



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

Processo nº 10510.002164/2007-50
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2403-000 883 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de novembro de 2011
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente VIAÇÃO SÃO PEDRO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS

Período de apuração: 01/03/2003 a 31/12/2004

Ementa:

PREVIDENCIÁRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. GRUPO ECONÔMICO. INCONSTITUCIONALIDADE. TAXA SELIC.

Conforme o disposto no artigo 124 da Lei 5.172/66, “ São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”. Também o artigo 30 , IX da Lei nº 8.212/91, dispõe que “as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei;”.

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. O Recurso Voluntário interposto, único e comum à todas as Recorrentes, denunciam a referida combinação de objetivos comuns.

Os artigos 62 e 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais-RICARF, ressaltam que é vedado aos membros deste Conselho afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

A Súmula CARFnº 4 pacificou que: “A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.”

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, Nas preliminares, por unanimidade de votos em declarar que é de caráter informativo o relatório CORESP no tocante às pessoas físicas e negar provimento ao pedido de exclusão de co-responsabilidade dos devedores solidários pessoas jurídicas que compõe o grupo econômico. NO MÉRITO, Por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para que se recalcule o valor da multa de mora de acordo com o disposto no art. 35, "caput", da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009, com prevalência da mais benéfica ao contribuinte. Vencidos os conselheiros Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora.

Carlos Alberto Mees Stringari- Presidente

Ivacir Júlio de Souza - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Marthius Sávio Cavalcante Lobato e Cid Marconi Gurgel de Souza.

Relatório

Li o Relatório de primeira instância abaixo transcrito, compulsei com os autos e corroboro na íntegra.

“ Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) que constitui o crédito tributário de contribuições sociais devidas à Seguridade Social, no valor de R\$ 28.609,12 (vinte e oito mil seiscientos e nove reais e doze centavos), consolidado em 05/03/2006 e referente ao período de 03/2003 a 12/2004.

Consoante o Relatório Fiscal (41-44), o crédito lançado contra a empresa identificada em epígrafe tem como fatos geradores os pagamentos efetuados a empresas prestadoras de serviço mediante cessão de mão de obra, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/91.

Argumenta a Fiscalização que a obrigatoriedade de a empresa tomadora de serviços reter e repassar o valor destinado à Previdência Social, incidente sobre notas fiscais/faturas de prestação de serviços é exigível a partir de fevereiro de 1999.

As empresas e os respectivos serviços sujeitos à retenção foram os seguintes:

Monifil Monitoração e Filmagens Ltda (serviços de fiscalização); Ponto Final Comércio Consultoria e Serviços Ltda (serviços de controle de cartão smartcard e de assessoria e programação de transportes urbanos); Victoserv Prestação de Serviços Ltda (serviços de fiscalização externa, vigilância e portaria) e CGL Serviços (serviços de fiscalização). Tais serviços estão enquadrados como serviços de vigilância e segurança e é passível de retenção mesmo se prestado na forma de empreitada.

Os valores dos serviços prestados foram obtidos após análise do Razão de 2003 e 2004 e das notas fiscais de serviços que serviram de base aos lançamentos contábeis.

De acordo com o contido no Relatório Fiscal, no presente crédito foram também lançados os valores devidos pela empresa sobre o valor bruto de notas fiscais emitidas por 4 cooperativa de trabalho (Cooperativa Sergipana de Trabalho — COOPSET), com fundamento no art. 22, inciso IV da Lei 8.212, de 1991.

O lançamento é composto pelos seguintes levantamentos:

CGL — que corresponde às notas fiscais emitidas pela CGL Serviços;

COP — compreende as notas fiscais emitidas pela COOPSET;

MON — referente às notas fiscais emitidas pela Monofil;

PO — que corresponde ao serviço prestado pela Polishow;

POF — compreende as notas fiscais emitidas pela empresa Ponto Final e

RVS — refere-se às notas fiscais emitidas pela Vectorserv.

A Viação São Pedro Ltda. foi cientificada do lançamento por via postal em 23/03/2006, conforme Aviso de Recebimento (AR) à fl. 45. Apresentou defesa acostada às fls.

55-72, em 07/04/2006, aduzindo em síntese o que se relata a seguir. Alega cerceamento do direito de defesa na medida em que a NFLD e seus anexos' são confusos e complexos, impossibilitando se saber como se chegou à base de cálculo apurad' ; aos valores apurados como devidos e ao percentual de multa efetivamente aplicado.

No mérito, aduz que alguns serviços foram arbitrariamente enquadrados pela Fiscalização como sendo serviços de vigilância e segurança. Não há determinação legal que enquadre os serviços de fiscalização ou de controle de smartcard e assessoria e programação de transportes urbanos como serviços de vigilância e segurança. Somente a Vectorserv Prestação de Serviços Ltda é que realmente prestou serviços de vigilância e segurança. Protesta pela nulidade do lançamento, pois lhe falta respaldo legal para enquadramento dos serviços como sendo de vigilância e segurança.

Argumenta que é ilegal e inconstitucional a retenção de 11% sobre a prestação de ser-ços mediante cessão de mão-de-obra , na medida em que contraria o art. 121 e 128 do Código Tributário Nacional e parágrafo 7º do art. 150 da Constituição Federal.

Nos termos do CTN, só pode ser contribuinte quem tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador e responsável a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, expressa e legalmente designada como tal.

Questiona onde está a vinculação da contratante com a tomadora de serviços. O fato gerador dessa (contribuição é o pagamento da folha de salários e demais rendimentos à pessoa física.

Pergunta o que isto tem a ver com o pagamento do preço do serviço contratado.

Ademais, o fato gerador desta exação fiscal passa a ter a mesma natureza de óutra' espécie de contribuição: a incidente sobre o faturamento ou receita bruta. E como já temo a COFINS, essa nova exação somente poderia ser instituída por lei complementar (art. 195, gparraáfo 4º da CF).

Pontua ainda que a contribuição da empresa sobre os serviços prestados por cooperativas de trabalho é inconstitucional, por ferir o art. 195, inciso I, alínea "a" da Carta Magna.

Insurge-se contra a utilização da Taxa SELIC como medida de juros moratórios nos créditos tributários, pois esta tem natureza remuneratória. Para respaldar sua tese transcreve jurisprudência do STJ que considerou inconstitucional o uso da referida Taxa para fins tributários. Ademais, afirma que não há qualquer referência legal quanto à aplicação legal de juros de 1 % no mês subsequente ao da competência.

Quanto à multa aplicada, pontua que não é possível precisar o percentual aplicado no crédito, pois a NFLD se limitou a invocar sua fundamentação legal, sem, contudo, promover o enquadramento da Impugnante em um desses dispositivos. Não basta a invocação de uma série de dispositivos legais, é preciso que conste efetivamente o dispositivo que a Impugnante foi enquadrada, sob pena de cerceamento do direito de defesa, preceito consagrado na constituição Federal.

Argúi a ilegitimidade passiva dos sócios pessoas físicas, com fulcro no art. 1052 do Código Civil e artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional e em jurisprudência do STJ:

Por fim, pede a improcedência da ação fiscal com a conseqüente declaração de insubsistência da NFLD, por ser medida de Direito e de Justiça.

Às fls. 88-89 consta pedido de diligência fiscal com a finalidade de verificação da existência de grupo econômico com a participação da Empresa Notificada. Pede-se que, em caso afirmativo, seja elaborado Relatório Fiscal Complementar onde devem constar todas as pessoas físicas e jurídicas vinculadas ao grupo econômico, bem como a indicação de todos os fatos e comprovantes caracterizadores da formação do grupo econômico.

Cumprida a diligência, foi emitido Relatório Fiscal Complementar (fls. 91-99), contendo os elementos fáticos que levaram à convicção da existência de um grupo econômico de fato entre as empresas Viação Cidade de Aracaju Ltda., Viação São Pedro Ltda., São Cristóvão Transportes Ltda. e LM Pneus e Transportes Ltda.

O Relatório Complementar elenca os quadros societários de cada uma das integrantes do grupo econômico (fls. 91-93).

Registra ainda o Relatório que a 5ª Vara do Trabalho de Aracaju reconheceu em recente decisão, prolatada em 11 de maio de 2006, nos autos do processo 00338-2005-005-20-00-7, a existência de Grupo Econômico entre as empresas Viação Cidade de Aracaju Ltda e Viação São Pedro Ltda, sendo que a referida sentença foi juntada aos autos (fls. 100-109);

Aponta a Fiscalização os elementos caracterizadores do grupo econômico:

Transferência de pessoal — em 16 de março de 2006, por meio de diligência na Viação São Pedro, foi constatado um

decrécimo substancial no faturamento e na quantidade de segurados, no período de 01/2005 a 05/2005, conforme cópia da informação fiscal juntada aos autos (fls. 111-112). A informação fiscal concluiu pela transferência de trabalhadores para outras empresas, com base em pesquisa nos sistemas informatizados do INSS. Há ainda nos autos diversos ofícios (fls. 115-127), oriundos da Viação São Pedro, e dirigidos às empresas

Viação Cidade de Aracaju e São Cristóvão Transportes Ltda, solicitando a transferência de empregados, sem qualquer referência a possível desligamento da empresa anterior. O empregado José Vieira dos Anjos, admitido na Bomfim Empresa Senhor do Bomfim em 01/08/1992 é também Contador da LM Pneus e Transportes Ltda e da Viação Cidade de Aracaju Ltda, além de ser o advogado da Notificada. (fls. 129-131). Constatam dos autos algumas fichas de registro de empregados onde há movimentação de trabalhadores entre as empresas, a título de transferência (fls. 133-139);

Participação societária — *a existência de sócio em comum, um dos pressupostos para a caracterização de grupo econômico, pode ser observada no presente caso, pois o sócio Lauro Antônio Teixeira Menezes compõe, simultaneamente, o quadro societário da São Cristóvão Transportes Ltda, Viação Cidade de Aracaju Ltda e LM Pneus Ltda. (fls. 141-156);*

Transferência de patrimônio - *foram juntados aos autos alguns contratos de comodato entre as empresas integrantes do grupo econômico (fls. 158-170) que são celebrados sem qualquer ônus, por prazo indeterminado e os bens são ônibus destinados ao serviço de transporte coletivo de passageiros e;*

Outros indícios da existência de grupo econômico — *A garagem onde são guardados os ônibus das empresas Viação Cidade de Aracaju Ltda. e São Cristóvão Transportes Ltda. é a mesma e quanto às instalações das empresas Viação São Pedro Ltda e a LM Pneus e Transportes Ltda. ocupam espaços contíguos aos das primeiras. As folhas de pagamento das empresas integrantes do grupo econômico são todas elaboradas pela Bomfim Empresa Senhor do Bomfim Ltda (fls. 172-175). Constatam dos Autos (fls. 141-146) cópias de Avisos de Recebimento (AR) em nome I ~ das empresas Viação São Pedro Ltda., São Cristóvão Transportes Ltda., Bomfim Empresa Senhor do Bomfim Ltda. e LM Pneus e Transportes Ltda., todas devidamente científicas do Relatório Fiscal Complementar, anexos e ofícios da NFLD 35.568.657-0 em 25/08/2006.*

Foi emitido termo de revelia (fls. 199) que foi encaminhado indevidamente à Notificada. Em 03 de agosto de 2007, foi solicitada diligência fiscal (fls. 226-228) com a finalidade de esclarecimentos acerca da natureza dos serviços prestados pelas empresas Monifil Monitoração e Filmagens Ltda, Ponto Final Comércio e Consultoria e Serviços Ltda e CGL Serviços Ltda e ajuntada, se possível, dos contratos de prestação de serviços entre a Notificada e as prestadoras.

Em atendimento à diligência solicitada, há dois pronunciamentos nos autos (fls. 229-231) e (fls. 241-242).

Concluem que os serviços prestados pelas referidas empresas, embora denominados como de "fiscalização", "assessoria e programação de transportes urbanos" é "programação e controle de smartcards", correspondem, na verdade, a serviço de vigilância para proteção do patrimônio da Viação São Pedro Ltda., seja em relação aos ônibus, seja] s em relação às rendas auferidas, enquadrando-se, portanto, nos termos do art. 219, parágrafo, 2º inciso II do Regulamento da Previdência Social (RPS) e do art. 145, inciso II da Instrução Normativa SRP nº 03, de 14/07/2005.

A fl. 285, solicitou-se que fosse dada a ciência dos despachos exarados em cumprimento à diligência aos sujeitos passivos, com a conseqüente reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

A Notificada e as demais integrantes do grupo econômico foram cientificadas do resultado da diligência, AR às fls. 291, 293, 295, 297 e 299, mas elas quedaram-se inertes ante à reabertura do prazo de defesa, deixando passar in albis o novo prazo concedido.”

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar os argumentos da Impugnante, a 7ª Turma da Delegacia Da Receita Federal Do Brasil De Julgamento De Salvador (Ba) - DRJ/SDR, em 26 de fevereiro de 2008, emitiu o Acórdão nº 15-15.309, mantendo procedente o lançamento., fls 305.

DO RECURSO

Tratando-se de Notificação de débito por responsabilidade solidária de grupo econômico, irrisignadas, as Recorrentes, conjuntamente, interpuseram Recurso Voluntário único de fls.333, onde reiteraram o pedido de exclusão dos sócios da condição de co-responsáveis.

Alegando que no mérito a sentença guerreada é altamente subjetiva, em síntese, contrariamente ao procedimento em sede de impugnação, na instancia recursal, efetivamente não pontuaram suas inconformidades restringindo-se a solicitar a reforma da sentença a quo para anular a responsabilidade das requerentes pessoas jurídicas apontadas como pertencentes a grupo econômico de fato.

Na seqüência, afirmam genericamente que a inconstitucionalidade das normas aplicadas deveriam sim ser observadas administrativamente:

“No que tange a exigência das contribuições da empresa relativamente a serviços que lhe são prestados, bem como a aplicação da Taxa Selic para cálculo dos juros, a sentença guerreada se limitou a rejeitar a impugnação apresentada dispondo que as argüições atinentes a constitucionalidade ou ilegalidade de normas somente podem ser examinadas pelo Poder Judiciário.

Ora, como já exposto a linhas atrás, não há vedação constitucional ou legal a apreciação de questões constitucionais

e legais por parte da Administração Pública, e afirmar o contrário implica em interpretação restritiva da Constituição Federal de modo a suprimir de direitos fundamentais do contribuinte, o que não é admissível.

Na verdade, ao assim decidir a sentença recorrida violou o princípio da ampla defesa, contido no inciso LV do art.5º da Carta Magna. As questões concernentes à inconstitucionalidades e ilegalidades podem e devem ser apreciadas pelo contencioso administrativo, em razão dos princípios norteadores da Administração Pública, quer sejam, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.”

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fls.346, o recurso é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DA PRELIMINAR DE RESPONSABILIDADES

DOS CO-RESPONSÁVEIS

Conforme o documento de fls.01, resta pacífico que os agentes passivos contribuintes sob Ação Fiscal - que têm contra si o débito lançado - são as pessoas jurídicas representadas pelos devidos CNPJs na forma da NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - NFLD, nº 35.568.657- 0 .

Cumpramos observar que no referido relatório se destaca que:

“Este relatório lista todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação”

Desse modo, o fato dos sócios-gerentes constarem do anexo de co-responsáveis do lançamento, enquanto não provado eventual dolo ou culpa, não significa que estes sejam solidários pelos valores levantados pela auditoria fiscal. Ademais, cumpra-se observar que no referido relatório se destaca que:

“Este relatório lista todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação”

Mesmo entendimento deve ser dado ao relatório denominado RELAÇÃO DE VÍNCULOS.

As hipóteses de responsabilidade tributária previstas artigo 268 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99 bem como no artigo 135 do CTN não fundam no mero inadimplemento da sociedade, mas na conduta dolosa ou culposa, especificamente apontada pelo legislador, por parte do gestor da pessoa jurídica.

No corpo do citado relatório consta tratar-se de LISTA DE PESSOAS. Desse modo, os citados nomes dos sócios-gerentes, na fase atual, apenas figuram para hipótese futura de imputação, caso venha a ser apurada a responsabilidade por infrações à lei previdenciária, ou violação ao contrato social, conforme previsão do artigo 268 do Regulamento da

Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99 aludido na decisão de primeira instância como, também, nos termos do artigo 135, inciso III, do CTN, que dispõe, *in verbis*:

“Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(..)

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

Assim, os sócios-gerentes da empresa constam do anexo "Relação de Co-responsáveis - CORESP" apenas como subsídio à Procuradoria Regional na hipótese da necessidade de execução judicial do crédito previdenciário, após a preclusão do contencioso administrativo, em verificando-se a responsabilidade solidária pela atividade empresarial fraudulenta. Isto ocorrendo, neste momento, ter-se-á uma investigação e aprofundamento da análise acerca da contribuinte a fim de aquilatar a existência de dolo, fraude ou má administração por parte do sócio-gerente, ou, ainda, violação à lei ou ao contrato.

Sobre a matéria, em decisão unânime, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) definiu que a responsabilidade pelas dívidas tributárias de uma empresa só pode ser imposta ao sócio-gerente, ao administrador, diretor ou equivalente, quando houver dissolução irregular da sociedade ou ficar comprovada infração à lei penal praticada pelo dirigente, ou este agir com excesso de poderes. Fora dessas hipóteses, os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, pelas dívidas fiscais assumidas pela sociedade. Vejamos uma decisão do entendimento predominante no STJ:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO SÓCIO-GERENTE. ATO COM EXCESSO DE PODER OU INFRAÇÃO A LEI, CONTRATO SOCIAL, ESTATUTO, OU QUE REDUNDE NA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. CONDUTA DOLOSA OU CULPOSA. COMPROVAÇÃO. MATÉRIA PROBATÓRIA. SÚMULA Nº 07/STJ.

I - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o sócio-gerente de sociedade só pode ser responsabilizado pelo não-pagamento de tributo, respondendo com o seu patrimônio, se comprovado, pelo Fisco, ter aquele praticado, no comando da sociedade, ato com excesso de poder ou infração a lei, contrato social, estatuto, ou, ainda, que redunde na dissolução irregular da sociedade.

II - As hipóteses de responsabilidade tributária previstas no artigo 135 do CTN não fundam no mero inadimplemento da sociedade, mas na conduta dolosa ou culposa, especificamente apontada pelo legislador, por parte do gestor da pessoa jurídica.” (grifei)

Conforme ementa do acórdão de primeira instância ficou decidido que:

“SÓCIOS. SOCIEDADE LIMITADA. RESPONSABILIDADE.

Os sócios das sociedades limitadas respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social (art. 13 da Lei nº 8.620/93 combinado com o art. 268 do Regulamento da Previdência Social- RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99).”

“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.”

Muito embora decidido imputar responsabilidade solidária aos sócios gerentes, na parte final da ementa, a instância a quo cometeu contradição na medida em que, determina que sejam intimados o sujeito passivo e demais responsáveis solidários destacando entre parêntesis que estes seriam somente as empresa componentes do grupo econômico:

“ Intimem-se o sujeito passivo e os demais responsáveis solidários (empresas componentes do grupo econômico) do inteiro teor do presente Acórdão, fornecendo-lhes cópia do mesmo, mediante entrega ou remessa da segunda via, intimando -os a recolher o débito, no prazo de 30 (trinta dias, ressalvado o direito de interpor recurso ao Segundo Conselho de Contribuintes, no mesmo prazo, facultado pelo art. 21 da Portaria MF nº 10.875, de 16 de agosto de 2007.

Sala de Sessões, em 26 de fevereiro de 2008. ”(grifei)

Singular situação ocorre no presente lançamento posto que a Notificação-NFLD foi lavrada com fulcro na responsabilidade solidária de grupo econômico, conforme atesta o Relatório Fiscal Complementar às fls. 91-99. Desse modo, tratado-se de grupo econômico, as pessoas jurídicas relacionadas como co-responsáveis não podem ser afastadas da responsabilidade solidária na medida em que o inciso IX do art. 30 da Lei nº 8.212/91, combinado com o artigo 124 do Código Tributário Nacional (CTN) preconiza que as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes da Lei de Custeio, *in verbis*:

“Lei nº 8.212/91

(...)

Art. 30

(...)

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

“ Lei. 5.172/66

(...)

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.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem. ”

Conforme relatado, as Recorrentes, conjuntamente, interpuseram Recurso Voluntário único às fls.333 requerendo a exclusão da responsabilidade solidária das empresas do grupo.

O simples fato da comunhão no recurso implica assunção tácita da solidariedade das empresas arroladas. Entretanto, em razão de tudo que foi exposto, há que se reformar, em parte, a decisão de primeira instância excepcionando pelos argumentos supra, por hora, a responsabilidade solidária dos **sócios gerentes pessoas físicas**, para manter a imputação à todas as empresas do grupo as quais, admitindo expressamente a formação do grupo econômico, recorrem conjuntamente na presente instância.

Assim, a lista das pessoas físicas anexada no notificação tratou de, tão-somente, nomear os representantes da pessoa jurídica, pois esta, relaciona-se com terceiros através de seus representantes legais, não havendo, portanto, nenhuma ilegalidade na sua prévia identificação.

Conclui-se então que a responsabilidade dos co-responsáveis, na qualidade de representantes legais da empresa, será requerida apenas no caso de execução fiscal do lançamento, nos termos definidos em Lei.

Diante do exposto, em preliminar, não prospera a solicitação PRELIMINAR da Recorrente no sentido de se efetivar a exclusão dos co-responsáveis solidários do Relatório CORESP.

DO MÉRITO

DA INCONSTITUCIONALIDADE

No mérito, as Recorrentes arguem inconstitucionalidade das normas aplicadas no lançamento e que estas deveriam sim ser observadas administrativamente :

“No que tange a exigência das contribuições da empresa relativamente a serviços que lhe são prestados, bem como a

aplicação da Taxa Selic para cálculo dos juros, a sentença guerreada se limitou a rejeitar a impugnação apresentada dispondo que as arguições atinentes a constitucionalidade ou ilegalidade de normas somente podem ser examinadas pelo Poder Judiciário.

Ora, como já exposto a linhas atrás, não há vedação constitucional ou legal a apreciação de questões constitucionais e legais por parte da Administração Pública, e afirmar o contrário implica em interpretação restritiva da Constituição Federal de modo a suprimir de direitos fundamentais do contribuinte, o que não é admissível.

Na verdade, ao assim decidir a sentença recorrida violou o princípio da ampla defesa, contido no inciso LV do art.5º da Carta Magna. As questões concernentes à inconstitucionalidades e ilegalidades podem e devem ser apreciadas pelo contencioso administrativo, em razão dos princípios norteadores da Administração Pública, quer sejam, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.”

Enfrentando tal entendimento, premido pelos artigos 62 e 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais–RICARF, ressalto que é vedado aos membros deste Conselho afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, **sob fundamento de inconstitucionalidade:**

“ Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.”

DA TAXA SELIC

Referindo-me à aplicação da taxa SELIC questionada pelas Recorrentes, a matéria resta pacificada neste Conselho na forma da Súmula nº 4:

“ Súmula CARFnº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.”

DA MULTA

É compulsório observar que o artigo 144 do Código Tributário Nacional-CTN aduz que o lançamento **reporta-se à data da ocorrência do fato gerador** da obrigação e **rege-se pela lei então vigente**, ainda que posteriormente modificada ou revogada :

*“ Art. 144. O lançamento **reporta-se à data da ocorrência do fato gerador** da obrigação e **rege-se pela lei então vigente**, ainda que posteriormente modificada ou revogada.*

Na hipótese de novos critérios de apuração ou de novos processos de apuração é que se aplica a previsão do § 1º deste artigo:

“ § 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios ”

Assim, ainda que existam novos critérios de apuração não implica inobservar o preceituado no caput:

*“ O lançamento **reporta-se à data da ocorrência do fato gerador** da obrigação e **rege-se pela lei então vigente**, ainda que posteriormente modificada ou revogada ”*

Desse modo, considerando que no caso em apreço, conforme Relatório Fiscal de fls. 40 e DISCRIMINATIVO SINTÉTICO DE DEBITO- DSD de fls.10, os fatos geradores ocorreram no período 03/2003 a 12/2004, deve-se, pois, ser observado o preceituado no artigo 144 do Código Tributário Nacional – CTN , supra.

No presente lançamento, conforme fls.27, no **Relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD** , registra-se que para determinar o valor da multa moratória, o seu cálculo teve por base os parâmetros foram estabelecidos pelo art. 35, I, II e III da Lei 8.212/91. Entretanto, o artigo retro foi alterado pela Lei 11.941/2009, estabelecendo que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de **multa de mora** nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%:

“ Lei 9.430/96:

“ 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.

§ 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.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)”

MULTA MAIS BENÉFICA

O artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna.

Assim, Impõe-se, portanto, o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

“ Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

Corroborando tal entendimento trago à lume a decisão da Quarta Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF que, invocando o mesmo princípio de retroatividade mais benigna, decidiu de forma idêntica na forma do Acórdão CSRF/04-002.246, em 14.03.2006:

“MULTA POR ATRASO NA ENTREGA DA DECLARAÇÃO SOBRE OPERAÇÕES IMOBILIÁRIAS. RETROATIVIDADE BENIGNA. LEI Nº 10.865, DE 2004 - Aplica-se o novo diploma legal que comine penalidade ao sujeito passivo da obrigação tributária menos gravosa ou severa que a prevista em lei ao tempo da prática da infração apurada em procedimento de fiscalização quando o ato ou fato pretérito não foi definitivamente julgado, "ex-vi" do disposto no Art. 106, inciso II, letra "c" da Lei nº 5.172, de 25.10. (Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF / Quarta Turma / ACÓRDÃO CSRF/04- 00.246 em 14.03.2006) " (grifei)

CONCLUSÃO

Em razão de tudo que foi expandido, conheço do Recurso para , em PRELIMINAR reformar a decisão de primeira instância e suspender a responsabilidade solidária dos sócios gerentes e demais pessoas físicas representantes legais dos sujeitos passivos bem como, negar PROVIMENTO ao pedido de exclusão de co-responsabilidade dos devedores solidários pessoas jurídicas que compõe o grupo econômico e NO MÉRITO dar PROVIMENTO PARCIAL determinando o recálculo da multa de mora de acordo com a redação do artigo 35 da Lei 8.212/91, dada pela Lei 11.941/2009, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, fazendo prevalecer a multa mais benéfica para o contribuinte.

É como voto.

IvacirJúlio de Souza