



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

Processo nº 10980.720361/2014-47
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-005.226 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de abril de 2018
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente META METALURGICA E EQUIPAMENTOS PARA TRATAMENTO DE AGUA LTDA - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 30/06/2013

VÍCIOS DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO QUE AMPARA O LANÇAMENTO.

Nos termos da Súmula CARF nº 2, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

LANÇAMENTO DE CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO.

Constatado o não-recolhimento total ou parcial de contribuições sociais previdenciárias, não declaradas em GFIP, o auditor-fiscal da Receita Federal do Brasil efetuará o lançamento do crédito tributário.

GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CONFIGURAÇÃO. SOLIDARIEDADE.

As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações previstas na Lei nº 8.212/1991.

MULTA DE OFÍCIO PREVISTA NO ARTIGO 44 DA LEI Nº 9.430/1996.

Nos casos de lançamento de ofício de contribuições sociais previdenciárias, aplica-se o disposto no artigo 44 da Lei nº 9.430/1996.

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

PEDIDO DE PERÍCIA CONSIDERADO NÃO FORMULADO.

Deverá ser considerado não formulado o pedido de perícia apresentado sem a exposição dos motivos pelos quais o requerente entende que deva ser produzida tal prova e sem a indicação de quesitos e do nome, endereço e qualificação profissional de perito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer em parte do recurso, desconhecendo das alegações de inconstitucionalidades de lei, para, na parte conhecida, rejeitar as preliminares, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos dos votos do relator.

(assinado digitalmente)

João Bellini Junior - Presidente

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Andrea Brose Adolfo, Alexandre Evaristo Pinto, João Maurício Vital, Wesley Rocha, Antônio Sávio Nastureles, Marcelo Freitas de Souza Costa, Juliana Marteli Fais Feriato e João Bellini Júnior (Presidente).

Relatório

Trata-se de dois autos de infração lavrados contra a sociedade empresária META Metalúrgica e Equipamentos para Tratamento de Água Ltda (DEBCAD nº 51.054.765-6 e nº 51.054.766-4).

No auto de infração de DEBCAD nº 51.054.765-6, foram lançadas contribuições sociais previdenciárias da empresa sobre remunerações pagas ou creditadas a qualquer título a segurados contribuintes individuais, relativas às competências 01/2010 a 12/2010, 01/2011 a 12/2011 e 01/2012 a 12/2012, acrescidas de multa de ofício de 75% e juros de mora.

Já no auto de infração de DEBCAD nº 51.054.766-4, foram lançadas contribuições sociais previdenciárias de segurados contribuintes individuais relativas às competências 01/2010 a 12/2010, 01/2011 a 12/2011 e 01/2012 a 12/2012, acrescidas de multa de ofício de 75% e juros de mora.

O lançamento das contribuições sociais previdenciárias exigidas nos dois citados autos de infração foi efetuado, conforme exposto pela autoridade fiscal, com base em valores pagos a título de pro labore apurados na escrituração contábil da Autuada (conta contábil 33010010022 – PRO LABORE).

Ainda de acordo com a autoridade fiscal, tais pagamentos de pro labore não foram registrados em folhas de pagamento e também não foram declarados em GFIP.

Os valores totais lançados referentes aos autos de infração de DEBCAD nº 51.054.765-6 e nº 51.054.766-4 correspondiam, na data da consolidação dos débitos (25/03/2014), aos montantes de, respectivamente, R\$ 48.489,62 (quarenta e oito mil e quatrocentos e oitenta e nove reais e sessenta e dois centavos) e R\$ 26.669,34 (vinte e seis mil e seiscentos e sessenta e nove reais e trinta e quatro centavos)

Devido à configuração, em tese, dos crimes de sonegação de contribuição previdenciária (artigo 337-A, inciso I, do Código Penal) e de apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A do Código Penal), a autoridade fiscal informou que iria emitir representação fiscal para fins penais.

Tendo em vista que a autoridade fiscal entendeu que a sociedade empresária CSM Calderaria Saneamento e Montagens Ltda (CNPJ 01.371.151/0001-19) forma grupo econômico de fato com a Autuada (META Metalúrgica e Equipamentos para Tratamento de Água Ltda) e que por isso deve responder solidariamente pelos créditos lançados (artigo 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/1991), a referida sociedade empresária (CSM Calderaria Saneamento e Montagens Ltda) foi cientificada do presente lançamento por meio do Termo de Sujeição Passiva Solidária de fls. 295/296.

Irresignada com o lançamento, a Autuada (META Metalúrgica e Equipamentos para Tratamento de Água Ltda) apresentou a impugnação de fls. 231 a 258, instruída com os documentos de fls. 259 a 266.

Diz que o fundamento do auto de infração impugnado foi a sua exclusão do Simples Nacional promovida pela Receita do Estado do Paraná.

Afirma que a sua exclusão do Simples Nacional é ato manifestamente nulo, já que não foi, em momento algum, intimada para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Relata que, no ano de 2008, simplesmente recebeu um comunicado informando sua exclusão do Simples Nacional em decorrência de débitos de ICMS perante o Estado do Paraná.

Afirma que referidos “débitos” nunca existiram, visto que, com fulcro no artigo 78 do ADCT da Constituição Federal, foram compensados com precatórios requisitórios, adquiridos de terceiros, vencidos e não pagos, emitidos pelo próprio Estado do Paraná. Diz que tal fato foi simplesmente desconsiderado pelo Estado do Paraná.

Assevera que ocorreu afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório na sua exclusão do Simples Nacional, já que não foi concedida oportunidade para exercer adequadamente a sua defesa.

Frisa que os incisos LIV e LX do artigo 5º da Constituição Federal preceituam que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Aduz que é inequívoca a irregularidade do procedimento administrativo que originou a decisão da sua exclusão do Simples Nacional, já que restou omissa em relação “à possibilidade de regularização da suposta infração cometida”.

Alega que tal omissão afronta o princípio da proporcionalidade e demonstra que ocorreu inobservância de uma formalidade essencial à garantia dos direitos do administrado.

Cita que o parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 9.784/1999, em seu inciso VIII, preceitua que nos processos administrativos serão observados, entre outros, o critério de “observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados”.

Ressalta que “as condições de validade dos atos administrativos provenientes do poder de polícia são as mesmas do ato administrativo comum, ou seja, a competência, a finalidade e a forma, acrescida da proporcionalidade da sanção”.

Frisa que “os atos decorrentes do Poder de Polícia são vinculados e estão adstritos a uma forma, ou seja, o revestimento exteriorizado do ato é imprescindível à sua perfeição o que, inclusive, não poderia ser diferente, sob pena de se aniquilar os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório”.

Diz que o procedimento administrativo relativo a sua exclusão do Simples Nacional é manifestamente ilegal, pois não observou os princípios e requisitos inerentes a todo ato administrativo.

Afirma que o referido procedimento administrativo de exclusão do Simples Nacional deve ser declarado nulo e arquivado definitivamente, por força do disposto no artigo 53 da Lei nº 9.784/1999 e da súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

Aduz que, caso as autoridades julgadoras entendam que é impossível revisar um ato administrativo praticado por outra esfera da administração, devem, pelo menos, desconsiderá-lo, por ser manifestamente ilegal e inconstitucional.

Assevera que “o procedimento administrativo originário da decisão de exclusão da Impugnante do Regime Simples Nacional carece de fundamento legal que permita qualquer imposição em face da Impugnante”.

Cita ementa de julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo (APL 994051177647, Relator Xavier de Aquino, Data de Julgamento 11/01/2010, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação 29/01/2010) onde restou asseverado que a pena de desenquadramento de empresa do “Simples Paulista” por mero erro em procedimento de escrituração de nota fiscal mostra-se desproporcional no caso em que o contribuinte tenha agido de boa-fé e em que não tenha ocorrido dano ao Fisco.

Cita ementa de julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (100240619844720031, Relator Armando Freire, Data de Julgamento 11/12/2007, Data de Publicação 29/01/2008) onde restou asseverado que são assegurados ao contribuinte excluído do “Simples Minas” as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, e que “o desenquadramento automático, sem que seja instaurado procedimento administrativo para apuração de sua motivação viola direito líquido e certo”.

Cita ementa de julgado do Tribunal de Justiça do Paraná (APCVREEX 1591077, Relator Antônio Lopes de Noronha, Data de Julgamento 15/12/2004, Data de Publicação 14/02/2005) onde restou asseverado que “é ilegal e abusivo o ato administrativo

que enquadra empresa no sistema normal de tributação, sem que tenha sido oportunizada à interessada manifestação sobre o agravamento da situação fiscal, em flagrante cerceamento de defesa”.

Alega que ato administrativo de exclusão praticado pelo Estado do Paraná é ilegal e inconstitucional.

Alega que a insubsistência do auto de infração impugnado é flagrante devido a ausência de requisito formal indispensável para a sua plena eficácia, “qual seja, o desenquadramento da impugnante no sistema SIMPLES”.

Assevera que o abuso de direito se configura “quando se verifica que o titular do poder discricionário o exerceu com desnaturamento do instituto jurídico a que correspondia o ato realizado, de maneira a desconhecer a sua categoria” e os princípios que o informam como figura jurídica. Afirma que no abuso de direito se pratica, sob aparência de legalidade, ato arbitrário, com desrespeito indireto ao texto legal.

Aduz que, “em momento algum, infringiu dispositivos legais que levassem à sua exclusão do Regime Simples Nacional”.

Frisa, porém, que “em determinados períodos efetivamente deixou de pagar os tributos estaduais em espécie, fazendo-o, como visto alhures, com créditos devidos pelo próprio ente arrecadador”.

Afirma que a sua exclusão do Simples Nacional, além de passar longe dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, certamente a levará a falência.

Alega que os autos de infração impugnado são totalmente nulos, visto que a autoridade fiscal omitiu a fundamentação legal em que se baseou a imposição tributária e a descrição da matéria tributável.

Assevera que a autoridade fiscal não observou o disposto no inciso IV do artigo 10 do Decreto nº 70.235/1972, já que se limitou “a anexar relação confusa, genérica e imprecisa da legislação que rege as contribuições ao INSS, não correlacionando os dispositivos com a matéria tributária glosada”.

Diz que o auto de infração impugnado violou o disposto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa.

Afirma que, no auto de infração impugnado, deveriam constar, detalhadamente, somente os dispositivos que teriam sido infringidos, e não a relação de todos os dispositivos legais pertinentes à incidência das contribuições para a Seguridade Social.

Assevera que é direito do contribuinte que “a exigência fiscal esteja de tal modo composta que lhe propicie contestá-la, ponto por ponto, item por item”.

Ressalta que, na ausência de uma discriminação e uma circunstanciação dos dispositivos infringidos, o contribuinte é impedido de exercer sua defesa de forma ampla e irrestrita, já que não há uma delimitação do campo de luta.

Aduz que o auto de infração impugnado possui o vício da incompleta e imprecisa descrição dos dispositivos que foram atribuídos ao contribuinte como infringidos.

Diz que o auto de infração impugnado não aponta os artigos que dão suporte para a lavratura das exigências tributárias, mas apenas menciona, aleatoriamente, uma série de textos legais. Alega que foi obrigada a efetuar um verdadeiro trabalho de adivinhação dos tipos legais em que foi enquadrada.

Afirma que é “nulo o lançamento tributário destituído de capitulação legal e sem a descrição da matéria tributável, por caracterizar manifesto cerceamento de defesa”.

Afirma que a base de incidência das contribuições sociais previdenciárias dos empregadores foi limitada, pela Constituição Federal de 1988, à folha de salários, ao faturamento e ao lucro.

Lembra que os artigos 3º e 22 da Lei nº 7.787/1989 determinavam que a alíquota da contribuição das empresas sobre os pagamentos feitos a título de pró-labore e os pagamentos feitos a autônomos deveria ser de 20%.

Cita ementa de julgado do Supremo Tribunal Federal (ADIN nº 1.102-2) onde restou asseverado que “a contribuição previdenciária incidente sobre a ‘folha de salários (CF, art.195,I) não alcança os ‘empresários’ e ‘autônomos’, sem vínculo empregatício”.

Diz que contribuições sociais previdenciárias sobre remunerações pagas a empresários (pro labore) e autônomos, por força do disposto no §4º do artigo 195 da Constituição Federal, somente poderiam ser instituídas por lei complementar.

Frisa que a Lei Complementar nº 84, de 18 de janeiro de 1996, determinou que, a partir de 1º de maio de 1996, “as pessoas jurídicas estariam obrigadas ao pagamento de contribuição ao INSS, na base de 15%, sobre as remunerações ou retribuições pagas ou creditadas, por serviços prestados sem vínculo de emprego, aos segurados empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas”.

Ressalta que a redação original do inciso II do artigo 201 do Regulamento da Previdência Social (aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999) previa que a contribuição a cargo da empresa, destinada a seguridade social, era de quinze por cento sobre o total das remunerações ou retribuições pagas ou creditadas no decorrer do mês ao segurado empresário, trabalhador autônomo ou a este equiparado, trabalhador avulso e demais pessoas físicas pelos serviços prestados sem vínculo empregatício.

Lembra que a Lei nº 9.876/1999 acrescentou o inciso III do artigo 22 da Lei nº 8.212/1991, onde é previsto que a empresa está obrigada a recolher uma contribuição de vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços.

Frisa que a Lei Ordinária nº 9.786/1999, em seu artigo 9º, revogou expressamente a Lei Complementar nº 84, de 18 de janeiro de 1996.

Ressalta que, em 30 de novembro de 1999, foi publicado o decreto nº 3.265 que alterou o artigo 201, inciso I, do Decreto nº 3.048/1999, com o objetivo de se adequar aos ditames da Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, passando a ser a contribuição a cargo da empresa de vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, trabalhador avulso e ao segurado contribuinte individual.

Diz que a justificativa para essa alteração do percentual da contribuição é absurda, pois se baseia na Lei nº 9.876/1999, que alterou o conceito de contribuinte individual existente no artigo 12 da Lei nº 8.212/1991.

Alega que a inclusão de contribuinte empresário e autônomo no conceito legal de contribuinte individual com base em Lei Ordinária não pode alterar o conceito da Lei Complementar que é expresso e taxativo.

Afirma que “a contribuição da empresa em relação às remunerações e retribuições pagas ou creditadas pelos serviços de segurados empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas, sem vínculo empregatício, está totalmente disciplinada pela Lei Complementar nº 84, de 18.1.96, não podendo, destarte, qualquer lei ordinária ou decreto fugir de seus rígidos contornos, sob pena de ofensa ao princípio da hierarquia das leis no primeiro caso e do princípio da legalidade no segundo”.

Alega que somente uma norma de igual hierarquia poderia revogar/alterar os elementos integrantes da regra-matriz de incidência da contribuição social previdenciária de 15% que era prevista na Lei Complementar nº 84/1996, “sob pena de ferir de morte o princípio da hierarquia das leis”.

Cita trecho de artigo de Hugo de Brito Machado (Revista Dialética de Direito Tributário nº 14, nov/96, São Paulo, p. 19) onde este professor assevera que “a doutrina segundo a lei complementar, naquilo em que se cuida de matérias a ela não reservadas pela Constituição, pode ser alterada por lei ordinária, amesquinha o princípio da segurança jurídica, na medida em que o campo das matérias atribuídas pela Constituição à lei complementar é impreciso”.

Cita ementa de julgado do STJ (Recurso Especial nº 221.710/RJ, 2ª Turma do STJ, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins – Data do Julgamento 04/10/2001), onde restou asseverado que “a isenção concedida pela Lei Complementar nº 70/91 não pode ser revogada pela Lei nº 9.430/96, lei ordinária, em obediência ao princípio da hierarquia das leis”.

Alega que “a majoração implementada pela Lei Ordinária nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, na alíquota da contribuição incidente sobre os pagamentos efetuados aos autônomos, avulsos e sobre o pró-labore, revogando expressamente a LC 84/96, é inconstitucional e ilegal, por ferir o princípio da ‘hierarquia das leis’, bem como da segurança jurídica, uma vez que a utilização da lei complementar vinculou qualquer alteração da legislação ao mesmo instrumento legislativo, sob pena de inconstitucionalidade formal”.

Aduz que a alteração promovida pelo Decreto nº 3.265/1999 na redação do inciso II do artigo 201 do Regulamento da Previdência Social (aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999) também é inconstitucional e ilegal, já que vai de encontro ao disposto na Lei Complementar nº 84/1996.

Afirma que a configuração de um grupo econômico depende do preenchimento dos seguintes requisitos: “a) participação societária entre as sociedades empresárias; b) exercício de objetivos sociais comuns ou similares; c) sinergias entre as sociedades empresárias; d) empreendimento comum; e) orientação comum – mesmo corpo diretivo e; f) confusão patrimonial”.

Alega que no presente caso não há participação societária entre as empresas, exercício de atividade conjunta e sob a mesma orientação.

Aduz que a configuração de responsabilidade solidária não decorre unicamente da configuração da existência do grupo econômico, “mas também da participação conjunta das empresas na situação configuradora do fato gerador de determinado tributo”.

Assevera que “a responsabilização conjunta pelo débito tributário, centrada unicamente na existência do grupo econômico, resultaria no desmantelamento de vários institutos seculares, passando por cima da personalidade jurídica de cada pessoa jurídica e da sua autonomia patrimonial, na qual se insere a responsabilidade por suas dívidas”.

Cita ementa de julgado do STJ (AgRg no AREsp 21073/RS Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2011/0077935-0, publicado no Dje de 25/05/2011) onde restou asseverado que “a jurisprudência do STJ entende que existe responsabilidade tributária solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico, apenas quando ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, não bastando o mero interesse econômico na consecução de referida situação”.

Cita ementa de julgado do STJ (Ag 1392703/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/06/2011, Dje 14/06/2011) onde restou asseverado que “a Primeira Seção/STJ pacificou entendimento no sentido de que o fato de haver pessoas jurídicas que pertençam ao mesmo grupo econômico, por si só, não enseja a responsabilidade solidária, na forma prevista no art. 124 do CTN”.

Cita ementa de julgado do STJ (AgRG 1163381/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 21/09/2010, Dje 01/10/2010) onde restou asseverado que “não caracteriza a solidariedade passiva em execução fiscal o simples fato de duas empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico”.

Aduz que só existe responsabilidade tributária solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico “quando estas realizam conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, o que, de maneira nenhuma, está configurado no caso concreto em análise”.

Frisa que “existem inúmeros exemplos de grupos econômicos que separam suas atividades em diversas empresas, exatamente para que os efeitos econômicos de uma ou outra não afetem o resultado de outras”.

Diz que nas autuações impugnadas “a zelosa fiscalização cominou ilegalmente uma pesada multa pelo pretenso descumprimento das obrigações tributárias acessórias (75%)”.

Afirma que a única finalidade das sanções tributárias é desestimular o descumprimento das obrigações tributárias.

Assevera que a multa fiscal “não pode ser utilizada com intuito arrecadatário, valendo-se como tributo disfarçado”.

Aduz que a autoridade fiscal não poderia ter lançado a multa de ofício de 75%, visto que não se vislumbra caracterizada qualquer infração cometida.

Afirma que a multa de ofício de 75% deve ser cancelada, porquanto existe “incerteza da jurisprudência sobre a matéria”.

Cita diversos precedentes judiciais que tratam da análise da confiscatoriedade ou não de multas tributárias.

Alega que a exigência de multa de ofício de 75% “resulta em confisco de patrimônio do suposto devedor, ferindo princípios constitucionais basilares: da moralidade e vedação do enriquecimento sem causa (CF art. 37 caput); da propriedade (CF art. 5º, caput, XXII e 170, II) e princípio do não confisco de tributos/multas (CF art. 150, IV)”.

Requer, por fim, sucessivamente: a declaração de nulidade dos autos de infração hostilizados; o reconhecimento da decadência de parte do crédito tributário constituído; a declaração de improcedência dos referidos autos de infração; e o afastamento ou a redução da multa de ofício lançada. Ademais, requer que seja afastada a responsabilização solidária da empresa CSM Calderaria Saneamento e Montagens Ltda. Alternativamente, requer a produção de prova pericial, aduzindo que a formulação de quesitos e a indicação de assistente técnico será feita posteriormente.

Devidamente intimada dos lançamentos (Termo de Sujeição Passiva Solidária de fls. 224/225), a sociedade empresária CSM Calderaria Saneamento e Montagens Ltda (CNPJ 01.371.151/0001-19) deixou transcorrer in albis o prazo para impugnação.

O Acórdão n. 07-35.650 da DRJ (fls. 269 e ss) julgou a impugnação improcedente nos termos abaixo:

*"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS
PREVIDENCIARIAS*

Período de Apuração: 01/01/2010 a 30/06/2013

LANÇAMENTO DE CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO.

Constatado o não-recolhimento total ou parcial de contribuições sociais previdenciárias, não declaradas em GFIP, o auditor-fiscal da Receita Federal do Brasil efetuará o lançamento do crédito tributário.

*GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CONFIGURAÇÃO.
SOLIDARIEDADE.*

As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações previstas na Lei nº 8.212/1991.

*MULTA DE OFÍCIO PREVISTA NO ARTIGO 44 DA LEI
Nº 9.430/1996.*

Nos casos de lançamento de ofício de contribuições sociais previdenciárias, aplica-se o disposto no artigo 44 da Lei nº 9.430/1996.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2010 a 30/06/2013

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

PEDIDO DE PERÍCIA CONSIDERADO NÃO FORMULADO.

Deverá se considerado não formulado o pedido de perícia apresentado sem a exposição dos motivos pelos quais o requerente entende que deva ser produzida tal prova e sem a indicação de quesitos e do nome, endereço e qualificação profissional de perito."

Em 27 de fevereiro de 2015, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário (fls. 304 e ss.), reiterando os argumentos trazidos em sede de Impugnação: (i) nulidade do auto de infração em razão do indevido desenquadramento da Recorrente no Simples; (ii) abuso do direito como limite ao poder discricionário; (iii) nulidade do auto de infração em razão de sua imprecisa capitulação legal; (iv) inconstitucionalidade do aumento das contribuições previdenciárias sobre o "pró-labore" e pagamentos efetuados aos autônomos; (v) necessidade de participação dos integrantes do grupo econômico no fato gerador; e (vi) efeito confiscatório da multa cominada.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto

O recurso voluntário é tempestivo, no entanto, o Recorrente argui a inconstitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária sobre determinadas verbas, bem como o efeito confiscatório da multa cominada e a potencial ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, da proporcionalidade e da razoabilidade quando do seu desenquadramento do Simples.

Nos termos da Súmula CARF nº 2, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Diante do exposto, conheço em parte do recurso voluntário, não conhecendo das alegações de inconstitucionalidade supramencionadas e tampouco a potencial ofensa aos princípios da vedação ao confisco, do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Da Questão da Exclusão do Simples Nacional

A Recorrente alega que era enquadrada no Simples Nacional e que foi excluída de tal regime de tributação de forma ilegal e inconstitucional.

Aduz que o procedimento adotado feriu as garantidas da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, visto que simplesmente recebeu um comunicado do Estado do Paraná, informando que a sua exclusão ocorreu devido a débitos de ICMS. Afirma que os supostos “débitos” não existiam, já que foram compensados com precatórios requisitórios, adquiridos de terceiros, vencidos e não pagos, emitidos pelo próprio Estado do Paraná. Alega que o procedimento de exclusão adotado também fere os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, já que não foi oportunizada possibilidade de regularização da suposta infração cometida.

Ocorre que, a partir de análise da manifestação de fls. 47 a 49, que é a resposta que foi dada ao Termo de Início de Procedimento Fiscal (fls. 41/42), verifica-se que a própria Autuada admitiu que contestou judicialmente a sua exclusão do Simples Nacional e que não obteve êxito em tal tentativa.

Como prova disso, cabe citar o seguinte trecho da manifestação de fls. 47 a 49:

No ano de 2008, recebemos um comunicado informando nossa exclusão do SIMPLES NACIONAL em decorrência de débitos de ICMS perante o Estado do Paraná. (...)

(...) Prontamente entramos em contado com o advogado que nos orientava nesse procedimento fiscal para que tomasse as providências cabíveis, pois não poderíamos perder a “benesse legal” e ser excluídos do Simples Nacional.

Prontamente foi ingressado com um Mando [sic] de Segurança nº 34.290/000, perante a 3ª Vara da Fazenda Pública (doc. em anexo), visando à obtenção o [sic] reconhecimento do direito postulado e, em consequência, a reintegração da peticionaria do [sic] SIMPLES NACIONAL.

Na sequência, nos foi informado que poderíamos continuar pagando os tributos através do SIMPLES NACIONAL até o término do referido mandado de segurança.

Porém, após o recebimento da intimação fiscal ora respondida, entramos em contato visando à obtenção das informações requeridas e fomos surpreendidos pelo fato de que referido processo já tinha sido encerrado no final do na [sic] de 2011 com desfecho desfavorável a peticionaria, sendo que o mesmo já se encontra, inclusive, arquivado, conforme podemos perceber pela análise da fase processual em anexo.

Assim, fica claro que as alegações do Recorrente já foram discutidas judicialmente e que o desfecho da lide no Poder Judiciário, conforme a própria Autuada, não foi favorável a ela.

Ante o exposto, a exclusão da Recorrente do Simples Nacional, ao contrário do que ela entende, deve ser considerada válida e legítima para fins de manutenção do presente auto de infração (DEBCAD nº 51.058.917-0).

Da Questão da Imprecisa Capitulação Legal do Auto de infração de DEBCAD nº 51.054.765-6

As alegações de que o lançamento das exigências contidas no auto de infração de DEBCAD nº 51.054.765-6 foi efetuado sem a exposição clara e suficiente das fundamentações fáticas e jurídicas que o embasaram não podem prosperar, porquanto foram perfeitamente identificados na referida autuação e em seus anexos, as contribuições lançadas, seus fatos geradores, os períodos a que se referem, as bases de cálculo utilizadas e os fundamentos legais do débito, o que possibilita a completa compreensão dos créditos lançados.

Da análise do auto de infração de DEBCAD nº 51.054.765-6, do seu relatório Discriminativo do Débito de fls. 04 a 10 e do relatório fiscal de fls. 23 a 38, observa-se que os mesmos demonstram, de forma clara, que foram lançadas contribuições sociais previdenciárias da empresa sobre remunerações pagas ou creditadas a segurados contribuintes individuais, relativas às competências 01/2010 a 12/2010, 01/2011 a 12/2011 e 01/2012 a 12/2012, acrescidas de multa de ofício de 75% e juros de mora.

Já da análise conjunta do relatório fiscal de fls. 23 a 38 com o Discriminativo do Débito de fls. 04 a 10, verifica-se que as bases de cálculo utilizadas no auto de infração de DEBCAD nº 51.054.765-6 foram apuradas com supedâneo em valores pagos a título de pro labore apurados na escrituração contábil da Autuada (conta contábil 33010010022 – PRO LABORE), que não foram registrados em folhas de pagamento e que também não foram declarados em GFIP.

Já a fundamentação legal do lançamento das exigências contidas no auto de infração de DEBCAD nº 51.054.765-6 encontra-se expressamente exposta no relatório “Fundamentos Legais do Débito - FLD” de fls. 11/12.

Cabe ressaltar que, da simples análise do referido relatório (fls. 11/12), verifica-se que as alegações no sentido de que não teria sido exposta de maneira clara, precisa e completa, a fundamentação legal do lançamento são totalmente improcedentes, pois tanto a legislação que autoriza os auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil a fiscalizar e lançar contribuições sociais previdenciárias, como a que prevê as contribuições e acréscimos legais lançados, foram minuciosamente discriminadas pela autoridade fiscal.

Com efeito, resta claro que não há que se falar na existência de qualquer vício que macule o lançamento das exigências contidas no auto de infração de DEBCAD nº 51.054.765-6 no que tange a exposição de seus fundamentos fáticos e legais.

Como consequência, também não há que se falar na ocorrência de qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

Da Questão da Imprecisa Capitulação Legal do Auto de infração de DEBCAD nº 51.054.766-4

As alegações no sentido de que o lançamento das exigências contidas no auto de infração de DEBCAD nº 51.054.766-4 foi efetuado sem a exposição clara e suficiente das fundamentações fáticas e jurídicas que o embasaram não podem prosperar, porquanto foram perfeitamente identificados na referida autuação e em seus anexos, as contribuições lançadas,

seus fatos geradores, os períodos a que se referem, as bases de cálculo utilizadas e os fundamentos legais do débito, o que possibilita a completa compreensão dos créditos lançados.

Da análise do auto de infração de DEBCAD nº 51.054.766-4, do seu relatório Discriminativo do Débito de fls. 14 a 18 e do relatório fiscal de fls. 23 a 38, observa-se que os mesmos demonstram, de forma clara, que foram lançadas contribuições sociais previdenciárias de segurados contribuintes individuais, relativas às competências 01/2010 a 12/2010, 01/2011 a 12/2011 e 01/2012 a 12/2012, acrescidas de multa de ofício de 75% e juros de mora.

Já da análise conjunta do relatório fiscal de fls. 23 a 38 com o Discriminativo do Débito de fls. 14 a 18, verifica-se que as bases de cálculo utilizadas no auto de infração de DEBCAD nº 51.054.766-4 foram apuradas com supedâneo em valores pagos a título de pro labore apurados na escrituração contábil da Autuada (conta contábil 33010010022 – PRO LABORE), que não foram registrados em folhas de pagamento e que também não foram declarados em GFIP.

Já a fundamentação legal do lançamento das exigências contidas no auto de infração de DEBCAD nº 51.054.766-4 encontra-se expressamente exposta no relatório “Fundamentos Legais do Débito - FLD” de fls. 19/20.

Cabe ressaltar que, da simples análise do referido relatório (fls. 19/20), verifica-se que as alegações no sentido de que não teria sido exposta de maneira clara, precisa e completa, a fundamentação legal do lançamento são totalmente improcedentes, pois tanto a legislação que autoriza os auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil a fiscalizar e lançar contribuições sociais previdenciárias, como a que prevê as contribuições e acréscimos legais lançados, foram minuciosamente discriminadas pela autoridade fiscal.

Com efeito, resta claro que não há que se falar na existência de qualquer vício que macule o lançamento das exigências contidas no auto de infração de DEBCAD nº 51.054.766-4 no que tange a exposição de seus fundamentos fáticos e legais.

Como consequência, também não há que se falar na ocorrência de qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

Da Questão da Decadência

Como decorrência do julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 556.664, 559.882, 559.943 e 560.626, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 8, nos seguintes termos:

São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei nº 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

A referida súmula é de observância obrigatória pela Administração Pública, de acordo com a Lei nº 11.417, de 19/12/2006, que regulamentou o artigo 103-A da Constituição Federal, prescrevendo esta lei, em seu artigo 2º, in verbis:

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito

vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

Conforme o artigo 64-B da Lei nº 9.784/99, as autoridades administrativas devem se adequar ao entendimento do STF, “sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”:

Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal. (Incluído pela Lei nº 11.417, de 2006).

Cumpra salientar também, o disposto nos artigos 2º e 3º da Lei nº 11.457, de 16/03/2007, a seguir parcialmente transcritos:

Art. 2º Além das competências atribuídas pela legislação vigente à Secretaria da Receita Federal, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição.

(...)

Art. 3º As atribuições de que trata o art. 2º desta Lei se estendem às contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, na forma da legislação em vigor, aplicando-se em relação a essas contribuições, no que couber, as disposições desta Lei.

(...)

§ 2º O disposto no caput deste artigo abrangerá exclusivamente contribuições cuja base de cálculo seja a mesma das que incidem sobre a remuneração paga, devida ou creditada a segurados do Regime Geral de Previdência Social ou instituídas sobre outras bases a título de substituição.

§ 3º As contribuições de que trata o caput deste artigo sujeitam-se aos mesmos prazos, condições, sanções e privilégios daquelas referidas no art. 2º desta Lei, inclusive no que diz respeito à cobrança judicial.

(...)

§ 6º Equiparam-se a contribuições de terceiros, para fins desta Lei, as destinadas ao Fundo Aeroviário - FA, à Diretoria de Portos e Costas do Comando da Marinha - DPC e ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA e a do salário-educação.

Assim, definindo o STF a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, que estabelecia o prazo decenal para constituição dos créditos previdenciários, a

matéria passa a ser regida pelos artigos 173, inciso I, e 150, § 4º, do Código Tributário Nacional:

Art. 150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (...)

Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(...)

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Com respeito a forma de contagem de prazo decadencial relativo às contribuições sociais previdenciárias, o Ministro do Estado da Fazenda aprovou, em 18 de agosto de 2008, o Parecer PGFN/CAT nº 1617/2008, que por força do artigo 3º, § 3º, da Lei nº 11.457/2007, também se aplica às contribuições devidas a terceiros (outras entidades e fundos).

Tal parecer estabelece orientações a serem observadas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em face da edição da Súmula Vinculante nº 8, nos seguintes termos:

49. (...)

a) A Súmula Vinculante nº 8 não admite leitura que suscite interpretação restritiva, no sentido de não se aplicar - - efetivamente - - o prazo de decadência previsto no Código Tributário Nacional; é o regime de prazos do CTN que deve prevalecer, em desfavor de quaisquer outras orientações normativas, a exemplo das regras fulminadas;

b) apresentada a declaração pelo contribuinte (GFIP ou DCTF, conforme o tributo) não há necessidade de lançamento pelo fisco do valor declarado,

podendo ser lançado apenas a eventual diferença a maior não declarada (lançamento suplementar);

c) na hipótese do subitem anterior, caso o Fisco tenha optado por lançar de ofício, por meio de NFLD, as diferenças declaradas e não pagas em sua totalidade, aplica-se o prazo decadencial dos arts. 150, § 4º, ou 173 do CTN, conforme tenha havido antecipação de pagamento parcial ou não, respectivamente; o prazo prescricional, ainda, e por sua vez, conta-se da constituição definitiva do crédito tributário;

d) para fins de cômputo do prazo de decadência, não tendo havido qualquer pagamento, aplica-se a regra do art. . 173, inc. I do CTN, pouco importando se houve ou não declaração, contando-se o prazo do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

e) para fins de cômputo do prazo de decadência, tendo havido pagamento antecipado, aplica-se a regra do § 4º do art. 150 do CTN;

f) para fins de cômputo do prazo de decadência, todas as vezes que comprovadas as hipóteses de dolo, fraude e simulação deve-se aplicar o modelo do inciso I, do art. 173, do CTN; (...)

Da leitura do excerto do Parecer PGFN/CAT nº 1617/2008 transcrito acima e da análise dos autos, verifica-se de pronto que nenhuma das exigências contidas no auto de infração de DEBCAD nº 51.058.917-0 foram alcançadas pela decadência, já que na data em que a Impugnante tomou ciência do lançamento (28/03/2014 – fl. 03) não havia sequer decorrido 5 anos a contar das competências a que se referem tais exigências (01/2010 a 12/2010, 01/2011 a 12/2011, 01/2012 a 12/2012 e 01/2013 a 06/2013).

Ante o exposto, verifica-se que é totalmente improcedente a alegação de que parte dos créditos exigidos no auto de infração hostilizado já havia sido alcançada pela decadência antes do lançamento da autuação.

Da Questão da Contribuição Previdenciária da Empresa sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços

A Autuada, ao tratar das contribuições sociais previdenciárias lançadas no auto de infração de DEBCAD nº 51.054.765-6, aduz, em síntese, que o artigo 22, inciso III, da Lei nº 8.212/1991, é inconstitucional e ilegal, já que a contribuição prevista nele, por força do disposto §4º do artigo 195 da Constituição Federal, só poderia ser instituída por lei complementar, visto que, no seu entendimento, as remunerações pagas pelo trabalho prestado por sócios da empresa e autônomos não estariam englobadas na “folha de salários e demais rendimentos do trabalho” a que faz menção a alínea “a”, do inciso I, do artigo 195, da Constituição Federal. Frisa que a Lei nº 9.876/1999, que acrescentou o inciso III do artigo 22 da Lei nº 8.212/1991, não poderia ter revogado a Lei Complementar nº 84/1996, que previa a contribuição social previdenciária da empresa sobre as remunerações ou retribuições pagas a segurados empresários sem vínculo empregatício e trabalhadores autônomos. Afirmar, também, que o artigo 22, inciso III, da Lei nº 8.212/1991, infringiu os princípios constitucionais da hierarquia das leis e da segurança jurídica, já que somente uma norma de igual hierarquia poderia revogar/alterar os elementos integrantes da regra-matriz de incidência da contribuição social previdenciária de 15% que era prevista na Lei Complementar nº 84/1996.

Sucede que estas alegações não podem ser apreciadas no presente julgamento, porquanto é vedado à autoridade julgadora, em sede de processo administrativo fiscal, afastar a aplicação, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, de lei, decreto ou ato normativo em vigor. Tal impedimento se deve ao caráter vinculado da atuação das instâncias administrativas.

Assim, quaisquer discussões acerca da inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais exorbitam da competência das autoridades administrativas, às quais cabe, apenas, cumprir as determinações da legislação em vigor.

Da Questão do Grupo Econômico de Fato

Da leitura do relatório fiscal, nota-se que foi entendido que há caracterização de "grupo econômico de fato", passível de responsabilização tributária nos termos do artigo 30, IX, da Lei nº 8.212/91, conforme pode ser observado abaixo:

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

(...)

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

O dispositivo normativo supracitado é lacônico, ao não prever requisitos para que a responsabilidade tributária solidária de empresas de grupo econômico seja aplicável aos casos concretos.

Todavia, no presente caso, verifica-se da análise dos autos que, em que pese as alegações apresentadas na impugnação, não há como se negar que as sociedades empresárias META Metalúrgica e Equipamentos para Tratamento de Água Ltda e CSM Calderaria Saneamento e Montagens Ltda, além de serem controladas e administradas por pessoas da mesma família (os irmãos Alisson Marçal da Silva e Edilaine Marçal da Silva Senna, e seus pais Alcelino Ademetro Tavares da Silva e Ivanilde Marçal da Silva), atuam de forma integrada e coordenada, constituindo na realidade uma única empresa (na acepção de empreendimento).

Entre as provas coletadas e as constatações efetuadas pela autoridade fiscal que demonstram que as sociedades empresárias META Metalúrgica e Equipamentos para Tratamento de Água Ltda e CSM Calderaria Saneamento e Montagens Ltda compõem grupo econômico de fato, deve-se destacar as seguintes:

a) o fato dos sócios da Meta Metalúrgica, Alisson Marçal da Silva e Edilaine Marçal da Silva Senna serem filhos de Alcelino Ademetro Tavares da Silva e Ivanilde Marçal da Silva, sócios da CSM, conforme consta nos documentos de identificação de Alisson e Edilaine;

b) o fato dos sócios da Meta Metalúrgica (Alisson Marçal da Silva e Edilaine Marçal da Silva Senna) possuírem duradouros vínculos de emprego com a empresa CSM;

c) o fato do ramo de atividade das empresas, conforme seus próprios contratos sociais, ser o mesmo, ou seja, “indústria mecânica relacionada a fabricação e instalação de equipamentos para tratamento de água e estruturas metálicas”;

d) a constatação, efetuada com base nas informações contábeis da Meta Metalúrgica referente ao período fiscalizado, de que esta empresa existe para servir a apenas um único cliente, a CSM Calderaria Saneametro e Montagens Ltda, conforme exposto no seguinte trecho do relatório fiscal:

Conforme consta na contabilidade da Meta Metalúrgica, conta contábil “110201 – clientes” (vide anexo “Razão clientes Meta”), no ano-calendário 2010, 98,4% do faturamento da Meta Metalúrgica adveio da prestação de serviços à CSM. Nos anos-calendário 2011 e 2012, 100% (cem por cento) do faturamento da Meta Metalúrgica decorreu de serviços prestados à CSM. Ou seja, a Meta metalúrgica é absolutamente dependente e não teria existência autônoma sem a empresa CSM.

e) o fato da própria Meta Metalúrgica, na resposta dada ao termo de intimação fiscal nº 04, ter admitido que seus empregados laboram nas instalações da CSM, que esta (CSM) a controla financeiramente desde 2010, e que utiliza a “parte administrativa” da CSM;

f) a constatação de que a Meta Metalúrgica não exerce atividade comercial, já que: não tem preocupação em angariar clientes; não possui departamento comercial ou de vendas, nem vendedores; não possui endereço eletrônico (site) na internet; ao se pesquisar “META METALÚRGICA E EQUIPAMENTOS PARA TRATAMENTO DE ÁGUA LTDA” na ferramenta de busca na internet “Google”, verifica-se que o resultado da pesquisa não faz qualquer menção a telefone para contato;

g) o fato de existir registros na contabilidade da Meta Metalúrgica de empréstimos recebidos de sócio da CSM (Alcelino Ademetro Tavares Silva) e o fato da subconta contábil que registra tais empréstimos denominar-se “ALCELINO ADEMETRO TAVARES SILVA – PESSOA LIG”;

h) o fato das GFIP das duas empresas serem confeccionadas e enviadas do mesmo computador e pela mesma pessoa, Giselli dos Santos Roncaglio, que é formalmente registrada como empregada da Meta Metalúrgica;

i) a constatação que tanto o e-mail fornecido pelo responsável pelo envio das GFIPs das duas empresas, como o telefone para contato, são da CSM;

j) a constatação de que o contrato de prestação de serviços firmado entre as duas empresas não contém cláusula de preço ou retribuição de qualquer forma pelos trabalhos prestados, nem a forma de apuração do valor dos trabalhos prestados pela Meta Metalúrgica à CSM;

k) a constatação de que a Meta Metalúrgica emitia apenas uma nota fiscal por mês, contendo a descrição lacônica dos serviços prestados (serviços de manutenção e solda) e o valor necessário para o acerto contábil das suas despesas, sem o destaque referente à obrigação legal de retenção de contribuições sociais previdenciárias;

l) a constatação de diversas anormalidades na contabilidade da Meta Metalúrgica, conforme exposto no seguinte trecho do relatório fiscal:

20.9. *Fluxo financeiro e contábil entre as empresas. Em síntese, é usual que os pagamentos recebidos por uma empresa sejam registrados nas contas “Caixa” (quando realizados em dinheiro ou cheque) ou “Banco” (quando feitos mediante transferências bancárias, depósitos, boletos etc.). Além disso, quando se avulta o saldo na conta Caixa, por motivos de controle e segurança, transferem-se valores dessa conta para a conta “Banco”.*

Também é usual que as despesas como fornecedores, pessoal e tributos sejam pagas pela empresa com os recursos financeiros existentes nas contas “Caixa” e “Banco”. E assim sucessivamente.

A contabilidade da Meta Metalúrgica não segue esse princípio elementar: O de que as receitas pagam as despesas. Além disso, os registros contábeis dessa empresa revelam a relação de integral dependência em relação à CSM e de que a administração da Meta Metalúrgica é subordinada à CSM. Vejamos as atipicidades encontradas na contabilidade da Meta Metalúrgica em relação à CSM:

A CSM que seria um cliente da Meta Metalúrgica, ou seja, seria devedora da Meta é, conforme demonstra a contabilidade, credora da Meta. A CSM ora paga despesas da Meta Metalúrgica, ora empresta recursos para que esta o faça. Tornando-se, invariavelmente, credora daquela que lhe prestaria serviços.

A conta contábil “1102040003 - CSM CALD SAN MONT LTDA – EMPREST CREDOR” (razão em anexo) contém lançamentos contábeis cujos históricos e contrapartidas indicam que a CSM pagou despesas da Meta Metalúrgica, bem como efetuou transferências bancárias para esta empresa. Ao final de cada mês o saldo dessa conta é transferido para a conta “2201040002 - CSM CALD SANEAM E MONTAG LTDA - EMPREST DEVED” (razão em anexo). Conforme se pode verificar neste mesmo anexo, o saldo desta conta é diminuído ora tendo como contrapartida um lançamento (de pagamento) pela conta “Caixa” e ora tendo como contrapartida um lançamento para outra conta do passivo, “2201040001 - ADIANTAMENTO CLIENTES” (que também recebeu alguns lançamentos para diminuição do saldo da conta “Caixa”). Ao final do ano-calendário 2012 o saldo dessa conta de “ADIANTAMENTO CLIENTES”, nada mais que a “dívida” da Meta Metalúrgica perante a CSM, era de R\$ 763.895,00. Razão dessa conta em anexo.

Todos os “pagamentos” pelos serviços prestados pela Meta Metalúrgica à CSM são registrados na conta “1101010001 – CAIXA” conforme demonstra o anexo “Razão Meta cliente CSM com contrapartidas”. E desta é feita o acerto contábil com as outras contas aqui referidas. (Repise-se que, conforme descrito no tópico 20.8, a emissão das Notas Fiscais pela Meta Metalúrgica é uma ficção e serve apenas para alimentar a conta Caixa).

O saldo da conta Caixa, que deveria corresponder ao numerário em espécie em poder da empresa, chega a atingir o incrível valor de R\$ 996.598,72 em 31/07/2010.

Por outro lado, na boa técnica contábil, é impossível que a conta Caixa tenha saldo credor, mas é exatamente isso que acontece com essa conta da Meta Metalúrgica na maior parte do período compreendido entre 05/07/2012 e 20/12/2012, quando o saldo da conta Caixa chegou a ser continuamente credor (faltou dinheiro em caixa) em valores acima de R\$ 100.000,00. (vide anexo Razão Caixa). Este “descontrole” contábil tem apenas uma explicação: A administração da Meta Metalúrgica é feita pela CSM. A Meta Metalúrgica sobrevive exclusivamente às custas da CSM que previamente paga-lhe as despesas para depois ser elaborado um encontro de contas contábeis conforme descrito neste tópico.

O pagamento de despesas de uma empresa por outra revela a integração entre as empresas e o domínio de uma sobre a gestão da outra. A empresa dominante conhece intimamente a rotina empresarial da outra como custos, despesas, impostos pagos etc.

A similaridade dos objetos sociais das duas empresas, descrita em 20.3, faria presumir a existência de concorrência (disputa pelos mesmos clientes) entre a Meta e a CSM, bem como estratégias particulares de gestão e sigilos em relação às composições de custos de cada empresa.

Nada disso acontece. A Meta Metalúrgica não disputa nenhum cliente com a CSM e é controlado por esta, que conhece sua folha de salários, dívidas tributárias e demais custos da Meta conforme se depreende da análise das despesas pagas pela CSM. (contidas na conta contábil 1102040003 - CSM CALD SAN MONT LTDA - EMPREST CREDOR, da Meta Metalúrgica).

O termo de intimação fiscal n. 8, contendo amostragem com 86 (oitenta e seis) eventos contábeis, teve como finalidade confirmar o fato da CSM pagar despesas da Meta Metalúrgica. Em resposta à intimação, a Meta Metalúrgica informou que “realmente as despesas relacionadas na planilha anexa à intimação foram liquidadas com recursos da CSM Calderaria Saneamento e Montagens Ltda”.

Adicionalmente, aduziu “Contudo, importante destacar que esses pagamentos estão devidamente ”retratados” na contabilidade de ambas as pessoas jurídicas, conforme podemos verificar pelos documentos em anexo.”

Verificando-se o anexo citado na resposta à intimação vislumbrou-se que se tratam do razão analítico de duas contas contábeis da Meta Metalúrgica, ou seja, não se comprovou que os pagamentos estariam “retratados” na contabilidade de ambas as empresas. E conforme exposto na nota de rodapé “2” as contas entre as empresas “não fecham”.

m) a constatação, efetuada com base na planilha de fl. 215, de que a receita da CSM é 4 a 5 vezes maior do que a da Meta Metalúrgica, enquanto que seu quadro de empregados corresponde, em média, a 20% do quadro da Meta Metalúrgica.

Como se vê, a análise conjunta das provas e constatações discriminadas acima, não deixa dúvidas de que as sociedades empresária META Metalúrgica e Equipamentos para Tratamento de Água Ltda e CSM Calderaria Saneamento e Montagens Ltda compõem grupo econômico de fato, visto que ambas, além de serem controladas e administradas por pessoas da mesma família (os irmãos Alisson Marçal da Silva e Edilaine Marçal da Silva

Senna, e seus pais Alcelino Ademetro Tavares da Silva e Ivanilde Marçal da Silva), atuam de forma integrada e coordenada, constituindo na realidade uma única empresa (na acepção de empreendimento).

Cabe observar que esses elementos de prova e constatações, se forem analisados individualmente, podem até não demonstrar, por si sós, a existência de grupo econômico de fato, no entanto, quando apreciados todos em conjunto, comprovam que foi correta a análise da autoridade fiscal.

Diante de todo exposto, a autoridade fiscal agiu corretamente ao considerar que as sociedades empresárias META Metalúrgica e Equipamentos para Tratamento de Água Ltda e CSM Calderaria Saneamento e Montagens Ltda formam grupo econômico de fato e que esta (CSM), conseqüentemente, responde solidariamente pelos valores exigidos nos autos de infração hostilizados.

Por fim, vale notar que a imputação de responsabilidade solidária à sociedade empresária CSM Calderaria Saneamento e Montagens Ltda, ao contrário do que entendeu a Autuada (META Metalúrgica e Equipamentos para Tratamento de Água Ltda), não ocorreu com base no disposto no inciso I do artigo 124 do Código Tributário Nacional (pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal), mas sim, conforme já exposto, com base no disposto no inciso II do artigo 124 do Código Tributário Nacional (pessoas expressamente designadas por lei) combinado com o disposto no artigo 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/1991 (as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta lei).

Sendo assim, verifica-se que os precedentes do Superior Tribunal de Justiça relativos a grupo econômico citados na impugnação (AgRg no AREsp 21073/RS; Ag 1392703/RS; e AgRg 1163381/RS) não guardam nenhuma relação com o presente caso, já que tratam de situações em que se imputou responsabilidade solidária a empresa, por tributos federais diferentes das contribuições sociais previdenciárias, com base no inciso I do artigo 124 do Código Tributário Nacional.

Da Questão da Multa de ofício de 75%

A multa de ofício de 75% exigida juntamente com as contribuições lançadas encontra-se expressamente prevista no artigo 35-A da Lei nº 8.212/1991 c/c o artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, conforme demonstrado abaixo:

Lei nº 8.212/1991

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996. (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 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).

Lei nº 9.430/1996

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

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 11.488/2007) (...)

Analisando a legislação transcrita, verifica-se que existe expressa previsão legal de aplicação de multa de ofício no percentual de 75% em casos como o presente, de lançamento de ofício de contribuições para terceiros.

Resta evidente, portanto, que são totalmente improcedentes as alegações de que a exigência de multa de ofício de 75% no auto de infração hostilizado é ilegal e que não teria se configurado o caso previsto para sua aplicação.

Já as alegações no sentido de que a multa de ofício de 75% feriu os princípios constitucionais do não-confisco, da moralidade, da vedação do enriquecimento sem causa e da propriedade privada, não podem ser apreciadas no presente julgamento, porquanto, conforme já dito, é vedado à autoridade julgadora, em sede de processo administrativo fiscal, afastar a aplicação, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, de lei, decreto ou ato normativo em vigor.

Conclusão

Com base no exposto, voto por conhecer em parte do Recurso Voluntário, não conhecendo das alegações de inconstitucionalidade, para, na parte conhecida, rejeitar as preliminares, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos dos votos do relator.

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto