robustas evidências da ocorrência de infração ao arcabouço jurídico tributário, tendo como resultado a sonegação de Contribuições Previdenciárias, suficientes para considerar procedente a exigência da multa qualificada.

(assinado digitalmente)

Sheila Aires Cartaxo Gomes