



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10120.004867/2009-78
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-010.457 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de outubro de 2021
Recorrente SOCIEDADE RESIDENCIAL BUENO UM S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2004 a 31/05/2008

COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO.
COMPETÊNCIA TERRITORIAL.

Nos termos do § 2º, do artigo 9º, do Decreto nº 70.235/1972, são válidos os procedimentos fiscais formalizados por servidor de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo. Enunciado de Súmula CARF nº 6.

PRELIMINARES DE NULIDADE.

Não há que se falar em nulidade quando a exigência fiscal sustenta-se em processo instruído com todas as peças indispensáveis, contendo o lançamento descrição dos fatos suficiente para o conhecimento da infração cometida e não se vislumbrando nos autos a ocorrência de preterição do direito de defesa.

LANÇAMENTO. AFERIÇÃO INDIRETA. NÃO APRESENTAÇÃO DO ARO. POSSIBILIDADE.

Com a recusa ou apresentação deficiente de documentos a fiscalização promoverá o lançamento de ofício por arbitramento, inscrevendo as importâncias que reputar devidas.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONSTRUÇÃO CIVIL.

O responsável por obra de construção civil está obrigado a recolher as contribuições arrecadadas dos segurados e as contribuições a seu cargo, incidentes sobre a remuneração dos segurados utilizados na obra e por ele diretamente contratados, de forma individualizada por obra, em documento de arrecadação identificado com o número da inscrição da obra.

ÔNUS DA PROVA.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado. Art. 36 da Lei nº 9.784/99.

RETENÇÃO DE 11%. DECLARADAS NA GFIP.

Considerar-se-á apenas as remunerações declaradas na GFIP com relação inequívoca da obra com matrícula específica, devidamente comprovada sua situação de regularidade através de consultas realizadas aos sistemas

informatizados da SRFB, com a devida observância do recolhimento da retenção correspondente sofrida em fatura de prestação de serviço.

GRUPO ECONÔMICO RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Conforme se depreende do art. 30, IX da lei 8.212/91, existe expressa previsão legal no âmbito previdenciário para que as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta lei. Essa responsabilidade independente da prática de atos por parte de seus dirigentes.

MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

A verificação da compatibilidade da norma tributária com a Constituição é atribuição conferida com exclusividade pela própria Carta ao Poder Judiciário. Desse modo, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é a instância apropriada para essa espécie de debate, como ele próprio já se pronunciou no Enunciado de Súmula CARF nº 2.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Rafael Mazzer de Oliveira Ramos - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Denny Medeiros da Silveira (Presidente), Márcio Augusto Sekeff Sallem, Gregório Rechmann Júnior, Francisco Ibiapino Luz, Ana Cláudia Borges de Oliveira, Marcelo Rocha Paura (suplente convocado), Renata Toratti Cassini e Rafael Mazzer de Oliveira Ramos.

Relatório

Por transcrever a situação fática discutida nos autos, integro o relatório do Acórdão nº 03-34.620, da 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Brasília/DF (DRJ/BSB) (fls. 2109-2136):

Relatório

Trata-se de crédito tributário, lançado contra a empresa SOCIEDADE RESIDENCIAL BUENO UM S/A E OUTROS, NFLD n.º 37.221.945-4, referente às contribuições destinadas à Seguridade Social (parte patronal), competência 04/2008, incidentes sobre a remuneração paga aos trabalhadores da obra de construção civil - Residencial Casablanca Life Style, matrícula CEI n.º 50.016.89176-76.

O montante da presente autuação corresponde a R\$ 571.554,96, consolidado em 19/03/2009.

De acordo com o Relatório Fiscal, fls. 94/139, os valores lançados na presente autuação foram apurados por arbitramento, de acordo com o art. 33, parágrafos quarto e sexto, da Lei n.º 8.212/91, uma vez que a contabilidade da empresa não registrou o movimento real dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, conforme detalhamento feito pela fiscalização no relatório fiscal.

DO GRUPO ECONÔMICO

A fiscalização esclarece em seu relatório fiscal, os seguintes pontos:

- no endereço constante dos documentos cadastrais, da Sociedade Bueno Um S/A, Av. T-4 esquina com a Rua T-64 - Setor Bueno - Goiânia, encontra-se edificada a obra objeto da constituição da Sociedade para Fins Específico, não existindo no endereço citado escritório da referida sociedade;

- o endereço onde foram encontrados os sócios responsáveis e a contadora da empresa **Sociedade Bueno Um S/A**, para intimação e estabelecimento de comunicação com a fiscalização, foi no mesmo endereço da empresa **EBM Incorporadora S/A**, onde a ação fiscal foi executada. A empresa nunca teve estabelecimento próprio.

- a Sociedade Residencial Bueno Um S/A foi constituída em **05 de junho de 2003**, "com prazo de duração por tempo determinado", pelas empresas **EBM Incorporações S/A**, representada por seus acionistas: **Dener Álvares Justino, Ana Célia K Carvalho de Barros Amorim e ORBX Incorporadora S/A**, representada por sua acionista **Cleuner Teixeira de Souza**;

- em **08/07/2004**, foi constituída uma **Sociedade em Conta de Participação** com o objetivo social de construção, incorporação em condomínio e comercialização de apartamentos residenciais a ser construído no seguinte endereço: Rua T-64 esquina com t-4, quadra 149, lotes 09/10/11 - setor Bueno - Goiânia/GO; composta pelos seguintes sócios: **Sociedade Residencial Bueno Um S/A** (sócio ostensivo), e os seguintes sócios ocultos: **Helbor Empreendimentos Ltda, Siroco Participações S/A, Luiz Carlos Madureira e Logical Participações Ltda**;

- os terrenos para realização do empreendimento foram adquiridos pela empresa **EBM Incorporações S/A** do Sr. **Goiandi Lopes de Brito**, e de sua esposa a Sra. **Juranice Vieira de Brito**, tendo sido o terreno permutado por 19 (dezenove) unidades devidamente acabadas, conforme consta do contrato de constituição da **Sociedade em Conta de Participação** (item 2.6, fls. 223/234);

- que a empresa **EBM Incorporações S/A** comprou em nome do Sr. **Goiandi e sua esposa**, uma área de 1.064 m², continua ou ligada ao terreno anteriormente permutado com eles, logo em seguida estes dois terrenos foram lembrados, formando uma área total comum de 2.837 m²;

- a escritura pública de compra e venda, foi lavrada diretamente do Sr. **Goiandi e sua esposa** para a empresa **Sociedade Residencial Bueno Um S/A**, com interveniência da empresa **EBM Incorporações S/A**, onde a compradora se compromete a honrar os compromissos firmados pela **interveniente com os vendedores (fls. 235/248)**;

- o Sr. **Goiandi e sua esposa** escrituraram os compradores de apartamentos, **como interveniente**, por procuração à empresa **Sociedade Residencial Bueno Um S/A**, conforme consta da escritura de uma unidade (fls. 249/267), e ainda efetuou pagamentos por conta da empresa **Sociedade Residencial Bueno Um S/A**, **segundo** consta dos registros contábeis (fls. 281), não restando dúvida quanto a sua participação como solidários nos investimentos da empresa fiscalizada;

- que os valores relativos à aquisição do referido imóvel não foram registrados na contabilidade da empresa adquirente, **Sociedade Residencial Bueno Um S/A**, **nem quanto ao custo do terreno**, e, tão pouco, quanto às receitas pelas vendas das 19 unidades acabadas, objeto final da permuta;

- que em fiscalizações anteriores empreendidas junto a outros empreendimentos do Grupo EBM, edificados por empresas constituídas com fim específico (SPE), foi constatada a caracterização de **grupo econômico**, inclusive com a utilização das

mesmas empresas “terceirizadas”, para prestarem mão de obra, deixando evidente que esta é a forma que o grupo utiliza para ao final não efetuar os recolhimentos de tributos e contribuições a Receita Federal do Brasil;

- que o grupo EBM teve origem com a empresa **EBM Construtora Ltda**, cujo sócio responsável era **Bento Odilon Moreira**, sendo que 26/01/1998 foi transformada **EBM Construtora S/A** composta pelos seguintes acionistas majoritários: **Elbio Moreira** e **Bento Odilon Moreira Filho**;

- que o Sr. **Elbio Moreira** responsável pela empresa **EBM Construtora Ltda**, exerceu ao mesmo tempo a responsabilidade da empresa **EBM Incorporações Ltda**, até 26/10/1999;

- na empresa **EBM Incorporações S/A** consta como um dos primeiros responsáveis o Sr. **Elbio Moreira**, na qualidade de diretor, sendo depois substituído pela ex-funcionária da empresa EBM Construtora S/A, Sra. **Ana Célia Carvalho de Barros Amorim**, juntamente com Sr. **Dener Álvares Justino**, também, ex-empregado da **EBM Construtora**;

- que ao constituir diversas Sociedades Anônimas de Capital fechado, para cada um de seus empreendimentos o Grupo EBM pode optar pelo regime tributário do lucro presumido, visto que a receita do grupo, passa a ser considerada individualmente por cada sociedade criada;

- com a possibilidade de opção pelo regime de tributação pelo lucro presumido, faculta as diversas sociedades constituídas, a serem desobrigadas da escrituração contábil exigida pela modalidade de apuração do IRPJ pelo lucro real, vindo ao final apresentar contabilidade eivada de vícios, a ponto de deixar de contabilizar receitas e despesas, comprometendo o resultado e, concomitantemente os valores utilizados como base de cálculo para recolhimento dos impostos e contribuições;

- diante da fragilidade dos registros contábeis apresentados pela empresa fiscalizada, onde não é registrada toda a sua movimentação financeira, e não há bens registrados no seu Ativo, com exceção do valor de R\$ 3.115,00 registrado na conta móvel e utensílios, logo não existe outro meio de alcançar êxito na execução do débito apurado na ação fiscal, se não forem responsabilizados os verdadeiros proprietários do grupo econômico, como devedores, pelo instituto da solidariedade;

- ressalta que os endereços utilizados para constituição das empresas do citado grupo, em São Paulo ou Goiânia, são praticamente os mesmos, fazendo se diferenciarem apenas pela numeração da sala ou andar do mesmo imóvel, com exceção das SPE, que refletem no seu endereço de registro, tão somente, o endereço da construção do empreendimento, para cuja finalidade foi criada;

- diante dos fatos relatados, fica caracterizada a formação de **Grupo Econômico**, conforme pessoas listadas no relatório fiscal (**EBM Incorporações S/A e seus acionistas e diretores, EBM Construtora S/A e seus acionista, Orbx Incorporadora S/A e seus acionistas diretores, Goiandi Lopes de Brito e Juranice Vieira de Brito**), uma vez que detêm ou detiveram interesse comum na construção, incorporação e venda do empreendimento, visando auferir lucro, e gerando atos, fatos, jurídicos e situações que: constituem fatos geradores das obrigações principais das contribuições sociais, sendo que os componentes do grupo econômico respondem solidariamente pelas obrigações tributárias;

DA AÇÃO FISCAL

Esclarece ainda o Relatório Fiscal, em síntese:

- que os resumos das folhas de pagamentos em meio papel apresentados pela empresa deixaram de incluir os segurados contribuintes individuais (autônomos), conforme mapa **Demonstrativo de Pagamentos a Autônomos Contabilizados sob Regime de Caixa e em Títulos Impróprios (fls. 321/323)**, tal conduta ensejou a lavratura do Auto de Infração nº 37.221.938-1;

- que a empresa deixou de informar em GFIP todos os trabalhadores, segurados empregados e autônomos, em diversas competências, e intimada para regularizar não o fez, o que ensejou a lavratura do Auto de Infração n. 37.221.942-0;
- a fiscalização confrontou os dados dos resumos das folhas de pagamentos em meio papel e os valores registrados nas contas contábeis tributáveis de folhas de pagamentos, e concluiu que a contabilidade da empresa não registra com fidelidade os valores das referidas folhas de pagamentos, apresentando no período fiscalizado, alternâncias às vezes para maior e também para menor, conforme Mapa de Divergências (fp papel e fp contabilidade);
- que confrontando, mensalmente, os dados das contas contábeis utilizadas para registro das folhas de pagamentos com os valores informados em GFIP e, também, com os dados constantes das folhas de pagamentos em arquivos digitais, constatou-se divergências em diversas competências, resumidos no Mapa de Divergências (fp contabilidade x GFIP) e (fp contabilidade x fp digital);
- que não se verificou a inclusão em folhas de pagamentos e, tampouco, como prestadores de serviços autônomos, o registro de remuneração aos engenheiros prestadores de serviços, tendo sido registrado na contabilidade adiantamentos para fazer face à realização de despesas de pequeno porte;
- que a empresa fiscalizada foi intimada a prestar esclarecimentos e cópia dos comprovantes de pagamentos aos engenheiros, bem como indicar a conta contábil onde ocorreram os lançamentos, contudo a empresa não se manifestou, o que ensejou a lavratura do Auto de Infração n. 37.221.940-3;
- que a empresa efetua registro contábeis das despesas realizadas por meio de adiantamento a empregado, indevidamente, nas datas da efetivação do respectivo reembolso do adiantamento ao empregado, e não na data de sua realização, caracterizando assim, a prática contábil do regime de caixa, em prejuízo ao regime de competência (fls. 321/323), contrariando os princípios contábeis da oportunidade e da competência;
- que a empresa registra na sua contabilidade, as despesas realizadas por meio de adiantamento a empregado, sempre indicando indevidamente no seu histórico como realizada em favor do detentor do referido adiantamento, sendo que tal fato inviabiliza a identificação da despesa, pois encontra com histórico maquiado, e na maioria das vezes refere-se a pagamento a contribuinte individual (autônomo) por meio de RPA;
- que a empresa não utiliza títulos próprios de sua contabilidade para registrar os pagamentos efetuados a contribuintes individuais, fazendo de forma equivocada na conta contábil 3.2.1.1.01.0005 - Serviços Contratados por Pessoa Jurídica, o que ensejou a lavratura do Auto de Infração n. 37.221.939-0;
- que a empresa Sociedade Residencial Bueno Um S/A não registrou na sua contabilidade, os valores referentes à aquisição do terreno, objeto da edificação do empreendimento, adquirido do Sr. Goiandi Lopes de Brito e sua esposa, por permuta de 19 (dezenove) apartamentos;
- que a receita/permuta do valor dos 19 (dezenove) apartamentos, também não consta de sua contabilidade, omitindo assim receita;
- que foi solicitado esclarecimentos quanto a não contabilização da compra do terreno, contudo a empresa não se manifestou, o que ensejou a lavratura do Auto de Infração n. 37.221.940-3;
- a empresa fiscalizada também deixou de esclarecer uma transação em que a empresa EBM Incorporações comprou em nome do Sr. Goiandi e sua esposa, uma área de terreno de 1.064 m², anexa aos lotes anteriormente adquiridos, cujo valor também não consta na sua escrita contábil apresentada;
- o custo dos encargos trabalhistas e previdenciários da mão de obra contratada informalmente pelas empresas terceirizadas, com o consentimento do Grupo EBM, foi possível ser reduzido pela não exigência de GFIP ou pela informalização dos contratos

dos trabalhadores que executaram a obra, não constando na contabilidade da obra nem os valores dependidos pela EBM Incorporadora S/A que, prontamente, assumiu dispêndios de verbas trabalhistas, perante a Justiça de Trabalho, de empregados das terceirizadoras de mão de obra, ficando assim o custo da obra reduzido quanto aos valores relativos às remunerações dos empregados não declarados em GFIP, não registrados em CTPS ou registrados por valor a menor, e quanto aos encargos de FGTS e Previdência Social, pois optou pela redução de custo e contabilização irreal da obra com a terceirização da mão de obra informal;

- que a empresa efetuou a matrícula CEI da obra em data posterior ao seu início, pois se verificou que o início da obra ocorreu em 24/04/2004, conforme a contabilidade da empresa, tendo a empresa informado como data de início 30/01/2005, o que ensejou a lavratura do auto de infração n. 37.221.937-3;

- que a Sociedade Residencial Bueno utiliza mão de obra terceirizada, efetuado as retenções previdenciárias legais e as recolhendo, porém não exigiu a apresentação das respectivas GFIP por parte das empresas prestadoras, descumprindo a legislação previdenciária, possibilitando que as empresas prestadoras não apresentassem ou apresentassem as respectivas GFIP sem as informações da totalidade da mão de obra cedida para a obra em fiscalização;

- lista diversas inconsistências nas GFIP de algumas empresas que prestaram serviços terceirizados para obra objeto da autuação (fls. 114/131, itens 9.5 até 9.22.4);

- que a empresa contratante e tomadora dos serviços sob empreitada parcial na construção civil, ao não exigir a GFIP e a regularização dos trabalhadores em sua obra, infringiu os arts. 31 e 32, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, e art. 219, § 6º, do Decreto n.º 3.048/99.

- que devido as diversas inconsistências listadas na escrituração contábil, o que levou a fiscalização a desconsiderá-la e efetuar o devido arbitramento do crédito previdenciário, de acordo com a área construída e o padrão de execução de obra de construção civil, conforme previsto nos parágrafos 4º e 6º, do art. 33 da Lei n.º 8.212/91.

Do Fato Gerador e do Valor do Crédito Tributário

- que a remuneração foi apurada por aferição com base na área construída e no padrão de construção da obra, conforme Declaração e Informação sobre Obra (DISO), e o correspondente Aviso para Regularização de Obra (ARO) (fls. 159/163), utilizando as tabelas CUB divulgadas mensalmente na internet ou na imprensa de circulação regular, pelos Sindicatos da Indústria da Construção Civil - SINDUSCON, na forma estabelecida nos artigos 426, 429 a 455 da IN/SRP n. 03/2005;

- que o Aviso para Retificação de Obra, foi retificado para aproveitamento de créditos inerentes as Notas Fiscais de Fornecimento de Concreto (fls. 164/168);

- que foi utilizada a data de emissão do ARO, 04/04/2008, ou seja, a competência 04/2008, para lançamento dos créditos previdenciários apurados pelo CUB;

- a autoridade fiscal informa (fls. 928) que o crédito tributário lançado foi superior a R\$ 500.000,00, e também superior a 30% do patrimônio conhecido da empresa (R\$ 200.000,00), portanto, fez se necessário o Arrolamento de Bens e Direitos, tendo sido enviado ofícios aos Cartórios de Registros de Imóveis de Goiânia e Aparecida de Goiânia, solicitando informação sobre a existência ou não de bens registrados em nome da empresa fiscalizada, bem como dos devedores solidários, visando incluir no arrolamento (processo n. 10120.005275/2009-73).

DA IMPUGNAÇÃO

Tempestivamente a interessada apresentou impugnação (fls. 1410/1462), sendo as seguintes razões de defesa:

- que o auto de infração seria nulo, por ter sido lavrado por autoridade incompetente, uma vez que solicitou a transferência do domicílio tributário da empresa, tendo o contribuinte a faculdade de escolher o local onde fixará seu domicílio;

- que a constituição de SPE para atuação na área imobiliária não é atitude vedada pelo ordenamento jurídico, e uma vez constituída passa a ter uma personalidade jurídica própria e destacada daquela das empresas que a constituíram;
- que é claramente infundada e leviana a afirmação feita pelo auditor atuante no sentido de que a criação de uma SPE para a realização do empreendimento imobiliário destinou-se a frustrar o recolhimento de contribuições previdenciárias;
- que a contabilidade da empresa não poderia ser desconsiderada pelos seguintes fatos:
 - que a aquisição do terreno para construção do empreendimento imobiliário foi feita por permuta por unidades a serem construídas sem toma, portanto não houve o pagamento de valores em espécie ao vendedor, e tampouco houve ganho imobiliário passível de tributação, não existindo base tributável pelo imposto de renda. A impugnante apenas cometeu o equívoco de não registrar essa operação de permuta em sua contabilidade, não podendo redundar na desconsideração de toda a contabilidade da requerente;
 - que as receitas das unidades permutadas foram recebidas pelos proprietários das unidades, o Sr. Goiandi Lopes de Brito e sua esposa, conforme se verifica dos instrumentos particulares (603/208 e 609/611), uma vez que a cessão de direitos foi efetivada diretamente pelo permutante, o Sr. Goiandi, que recebeu do cessionário o preço acordado por tal operação de cessão. Portanto, se as unidades pertenciam ao permutante que as vendeu e recebeu o produto de tal venda, é inegável que não poderia a requerente, que foi mera anuente na operação de cessão, escriturar o preço pago por tais cessões como receita sua, pois esses valores eram devidos e foram pagos ao Sr. Goiandi;
 - que um único equívoco de sua contabilidade, deixar de lançar a permuta do terreno, dentre os mais de 25.000 (vinte cinco mil) lançamentos nela contidos, não justifica a utilização da aferição indireta por parte da fiscalização;
 - que por ser a empresa optante pelo lucro presumido, não estava obrigada a manter e tampouco apresentar escrituração contábil ao auditor atuante, descabe que este, para justificar a aplicação do método da aferição indireta, desconsidere e tenha por imprestável aquilo a que a impugnante, não estava obrigada a manter e tampouco a apresentar ao Fisco;
 - que os engenheiros listados pela autoridade fiscal como empregados e/ou prestadores autônomos de serviços, na verdade, Prestaram servi os em nome de pessoas jurídicas com as quais a requerente firmou contratos de prestação de serviços (contrato em anexo);
 - que os pagamentos feitos aos engenheiros, quer a título de antecipação de despesas, quer a título de remuneração pelos serviços prestados, representam o pagamento do preço acordado contratualmente pela prestação de serviços, serviços esses que são inerentes à construção da obra ora tratada;
 - que os pagamentos atinentes à remuneração pelos serviços prestados pelas pessoas jurídicas estão devidamente vinculados aos números dos contratos firmados, sendo certo que a circunstância de o registro contábil ter feito referência ao nome do engenheiro apenas indica quem foi o profissional responsável pela prestação do serviço;
 - que os recibos de RPA dizem respeito a pagamentos feitos pela impugnante a título de frete para profissionais que efetivaram o transporte de materiais para obra, contudo a impugnante cometeu o equívoco de não elaborar folha de pagamento de autônomo contemplando tais pagamentos, os quais são de pequena monta, porém, na maioria dos casos os próprios documentos já carreados aos autos demonstram que houve a retenção e o recolhimento da contribuição previdenciária vinculada a tais pagamentos. Portanto, não pode equívoco dessa natureza e que envolve valores realmente muito reduzidos de pagamentos efetivados justificar a desconsideração da contabilidade;
 - que as divergências aparentemente existentes entre os registros contábeis e aqueles que constam nas folhas de pagamento impressas em papel decorrem, em alguns casos, da

existência de outra folha de pagamento contemplando os valores relativos ao pró-labore, além de folhas de pagamentos relativas a rescisões, etc;

- que os esclarecimentos pertinentes a cada uma das divergências apontadas, estão consolidados na planilha em anexo, com o que se demonstra que as divergências invocadas pelo auditor autuante como lastro para sua afirmação de que a contabilidade não espelha a real movimentação dos segurados ao seu serviço não procedem;

- que o autuante esta acrescentando um novo requisito aqueles que estão legal e regularmente previstos como necessários para justificar a adoção da aferição indireta, qual seja: a irregularidade das GFIP dos prestadores de serviços;

- que a retenção efetivada com amparo no art. 31 da Lei n. 8.212/91 tem o condão de desobrigar o tomador dos serviços de controlar o cumprimento das obrigações principal e acessória por parte do prestador de serviços;

- que não se pode imputar ao requecente qualquer sanção pelo suposto descumprimento da regra inserta no art. 165, da IN 03/2005, primeiramente porque essa obrigatoriedade não está prevista na Lei 8.212/91, e segundo porque essa obrigação acessória, não lhe é aplicável, pois tal espécie de exigência só tem sentido se estiver cuidando da hipótese de responsabilidade solidária, prevista no artigo 30, da Lei n. 8.212/91;

- que ao contrário do alegado pela fiscalização, ao não exigir de seus prestadores de serviço a apresentação das GFIP, o impugnante não infringiu os artigos 31 e 32, inciso IV, da Lei 8.212/91, e nem o parágrafo 6º, do art. 219, do Decreto 3.048/99. A obrigatoriedade que as normas tratam é para guarda de suas próprias GFIP;

- que não é a circunstância da impugnante ter efetivado pagamentos de alguns acordos trabalhistas feitos nos autos de reclamações trabalhistas movidas por antigos funcionários das empresas prestadoras de serviços, que a torna responsável por solidariedade com esses prestadores pelo recolhimento de suas contribuições previdenciárias;

- que estes pagamentos efetuados na Justiça do Trabalho ocorreram por três motivos: a facilidade com que ações trabalhistas geram penhoras on-line nas contas correntes de todas as empresas que cercaram a prestação de serviço, os valores envolvidos eram baixos e não justificam a assunção de riscos de uma eventual e inoportuna penhora on-line e a requerente tem por procedimento efetivar a retenção de parte do preço do serviço para custeio desse tipo de acordo (retenção técnica), por ter ciência do quanto é comum o ajuizamento dessa espécie de ação;

- que apesar de o auditor ter reconhecido expressamente que o impugnante efetivou a retenção e o recolhimento do valor retido com relação aos serviços que lhes foram prestados pelas empresas prestadoras de serviços, não efetivou sequer a dedução dos valores recolhidos do valor das contribuições ora exigidas, conforme preceitua o art. 474 da IN 03/2005;

- que eventual responsabilidade solidária por débitos previdenciários com fundamento na existência de grupo econômico somente pode ser imputada à pessoa jurídica, o que impossibilita tipificar um grupo econômico solidário pelo débito ora impugnado com a participação das seguintes pessoas físicas: DENER ÁLVARES IUSTINO, ANA CELIA CARVALHO DE BARROS AMORIM, CLEUNER TEIXEIRADE SOUZA, JOÃO BATISTA VIEIRA DE JESUS, GOIANDI LOPES DE BRITO, JURANICE VIEIRA DE BRITO, BENTO ODILON. MOREIRA FILHO e ELBIO MOREIRA;

- para que seja configurada a existência de um grupo econômico há a necessidade de que haja um controle comum das empresas envolvidas em sua formação, o que está ausente no presente caso;

- que as empresas EBM Incorporações S/A e ORBX Incorporadora S/A são acionistas da impugnante, e que a empresa EBM Construtora S/A, não é sócia e tampouco controladora da impugnante, portanto está ausente a figura do controle comum entre as empresas, que é fundamental para a caracterização de formação do grupo econômico;

- que o art. 124 do CTN, invocado como fundamento legal pelo auditor, prevê que a responsabilidade solidária somente está presente quando estiver expressamente designado em lei;
- que a legislação previdenciária, ao regular a formação de grupo econômico é clara ao prever, para sua formação, a necessidade de que haja um controle comum entre duas ou mais empresas, o que está ausente no presente caso;
- que não encontra amparo legal no inciso II, do artigo 124 do CTN que estabeleça a responsabilidade solidária entre os sócios da pessoa jurídica por débitos fiscais, pois essa está disciplinada pelo artigo 135 do CTN, que é hipótese de responsabilidade subsidiária e que demanda a presença de requisitos postos no comando legal para sua caracterização.

Da Impugnação à Cientificação do Grupo Econômico

Os responsáveis solidários arrolados pela auditoria também apresentaram Impugnação, tempestiva, à cientificação do Grupo Econômico, requerendo sejam excluídas do rol das pessoas arroladas como integrantes do mesmo, onde alegam, em síntese:

ANA CÉLIA CARVALHO DE BARROS

- que eventual responsabilidade solidária por débitos previdenciários com fundamento na existência de grupo econômico somente pode ser imputada à Pessoa Jurídica;
- que a legislação, ao regular a formação de grupo econômico é clara ao prever, para sua formação, a necessidade de que haja um controle comum entre duas ou mais empresas, o que está ausente no presente caso;
- que a requerente é apenas acionista da empresa EBM Incorporações S/A, porém, não exerce qualquer controle da empresa autuada;
- que o artigo 124 do CTN não autoriza a responsabilidade solidária da impugnante.

BENTO ODILON MOREIRA FILHO

- que eventual responsabilidade solidária por débitos previdenciários com fundamento na existência de grupo econômico somente pode ser imputada à pessoa Jurídica;
- que a legislação, ao regular a formação de grupo econômico é clara ao prever, para sua formação, a necessidade de que haja um controle comum entre duas ou mais empresas, o que está ausente no presente caso;
- que a empresa EBM Construtora S/A, da qual o requerente é acionista, não é sequer acionista e tampouco controladora de empresa autuada, não existindo nenhum vínculo societário entre a empresa da qual o impugnante é sócio, e a empresa autuada
- que o artigo 124 do CTN não autoriza a responsabilidade solidária do impugnante.

CLEUNER TEIXEIRA DE SOUZA

- que eventual responsabilidade solidária por débitos previdenciários com fundamento na existência de grupo econômico somente pode ser imputada à pessoa jurídica;
- que a legislação, ao regular a formação de grupo econômico é clara ao prever, para sua formação, a necessidade de que haja um controle comum entre duas ou mais empresas, o que está ausente no presente caso;
- que o impugnante é acionista da empresa ORBX Incorporadora e Participações Ltda, porém, não exerce qualquer controle da empresa autuada, e tampouco o auditor imputou-lhe tal conduta;
- que está ausente a figura do exercício do controle comum, que não é, em hipótese alguma, exercido pelo impugnante, que, não participa da composição societária de nenhuma das empresas;
- que o artigo 124, incisos I e II do CTN, não autoriza a responsabilidade solidária do impugnante.

DENER ÁLVARES JUSTINO

- que eventual responsabilidade solidária por débitos previdenciários com fundamento na existência de grupo econômico somente pode ser imputada à pessoa jurídica;
- que a legislação, ao regular a formação de grupo econômico é clara ao prever, para sua formação, a necessidade de que haja um controle comum entre duas ou mais empresas, o que está ausente no presente caso;
- que o requerente é apenas acionista da empresa EBM Incorporações S/A, porém, não exerce qualquer controle da empresa autuada e tampouco o auditor imputou-lhe conduta;
- que o artigo 124 do CTN não autoriza a responsabilidade solidária do impugnante.

ELBIO MOREIRA

- que eventual responsabilidade solidária por débitos previdenciários com fundamento na existência de grupo econômico somente pode ser imputada a pessoa jurídica;
- que a legislação, ao regular a formação de grupo econômico é clara ao prever, para sua formação, a necessidade de que haja um controle comum entre duas ou mais empresas, o que está ausente no presente caso;
- que a empresa EBM Construtora S/A, da qual o requerente é acionista, não é sequer acionista e tampouco controladora da empresa: autuada, não, existindo nenhum vínculo societário entre a empresa da qual o impugnante é sócio, é a empresa autuada;
- que o artigo 124 do CTN não autoriza a responsabilidade solidária do impugnante.

GOIANDI LOPES DE BRITO

- que eventual responsabilidade solidária por débitos previdenciários com fundamento na existência de grupo econômico somente pode ser imputada à pessoa jurídica;
- que o requerente não é controlador de nenhuma das empresas envolvidas no empreendimento imobiliário construído sobre o imóvel que foi por ele permutado;
- que a legislação, ao regular a formação de grupo econômico é clara ao prever, para sua formação, a necessidade de que haja um controle comum entre duas ou mais empresas, o que está ausente no presente caso;
- que o artigo 124 do CTN não autoriza a responsabilidade solidária do impugnante.

JOÃO BATISTA VIEIRA DE JESUS

- que eventual responsabilidade solidária por débitos previdenciários com fundamento na existência de grupo econômico somente pode ser imputada à pessoa jurídica;
- que a legislação, ao regular a formação de grupo econômico é clara ao prever, para sua formação, a necessidade de que haja um controle comum entre duas ou mais empresas, o que está ausente no presente caso;
- que o impugnante é apenas acionista da empresa ORBX, contudo, não exerce qualquer controle da empresa autuada e tampouco o auditor imputou-lhe tal conduta, logo não possui nenhuma relação com o fato gerador das obrigações previdenciárias exigidas da empresa autuada;
- que o artigo 124 do CTN não autoriza a responsabilidade solidária do impugnante.

JURANICE VIEIRA DE BRITO

- que eventual responsabilidade solidária por débitos previdenciários com fundamento na existência de grupo econômico somente pode ser imputada à pessoa jurídica;
- que o requerente não é controlador de nenhuma das empresas envolvidas no empreendimento imobiliário construído sobre o imóvel que foi por ele permutado (esposa da pessoa física que permutou imóvel com a empresa autuada);
- que a legislação, ao regular a formação de grupo econômico é clara ao prever, para sua formação, a necessidade de que haja um controle comum entre duas ou mais empresas, o que está ausente no presente caso;

- quero artigo 124 do CTN não autoriza a responsabilidade solidária da impugnante.

EBM CONSTRUTORA S/A

- que a legislação, ao regular a formação de grupo econômico é clara ao prever, para sua formação, a necessidade de que haja um controle comum entre duas ou mais empresas, o que está ausente no presente caso;

- que a empresa EBM Construtora S/A não é sequer acionista e tampouco controladora da empresa autuada;

- que o artigo 124 do CTN não autoriza a responsabilidade solidária da impugnante.

EBM INCORPORAÇÕES S/A

- que a configuração da responsabilidade solidária por formação de grupo econômico pressupõe a existência de uma administração comum do qual o suposto co-responsável seja participante, o que está ausente no caso vertente;

- que a empresa EBM Incorporações S/A é acionista da empresa autuada, situação distinta do controle comum, pois a participação societária é figura distinta de formação de grupo econômico entre empresas;

- que por ostentar a qualidade de acionista da empresa autuada, a única responsabilidade que poderia ser imputada ao requerente é aquela prevista no artigo 135 do CTN, que demanda o preenchimento dos requisitos específicos nele postos, os quais estão ausentes no caso vertente;

- que o artigo 124 do CTN não autoriza a responsabilidade solidária da impugnante.

ORBX INCORPORADORA E PARTICIPAÇÕES LTDA

- que a configuração da responsabilidade solidária por formação de grupo econômico pressupõe a existência de uma administração comum do qual o suposto co-responsável seja participante, o que está ausente no caso vertente;

- que a empresa ORBX Incorporadora S/A é acionista da empresa autuada, situação distinta do controle comum, pois a participação societária é figura distinta de formação de grupo econômico entre empresas;

- que por ostentar a qualidade de acionista da empresa autuada, a única responsabilidade que poderia ser imputada ao requerente é aquela prevista no artigo 135 do CTN, que demanda o preenchimento dos requisitos específicos nele posto os quais estão ausentes no caso vertente;

- que o artigo 124 do CTN não autoriza a responsabilidade solidária da impugnante.

É o relatório.

(destaques originais)

Em julgamento pela DRJ/BSB, por unanimidade, julgou procedente em parte a impugnação, conforme ementa abaixo:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/04/2004 a 31/05/2008

Ementa; OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL DE RESPONSABILIDADE DE PESSOA JURÍDICA. ARBITRAMENTO DO SALÁRIO DE PROCEDÊNCIA.

O salário de contribuição decorrente de obra de construção civil de responsabilidade de pessoa jurídica será apurado com base na área construída constante no projeto, e no padrão da obra, quando a empresa não apresentar a contabilidade ou a apresentar de forma deficiente.

GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Empresas que, embora tenham personalidade jurídica distinta, são dirigidas pelas mesmas pessoas e exercem sua atividade no mesmo endereço, formam um grupo econômico. Caracterizada a existência de fato de um grupo econômico, o reconhecimento da responsabilidade solidária é impositivo de lei.

EMPRESA OPTANTE PELO LUCRO PRESUMIDO. ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL.

A empresa optante pelo lucro presumido, ao apresentar ao fisco sua escrituração contábil, mesmo legalmente dispensada, está sujeita ao exame de sua regularidade.

RECOLHIMENTOS. SERVIÇOS TERCEIRIZADOS. APROVEITAMENTO.

A partir de outubro de 2002, somente serão convertidos em área regularizada os recolhimentos feitos por terceiros referentes a remunerações por serviços prestados em obra de construção civil que estejam declaradas em GFIP.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido

O provimento parcial se deu em razão da exclusão das pessoas físicas do polo passivo, que:

Diante do exposto, concluo que não respondem solidariamente pelo presente crédito as seguintes pessoas físicas: **DENER ALVARES JUSTINO** (CPF N. 438.993.741-34), **ANA CÉLIA CARVALHO DE BARROS AMORIM** (CPF N. 491.521.061-87), **CLEUNER TEIXEIRA DE SOUZA** (CPF N. 351.796.551-91), **JOÃO BATISTA VIEIRA DE JESUS** (CPF N. 354.888.321-49), **BENTO ODILON MOREIRA FILHO** (CPF N. 440.288.571-04), **ELBIO MOREIRA** (CPF N. 101.084.161-00), **GOIANDI LOPES DE BRITO** (CPF N. 010.861.111-68) e **JURANICE VIEIRA DE BRITO** (CPF N. 093.569.831-00).

Portanto, deverão ser mantidas no polo passivo da presente autuação, na qualidade de solidárias, as seguintes empresas: **Sociedade Residencial Bueno Um S/A**, **EBM Incorporações S/A**, **EBM Construtora S/A** e **ORBX Incorporadora S/A**.

[...]

DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, VOTO no sentido de julgar **PROCEDENTE EM PARTE A IMPUGNAÇÃO**, para:

- **excluir as seguintes pessoas físicas da responsabilidade Solidária: DENER ALVARES JUSTINO** (CPF N. 438.993.741-34), **ANA CÉLIA CARVALHO DE BARROS AMORIM** (CPF N. 491.521.061-87), **CLEUNER TEIXEIRA DE SOUZA** (CPF N. 351.796.551-91), **JOÃO BATISTA VIEIRA DE JESUS** (CPF N. 354.838.321-49), **BENTO ODILON MOREIRA FILHO** (CPF N. 440.288.571-04), **ELBIO MOREIRA** (CPF N. 101.084.161-00), **GOIANDI LOPES DE BRITO** (CPF N. 010.861.111-68) e **JURANICE VIEIRA DE BRITO** (CPF N. 093.569.133 1-00), e
- **manter o crédito tributário em desfavor** do contribuinte **Sociedade Residencial Bueno Um S/A** (CNPJ: 05.735.862/0001-86), juntamente com os seguintes responsáveis solidários: **EBM Incorporações S/A** (CNPJ n. 03.025.881/0001-93) e **ORBX Incorporadora S/A** (CNPJ n. 05.082.800/0001-12) e **EBM Construtora S/A** (CNPJ n. 02.685.279/0001-10), no valor de R\$ 571.554,96.

(destaques originais)

Ainda, cumpre informar que, decorrente da mesma fiscalização, foram feitos os seguintes lançamentos tributários:

Autos nº	DEBCAD nº	Natureza
10120.004867/2009-78	37.221.945-4	GILRAT
10120.004858/2009-87	37.221.937-3	CFL 33
10120.004859/2009-21	37.221.938-1	CFL 30
10120.004860/2009-56	37.221.939-0	CFL 34
10120.004861/2009-09	37.221.940-3	CFL 35
10120.004862/2009-45	37.221.941-1	CFL 38
10120.004863/2009-90	37.221.942-0	CFL 68
10120.004864/2009-34	37.221.943-8	Terceiros (SENAI - SESI - INCRA - SEBRAE)
10120.004865/2009-89	37.221.944-6	Segurados (empregados - trabalhadores temporários e avulsos)

Em decorrência das análises nos autos, restaram a responsabilidade tributária assim:

- a) Autos nº 10120.004867/2009-78 (DEBCAD nº 37.221.945-4) e nº 10120.004865/2009-89 (DEBCAD nº 37.221.944-6), as pessoas jurídicas Sociedade Residencial Bueno Um S/A, EBM Construtora Ltda., EBM Incorporações S/A, e ORBX Incorporadora e Participações Ltda.;
- b) Autos nº 10120.004858/2009-87 (DEBCAD nº 37.221.937-3), nº 10120.004859/2009-21 (DEBCAD nº 37.221.938-1), nº 10120.004860/2009-56 (DEBCAD nº 37.221.939-0), nº 10120.004861/2009-09 (DEBCAD nº 37.221.940-3), nº 10120.004862/2009-45 (DEBCAD nº 37.221.941-1), e nº 10120.004863/2009-90 (DEBCAD nº 37.221.942-0), todos de obrigações acessórias, somente a Sociedade Residencial Bueno Um S/A; e,
- c) Autos nº 10120.004864/2009-34 (DEBCAD nº 37.221.943-8), também de obrigação principal, somente a Sociedade Residencial Bueno Um S/A.

Intimados todos os sujeitos passivos, interpuseram recurso voluntário protestando pela reforma do acórdão:

- a) Sociedade Residencial Bueno Um S/A, intimada em 5/1/2010 (AR de fl. 2159), interpôs recurso voluntário (fls. 2162-2232) em 2/2/2010;
- b) EBM Construtora Ltda., intimada em 5/1/2010 (AR de fl. 2151), interpôs recurso voluntário (fls. 2232-2245) em 3/2/2010;
- c) EBM Incorporações S/A, intimada em 4/1/2010 (AR de fl. 2149), interpôs recurso voluntário (fls. 2246-2256) em 3/2/2010; e,
- d) ORBX Incorporadora e Participações Ltda., intimada em 5/1/2010 (AR de fl. 2150), interpôs recurso voluntário (fls. 2257-2268) em 2/2/2010;

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Fl. 14 do Acórdão n.º 2402-010.457 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10120.004867/2009-78

Voto

Conselheiro Rafael Mazzer de Oliveira Ramos, Relator.

Da Admissibilidade dos Recursos Voluntários

Os recursos voluntários são tempestivos e atende os demais requisitos de admissibilidade. Assim, deles conheço.

A recorrente Sociedade Residencial Bueno Um S/A alegou em recurso: i) nulidade do auto de infração por incompetência da autoridade administrativa; ii) Ilicitude do procedimento da reclamante; iii) Da aferição indireta efetivada pela fiscalização; iv) A impossibilidade de se desconsiderar a contabilidade da reclamante; v) As obrigações acessórias das empresas prestadora de serviços para a reclamante e a retenção de 11% efetivada pela reclamante; vi) A inexistência de grupo econômico; vii) A inexigibilidade da aplicação da taxa Selic; e, viii) A impossibilidade de aplicação da taxa Selic sobre a multa aplicada à reclamante.

As recorrentes EBM Construtora Ltda., EBM Incorporações S/A, e ORBX Incorporadora e Participações Ltda. alegaram somente “A inexistência de responsabilidade solidária da reclamante pelo débito exigido”.

Assim, ao analisar as razões expostas pelas recorrentes solidárias, além de ser o mesmo argumento e redação, o mérito está atrelado ao item vi elencado pela recorrente Sociedade Residencial Bueno Um S/A, razão pela qual serão analisados em conjunto no mesmo item.

Das Preliminares

Da Nulidade do Auto de Infração por Incompetência da Autoridade Administrativa

Conforme Relatórios Fiscais do Termo de Sujeição Passiva Solidária destinados as pessoas jurídicas recorrentes (fls. 23-28; 34-39; 45-50), tem-se a especificação da construção civil na cidade de Goiânia/GO, assim como a alteração do endereço da Sociedade com Propósito Específico para a cidade de São Paulo/SP em 7/5/2007, quando da realização da Assembleia Geral Extraordinária, que destaco do mencionado Relatório:

1- Obra de Construção Civil:

Empreendimento: Res. Casablanca Life Style (Incorporação)

Matrícula CEI: 50.016.89176/76

Endereço da obra: Rua T-4 eq. Com Rua T-64 QD. 149 LTs. 09/10/11

Setor Bueno - Goiânia Go. CEP-74.230-035

Período da obra: 24/04/2004 a 30/11/2007

Informações no Cadastro da Obra: Área Total de 22.082,84 m², 02 Blocos - 20 Pavimentos - 160 unidades de 3 quartos.

[...]

3.2- A empresa Sociedade Residencial Bueno Um S/A foi constituída em 05/06/2003 com Propósito Específico, com o objetivo de incorporar, construir, vender imóveis próprios e receber parcelas provenientes das unidades imobiliárias do empreendimento residencial multi familiar a ser edificado no Setor Bueno, na Av. T-4, Qd. 64 Lts.

09/10/11 - Goiânia - Go. Esta Sociedade foi instituída com prazo de duração por tempo determinado, limitado ao Objetivo Social, e com o Capital Social de R\$ 200.000,00.

Em Assembléia Geral Extraordinária realizada em 07/05/2007, foi alterado o endereço da Matriz de Goiânia-Go para São Paulo - SP, no Lago 7 de Setembro, 52, sala 54 - Centro - CEP 01501-050, e constituída a Filial 0002 no endereço do empreendimento ou construção, onde figurava anteriormente como o endereço da Matriz. O objetivo de tal alteração seria a transferência do domicílio fiscal da Empresa desta Capital para São Paulo, o que foi posteriormente negado pela Receita Federal do Brasil, conforme sugere relatório em diligência fiscal, cópia às fls. 221 222 do Processo 10120.004867/2009-78.

- grifei -

Oportuno, destaco o contido no § 2º, do artigo 9º, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal:

Art. 7º. O procedimento fiscal tem início com:

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;

III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos.

Art. 8º. Os termos decorrentes de atividade fiscalizadora serão lavrados, sempre que possível, em livro fiscal, extraído-se cópia para anexação ao processo; quando não lavrados em livro, entregar-se-á cópia autenticada à pessoa sob fiscalização.

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.

§ 1º Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o *caput* deste artigo, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova.

§ 2º Os procedimentos de que tratam este artigo e o art. 7º, serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo.

§ 3º A formalização da exigência, nos termos do parágrafo anterior, previne a jurisdição e prorroga a competência da autoridade que dela primeiro conhecer.

§ 4º O disposto no *caput* deste artigo aplica-se também nas hipóteses em que, constatada infração à legislação tributária, dela não resulte exigência de crédito tributário.

Ainda, considerando que período de apuração do presente lançamento tributário é de 01/04/2004 a 31/05/2008, assim como lá se encontrava a obra fiscalizada, logo se tem que a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Goiânia/GO é competente para a fiscalização.

Por fim, para sepultar a discussão, menciono o Enunciado de Súmula CARF nº 6:

Súmula CARF nº 6:

É legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Logo, não há que se falar em incompetência da autoridade fiscal.

Da Ilícitude do Procedimento

De fato, analisando-se os autos verifica-se que a fiscalização cumpriu todas as formalidades legais. A Contribuinte foi intimada a prestar esclarecimentos e apresentar os seus elementos de prova. Frise-se que o trabalho de fiscalização foi praticado por servidor competente, investido no cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil.

A legislação tributária é quem determina quais são os requisitos que um auto de infração deve conter. Para tanto existe o art. 10, do Decreto nº 70.235/72, conforme abaixo transcrito:

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.

Ao se observar o auto de infração em questão, constata-se claramente que foram cumpridos todos os requisitos previstos na norma legal para o lançamento de ofício.

O auto de infração possui descrição dos fatos, a legislação tributária que foi infringida com a consequente penalidade aplicável e o valor do crédito tributário apurado, ou seja, tudo que a legislação tributária prescreve foi observado.

No presente caso, conforme constou nos autos e devidamente relatado no acórdão atacado, a Contribuinte foi intimada para apresentar documentos e, permanecendo em silêncio, após busca realizada pelo auditor da Receita Federal do Brasil, foi oportunizado o contraditório, e a mesma permaneceu inerte. O mesmo aconteceu com o cônjuge da Contribuinte.

Então, uma vez configurada infração, ou seja, comprovada a omissão de rendimento na declaração de ajuste anual, voluntariamente e dolosamente, a autoridade administrativa deve efetuar o lançamento, conforme determina o artigo 149, inciso IV do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

À Contribuinte foi concedido prazo regulamentar para apresentação do contraditório, o que ensejou a oportunidade de defesa, exercida por meio da impugnação.

Dessa forma, com base no exposto, não deve ser declarada a nulidade do lançamento suscitada pela Contribuinte Recorrente, ou qualquer outra violação às garantias legais.

Superadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

Do Mérito

Aqui, de início, este voto analisará as questões que fundamentaram o lançamento, as quais estão diretamente relacionadas para com a constituição do crédito tributário.

Da Aferição Indireta e Da Impossibilidade de se Desconsiderar a Contabilidade

Primeiramente, passo a destacar a legislação aplicável ao presente caso.

Aqui, destaco o contido na Lei nº 8.212/91, em seu artigo 33, § 3º e § 6º:

Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos.

[...]

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

[...]

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

Para contribuir com a fundamentação, tomo a liberdade de reproduzir os ensinamentos cravados no Acórdão nº 2402-009.452, de relatoria da Ilustre Conselheira Ana Cláudia Borges de Carvalho, que tive a honra de acompanhar:

(a) lançar de ofício a importância devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário, no caso de recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente;

(b) apurar e lançar as contribuições devidas quando constatar que a contabilidade não registra a realidade da remuneração dos segurados a seu serviço e;

(c) desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado, quando constate que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições que caracterizem tal condição:

Em obediência à legislação previdenciária é cabível o lançamento de tributos quando o contribuinte se recusar ou sonegar a apresentação de qualquer documento ou informação.

Ou seja, a apuração indireta do débito por intermédio da aferição é autorizada pela legislação previdenciária; contudo, estando no campo da exceção, deve atender os requisitos mínimos que determinem o surgimento do fato gerador da obrigação tributária.

A Instrução Normativa SRP nº 3, diz, em seu art. 597, que a aferição indireta será utilizada, se:

"II — a empresa, o empregador doméstico, ou o segurado recusar-se a apresentar qualquer documento, ou sonegar informação, ou apresentá-los deficientemente."

A mesma Instrução Normativa determina, em seu art. 600, que “para fins de aferição, a remuneração da mão-de-obra utilizada na prestação de serviços por empresa corresponde ao mínimo de: I - quarenta por cento do valor dos serviços constantes da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços”.

- destaques originais -

Assim, destaco do Relatório Fiscal (fls. 120-165), mas precisamente na descrição do fato gerador e da apuração do débito por aferição (itens 11 e 12), assim fez constar o auditor fiscal:

11 - Do Fato Gerador:

11.1 - Refere-se este crédito a contribuições previdenciárias patronais, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados, utilizados na Construção da Sociedade Residencial Bueno Um S/A, para execução da Obra Matrícula CEI 50.016.89176/76, e serviços diversos, apurado por arbitramento.

11.2 - A remuneração foi apurada por aferição com base na área construída e no padrão de construção da obra, conforme Declaração e Informação Sobre Obra (DISO), e o correspondente Aviso para Regularização de Obra (ARO) 131257, copia fls. 159 a 163, utilizando as tabelas do Custo Unitário Básico (CUB) divulgadas mensalmente na Internet ou na imprensa de circulação regular, pelos Sindicatos da Indústria da Construção Civil - SINDUSCON, na forma estabelecida nos artigos 426, 429 a 455 da IN/SRP Nº. 03/05, constitui **o levantamento denominado AFE**.

11.3 - O Aviso para Retificação de Obra foi retificado para aproveitamento de créditos inerentes a Notas Fiscais de Fornecimento de Concreto, juntado a este processo fls. 164 a 168, devidamente cientificado o contribuinte.

12 - Da Apuração do Débito por Aferição:

12.1 - O débito constante no presente AI referente à aferição do valor do salário de contribuição necessário à execução da obra, foi apurado como previsto nos §§ 4º e 6º, do artigo 33, da Lei 8.212/91. O procedimento de aferição indireta do salário de contribuição devido pela execução de obra de construção civil, com base na área construída e no padrão de execução, encontra-se disciplinado no art. 234 do Decreto 3.048 de 06/05/1999 e na Instrução Normativa /SRP 03, de 14/07/2005.

12.2 - No momento da regularização da obra no CAC - Centro de Atendimento do Contribuinte da RFB-Goiânia, com a solicitação da CND - Certidão Negativa de Débito para a obra sob sua responsabilidade, acima identificada, através de informações

prestadas em Declaração e Informação sobre Obra - DISO, verificou-se que os recolhimentos apresentados não atingiram o percentual mínimo de 70%, na forma prevista no art. 477 inciso III da IN 03/2005.

12.3 - Em razão da comprovação da existência da escrituração contábil registrada para o período da execução da obra, foi encaminhado a DISO - Declaração e Informação sobre Obra de Construção Civil, de preenchimento sob a responsabilidade do próprio contribuinte e o ARO - Aviso para regularização de Obra ou o cálculo efetuado a partir das declarações emitidas, para o Serviço de Fiscalização em atendimento ao disposto no art. 477, § 2º da IN/SRP 03/2005.

12.4 - A Declaração e Informação sobre Obra de Construção Civil - DISO acima referida, com base na qual foi gerado o Aviso para Regularização de Obra - ARO nº. 121357 em 04/04/2008, foi retificada por esta fiscalização, para o aproveitamento dos créditos previdenciários oriundos de mão-de-obra embutida em NFS concreto usinado constante de sua escrita contábil, em conta própria, anteriormente nem todas incluídas em DISO/ARO, da empresa CNPJ 05.553.482/0001-69, conforme Mapa Resumo de Contabilização de NFs. de Concreto, não aproveitadas no DISO/ARO apresentada, juntado a este AIOP fls. 164 a 168, sendo emitida retificação do Aviso de Regularização de Obra - ARO, copia juntada a este AIOP fls. 159 a 163.

12.5 - De acordo com as normas, foi utilizada a data de emissão do Aviso de Regularização de Obras - ARO, 04/04/2008, ou seja, a competência 04/2008, para lançamento dos créditos previdenciários apurados pelo CUB.

12.6 - Conforme se observa no Aviso para Regularização de Obras - ARO juntado a este AI, os valores da mão-de-obra utilizadas na referida construção, ficou bem abaixo do índice de 70% (setenta por cento) do valor da mão-de-obra calculada utilizando as tabelas do Custo Unitário Básico (CUB) divulgadas mensalmente na Internet ou na imprensa de circulação regular pelos Sindicatos da Indústria da Construção Civil - SINDUSCON. Tal percentual de 70% é o mínimo aceitável como parâmetro de utilização de mão-de-obra, conforme IN/SRP 03/05 Art. 477, III. Considerando que a empresa não exigiu das empresas terceirizadas, as competentes GFIP, conclui-se a razão de tamanha diferença constatada entre o valor da mão-de-obra calculada através do CUB e a declarada em GFIP.

[...]

14 - Do Cálculo Da Mão de Obra pelo CUB:

14.1 - Cabe ressaltar, mais uma vez, que o valor do crédito devido foi obtido através da Declaração e Informação sobre Obra - DISO, como já esclarecido, de preenchimento sob responsabilidade do próprio contribuinte, que informa os dados necessários para o correto enquadramento da obra a ser calculada utilizando a tabela CUB do SINDUSCON.

14.2 - O Custo Unitário Básico é uma estimativa do valor do metro quadrado da obra, que reflete a variação mensal dos custos de construção imobiliária com materiais, mão-de-obra e equipamentos. O objetivo precípua deste indicador, é servir como parâmetro na determinação de um valor mínimo para o metro quadrado de construção, para fins de registro das incorporações imobiliárias. Este passa a refletir, no mínimo, a base de apuração da mão-de-obra utilizada, tomando por parâmetros os próprios indicadores fornecidos pelas empresas da área de construção civil. Não se trata, portanto, da utilização de um referencial qualquer, arbitrado à revelia, sem respeito ao princípio da coerência. É a mensuração do custo mínimo da construção com base em dados sólidos, confiáveis, técnicos e fornecidos à sociedade pela instituição patronal que congrega as próprias empresas construtoras.

14.3 - A metodologia utilizada na apuração do CUB pelos sindicatos da indústria da construção com base na NBR 12.721, evidencia a precisão que se consegue alcançar na determinação desses valores de custos básicos ou mínimos - os mais próximos possíveis da realidade. A amplitude de utilização desses parâmetros demonstram sua confiabilidade, sendo o próprio segmento empresarial seu maior usuário.

14.4 - Exatamente por isto, a legislação previdenciária utiliza desses valores na apuração da mão-de-obra aplicada na construção civil, como a seguir exposto:

Em recurso voluntário, a Recorrente ataca que os fundamentos utilizados para o lançamento estão equivocados, assim como teria sido desconsiderada a contabilidade apresentada.

Acontece que tal assertiva não reflete o fato concreto e, destaco do acórdão atacado:

Entretanto, conforme se pode observar do Relatório Fiscal, a contabilidade da empresa não está tão regular quando pretende fazer entender, nem está de acordo com os princípios e convenções contábeis, vejamos:

- a empresa não registrou fielmente em sua contabilidade, os valores declarados em GF IP, nem os valores informados em folhas de pagamentos em meio magnético, nem os resumos de folhas de pagamentos em meio papel apresentados, conforme Mapas juntados (fls. 585/596).

Neste ponto cabe esclarecer que a alegação da empresa de que existiam outras folhas de pagamentos de pró-labore, rescisões dentre outras não deve prosperar, pois as folhas de pagamentos em meio papel e digital entregues deveriam conter todos os segurados, agrupados por categoria, com a correspondente totalização, conforme preceitua a legislação, vejamos:

[...]

- a empresa não registrou em sua contabilidade a transação do lote efetuada com o Sr. Goiandi Lopes de Brito e sua esposa Juranice Vieira de Brito;

- a empresa não utiliza títulos próprios de sua contabilidade para registrar os pagamentos efetuados aos contribuintes individuais (autônomos) por meio de RPA, diversos serviços de fretes prestados, o fazendo de forma equivocada, na conta contábil n. 3.2.1.1.01.0005 (Serviços Contratados por Pessoa Jurídica), fls. 321/323;

- a empresa efetua os registros contábeis de despesas realizadas por meio de adiantamento a segurados, indevidamente, nas datas da efetivação do respectivo reembolso do adiantamento ao segurado, e não na data de sua realização, caracterizando assim, a prática contábil do regime de caixa, em prejuízo do regime de competência (fls. 321/323), contrariando, portanto os princípios contábeis da oportunidade e da competência;

- histórico dos lançamentos constando o nome de Sergio Luiz de Araújo Purgato, sendo que os recibos dos fretes foram pagos ao Sr. Inácio Com Bosco Felipe (fls. 321);

- diversos recibos pagos ao Sr. Paulo César Gomes e Inácio Dom Bosco foram contabilizados indevidamente em nome de Sergio Luiz de Araújo Purgato (fls. 321);

- a empresa utiliza a prática de efetuar pagamentos de despesas de grande valor, por meio de adiantamento, tais como: rescisões contratuais, despesas com aluguel mensal de máquinas e equipamentos, e outras, cuja natureza de tal adiantamento, consiste em efetuar despesas imprevisíveis e de pequeno vulto;

- que a empresa realiza pagamentos de despesas de pronto pagamento de sua obra por meio de adiantamento em espécie a engenheiros responsáveis pela obra, reembolsáveis periodicamente;

- que foi emitido Termo de Intimação Fiscal solicitando esclarecimento e cópia dos comprovantes de pagamentos dos engenheiros da obra, bem como indicando a conta contábil de seus lançamentos, não tendo a empresa se manifestado, o que ensejou a lavratura de auto de infração por descumprimento de obrigação acessória;

- que a empresa não contabilizou no centro de custos da obra, as despesas de instalações de canteiros de obra, e outras conforme registro na conta instalações provisórias (fls. 612/615).

Dessa forma, os procedimentos adotados para o levantamento estão de acordo com a legislação em vigor na data do lançamento: art. 33, e seus parágrafos, da lei 8.212/91, art. 234 do RPS aprovado pelo Decreto 3.048/99 e Instrução Normativa MPS/SRP nº 03/2005.

[...]

A Instrução Normativa MPS/SRP nº 03/2005, em seu artigo 429 dispõe que a aferição indireta da remuneração dos segurados na obra de construção civil sob responsabilidade de pessoa jurídica e de pessoa física, com base na área construída e no padrão da obra, será efetuada de acordo com os procedimentos estabelecidos no Capítulo IV deste Título.

Dispõe, ainda, em seu art. 434 que a apuração por aferição indireta, com base na área construída e no padrão da obra, da remuneração da mão-de-obra empregada na execução de obra de construção civil sob responsabilidade de pessoa jurídica, inclusive a relativa à execução de conjunto habitacional popular, definido no inciso XXVI do art. 413, quando a empresa não apresentar a contabilidade, será efetuada de acordo com os procedimentos estabelecidos neste Capítulo.

[...]

Portanto, conclui-se que a fiscalização utilizou forma correta o procedimento de aferição indireta.

Por fim, destaco a ementa do mencionado acórdão acima:

Processo nº 10380.016591/2009-18

Recurso Voluntário

Acórdão nº 2402-009.452 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária

Sessão de 2 de fevereiro de 2021

Recorrente IRENE LIMA DA SILVA

Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2005 a 31/03/2006

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONSTRUÇÃO CIVIL.

O responsável por obra de construção civil está obrigado a recolher as contribuições arrecadadas dos segurados e as contribuições a seu cargo, incidentes sobre a remuneração dos segurados utilizados na obra e por ele diretamente contratados, de forma individualizada por obra, em documento de arrecadação identificado com o número da inscrição da obra.

ÔNUS DA PROVA.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado. Art. 36 da Lei nº 9.784/99.

LANÇAMENTO. AFERIÇÃO INDIRETA. NÃO APRESENTAÇÃO DO ARO. POSSIBILIDADE.

Com a recusa ou apresentação deficiente de documentos a fiscalização promoverá o lançamento de ofício por arbitramento, inscrevendo as importâncias que reputar devidas.

Assim, entendo e voto pela improcedência do recurso quanto a este mérito.

Das Obrigações Acessórias das Empresas Prestadoras de Serviços para a Reclamante e a Retenção de 11% Efetivada pela Reclamante

Neste mérito, a Recorrente alega que a fiscalização, assim como quando da apuração do crédito tributário, não foi considerada a retenção de 11%.

Aqui destaco o contido no relatório fiscal (fl. 162):

14.7 - A terceirização da mão-de-obra deveria ser acompanhada do cumprimento de no mínimo duas obrigações tributárias por parte da empresa contratada e da contratante:

a) a retenção do percentual de 11% incidente sobre o valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo emitido pela prestadora dos serviços e o seu devido recolhimento pela contratante; e

b) a exigência de cópia da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP relativa aos empregados cedidos pela empresa prestadora dos serviços, como regulamentado pelo art. 447, inciso III da IN/SRP 03/2005 abaixo transcrito, ou seja, as GFIP's devem ser apresentadas especificamente para obra a qual foi prestado o serviço ou empreita, veja no dispositivo abaixo:

IN/SRP 03/2005

...

“Art. 447. A remuneração relativa à mão-de-obra terceirizada, inclusive ao décimo-terceiro salário, cujas correspondentes contribuições recolhidas tenham vinculação inequívoca à obra, será convertida em área regularizada, na forma prevista no art. 445, considerando-se:

...

III - a partir de outubro de 2002, somente serão convertidas em área regularizada as remunerações declaradas em GFIP referente à obra, com comprovante de entrega, emitidas pelo empreiteiro ou pelo subempreiteiro, desde que comprovado o recolhimento dos valores retidos correspondentes.”

14.8 - Em atenção ao disposto nas normas previdenciárias, foram considerados no cálculo realizado, apenas as remunerações declaradas nas GFIP's com relação inequívoca a obra matrícula CEI 50.016.89176/76, devidamente comprovada sua situação de regularidade através de consultas realizadas aos sistemas informatizados da SRFB, com a devida observância do recolhimento da retenção correspondente sofrida em fatura de prestação de serviço. Ressalta-se que em alguns prestadores ou empreiteiros, não houve apresentação de nenhuma GFIP.

- grifei -

Por sua vez, diante do alegado, constou do acórdão recorrido:

DO NÃO APROVEITAMENTO DAS RETENÇÕES

Quanto à remuneração relativa aos serviços terceirizados, de acordo com a IN SRP nº 03/2005, somente são aproveitados os recolhimentos de retenções efetuadas referentes a remuneração declarada em GFIP, condição esta que no presente caso não ocorreu, conforme relatado no Relatório Fiscal (item 9 - Da Mão de Obra Terceirizada e Retenções).

Embora a empresa entenda não ser de sua responsabilidade a declaração em GFIP pelas empresas subempreiteiras, o art. 447 da Instrução Normativa 03/2005 é claro quando dispõe:

[...]

III - a partir de outubro de 2002, somente serão atualizadas e deduzidas da RMT as remunerações declaradas em GFIP referente à obra, com comprovante de entrega, emitida pelo empreiteiro ou pelo subempreiteiro, desde que comprovado o recolhimento dos valores retidos correspondentes.

- grifo original -

Assim, não vejo amparo para reforma neste mérito, mantendo o lançamento.

Do Grupo Econômico

Tal como fundamentado no lançamento, aqui destaco a legislação pertinente ao caso, visto que o artigo 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91, não deixa dúvida na possibilidade de indicação de várias empresas pelo montante do débito:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

[...]

IX – as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta lei;

No mesmo sentido, tem-se a legislação trabalhista em seu § 2º, do art. 2º da CLT, ao tratar da matéria:

Art. 2º Considera-se empregador a empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos de atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

§ 1º [...]

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Assim, de acordo com o artigo 124, inciso II, do CTN e artigo 30, IX, da Lei nº 8.212/91, há responsabilidade solidária por dívida fiscal entre componentes do mesmo grupo econômico.

EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESAS PERTENCENTES AO MESMO GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CONTROLADORA. INCLUSÃO NO PÓLO PASSIVO. CITAÇÃO E PENHORA CONCOMITANTES. ART. 124, II, DO CTN. ART. 30, INCISO IX, DA LEI N.º 8.212/91. ART. 53 DA LEI N.º 8.212/91.

I. A responsabilidade solidária entre empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico decorre de lei (art. 124, II, do CTN c/c art.30, inciso IX, da Lei 11. 0 8.212/91). Inclusão da controladora no pólo passivo do processo de execução fiscal. 2. Ademais, a Mesbla SM detém 99,99% das colas da Mesbla Moveis Ltda. e a Lei n."

8.620/93 (art. 13), em relação aos débitos vinculados à Seguridade, estabelece a solidariedade entre a sociedade devedora e o sócio. Precedentes do STJ. 3. Em se tratando de débitos previdenciários, a penhora de bens concomitantemente com a citação encontra expressa autorização legal, a teor do que dispõe o art. 53 da Lei n.º 8.212/91. 4. Agravo conhecido e provido.

(AGV 200002010536342. Relator Desembargador Federal José Neiva/no afast. Relator. TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA. Fonte: DJU – Data: 08/02/2006 - Página: 82)

A base dos argumentos apresentados pelas Recorrentes refere-se à impossibilidade de atribuir responsabilidade solidária (pela simples existência do grupo), é imprescindível a demonstração prática conjunta do mesmo fato gerador ou do interesse de todas na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, o que não ocorreu.

Todavia, no caso ora em análise se trata de grupo de fato formalmente constituído, onde primeiramente de maneira sucinta traz a autoridade julgadora em seu relatório a vinculação entre as empresas, por meio de participações sejam enquanto coligadas ou controladoras, que destaque:

A fiscalização, respeitando o Princípio da Verdade Material, investigou as atividades das empresas envolvidas, de modo a identificar aquelas que guardam relação com as normas tributárias e, ao contrário do que procura fazer crer a Impugnante, as conclusões a que chegou a autoridade fiscal não estão equivocadas, pois **as situações fáticas apuradas pela Auditoria Fiscal e narradas no Relatório Fiscal evidenciam sim a existência de grupo econômico de fato.**

De acordo com a Informação Fiscal, empresa fiscalizada, cuja natureza jurídica trata-se de uma sociedade anônima fechada, foi constituída pelas empresas EBM Incorporações S/A e ORBX Incorporadora S/A, em 05/06/2003, também sociedades anônimas, com o objetivo específico de construção e comercialização das unidades imobiliárias a serem construídas no seguinte endereço Rua T-4 esquina com a Rua T-64, quadra 149, lotes 09/10/11 - Setor Bueno - Goiânia - GO, restando contratualmente estabelecido que, findo objetivo de sua criação, a empresa deverá ser extinta.

Assim, pode-se concluir que, considerando o objetivo específico a que se destina, a única razão da existência da empresa Sociedade Residencial Bueno Um S/A consiste em atender, diretamente, aos interesses das empresas que a criaram, o que demonstra a estreita interligação entre elas.

Informa, ainda, o mencionado relatório, que o capital social subscrito da empresa autuada é de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), sendo que a ORBX Incorporadora S/A é possuidora de 180.000,00 (cento e oitenta mil, 90% do capital social) ações subscritas e a EBM Incorporações S/A das restantes 20.000 (vinte mil, 20% do capital social), não restando dúvida, assim, do controle acionário exercido pelas duas empresas sob a empresa autuada.

Como se não bastasse a finalidade específica que objetivou a criação da empresa autuada e o demonstrado controle acionário das empresas citadas sob a Sociedade Residencial Bueno Um S/A, constam, nos autos, informações de que essas empresas se encontram representadas, na administração da empresa criada, por seus diretores (Diretor Presidente - Cléuner Teixeira de Souza e Diretora - Ana Célia Carvalho de Barros Amorim).

Portanto, verifica-se que os diretores das empresas EBM Incorporações S/A (Ana Célia Carvalho de Barros Amorim) e ORBX Incorporações S/A (Cléuner Teixeira de Souza) foram eleitos para os cargos de Diretor e Presidente respectivamente da Sociedade Residencial Bueno Um S/A.

Tem-se, portanto, comprovado que as empresas EBM Incorporações S/A e ORBX Incorporadora S/A exercem o controle, direção e administração sob a empresa autuada, fato este suficiente para a caracterização do grupo econômico.

Ressalte-se que, conforme demonstrado no Relatório Fiscal, o endereço onde foram encontrados os sócios responsáveis e contadora da empresa Sociedade Residencial Bueno Um S/A, para intimação e estabelecimento de comunicação com a fiscalização, foi Av. 136, número 960 - Edifício Executive Tower – 15º Andar- Setor Marista - Goiânia, onde também se encontra instalado o escritório da empresa EBM Incorporações S/A, conforme logomarca plotada na porta de entrada daquele 15º Andar.

Verifica-se ainda que em 08/07/2004 foi criada uma Sociedade em Conta de Participação com objetivo social de construção, incorporação e comercialização do edifício de apartamentos residenciais, no seguinte endereço: Rua T-4 esquina com a Rua T-64, quadra 149, lotes 09/10/11- Setor Bueno - Goiânia - GO, **tendo como única sócia ostensiva a empresa Sociedade Residencial Bueno Um S/A** (detém 45 % do capital social).

Cabe esclarecer que sociedade em conta de participação não é pessoa jurídica, não tem autonomia patrimonial, nem sede social, nem firma ou razão social e é formada com duas modalidades de sócio: o ostensivo e os participantes ou ocultos. O gerente, que é o sócio ostensivo, usa de sua firma individual, efetivando os negócios com terceiros, em seu próprio nome, adquirindo direitos e assumindo deveres. A atividade constitutiva do objeto social, portanto, é exercida apenas pelo sócio ostensivo, que se obriga pessoalmente perante terceiros, arcando com todas as responsabilidades. Os sócios participantes (os ocultos) somente obrigar-se-ão perante o sócio ostensivo, participando dos resultados sociais obtidos, sejam eles positivos ou negativos, uma vez que são prestadores de capital e não aparecem externamente nas relações da sociedade, nem têm responsabilidade perante terceiros.

Nos documentos juntados aos autos verifica-se, ainda, que a Sociedade Residencial Bueno Um S/A (fls. 268/279), na qualidade de **sócia ostensiva**, representada por seus diretores Cléuner Teixeira de Souza e **Ana Célia Carvalho Barros Amorim contratou a empresa EBM Incorporações S/A**, representada por seus diretores **Ana Célia de Carvalho Barros Amorim** e Dener Álvares Justino, para: “coordenação do projeto construtivo, construção por administração, competindo adquirir todos os materiais e equipamentos necessários, em nome da Contratante, assim como a contratação de toda mão-de-obra do empreendimento, inclusive de sub-empreiteiros, inscrição da obra no CEI do INSS, registro de incorporação, especificação de condomínio, habite-se, alvará do corpo de bombeiros, alvará de instalação de elevador, para a construção um edifício com a denominação de Residencial Casablanca Lifestyle ...” (item 1.1 do Contrato para Construção de Obra pelo Regime de Administração com Preço Alvo ou Dispendio Limitado).

Portanto, conclui-se de forma muito clara que a empresa EBM Incorporações S/A administrou toda a construção da obra objeto da presente autuação.

Verifica-se, ainda, que os terrenos para realização do empreendimento imobiliário foram adquiridos pela empresa EBM Incorporações S/A, do Sr. Goiandi Lopes de Brito e sua esposa, por meio de permuta de 19 (dezenove) unidades devidamente acabadas, conforme item 2.6 do Contrato de Constituição da Sociedade por Cotas de Participação (fls. 223/234).

No que diz respeito a solidariedade passiva da empresa EBM Construtora S/A (CNPJ N. 02.685.279/0001-10), o Relatório Fiscal esclarece que o Sr. Elbio Moreira exerceu ao mesmo tempo a responsabilidade da empresa EBM Construtora Ltda. (02.685.279/0001-10) e a empresa EBM Incorporações Ltda.(CNPJ n. 03.025.881/0001-93), até 26/10/1999.

Esclarece, ainda, que o Sr. Elbio Moreira foi substituído pelos ex-funcionários da empresa EBM Construtora S/A, quais sejam: Ana Célia Carvalho de Barros Amorim e Dener Álvares Justino.

Diante destes fatos, conclui-se que existe uma coordenação entre as empresa do grupo EBM, portanto deverá ser mantida a solidariedade passiva da empresa EBM Construtora S/A.

Assim sendo, correta a conclusão da fiscalização, de existência de grupo econômico, de modo que, nos termos da legislação infra, as empresas ORBX Incorporadora S/A, EBM Incorporações S/A e EBM Construtora S/A são solidariamente responsáveis pelos créditos lançados.

No mesmo sentido, entendo que a autoridade fiscal demonstrou a existência de grupo econômico e os motivos que levaram a determinar as responsáveis solidárias.

Assim, nego provimento a este mérito.

Da Aplicação da Taxa Selic, Da Multa e dos Juros e da Ilegalidade da Multa de Ofício

Quanto à alegada ilegalidade da incidência da multa e dos juros de mora no imposto lançado, assim como da natureza confiscatória da multa aplicada, bem como que estaria a ferir do princípio do Não-Confisco, impende ressaltar que tal princípio, estabelecido na Constituição Federal de 1988, é dirigido ao legislador e visa orientar a feitura da lei, que deve observar a capacidade contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco. Não observado esse princípio, a lei deixa de integrar o mundo jurídico, por inconstitucional.

Além do mais, independente do seu quantum, a multa, ora em análise, decorre de lei e deve ser aplicada, pela autoridade tributária, sempre que for identificada a subsunção da conduta à norma punitiva, haja vista o disposto no art. 142, § único, do CTN:

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

Sendo assim, uma vez positivada a norma, é dever da autoridade tributária aplicá-la, sem relevância ou critério acerca da justiça ou injustiça dos efeitos dela decorrentes.

Sobre o tema, cumpre transcrever as Súmulas CARF nºs 2 e 4, de observância obrigatória por este Colegiado:

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

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

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).

Esta Turma tem entendimento pacífico quanto ao tema, como destaco o julgado abaixo:

Numero do processo: 19515.001696/2004-51

Turma: Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Segunda Seção

Câmara: Quarta Câmara

Seção: Segunda Seção de Julgamento

Data da sessão: Thu Jun 06 00:00:00 BRT 2019

Data da publicação: Wed Jun 26 00:00:00 BRT 2019

Ementa: ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF). Ano-calendário: 2000 NÃO APRESENTAÇÃO DE NOVAS RAZÕES DE DEFESA PERANTE A SEGUNDA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. Não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, adota-se a decisão recorrida, mediante transcrição de seu inteiro teor. § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 - RICARF. NULIDADE DO LANÇAMENTO. PRELIMINAR. Constatado, nos autos, que as provas foram obtidas lícitamente, em conformidade com os dispositivos legais que regem o tema, em procedimento regular, e o procedimento fiscal atendeu às normas reguladoras específicas, não há que se cogitar em nulidade processual, nem em nulidade do lançamento enquanto ato administrativo. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. FATOS GERADORES A PARTIR DE 01/01/1997. A Lei nº 9430/96, que teve vigência a partir de 01/01/1997, estabeleceu, em seu art. 42, uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente quando o titular da conta bancária não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados em sua conta de depósito ou investimento. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. Sobre os créditos tributários vencidos e não pagos incidem juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sendo cabível sua utilização, por expressa disposição legal. Súmula CARF nº 4. MULTA DE OFÍCIO. APLICABILIDADE É cabível, por disposição literal de lei, a incidência de multa de ofício, no percentual de 75%, sobre o valor do imposto apurado em procedimento de ofício, que deverá ser exigida juntamente com o imposto não pago espontaneamente pelo contribuinte. MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO. ANÁLISE DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2)

Numero da decisão: 2402-007.382

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. (documento assinado digitalmente) Denny Medeiros da Silveira - Presidente (documento assinado digitalmente) Gregório Rechmann Junior - Relator Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Denny Medeiros da Silveira, Luis Henrique Dias Lima, João Victor Ribeiro Aldinucci, Paulo Sérgio da Silva, Gabriel Tinoco Palatnic (Suplente Convocado), Maurício Nogueira Righetti, Renata Toratti Cassini e Gregório Rechmann Junior.

Nome do relator: GREGORIO RECHMANN JUNIOR

Neste contexto, voto por negar provimento ao recurso voluntário neste particular.

Conclusão

Face ao exposto, voto no sentido de negar provimento aos recursos voluntários.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Mazzer de Oliveira Ramos