



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

Processo nº 10166.724065/2013-38
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-003.330 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de setembro de 2016
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente M. GARZON EUGENIO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 30/06/2012

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE INTERMEDIÇÃO DE VENDA DE IMÓVEIS POR CORRETOR QUE ATUA EM NOME DA IMOBILIÁRIA. PAGAMENTO DA COMISSÃO DIRETAMENTE PELO CLIENTE. IRRELEVÂNCIA PARA CARACTERIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO.

Independentemente do fato do cliente pagar a comissão diretamente ao corretor de imóveis, comprovando-se a existência de vínculo de trabalho deste para com a imobiliária, é esta que deve responder pelas obrigações tributárias decorrentes do serviço prestado.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE REMUNERAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO. OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.

Comprovando-se a prestação de serviço por pessoa física, presume-se ocorrido o fato gerador de contribuições previdenciárias, cabendo a exigência das contribuições correspondentes, a menos que o sujeito passivo consiga comprovar a inexistência de remuneração.

REGISTROS CONTÁBEIS TÍPICOS DE PAGAMENTO A PESSOAS FÍSICAS. FALTA DE ESCLARECIMENTOS DO SUJEITO PASSIVO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES.

Havendo registros contábeis típicos de pagamentos a pessoas físicas pela prestação de serviços e não tendo a empresa apresentado os esclarecimentos necessários à investigação dos fatos geradores, tem o fisco a prerrogativa de apurar as contribuições correspondentes, cabendo ao contribuinte demonstrar a improcedência destas.

DOCUMENTAÇÃO QUE NÃO APRESENTA DADOS SUFICIENTES PARA VERIFICAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL. POSSIBILIDADE

DE APURAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES MEDIANTE ARBITRAMENTO.

Ao exibir documentos e esclarecimentos insuficientes para verificação de sua regularidade fiscal, o sujeito passivo abre ao fisco a possibilidade de arbitrar o tributo devido, sendo do contribuinte o ônus de fazer prova em contrário.

MULTA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO E OCORRÊNCIA DE DECLARAÇÃO INCORRETA OU OMISSA EM RELAÇÃO A FATOS GERADORES DE CONTRIBUIÇÕES. COMPARAÇÃO DA MULTA MAIS BENÉFICA. DISPOSITIVO APLICÁVEL.

Havendo lançamento de ofício e ocorrendo simultaneamente declaração de fatos geradores na GFIP com erros ou omissões, a multa aplicada com base na legislação revogada deve ser comparada com aquela prevista no art. 35A da Lei n. 8.212/1991, para definição da norma mais benéfica.

APLICAÇÃO DA MULTA MAIS BENÉFICA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 61 DA LEI N. 9.430/1996.

Tendo havido lançamento de ofício das contribuições, não é cabível a aplicação do art. 61 da Lei n. 9.430/1996, posto que este dispositivo é destinado às situações em que o recolhimento fora do prazo é efetuado espontaneamente pelo sujeito passivo.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICADORA. CABIMENTO.

A discussão jurídica sobre a possibilidade de repasse aos clientes da obrigação de pagar a comissão pelo serviço prestado à empresa imobiliária afasta o intuito de fraude e sonegação fiscal, justificando a aplicação da multa de ofício no percentual de 75%.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS EM TERCEIROS PARA ESCLARECER FATOS RELACIONADOS À AÇÃO FISCAL. FALTA DE INTIMAÇÃO DA EMPRESA AUTUADA. VALIDADE DAS PROVAS.

São válidas as provas produzidas em sede de diligências fiscais realizadas em terceiros, que tenham alguma relação com o fato gerador dos tributos lançados, independentemente de ciência prévia da empresa autuada, desde de que o fisco, no relatório fiscal, esclareça a origem das referidas provas.

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA QUE APRESENTA FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA E ENFRENTA TODAS AS ALEGAÇÕES DEFENSÓRIAS RELEVANTES. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há o que falar em nulidade da decisão que enfrenta todos os pontos relevantes da impugnação com fundamento nos fatos presentes nos autos e no direito aplicável à espécie. Não está obrigado o julgador a enfrentar questões que não tenham o condão de interferir no destino da lide.

SOLIDARIEDADE.GRUPO ECONÔMICO.

A caracterização do Grupo Econômico de Fato gera a solidariedade passiva previdenciária para as empresas que o integra. (Art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212, de 1991).

GRUPO ECONÔMICO. CONFIGURAÇÃO.

Os grupos econômicos podem ser de direito e de fato, podendo estes se dar pela combinação de recursos ou esforços para a consecução de objetivos comuns, sob a forma horizontal (coordenação), ou sob a forma vertical (controle X subordinação), sendo que, neste último caso, até mesmo uma pessoa física pode exercer o controle, direção ou administração.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade, e no mérito, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para determinar a exclusão da qualificadora da multa de ofício. Vencidos os conselheiros Denny Medeiros da Silveira (Suplente convocado) e Carlos César Quadros Pierre (Relator). Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira.

Assinado digitalmente

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente e Redator designado.

Assinado digitalmente

Carlos César Quadros Pierre - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Jose Alfredo Duarte Filho (Suplente Convocado), Maria Anselma Coscrato dos Santos (Suplente Convocada), Denny Medeiros da Silveira (Suplente Convocado), Daniel Melo Mendes Bezerra, Carlos César Quadros Pierre e Ana Cecília Lustosa da Cruz.

Relatório

Adoto como relatório aquele utilizado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, 5ª Turma da DRJ/BSB (Fls. 1620), na decisão recorrida, que transcrevo abaixo:

Trata-se de crédito tributário, constituído em desfavor da empresa M. GARZON EUGENIO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, por intermédio dos seguintes autos de infração de obrigação principal: – AIOP DEBCAD 51.034.729-0, no valor de R\$ 25.114.405,01 (vinte e cinco milhões, cento e quatorze mil, quatrocentos e cinco reais e hum centavo) e o AIOP DEBCAD 51.034.730-4, no valor de R\$ 13.812.046,53 (treze milhões, oitocentos e doze mil, quarenta e seis reais e

cinquenta e três centavos), relativos às contribuições previdenciárias devidas pela empresa, parte patronal e parte dos segurados contribuintes individuais, respectivamente, incidentes sobre as remunerações pagas a Corretores de Imóveis Autônomos e sobre as remunerações pagas por serviços prestados pelas demais pessoas físicas, lavrados em 03/07/2013.

O procedimento fiscal levado a efeito na empresa, abrangeu o período de agosto/2007 a junho/2012, porém este processo é relativo ao período de janeiro/2009 a 06/2012.

Os fatos geradores objeto dos presentes lançamentos se referem:

- aos pagamentos de remuneração a corretores de imóveis autônomos pelos serviços de intermediação imobiliária prestados a Empresa, no período fiscalizado (Levantamento CV).*
- pagamento de remuneração a contribuintes individuais (pessoas físicas) pelos serviços de natureza diversa (assessoria, jardinagem, bufett, manutenção, entre outros) prestados a empresa no período fiscalizado e registrados na conta contábil "SERVIÇOS TERCEIROS PESSOA FÍSICA", código 4201010036 (Levantamentos SI E SN).*

A M Garzon Eugenio Empreendimentos Imobiliários Ltda., com início de atividades em 10/08/2007, tem por objeto social as seguintes atividades: intermediação na compra, venda, permuta e aluguel de imóveis; a prospecção e avaliação de terrenos para incorporação imobiliária; a aproximação e assessoria para negócios entre proprietários de imóveis, incorporadores e investidores em geral; a administração de bens próprios e de terceiros; e a participação no capital de outras sociedades, nacionais ou estrangeiras, empresárias ou não, na qualidade de sócia, acionista ou cotista.

O contribuinte foi intimado, por meio do Termo de Início do Procedimento Fiscal (TIPF) e de outros Termos específicos emitidos no transcorrer do procedimento fiscal, a apresentar documentos da Empresa e dos responsáveis, documentos contábeis, patrimoniais e financeiros; demonstrativo dos empreendimentos imobiliários comercializados; contratos de prestação de serviços de corretagem firmados com corretores de imóveis, pessoas físicas, para intermediação da venda de unidades imobiliárias; folhas de pagamento e outros documentos relativos aos segurados contribuintes individuais, todos referentes ao período de 10/08/2007 a 31/12/2009.

Posteriormente, em 08/02/2013, tendo em vista a ampliação do período de abrangência da fiscalização até a competência 06/2012, o contribuinte foi intimado a complementar as informações anteriormente prestadas, o qual, além dos documentos e esclarecimentos complementares requeridos, apresentou novo CD/R contendo os arquivos dos lançamentos contábeis do período: 01/2010 a 06/2012.

A auditoria fiscal constatou, da análise da documentação apresentada, assim como dos esclarecimentos prestados, que a M Garzon Eugênio não declarou nas GFIPs do período fiscalizado os pagamentos efetuados a corretores de imóveis e às demais pessoas físicas que lhes prestaram serviços no período fiscalizado, como também não reteve as contribuições de responsabilidade desses segurados (contribuintes individuais), conforme determina o art. 4º da Lei nº 10.666/2003, nem recolheu as contribuições sociais decorrentes desses pagamentos devidas a Seguridade Social.

Para a formação de convicção que levou à constituição deste crédito, a fiscalização efetuou diligências junto a empresas construtoras/incorporadoras para as quais a M Garzon Eugênio prestou serviços de intermediação imobiliária e a pessoas físicas adquirentes de imóveis com a intermediação dessa mesma Empresa, com o objetivo de prestar informações e esclarecimentos de interesse do fisco.

Com relação as pessoas jurídicas diligenciadas (construtoras/incorporadoras), a motivação para a realização desse procedimento fiscal deu-se a partir da informação prestada pela M Garzon Eugênio, em resposta à intimação da auditoria, “que não possui contratos de prestação de serviços firmados com construtoras/incorporadoras, haja vista que são realizados de forma verbal”, conforme item 34 do Relatório Fiscal às fls. 1.153.

Diante dessa informação a fiscalização efetuou diligências junto às construtoras/incorporadoras responsáveis pelos empreendimentos comercializados pela M Garzon Eugênio, obtendo das empresas contratantes, contrariamente ao afirmado acima, contratos assinados com esta imobiliária. Entre as empresas contratantes, devidamente diligenciadas, estão: Brasal Incorporações e Construções de Imóveis Ltda. (CNPJ 00.323.063/0001-89), Arquitetura e Lazer Ltda. (CNPJ 10.450.445/0001-27) e Brookfield MB Empreendimentos Imobiliários S/A (CNPJ 04.123.616/0003-72).

No que se refere às diligências realizadas junto a adquirentes de imóveis pessoas físicas, com a intermediação imobiliária da M Garzon Eugênio, estas foram motivadas na resposta apresentada pela Empresa a à intimação da auditoria de apresentar os contratos de prestação de serviços de corretagem firmados com corretores de imóveis, “que não possui nenhum tipo de contrato de prestação de serviços de corretagem, ora descrito no item 11 do TIPF, porquanto se trata de serviço autônomo, no qual os corretores são remunerados diretamente pelos clientes/compradores”, conforme item 37 do Relatório Fiscal às fls. 1.154.

Segundo as diligências realizadas, a auditoria fiscal apurou que a situação de fato não corresponde as alegações da Empresa, pois da análise, por amostragem, dos adquirentes de imóveis diligenciados, todos afirmaram que: o imóvel foi adquirido por

intermédio da empresa imobiliária M Garzon Eugênio; o corretor, autor da venda, não foi contratado por ele (comprador); o corretor apresentou-se como representante da imobiliária M Garzon Eugênio, usando crachá da empresa com a sua identificação pessoal.

Os documentos obtidos por meio dessas diligências, as informações e os esclarecimentos prestados pelos diligenciados encontram-se no processo (Anexos 11 e 11-A).

De acordo com o Relatório Fiscal, a empresa foi intimada a apresentar demonstrativo consolidado dos empreendimentos imobiliários comercializados no período sob fiscalização e relação de todas as unidades vendidas pela Empresa, especificando, por exercício o número e data da proposta de compra e venda; a denominação do empreendimento, unidade, localidade e preço de venda da unidade comercializada; o nome, CPF/CNPJ do comprador; o nome e número do CPF e registro no CRECI do corretor responsável pela venda e o valor da comissão paga ao corretor. Em resposta, a Empresa apresentou o demonstrativo consolidado dos empreendimentos comercializados e no que se refere à relação das unidades vendidas no período, solicitou prorrogação do prazo de 20 dias, alegando que “não foi possível concluir o levantamento das informações requeridas diante da sua complexidade”.

Foi estabelecido novo prazo, dentro do qual, a empresa apresentou planilha sobre as unidades vendidas no período de apuração, porém não informou os campos relativos à proposta de compra, sob a alegação que tais propostas são descartadas após a venda. Também não preencheu os campos da planilha destinados a informação relativa a corretagem, ou seja, identificação do corretor responsável pela venda e o valor da comissão, alegando que “não possui informações a respeito da corretagem – última coluna da planilha – porquanto se trata de serviço autônomo, no qual os valores são transacionados diretamente entre cliente e corretor”.

Com relação a intimação a prestar informação sobre o fluxo das atividades de prestação de serviços de intermediação imobiliária praticado no âmbito da Empresa, bem como o nome e o CPF do responsável pela gestão dessas atividades, a empresa limitou-se a informar que “os corretores são autônomos, não possuindo qualquer vínculo com a empresa, o que a impossibilita de prestar tais informações”.

A empresa foi reintimada a apresentar descrição do fluxo das atividades de prestação de serviços de intermediação imobiliária, detalhando como ocorre o processo de venda, o engajamento dos corretores envolvidos, a definição da comissão do corretor, os formulários utilizados, o pagamento do sinal e da comissão do corretor, o relacionamento com o cliente, e outras informações, a Empresa esclareceu, após prorrogação do prazo solicitada pelo contribuinte, que “cabe à contribuinte a gestão da carteira de imóveis fornecida pela construtora, bem como a

disponibilização de formulários quando esta não o fizer. Da mesma forma a construtora é quem disponibiliza o valor do sinal em sua tabela de vendas. Já a comissão dos corretores são negociadas diretamente com o cliente, porquanto faz parte da “carteira de clientes” do próprio corretor, sendo as comissões baseadas nas determinações do Conselho Regional de Corretores de Imóveis – CRECI”.

Quanto ao responsável pela gestão das atividades de intermediação imobiliária no âmbito da Empresa, esclareceu que o administrador Marcos Fabrício Moraes Garzon, CPF 031.943.287-43, consoante o descrito no contrato social da empresa, é o “responsável pela consultoria e gestão de disponibilização de unidades imobiliárias no mercado”. Informou também que as atividades de seleção, credenciamento e treinamento de corretores de imóveis, como também as de supervisão das atividades desenvolvidas pelos corretores “não fazem parte das atividades da empresa, pois esta se limita à gestão das unidades imobiliárias”.

Diante desses esclarecimentos, a auditoria fiscal concluiu que a empresa se comportou perante o fisco sem compromisso com a verdade, pois em contatos presenciais da fiscalização junto ao estabelecimento sede da M Garzon Eugênio, constatou que a Empresa mantém um departamento de vendas com corretores para atendimento do público interessado na aquisição de imóveis, inclusive, do lado externo do prédio, a Empresa mantém uma placa anunciando “CORRETORES DE PLANTÃO AQUI”.

Ainda, segundo o Organograma Operacional da empresa apresentado ao Fisco, a Empresa informou que conta com um Administrador Central (Marco Fabrício M. Garzon – CPF 031.943.287-43), um Administrador de Desenvolvimento (Arnaldo Frattini – CPF 031.943.287-43), um Gerente de Vendas, um Gerente de RH e um Gerente Administrativo-Financeiro, sem informar o nome e CPF dos respectivos ocupantes. Cada gerente, para o exercício de suas funções, conta com um supervisor e um assistente.

O organograma desenhado pela Empresa deve estar compatível com o volume de negócios a que se propôs realizar. Portanto, as unidades em funcionamento na M Garzon Eugênio pressupõe-se que estão compatíveis com o volume de vendas efetivado no período fiscalizado.

De acordo com as informações e documentos disponibilizados ao fisco, somente a conta contábil “SERVIÇOS PRESTADOS A VISTA – Código 3101050001” registra aproximadamente 8.828 lançamentos contábeis, sendo que muitos dos lançamentos representam mais de uma unidade imobiliária vendida. Em volume financeiro, estes lançamentos representam R\$ 48.687.631,79 de comissão imobiliária recebida pela empresa pela prestação de serviços de corretagem de imóveis no período fiscalizado.

A maioria desses lançamentos está acobertada por uma Nota Fiscal de Serviços, de emissão da M Garzon Eugênio, cuja descrição do serviço é “Serviço de Intermediação Imobiliária referente ao empreendimento tal...” ou “Comissão pela intermediação de venda do empreendimento...” tendo por tomador do serviço o adquirente da unidade imobiliária (pessoa física ou jurídica)..

Como se não bastasse, o contrato de prestação de serviços de intermediação imobiliária firmado com as construtoras/incorporadoras que a Empresa recusou-se a apresentar ao fisco, demonstra uma situação bem adversa das alegações da empresa, pois os contratos firmados prevêm, entre outras, as seguintes obrigações da M Garzon Eugênio:

- a) A comercialização propriamente dita, objeto deste contrato.*
- b) Manter no plantão de vendas corretores autônomos de imóveis, nos horários indicados pela contratante.*
- c) Nomear um supervisor de vendas, responsável no stand, exercendo as seguintes funções: orientar o trabalho dos corretores, levar e manter material publicitário e de apoio no stand de vendas, bem como tabelas, recolher as propostas, atender os clientes compradores.*
- d) Efetuar o pagamento dos corretores autônomos de imóveis mediante a emissão do correspondente RPA, não havendo, pois, nenhuma relação entre estes e a contratante, devendo manter da contratante indene de qualquer reclamação de seus corretores.*
- e) Atuar junto ao planejamento dos empreendimentos como um todo, incluindo sem se limitar, a definição do produto, campanha publicitária, tabelas de preços e treinamento geral das equipes que atenderão os clientes.*
- f) Responsabilizar-se pelo pessoal especialmente treinado e capacitado, para atuar no período de 08:00 as 20:00 hs, de segunda-feira a domingo, nos Stands de Vendas, instalados junto aos canteiros de obras, entre...*
- g) Zelar pelo nome da contratante, exigindo que seus profissionais e prepostos empreendam todos os esforços, no sentido de alcançar as metas de vendas que sejam apresentadas pela contratante.*
- h) Responsabilizar-se pelas obrigações trabalhistas, sociais e tributárias de seus respectivos profissionais e empregados, mantendo a contratante isenta de qualquer responsabilidade.*

Para o desenvolvimento das atividades de intermediação imobiliária, a M Garzon Eugênio firmou contrato de prestação de serviços de planejamento e vendas com construtoras/incorporadoras responsáveis por empreendimentos definindo-se, nesses instrumentos particulares, as bases de sustentação da relação contratual estabelecida entre as partes.

O fisco constatou que a Empresa fez declarações a fiscalização que não corresponde a verdade dos fatos, uma vez que, quando intimada, não apresentou ao fisco os referidos contratos, sob o argumento de não possuí-los, uma vez que tais acordos são realizados de forma verbal.

Para ilustração da prática adotada pela Empresa, objetivando a transferência do pagamento da comissão de venda para o comprador do imóvel, observe o caso do adquirente da sala nº 149 e da vaga de garagem nº 157 do Edifício Barão do Rio Branco, no SIG, Quadra 01, Brasília/DF, Sr. Felipe Guarconi Pereira, devidamente intimado pela auditoria fiscal para apresentar documentos e prestar esclarecimentos, apresentou documentos que demonstram que ele pagou o valor total de R\$ 277.000,99, sendo R\$ 251.454,76 pela sala 149 e R\$ 25.546,23 pela vaga de garagem nº 157. Foram pagos ao corretor responsável pela venda, mediante cheques do Banco do Brasil, as importâncias referente ao sinal da sala 149, no valor de R\$ 23.697,32 e ao sinal da vaga garagem 157, no valor de R\$ 2.407,50, ambos os cheques nominativos a Porto Engenharia.

Pagou também as importâncias referentes a comissão de intermediação imobiliária da sala 149, no valor de R\$ 11.848,65 e da vaga de garagem 157, no valor de R\$ 1.203,75, ambos os cheques nominativos a M Garzon, conforme cópias entregues à fiscalização.

No documento “COMUNICAÇÃO DE VENDA” emitido pela M Garzon Eugênio para a construtora/incorporadora responsável pelo empreendimento, informando a venda das unidades acima, estão registrados os dados do empreendimento, os dados cadastrais do adquirente, os dados financeiros, as condições de pagamento, o controle interno da imobiliária (M Garzon Eugênio) e a comissão de intermediação imobiliária e sua respectiva destinação, conforme quadro no item 79 do Relatório Fiscal.

O citado documento “COMUNICAÇÃO DE VENDA” expedido pela M Garzon Eugênio, registra para a sala 149 o valor de venda R\$ 263.303,40 e o valor do contrato R\$ 251.454,80; para a vaga de garagem 149 o valor de venda é de R\$ 26.749,68 e o valor do contrato é R\$ 25.546,25. A diferença entre o valor de venda e o valor do contrato corresponde exatamente ao valor da comissão de venda pago “por fora”.

Semelhante ao caso acima relatado, a auditoria fiscal apurou documentação comprobatória de outros adquirentes de imóveis de diferentes empreendimentos, todos devidamente intimados a prestar esclarecimentos relativos aos imóveis adquiridos com a intermediação da M Garzon Eugênio. Referidos adquirentes, responderam também a um questionário versando sobre questões relativas ao processo de aquisição do respectivo imóvel, através dos quais a maioria confirma, em síntese, as seguintes questões:

- que o imóvel a que se refere a documentação apresentada foi adquirido com a intermediação imobiliária da M Garzon Eugênio;

- que o valor da Proposta de Compra com Recibo de Sinal assim como do Contrato de Promessa de Venda e Compra não contemplam o valor da comissão de venda, cujo valor foi pago “por fora” diretamente ao corretor;

- que o corretor responsável pela venda identificou-se como representante da empresa de intermediação imobiliária M Garzon Eugênio.

No item 85 do Relatório Fiscal consta quadro com o resultado das diligências realizadas junto a compradores de imóveis com o valor da proposta mais o valor da comissão de venda, demonstrado a comissão paga “por fora”.

De acordo com os contratos de prestação de serviços de intermediação obtidos pela fiscalização, a M Garzon Eugênio receberá a comissão de 4% sobre o valor de cada venda, a ser pago no ato da assinatura do contrato de compra e venda, pelo comprador do imóvel e descontado do corpo do contrato de compra e venda da unidade vendida.

No que se refere a comissão da empresa imobiliária, via de regra, está acobertada pela emissão de nota fiscal de serviços tendo por tomador do serviço o adquirente da unidade comercializada, cujo valor está contabilizado na conta SERVIÇOS PRESTADOS A VISTA, código 3101050001.

Diante do relatado, a fiscalização concluiu pela existência de prática fraudulenta arquitetada pela M Garzon Eugênio com o claro objetivo de impedir ou retardar o conhecimento por parte do fisco da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal decorrente dessa prestação de serviço.

Como consequência do não reconhecimento da empresa do vínculo com o corretor de imóveis que lhe presta serviço de intermediação imobiliária, transferindo a responsabilidade pelo pagamento da comissão de venda que lhe é devida para o comprador do imóvel, a Empresa não inclui o corretor na folha de pagamento, não declara na GFIP, não contabiliza em títulos próprios de sua contabilidade e tampouco efetua o recolhimento das contribuições previdenciárias, cuja omissão caracteriza, em tese, crime de sonegação fiscal previsto no art. 337-A do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 07/12/1940) com a redação dada pela Lei nº 9.983, de 14/07/2000.

A Empresa também estava obrigada a descontar da remuneração dos corretores de imóveis e dos demais trabalhadores autônomos que lhe prestaram serviços, o valor correspondente às contribuições por estes devidas e repassá-las à Previdência Social, conforme determina o art. 4º da Lei nº 10.666, de 08/05/2003.

DO ARBITRAMENTO

Para o arbitramento do valor da base de cálculo da contribuição devida, a fiscalização utilizou os critérios definidos na Tabela de honorários divulgada pelo CRECI 8ª Região – Distrito Federal.

Os valores recebidos pela M Garzon Eugênio pela prestação de serviços de intermediação imobiliária, por unidade vendida, considerados como base de cálculo do presente lançamento, foram informados pela Empresa por meio de arquivo digital, cujos valores estão lançados na contabilidade da Empresa, contas “SERVIÇOS PRESTADOS A VISTA”, código 3101050001 (MATRIZ), 3101050003 (Filial 01 – Campo Grande/MS), 3101050004 (Filial 02 – Cuiabá/MT) e 3101050005 (Filial 03 – Goiânia/GO).

Os valores da comissão imobiliária contabilizados nas contas citadas estão acobertados por notas fiscais de serviços emitidas pela M GARZON EUGÊNIO tendo por tomador dos serviços o adquirente do imóvel. Dos adquirentes diligenciados pela fiscalização, a Empresa apresentou as notas fiscais relativas a: Felipe Guarçoni Pereira (NF 000679, valor R\$ 5.397,72), João Batista Coelho de Moraes (NF 000452, valor R\$ 5.851,09) e Ubirajara Jesus de Oliveira e Silva (NF 000351, valor R\$ 6.719,59).

Comparando-se o valor dessas NFs com o da comissão recebida pelo corretor que efetuou a venda, verifica-se plena aderência do critério de aferição utilizado pela fiscalização com base na Tabela de Honorários do CRECI/DF. O critério de arbitramento utilizado pela fiscalização também teve por base a Tabela de Honorários do CRECI/DF.

Para o lançamento de ofício, os dados foram organizados nos seguintes levantamentos:

- Código SI: Serviços Prestados – PF, que trata de pagamento contabilizado na conta 4201010036 – Serviços Prestados Pessoa Física (exceto vendas), cujo levantamento identificou o prestador do serviço pelo nome e CPF.*
- Código SN: Serviços Prestados – PF (prestador não identificado) que se refere a pagamento contabilizado na mesma conta acima, em cujo levantamento o prestador do serviço não foi identificado por nome e CPF pelo contribuinte.*
- Código CV – Comissão de Venda – PF, que trata da comissão de venda paga a corretores de imóveis autônomos pelos serviços de intermediação imobiliária, cujos pagamentos não foram identificados pela Empresa (nome, CPF e CRECI).*

O cálculo da contribuição do segurado não observou o limite máximo do salário de contribuição, uma vez que a Empresa não identificou os beneficiários dos pagamentos efetuados, exceto os do levantamento SI, que foram identificados nos documentos

apresentados pela Empresa. Nestes casos, a fiscalização observou o limite previdenciário.

DA MULTA DE OFÍCIO

Esclarece ainda o autuante que, em razão das alterações trazidas pela Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, e tendo em vista o disposto no art. 106 do Código Tributário Nacional – CTN e a redação do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96, a multa das contribuições apuradas nas competências a partir de 12/2008, aplica-se diretamente a multa de ofício de 75% em relação às contribuições não declaradas em GFIP e não recolhidas, por meio de GPS.

A fiscalização considerou a conduta da empresa fraudulenta, incorrendo em sonegação ao omitir o conhecimento por parte do fisco da ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, bem como ter negligenciado a sua responsabilidade tributária ao transferir o pagamento da comissão de venda para o comprador do imóvel, com o claro propósito de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Diante dessa conduta, a multa de ofício foi duplicada, nos termos do parágrafo 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, aplicando-se a multa qualificada de 150% sobre os créditos apurados nas competências de 01/2009 a 06/2012.

DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

A fiscalização, com base nos documentos e esclarecimentos apresentados ao fisco, como também nas informações constantes dos bancos de dados da Receita Federal do Brasil e da Previdência Social, apurou os fatos descritos no item 181 do Relatório Fiscal e concluiu que restou caracterizada, com base na legislação, relativamente ao crédito previdenciário objeto do lançamento de ofício de que trata o presente Relatório Fiscal, a sujeição passiva solidária das pessoas jurídicas abaixo relacionadas, como também dos respectivos sócios e/ou administradores responsáveis pela gestão dos negócios dessas sociedades:

- M Garzon Empreendimentos Imobiliários Ltda (CNPJ 02.850.273/0001-50), com sede no SHCS, Quadra 507, Bloco C, Loja 10/11, Comércio Residencial, Asa Sul, CEP 70351-530, Brasília-DF;*
- Polis Desenvolvimento Imobiliário Ltda (CNPJ 08.627.579/0001-29), com sede à Avenida das Nações Unidas, nº 8501, Cobertura, Pinheiros, CEP 05425-070, São Paulo- SP;*
- Eugênio Participações Ltda (CNPJ 03.332.644/0001-75), com sede no Brejo Alegre, nº 500, Cobertura, Brooklin Paulista, CEP 04557-051, São Paulo-SP;*

- *Ferfratt Marketing Estratégico Empresarial S/C Ltda (CNPJ 04.126.668/0001-30, com sede na Alameda dos Cravos, nº 83, Q. 09, L.05, Murada das Flores, Aldeia da Serra, CEP 06519-500, Santana de Parnaíba-SP;*

- *MGE Empreendimentos Imobiliários Ltda (CNPJ 14.256.922/0001-79) com sede no SHCS, Quadra 507, Bloco C, Loja 10/11, Parte A, Comércio Residencial, Asa Sul, CEP 70351-530, Brasília-DF;*

- *Brasil Brokers Participações S/A (CNPJ 08.613.550/0001-98), com sede na Avenida das Américas, nº 500, Bloco 19, Salas 303 e 304, CEP 22640904, Rio de Janeiro- RJ;*

- *Marcos Fabrício Moraes Garzon, brasileiro, casado, corretor de imóveis, portador da Carteira de Identidade de Corretor CRECI nº 5.500 e do CPF 031.943.287-43, residente e domiciliado na SQS, Quadra 307, Bloco K, Apto. 603, Asa Sul, CEP 70354-110, Brasília-DF (endereço atualizado pela 6ª alteração contratual);*

- *Arnaldo Frattini, brasileiro, solteiro, bacharel em Direito, portador da Carteira de Identidade RG nº 33.055.477-3/SSP-SP e do CPF 285.031.041-72, residente e domiciliado à Alameda dos Cravos nº 83, Aldeia da Serra, Alphaville Comercial, CEP 06453-053, Barueri-SP;*

- *Maurício Eugênio, brasileiro, casado, publicitário, portador da Carteira de Identidade RG nº 15.584.410-6/SSP-SP e do CPF 075.129.548-59, residente e domiciliado à rua Dr. João Pinheiro, 474, Jardim Paulista, CEP 01429-000, São Paulo-SP.*

Para os responsáveis solidários acima especificados, a fiscalização emitiu os respectivos Termos de Sujeição Passiva Solidária, anexos ao Auto de Infração.

DAS IMPUGNAÇÕES

DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELA EMPRESA M. GARZON EUGÊNIO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA:

A autuada apresentou impugnação tempestiva às fls. 1.439 a 1.474, com as seguintes alegações, em síntese:

- *A responsabilidade solidária atribuída mostra-se absolutamente desarrazoada e desproporcional, devendo ser preliminarmente afastada. O que teria desencadeado a imputação de responsabilidade aos devedores solidários seria a relação societária imbricada que há entre eles e a devedora principal (M Garzon Eugênio Empreendimentos Imobiliários Ltda.), interligados pelas participações societárias detidas pelos Srs. Marcos Fabrício Marcos Garzon, Arnaldo Frattini e Maurício Eugênio. Ocorre que, essa simplificação societária pretendida pela Fiscalização, ao desconsiderar a personalidade jurídica de cada uma das sociedades empresárias,*

argumentando tratar-se de um único "grupo econômico", afronta a "regra de ouro" que normatiza a imputação de responsabilidade tributária, contida no art. 128 do CTN, a qual condiciona a transferência de responsabilidade a terceiros à vinculação destes com o fato gerador da respectiva obrigação.

- Afirma que o simples fato de supostamente pertencerem a um mesmo "grupo econômico" não enseja, por si só, a imputação da responsabilidade solidária, não se justificando a extensão dessa responsabilidade aos devedores solidários com base em qualquer dos incisos do art. 124 do CTN, ao contrário do suscitado pela Fiscalização, pelo que deve ser afastada a sua aplicação. Cita decisão do STJ.

- Entende que o art. 135 do CTN também não pode ser utilizado para justificar a Sujeição Passiva Solidária das pessoas arroladas no termo lavrado pela Fiscalização, especialmente das pessoas físicas que lá constam. Isso porque, como se denota do caput daquele dispositivo, a responsabilidade pessoal do sócio da pessoa jurídica contribuinte do tributo somente será possível nos seguintes casos: (i) atos praticados com excesso de poder; (ii) infração de lei; ou (iii) em contrariedade ao contrato social ou estatuto. Consoante estabelece o art. 135 do CTN, a responsabilidade dos sócios-gerentes, diretores e demais sócios caracteriza-se por ser pessoal e ter como fundamento a conduta dolosa do agente, ou seja, é modalidade de responsabilidade tributária eminentemente subjetiva, considerando que nasce a partir da constatação da realização de um ilícito. Conclui que a Fiscalização deixou de demonstrar pormenorizadamente as condutas que ensejaram a responsabilidade solidária de cada uma das pessoas arroladas no "Termo de Sujeição Passiva Solidária".

- Alega inaplicabilidade dos arts. 30, inciso IX da Lei nº 8.212/91 e art. 222 do RPS, os quais estendem a responsabilidade pelo pagamento das contribuições previdenciárias inadimplidas aos integrantes de um mesmo "grupo econômico". A configuração do grupo econômico pressupõe a existência de pelo menos uma relação de coordenação entre os entes coligados, de forma que resulte numa orientação empresarial comum. Desse modo, é necessário que as atividades exercidas tenham algum grau de complementaridade, a fim de possibilitar a maximização no uso dos recursos. Cita doutrina, afirmando que a fiscalização não demonstrou a unicidade de comando entre as pessoas acrescidas ao pólo passivo da obrigação tributária, concluindo ser inexistente esse grupo econômico suscitado pela Fiscalização, especialmente por não se enquadrar no conceito contido nos arts. 265 e seguintes da Lei nº 6.404/76.

- Nulidade - Alega nulidade decorrente da ausência de descrição dos fatos impositivos, por infringir o disposto no art. 10, inc. III, c/c art. 59, inc. II, ambos do Decreto nº 70.235/72, pois a fiscalização deixou de descrever o fato que encetou a incidência de contribuições previdenciárias sobre valores supostamente

pagos a contribuintes individuais, não observando que estava lançando tributo sobre pagamentos, por exemplo, a Pessoas Jurídicas. Não demonstrou os indícios que a levaram a desconsiderar, por exemplo, a personalidade jurídica da empresa “Butterfly” na competência 03/2010 nos valores de R\$ 8.757,80 e R\$ 5.803,53.

- Inexistência de Dolo, Fraude ou Simulação - não houve qualquer falsidade nas declarações transmitidas pela Impugnante, tampouco a sonegação de contribuições previdenciárias ou evidente intuito de fraude, eis que ausente qualquer elemento de dolo nas suas ações (o que se comprova pelo fato de ter a Impugnante cooperado ao longo de toda a Fiscalização). O que se verifica na presente hipótese é tão-somente a aplicação de interpretação legal diversa daquela entendida como correta pela Fiscalização. Cita decisões do CARF, concluindo que não existindo dolo, fraude ou simulação, impõe-se a redução da multa lançada de ofício para 75%.

- Discorre a respeito da natureza jurídica da corretagem, entendendo que não há prestação de serviços previstas no inciso III do art. 22 da Lei 8.212/91. Cita arts. 593 a 609 e 722 a 729 do Código Civil, afirmando que contrato de prestação de serviços e contrato de corretagem são espécies distintas. Cita doutrina que entende corroborar seu entendimento.

- Alega que houve equívoco na identificação do sujeito passivo, pois resta amplamente demonstrado no presente procedimento administrativo, a partir de toda a documentação fornecida pela Impugnante que de fato o pagamento das comissões de venda foi realizado diretamente pelo comprador do imóvel, não tendo a Impugnante qualquer relação sobre esse fato. Entende que a exigência tributária não pode subsistir em face da Impugnante, já que a relação de prestação de serviços não ocorre entre Impugnante (tomador) e o corretor autônomo (prestador), mas sim entre o adquirente do imóvel (tomador) e o corretor autônomo (prestador).

- Alega que não há incidência de contribuições sobre “Ganhos Eventuais”, entendendo que os pagamentos aos corretores autônomos deram-se de forma eventual, sem habitualidade. Cita o item 7 da letra “e” do § 9º do art. 28 da Lei 8.212/91.

Discorre sobre o tema, citando doutrina e decisões que entende reafirmar seu entendimento.

- Arbitramento – afirma que a fiscalização equivocou-se com relação a cobrança da contribuição que deveria ter sido retida dos segurados, por não levar em consideração o teto do salário-de-contribuição, violando o disposto no art. 21 c/c/ art. 28, inc. III e § 5º da Lei 8.212/91.

Requer:

a) Preliminarmente:

- seja reconhecida a improcedência do Termo de Sujeição Passiva Solidária para os seguintes sócios, administradores e Pessoas Jurídicas a seguir indicadas: M. GARZON EUGÊNIO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., POLIS DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA., FERFRATT MARKETING ESTRATÉGICO EMPRESARIAL S/C LTDA., EUGÊNIO PARTICIPAÇÕES LTDA., ARNALDO F RATTINI e MAURÍCIO EUGÊNIO;

- cumulativamente pede seja reconhecida a inexistência de dolo, fraude ou simulação nas operações realizadas pela impugnante, afastando-se, por consequência, a cobrança de multa de ofício majorada;

- também cumulativamente, pede seja reconhecida a improcedência parcial dos débitos lançados a título de contribuição previdenciária dos segurados, em razão da desmotivada inobservância do teto do salário-de-contribuição, e;

- por fim, impõe-se o reconhecimento da nulidade formal das autuações lavradas, em decorrência da insuficiência na descrição dos fatos geradores.

b) No mérito requer seja conhecida a presente Impugnação, devendo ser a mesma julgada procedente, para acolher os fundamentos desenvolvidos, a fim de declarar totalmente insubsistentes os Autos de Infração n. 51.034.729-0 e 51.034.730-4.

DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELA EMPRESA M. GARZON EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

A empresa apresentou impugnação tempestiva às fls. 1.590 a 1.609, com as seguintes alegações, em síntese:

- Alega que o fato de a M Garzon integrar o quadro societário da M Garzon Eugênio e compartilharem o mesmo endereço, por si só, não configura que haja grupo econômico, pois para essa configuração há de se ter presente a figura de um controlador, que em nenhum momento é indicado pela fiscalização. Transferência de empregados é possível não apenas quando há grupo econômico. Afirma que o art. 2º, § 2º da CLT citado pela fiscalização teve seu alcance e interpretação restringidos, pois o artigo citado está a dizer que há responsabilidade solidária do mesmo grupo para fins de relação de emprego, mas não que transferência de empregados de uma empresa só pode ser feita entre grupo econômico. O fato de haver transferência de empregados da M Garzon Eugênio para a MGE também não é suficiente para configurar formação de grupo econômico.

- Afirma que a fiscalização baralha conceitos e não consegue dizer se está diante de um Grupo Econômico ou de uma Dissolução Irregular de Sociedade que responsabilizaria pessoalmente o sócio gerente ou administrador por força do art. 135. Cita jurisprudência. A responsabilidade dos sócios, na

forma do art. 135 do CTN, só pode ocorrer na hipótese em que eles tiverem agido com excesso de poderes ou infração de lei, contrato e estatuto, atos que devem ser provados pelo Fisco por meio de procedimento administrativo próprio, que garanta o contraditório e ampla defesa.

- Alega que a solidariedade passiva do art. 124 do CTN pressupõe a multiplicidade de sujeitos coobrigados pela dívida, não mais na condição de responsável, mas na de sujeito passivo ao lado do contribuinte, ou no seu lugar. Afirma que os incisos I e II do art. 124 são complementares, de forma que o inciso I que diz respeito à solidariedade por interesse comum não está separado do inciso II, que prevê necessidade de lei para que possa ser aplicada a solidariedade. Não é o simples fato de ser sócio de uma empresa – interesse econômico – que possibilita a invocação do art. 124 do CTN sob o argumento de interesse comum. Cita doutrina e jurisprudência.

- Discorre a respeito do direito das empresas se constituírem, dissolverem, serem liquidadas, transformadas, incorporadas, fundidas e cindidas, citando os arts 1.033 a 1.091, 1.102 a 1.122 do Código Civil. Cita ainda os arts. 132 e 133 do CTN, concluindo que o CTN prevê a responsabilização tributária para todo o produto, todo tipo de empresa, que derivar de transação feita entre sociedades, inclusive dissolução irregular, não sendo dado à Fazenda criar novos modelos de responsabilidade.

Requer sua exclusão do rol de sujeitos passivos solidários dos autos referenciados, por:

- não ter sido demonstrado que há formação de grupo econômico e interesse comum na situação do fato gerador aptos a atrair a incidência da responsabilidade solidária dos arts. 124 do CTN e 30, IX da Lei 8.212/91;

- não incidir a responsabilidade por ato ilícito do art. 135 do CTN, vez que o artigo se destina tão somente a pessoa física, mas ainda que se destinasse a pessoa jurídica, não houve indicação de qual ato teria sido praticado com excesso de poderes ou contrário à lei, contrato ou estatuto;

- por nulidade do relatório fiscal ante a falta de devida fundamentação que justifique a responsabilização de terceiros.

DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELO SÓCIO MARCOS FABRÍCIO MORAES GARZON

O sócio Marcos Fabrício Moraes Garzon apresenta impugnação tempestiva, às fls. 1.567 a 1.588, com as seguintes alegações em síntese:

- Não é o simples fato de ser sócio de uma empresa – interesse econômico

- que possibilita a invocação do art. 124 do CTN sob o argumento de que há interesse comum, que deve ser jurídico. O

impugnante tem interesse econômico, mas em nenhum momento se configura seu interesse jurídico. Então o art. 124 não pode ser invocado contra o sócio sem a prova cabal de que ele tem interesse comum. Não está citado no relatório fiscal qual a lei que expressamente autoriza o sócio de ser responsabilizado solidariamente pelo pagamento do tributo. A possibilidade de o sócio gerente ou administrador ser responsabilizado pelo pagamento de tributo da empresa ocorre somente na forma do art. 135 do CTN, e não se trata de responsabilidade solidária, mas sim de responsabilidade pessoal por ato ilícito. A responsabilidade dos sócios, na forma do art. 135 do CTN, só pode ocorrer na hipótese em que eles tiverem agido com excesso de poderes ou infração de lei, contrato e estatuto, atos que devem ser provados pelo Fisco por meio de procedimento administrativo próprio, que garanta o contraditório e ampla defesa.

- Repete os demais argumentos da impugnação apresentada empresa M. GARZON EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

Requer sua exclusão do rol de sujeitos passivos solidários dos autos referenciados, por:

- ilegalidade no relatório fiscal que não indicou de forma fundamentada a conduta ilícita do sócio que ensejasse a aplicação do art. 135 do CTN – responsabilidade por ato ilícito;

- não ter aberto procedimento administrativo específico para que o sócio pudesse se defender das acusações de ato ilícito, o que configura violação ao art. 5º, LV da Constituição Federal;

- não existir solidariedade passiva por inadimplemento de obrigações tributárias principais nem acessórias; e

- não estar configurada a dissolução, nem regular nem irregular, da M Garzon Eugênio.

DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELA BRASIL BROKERS PARTICIPAÇÕES S.A., CNPJ 08.613.550/0001-98:

A empresa BROKERS PARTICIPAÇÕES S.A. apresentou impugnação tempestiva, às fls. 1.218/1.251, com as seguintes alegações, em síntese:

- Afirma que nunca integrou grupo econômico da Empresa Autuada, posto que jamais deteve, direta ou indiretamente, qualquer participação societária na Empresa Autuada. Discorre a respeito de “grupo econômico” e “responsabilidade solidária”, afirmando que nunca deteve participação societária na empresa autuada, sendo que passou a deter 60% do capital social da MGE, e que os 40% restantes são detidos por pessoas naturais que detinham, indiretamente, participação na empresa autuada. Os sócios naturais participam da Empresa Autuada por intermédio das empresas POLIS DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA. e M. GARZON EMPREENDIMENTOS

IMOBILIÁRIOS LTDA., detendo, direta e indiretamente participações societárias nessas empresas.

Não se pode concluir que a Brasil Brokers, que só passou a participar da MGE em janeiro de 2012, faz parte de grupo econômico da empresa autuada, mormente para responsabilizá-la por débitos tributários cujos fatos geradores ocorreram de janeiro de 2008 a dezembro de 2008. Cita decisões judiciais e a Súmula 7/STJ, entendendo que a posição do STJ não deixa margem para qualquer dúvida: a principal característica de um grupo econômico é estarem diversas empresas sob o comando de uma única direção. No presente caso, a empresa autuada jamais esteve sob o comando da impugnante, como esta sequer detém ou deteve qualquer participação societária no capital daquela.

- Mesmo que pudesse ser responsabilizada, é certo que em relação as contribuições exigidas sobre os supostos pagamentos de comissões de vendas a corretores o lançamento deve ser cancelado, pois nunca efetivou qualquer pagamento de comissão a corretor, não tendo ocorrido o fato gerador da obrigação tributária;

- O pagamento das comissões aos corretores é uma ilação da autoridade fiscal construída a partir de premissas não fundamentadas de que uma empresa que realiza intermediação imobiliária de imóveis toma o serviço de todos os corretores autônomos envolvidos em uma operação de venda. A fiscalização constatou que o pagamento da comissão é feito pelo adquirente da unidade ao corretor, mas pretende desconsiderar esse fato, e exigir tributos sobre um fato que reconhece que não ocorreu, este consistente no pagamento da remuneração pela empresa autuada, mas que se tivesse ocorrido teria gerado o nascimento da obrigação tributária. A impugnante afirma que o que a fiscalização chama de “procedimento fraudulento” é uma prática de mercado, adotada em todas as operações de intermediação imobiliária envolvendo dois ou mais corretores. Cita o art. 722 e 728 do Código Civil e enfatiza o caráter autônomo da atividade do corretor.

- A impugnante contesta o arbitramento das bases de cálculo das contribuições lançadas, reafirmando que o corretor recebe sua comissão diretamente do adquirente da unidade, citando o art. 148 do CTN. Afirma que a escrituração contábil não foi desqualificada e nem considerada inidônea, que efetivamente não registra pagamentos a corretores autônomos, porque a empresa autuada não efetuou tais pagamentos.

- Ainda que alguma contribuição previdenciária devesse ter sido retida, é certo que tal retenção deveria ser feita observando-se o limite do salário de contribuição e não sobre todo o valor; Cita o art. 28, III, combinando com o § 5º da Lei 8.212/91.

- Ainda que algum crédito possa vir a ser exigido, é certo que não é cabível a aplicação da multa em dobro. A autoridade fiscal não descreve a conduta que teria sido praticada para tipificar a

sonegação, mas apenas diz que sonegou porque omitiu informações.

Concluir que houve sonegação e fraude significa afirmar que todos os gestores de empresas que atuam no Brasil com intermediação imobiliária são sonegadores e fraudadores, pois todas ajustam com corretores autônomos a divisão da remuneração. Entende que o lançamento da multa deve ser a de 75% do valor principal.

Requer, por fim:

- sua imediata exclusão do auto de infração, por não haver qualquer hipótese de responsabilidade solidária com a empresa autuada;

- caso a Brasil Brokers não seja excluída do auto de infração, seja o lançamento cancelado, por não ter ocorrido o fato gerador da obrigação tributária;

- não havendo o cancelamento pelo reconhecimento da não ocorrência do fato gerador, seja cancelado porque na aferição da base de cálculo não foi respeitado o limite do salário de contribuição; e

- caso o auto não seja cancelado, seja aplicada a multa de ofício ordinária, pois não houve qualquer fraude ou sonegação.

Os patronos da Impugnante informam que recebem intimações no escritório situado na Av. Presidente Wilson, 231, 27º andar, Centro, Rio de Janeiro, CEP 20030-021.

DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELA MGE INTERMEDIÇÃO IMOBILIÁRIA LTDA., CNPJ 14.256.922/0001-79:

A empresa MGE INTERMEDIÇÃO IMOBILIÁRIA LTDA. apresentou impugnação tempestiva, às fls. 1.336/1.370, com as seguintes alegações, em síntese:

- Não é responsável solidária por débitos da empresa autuada, seja porque não integra grupo econômico da autuada, seja porque não é sua sucessora. Discorre a respeito de “grupo econômico” e “responsabilidade solidária”, afirmando que a MGE foi constituída no final de 2011, sendo que em janeiro de 2012 houve aquisição de 60% do capital social da MGE pela sociedade Brasil Brokers Participações S.A, e que com a aquisição a Brasil Brokers, que não participava da Empresa Autuada, passou a ser a controladora da MGE. Não se pode concluir que a MGE faz parte de grupo econômico da empresa autuada, mormente para responsabilizá-la por débitos tributários cujos fatos geradores ocorreram de janeiro de 2009 a junho de 2012, período quase todo anterior à constituição da MGE. Os sócios naturais participam da Empresa Autuada por intermédio das empresas POLIS DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA. e M. GARZON EMPREENDIMENTOS

IMOBILIÁRIOS LTDA., detendo, direta e indiretamente participações societárias nessas empresas. A MGE, por seu turno, tem composição societária diferente.

Poder-se-ia afirmar que a MGE integra o grupo econômico da Brasil Brokers, porque é esta empresa que a controla, mas não o grupo econômico da empresa autuada. Verifica-se que a MGE jamais poderia ser responsável solidária por débitos da empresa autuada, por não se enquadrar em nenhuma hipótese legal de responsabilidade tributária, e muito menos nas hipóteses relacionadas pela fiscalização. Cita os arts. 123, 134 e 135 do CTN, afirmando que:

- em relação ao art. 124 do CTN a MGE não teve qualquer interesse na situação que constitui o fato gerador e também não é uma pessoa expressamente designada pela lei

- em relação ao art. 135 do CTN, que deve ser interpretado em linha com o art. 134, verifica-se, também, que não existe qualquer possibilidade de extrair qualquer responsabilidade solidária da MGE, pois esse dispositivo determina a responsabilidade das pessoas mencionadas no art. 134; dos mandatários, prepostos e empregados; e dos diretores, gerentes e representantes da pessoa jurídica, e isso quando há infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos. Para invocar a responsabilidade prevista no art. 135 do CTN seria necessário, primeiro, demonstrar a infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos, o que não ocorreu. Entretanto, mesmo admitindo que houve infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos, ainda assim nenhuma responsabilidade poderia ser imputada à MGE. A MGE não poderia ser responsabilizada pelo inciso II porque não é, e nunca foi, "mandatária, preposta ou empregada" da Empresa Autuada. Da mesma forma, também não caberia responsabilização pelo inciso III por não ser ou ter sido "diretor, gerente ou representante" da Empresa Autuada.

Por fim restaria a responsabilidade por integrar o mesmo grupo econômico, mas, como visto acima, a MGE não faria parte do "grupo econômico" da Empresa Autuada nem no mais amplo conceito de "grupo econômico". Cita decisões judiciais e a Súmula 7/STJ, entendendo que posição do STJ não deixa margem para qualquer dúvida: a principal característica de um grupo econômico é estarem diversas empresas sob o comando de uma única direção. No presente caso, a empresa autuada jamais esteve sob o comando da impugnante, como esta sequer detém ou deteve qualquer participação societária no capital daquela.

Apenas a título argumentativo, porque a autoridade fiscal não invocou esse dispositivo para fundamentar a autuação, e porque, se tivesse invocada a responsabilidade seria subsidiária e não solidária, cumpre mencionar que no caso em tela também não se aplicam as disposições do art. 133, que tratam da responsabilidade do adquirente por fundo de comércio ou estabelecimento industrial.

Ainda que o fiscal autuante tenha sugerido que a MGE foi criada para ser a sucessora da Empresa Autuada o fato é que a Empresa Autuada continua existindo, e não houve, por parte MGE, qualquer aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento da empresa autuada, de forma que não se aplicam as disposições do art. 133.

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que o simples fato de uma nova empresa operar na mesma localidade de uma outra empresa não torna a segunda sucessora da primeira.

Repete as demais argumentações da impugnação apresentada pela empresa BRASIL BROKERS PARTICIPAÇÕES S.A. Afirma que não houve fato gerador, pois não houve pagamento ou crédito pela empresa autuada de remuneração aos corretores. Discorre a respeito da comissão dos corretores e da multa lançada em dobro, com os mesmos argumentos apresentados pela Brasil Brokers.

Requer, por fim:

- sua imediata exclusão do auto de infração, por não haver qualquer hipótese de responsabilidade solidária com a empresa autuada;*
- caso a MGE não seja excluída do auto de infração, seja o lançamento cancelado, por não ter ocorrido o fato gerador da obrigação tributária;*
- não havendo o cancelamento pelo reconhecimento da não ocorrência do fato gerador, seja cancelado porque na aferição da base de cálculo não foi respeitado o limite do salário de contribuição; e*
- não ocorrendo o cancelamento da cobrança, seja aplicada a multa de ofício ordinária, pois não houve qualquer fraude ou sonegação.*

Os patronos da Impugnante informam que recebem intimações no escritório situado na Av. Presidente Wilson, 231, 27º andar, Centro, Rio de Janeiro, CEP 20030-021.

Passo adiante, a 1ª Turma da DRJ/POA entendeu por bem julgar a impugnação improcedente, em decisão que restou assim ementada:

AIOP DEBCAD nº 51.034.729-0 (PATRONAL)

51.034.730-4 (SEGURADOS)

CONTRIBUIÇÃO PATRONAL SOBRE A FOLHA DE PAGAMENTO DOS SEGURADOS CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS.

São devidas pela empresa e equiparadas as contribuições sociais incidentes sobre a remuneração paga aos segurados contribuintes individuais que lhes prestem serviços.

DESCONTO DA CONTRIBUIÇÃO DO SEGURADO

O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pelo que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com a lei, nos termos do parágrafo 5º do art. 33 da Lei 8.212/91.

AFERIÇÃO INDIRETA

Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação solicitada, a Receita Federal do Brasil pode inscrever de ofício importância que reputar devida, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

PRAZO DECADENCIAL. INÍCIO DA CONTAGEM. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Para fixação do prazo decadencial, ocorrendo as hipóteses de dolo, fraude ou simulação deve-se aplicar o disposto no inciso I, do art. 173 do CTN.

SOLIDARIEDADE.GRUPO ECONÔMICO.

A caracterização do Grupo Econômico de Fato gera a solidariedade passiva previdenciária para as empresas que o integra. (Art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212, de 1991).

GRUPO ECONÔMICO. CONFIGURAÇÃO.

Os grupos econômicos podem ser de direito e de fato, podendo estes se dar pela combinação de recursos ou esforços para a consecução de objetivos comuns, sob a forma horizontal (coordenação), ou sob a forma vertical (controle X subordinação), sendo que, neste último caso, até mesmo uma pessoa física pode exercer o controle, direção ou administração.

RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS/ADMINISTRADORES

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, conforme preceitua o art. 135 do Código Tributário Nacional.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO

Cabível a imposição da multa qualificada no percentual de 150% quando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se em pelo menos um dos casos previstos nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.

DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ENDEREÇO CADASTRAL. PUBLICAÇÕES E COMUNICAÇÕES ENDEREÇADAS AO ADVOGADO. INDEFERIMENTO.

O domicílio tributário do sujeito passivo é o endereço postal fornecido pelo próprio contribuinte à Secretaria da Receita Federal do Brasil para fins cadastrais ou eletrônico autorizado. Dada a inexistência de previsão legal, indefere-se o pedido de endereçamento das intimações ao escritório do procurador.

Cientificada em 13/03/2014 (Fls. 1659), a Recorrente interpôs Recurso Voluntário em 14/04/2014, como se verifica às fls. 1662 a 1691, reforçando os argumentos apresentados quando da impugnação:

Em 12/03/2015, (fls. 1699 a 1704), aprovou a 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento, converter o julgamento em diligência a fim de que fosse promovida a ciência da decisão de primeira instância aos devedores solidários e lhes fosse concedida abertura de prazo recursal.

Em 06/03/2015 (fls. 1717) a empresa BRASIL BROKERS PARTICIPAÇÕES S.A. foi cientificada, interpondo, intempestivamente, em 30/04/2015 Recurso Voluntário (fls.1735 a 1760).

Em 02/04/2015 (fls. 1720) a empresa EUGÊNIO PARTICIPAÇÕES LTDA foi cientificada, não constando nos autos a interposição de Recurso Voluntário.

Em 02/04/2015 (fls. 1723) o Sr. MARCOS FABRÍCIO MORAES GARZON foi cientificado, não constando nos autos a interposição de Recurso Voluntário.

Em 02/04/2015 (fls. 1725) o Sr. MAURÍCIO EUGÊNIO foi cientificado, não constando nos autos a interposição de Recurso Voluntário.

Em 02/04/2015 (fls. 1727) a empresa M GARZON EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA foi novamente cientificada.

Em 02/04/2015 (fls. 1729) a empresa. MGE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIOS LTDA foi cientificada, interpondo em 30/04/2015 Recurso Voluntário (fls. 1763 a 1785). Argumentando em síntese:

(...)

12. Como será demonstrado, a Decisão Recorrida merece reforma, pelos seguintes motivos:

a. ainda que o lançamento tributário pudesse ser exigido da Empresa Autuada, é certo que a ora Recorrente, não é, e nunca foi, integrante do "grupo econômico" da Empresa Autuada;

b. a estrutura comercial descrita no auto de infração é a estrutura utilizada por todo o mercado de intermediação imobiliária, consistente na associação entre a corretora e o corretor, e não em uma prestação de serviços deste para aquela;
e

c. jamais a situação em questão poderia ser penalizada como sonegação, fraude ou conluio.

(...)

15. A condição para emergir a responsabilidade solidária entre a Recorrente e a Empresa Autuada é, portanto, ambas as sociedades integrarem "grupo econômico de qualquer natureza".

(...)

18. Ora, a Recorrente, nunca exerceu a direção, nunca teve o controle e tampouco efetuou, em qualquer momento, a administração da Empresa Autuada, seja de forma direta ou indireta.

19. Não se discute que os sócios da MGE que são pessoas naturais, os Senhores Arnaldo Frattini, Carlos Augusto D'elia Valladão Flores, Felipe de Almeida Pedroso, Marcos Fabrício Moraes Garzon, Maurício Eugenio e Odemir Aparecido Putini, detêm, indiretamente, participação societária na Empresa Autuada, mas o fato de serem sócios minoritários na MGE não toma esta sociedade integrante de grupo econômico da Empresa Autuada.

(...)

27. Fora de contexto, como se vê, a referência da Decisão Recorrida ao art. 265 da Lei das Sociedades por Ações, que não tem nenhuma pertinência ao caso sob análise.

(...)

29. Não obstante, mesmo utilizando os conceitos da Lei das Sociedades por Ações e da CLT para definir, em relação ao caso sob análise, a existência de grupo econômico, ainda assim verificaríamos que a MGE não integraria o Grupo Econômico da Empresa Autuada

(...)

33. Registre-se que a posição do STJ não deixa margem para qualquer dúvida:

a principal característica de um grupo econômico (repita-se: a principal) é estarem diversas empresas sob o comando de uma única direção. No caso em tela não apenas a Empresa Autuada jamais esteve sob o comando da Impugnante, como esta sequer detém ou deteve qualquer participação societária no capital daquela.

DA AUTUAÇÃO QUANTO AO MÉRITO

34. Na remota hipótese de a MGE não ser excluída da autuação fiscal pelas razões mencionadas acima, o que se admite apenas a título argumentativo, a Recorrente protesta pelo cancelamento

do auto de infração, pela absoluta inexistência do fato gerador das contribuições previdenciárias exigidas.

(...)

38. No caso sob análise, a própria administração tributária reconhece, de forma expressa, que não houve pagamento ou crédito pela Empresa Autuada de remuneração aos corretores.

39. Os Auditores Fiscais sustentaram o entendimento, acatado pela Delegacia de Julgamento, de que o fato de o corretor receber o valor da comissão diretamente do adquirente seria para camuflar um pagamento devido pela corretora ao corretor.

(...)

41. O que a fiscalização chama de "procedimento fraudulento" é uma prática de mercado, adotada não apenas em umas, algumas ou muitas operações de intermediação imobiliária que envolvam uma sociedade corretora e um corretor autônomo, mas sim em TODAS as operações de intermediação imobiliária envolvendo dois ou mais corretores.

(...)

45. As (equivocadas) premissas que a fiscalização tributária utiliza para embasar a autuação fiscal consistem, em um primeiro momento, em negar o caráter autônomo da atividade, apesar da expressa previsão legal do art. 722 do Código Civil, transcrito acima, para, em seguida, insistir que a associação entre a sociedade corretora e o corretor de imóveis consiste na prestação de um serviço deste para aquela, ignorando que se trata de uma conjugação de esforços para realizar a intermediação.

(...)

53. O trabalho da sociedade corretora auxilia sobremaneira o trabalho do corretor autônomo em relação à coleta e à análise de informações sobre o empreendimento imobiliário a ser comercializado. Vale lembrar é obrigação do corretor autônomo se certificar de que todos os pormenores comerciais e legais que autorizam a venda de um imóvel que ainda não existe foram cumpridos.

54. A divisão de tarefas na atividade de intermediação imobiliária da forma como é feita pelo mercado atualmente (não é uma invenção da Empresa Autuada), onde a sociedade corretora faz a gestão das informações, repassa aos corretores autônomos que, por sua conta e risco, tentam localizar clientes para a aquisição das unidades, é uma consequência da eficiência desse processo, que possibilita que a atividade seja exercida respeitando os direitos do consumidor e a legislação vigente

(...)

DA RECENTE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA CORROBORANDO A PRÁTICA DO MERCADO

Mas não é tudo. Recente alteração legislativa promovida pelo art. 139 da Lei nº 13.097/15 no art. 6º da Lei nº 6.530/78 veio a corroborar a prática já consagrada pelo mercado.

58. Com a referida alteração, o art. 6º da Lei nº 6.530/78, que trata da atividade de intermediação imobiliária, passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 6º As pessoas jurídicas inscritas no Conselho Regional de Corretores de Imóveis sujeitam-se aos mesmos deveres e têm os mesmos direitos das pessoas físicas nele inscritas.

§ 1º. As pessoas jurídicas a que se refere este artigo deverão ter como sócio gerente ou diretor um Corretor de Imóveis individualmente inscrito.

§ 2º O corretor de imóveis pode associar-se a uma ou mais imobiliárias, mantendo sua autonomia profissional, sem qualquer outro vínculo, inclusive empregatício e previdenciário, mediante contrato de associação específico, registrado no Sindicato dos Corretores de Imóveis ou, onde não houver sindicato instalado, registrado nas delegacias da Federação Nacional de Corretores de Imóveis.

§ 3º Pelo contrato de que trata o § 20 deste artigo, o corretor de imóveis associado e a imobiliária coordenam, entre si, o desempenho de funções correlatas à intermediação imobiliária e ajustam critérios para a partilha dos resultados da atividade de corretagem, mediante obrigatória assistência da entidade sindical.

§ 4º O contrato de associação não implica troca de serviços, pagamentos ou remunerações entre a imobiliária e o corretor de imóveis associado, desde que não configurados os elementos caracterizadores do vínculo empregatício previstos no art. 30 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 10 de maio de 1943.

59. Como se depreende do teor do § 2º do art. 6º, acima transcrito, a alteração legislativa veio disciplinar a situação fática adotada pelo mercado, reiterando, de forma expressa, algo que já estava claro: "o corretor de imóveis pode associar-se a uma ou mais imobiliárias, mantendo sua autonomia profissional, sem qualquer outro vínculo, inclusive empregatício e previdenciário".

(...)

Junta decisões prévias do CARF e continua:

63. Como se vê, o CARF analisou exatamente a mesma situação, envolvendo a mesma empresa, e concluiu pela improcedência do lançamento, ao arrimo dos argumentos expostos acima.

64. *Melhor sorte não tem o arbitramento levado a termo pela autoridade fiscal.*

65. *A fiscalização tributária solicitou uma série de documentos e informações que pelo próprio relatório de fiscalização já podemos perceber que a Empresa Autuada não poderia possuir ou que não existem, tais como os "valores pagos aos corretores que lhe prestaram serviços", ou os "lançamentos contábeis dos pagamentos aos corretores". Ora, se a própria fiscalização tributária afirma que os pagamentos aos corretores autônomos foram efetuados pelos adquirentes das unidades, como pode exigir que a Empresa Autuada apresente os valores pagos ou os lançamentos contábeis?*

66. *Entendemos que a Empresa Autuada não poderia apresentar esses documentos e informações porque não efetuou quaisquer pagamentos a corretores autônomos, pois, como apurou a própria fiscalização tributária, o corretor autônomo recebe sua comissão direto do adquirente da unidade.*

67. *Não podemos afirmar que a Empresa Autuada não mantinha registros e controles dos pagamentos recebidos pelos corretores autônomos dos clientes, mas não é praxe no mercado que a sociedade mantenha tais informações, por uma série de motivos, tais como: custo de processar tais informações; lacunas acerca dos valores efetivamente recebidos; inexistência de obrigação legal, etc. Voltamos a lembrar: como a própria fiscalização reconheceu, os pagamentos foram feitos diretamente pelos adquirentes da unidade.*

(...)

DO LIMITE DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO

Admitindo-se, ad argumentandum tantum, que o auto de infração não seja cancelado pelos motivos informados acima, é certo que a cobrança das contribuições a cargo dos segurados deveria ter observado o limite do salário-de-contribuição, ...

(...)

74. *Em função do "arbitramento" a fiscalização tributária optou por não considerar o limite, ao arrimo da assertiva de que a empresa "não identificou o beneficiário".*

75. *Ora, se a Empresa Autuada não efetuou qualquer pagamento a qualquer corretor, como poderia ter identificado o beneficiário?*

(...)

78. *No caso sob análise não houve a aplicação da alíquota de 20%, mas houve a desconsideração do limite do salário-de-contribuição, imputando um débito superior ao devido, e contaminando a validade do lançamento tributário, como bem pontuou a decisão acima transcrita.*

(...)

DA MULTA DE OFÍCIO

(...)

82. *A autoridade fiscal não descreve a conduta que teria sido praticada para tipificar a sonegação, mas apenas diz que sonegou porque omitiu informações.*

83. *A omissão de informação é a própria definição da conduta de sonegação. Afirmar que o contribuinte praticou sonegação porque omitiu informações é um pleonismo, o que a autoridade fiscal deveria fazer é descrever a conduta que resultou na omissão das informações.*

84. *A única informação que poderia ter sido omitida foi aquela que não existe, relativa aos pagamentos que não foram efetuados pela Empresa Autuada.*

85. *Melhor sorte não tem a definição da suposta fraude. Qual teria sido o ato fraudulento? Estipular com o corretor autônomo a divisão da comissão caso a venda se realize, que é uma conduta prevista no Código Civil?*

86. *o que a autoridade fiscal denomina de "negligência da responsabilidade tributária na condição de contribuinte ao transferir o pagamento da comissão de venda para o comprador" consiste, na verdade, em uma prática de mercado realizada em TODAS as operações de intermediação imobiliária, como muito bem tem conhecimento a autoridade fiscal.*

87. *Concluir-se que, no caso sob análise, houve sonegação e fraude significa afirmar que todos os gestores de todas as empresas de intermediação imobiliária que atuam no Brasil são sonegadores e fraudadores, porque todas as empresas de intermediação imobiliária ajustam com corretores autônomos a divisão da remuneração.*

88. *Assim, mantido o lançamento a multa de ofício aplicável deve ser a de 75% do valor do principal.*

(...)

Tendo em vista o retorno das Cartas AR, os devedores solidários POLIS DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA., FERRATT MARKETING ESTRATÉGICO EMPRESARIAL S/C LTDA. e .ARNALDO FRATTINI, foram cientificados por edital fixado em 13/05/2015 e desafixado em 28/05/2015 (fls.1733). Não se observa a interposição de Recurso Voluntário dos referidos devedores solidários.

Em 25/09/2015 a UNIÃO (Fazenda Nacional), entrou com CONTRA RAZÕES ao recurso voluntário, Fls.1791 a 1813, argumentando em síntese:

(...)

II – Da nulidade por ausência de descrição dos fatos impositivos

7. A M. Garzon Eugenio sustenta ser nulo o lançamento por ter deixado de descrever precisamente o fato que encetou a incidência das contribuições previdenciárias.

8. Data venia, não há razões que justifiquem a anulação do presente lançamento.

9. Segundo resulta da disciplina dos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235/72, a notificação e demais termos do processo administrativo fiscal somente serão declarados nulos na ocorrência de uma das seguintes hipóteses: a) quando se tratar de ato/decisão lavrado ou proferido por pessoa incompetente; b) resultar em inequívoco cerceamento de defesa à parte.

(...)

III – Da incidência de contribuição previdenciária

21. A questão central do presente caso reside em definir se houve prestação de serviços dos corretores autônomos para a M. Garzon Eugenio e se, sobre a remuneração por tais serviços, deve incidir a contribuição previdenciária.

22. A fiscalização entende que a recorrente recebeu serviços por parte dos corretores de imóveis e deveria, portanto, ter declarado nas GFIP's do período lançado os pagamentos efetuados e retido as contribuições de responsabilidade desses segurados contribuintes individuais.

23. Já as recorrentes argumentam que o contrato de corretagem, consoante disciplina do Código Civil, não se confunde com o de prestação de serviços. Defendem ainda que os corretores autônomos não prestam serviços às imobiliárias, mas aos compradores dos imóveis e tendo sido por estes remunerados.

Página 7 de 23

24. Como se pode perceber, a solução do caso sob análise passará pela definição

da situação jurídica e fática do corretor de imóveis.

25. Nessa senda, deve ficar bem claro que a presente autuação não questiona o

fato de que o corretor exerce uma atividade autônoma e, portanto, não mantém vínculo

empregatício com a recorrente. O que se pretende caracterizar é a prestação remunerada de

serviços para a M. Garzon Eugenio Empreendimentos Imobiliários, nos termos do que

determinam os arts. 12, V, “g” e 22, III, da Lei 8.212/91.

(...)

os corretores autônomos têm vínculo com a recorrente, prestando-lhe serviços que são, em verdade, essenciais à sua própria atividade fim.

34. A M. Garzon Eugenio busca, ainda, afastar a existência de prestação de serviços com o argumento de que o pagamento da comissão aos corretores é efetuado diretamente pelo adquirente do imóvel.

35. Tal prática, todavia, não descaracteriza a relação existente entre a recorrente e o corretor de imóveis. A comissão é devida à M Garzon Eugênio (detentora do direito de comercialização) e resulta das vendas promovidas por ela, com os préstimos dos corretores autônomos e que, pela participação no negócio, fazem jus a uma parcela da comissão total devida.

36. Percebam, senhores conselheiros, que os compradores de imóveis, em verdade, não possuem controle ou ingerência sobre a retribuição devida aos corretores de imóveis. Nas tratativas para a celebração do negócio apenas lhes é informado o total da comissão a ser paga à empresa imobiliária, que, posteriormente, repassará aos corretores envolvidos o percentual a que fazem jus pela venda realizada.

37. Com efeito, conforme se retira das declarações prestadas pelos adquirentes de imóveis, havia um pagamento único a título de corretagem para a M. Garzon Eugenio, que depois repassava para os corretores sua parcela pela participação na venda do imóvel.

38. Ora, qualquer que seja o empreendimento, o custo dos serviços prestados pelo trabalhador autônomo é sempre repassado para o valor do produto ou serviço prestado, o que não implica transferência da responsabilidade pelo recolhimento dos encargos fiscais ou parafiscais para o consumidor final.

(...)

42. Conclui-se, portanto, que a remuneração percebida pelo corretor pela venda do seguro refere-se à prestação de serviço para a empresa imobiliária, hipótese de incidência prevista no art. 22, III, da Lei 8.212/91.

IV – Do caráter não eventual do pagamento

43. No que se refere ao argumento de que o pagamento de comissão seria eventual, esse Colendo Carf, por meio da 2ª Turma da CSRF, já teve oportunidade de se manifestar no sentido de que os ganhos eventuais, isentos da contribuição previdenciária, são apenas e tão somente aqueles de caráter fortuito, sem qualquer vinculação contraprestativa relativamente ao trabalho. (...)

(...)

V – Do grupo econômico

46. A M. Garzon Eugenio foi autuada em conjunto com as demais empresas integrantes do grupo econômico, a saber: M. Garzon Empreendimentos Imobiliários Ltda, Polis Desenvolvimento Imobiliário Ltda, Eugenio Participações Ltda, Ferfratt Marketing Estratégico Empresarial S/C Ltda, MGE Empreendimentos Imobiliários Ltda e Brasil Brokers Participações S/A.

47. As recorrentes MGE Empreendimentos Imobiliários Ltda e Brasil Brokers Participações S/A afirmam que não fazem parte do grupo econômico da M. Garzon Eugenio, não tendo jamais exercido a direção, detido o controle ou efetuado a administração da M. Garzon Eugenio.

48. Como se verá, não lhes socorre razão.

(...)

68. Diante dessas evidências, vê-se que empresas recorrentes se encontram sob o comando do mesmo grupo empresarial, com a mesma direção, e executando negócios que eram conduzidos tendo em vista os interesses desse grupo, sendo a separação societária apenas de índole formal, o que atrai, inexoravelmente, a incidência da norma contida no art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91, tal como decidido pela DRJ.

VI – Do arbitramento

69. Defendem ainda os recorrentes ser ilegítimo o arbitramento realizado pela fiscalização.

70. Mais uma vez, o ordenamento pátrio não lhe socorre.

(...)

75. Na hipótese dos presentes autos, o contribuinte, tomando como justificativa a falsa premissa de que os compradores de imóveis é que pagavam a comissão aos corretores, deixou de escriturar em sua contabilidade o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço.

76. Não procede, portanto, o argumento da empresa de que o arbitramento seria inaplicável. Conforme salientado, constatado pelo auditor fiscal que a contabilidade da Autuada não registrava o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, a fiscalização desconsiderou a contabilidade e apurou, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, transferindo à empresa o ônus da prova em contrário, por determinação expressa da norma tributária encartada no § 6º do art. 33 da Lei nº 8.212/91.

(...)

79. Ora, uma vez constatado que o contribuinte deixou de escriturar a remuneração paga a segurados empregados, contrariando a legislação, tem-se, como consequência, que sua contabilidade não merece fé, pois não registra com fidelidade os

atos administrativos e contábeis sobre os quais deve incidir o tributo. Logo, autorizada está a utilização do arbitramento para aferição do montante do tributo devido, tudo nos termos do art. 148 do CTN e do art. 33, caput e §§ da lei nº 8.212/91.

80. Percebe-se, pois, que a autoridade fiscal seguiu corretamente o disposto na legislação, razão pela qual não merece reforma o acórdão recorrido.

(...)

VII – Da multa agravada

81. A autuada alega não estar demonstrada a prática de conduta que ensejasse a aplicação da multa de ofício agravada, de forma que não há que se falar em conduta dolosa, fraude ou simulação.

(...)

87. Pois bem, nesse sentido, há necessidade de se analisar a conduta da contribuinte e dos sujeitos passivos solidários, se de fato ocorreu dano ao erário e se possuíam ou deviam possuir consciência de que seus atos causavam o dano.

88. Conforme provam os documentos coligidos na ação fiscal e os relatos do TVF, aos quais nos reportamos, a fim de evitar tautologia, as partes praticaram diversos atos simulados, todos com o fim único de ludibriar o Fisco, para pagar menos tributo. A sucessividade de atos demonstra a ação firme, consciente, abusiva e sistemática da contribuinte, em burla ao cumprimento da obrigação fiscal, na busca do enriquecimento sem causa (resultado).

(...)

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Carlos César Quadros Pierre, Relator.

Conheço do recurso, posto que tempestivo e com condições de admissibilidade.

Nulidade da decisão de recorrida

Postula o sujeito passivo o reconhecimento da nulidade da decisão de primeira instância, em razão de nos Autos de Infração não pormenorizar a relação descrevendo precisamente o fato que encetou a incidência dos débitos de contribuições sociais. Afirma que ao lançar as contribuições previdenciárias incidentes sobre valores supostamente pagos a contribuintes individuais, a Fiscalização não observou que estava lançando tributo incidente

sobre pagamentos realizados, por exemplo, a Pessoas Jurídicas, entidades não abrangidas pelo manto da proteção previdenciária e, portanto, não inseridas dentro do conceito de segurados.

Informa que não há no relatório fiscal uma linha sequer que descaracterize a natureza da Personalidade Jurídica "Butterfly". Para que houvesse o lançamento das contribuições previdenciárias sobre esses valores, caberia à Fiscalização demonstrar os indícios que a levaram a desconsiderar sua personalidade jurídica, o que, definitivamente, não foi feito no presente caso.

Alude que, no presente caso, deveria o Auditor Fiscal ter aferido a relação em si, demonstrando, inequivocamente, que o pagamento realizado à empresa "Butterfly", na verdade, decorre da simulação de relação de prestação de serviços havida entre Pessoa Jurídica (Recorrente) e Pessoa Física (segurado contribuinte individual), de forma a permitir à Recorrente, ante o inconformismo, contraditar a descaracterização, provando a inexistência do fato declarado. O ato administrativo cerceia as franquias constitucionais e legais do contraditório e da ampla defesa asseguradas à Recorrente, pois sem conhecer a imputação, não dispõe de meios para promover a contestação.

A nulidade por falta de enfrentamento de todos os argumentos veiculados na defesa é tese que não tem merecido acolhimento nessa Turma de Julgamento.

É que, consoante jurisprudência assente nos tribunais superiores, o julgador não é obrigado a se manifestar sobre todas as alegações das partes, nem a se ater aos fundamentos indicados por elas ou apreciar, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu no caso presente.

Nesse sentido:

“O Tribunal de origem não precisaria refutar, um a um, todos os argumentos elencados pela parte ora agravante, mas apenas decidir as questões postas.

Portanto, ainda que não tenha se referido expressamente a todas as teses de defesa, as matérias que foram devolvidas à apreciação da Corte a quo estão devidamente apreciadas.

É cediço, no STJ, que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu.

Ressalte-se, ainda, que cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, das provas, da jurisprudência, dos aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.

Nessa linha de raciocínio, o disposto no art. 131 do Código de Processo Civil: 'Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença,

os motivos que lhe formaram o convencimento. (AgRg no REsp nº 1.130.754, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 13.04.2010).

Ou ainda:

"o magistrado não é obrigado a responder todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem é obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados" (REsp 684.311/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 18.4.2006).

Portanto, descabe a alegação de nulidade pelo fato do órgão recorrido supostamente não ter enfrentado todas as alegações apresentadas pelo sujeito passivo na sua defesa.

A recorrente alega ainda a nulidade decorrente da ausência de descrição dos fatos impositivos, por infringir o disposto no art. 10, inc. III, c/c art. 59, inc. II, ambos do Decreto nº 70.235/72, afirmando que a fiscalização deixou de descrever o fato que encetou a incidência de contribuições previdenciárias sobre valores supostamente pagos a contribuintes individuais, não observando que estava lançando tributo sobre pagamentos, por exemplo, a Pessoas Jurídicas. Não demonstrou os indícios que a levaram a desconsiderar a personalidade jurídica da empresa "Butterfly".

Neste ponto, comungo com o voto da 5ª Turma da DRJ/BSB no acórdão 03-59.445 (fls. 1652):

"Não houve descaracterização da personalidade jurídica. Os pagamentos considerados pela fiscalização estão contabilizados na conta 4201010036 – SERVIÇOS TERCEIROS PESSOA FÍSICA. Os fatos estão descritos pormenorizadamente no Relatório Fiscal, com a fundamentação legal de todos os procedimentos efetuados pela fiscalização. A planilha 02, às fls. 969/977, traz a descrição dos valores pagos a pessoa física, conforme a própria empresa informou contabilizando esses valores na conta 4201010036 – SERVIÇOS TERCEIROS PESSOA FÍSICA. Os valores lançados na referida conta é que foram considerados pela fiscalização como pagamentos a pessoa física."

Rejeito, portanto, as preliminares de nulidade.

Dos fatos geradores relativos aos corretores/consultores imobiliários

De acordo com o fisco, a autuada era contratada por construtoras/incorporadoras para efetuar as vendas de imóveis, geralmente na planta, e se utilizava de corretores para concretizar as operações de venda com os clientes.

A prestação de serviço na venda das unidades imobiliárias foi considerada pelo fisco fato gerador de contribuições previdenciárias, pressupondo-se que os corretores prestavam serviço à imobiliária autuada e eram remunerados mediante pagamento de comissões.

A empresa, para se livrar tributação, advoga que o serviço prestado pelos corretores tinha como destinatários os compradores dos imóveis, que eram responsáveis pelo pagamento das comissões diretamente aos profissionais, inexistindo, portanto, vínculo entre a imobiliária e os corretores.

No intuito de esclarecer essa questão, o fisco diligenciou junto às empresas construtoras/incorporadoras e clientes que transacionaram com a autuada e obteve a informação de que os corretores atuavam em nome da imobiliária, conforme se extrai de excerto do relatório fiscal:

“34. Nesse sentido, em 11/04/2011, a empresa M Garzon Eugênio informou, em resposta à intimação do fisco, “que não possui contratos de prestação de serviços firmados com construtoras/incorporadoras, haja vista que são realizados de forma verbal” (anexo 01, fls. 11).

35. Diante dessa resposta, a auditoria fiscal julgou providente checar referida informação por meio de diligências junto às construtoras/incorporadoras responsáveis pelos empreendimentos comercializados pela M Garzon Eugênio, obtendo das empresas contratantes, contrariamente às afirmações acima, contratos assinados com essa imobiliária. ...

(...)

“38.Segundo as diligências realizadas, a auditoria fiscal apurou que a situação de fato, mais uma vez, não corresponde com as alegações da Empresa, pois da análise por amostragem, dos adquirentes de imóveis diligenciados todos afirmaram que o imóvel foi adquirido por intermédio da Imobiliária M Garzon Eugênio; o corretor, autor da venda, não foi contratado por ele (comprador); o corretor apresentou-se como representante da imobiliária M Garzon Eugênio, inclusive usando crachá da empresa com sua identificação pessoal.”.

Diante desses dados, concluiu o fisco:

“63. Ainda, como se não bastasse, os compradores de imóveis diligenciados pela auditoria fiscal, conforme consta dos respectivos Termos de Atendimento à Intimação, responderam que o corretor responsável pela venda do imóvel identificou-se como representante da M Garzon Eugênio e que eles (adquirentes) não contrataram os serviços desses profissionais, ou seja, os corretores encontravam-se nos stands de vendas instalados nos locais do empreendimento à disposição dos interessados. Os esclarecimentos prestados pelos compradores estão registrados no Termo de Atendimento à Intimação. (Anexo 11, fls. 7, 8, 44, 45, 68, 69, 98 e 99)

64. Outro documento de prova cabal do vínculo de prestação de serviço entre o corretor e a M Garzon Eugênio trata-se do documento “Proposta de Compra Com Recibo de Sinal.

65. Referido documento inicia o processo de venda no âmbito da Empresa, identificando o proponente, o imóvel objeto da

proposta, as condições de pagamento, o recibo de pagamento do sinal e outras condições inerentes ao contrato de promessa de compra e venda a ser firmado entre as partes, sendo que os signatários desse documento são o "proponente comprador" e o "corretor" que age em nome da M Garzon Eugênio na operação imobiliária. Os Anexos 11 e 11-A trazem cópias das "Propostas de Compra Com Recibo de Sinal" referentes às operações imobiliárias efetivadas com os compradores diligenciados. Observe-se que os formulários utilizados na operação (Proposta de Compra e Recibo), emitidos pelo corretor responsável pela venda, contém a logomarca da Empresa da M Garzon Empreendimentos Imobiliários Ltda, empresa detentora de 50% (cinquenta por cento) do capital da empresa fiscalizada. (Anexo 11, fls. 13, 21, 72 e Anexo 11 -A, fls. 7)

66. Diante de todos esses fatos, respaldados em documentos que integram o presente Relatório, não há como negar o vínculo de prestação de serviço existente entre os corretores de imóveis que compõem as equipes de vendas e a M Garzon Eugênio, lembrando que a principal atividade que constitui o objeto social dessa Empresa é a prestação de serviços de intermediação imobiliária e como tal a Empresa não tem como se prescindir de uma equipe de corretores que leve adiante a sua atividade principal, ou seja, a venda de imóveis.”.

Coletadas essas informações nos autos, já é possível expor o meu entendimento sobre a celeuma.

Para mim, o principal argumento utilizado pela recorrente, de que os serviços eram destinados unicamente aos clientes, é a repetição de uma estratégia utilizada no afã de se livrar do recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre os serviços que lhes foram prestados pelos corretores.

Não há como esconder que as construtoras/incorporadoras efetuavam contrato com a imobiliária para venda dos imóveis e esta o fazia mediante o trabalho de captação de clientes realizado pelos corretores. Sendo que estes atuavam como representantes da autuada, conforme demonstrado nos autos.

As informações coletadas em sede de diligências fiscais realizadas juntos às construtoras/incorporadoras e aos clientes não deixam dúvida de que o pagamento da comissão efetuado pelos clientes diretamente aos corretores representava apenas uma forma de tentar esconder do fisco a ocorrência do fato gerador.

Consigo fazer uma analogia deste caso com os representantes comerciais autônomos que vendem produtos para determinada empresa mediante o pagamento de comissão. Pergunto: se a comissão for paga aos representantes diretamente pelo comprador, esse fato afastará o vínculo de prestação de serviço entre este e a empresa que representa? É evidente que não.

Foge à razoabilidade o argumento de que era a corretora que captava os clientes e os direcionava para corretores com os quais não mantinham qualquer vínculo. Não consigo enxergar que transações imobiliárias possam ser efetuadas mediante pessoas que sequer tinham contrato escrito com a imobiliária.

Também não se sustenta a afirmação de que uma empresa imobiliária possa manter-se no mercado sem o concurso de corretores, profissionais cuja participação na intermediação de compra, venda, permuta e locação de imóveis é obrigatória, conforme previsto na Lei n. 6.530/1978 e no Decreto n. 81.871/1978.

Assim, resta claro que o fato gerador da contribuição previdenciária, consistente na prestação de serviço remunerado por pessoa física sem vínculo de emprego, configurou-se, posto que fartamente demonstrado que os corretores prestaram à autuada o serviço de intermediação na venda de imóveis mediante o pagamento de comissão.

O artifício de firmar com os compradores dos imóveis acerto para pagamento das comissões diretamente aos corretores não tem o condão de afastar a responsabilidade da autuada, nos termos do art. 123 do CTN, segundo o qual, as convenções particulares não podem ser opostas à Fazenda Pública para afastar a definição legal do sujeito passivo da obrigação tributária.

Embora o pagamento tenha sido efetuado pelo comprador, a prestação de serviço de intermediação na venda dos imóveis foi feita no interesse da imobiliária, posto que essa é a sua principal atividade. Sem esquecer que os profissionais atuaram em nome da empresa recorrente.

A jurisprudência colacionada pela recorrente diz respeito à impossibilidade de caracterização de corretores como empregados da imobiliária. Ocorre que no presente lançamento não houve a caracterização de vínculo empregatício, posto que os corretores foram tratados como trabalhadores autônomos. Assim, as decisões invocadas tratam de tema diverso daquele presente no processo sob julgamento.

Já que falei em jurisprudência, devo trazer a colação precedente apresentado pelo Conselheiro Elias Freire, que com muita propriedade trouxe à baila entendimento sumulado do STJ em situação similar a que é posta à apreciação:

Súmula n. 458: A contribuição previdenciária incide sobre a comissão paga ao corretor de seguros.

Esse entendimento consagra a tese defendida no julgamento do AgRg no Ag 1186813 (2009/008635-09 - 02/02/2010), no qual o relator Ministro Benedito Gonçalves assim argumentou:

"De fato, muito embora a pessoa física também seja beneficiada pela atuação do corretor, não há como negar a prestação de efetivos serviços à seguradora, uma vez que o preenchimento de propostas/formulários, a realização de simulações, o cálculo dos prêmios, entre outras atividades, seguem critérios estabelecidos exclusivamente pelas companhias.

A propósito, é notório que os corretores participam de treinamentos institucionais promovidos pelas empresas, com vistas a incrementar argumentos de vendas e a atrair o maior número de consumidores para o mercado.

Recebem, inclusive, premiações pelos resultados positivos de seu trabalho. Logo, não há como deixar de reconhecer que as seguradoras utilizam a prestação de serviço (intermediação) dos

corretores, e dela diretamente se beneficiam, para conseguirem os seus objetivos sociais. As regras de experiência afastam o argumento das seguradoras de que os corretores atuam por conta e ordem dos segurados. Antes, ao contrário: os segurados não possuem qualquer controle ou ingerência sobre a retribuição devida aos corretores de seguros. Apenas lhes é informado o montante do prêmio a ser pago pelo eventual negócio jurídico a ser celebrado.”

Esse entendimento nos deixa, sem dúvida, mais confortáveis para encaminhar pela procedência desse levantamento.

Aferição indireta da base de cálculo

Passo agora a análise da alegação relativa ao descabimento da aplicação do método aferição indireta para obtenção de bases de cálculo utilizadas na presente apuração.

O arbitramento da base de cálculo de tributos em geral é previsto no Código Tributário Nacional, art. 148, tendo cabimento quando as informações prestadas pelo sujeito passivo não mereçam fé. Também a legislação previdenciária tem fundamentação específica para aferição indireta das contribuições, é esta a previsão dos §§ 3.º e 4.º do art. 33 da Lei n.º 8.212/1991, os quais trazem a possibilidade de arbitramento das contribuições, quando haja recusa, sonegação ou apresentação deficiente de informações por parte do sujeito passivo.

Nessa análise não se pode perder de vista que o procedimento de aferição indireta é um instituto jurídico de exceção, excepcional, incomum, por isso, a lei condicionou a sua aplicação à presença de anormalidade. Tal procedimento deve se pautar pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Dessa forma, o fisco precisa apresentar relação lógica entre os fatos e as conclusões e se acautelar, para não se enveredar no excesso de exação fiscal por arbítrio e abuso de discricionariedade.

Somente é admissível o citado procedimento quando o fisco se vê diante de situação intransponível, ou seja, não tenha como se valer de outros meios para recompor o momento da ocorrência do fato gerador e obter os dados necessários ao cálculo do valor correspondente ao crédito tributário.

Na situação sob enfoque, verifico que fisco solicitou a documentação relativa aos pagamentos efetuados a contribuintes individuais, não tendo a empresa disponibilizado todos os elementos.

Ora, o mister da fiscalização é apurar a ocorrência dos fatos geradores e calcular o tributo devido. No caso sob análise, os autos demonstram que foram prestados à autuada serviços de intermediação na venda de imóveis, serviços administrativos, contábeis e jurídicos e outros registrados na contabilidade, sem que a empresa apresentasse os documentos e esclarecimentos necessários à quantificação do salário-de-contribuição.

Assim, não teve o fisco como verificar diretamente o montante desses pagamentos, estando diante da impossibilidade de concluir o seu trabalho apenas com esteio nos elementos apresentados. Tal fato passou a ser um obstáculo intransponível para que se possa aferir diretamente a partir dos documentos apresentados a remuneração paga para execução da obra em questão.

Entendo, portanto, que na espécie estão presentes os requisitos que autorizam a aferição indireta da remuneração paga pela prestação dos serviços, haja vista que a empresa descumpriu com seu dever de colaboração para com a auditoria fiscal, deixando de apresentar documentos essenciais à quantificação da matéria tributável.

Vejo, então, que a auditoria fiscal não se desviou das normas que permitem o arbitramento dos tributos lançados, as quais foram oportunamente mencionadas tanto no relatório do AI, quanto no anexo Fundamentos Legais do Débito.

Observo ainda que os critérios utilizados para fixação da base de cálculo não fogem ao razoável. Vejamos.

Para a remuneração dos corretores foi tomado o valor das comissões informados pela recorrente na DIMOB, posto que é praxe que a comissão paga pelas transações imobiliárias sejam distribuídas metade para a imobiliária e metade para o corretor, conforme Tabela de Honorários extraída do sítio do Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 8.^a Região (CRECI/DF).

Verifica-se que a empresa embora demonstre inconformismo quanto às bases de cálculo adotadas não se utilizou da prerrogativa de fazer prova em contrário, preferindo utilizar a estratégia de negar a ocorrência dos fatos geradores.

Portanto, entendo que os parâmetros adotados para a definição do salário-de-contribuição encontram-se em consonância com as normas de regência, não se mostrando dezarrazoados.

Das multas aplicadas

Com o advento da Medida Provisória MP n. 449/2008, convertida na Lei n. 11.941/2009, houve profunda alteração no cálculo das multas decorrentes de descumprimento das obrigações acessórias relacionadas à GFIP.

Na sistemática anterior, a infração de omitir fatos geradores em GFIP era punida com a multa correspondente a cem por cento da contribuição não declarada, ficando a penalidade limitada a um teto calculado em função do número de segurados da empresa.

Quanto havia lançamento da obrigação principal relativo aos fatos geradores não declarados, o sujeito passivo ficava também sujeito à aplicação da multa de mora nos créditos lançados, num percentual do valor principal que variava de acordo com a fase processual do lançamento, ou seja, quanto mais cedo o contribuinte quitava o débito, menor era a multa imposta.

Com a nova legislação, há duas sistemáticas de aplicação da multa. Inexistindo o lançamento das contribuições, aplica-se apenas a multa de ofício prevista no art. 32-A da Lei n. 8.212/1991, que é calculada a partir de um valor fixo para cada grupo de 10 informações incorretas ou omitidas, nos seguintes termos:

Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e

(...)

Todavia pelo art. 35-A da mesma Lei, também introduzido pela Lei n. 11.941/2009, ocorrendo o lançamento da obrigação principal, a penalidade decorrente do erro ou omissão na GFIP fica incluída na multa de mora constante no crédito constituído. Deixa, assim, de haver cumulação de multa punitiva e multa moratória, condensando-se ambas em valor único. Vejam o diz o dispositivo:

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

É que o art. 44, I, da Lei n. 9.430/1996 prevê que, havendo declaração inexata ou omissa de tributo, acompanhado da falta de recolhimento do mesmo, deve-se aplicar a multa ali especificada. Como já exposto, nessas situações, a multa agora é uma para ambas as infrações, descumprimento das obrigações principal e acessória.

Diante das considerações acima expostas, não há como se aplicar na situação em tela o art. 32-A da Lei n. 8.212/1991, como requer o sujeito passivo, posto que houve na espécie lançamento das contribuições correlatas. A situação sob enfoque pede a aplicação do art. 35-A da mesma Lei, o qual pode ou não ser mais benéfico ao contribuinte, posto que, para os casos em que o teto para aplicação da multa previsto na legislação revogada fica muito abaixo do valor da contribuição não declarada, há a possibilidade do valor da penalidade aplicada com fulcro na sistemática legal anterior situar-se num patamar inferior àquela calculada com base na norma atual.

Foi esse o procedimento adotado pelo fisco que comparou a soma das multas aplicadas pela sistemática anterior (24% da contribuição devida + 100% da contribuição não declarada, limitada ao teto) com o procedimento atual (75% da contribuição devida).

Do comparativo efetuado, fl. 98, conclui-se que apenas nas competências 09 e 11/2008 a sistemática de cálculo atual é mais benéfica ao sujeito passivo.

Ao contrário do que afirmou a recorrente o fisco observou na definição do teto previsto no § 4. do art. 32 da Lei n.º 8.212/1991 a faixa de 6 a 15 segurados, de modo que a multa do AIOA calculada conforme o § 5. do mesmo artigo ficou limitada a R\$ 1.524,43 (valor mínimo previsto na Portaria Interministerial MPS/MF n. 407, de 14/07/2011).

Também não se justifica o argumento de que a multa decorrente do descumprimento de obrigação acessória relativa à GFIP deve ser calculada globalmente e não por competência. É que a entrega da guia informativa é mensal, considerando-se ocorridas as infrações a cada competência em que ocorrem omissões ou incorreções. A consolidação da multa em um único AI tem razão de ser apenas na economia processual.

Requer o sujeito passivo que a multa seja limitada a 20%, observando-se a nova redação dada ao dispositivo em questão pela MP n. 449/2008, convertida na Lei n. 11.941/2009, que trouxe ao art. 35 da Lei n.º 8.212/1991 a seguinte redação:

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

O referido art. 61 da Lei n. 9.430/1996 assim prescreve:

Art.61.Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

(...)

Ocorre que a aplicação retroativa a que se refere dispositivo acima somente tem lugar quando se está diante de pagamento espontâneo, ou seja, não objeto de lançamento de ofício.

Às situações em que houve o sujeito passivo deixou de declarar os fatos geradores e recolher as contribuições, levando o fisco a constituir o crédito tributário, a regra da novel legislação é o art. 44, I, da Lei n. 9.430/2006, conforme previsão do art. 35-A da Lei n.º 8.212/1991, introduzida pela MP n. 449/2008, convertida na Lei n. 11.941/2008:

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

De se concluir que a multa foi aplicada em consonância com a legislação de regência não devendo ser retificada.

Qualificação da multa

Aplicando o permissivo do § 1.º do art. 44 da Lei n.º 9.430/1996 a multa foi imposta em 150% em razão da suposta existência de sonegação fiscal.

O sujeito passivo questiona a qualificação da multa, sustentando que não incorreu na conduta apontada pelo fisco, uma vez que apresentou a documentação que possuía,

além de que inexistiu a prestação de serviço pelos corretores, posto que a comissão foi paga pelos clientes, a quem o serviço dos profissionais foi direcionado.

Vejam os dispositivos que autorizam a qualificação da multa. O § 1.º do art. 44 da Lei 9.430/1996 prevê a aplicação da multa de ofício em dobro na ocorrência dos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/1964, conforme se segue:

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

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

Isto é quando presentes os casos de sonegação, fraude ou conluio, deve-se exasperar a multa ao patamar de 150%.

Na situação sob enfoque, verifica-se que a motivação do fisco para aplicar a qualificadora foi a ocorrência de sonegação fiscal, a qual se encontra conceituada no art. 71 da Lei n.º 4.502/1964, conforme a seguir:

“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.”

A nossa conclusão quando apreciamos a discussão acerca da ocorrência do fato gerador foi no sentido de que o sujeito passivo utilizou-se do artifício de impor ao comprador dos imóveis o pagamento em separado da parcela correspondente à comissão do corretor, no intuito de impedir que o fisco viesse a tomar conhecimento da ocorrência do fato gerador.

A bem da verdade a hipótese de incidência se concretizou quando houve a prestação de serviço do corretor para imobiliária, todavia, utilizando-se do artil de impor ao cliente o pagamento em separado da parcela do corretor, a autuada buscava esconder de seus demonstrativos contábeis o pagamento da comissão sobre a qual incidiriam as contribuições previdenciárias.

Assim, no meu entender resta comprovada a conduta estampada no art. 71 da Lei n. 4.502/1964, sendo justificada imposição de multa qualificada.

DOS COOBRIGADOS

Dos responsáveis solidários - M Garzon Empreendimentos Imobiliários Ltda (CNPJ 02.850.273/0001-50), Polis Desenvolvimento Imobiliário Ltda (CNPJ 08.627.579/0001-29), Eugênio Participações Ltda (CNPJ 03.332.644/0001-75), Ferfratt Marketing Estratégico Empresarial S/C Ltda (CNPJ 04.126.668/0001-30, MGE Empreendimentos Imobiliários Ltda (CNPJ 14.256.922/0001-79), Brasil Brokers Participações S/A (CNPJ 08.613.550/0001-98), Marcos Fabrício Moraes Garzon, Arnaldo Frattini e Maurício Eugênio.

Pelo que se verifica nos autos somente duas empresas apresentaram Recurso voluntário: a empresa BRASIL BROKERS PARTICIPAÇÕES S.A., interpôs em 30/04/2015 Recurso Voluntário (fls.1735 a 1760). Sendo intempestivo o Recurso.

- a empresa. MGE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIOS LTDA, interpondo em 30/04/2015 Recurso Voluntário (fls. 1763 a 1785) contra a sua sujeição passiva solidária.

Neste ponto adoto na integralmente o voto da 5ª Turma da DRJ/BSB, Fls.1638 a 1645:

DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

A Fiscalização demonstrou com bastante clareza a relação da autuada com as empresas: M GARZON EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., CNPJ 02.850.273/0001-50, POLIS DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA., CNPJ 08.627.579/0001-29, EUGÊNIO PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 03.332.644/0001-75, FERFRATT MARKETING ESTRATÉGICO EMPRESARIAL S/C LTDA., CNPJ 04.126.668/0001-30, MGE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., CNPJ 14.256.922/0001-79, BRASIL BROKERS PARTICIPAÇÕES S/A, CNPJ 08.613.550/0001-98 e também com as seguintes pessoas físicas: MARCOS FABRÍCIO MORAES GARZON, CPF 031.943.287-43, ARNALDO FRATTINI, CPF 285.031.041-72 e MAURÍCIO EUGÊNIO, CPF 075.129.548-59.

Para caracterizar a responsabilidade solidária entre as pessoas físicas e jurídicas relacionadas acima, a fiscalização, além da análise dos documentos apresentados, efetuou diligência junto à MGE Intermediação Imobiliária LTDA., CNPJ 14.256.922/0001-79, descrevendo os motivos fáticos que levaram à conclusão sobre a existência de solidariedade no Relatório Fiscal, itens 129 a 170, apresentando ainda no item 171, letras “a” a “j” o resumo dos fatos que não deixaram dúvidas da existência da responsabilidade solidária das pessoas físicas e jurídicas relacionadas acima, conforme transcrito abaixo:

“171. EM SÍNTESE, A AUDITORIA FISCAL, COM BASE NOS DOCUMENTOS E ESCLARECIMENTOS APRESENTADOS AO FISCO, COMO TAMBÉM NAS INFORMAÇÕES CONSTANTES DOS BANCOS DE DADOS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, APUROU OS SEGUINTE FATOS:

A) ESTÁ CARACTERIZADA A DESATIVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL DAS EMPRESAS M GARZON EUGÊNIO E M GARZON EMPREENDIMENTOS E A CONSOLIDAÇÃO DA MGE COM A TRANSFERÊNCIA DA ESTRUTURA FÍSICA E OPERACIONAL, DOS EMPREGADOS, DA CARTEIRA IMOBILIÁRIA, DO modus operandi E DO ENDEREÇO DE FUNCIONAMENTO PERTENCENTES AS SUAS ANTECESSORAS.

B) OS SÓCIOS E/OU ADMINISTRADORES MARCOS FABRÍCIO MORAES GARZON E ARNALDO FRATINI SÃO OS RESPONSÁVEIS PELOS NEGÓCIOS DA EMPRESA FISCALIZADA (M GARZON EUGÊNIO) E DA MGE NA CONDIÇÃO DE SÓCIO-PRESIDENTE E SÓCIO-VICE PRESIDENTE, RESPECTIVAMENTE, E JUNTAMENTE COM O SENHOR MAURÍCIO EUGÊNIO SÃO OS RESPONSÁVEIS PELA ADMINISTRAÇÃO DA M GARZON EUGÊNIO, COM OUTORGA NOS ATOS CONSTITUTIVOS DESTA SOCIEDADE PARA GERIR, ADMINISTRAR E DIRIGIR TODOS OS NEGÓCIOS SOCIAIS. OBSERVE-SE QUE TAMBÉM SÃO OS RESPONSÁVEIS PELA GESTÃO DAS EMPRESAS M GARZON EMPREENDIMENTOS, POLIS DESENVOLVIMENTO, EUGÊNIO PARTICIPAÇÕES E FERFRATT, SEJA NA CONDIÇÃO DE SÓCIO ADMINISTRADOR, SEJA NA DE ADMINISTRADOR NÃO SÓCIO, E OS ATOS POR ELES PRATICADOS NESSAS SOCIEDADES SÃO DO CONHECIMENTO DOS DEMAIS INTEGRANTES DO QUADRO SOCIETÁRIO DESSAS EMPRESAS.

C) NO CURSO DA FISCALIZAÇÃO DAS EMPRESAS M GARZON EUGÊNIO E M GARZON EMPREENDIMENTOS, OS RESPECTIVOS SÓCIOS/ADMINISTRADORES PLANEJARAM E EFETIVARAM A TRANSFERÊNCIA DOS ATIVOS DAS REFERIDAS EMPRESAS (MÓVEIS, UTENSÍLIOS, EQUIPAMENTOS, ENTRE OUTROS) COMO TAMBÉM DOS EMPREGADOS E DA CARTEIRA IMOBILIÁRIA PARA A NOVA EMPRESA (MGE) CONSTITUÍDA EM 10/09/2012 COM

O MESMO OBJETO SOCIAL. A MGE É INTEGRADA, ENTRE OUTROS, PELOS MESMOS SÓCIOS E/OU ADMINISTRADORES JÁ IDENTIFICADOS E TAMBÉM PELA BRASIL BROKERS QUE DETÉM 60% DO CAPITAL SOCIAL. ESSA ESTRATÉGIA EVIDENCIA UMA FORMA IRREGULAR DE DISSOLVER, PAULATINAMENTE, TAIS SOCIEDADES, E ESTE PROCEDIMENTO SOMENTE SE MANIFESTOU APÓS O INÍCIO DAS RESPECTIVAS AÇÕES FISCAIS.

(...)

E) A DOAÇÃO DE ATIVOS SEM QUE HAJA O PAGAMENTO CORRESPONDENTE POR PARTE DOS CESSIONÁRIOS É UM PROCEDIMENTO ATÍPICO NA ATIVIDADE EMPRESARIAL QUE TEM POR OBJETIVO O "LUCRO".

F) A MOVIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS ENTRE AS EMPRESAS ANTECESSORAS (M GARZON EUGÊNIO E M GARZON EMPREENDIMENTOS) E A MGE, SEM A CORRESPONDENTE RESCISÃO CONTRATUAL, CONFORME OCORREU NO PRESENTE CASO, É PERMITIDA APENAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA OU EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO.

G) NÃO HOVE, ATÉ A PRESENTE DATA, A LIQUIDAÇÃO FORMAL DAS EMPRESAS ANTECESSORAS, CONFORME DETERMINA A LEGISLAÇÃO VIGENTE, O QUE EVIDENCIA UMA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE SOCIEDADE.

H) A FORMA ADOTADA PELOS SÓCIOS/ADMINISTRADORES PARA DISSOLVER REFERIDAS SOCIEDADES CARACTERIZA PROCEDIMENTO CONTRÁRIO À LEI, EVIDENCIANDO, ENTRE OUTRAS, A REDUÇÃO PROGRESSIVA DA SUA CAPACIDADE DE PAGAMENTO DOS TRIBUTOS DEVIDOS.

I) IGUALMENTE, CARACTERIZA PROCEDIMENTO CONTRÁRIO À LEI (EM TESE CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS), AQUELE ADOTADO PELOS ADMINISTRADORES DA M GARZON EUGÊNIO DE NÃO INCLUIR NAS FOLHAS DE PAGAMENTO, NAS GFIP E NA CONTABILIDADE OS FATOS GERADORES DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA RELATIVOS À REMUNERAÇÃO PAGA AOS CORRETORES DE IMÓVEIS. E TAMBÉM DE NÃO INCLUIR EM FOLHA DE PAGAMENTO E EM GFIP AS REMUNERAÇÕES PAGAS AOS DEMAIS TRABALHADORES AUTÔNOMOS QUE LHE PRESTARAM SERVIÇOS NO PERÍODO FISCALIZADO.

J) TAMBÉM CARACTERIZA PROCEDIMENTO CONTRÁRIO À LEI O FATO DA EMPRESA NÃO DESCONTAR DA REMUNERAÇÃO DOS CORRETORES DE IMÓVEIS E DOS DEMAIS TRABALHADORES AUTÔNOMOS A SEU SERVIÇO A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA POR ESTES DEVIDAS E RECOLHÊ-LAS À PREVIDÊNCIA SOCIAL JUNTAMENTE COM AS CONTRIBUIÇÕES A SEU CARGO. E, AINDA, NÃO

REGISTRAR NOS TÍTULOS PRÓPRIOS DA CONTABILIDADE DA EMPRESA AS QUANTIAS DESCONTADAS DOS SEGURADOS OU AS DEVIDAS PELO EMPREGADOR, CONFORME APURADO PELA AUDITORIA FISCAL E AMPLAMENTE DESCRITO NO PRESENTE RELATÓRIO FISCAL.”

Pelos elementos fáticos carreados e a prova documental juntada pela fiscalização ao presente processo restou indubitável que há uma estreita ligação de interesses entre as impugnantes.

O Relatório Fiscal, nos itens já mencionados traz a necessária análise da questão e o correto enquadramento jurídico dos fatos, com submissão à previsão abstrata da legislação, ou seja, à presente situação se aplica o disposto no inciso IX do art. 30 da Lei nº 8.212/91, o qual dispõe que “as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei”.

Nesse compasso, a abrangência da disposição “de qualquer natureza” do inciso IX do art. 30 da Lei nº 8.212/91 é bem mais ampla de que a prevista na Lei nº 6.404/76, não necessitando se revestir das modalidades jurídicas típicas do Direito Comercial e Econômico. Não se exige, sequer, a prova de sua formal institucionalização cartorial: pode-se acolher a existência do grupo desde que surjam evidências probatórias de que estão presentes os elementos de integração interempresarial.

No Direito Empresarial, a definição de grupo econômico está contida nos artigos 265 e seguintes da Lei nº 6.404/76. Tal grupo resulta de convenção, ou contrato, constituído nos termos do art. 269, da citada Lei, sem que se constitua pessoa jurídica diversa das sociedades agrupadas, sendo que cada sociedade agrupada conserva sua personalidade e legitimidade processual independente:

Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

§ 1º. A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.

Conforme se depreende da análise do dispositivo legal acima transcrito, este alude aos grupos econômicos de direito, formalmente constituídos, por vontade dos sócios e/ou acionistas, para o fim a que se destinam.

Observa-se, então, que o grupo de sociedade caracteriza-se pela reunião de várias empresas, cada uma com personalidade e patrimônio próprios, que se obrigam a combinar recursos ou

esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

O art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), estatui que:

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.

E a Instrução Normativa RFB nº 971, de 13/11/2009, assim trata do tema:

Art. 494. Caracteriza-se grupo econômico quando 2 (duas) ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica.

É visível a similitude de redação entre o dispositivo inserto na CLT e o constante da Instrução Normativa mencionada, sendo viável que os conceitos doutrinários trabalhistas sejam utilizados na seara previdenciária.

A respeito do assunto assim ensina DÉLIO MARANHÃO (in "Instituições de Direito do Trabalho." 14ª ed., LTr, 1993, 1º vol., p. 283):

"O legislador não disse tudo quanto pretendia dizer. Mas a lei deve ser aplicada de acordo com os fins sociais a que se dirige. O parágrafo citado fala em 'empresa principal e empresas subordinadas'. Para que se configure, entretanto, a hipótese nele prevista não é indispensável a existência de uma sociedade controladora (holding company). Vimos que a concentração econômica pode assumir os mais variados aspectos. E, desde que ao Juiz se depare esse fenômeno, o dever lhe impõe a aplicação daquele dispositivo legal. O controle sobre diferentes sociedades pode ser exercido por uma pessoa física, detentora da maioria de suas ações, e, em tal caso não há por que deixar de aplicar-se o § 2º da Consolidação."

"a solidariedade não se presume, pois resulta da lei ou da vontade das partes, mas a existência do grupo do qual, por força da lei decorre a solidariedade, prova-se, inclusive, por indícios e circunstâncias. Tal existência é um fato, que pode ser provado por todos os meios que o direito admite. Uma coisa é a lei presumir a existência de um fato (presunção juris tantum ou juris et de jure), o que dispensa a prova; outra é o interessado provar essa existência por presunção (hominis), que é um meio de prova (art. 136, V, do CC)".

O professor Jorge Lobo assim define o denominado "grupo de sociedades"(in "Grupo de Sociedades" Rio de Janeiro, Forense, 1978):

"o grupo de sociedades é uma técnica de gestão e de concentração de empresas, que faz nascer um interesse novo, externo e superior ao de cada uma das sociedades isoladas, o qual, muitas vezes, não coincide nem com o interesse perseguido pela sociedade dominante, nem com os propósitos das sociedades dominadas. As sociedades componentes do grupo, mantendo, cada uma, personalidade e patrimônio próprios e autônomos, ao invés de constituírem uma nova entidade econômico-financeira, reúnem-se sob uma direção única, para, somando esforços e valores de várias naturezas, alcançar objetivos comuns, o mais das vezes de difícil consecução pelas sociedades isoladas"

De acordo com a legislação e doutrina mencionadas verificamos que, para se afirmar a existência de formação de grupo econômico de fato deve estar demonstrada a relação de domínio exercida sobre as empresas integrantes do aludido grupo. Além disso, tem de estar demonstrada a utilização de recursos ou esforços comuns para a realização dos objetivos empresariais das empresas do grupo (aproveitamento de materiais, de estrutura física, recursos humanos, sistemas de distribuição, vendas, etc).

Neste caso, a fiscalização demonstrou os seguintes fatos:

- A nova empresa constituída MGE Intermediação Imobiliária Ltda. foi estabelecida no mesmo endereço no qual se encontram instaladas as empresas M.Garzon Eugênio (fiscalizada) e M. Garzon Empreendimentos (sócia da M.Garzon Eugênio).

- O contrato de locação do imóvel usado pela MGE é o mesmo exibido ao fisco pela M Garzon Eugênio, quando esta Empresa também foi intimada a se pronunciar a respeito. Observou-se que a pessoa jurídica locatária do referido imóvel não é a M Garzon Eugênio (empresa fiscalizada) e nem a MGE (empresa diligenciada), mas sim a empresa M Garzon Empreendimentos, que é sócia da M Garzon Eugênio com 50% da participação societária. Assim, as três empresas citadas estão instaladas no mesmo endereço comercial.

- A integralização do valor de aumento do capital social de R\$ 1.000,00 para R\$ 901.838,00 da nova empresa (MGE)), foi feito com bens móveis, conforme alteração contratual apresentada pela MGE na qual consta o rol dos bens móveis utilizados pelos sócios para integralização do capital (Anexo 13) e também dos instrumentos de cessão de ativos firmados entre os cessionários e as empresas cedentes, M. Garzon Empreendimentos Imobiliários Ltda, no valor de R\$ 490.307,84 e a M. Garzon Eugênio Empreendimentos Imobiliários Ltda, no montante de R\$ 411.530,16 (Anexo 13).

- A lista dos bens oferecidos evidencia tratar-se de uma estrutura completa para o funcionamento da nova empresa (MGE), pois incluem móveis e utensílios de escritório em geral, bebedouros, tendas de vendas, refrigeradores, aparelhos de ar-condicionado, aparelhagem telefônica, máquinas e equipamentos de som e imagem, centro de processamento de dados, enfim, toda a estrutura física necessária à continuidade do negócio empresarial, aliás, não houve sequer desarranjo da estrutura funcional anterior tendo em vista que a MGE, conforme dito acima, está instalada no mesmo endereço comercial das suas antecessoras (M Garzon Eugênio e M Garzon Empreendimentos).

- Na alteração contratual apresentada pela MGE arquivada na Junta Comercial do Distrito Federal em 16/01/2012, os sócios decidiram abrir três (3) filiais nas cidades de Campo Grande/MS, Cuiabá/MT e Goiânia/GO, no mesmo endereço no qual estavam instaladas as filiais da M Garzon Eugênio, sendo que em 04/02/2013, a M Garzon Eugênio resolveu, por meio da 6ª alteração contratual, extinguir os três estabelecimentos filiais da empresa nas localidades citadas, permanecendo em atividade no local apenas as filiais vinculadas à MGE.

- Outro fato apurado pela fiscalização diz respeito ao quadro de empregados da MGE, o qual foi constituído a partir da transferência dos empregados das empresas M Garzon Eugênio e M Garzon Empreendimentos, conforme registram as GFIPs das citadas empresas.

Conforme documento apresentado ao fisco, referida transferência deu-se mediante "Termo de Anuência de Transferência de Contrato de Trabalho" firmado com os respectivos empregados. Referida transferência foi efetivada, conforme consta das GFIP consultadas, com o código de movimentação N2, que traduz a "transferência de empregado para outra empresa que tenha assumido os encargos trabalhistas sem que tenha havido a rescisão do contrato de trabalho". Essa modalidade de transferência utilizada pelas empresas acima, ou seja, sem que haja a rescisão dos respectivos contratos de trabalho, segundo a CLT, somente é possível em se tratando de movimentação entre estabelecimento da mesma empresa ou pertencendo as empresas envolvidas a um mesmo grupo econômico (art. 2º, § 2º da CLT).

Nesse sentido, consta do Termo de Anuência de Transferência de Contrato de Trabalho firmado com os empregados apresentado pela M Garzon Eugênio que a movimentação realizada trata-se de "transferência para empresa do mesmo grupo econômico", em consonância, portanto, com as leis trabalhistas.

Outro aspecto observado pela auditoria fiscal, diz respeito ao volume de negócios efetivados pelas empresas M Garzon Eugênio, M Garzon Empreendimentos e MGE, nos exercícios de 2010, 2011 e 2012. De acordo com as DIMOB (Declaração de Informações Sobre Atividades Imobiliárias) transmitidas à

Receita Federal, constatou-se, ao longo desses três anos, uma queda considerável no volume de vendas realizadas pelas empresas M Garzon Eugênio e M Garzon Empreendimentos, o que evidencia, por um lado, a desativação gradativa das atividades de ambas as empresas e, por outro, a consolidação da MGE no mercado imobiliário. A fiscalização constatou, conforme quadro no item 179 do Relatório Fiscal que, enquanto a MGE registrou no exercício de 2012 um volume de vendas de R\$ 334.666.080,27, a empresa sob ação fiscal (M Garzon Eugênio) registrou queda de 98% nas vendas em relação ao ano anterior (2011) e o desempenho da M Garzon Empreendimentos no ano 2012 foi nulo.

Portanto, embora a empresa M Garzon Eugênio Empreendimentos Imobiliários Ltda., não tenha sido extinta formalmente, a fiscalização demonstrou que a nova empresa MGE Intermediação Imobiliária Ltda. assumiu de fato a continuidade das atividades da M Garzon Eugênio que foi sendo desativada gradativamente.

Com relação à responsabilidade solidária das pessoas físicas, a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN) em seu art. 124, prevê:

"Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as Pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

O art. 135 da mesma lei determina que "são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

Ficou demonstrado no Relatório Fiscal a participação na administração e no capital das empresas da seguinte forma:

A M Garzon Eugenio é gerida pelas seguintes pessoas físicas: Marcos Fabrício Moraes Garzon, administrador desde a constituição em 10/08/2007; Arnaldo Frattini, administrador desde 09/07/2008; e Mauricio Eugênio, administrador desde 09/07/2008.

M GARZON EUGÊNIO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA - CNPJ 08.985.966/0001-37

Sócio/Administrador	CNPJ/CPF	Capital (%)
M GARZON EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA (SÓCIO PJ)	02.850.273/0001-50	50,00
POLIS DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA (SÓCIO PJ)	08.627.579/0001-29	50,00
MARCOS FABRICIO MORAES GARZON (ADMINISTRADOR)	031.943.287-43	0,00
ARNALDO FRATTINI (ADMINISTRADOR)	285.031.041-72	0,00
MAURICIO EUGÊNIO (ADMINISTRADOR)	075.129.548-59	0,00
Total		100,00

A M Garzon Empreendimentos, empresa sócia da M Garzon Eugênio é constituída pelos sócios: Marcos Fabrício Moraes Garzon, na qualidade de sócio-administrador com 99% do capital social e Jocy Santana de Moraes, com participação societária de 1%.

M GARZON EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA -
CNPJ: 02.850.273/0001-50

Sócio/Administrador	CNPJ/CPF	Capital (%)
MARCOS FABRICIO MORAES GARZON (SOCIO-ADMINISTRADOR)	031.943.287-43	99,00
JOCY SANTANA DE MORAES (SOCIO)	132.280.641-15	1,00
Total		100,00

A Polis Desenvolvimento, outra pessoa jurídica sócia da M Garzon Eugênio, com 50% do capital social desta, é constituída por duas pessoas jurídicas: EUGÊNIO PARTICIPAÇÕES LTDA e FERFRATT MARKETING ESTRATÉGICO EMPRESARIAL S/C LTDA, com 45% cada uma de participação no capital social; e por uma pessoa física, FELIPE DE ALMEIDA PEDROSO, na condição de sócio-administrador com 10% do capital social.

POLIS DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA - CNPJ:
08.627.579/0001-59

Sócio/Administrador	CNPJ/CPF	Capital (%)
EUGENIO PARTICIPAÇÕES LTDA (SOCIO PJ)	03.332.644/0001-75	45,00
FERFRATT MARKETING ESTRATEGIO EMPRESARIAL S/C LTDA (SOCIO PJ)	04.216.668/0001-30	45,00
FELIPE DE ALMEIDA PEDROSO (SOCIO-ADMINISTRADOR)	125.758.918-09	10,00
MAURICIO EUGENIO (ADMINISTRADOR)	075.129.548-59	0,00
ARNALDO FRATTINI (ADMINISTRADOR)	285.031.041-72	0,00
Total		100,00

A Eugênio Participações, que é sócia da Polis Desenvolvimento com 45% do capital social, é constituída por MAURÍCIO EUGÊNIO, sócio-administrador (75%), ODEMIR APARECIDO PEDROSO (15%), FELIPE ALMEIDA PEDROSO (5%) e CARLOS AUGUSTO D'ELIA VALLADÃO FLORES (5%).

EUGENIO PARTICIPAÇÕES LTDA - CNPJ 03.332.644/0001-75

Socio/Administrador	CNPJ/CPF	Capital (%)
Mauricio Eugenio (Socio-administrador)	075.129.548-59	75,00
Odemir Aparecido Pedroso (Socio)	574.508.708-00	15,00
Felipe de Almeida Pedroso (Socio)	125.758.918-09	5,00
Carlos Augusto D'Elia Valladeo Flores (Socio)	129.349.828-90	5,00
TOTAL		100,00

A empresa FERFRATT, também sócia da POLIS DESENVOLVIMENTO com 45% do capital social, está constituída pelos sócios ARNALDO FRATTINI (90%) e MÁRCIA REGIA CÁCERES (10%).

*FERFRATT MARKETING ESTRATÉGICO EMPRESARIAL S/C
LTDA - CNPJ 04.126.668/0001-30*

Sócio/Administrador	CNPJ/CPF	Capital (%)
Arnaldo Frattini (Socio-administrador)	285.031.041-72	90,00
Mareia Regia Caceres (Sócia)	086.528.398-24	10,00
Total		100,00

A partir de 08/09/2011, data em que a M Garzon Eugênio encontrava-se sob ação fiscal foi constituída a empresa MGE INTERMEDIÇÃO IMOBILIÁRIA LTDA. com o nome fantasia "M Garzon" e, posteriormente, como o ingresso na sociedade da Brasil Brokers Participações S/A, o nome fantasia foi alterado para "M Garzon Brasil Brokers". A MGE também foi constituída com os mesmos objetivos empresariais das empresas acima identificadas (compra, venda, aluguel, avaliações e administração de imóveis entre outros). Em 23/09/2011, a MGE fez a primeira alteração contratual aumentando o capital social de R\$ 1.000,00 para R\$ 902.838,00, subscrito e integralizado pelos sócios da seguinte forma:

*MGE INTERMEDIÇÃO IMOBILIÁRIA LTDA – CNPJ
14.256.922/0001-79*

Sócio	CNPJ/CPF	Quotas	Valor -R\$	%
Marcos Fabrício Moraes Garzon	031.943.287-43	45.091.900	450.919,00	50,00
Arnaldo Frattini	285.031.041-72	20.291.355	203.913,55	22,50
Maurício Eugênio	075.129.548-59	15.218.516	152.185,16	16,88
Felipe de Almeida Pedroso	125.758.918-09	5.523.758	55.237,58	6,13
Odemir aparecido Putini	574.508.708-00	3.043.703	30.437,03	3,36
Carlos Augusto D'Elia Valladão Flores	129.349.828-90	1.014.568	10.145,68	1,13
TOTAL		90.183.800	902.838,00	100,00

Em 16/01/2012 a MGE arquivou na Junta Comercial do DF a segunda alteração contratual para admitir na sociedade a BRASIL BROKERS PARTICIPAÇÕES S/A, cuja entrada deu-se a partir da transferência pelos atuais sócios da MGE, de parte das quotas de capital que cada um possui na empresa, os quais transferiram o total de 54.170.280 quotas, ao valor nominal de R\$ 0,01 (um centavo), correspondendo a R\$ 541.702,80, cujas quotas representam 60% (sessenta por cento) do capital social da MGE. Além do ingresso da nova empresa na sociedade, a alteração tratou também do aumento do capital social em R\$ 1.600.000,00, subscrito e integralizado em moeda nacional pelos atuais sócios na proporção em que cada um participa da sociedade, conforme quadro abaixo:

*MGE INTERMEDIÇÃO IMOBILIÁRIA LTDA – CNPJ
14.256.922/0001-79*

Sócio	CNPJ/CPF	Quotas	Valor R\$	Total	Integralização Em Moeda (R\$)	Integralizaã o Em Bens (R\$)	%
Brasil Brokers Participações S/A (Socio PJ)	08.613.550/0001-98	150.170.280	1.501.702,80	1.501.702,80	0,00	60,00	
Marcos Fabrício Moraes Garzon (Socio-Presidente)	031.943.287-43	50.056.760	500.567,60	320.000,00	180.567,60	20,00	
Arnaldo Fratini (Socio-VicePresidente)	285.031.041-72	22.525.542	225.255,42	144.000,00	81.255,42	9,00	
Maurício Eugênio (Socio)	075.129.548-59	16.894.157	168.941,57	108.000,00	60.941,57	6,75	
Felipe de Almeida Pedroso (Socio)	125.758.918-09	6.131.953	61.319,53	39.200,00	22.119,53	2,45	
Odemir Aparecido Putini (Sócio)	574.508.708-00	3.378.831	33.788,31	21.600,00	12.188,31	1,35	
Carlos Augusto D'Elia Valiadao Flores (Sócio)	129.349.828-90	1.126.277	11.262,77	7.200,00	4.062,77	0,45	
Total		250.283.800	2.502.838,00	2.141.702,80	361.135,20	100,00	

Portanto, resta demonstrada a formação de grupo econômico e interesse comum de todos os responsáveis solidários citados no Relatório Fiscal na situação do fato gerador, devidamente fundamentado.

Conclusão

Voto por afastar as preliminares de nulidade do lançamento e da decisão de primeira instância, e, no mérito, por negar provimento ao recurso.

Assinado digitalmente

Carlos César Quadros Pierre

Voto Vencedor

Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira, Redator designado.

Com a devida vênia, ousou discordar do caríssimo e ínclito Conselheiro Relator quanto ao cabimento da multa qualificada. Explico.

Não obstante seja patente que a conduta ensejadora da penalidade exacerbada, nos dizeres vigentes à época dos fatos, devesse ser a prática de ato com evidente intuito de fraude, assim entendida uma das condutas previstas nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964, entendo que a conduta praticada pelo contribuinte no presente caso não se amolda ao tipo sancionador imputado pela Autoridade Fiscal.

Esse o ponto fulcral da divergência entre o meu entendimento e o esposado pelo eminente Relator.

Consta do robusto voto do Conselheiro Carlos César Quadros Pierre:

"A nossa conclusão quando apreciamos a discussão acerca da ocorrência do fato gerador foi no sentido de que o sujeito passivo utilizou-se do artifício de impor ao comprador dos imóveis o pagamento em separado da parcela correspondente à comissão do corretor, no intuito de impedir que o fisco viesse a tomar conhecimento da ocorrência do fato gerador.

A bem da verdade a hipótese de incidência se concretizou quando houve a prestação de serviço do corretor para imobiliária, todavia, utilizando-se do ardil de impor ao cliente o pagamento em separado da parcela do corretor, a autuada buscava esconder de seus demonstrativos contábeis o pagamento da comissão sobre a qual incidiriam as contribuições previdenciárias.

Assim, no meu entender resta comprovada a conduta estampada no art. 71 da Lei n. 4.502/1964, sendo justificada imposição de multa qualificada." (destaquei)

O entendimento do colegiado sobre o negócio jurídico praticado entre a Recorrente e seus clientes, foi, no sentido de que a intermediação dos imóveis realizada foi demandada pela Recorrente, ou seja, a prestação de serviços de corretagem se deu no interesse da Recorrente, e não do cliente, do comprador da unidade.

Não obstante o resultado da decisão colegiada, não observo na conduta realizada pelo contribuinte que tal prática foi concebida como uma fraudulenta simulação, ou seja, como uma ação tendente a impedir ou retardar o conhecimento do fato gerador ou de sua natureza.

Não vejo que a conduta seja uma ação simulada que vise a desnaturação do fato gerador e menos ainda que seja realizada no sentido de afastar o conhecimento da Administração Tributária de sua ocorrência.

Inegável que existe no mundo da intermediação de imóveis a contratação pelo adquirente do profissional habilitado para o exercício dessa intermediação. Mister realçar que a contratação - pelo adquirente - do corretor de imóveis é mais comum do que se imagina. Diria até que, para imóveis usados, tal conduta é a mais corriqueira.

Ora, sendo um negócio usualmente praticado no mercado imobiliário não se pode imputar a quem se socorre de tal prática a pecha da simulação, em que pese a decisão tomada no caso em concreto.

Novamente elucidado: a prática ocorrida no caso em apreço não poderia, e não foi, convalidada pelo Fisco. Porém, imputar a tal conduta o peso de uma simulação fraudulenta não me parece apropriado.

A uma, porque houve o efetivo pagamento do cliente para o corretor. Tal constatação é importante para se faça uma distinção entre eventual vício no negócio jurídico da corretagem e outra, quanto aos efeitos tributários de tal negócio. É dizer: o que se firmou no julgamento em tela é que a corretagem foi empreendida no interesse, por encomenda, do Recorrente, o que, por todo o decido, imputa a este o dever tributário decorrente da contratação da pessoa física para a prestação pessoal de serviços.

Outra coisa, diversa, é que a remuneração percebida pelo corretor tenha sido paga pelo devedor principal. Ou seja, não houve simulação quanto à remuneração paga, quanto à base de cálculo do tributo. Tanto assim o é que tal base de cálculo foi obtida por meio de arbitramento realizado pelo Fisco.

Dito de maneira diversa: considerando que as partes firmaram um negócio jurídico válido, a intermediação de imóveis, não houve simulação dentro desse negócio jurídico, o que, de per si, afasta a conduta fraudulenta e simulada com vistas à ocultar a ocorrência do fato gerador ou sua natureza

Tal entendimento, que reconheço bastante difícil em razão da complexidade da definição do interesse de cada uma das partes no negócio jurídico denominado intermediação de imóveis, não passou ao largo do judiciário.

Como sabido, em recente decisão o Superior Tribunal de Justiça, validou, sob o rito dos recursos repetitivos e por decisão unânime (REsp 1551951, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino), que a intermediação de imóveis seja suportada pelo consumidor, pelo adquirente do imóvel.

Excerto da notícia extraído do sítio oficial do Superior Tribunal é elucidativo:

"STJ reconhece validade da corretagem de imóvel, mas declara taxa Sati abusiva"

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por unanimidade, decidiu que é válida a cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar comissão de corretagem na venda imóveis. Em julgamento realizado nesta quarta-feira (24), o colegiado entendeu, entretanto, ser abusivo impor ao comprador o pagamento da taxa de Serviço de Assessoria Técnico-Imobiliária (Sati).

A taxa Sati é o valor cobrado pelas construtoras com base em 0,8% sobre o preço do imóvel novo adquirido pelo consumidor. A quantia é destinada aos advogados da construtora por terem redigido o contrato de compra e venda, além de corresponder a serviços correlatos do negócio."

(sublinhados não constam da página da internet)

Ora tal entendimento, que em nada desnatura a decisão tomada pelo colegiado, posto que não analisa os efeitos tributários de tal forma de contratação, demonstra que o negócio jurídico pode ser firmado no sentido pretendido pelo sujeito passivo - quanto aos efeitos do custo da contratação- e que tal análise sobre sua validade foi tão discutida que restou julgado no rito dos repetitivos pelo STJ.

Assim, podemos entender que a própria discussão jurídica sobre a forma de contratação da intermediação de imóveis desnatura a imputação de que a conduta adotada pelo Recorrente deva ser considerada como uma fraude, praticada com evidente intuito de simular a ocorrência do fato gerador tributário ou seu conhecimento pela Administração.

Processo nº 10166.724065/2013-38
Acórdão n.º **2201-003.330**

S2-C2T1
Fl. 1.877

CONCLUSÃO

Do exposto, voto por afastar a qualificadora sobre a multa de ofício, reduzindo o valor dessa para o percentual de 75%.

assinado digitalmente

Carlos Henrique de Oliveira