



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

Processo nº 10920.002446/2007-25
Recurso nº 257.609 Voluntário
Acórdão nº 2302-00.512 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de julho de 2010
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS EM GERAL
Recorrente FIBRASCA QUÍMICA E TEXTIL LTDA
Recorrida DELEGACIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA EM JOINVILLE SC

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 10/04/2007

DEMANDA JUDICIAL EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA MATÉRIA COMUM PELO ÓRGÃO ADMINISTRATIVO.

De acordo com o disposto no art. 126, § 3º da Lei nº 8.213/1991, a propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto. Toda a matéria litigiosa no Judiciário impede o conhecimento administrativo.

EMPREGADOS. CONTRATAÇÃO. INTERPOSTA. PESSOA SIMULAÇÃO.

A contratação de empregados por interposta pessoa jurídica é conduta ilícita, sendo possível à fiscalização efetuar o lançamento de ofício, conforme previsão no art. 149, inciso VII do CTN.

RELEVAÇÃO DA MULTA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CORREÇÃO DA FALTA ATÉ A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

A relevação prevista no art. 291, § 1º do RPS necessitava dos seguintes requisitos: Pedido no prazo de defesa, mesmo que não contestada a infração; Primariedade do infrator; Correção da falta até a decisão do INSS; Sem ocorrência de circunstância agravante.

A relevação não é faculdade da autoridade administrativa, uma vez o infrator atendendo aos requisitos do art. 291, § 1º do RPS, quais sejam: primariedade do infrator; correção da falta e sem ocorrência de circunstância agravante; surge para a autoridade o dever de relevar a multa. Contudo, essa autoridade não pode agir de ofício, é necessária a provocação da parte.

Analisando os requisitos e os autos, verifica-se que não houve a correção da falta até a decisão do órgão previdenciário de primeira instância administrativa. Além do mais, presente circunstância agravante.

A atenuação e a relevação da multa são benefícios concedidos ao infrator, sendo uma contrapartida oferecida pela legislação previdenciária. Caso esse infrator corrija a falta, ficará responsável por um débito de menor valor, caso atenda aos demais requisitos a multa será relevada. Uma vez sendo em benefício do infrator, é necessário que este atenda aos requisitos exigidos pela Previdência Social e na forma pelo órgão estabelecida, traduzida no Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999.

GRUPO ECONÔMICO. COMUNHÃO SOCIETÁRIA. CRITÉRIO INSUFICIENTE PARA CARACTERIZAÇÃO.

A simples comunhão societária não é suficiente para configurar o grupo de fato. A presença de sócios em comum em entidades distintas não é suficiente para caracterizar grupo econômico, pois o que caracteriza é que uma das empresas controle a outra; fato que não restou evidenciado nos autos. A demonstração da existência de grupo econômico depende de prova contábil, como empréstimos de uma sociedade a outra, assunção de despesas por uma das empresas, investimentos na coligada ou controlada.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, conhecer parcialmente do recurso, e na parte conhecida conceder provimento parcial nos termos do voto do relator.


MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Liege Lacroix Thomasi, Adriana Sato, Arlindo Costa e Silva, Manoel Coelho Arruda Júnior, Thiago Davila Melo Fernandes e Marco André Ramos Vieira (presidente).

Relatório

Trata o presente auto de infração, lavrado em desfavor da recorrente, originado em virtude do descumprimento do art. 33, § 2º da Lei n.º 8.212/1991, com a multa punitiva aplicada conforme dispõe o art. 283, II, “j” do RPS – Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999. Segundo a fiscalização previdenciária, a recorrente apresentou os documentos relacionados a contribuições previdenciárias com informações diversas da realidade, conforme relatório fiscal às fls. 12 a 57.

Segundo a fiscalização, todos os empregados que formalmente estiveram registrados na TÊXTIL RIO BONITO, SONO TRANQUILO, HERBATEX, SOFT & SOFT e BELLYS (nesta, após 08/2005), estariam de fato vinculados à FIBRASCA QUÍMICA E

TÊXTIL, onde teriam prestado os serviços e receberiam suas remunerações (ainda que de forma indireta). Portanto, os documentos e livros que indicariam a inexistência de empregados a seu serviço (0211999 a 05/2004); aqueles que indicariam a existência de empregados apenas no setor administrativo (até quatro empregados, entre 06/2004 e 12/2006); aqueles que mostrariam as rescisões ocorridas em 14/01/1999 e 22/01/1999; aqueles que informariam inocorrência de despesas trabalhistas ou obrigações trabalhistas a pagar (salários e ordenados, FGTS, 13º salário, férias, vale transporte, etc.), ou ocorrência destas despesas em valores inferiores ao movimento real, não refletiriam a realidade.

Não conformado com a autuação, a recorrente apresentou impugnação, fls. 136 a 158.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis emitiu a Decisão, fls. 322 a 332, mantendo a autuação em sua integralidade na parte em que foi conhecida.

A autuada não concordando com a DN emitida pelo órgão fazendário interpôs recurso, fls. 374 a 401. Em síntese alega o seguinte:

- São nulos os atos administrativos pelo desvio de finalidade no curso da ação fiscal e usurpação da competência da Justiça do Trabalho;
- Houve violação ao princípio constitucional da presunção da inocência e impessoalidade; devendo ser anulada a autuação;
- Há dúvida razoável sobre as circunstâncias materiais do fato, bem como pela ausência de fundamentação legal para a aplicação de multa com base em fato gerador presumido, haja vista que o arbitramento fiscal ou aferição indireta é aplicável somente para a determinação da base de cálculo da obrigação principal, sendo vedado, por expressa previsão legal, sua extensão ou aplicação deste recurso para o cálculo de penalidade pelo descumprimento de obrigação acessória;
- No relatório fiscal não há especificação de quais documentos apresentados constam dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias supostamente devidas à Receita Previdenciária,
- É lícita a terceirização realizada pelo contribuinte;
- Não foram considerados os pagamentos realizados pelas empresas contratadas;
- Pugna pela realização de prova pericial em sua contabilidade;
- Não há existência de grupo econômico;
- A multa deve ser reduzida atendendo à proporcionalidade e à razoabilidade;
- Requer a relevação da multa;

Não foram apresentadas contra-razões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA, Relator

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 402. Quanto às questões preliminares ao mérito relativas à decadência, à competência da fiscalização para enquadrar os segurados como empregados com usurpação da competência da Justiça do Trabalho; de que não houve o fato gerador e desse modo inexigíveis as obrigações acessórias; todas foram levadas ao conhecimento do Poder Judiciário (fls. 236 a 263, 264 a 281 e 291 a 317) e a decisão nessa esfera subjugua a administrativa, portanto são matérias que não pode ser conhecida por este Colegiado.

De acordo com o disposto no art. 126, § 3º da Lei n.º 8.213/1991, a propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto. Toda a matéria litigiosa no Judiciário impede o conhecimento administrativo.

Em relação às outras matérias o recurso pode ser conhecido.

Quanto ao argumento recursal de que teria havido violação aos princípios constitucionais da presunção da inocência e da impessoalidade, não lhe confiro razão. O desvio de finalidade ocorre no lançamento na hipótese de o Auditor constituir o crédito com outro objetivo que não a cobrança do tributo não recolhido. Não há provas nos autos, de que a fiscalização teria lançado o crédito com o objetivo de perseguir o contribuinte ou qualquer outro aspecto subjetivo. Pelo contrário, as provas nos autos são no sentido de existência do fato gerador, e com base nesses fatos, de modo objetivo e vinculado, o Auditor-Fiscal realizou a constituição do crédito previdenciário e respectivas penalidades pelo descumprimento de obrigações instrumentais.

Também não assiste razão à recorrente ao afirmar que no relatório fiscal não há especificação de quais documentos apresentados, a que se refere a Lei 8212/91, constam dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias supostamente devidas à Receita Previdenciária. O relatório fiscal no item 4 à fl. 18 expressamente consignou quais seriam os documentos deficientes elaborados pela recorrente, nestas palavras:

Logo, todos os empregados que formalmente estiveram registrados na TÊXTIL RIO BONITO, SONO TRANQUILO, HERBATEX, SOFT & SOFT e BELLYS (nesta, após 08/2005), estavam de fato vinculados à FIBRASCA QUIMICA E TÊXTIL, onde prestaram os serviços e recebiam suas remunerações (ainda que de forma indireta). Portanto, os documentos e livros que indicam a inexistência de empregados a seu serviço (02/11/1999 a 05/2004); aqueles que indicam a existência de empregados apenas no setor administrativo (até quatro empregados, entre 06/2004 e 12/2006); aqueles que mostram as rescisões ocorridas em 14/01/1999 e 22/01/1999; aqueles que informam inoccorrência de despesas trabalhistas ou obrigações

trabalhistas a pagar (salários e ordenados, FGTS, 13º salário, férias, vale transporte, etc.), ou ocorrência destas despesas em valores inferiores ao movimento real, não refletem a realidade. Nesta situação estão as folhas de pagamento de 01/1999 e 06/2000 a 12/2006 (há meses informando somente o pró labore), termos de rescisão do contrato de trabalho de 01/1999, GPS de 06/2000 a 12/2006, PPRA's e LTCAT's de 10/2004, 10/2005 e 10/2006, LRE's N's 001 e 002, Livros Diário (incluindo o balanço patrimonial) e Razão N's 06, 07, 08, 09, 10, 11 e 12, de 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 e 2005, respectivamente, e movimento contábil em meio digital, de 01/1999 a 12/2006. As folhas de pagamentos de 02/1999 a 05/2000 não foram apresentados

Desse modo, ao contrário do que afirma a recorrente, o relatório fiscal indicou precisamente todos os documentos que embasaram a autuação.

Não procede o argumento da recorrente de que teria sido lícita a terceirização realizada. A recorrente é uma indústria que em janeiro de 1999 demitiu todos os empregados, e apesar de manter o nível de produção, inclusive incrementando as receitas, durante o período seguinte não contratou ninguém de forma direta para realizar as atividades econômicas.

A fiscalização demonstrou que dos vinte e oito (28) empregados "demitidos" pela notificada em 14/01/1999 e em 21/01/1999, vinte e seis (26) foram "recontratados"; em 18/01/1999 e em 25/01/1999, pelas empresas TÊXTIL RIO BONITO, SONO TRANQUILO e HERBATEX. Em junho e julho de 2004, as empresas rescindem os contratos de trabalho de todos os empregados registrados em seus nomes. Destes trinta e sete (37) empregados "demitidos" nos dias 11, 25 e 30 de junho de 2004, trinta e dois (32) foram "recontratados" pela empresa SOFT & SOFT nos dias 16/06/2004 e 01/07/2004. Posteriormente, no dia 13/09/2005 a SOFT & SOFT "demite" dezoito (18) dos cinquenta e seis (56) empregados registrados em seu nome nesta época. Novamente, dos dezoito (18) demitidos, dezesseis (16) foram readmitidos" pela BELLYS, sendo quinze (15) no dia 19/09/2005 e um (01) no dia 13/10/2005. Todos os segurados foram recontratados nas mesmas funções e com os mesmos salários-hora.

Desse modo restou demonstrado uma fraude fiscal. Não é possível a sociedade empresária realizar a atividade industrial a que se presta sem a utilização de empregados. A terceirização é uma atividade lícita, contudo não pode ser realizada em relação à atividade fim. O único objetivo econômico com tal ato é diminuir os encargos previdenciários por meio da contratação de interpostas pessoas jurídicas optantes pelo Simples.

A autuada passou a registrar seus empregados em nome de sociedades empresárias, deixando de reconhecer, indevidamente, as contribuições sobre a folha de salários a cargo dos empregadores.

Todas as pessoas jurídicas contriadas pela autuada estavam de fato sediadas nos mesmos endereços dos estabelecimentos da FIBRASCA QUIMICA E TÊXTIL. Em alguns casos, apesar de os contratos sociais/alterações informarem endereços diversos, por outros documentos, como notas fiscais, citações e intimações judiciais e demonstrações ambientais, restou configurada a comunhão de endereço.

As pessoas jurídicas foram constituídas com um capital social de R\$ 5.000,00, sem sofrer alteração posterior. Conforme afirmado pela fiscalização é um capital

incompatível com as atividades econômicas e objetivos sociais. Não bastasse, a sociedade SOFT & SOFT não tem qualquer máquina, equipamento ou instalação em seu Ativo Permanente. A fraude ficou demonstrada, pois apesar de seu movimento de receita consistir em receber de empresas do GRUPO FIBRASCA, mercadorias para serem industrializadas, não era possível essa industrialização, pois a sociedade não detém de fato os meios para tanto.

As sociedades empresárias BELLYS e SOFT & SOFT, em alguns períodos não registraram despesas com energia elétrica, telefone ou aluguel e, em outros períodos, estas despesas são justificadas como documentos deficientes. No caso recibos onde a sócia — pessoa física "fornece" energia elétrica à empresa.

As provas obtidas pela fiscalização e devidamente demonstradas no relatório fiscal confirmam que o único objetivo da existência das sociedades empresárias contratadas é o de reduzir a carga tributária e encargos trabalhistas da empresa FIBRASCA QUÍMICA TEXTIL LTDA.

A sociedade empresária Fibrasca não poderia optar pelo Simples em função da receita bruta ser superior ao limite legal, conforme informação constante no relatório fiscal.

Por seu turno, as sociedades empresárias contratadas são optantes pelo Simples, o que reduz a carga tributária em relação às contribuições previdenciárias. Esse é o motivo para criação e contratação de interposta pessoa jurídica. As empresas funcionavam no mesmo estabelecimento da autuada, o objeto social das empresas era comum, conforme relatório fiscal às fls. 12 a 57. Havia sócios comuns ou vinculados à autuada, conforme contratos sociais. Os empregados da empresa Fibrasca foram transferidos para as empresas criadas, estas optantes pelo Simples.

Além do mais, a sociedade Fibrasca remetia a matéria-prima para as empresas, para haver industrialização sob encomenda; diga-se que tal remessa era apenas ficta, pois as empresas estavam localizadas no mesmo local físico e não possuíam equipamentos, maquinários para realizar as atividades. Após a industrialização realizada fictamente pelas empresas, havia remessa dos produtos para a empresa Fibrasca, por meio de registros contábeis e emissão de documentos fiscais para conferir aparência de veracidade aos atos praticados.

Pelo exposto restou caracterizada a plena vinculação entre as empresas.

Por todos os fatos apontados pela fiscalização e demonstrados nos autos é possível firmar convicção de que os atos praticados pelas empresas contratadas somente existiram no papel. Os documentos: contrato social, notas fiscais, registros de empregados, contabilidade; foram criados apenas para conferir aparência de regularidade a atos que efetivamente não existiram.

Pela ampla dependência das contratadas em relação à empresa Fibrasca, e considerando que de fato trata-se de uma interposta pessoa. O vínculo se estabeleceu diretamente entre a autuada (Fibrasca) e os segurados. Assim, a subordinação, a remuneração, a personalidade e a não-eventualidade restaram presentes na relação jurídica de fato existente entre a recorrente e os segurados contratados por meio das "empresas de fachada".

Uma relação jurídica sem qualquer objetivo econômico, haja vista a não operacionalidade das empresas contratadas, e cuja única finalidade seja de natureza tributária, no caso não recolhimento da cota patronal, não pode ser chancelada como um comportamento lícito. A empresa pode contratar os serviços de segurados por meio de uma empresa prestadora

de serviços, o que não é lícito é montar uma prestadora, com rendimento suficiente para ficar enquadrada no Simples, e contratar os empregados por meio dessa prestadora.

No presente caso não se trata de aplicação do art. 116, parágrafo único do CTN, pois tal dispositivo se aplica às hipóteses em que a autoridade administrativa, apenas para efeitos tributários, pode desconsiderar atos ou negócios jurídicos. O parágrafo único do art. 116 do CTN identifica as hipóteses de atos ou negócios jurídicos que são passíveis de desconsideração, pois, embora lícitos, visam tratamento tributário favorecido e configuram abuso de forma ou falta de propósito negocial. No presente caso trata-se de fraude, simulação, hipóteses em que a legislação tributária já dispõe de ferramentas para atuação fiscal, conforme expressamente previsto no art. 149, inciso VII do CTN, nestas palavras:

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

()

VII – quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

()

Desse modo não procede o argumento de que a desconsideração da pessoa jurídica requer a formação do processo legal específico, não possuindo o Auditor Fiscal competência para tanto. No presente caso diante do ato simulado, o Auditor efetuou o lançamento de ofício, que é ato privativo da autoridade fiscal, conforme autorização legal (art. 149, inciso VII do CTN).

Não cabem os argumentos de que a autarquia valeu-se do disposto no parágrafo único do art. 116 do CTN. O fato de o art. 116 do CTN depender de regulamentação por meio de lei ordinária, é irrelevante pois não houve lançamento com base em tal dispositivo.

Assim, não procede o argumento de que caberia ao INSS demandar a anulabilidade do ato considerado simulado em juízo e não por ato administrativo. O ato fraudulento ou simulado não exige ação anulatória para ser desconstituído pelo Fisco, uma vez que há autorização legal (art. 149 do CTN) para que por meio de lançamento, que é ato administrativo, seja efetuada a cobrança de valores.

Pelo exposto não procede o argumento recursal de que haveria dúvida razoável sobre as circunstâncias materiais do fato, bem como pela ausência de fundamentação legal para a aplicação de multa com base em fato gerador presumido. Primeiramente o fato gerador não é presumido, pois foi demonstrada a relação de emprego efetivamente com a autuada. Afinal a forma não pode prevalecer sobre a realidade. Uma vez que os fatos geradores ocorreram, deveriam ter sido contabilizados bem como preparadas as folhas de pagamento.

Ao contrário do afirmado pela recorrente e também consignado no voto vencido da decisão de primeira instância não se tratou de aferição indireta de penalidade. O valor da multa está previsto em lei, e os fatos que ensejaram a autuação restaram demonstrados. Não se pode confundir presunção com provas materiais. A presunção legal é uma das provas admitidas em direito, contudo não foi utilizada no presente caso. In casu, a fiscalização trouxe elementos probatórios com base em documentação e fatos. A autuada

remunerou segurados empregados por meio de interpostas pessoas jurídicas, e ao contratar empregados deveria cumprir as obrigações acessórias.

Se a autuada e o julgador vencido em primeira instância entendem que há dúvidas nas circunstâncias materiais deveriam ter refutado expressamente todos os elementos colacionados no relatório fiscal.

Quanto ao argumento de que não foram considerados os pagamentos realizados pelas empresas contratadas; tal fato não altera a presente autuação. O fato de as interpostas pessoas jurídicas terem pago ou não é irrelevante, o valor do tributo devido ou eventualmente recolhido não interfere no valor da multa aplicada pelo descumprimento de obrigação acessória.

Quanto ao argumento de que houve cerceamento de defesa, pois foi julgado o processo administrativo sem oportunizar à recorrente a produção de provas pelas quais expressamente protestou; não lhe assiste razão.

A recorrente não tem que protestar pelas provas documentais no processo administrativo, mas sim tem que produzi-las. Como as demonstrações das alegações são provas documentais, as mesmas tem que ser colacionadas na peça de defesa, no processo judicial tal procedimento não é distinto, pois cabe ao autor juntar na exordial as provas, assim como ao réu colacioná-las na contestação, sob pena de preclusão.

Quanto à prova pericial a mesma tem que ser requerida na peça inaugural da defesa, conforme disposição expressa no regulamento do Processo Administrativo.

De acordo com o disposto no art. 9º, IV da Portaria MPAS n.º 520/2004, são requisitos da perícia, nestas palavras:

Art. 9º A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida,

II - a qualificação do impugnante,

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

IV - as diligências ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito.

§ 1º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior,

b) refira-se a fato ou a direito superveniente,

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos

§ 2º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.

§ 3º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pelo Conselho de Recursos da Previdência Social.

§ 4º A matéria de fato, se impertinente, será apreciada pela autoridade competente por meio de Despacho ou nas contra-razões, se houver recurso.

§ 5º A decisão deverá ser reformada quando a matéria de fato for pertinente.

§ 6º Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

§ 7º As provas documentais, quando em cópias, deverão ser autenticadas, por servidor da Previdência Social, mediante conferência com os originais ou em cartório.

§ 8º Em caso de discussão judicial que tenha relação com os fatos geradores incluídos em Notificação Fiscal de Lançamento de Débito ou Auto de Infração, o contribuinte deverá juntar cópia da petição inicial, do agravo, da liminar, da tutela antecipada, da sentença e do acórdão proferidos.

No presente caso, não houve o preenchimento dos requisitos exigidos para realização da perícia, assim considera-se não formulado tal pedido. Desse modo, pode a autoridade julgadora indeferir o pleito da recorrente, sem ferir o princípio da ampla defesa. Nesse sentido, segue o teor do art. 11º da Portaria MPAS nº 520/2004:

Art. 11 A autoridade julgadora determinará de ofício ou a requerimento do interessado, a realização de diligência ou perícia, quando as entender necessárias, indeferindo, mediante despacho fundamentado ou na respectiva Decisão-Notificação, aquelas que considerar prescindíveis, protelatórias ou impraticáveis.

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 9º.

§ 2º O interessado será cientificado da determinação para realização da perícia por meio de Despacho, que indicará o procedimento a ser observado.

No mesmo sentido dispõe o Decreto nº 70.235/1972 sobre o processo administrativo fiscal, nestas palavras:

Art. 17. A autoridade preparadora determinará, de ofício ou a requerimento do sujeito passivo, a realização de diligência,

9



inclusive perícias quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

Parágrafo único O sujeito passivo apresentará os pontos de discordância e as razões e provas que tiver e indicará, no caso de perícia, o nome e o endereço do seu perito

Art 18 A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligência ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8 748/93)

()

A necessidade de o requerimento da perícia ter que constar na peça de impugnação não fere a ampla defesa, pois no processo judicial, rito sumário, os quesitos da perícia tem que constar na petição inicial, bem como na contestação.

De acordo com os princípios basilares do direito processual, cabe ao autor provar fato constitutivo de seu direito, por sua vez, cabe à parte adversa a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. A fiscalização Previdência Social provou a existência do fato gerador, com base nos elementos probatórios indicados no relatório fiscal.

No presente caso, a perícia é despicienda; pois toda a matéria probatória já consta nos autos. E como já afirmado, caberia à parte adversa, no caso o contribuinte, a contra-prova.

Quanto ao cabimento da relevação da multa teço a seguinte análise. A relevação prevista no art. 291, § 1º do RPS necessita dos seguintes requisitos:

- I. Pedido no prazo de defesa, mesmo que não contestada a infração;
- II. Primariedade do infrator;
- III. Correção da falta até a decisão do INSS;
- IV. Sem ocorrência de circunstância agravante.

Art 291 Constitui circunstância atenuante da penalidade aplicada ter o infrator corrigido a falta até a decisão da autoridade julgadora competente.

§ 1º A multa será relevada, mediante pedido dentro do prazo de defesa, ainda que não contestada a infração, se o infrator for primário, tiver corrigido a falta e não tiver ocorrido nenhuma circunstância agravante.

A relevação não é faculdade da autoridade administrativa, uma vez o infrator atendendo aos requisitos do art. 291, § 1º do RPS, quais sejam: primariedade do infrator; correção da falta e sem ocorrência de circunstância agravante; surge para a autoridade o dever de relevar a multa. Contudo, essa autoridade não pode agir de ofício, é necessária a provocação da parte.

Analisando os requisitos e os autos, verifica-se que não houve a correção da falta até a decisão do órgão previdenciário de primeira instância administrativa. O autuado não demonstrou por meio de documentação a correção das faltas. Além do mais, houve circunstância agravante o que impede a relevação.

Assim, fica demonstrada a necessidade de ser identificada de maneira correta cada etapa processual, para fins de definição dos direitos que assistem aos contribuintes. Caso não seja exercido no tempo correto há a preclusão do direito.

A atenuação e a relevação da multa são benefícios concedidos ao infrator, sendo uma contrapartida oferecida pela legislação previdenciária. Caso esse infrator corrija a falta, ficará responsável por um débito de menor valor, caso atenda aos demais requisitos a multa será relevada. Uma vez sendo em benefício do infrator, é necessário que este atenda aos requisitos exigidos pela Previdência Social e na forma pelo órgão estabelecida, traduzida no Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999.

Corroborando esse entendimento foi publicado o Parecer CJ/MPS nº 3.194/2003, que assim dispõe:

23 Ante o exposto, este membro da Advocacia-Geral da União, por meio desta Consultoria Jurídica, manifesta-se no seguinte sentido

a) o pedido de relevação da multa - previsto no art. 291, § 1º, do Regulamento da Previdência Social - deve ser feito no prazo de impugnação ao auto de infração lavrado pela fiscalização do INSS,

b) a autoridade julgadora competente referida no caput do art. 291, citado, é aquela integrante dos quadros da autarquia previdenciária - INSS

c) a multa somente será relevada na hipótese de o infrator ter corrigido a falta até decisão originária, ou seja, do órgão próprio do INSS. (grifei)

Não tendo sido corrigida a falta e diante da agravante é impossível juridicamente a relevação da multa.

Não cabe o argumento da recorrente de que a multa deveria ser reduzida atendendo à proporcionalidade e à razoabilidade. Uma vez que o valor da multa está expressamente consignado na legislação, cabe ao Poder Executivo aplicar não avaliando a proporcionalidade ou a razoabilidade, pois foram critérios já previamente avaliados pelo Poder Legislativo.

Quanto à falta de caracterização do grupo econômico, existe razão à recorrente. A simples comunhão societária não é suficiente para configurar o grupo de fato. A presença de sócios em comum em entidades distintas não é suficiente para caracterizar grupo econômico, pois o que caracteriza é que uma das empresas controle a outra; fato que não restou evidenciado nos autos, mais precisamente na informação fiscal às fls. 120 e 121. A demonstração da existência de grupo econômico depende de prova contábil, como empréstimos de uma sociedade a outra, assunção de despesas por uma das empresas, investimentos na coligada ou controlada.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por CONHECER PARCIALMENTE do recurso voluntário, para na parte conhecida CONCEDER-LHE PROVIMENTO PARCIAL. Não restou caracterizada a existência de grupo econômico.

É o voto.

Sala das Sessões, em 05 de julho de 2010.


MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA - Relator