



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

Processo nº 11020.003505/2010-94
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-005.626 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de setembro de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente MÓVEIS E ARTESANATO MADREARTES LTDA E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2009

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. ERRO NA BASE DE CÁLCULO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. PRELIMINAR AFASTADA.

Os casos de nulidade no PAF são elencados arroladas no art. 59 do Decreto 70.235, de 1972. Constatado erro na base de cálculo, mas sem alteração do critério jurídico adotado para a atuação, não há se falar em nulidade. Assim, a matéria deve ser analisada como mérito, uma vez que não houve elementos que possam dar causa à nulidade alegada.

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM PRÉVIA ORDEM JUDICIAL. IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO STF.

O STF no julgamento do Recurso Extraordinário 601.314/SP, submetido à sistemática da repercussão geral, decidiu que: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal” e “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EXCLUSÃO DE EMPRESAS DO SIMPLES. SIMULAÇÃO.

A autoridade fiscal constatando situação capaz de concluir que haveria uma simulação para evitar a tributação devida, tem o poder-dever de exclusão do SIMPLES, bem como os da verificação de elementos que configurariam uma organização de estrutura de uma empresa única, mas com várias empresas interpostas.

Assim, verifica da as circunstâncias definidas em lei como necessárias e suficientes a sua ocorrência, deve o fiscal proceder ao lançamento correspondente ao fato gerador identificado, cumprindo com o exigido em lei no que tange aos lançamentos efetuados.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Configura infração à Lei, deixar o Contribuinte de preparar folhas de pagamento das remunerações pagas ou creditadas a todos os segurados a seu serviço, de acordo com os padrões e normas estabelecidos na legislação previdenciária

MULTA AGRAVADA. ÔNUS DA PROVA PELO INTERESSADO

A autoridade fiscal ao apontar a simulação ou fraude deve indicar com elementos concretos a que acusação se funda. Em ocorrendo os indícios apontados, se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a afastar as denúncias da fiscalização.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF 02.

Este Tribunal administrativo não é competente para tratar sobre inconstitucionalidade de Lei tributária, nos termos da Súmula CARF 02.

ÔNUS DA PROVA PELO INTERESSADO

Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a provada origem dos recursos informados para acobertar seus dispêndios gerais e aquisições de bens e direitos.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer das alegações de inconstitucionalidade de lei, para, na parte conhecida, rejeitar as preliminares, e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

João Bellini Júnior – Presidente

(assinado digitalmente)

Wesley Rocha – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Bellini Junior, Alexandre Evaristo Pinto, João Maurício Vital, Marcelo Freitas de Souza Costa, Juliana Marteli Fais Feriato, Mônica Renata Mello Ferreira Stoll, Reginaldo Paixão Emos e Wesley Rocha. Ausente justificadamente o conselheiro Antônio Sávio Nastureles.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela MÓVEIS E ARTESANATO MADREARTES LTDA E OUTROS, contra o Acórdão de Julgamento proferido pela

Delegacia da Receita Federal de Julgamento Porto Alegre-RS (6ª Turma da DRJ/POA), que julgou a impugnação improcedente.

Conforme relatório fiscal, o Auto de Infração Debcad nº 37.269.775-5 (Código de Fundamento Legal – CFL 30) foi lavrado em razão da autuada ter incorrido em descumprimento de obrigação acessória prevista no artigo 32, I da Lei nº 8.212/1991, combinado com o artigo 225, I e § 9º do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, ao apresentar as folhas de pagamento sem todos os segurados a seu serviço, ausentes os empregados que lhe prestaram comumente serviços mas que, por força de um planejamento tributário, foram registrados nas empresas Móveis Stancieli Ltda, Móveis San Remy Ltda, Móveis Shellon Ltda e All-War Móveis Ltda.

O Acórdão recorrido está descrito com o seguinte:

"Para esta infração a multa corresponde a R\$ 1.431,79 (um mil, quatrocentos e trinta e um reais e setenta e nove centavos), de acordo com os artigos 92 e 102 da Lei nº 8.212/1991, combinados com os artigos 283, I, "a" e 373 do RPS, e foi atualizada de acordo com a Portaria Interministerial MPS/MF nº 333, de 29/06/2010, publicada no DOU de 30/06/2010.

Em razão da empresa ter agido com dolo, fraude ou má-fé, a multa foi elevada em três vezes, nos termos do artigo 292, II do RPS, totalizando R\$ 4.295,37 (quatro mil, duzentos e noventa e cinco reais e trinta e sete centavos).

A autoridade lançadora relata pormenorizadamente no Relatório do Auto de Infração, às fls. 127 a 182 dos autos digitais, as razões que a levaram a concluir que as empresas optantes pelo Simples - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (até 06/2007) e pelo Simples Nacional - Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (a partir de 07/2007) Móveis e Artesanato Madreartes Ltda, All-War Móveis Ltda – CNPJ 05.360.328/0001-32, Móveis Shellon Ltda – CNPJ 09.097.785/0001-37, Móveis Stancieli Ltda – CNPJ 00.872.014/0001-03 e Móveis San Remy Ltda – CNPJ 03.995.384/0001-18 constituíam na realidade uma única empresa, que foi fracionada com o objetivo de reduzir sua carga tributária. Relata que evidenciou um planejamento para reduzir o recolhimento das contribuições previdenciárias devidas, com a alocação e divisão dos empregados em várias empresas, cada uma optante pelo regime simplificado de tributação, caso em que a alíquota previdenciária fica extremamente reduzida e ocasiona uma redução significativa no recolhimento das contribuições.

Em apertada síntese do relato fiscal, extrai-se que a fiscalização identificou que as empresas Madreartes e Stancieli estão estabelecidas no mesmo local, separadas apenas por um estacionamento interno; que a Móveis Stancieli foi criada em 07/05/1995, mesmo ano da instituição do Simples, e que o endereço de sua filial é no mesmo local do antigo endereço da Madreartes; que o objetivo da criação da Móveis Stancieli foi a

divisão do faturamento e do registro dos empregados; que as correspondências enviadas para a Madreartes são endereçadas para o mesmo endereço da Stancieli; que os documentos fiscais de fornecedores são emitidos com os dados da Madreartes, mas as mercadorias são entregues na Stancieli; que a All War, ao ser tributada pelo lucro presumido, transferiu em 31/12/2007 todo o seu estoque de matéria prima e de produtos em elaboração, bem como o imobilizado, para a Móveis Shellon, criada em 10/08/2007 no mesmo endereço da All War, com os mesmos funcionários e optante pelo Simples; que o objeto social das empresas é o mesmo; que todas possuem os mesmos números de telefone, o mesmo endereço eletrônico, o mesmo contador, os mesmos administradores, sócios em comum, atividades idênticas e cada uma com faturamento próximo ao limite de exclusão do Simples; que os gastos de todas as pseudo-empresas são pagos pelas mesmas contas bancárias; que os veículos utilizados são os mesmos para todas; que a carteira de clientes é a mesma, e a codificação e especificação dos produtos faturados são os mesmos, conforme se comprova pelas notas fiscais de vendas; que é comum a emissão pelos fornecedores de documentos destinados a uma empresa com o endereço de outra; que as empresas utilizam os mesmos trabalhadores, forjando a demissão em uma e a contratação na outra seis meses após, mas que os cartões-ponto comprovam que jamais ficaram desempregados; que existe transferência de empregados da filial da Stancieli para a Shellon e para a Madreartes sem quebra de continuidade, já que são desligados em uma e admitidos na outra no mesmo dia, com o mesmo salário e com a mesma função; que os veículos constantes do ativo imobilizado das empresas são utilizados diariamente por todas elas; que a administração, venda e demais setores indiretos são comuns, no mesmo endereço (Móveis Stancieli), enquanto que nos demais estabelecimentos existe somente parte da produção; que os elementos das reclamações trabalhistas corroboram o fato de que há somente uma empresa; que os advogados contratados para a defesa nestes processos são os mesmos; que o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) de 2003 traz como endereço da Móveis San Remy o endereço da All-War e da Shellon, enquanto que o da Móveis Stancieli traz como endereço o da Madreartes; que os empréstimos contraídos pela Móveis Stancieli junto à San Remy e à Madreartes não sofreram qualquer pagamento ou atualização monetária no período de 2005 a 2009. Com relação à contabilidade, a fiscalização identificou a existência de “caixa 2” na empresa Móveis Stancieli; que em todas as empresas a contabilidade não possui conta cliente, apesar de tê-los em centenas; que todo o pagamento de duplicata é contabilizado na conta caixa, não havendo passagem por qualquer conta bancária; que a Móveis Stancieli contabiliza somente extensos prejuízos contábeis, tendo seu passivo a descoberto sistematicamente, indicando a ausência de realidade dos números; que há omissão de movimentação bancária de conta do Banco Santander na contabilidade da Móveis Stancieli; e que as empresas efetuam transferências bancárias entre elas, mas não as registram contabilmente, ou contabilizam simplesmente como “entrada” ou “saída de caixa”.

Tendo em vista a constatação de que as empresas Móveis Stancieli Ltda, Móveis San Remy Ltda, All-War Móveis Ltda e Móveis Shellon Ltda não passavam de meros setores de produção da primeira empresa constituída, a Móveis e Artesanato Madreartes Ltda, os empregados registrados naquelas empresas foram todos considerados, para fins de lançamento das contribuições previdenciárias e das destinadas a outras entidades e fundos no período de 01/2005 a 13/2009, como empregados da empresa Madreartes.

As bases de cálculo foram obtidas por meio do resumo das folhas de pagamento destas empresas e das Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIPs por elas elaboradas e transmitidas.

O Levantamento “15 – Salários Por Fora Patronal” abrange as competências 01/2005 a 11/2005 e, de acordo com a autoridade lançadora, foi originado por várias correspondências da Justiça do Trabalho e do Ministério Público Federal, dando conta de pagamento de salários sem a realização dos registros previstos na legislação, o que foi confirmado no procedimento de fiscalização.

Foi aplicada a multa de ofício de 75% no período de 01/2005 a 11/2008, por se revelar a menos severa ao contribuinte, nos termos do artigo 106, II, “c” do CTN. A partir da competência 12/2008, o lançamento foi efetuado com aplicação da multa de ofício qualificada de 150%, nos termos do artigo 35-A da Lei nº 8.212/1991, combinado com o artigo 44, I e § 1º da Lei nº 9.430/1996.

O sujeito passivo foi excluído do Simples por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/CXL nº 175, de 18/11/2010, com efeitos a partir de 01/01/2005, e do Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/CXL nº 176, de 18/11/2010, com efeitos a partir de 01/07/2007 (fls. 1.106 e 1.107 dos autos digitais).

Conforme os Termos de Sujeição Passiva Solidária de fls. 1.108 a 1.111, foi atribuída responsabilidade solidária pelo crédito tributário às empresas Móveis Stancieli Ltda, Móveis San Remy Ltda, All-War Móveis Ltda e Móveis Shellon Ltda nos termos do artigo 124 do CTN.

O montante do crédito, consolidado em 25/11/2010, corresponde a R\$ 3.544.478,22 (três milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil, quatrocentos e setenta e oito reais e vinte e dois centavos).

Cientificadas pessoalmente da autuação em 29/11/2010, as empresas Móveis e Artesanato Madreartes Ltda, Móveis Stancieli Ltda, Móveis San Remy Ltda, Móveis Shellon Ltda e All-War Móveis Ltda apresentaram impugnação conjunta em 29/12/2010 por meio do instrumento de fls. 1.115 a 1.144”.

Após seus argumentos em sede de impugnação terem sido rejeitados, a recorrente apresenta Recurso Voluntário nas fls. 232/253, e seguintes do e-processo,

produzindo as mesmas alegações de primeira instância, as quais reproduzo também do relatório da DRJ de origem, por serem exatamente iguais em seu recurso de segunda instância:

Em preliminar

a) Legitimidade para impugnar.

Entendem que na qualidade de sujeitos passivos solidários, as empresas Móveis Stancieli Ltda, Móveis San Remy Ltda, Móveis Shellon Ltda e All-War Móveis Ltda estão legitimadas para impugnar os Autos de Infração, uma vez que foram arroladas como co-responsáveis pelos lançamentos efetuados.

b) Exclusão do Simples e do Simples Nacional.

Sustentam que deve ser determinado o sobrestamento do presente feito até o julgamento definitivo das contestações da empresa Móveis e Artesanato Madreartes Ltda à sua exclusão do Simples e do Simples Nacional, ou, alternativamente, que os julgamentos sejam realizados de forma simultânea, sob pena de ocorrerem decisões contraditórias e de se caracterizar cerceamento ao direito do exercício da ampla defesa das impugnantes.

c) Decadência.

Afirmam que, de acordo com o § 4º do artigo 150 do CTN, os fatos geradores anteriores a 29/11/2005 estão fulminados pela decadência e não podem mais ser exigidos. Alegam que não há nos autos elementos legítimos e suficientes para configurar a ocorrência de fraude ou simulação.

d) Nulidades.

d1) Cerceamento de defesa.

Insurgem-se contra o prazo de trintadias para apresentarem suas impugnações, argumentando que é injusto, cerceia seu direito à defesa e caracteriza violação ao princípio da isonomia processual, já que a fiscalização pode prorrogar indefinidamente seu prazo de apuração. Sustentam que somente tiveram acesso aos autos originais do processo em 16/12/2010, data em que aportaram na Agência da RFB em Canela, unidade apontada como preparadora do processo e local para onde deveriam se dirigir para poder acessá-lo, conforme informação retirada do site da própria RFB. Afirmam que a cópia do processo recebido pela Madreartes estava incompleto, e que os documentos faltantes foram obtidos em 16/12/2010, conforme solicitação de cópias protocolada na Agência da RFB em Canela e anexadas ao feito.

d2) Irregularidade na obtenção de provas.

Sustentam que a fiscalização agiu de forma abusiva ao produzir “Termos de Constatação” sem a presença das fiscalizadas, induzindo e coagindo seus funcionários a firmar termos dos quais não tiveram acesso. Rechaçam as conclusões baseadas nestas declarações, que não condizem com a verdade dos fatos e foi construída à revelia da fiscalizada.

Requerem, caso se entenda que tais documentos possuem valor, a oitiva das pessoas supostamente entrevistadas, entre outras conhecedoras dos fatos, para que apresentem sua versão, conforme rol de testemunhas que apresentam.

d3) Obtenção ilegal de dados sigilosos.

Alegam que a fiscalização extrapolou os limites de sua competência ao obrigar as fiscalizadas a entregar-lhes documentos relativos à sua movimentação bancária, eis que sujeitos ao sigilo de dados garantidos pela Constituição Federal e confirmado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, e que foram acessados dados bancários de terceiros que sequer estão envolvidos na fiscalização. Argumentam que em obediência à Lei Maior do país, bem como em respeito às decisões da Corte Suprema, devem ser anulados os Autos de Infração lavrados com base em informações obtidas de forma ilícita pela fiscalização.

d4) Afrenta ao princípio da legalidade. Afirmam que ao agir de forma abusiva e sem observância à legalidade exigida em seus atos, o agente fiscalizador desrespeitou o princípio da estrita legalidade inerente às atividades da Administração Pública.

No mérito

Exclusão do Simples e do Simples Nacional.

Discorrem sobre os motivos pelos quais entendem que descabe a exclusão da Madreartes do Simples e do Simples Nacional, não devendo ser mantida diante da realidade fática apresentada, seja quanto ao faturamento compatível, falta de identidade de sócios e legal constituição de sua personalidade jurídica. Entendem que não se mostra criteriosa a imputação de toda a responsabilidade sobre os Autos de Infração à impugnante Madreartes por ter sido ela a pessoa jurídica constituída há mais tempo. Sustentam que a descon sideração da personalidade jurídica das demais impugnantes com fundamento no artigo 116, parágrafo único do CTN, não pode prosperar, pois além do dispositivo legal não ser auto-aplicável, eis que ainda não foi regulamentado por lei ordinária, também é alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade que tramita perante o STF – ADIn nº 2446-9/600-DF. Requerem que sejam desconstituídos os Atos que determinaram a exclusão da Madreartes do sistema Simples, devendo ser mantida a sua tributação por este sistema, uma vez que apresenta os requisitos exigidos para tanto, e que sejam consideradas as personalidades das demais pessoas jurídicas descon sideradas neste processo, incumbindo a cada uma delas individualmente a receita por elas auferida, bem como a tributação porventura incidente e a responsabilidade por seus empregados.

Base de cálculo dos alegados pagamentos “por fora”.

Afirmam que a fiscalização chegou à conclusão de que as empresas Móveis Stancieli Ltda e Móveis San Remy Ltda realizaram pagamentos de salário “por fora” em 2005 com base

em documentos bancários sigilosos das empresas, aos quais obteve acesso de forma ilegal, uma vez que obrigou as fiscalizadas a lhe entregar tais documentos por meio de Mandado de Procedimento Fiscal, sem observar que havia prévia necessidade de obter ordem judicial para acessar estes documentos.

Por este motivo, requerem que seja desconstituída a base de cálculo apresentada na planilha de fls. 482, devendo ser excluída dos Autos de Infração a tributação incidente sobre esta base.

Multas qualificadas.

Alegam que a multa no lançamento de ofício somente poderá ser agravada quando configurado o evidente intuito de fraude, com a clara comprovação da vontade livre do contribuinte de cometer o ilícito, ou seja, o dolo, o que não foi demonstrado pela fiscalização no Relatório Fiscal. Sustentam que se para a constituição dos créditos tributários a fiscalização tomou por base as próprias declarações das impugnantes – folhas de pagamento, GFIPs e guias do FGTS – não se mostra adequado nem equânime agravar sua tributação, sob a perspectiva de ter havido fraude.

d) Da inviabilidade das penalidades aplicadas.

d1) Do Auto de Infração Debcad nº 37.269.775-5.

A Madreartes alega que não registrou os empregados pois estes estavam regularmente registrados nas outras empresas. Afirmam que foi aplicada a multa genérica do artigo 92 por infração inexistente ao artigo 32, I, ambos da Lei nº 8.212/1991, pois a Madreartes não deixou de elaborar sua folha de pagamento na forma exigível, assim como as demais empresas.

Entendem que não pode a fiscalização entender, com base em mera ficção, que o quadro funcional individual de cada empresa desconsiderada seja de responsabilidade apenas da Madreartes e com isso imputar-lhe conduta que não praticou. Requerem a nulidade deste Auto de Infração.

d2) Do Auto de Infração Debcad nº 37.269.774-7.

Afirmam que os alegados vícios na escrituração contábil, caso existissem, já são objeto do processo nº 11020.003510/2010-5, no qual as impugnantes tiveram o seu lucro arbitrado para efeitos de apuração do IRPJ e tributos decorrentes, justamente com fundamento na deficiência da contabilidade. Com base nisso, as multas arbitradas naquele processo em que se discutem outros tributos foram fixadas pelo Auditor Fiscal responsável em seu patamar máximo, agravadas para o equivalente a 150%. Entendem que a fiscalização pretende punir as contribuintes duas vezes com base na mesma circunstância, o que caracteriza o “bis in idem” da exigência, que não pode persistir, nem mesmo sob a alegação de que se trata de tributos diferentes. Alegam que, ainda que a fiscalização não tenha ficado satisfeita com suas explicações sobre a linha telefônica, não pode concluir que houve negativa de apresentar o documento solicitado, e que o

dispositivo apontado como infringido refere-se exclusivamente a documentos e livros relacionados com as contribuições previstas na lei, o que não é o caso do contrato de locação de telefone.

Sustentam que tinham em seu benefício o direito constitucional de não se autoincriminar, ou não auxiliar na produção de prova contra si elaborada, prevista nos artigos 5º, LXIII da Constituição Federal, e 186 do Código do Processo Penal, ou seja, o exercício regular de direito como causa da exclusão da ilicitude. Persistindo a exigência, entendem que não podem sofrer o agravamento do artigo 292, II do RPS, já que não há comprovação de conduta dolosa das impugnantes para o cometimento de fraude, simulação ou conluio.

d3) Do Auto de Infração Debcad nº 37.311.551-2.

Afirmam que os empregados que prestam serviços a cada uma das impugnantes foram devidamente registrados, em cada um dos estabelecimentos em que prestam efetivamente seus serviços, mediante o competente contrato de trabalho. Persistindo a exigência, entendem que não podem sofrer o agravamento da multa original em três vezes, já que não há comprovação da existência das condutas do artigo 292, II do RPS".

Diante dos fatos narrados, é o relatório.

Voto

Conselheiro Wesley Rocha - Relator

O recurso voluntário apresentado está revestido do quesito formal da tempestividade e é de competência desse colegiado. Portanto, dele o conheço.

I- DAS PRELIMINARES DE NULIDADE

1. CERCEAMENTO DE DEFESA

As causas de nulidades no processo administrativo fiscal se limitam as que estão elencadas no artigo 59, do Decreto 70.235, de 1972:

"Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Parágrafo acrescentado pela Lei 8.748, de 1993.)". Grifei.

Nesse quesito, as recorrentes alegam cerceamento de defesa em razão do prazo que não tiveram prazo hábil para realizar sua manifestação.

Ocorre que os prazos são iguais para todos os contribuintes e não guarda relação subjetiva. Em havendo diversos responsáveis a serem intimadas, o prazo conta sempre do dia posterior daquele que restou intimada a pessoa jurídica ou física interessada, nos termos do PAF.

Nesse sentido, não restou comprovado nos autos que as empresas tiveram prazos menores para realizar sua defesa. Assim, caso tivessem tido algum prazo a menor, era dever das recorrentes apresentarem suas provas, como por exemplo alguma declaração da Receita Federal de que só teve acesso ao processo administrativo fiscal com tempo menor do que o previsto em lei.

Ainda, restou comprovado também que da capa do Auto de Infração que a contribuinte, na pessoa do seu representante, Sr. Lairton Wolff, declarou que recebeu segunda via do Auto de Infração e demais documentos relacionados.

Ressalta-se que, está pacificado em nossos Tribunais o princípio de *nullité sans grief*, ou seja: não há nulidade sem prejuízo. No presente caso, verifica-se que a recorrente teve ciência de todo os fatos que estavam sendo apontados, pois respondeu a todo questionamento da fiscalização, bem como indicou elementos solicitados para as conclusões do lançamento.

Portanto, afasto a alegação de cerceamento de defesa.

2. DA QUEBRA DO SIGILO FISCAL SEM ORDEM JUDICIAL

Quanto a essa matéria, sem reparos a decisão da DRJ de origem.

Após amplo debate sobre o tema perante os Tribunais administrativo e judicial brasileiro, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento conjunto de cinco processos que questionavam dispositivos da Lei Complementar 105/2001, que permitem à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial.

A Suprema Corte lançou o entendimento no RE n.º 601.314/SP¹, decidido sob o rito da repercussão geral, de que a norma não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados.

¹ No julgamento do Recurso Extraordinário 601.314, submetido à sistemática da repercussão geral, decidiu o STF: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal” e “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”.

Assim, não assiste razão o recorrente.

3. DAS DEMAIS PROVAS ALEGADAS COMO IRREGULARES

Alega a recorrente que a fiscalização obteve dados e informações de seus funcionários de forma ilegal, deixando de apontar qual seria a forma ilegal.

Porém, o PAF– processo administrativo fiscal se inicia pelo ato da fiscalização realizada pela autoridade administrativa, contemplada pelo artigo 196 do CTN, conforme transcrição abaixo:

“Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas”.

Por meio desse dispositivo é que a autoridade fazendária realiza a devida fiscalização.

Com isso, a autoridade administrativa tem o direito e o dever de realizar diligências que entender devido para verificar o levantamento de todas as informações necessárias, desde que permitidas em lei, para a respectiva busca da verdade material sobre os fatos em relação a obrigação tributária a ser cumprida, podendo examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, movimentações financeiras, papéis e feitos comerciais ou fiscais dos contribuintes.

Ainda, como bem ressaltado pela DRJ de origem, *"essas atividades são desenvolvidas pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, os quais, nos termos do artigo 6º, inciso I da Lei n.º 10.593/2002, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 11.457/2007, no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo, possuem, dentre outras atribuições, as de executar procedimentos de fiscalização e de constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e de contribuições"*.

Verifica-se dos autos que os procedimentos administrativos foram devidamente realizados sem mácula ou nulidade, dentro do processo administrativo (rito processual).

Assim, não há falar em nulidade.

II. DO MÉRITO

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

Conforme consta do relatório fiscal, as empresas envolvidas no auto de infração, foram excluídas do simples:

"o sujeito passivo foi excluído do Simples por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/CXL nº 175, de 18/11/2010, com efeitos a partir de 01/01/2005, e do Simples Nacional por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/CXL nº 176, de 18/11/2010, com efeitos a partir de 01/07/2007 (fls. 1.106 e 1.107 dos autos digitais)".]

As razões segundo o REFISC foram:

A autoridade lançadora relata pormenorizadamente no Relatório do Auto de Infração, às fls. 127 a 182 dos autos digitais, as razões que a levaram a concluir que as empresas optantes pelo Simples - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (até 06/2007) e pelo Simples Nacional - Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (a partir de 07/2007) Móveis e Artesanato Madreartes Ltda, All-War Móveis Ltda – CNPJ 05.360.328/0001-32, Móveis Shellon Ltda – CNPJ 09.097.785/0001-37, Móveis Stancieli Ltda – CNPJ 00.872.014/0001-03 e Móveis San Remy Ltda – CNPJ 03.995.384/0001-18 constituíam na realidade uma única empresa, que foi fracionada com o objetivo de reduzir sua carga tributária. Relata que evidenciou um planejamento para reduzir o recolhimento das contribuições previdenciárias devidas, com a alocação e divisão dos empregados em várias empresas, cada uma optante pelo regime simplificado de tributação, caso em que a alíquota previdenciária fica extremamente reduzida e ocasiona uma redução significativa no recolhimento das contribuições.

Em apertada síntese do relato fiscal, extrai-se que a fiscalização identificou que as empresas Madreartes e Stancieli estão estabelecidas no mesmo local, separadas apenas por um estacionamento interno; que a Móveis Stancieli foi criada em 07/05/1995, mesmo ano da instituição do Simples, e que o endereço de sua filial é no mesmo local do antigo endereço da Madreartes; que o objetivo da criação da Móveis Stancieli foi a divisão do faturamento e do registro dos empregados; que as correspondências enviadas para a Madreartes são endereçadas para o mesmo endereço da Stancieli; que os documentos fiscais de fornecedores são emitidos com os dados da Madreartes, mas as mercadorias são entregues na Stancieli; que a All War, ao ser tributada pelo lucro presumido, transferiu em 31/12/2007 todo o seu estoque de matéria prima e de produtos em elaboração, bem como o imobilizado, para a Móveis Shellon, criada em 10/08/2007 no mesmo endereço da All War, com os mesmos funcionários e optante pelo Simples; que o objeto social das empresas é o mesmo; que todas possuem os mesmos números de telefone, o mesmo endereço eletrônico, o mesmo contador, os mesmos administradores, sócios em comum, atividades idênticas e cada uma com faturamento próximo ao limite de exclusão do Simples; que os gastos de todas as pseudo-empresas são pagos pelas mesmas contas bancárias; que os veículos utilizados são os mesmos para todas; que a carteira de clientes é a mesma, e a codificação e especificação dos produtos faturados são os mesmos, conforme se comprova pelas notas fiscais de vendas; que é comum a emissão pelos fornecedores de documentos destinados a uma empresa com o endereço de outra; que as empresas utilizam os mesmos trabalhadores, forjando a demissão em uma e a contratação na outra seis meses após, mas que os cartões-ponto comprovam que jamais ficaram desempregados; que existe transferência de empregados da filial da Stancieli para a Shellon e para a Madreartes sem quebra de continuidade, já que são desligados em uma e admitidos na outra no mesmo dia, com o mesmo salário e com a mesma

função; que os veículos constantes do ativo imobilizado das empresas são utilizados diariamente por todas elas; que a administração, venda e demais setores indiretos são comuns, no mesmo endereço (Móveis Stancieli), enquanto que nos demais estabelecimentos existe somente parte da produção; que os elementos das reclamações trabalhistas corroboram o fato de que há somente uma empresa; que os advogados contratados para a defesa nestes processos são os mesmos; que o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) de 2003 traz como endereço da Móveis San Remy o endereço da All-War e da Shellon, enquanto que o da Móveis Stancieli traz como endereço o da Madreartes; que os empréstimos contraídos pela Móveis Stancieli junto à San Remy e à Madreartes não sofreram qualquer pagamento ou atualização monetária no período de 2005 a 2009. Com relação à contabilidade, a fiscalização identificou a existência de “caixa 2” na empresa Móveis Stancieli; que em todas as empresas a contabilidade não possui conta cliente, apesar de tê-los em centenas; que todo o pagamento de duplicata é contabilizado na conta caixa, não havendo passagem por qualquer conta bancária; que a Móveis Stancieli contabiliza somente extensos prejuízos contábeis, tendo seu passivo a descoberto sistematicamente, indicando a ausência de realidade dos números; que há omissão de movimentação bancária de conta do Banco Santander na contabilidade da Móveis Stancieli; e que as empresas efetuam transferências bancárias entre elas, mas não as registram contabilmente, ou contabilizam simplesmente como “entrada” ou “saída de caixa”.

Tendo em vista a constatação de que as empresas Móveis Stancieli Ltda, Móveis San Remy Ltda, All-War Móveis Ltda e Móveis Shellon Ltda não passavam de meros setores de produção da primeira empresa constituída, a Móveis e Artesanato Madreartes Ltda, os empregados registrados naquelas empresas foram todos considerados, para fins de lançamento das contribuições previdenciárias e das destinadas a outras entidades e fundos no período de 01/2005 a 13/2009, como empregados da empresa Madreartes.

Conforme se observa acima, foram diversas as situações que levaram a concluir que haveria uma simulação capaz de levar a autoridade fiscal para a exclusão do SIMPLES, bem como os elementos (destacados ou não acima) configurariam uma organização de estrutura de uma empresa única, mas com vários.

Nesse aspecto, as recorrentes trazem aos autos alguns argumentos contrários, mas deixaram de rebater praticamente quase todos os elementos trazidos pela fiscalização.

As recorrentes alegam, por exemplo que, como os sócios entraram em conflito litigioso onde tiveram embate judicial com ação de dissolução de sociedade seria causa suficiente para afastar uma a caracterização de se tratar de uma espécie de conluio. Entretanto, somente esse elemento não tem o condão de afastar a constatação da engenharia tributária montada para evitar o recolhimento devido das contribuições previdenciárias.

No que diz respeito ao faturamento das empresas, alegado pelas recorrentes, boa parte deles não forma considerado para a exclusão do simples pela faixa limite imposta pela Lei Complementar 123/2006. Isso porque a simulação seria a causa mais relevante para a o procedimento fiscal entender a descaracterização regular dos atos jurídicos praticados entre as empresas envolvidos no evento danoso ao erário.

Ainda, sobre os vícios de inconstitucionalidade apresentados pelas recorrentes quanto ao dispositivo do art. 116 do CTN, não pode ser apreciado por este colegiado, uma vez que a súmula CARF 02 não permite apreciar matéria inconstitucional.

Em processo administrativo fiscal, tal qual no processo civil, o ônus de provar a veracidade do que afirma é do interessado.

Neste sentido, prevê a Lei nº 9.784/99 em seu art. 36:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.

Em igual sentido, temos o art. 373, inciso I, do CPC:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Assim, as recorrentes não obraram afastar as alegações da fiscalização.

DA BASE DE CÁLCULO

Sobre o preceito da primazia da realidade, o fisco analisou todas as movimentações e valores incidentes nas operações que culminam no fato gerador das contribuições previdenciárias.

A questão dos documentos ditos como adquiridos de forma ilícita pela recorrente, são na verdade decorrentes da própria competência de fiscalizar do agente público da administração da estrutura Fazendária.

Nesse sentido, cito a Súmula do STF n.º 439, *in verbis*:

"Súmula 439. Estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação".

Ademais, os documentos que o fisco teve acesso foram exatamente aqueles fornecidos pela autuada.

Assim, sem reparos o auto de infração quanto à base de cálculo identificado.

DA MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA

O auto de infração decorre pelo descumprimento pela contribuinte de obrigação acessória legislação previdenciária, conforme o artigo 32, inciso I, da Lei nº 8.212/1991:

"Art. 32. A empresa é também obrigada a:

I – preparar folhas de pagamento das remunerações pagas ou creditadas a todos os segurados a seu serviço, de acordo com os padrões e as normas estabelecidos pelo órgão competente da Seguridade Social;

Assim, tendo em vista que a obrigação principal restou mantida, a acessória, nesse caso, segue o principal.

DA MULTA QUALIFICADA E AGRAVADA

Foi aplicada a multa qualificada de 150% aplicada nas competências 12/2008 a 13/2009 está definida na legislação tributária, com base no artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, em razão da caracterização dos elementos descritos nos artigos Os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

Também, a multa aplicada foi elevada em três vezes, de acordo com as disposições do artigo 292, II do RPS.

No presente processo forma vastas as provas para qualificar e agravar a multa nos termos da autuação fiscal, provas essas que deveriam ter sido afastadas pelas recorrentes.

DA MULTA MAIS BENÉFICA

Nos demais períodos anteriores foi aplicado a multa mais benéfica à contribuinte.

Por outro lado, o CARF consolidou entendimento nas novas súmulas editadas pelo Tribunal. É o que diz a Súmula 119, *in verbis*:

"No caso de multas por descumprimento de obrigação principal e por descumprimento de obrigação acessória pela falta de declaração em GFIP, associadas e exigidas em lançamentos de ofício referentes a fatos geradores anteriores à vigência da Medida Provisória nº 449, de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 2009, a retroatividade benigna deve ser aferida mediante a comparação entre a soma das penalidades pelo descumprimento das obrigações principal e acessória, aplicáveis à época dos fatos geradores, com a multa de ofício de 75%, prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996".

Por outro lado, a multa benéfica já foi proporcionada ao caso, tendo em vista o período de autuação ser posterior a aplicação da retroatividade benigna ao tema.

DA DECADÊNCIA

Cumpra destacar que, como visto acima, as questões preliminares não guardam relação com a matéria de decadência. Portanto, ela é considerada matéria de mérito. Assim passo a analisar.

A recorrente alega que recebeu ciência do auto de infração em 29.10.2010. Diz que as contribuições que foram lançadas anteriores a 29.10.2005 estariam decaídas em razão da aplicação do art. 150, §4º, do CTN.

Ocorre que, O Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento no Recurso Especial n.º 973.733, de 12/08/2009, julgado sob o regime dos recursos repetitivos, de aplicação obrigatória a este Tribunal. Nesse sentido, o prazo decadencial para o Fisco lançar o crédito tributário é de cinco anos, contados: *i) a partir da ocorrência do fato gerador, quando houver antecipação de pagamento e não houver dolo, fraude ou simulação* (art. 150, §4º, CTN); ou *ii) a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, no caso de ausência de antecipação de pagamento* (art. 173, I, CTN).

Conforme se constatou dos autos, houve simulação praticada. Logo, afasta a incidência do disposto citado no art. 150, §4º, do CTN.

Ademais a Súmula CARF n.º 72, assim prescreve:

"Súmula CARF n.º 72: Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN".

Assim, sem razão a recorrente.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto por conhecer parcialmente do recurso voluntário, para não apreciar matérias inconstitucionais, não acolher a preliminar e no mérito negar provimento, realizando a manutenção da decisão de primeira instância.

É como voto.

(assinado digitalmente)
Wesley Rocha – Relator.