



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

Processo nº 10980.720363/2014-36
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-005.223 – 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 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.

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, e negar provimento ao recurso voluntário.

(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

Tratam-se de dois autos de infração lavrados contra a sociedade empresária META Metalúrgica e Equipamentos para Tratamento de Água Ltda (DEBCAD nº 51.054.769-9 e nº 51.058.916-2).

No auto de infração de DEBCAD nº 51.054.769-9, foram lançadas contribuições sociais previdenciárias da empresa sobre remunerações pagas, devidas ou creditadas, a segurados empregados, inclusive para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – RAT, relativas às competências 01/2010 a 12/2010, 01/2011 a 12/2011, 01/2012 a 12/2012 e 01/2013 a 06/2013, acrescidas de multa de ofício de 75% e juros de mora.

Já no auto de infração de DEBCAD nº 51.058.916-2, foram lançadas contribuições sociais previdenciárias de segurados empregados relativas às competências 01/2010 a 12/2010, 01/2011 a 12/2011, 01/2012 a 12/2012 e 01/2013 a 06/2013, acrescidas de multa de ofício de 75% e juros de mora.

O lançamento de tais contribuições para outras entidades e fundos foi efetuado, conforme exposto pela autoridade fiscal, com base na diferença apurada entre os valores das remunerações registradas como pagas a segurados empregados nas folhas de pagamento da Autuada e os valores de remunerações declaradas a este título nas GFIP da Autuada.

As contribuições sociais previdenciárias de segurados empregados lançadas, segundo a autoridade fiscal, foram retidas dos segurados mas não foram recolhidas.

Os valores totais lançados referentes aos autos de infração de DEBCAD nº 51.054.769-9 e nº 51.058.916-2, correspondiam, na data da consolidação dos débitos (25/03/2014), aos montantes de, respectivamente, R\$ 3.104.186,92 (três milhões, cento e quatro mil e cento e oitenta e seis reais e noventa e dois centavos) e R\$ 1.211.360,23 (um milhão, duzentos e onze mil e trezentos e sessenta reais e vinte e três 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 os dois lançamentos, a Autuada (META Metalúrgica e Equipamentos para Tratamento de Água Ltda) apresentou a impugnação de fls. 303 a 334, instruída com os documentos de fls. 335 a 342.

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 desequilíbrio 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 desequilíbrio 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. Afirmar 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 os autos de infração impugnado possuem o vício da incompleta e imprecisa descrição dos dispositivos que foram atribuídos ao contribuinte como infringidos.

Diz que os autos de infração impugnado não apontam 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, no seu entender, a exigência da alíquota de 20% sobre o valor do 13º salário pago ou creditado aos empregados com base no artigo 3º, da Lei nº 7.787/1989 (atual artigo 22 da Lei nº 8.212/1991), é inconstitucional.

Diz que o artigo 195, §2º, da Constituição Federal, prevê que a criação ou majoração das contribuições previdenciárias pressupõe a sua previsão na lei orçamentária que irá disciplinar os gastos e financiamentos da seguridade social, tendo em vista o cumprimento das metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias.

Assevera que “as alíquotas das contribuições à Previdência Social foram elevadas, especialmente no que respeita ao 13º salário (Lei nº 7.787/89), sem a correspondente criação de novos benefícios ou quaisquer justificativas atuarialmente recomendáveis”.

Aduz que praticamente todas as alterações relativas ao custeio, previstas no Plano de Custeio e Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.212), que determinavam significativo aumento das contribuições, especialmente das contribuições das empresas, foram implantadas sem levar em conta entretanto, os incrementos preconizados pelo mesmo plano em termos de benefícios, em desrespeito aos ditames constitucionais vigentes.

Frisa que “todos os benefícios a que fazem jus, segurados e dependentes, continuaram sendo exatamente aqueles previstos pela legislação anterior à Lei 7.787/89, que apenas majorou as contribuições, sem se preocupar com as prestações ou contingências às quais devem necessariamente estar atreladas ditas contribuições”.

Ressalta que “não obstante a elevação da contribuição ao INSS devida pelas empresas em geral incidente sobre a folha de salários, de 18,2% para 20%, e concomitante supressão de limite e contribuição anterior previsto em 20 salários mínimos de referência, foram mantidos absolutamente intocados os benefícios”.

Afirma que a contribuição previdenciária nasce “como um seguro” e que, por tal motivo, “guarda estreita relação com a sua aplicação”.

Frisa que o §5º do artigo 195 da Constituição Federal estabelece que “nenhum benefício ou serviço de seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio”.

Alega que “disposições a propósito de base de cálculo, fato gerador e sujeito passivo das contribuições sociais devem ser veiculadas através de lei complementar”.

Aduz que as alterações trazidas pela Lei nº 7.787/1989 somente poderiam ter sido efetuadas por lei complementar, por força do disposto no artigo 146 da Constituição Federal.

Lembra que a Lei nº 7.787/1989 se originou da Medida Provisória nº 63, de 1º de julho de 1989.

Afirma que não haveria de se falar em urgência na época da edição da Medida Provisória nº 63/1989, visto que o prazo de seis meses para a apresentação do projeto de lei, previsto no artigo 59 do ADCT, já havia se esgotado há muito.

Afirma que a Lei nº 7.787/1989 feriu o princípio constitucional da isonomia, já que estipulou um teto máximo para a contribuição dos empregados e não o estendeu para os empregadores.

Afirma que, “em inegável ofensa ao princípio da legalidade estrita, o INSS exige o recolhimento da contribuição social previdenciária incidente sobre valores pagos em situações em que não há remuneração por serviços prestados, ou seja, hipóteses que desbordam do fato gerador in abstracto”, como: “a) Importâncias pagas nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado (antes da obtenção do auxílio-doença ou auxílio-acidente); b) Importâncias pagas a título de aviso prévio indenizado; c) Importâncias pagas a título de férias e adicional de férias de 1/3 (um terço) e; d) Importâncias pagas a título de salário maternidade”.

Alega que, nos casos citados no parágrafo acima, o empregado não presta serviços e nem se encontra à disposição da empresa.

Assevera que a hipótese de incidência das contribuições sociais previdenciárias “é o pagamento de remuneração devida em razão de trabalho prestado, efetiva ou potencialmente”.

Aduz que a previsão, em atos normativos expedidos pelo INSS e pela Receita Federal do Brasil (RFB), da incidência de contribuições sociais previdenciárias sobre as verbas em comento fere o disposto nos artigos 5º, inciso II, 150, inciso I, 154, inciso I, e 195, inciso I, alínea “a”, e §4º, da Constituição Federal, o disposto no artigo 97 do Código Tributário Nacional, e o disposto no artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/1991.

Ressalta que, no Direito Tributário, “vigora o princípio da tipicidade, corolário do princípio da estrita legalidade, segundo o qual todos os elementos necessários à cobrança do tributo devem vir previsto em lei”.

Frisa que o próprio inciso I do artigo 22 da Lei nº 8.212/1991 delimita que “o total das remunerações pagas” refere-se às remunerações exclusivamente “destinadas a retribuir o trabalho” ou “pelo tempo (que o empregado ou trabalhador avulso permanecer) à disposição do empregador ou tomador de serviços”.

Ressalta que “a pretérita tentativa de se ampliar a hipótese de incidência em tela para além dos valores pagos em decorrência de contraprestação de serviços – pretendendo-se incluir, através da Medida Provisória nº 1.596-14, de 10 de novembro de 1997, até mesmo parcelas indenizatórias, rescisórias e abonos de qualquer natureza – foi prontamente obstada à unanimidade pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal que suspendeu, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.659-614, o então modificado §2º do artigo 22 da Lei nº 8.212/91”.

Afirma que a cobrança de contribuições sociais previdenciárias sobre “os pagamentos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado, bem como, a título de salário maternidade, férias e adicional de férias de 1/3 (um terço)” ofende o princípio constitucional da legalidade tributária (artigo 150, inciso I, da CF), visto que tais verbas não se enquadram na hipótese de incidência de tais contribuições.

Cita ementas de julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) favoráveis a tese de que não incidem contribuições sociais previdenciárias sobre valores pagos a título de aviso prévio indenizado, pagamento relativo aos primeiros quinze dias de afastamento decorrente de doença ou acidente, terço constitucional de férias, salário-maternidade e férias usufruídas.

Afirma que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do AgRg no AI 727.958/MG, firmou o entendimento de que o terço constitucional de férias tem natureza indenizatória.

Alega que não se pode entender que a remuneração de férias sofre a incidência de contribuições sociais previdenciárias, visto que o terço constitucional de férias, que é seu acessório, não sofre.

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 arrecadatório, 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; 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. 295/296), 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. 07-35.652 da DRJ (fls. 345 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 APRECIACÃO.

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. 379 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) não incidência da contribuição previdenciária sobre verbas de caráter indenizatório; (v) ilegalidade e inconstitucionalidade da exigência de contribuição previdenciária sobre auxílio-doença, aviso prévio indenizado, salário maternidade, férias indenizadas e 1/3 de férias; (vi) necessidade de participação dos integrantes do grupo econômico no fato gerador; e (vii) 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. Afirmo 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 51.054.769-9

As alegações de que o lançamento das exigências contidas no auto de infração de DEBCAD nº 51.054.769-9 foi efetuado sem a exposição clara e suficiente das fundamentações fáticas e jurídicas que o embasaram não podem prosperar, uma vez que 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 51.054.769-9, do seu relatório Discriminativo do Débito de fls. 04 a 11 e do relatório fiscal de fls. 25 a 40, observa-se que os mesmos demonstram, de forma clara, que foram lançadas contribuições sociais previdenciárias da empresa sobre remunerações pagas, devidas ou creditadas, a segurados empregados, inclusive para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – RAT, relativas às competências 01/2010 a 12/2010, 01/2011 a 12/2011, 01/2012 a 12/2012 e 01/2013 a 06/2013, acrescidas de multa de ofício de 75% e juros de mora.

Por sua vez, a partir da análise conjunta do relatório fiscal de fls. 25 a 40 com o Discriminativo do Débito de fls. 04 a 11, verifica-se que as bases de cálculo utilizadas no auto de infração de DEBCAD nº 51.054.769-9 foram apuradas com supedâneo na diferença apurada entre os valores das remunerações registradas como pagas a segurados empregados nas

folhas de pagamento da Autuada e os valores de remunerações declaradas a este título nas GFIP da Autuada.

A fundamentação legal do lançamento das exigências contidas no auto de infração de DEBCAD nº 51.054.769-9, por sua vez, encontra-se expressamente exposta no relatório “Fundamentos Legais do Débito - FLD” de fls. 12/13.

Cabe ressaltar que, da simples análise do referido relatório (fls. 12/13), 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 51.054.769-9 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 51.058.916-2

As alegações no sentido de que o lançamento das exigências contidas no auto de infração de DEBCAD nº 51.058.916-2 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 51.058.916-2, do seu relatório Discriminativo do Débito de fls. 15 a 20 e do relatório fiscal de fls. 25 a 40, observa-se que os mesmos demonstram, de forma clara, que foram lançadas contribuições sociais previdenciárias de segurados empregados relativas às competências 01/2010 a 12/2010, 01/2011 a 12/2011, 01/2012 a 12/2012 e 01/2013 a 06/2013, acrescidas de multa de ofício de 75% e juros de mora.

Já da análise conjunta do relatório fiscal de fls. 25 a 40 com o Discriminativo do Débito de fls. 15 a 20, verifica-se que as bases de cálculo utilizadas no auto de infração de DEBCAD nº 51.058.916-2 foram apuradas com supedâneo na diferença encontrada entre os valores das remunerações registradas como pagas a segurados empregados nas folhas de pagamento da Autuada e os valores de remunerações declaradas a este título nas GFIP da Autuada. As contribuições sociais previdenciárias de segurados empregados lançadas, segundo exposto no relatório fiscal de fls. 25 a 40, foram retidas dos segurados mas não foram recolhidas.

A fundamentação legal do lançamento das exigências contidas no auto de infração de DEBCAD nº 51.058.916-2, por sua vez, encontra-se expressamente exposta no relatório “Fundamentos Legais do Débito - FLD” de fls. 21/22.

Cabe ressaltar que, da simples análise do referido relatório (fls. 21/22), 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 51.058.916-2 no que tange a exposição de seus fundamentos fáticos e legais.

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

Da Questão da Contribuição Previdenciária sobre o 13º Salário

A Recorrente, ao tratar especificamente da exigência da contribuição social previdenciária prevista no artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/1991, alega, primeiramente, que a cobrança de contribuição social previdenciária da empresa de 20%, especialmente sobre o 13º salário, com base neste dispositivo legal, fere o disposto no artigo 195, §§ 2º e 5º, da Constituição Federal, já que tal dispositivo legal manteve a elevação da alíquota para 20% e a supressão do limite para as remunerações que aduz terem sido implementados pelo artigo 3º da Lei nº 7.787/1989. Ademais, afirma que o referido dispositivo legal feriu o disposto no artigo 146 da Constituição Federal, já que, no seu entendimento, as alterações promovidas pelo artigo 3º da Lei nº 7.787/1989, que foram mantidas pelo artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/1991, só poderiam ter sido efetuadas por lei complementar, e que feriu o princípio constitucional da isonomia, visto que estipulou teto máximo para a contribuição dos empregados e não o estendeu para os empregadores.

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 (artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/1991). 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.

Nesse sentido, preceitua o caput do artigo 26-A do Decreto nº 70.235/1972:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (inserido pela MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009)

Em igual sentido, há a Súmula CARF n. 2, já mencionada anteriormente.

Por fim, cabe ressaltar, ainda, que é totalmente inócua a discussão sobre a constitucionalidade ou não da Lei nº 7.787/1989, visto que nenhuma das exigências efetuadas nos autos de infração de DEBCAD nº 51.054.769-9 e nº 51.058.916-2 tem base legal nesta lei.

Da Questão da Contribuição Previdenciária sobre Verbas de Caráter Indenizatório

A Recorrente alega a ilegalidade e inconstitucionalidade da contribuição previdenciária sobre o auxílio-doença, aviso prévio indenizado, salário maternidade, férias indenizadas e 1/3 de férias.

Conforme já mencionado acima, a Súmula CARF n. 2 estabelece que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

No tocante ao potencial caráter indenizatório das referidas verbas, cumpre destacar que, tal qual assinalado no Acórdão da DRJ, embora a Recorrente aduza que nos autos de infração de DEBCAD nº 51.054.769-9 e nº 51.058.916-2, foram lançadas contribuições sociais previdenciárias sobre verbas que não visam retribuir o trabalho ou o tempo a disposição do empregador, como remunerações pagas nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do empregado doente ou acidentado, e os valores pagos a título de salário-maternidade, férias, adicional constitucional de férias de 1/3 (um terço) e aviso prévio indenizado, não houve qualquer comprovação de que as bases de cálculo apuradas pela autoridade fiscal englobam tais verbas, de modo que tal alegação não merece prosperar.

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 Saneameto 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, e negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto