



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

Processo nº 11080.726652/2011-11
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2301-003.301 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de fevereiro de 2013
Matéria CARACTERIZAÇÃO SEGURADO EMPREGADO: PESSOA JURÍDICA
Recorrente DELTACAPAS COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

PERÍCIA INDEFERIMENTO

A perícia será indeferida sempre que a autoridade julgadora entender ser prescindível e meramente protelatória e quando não houver dúvidas a serem sanadas.

DESCARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO PACTUADO-

É atribuída à fiscalização da RFB a prerrogativa de, seja qual for a forma de contratação, desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurados empregados da empresa contratante, desde que presentes os requisitos do art. 12, I, "a", da Lei n. 8.212/91.

Os elementos caracterizadores do vínculo empregatício estão devidamente demonstrados no relatório fiscal dos AIs.

CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO CONFIGURADO

O órgão julgador não está obrigado a apreciar toda e qualquer alegação apresentada pela recorrente, mas tão somente aquelas que possuem o condão de formar ou alterar sua convicção

JUROS E MULTA DE MORA

A utilização da taxa de juros SELIC e a multa de mora encontram amparo legal nos artigos 34 e 35A da Lei 8.212/91.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

Impossibilidade de apreciação de inconstitucionalidade da lei no âmbito administrativo.

CONTRIBUIÇÕES PAGAS PELA EMPRESA INTERPOSTA.

A parcela recolhida na sistemática do SIMPLES pela empresa interposta, correspondente à contribuição previdenciária patronal, deve ser apropriada

para fins de abatimento no débito lançado, sob pena de ocorrência de *bis in idem*.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a) dar provimento parcial ao recurso, para que se deduza os recolhimentos da mesma natureza efetuados na sistemática do Simples, efetuados pela Deltaservice, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada, nos termos do voto da Relatora; b) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a).

MARCELO OLIVEIRA - Presidente.

BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Wilson Antônio de Souza Correa, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro José Silva, Leonardo Henrique Lopes

Relatório

Trata-se de Autos de Infração - AI lavrados contra o sujeito passivo em referência, cujos créditos tributários são os descritos a seguir:

AI DEBCAD nº 50.003.689-6, referente a contribuições destinadas à Previdência Social, correspondente à parte da empresa e do SAT;

AI DEBCAD nº 50.003.690-0, referente a contribuições destinadas a Outras Entidades e Fundos, Terceiros – Salário Educação (FNDE), INCRA, SENAI, Sesi e SEBRAE.

Conforme o Relatório Fiscal (fls. 18) o fato gerador das contribuições apuradas ocorreu com a prestação de serviços, à autuada, dos empregados registrados indevidamente na empresa prestadora, DELTASERVICE CONFECÇÕES, INDÚSTRIA E BENEFICIAMENTO LTDA, empresa optante do SIMPLES, considerados segurados empregados da DELTACAPAS pela fiscalização, por ter sido constatada a presença dos requisitos caracterizadores da relação de emprego.

A autoridade autuante informa que a sócia cotista da empresa autuada é também empregada da Deltaservice, ocupando o cargo de gerente administrativa, e que a empresa contratada presta serviços com exclusividade à Deltacapas, e

Observa que a empresa optante do SIMPLES é a que detém maior massa salarial e menor faturamento, enquanto a Deltacapas mantém um alto faturamento, com mais de 600 pontos de revenda, com uma média mensal de apenas 4 segurados empregados.

Segundo ainda relato fiscal, da análise da contabilidade de ambas as empresas, foi constatado que quem possui as máquinas e equipamentos para os serviços de confecção realizados pela contratada é a empresa autuada, contratante dos serviços.

Expõe, a seguir, os motivos pelos quais entende que houve simulação na contratação de empregados por pessoa jurídica interposta, optante pelo SIMPLES, ressaltando que as duas empresas foram estabelecidas no mesmo endereço e desenvolvem o mesmo ramo de atividades, sendo que a Deltaservice industrializa os produtos e a Deltacapas os vende.

Esclarece que está sendo aplicada, ainda, a multa qualificada de 150% em virtude de ter sido constatado que a empresa recorrente utilizou empresa interposta, optante do SIMPLES, com a finalidade de omitir e/ou reduzir a contribuição previdenciária.

A recorrente impugnou o débito e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 10-37.736, da 6ª Turma da DRJ/POA (fls. 288), julgou a impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso tempestivo (fls. 311), alegando, em síntese, o que se segue.

Preliminarmente, alega nulidade da decisão de primeira instância por ter o julgador indeferido a realização da prova pericial solicitada pela recorrente, argumentando que houve cerceamento de defesa por ter sido denegada por despacho sem fundamento.

No mérito, afirma que o Auto se funda somente em prova indiciária, o que não é aceitável em matéria fiscal/tributária e leva à sua nulidade, sendo que o fisco não foi capaz de afastar as alegações da recorrente de que a Deltacapas e a Deltaservice são empresas distintas, com atividades distintas, como também não comprovou a identidade societária ou de gestão e administração, a confusão patrimonial, a dependência econômica.

Quanto ao parentesco dos sócios das duas empresas, questiona se não haveria autuação caso eles fossem estranhos entre si, concluindo que a identidade pessoal entre os sócios e de endereços nada prova, como também nada prova o fato de serem fornecedoras máquinas para a realização da atividade ou de os pedidos virem como pede a contratante.

Frisa que a prestação de serviços de forma exclusiva não prova nada porque a demanda da empresa prestadora de serviços pode ser suprida somente por um cliente, sendo que não existe na legislação nada que prescreva que isto é ilegal.

Colaciona julgados do TRF visando demonstrar a necessidade de haver provas suficientes da existência de Grupo Econômico e/ou Interposição de Empresas para se poder promover a responsabilidade/solidariedade tributária para outras sociedades, observando que tal situação não ocorreu no presente caso.

Repisa que o critério atividade meio/fim como limitador das terceirizações não tem sede na Constituição Federal nem na Legislação Ordinária, seja ela Civil, Tributária ou Trabalhista, sendo que nada existe de ilegal ou ilícito nas atividades da recorrente.

Acusa a autuação de ser fruto de uma visão fiscalista e distorcida da realidade, uma vez que as próprias alterações contratuais da recorrente e, ainda, a menção pela própria fiscalização de que a recorrente passou a se dedicar à comercialização, com mais de 600 pontos de revenda terceirizados em todo o Brasil, denotam a mudança de foco da empresa, sendo que a fiscalização não pode pretender impor que a empresa atue em todas as etapas do processo produtivo para vender seus produtos.

Reitera que os documentos juntados pela Fazenda Nacional são insuficientes para o requerido reconhecimento do grupo econômico, pois não restou comprovado que as sociedades apontadas possuem os mesmos sócios e o mesmo patrimônio.

Sustenta que a negativa de aproveitamento dos valores pagos pela prestadora de serviços, caso mantida a autuação, deve ser revista e reformada, sob pena de enriquecimento sem causa do Erário, porque não pode haver cobrança bis in idem, devendo ser reformado o acórdão recorrido em tal item.

Entende que igualmente configura nulidade do julgado por supressão de instância julgadora e cerceamento de defesa a negativa de enfrentamento das alegações de inconstitucionalidade das exigências das contribuições ao RAT e aos Terceiros.

Insurge-se contra a multa aplicada, argumentando que sua aplicação é nula, abusiva e claramente confiscatória, sendo que a agente da Receita Federal apenas demonstra a sua previsão e a aplica de forma genérica, sem, todavia, relacioná-la aos fatos tipificados.

Frisa que, para se aplicar a multa qualificada, há a necessidade da configuração do evidente intuito de fraude, e que a alegação de uma pretensa simulação nada

alude e nem prova quanto às definições de sonegação, fraude e conluio, conforme a Lei 4.502/64.

Insiste em afirmar que não houve qualquer movimento fraudulento destinado a burlar o Fisco, e que a conduta da recorrente nunca visou enganar a Fazenda Pública sobre a ocorrência do fato gerador ou sua ocultação ou modificação de suas características, tendo sido sempre recolhidas as contribuições dentro dos limites e permissões da lei.

Ressalta que é patente a inexistência, no caso presente, de dolo de lesar o fisco, contornando-o e obtendo resultado abusivo, pois o recorrente acredita na higidez da sua atividade empresarial, realizada com meios lícitos, pela qual não pode ser punido da forma qualificada, como agora deseja o Fisco.

Tece considerações sobre a diferença entre evasão e elisão, para tentar demonstrar que a multa cominada é indevida e que, caso seja mantida a autuação, ela deve ser reduzida, como também devem ser enfrentadas as questões atinentes à vedação do confisco e a abusividade da multa aplicada, e repisa que a SELIC não é passível de aplicação ao caso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Bernadete de Oliveira Barros

O recurso é tempestivo e todos os pressupostos de admissibilidade foram cumpridos, não havendo óbice ao seu conhecimento.

Da análise do recurso apresentado, registro o que se segue.

Preliminarmente, a recorrente alega nulidade da decisão de primeira instância por ter o julgador indeferido a realização da prova pericial solicitada pela recorrente, argumentando que houve cerceamento de defesa por ter sido denegada por despacho sem fundamento.

Todavia, a necessidade de perícia para o deslinde da questão tem que estar demonstrada nos autos.

O art. 18, da Lei do Processo Administrativo Fiscal (Dec. 70.235/72), estabelece que:

Art.18 - A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine. Não tendo sido demonstrada pela recorrente a necessidade da realização de perícia, não se pode acolher a alegação de cerceamento de defesa pelo seu indeferimento.

Verifica-se, dos autos, que não existem dúvidas a serem sanadas, já que o Relatório Fiscal está claro e os AIs muito bem fundamentados.

A fiscalização deixou claro, nos relatórios integrantes das autuações, quais os valores da base de cálculo utilizada na apuração da contribuição lançada e as alíquotas aplicadas.

Os AIs foram lavrados de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam a matéria, tendo o agente autuante demonstrado, de forma clara e precisa, a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, fazendo constar, nos relatórios que compõem as Autuações, os fundamentos legais que amparam o procedimento adotado e as rubricas lançadas.

O Relatório Fiscal traz todos os elementos que motivaram a lavratura dos AIs e o relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, encerra todos os dispositivos legais que dão suporte ao procedimento do lançamento, separados por assunto e período correspondente, garantindo, dessa forma, o exercício do contraditório e ampla defesa à autuada.

Portanto, as autoridades julgadoras de primeira instância, ao entenderem ser prescindível a produção de novas provas e a realização de perícia, indeferiram, por unanimidade, o pedido formulado pela recorrente.

Dessa forma, como a recorrente não demonstrou que a elucidação do caso dependeria da produção de prova pericial, indefere-se o pedido de perícia, por considerá-la prescindível e meramente protelatória.

Ademais, cumpre lembrar que o Decreto nº 70.235/1972 estabelece o seguinte:

Art.16 - A impugnação mencionará:

.....

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

§ 1º - Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.

Da leitura do dispositivo, verifica-se que a recorrente não cumpriu os requisitos necessários à formulação de perícia pois limitou-se a requerê-la, de forma genérica, sem indicar o perito ou formular os quesitos a serem respondidos.

Assim, os julgadores de primeira instância agiram em observância aos dispositivos legais que tratam da matéria, e indeferiram, com muita propriedade, o pedido de perícia formulado pela recorrente.

No mérito, verifica-se um esforço da recorrente em tentar demonstrar a legalidade do procedimento de terceirização por ela adotado.

Porém, ressalte-se que em nenhum momento a fiscalização ou a autoridade julgadora de primeira instância negou essa possibilidade ou afirmou que havia impedimento legal num processo regular de terceirização de serviços.

Na verdade, o que a autoridade autuante constatou em ação fiscal desenvolvida na recorrente e na prestadora de serviços, e demonstrou no relatório do AI ora discutido, foi a existência de uma simulação na contratação da empresa DELTASERVICE CONFECÇÕES, INDÚSTRIA E BENEFICIAMENTO LTDA, optante do SIMPLES.

Da análise dos fatos apresentados e dos documentos juntados aos autos pela fiscalização, verifica-se a existência de uma simulação no procedimento adotado pela autuada em relação à empresa prestadora dos serviços e os segurados que lhe prestaram serviços por meio dessa empresa interposta.

Na definição de Clóvis Beviláqua, a simulação é uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado – 15ª Edição).

O Código Civil Brasileiro de 2002 traz, no § 1º, do art. 167, as hipóteses em que fica configurada a ocorrência de simulação:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1o Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados

E, conforme demonstrado nos autos, a situação verificada pela auditoria fiscal se enquadra perfeitamente no dispositivo legal transcrito acima.

Segundo Orlando Gomes, ocorre simulação quando em um negócio jurídico se verifica intencional divergência entre a vontade real e a vontade declarada, com o fim de enganar terceiro (Introdução ao Estudo do Direito – 7ª Edição).

E, de acordo com o art. 118, inciso I do CTN, a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos.

Assim, em respeito ao Princípio da Verdade Material e pelo poder-dever de buscar o ato efetivamente praticado pelas partes, a Administração, ao verificar a ocorrência de simulação, pode superar o negócio jurídico simulado para aplicar a lei tributária aos verdadeiros participantes do negócio.

Vale ressaltar, ainda, que a desconsideração de atos jurídicos não é privativo do Poder Judiciário. Esse é o entendimento fixado na jurisprudência deste Conselho de Contribuintes e de nossos tribunais, conforme julgados cujos trechos transcrevo abaixo:

TRF 1ª Região - Apelação Cível 94.01.13621-1/MG DJ 12/04/2002

“Salienta-se ainda que é desnecessária qualquer declaração judicial prévia para anular os atos jurídicos entre as partes, já que seus reflexos tributários existem independentemente da validade jurídica dos atos praticados pelos contribuintes, nos termos do artigo 118, I, do Código Tributário Nacional.

Ademais, a questão central dos autos cinge-se à repercussão para os efeitos tributários do ato simulado, ou seja, de sua ineficácia para fins de dedução de tais prejuízos.

Uma vez comprovada que o sujeito passivo agiu com dolo, fraude ou simulação, como de fato o foi no caso em tela, a autoridade administrativa tem plenos poderes para efetuar a glosa da dedução de imposto ilegítimamente realizada pela Autora, nos termos do art. 149, inciso VII, do CTN...”

TRF 4ª Região - Apelação Em Mandado De Segurança nº 2003.04.01.058127-4 – Data da Decisão: 31/08/2005

PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ULTRA PETITA. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO DE RECEITAS. IMPOSTO DE RENDA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA.

(...)

3. A proposição de invalidade do procedimento fiscal não merece guarida, pois os elementos coligidos aos autos dão conta de que o Fisco procedeu à investigação e à fiscalização dentro dos limites da lei, não ocorrendo qualquer excesso violador de direito individual, garantindo-se à impetrante a ampla defesa e o contraditório, tanto na via administrativa, quanto na judicial.

4. Restando provados, à saciedade, os fatos que embasaram o lançamento tributário, bem como o dolo, a fraude e a simulação, é desnecessária a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, aplicando-se o art. 149, VII, do CTN.

Acórdão 107-08247– Sétima Câmara – 12/09/2005

IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA – OMISSÃO DE RECEITA – INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS – SIMULAÇÃO. Comprovado pela Fiscalização que a Recorrente utilizou-se de terceiro para omitir receita, fato este que não foi descaracterizado em qualquer momento por aquela, é de ser mantido o Lançamento de Ofício.

IRPJ – SIMULAÇÃO – MULTA AGRAVADA. Mantém-se a multa agravada se caracterizada a omissão de receita através de simulação.

Nesse sentido, cita-se o entendimento de Heleno Tórres em sua obra Direito Tributário e Direito Privado – Autonomia Privada, Simulação, Elusão Tributária – Ed. Revista dos Tribunais – 2003 – pág. 371:

“Como é sabido, a Administração Tributária não tem nenhum interesse direto na desconstituição dos atos simulados, salvo para superar-lhes a forma, visando a alcançar a substância negocial, nas hipóteses de simulação absoluta. Para a Administração Tributária, como bem recorda Alberto Xavier, é despiciendo que tais atos sejam considerados válidos ou nulos, eficazes ou ineficazes nas relações privadas entre os simuladores, nas relações entre terceiros ou nas relações entre terceiros com interesses conflitantes. Eles são simplesmente inoponíveis à Administração, cabendo a esta o direito de superação, pelo regime de desconsideração do ato negocial, da personalidade jurídica ou da forma apresentada, quando em presença do respectivo “motivo” para o ato administrativo: o ato simulado”

Portanto, na presença de simulação, a auditoria fiscal tem o dever-poder de não permanecer inerte, pois tais negócios são inoponíveis ao fisco no exercício da atividade plenamente vinculada do lançamento, que no caso em tela encontra respaldo ainda no artigo 149, inciso VII do CTN que dispõe o seguinte:

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

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

Restou demonstrado, pela fiscalização, que os expedientes utilizados pela recorrente tinham por objetivo simular negócio jurídico, no qual a intenção das partes é uma, mas a forma jurídica adotada é outra.

A recorrente colaciona julgados do TRF 4ª Região visando demonstrar a necessidade de haver provas suficientes da existência de Grupo Econômico e/ou Interposição de Empresas para se poder promover a responsabilidade/solidariedade tributária para outras sociedades, observando que tal situação não ocorreu no presente caso.

No entanto, cumpre esclarecer que a fiscalização não fundamentou os Autos de Infração discutidos por meio do presente processo administração fiscal na responsabilidade solidária, e nem afirmou que houve a formação de Grupo Econômico.

O que a autoridade autuante verificou foi que a empresa Deltaservice foi criada somente com a finalidade de registrar empregados em seu nome, aderir ao regime tributário do SIMPLES, e se aproveitar indevidamente dos benefícios previstos no referido Sistema.

A recorrente alega que a identidade pessoal entre os sócios e de endereços nada prova, como também nada prova o fato de serem fornecidas máquinas para a realização da atividade ou de os serviços serem prestados de forma exclusiva, porque a demanda da empresa prestadora de serviços pode ser suprida somente por um clientes, sendo que não existe na legislação nada que prescreva que isto é ilegal.

Contudo, o funcionamento no mesmo local, a utilização do maquinário da tomadora por meio de contrato de comodato sem ônus para a prestadora, a exclusividade na prestação dos serviços e o fato de que a empresa prestadora não possui patrimônio reforçam a convicção de que a empresa contratada é, na verdade, filial da recorrente.

E, nessa condição, os segurados registrados como empregados da prestadora são, de fato, empregados da tomadora, ou seja, da empresa recorrente.

A auditoria observou que a empresa que detém o maior volume de faturamento, qual seja, a tomadora, tem uma despesa mínima com a folha de pagamento, e a empresa Deltaservice, optante do SIMPLES, e que possui baixo faturamento, é quem oferece toda a mão de obra para que a empresa tomadora atinja todo seu faturamento.

Ou seja, a recorrente arca com as despesas de água e energia da contratada, cede imóvel para seu funcionamento e fornece os equipamentos para a confecção dos produtos, e a empresa contratada entra apenas com a mão de obra para a confecção dos produtos finais, sendo que esse serviço é prestado de forma exclusiva.

Dessa forma e por tudo que foi exposto no Relatório Fiscal, entendo que restou caracterizada a relação de matriz-filial entre a recorrente e a empresa terceirizada. Está evidenciado que foi a Deltacapas a única empresa que assumiu o risco da atividade econômica.

A autuada requer, ainda, que sejam aproveitadas as contribuições previdenciárias recolhidas pela prestadora de serviços, sob pena de enriquecimento sem causa do Erário.

De fato, entendo que, se a empresa prestadora teve sua personalidade jurídica descaracterizada pelo fisco, que entendeu que a mesma foi criada apenas para fornecer mão de obra à tomadora, e se restou constatado que seus empregados eram, na verdade, empregados da recorrente, entendo que a parcela recolhida na sistemática do SIMPLES pela contratada, correspondente à contribuição previdenciária patronal, deve ser aproveitada para abatimento do valor do débito lançado por meio do AI DEBCAD 50.003.689-6.

Quanto ao AI DEBCAD nº 50.003.690-0, referente a contribuições destinadas a Outras Entidades e Fundos, não há que se falar em dedução de recolhimentos efetuados, uma vez que as empresas que aderiram ao SIMPLES não recolhem contribuição a Terceiros.

A recorrente sustenta, ainda, que a negativa de enfrentamento das alegações de inconstitucionalidade das exigências das contribuições ao RAT e aos Terceiros acarreta a nulidade do julgado por supressão de instância julgadora e cerceamento de defesa.

Porém, vale ressaltar que o órgão julgador não está obrigado a apreciar toda e qualquer alegação apresentada pela recorrente, mas tão somente aquelas que possuem o condão de formar ou alterar sua convicção.

Tal entendimento encontra respaldo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aplicada subsidiariamente conforme se depreende do Recurso Especial, cuja ementa transcrevo abaixo:

*RESP 208302 / CE ; RECURSO ESPECIAL 1999/0023596-7 –
Relator: Ministro Edson Vidigal – Quinta Turma – Julgamento
em 01/06/1999 – Publicação em 28/06/1999 – DJ pág 150*

*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA
FINS DE PREQUESTIONAMENTO. ADMISSIBILIDADE.
REFERÊNCIA A CADA DISPOSITIVO LEGAL INVOCADO.
DESNECESSIDADE.*

*1. Legal a oposição de Embargos Declaratórios para pré
questionar matéria em relação a qual o Acórdão embargado
omitiu-se, embora sobre ela devesse se pronunciar; o juiz não
está obrigado, entretanto, a responder todas as alegações das
partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para
fundar a decisão.*

2. Recurso não conhecido.

*REsp 767021 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 2005/0117118-7 –
Relator: Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA –
Julgamento em 16/08/2005 - DJ 12.09.2005 p. 258*

*PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO,
OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE
MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL.
ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA
JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA
MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.*

1. Recurso especial contra acórdão que manteve decisão que, desconsiderando a personalidade jurídica da recorrente, deferiu o aresto do valor obtido com a alienação de imóvel.

2. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de fundamentação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto a quo. (g.n.)

Verifica-se que o Acórdão recorrido demonstra a convicção do julgador diante dos fatos e argumentos que lhe foram apresentados, seja pela auditoria fiscal, seja pela autuada.

Portanto, não se verifica a nulidade alegada pelo contribuinte.

Quanto à apreciação de alegações de inconstitucionalidade pelas autoridade julgadoras administrativas, cumpre observar que a Portaria 10.875/2007, que disciplina o processo administrativo fiscal relativo às contribuições sociais de que tratam os artigos 2º e 3º da Lei 11.457/2007, determina:

Art. 18. É vedado à autoridade julgadora afastar a aplicação, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, de tratado, acordo internacional, lei, decreto ou ato normativo em vigor, ressalvados os casos em que:

I - tenha sido declarada a inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal ('STF), em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a sua execução;

II - haja decisão judicial, proferida em caso concreto, afastando a aplicação da norma, por ilegalidade ou inconstitucionalidade, cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República ou, nos termos do art. 40 do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, pelo Secretário da Receita Federal do Brasil ou pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

Assim, a autoridade julgadora não está obrigada a apreciar as alegações de inconstitucionalidade de dispositivos legais, já que não poderá aplicá-las.

E também o Conselho Pleno, no exercício de sua competência, uniformizou a jurisprudência administrativa sobre a matéria, por meio da Súmula CARF nº 02, transcrita a seguir:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A autuada insurge-se contra a multa aplicada, argumentando que sua aplicação é nula, abusiva e claramente confiscatória, sendo que a agente da Receita Federal apenas demonstra a sua previsão e a aplica de forma genérica, sem, todavia, relacioná-la aos fatos tipificados.

Todavia, a vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo autoridade administrativa apenas aplicá-la, nos moldes da legislação que a instituiu e dirige-se ao legislador com o intuito de impedir a instituição de tributo que tenha em seu conteúdo aspectos ameaçadores à propriedade ou à renda tributada, mediante, por exemplo, a aplicação de alíquotas muito elevadas.

Portanto, a observância desse princípio relaciona-se com o momento de instituição do tributo ou de determinação da multa a ser aplicada no caso de falta de recolhimento.

Assim, uma vez vencida a etapa da sua criação, não configura confisco a aplicação da lei tributária.

E a Lei 8.212/91, em seus art 34 e 35A, vigentes à época, autoriza a utilização das multas e juros aplicados aos débitos apurados.

Cabe destacar, ainda, que a atividade administrativa é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais. Nesse sentido, o ilustre jurista Alexandre de Moraes (curso de direito constitucional, 17ª ed. São Paulo. Editora Atlas 2004.314) colaciona valorosa lição: “o tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de vontade subjetiva. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sem em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica”

E, a exemplo do que ocorreu em relação à apreciação de inconstitucionalidade de leis, o Conselho Pleno também uniformizou a jurisprudência administrativa sobre essa matéria, por meio do Enunciado 03/2007, transcrito a seguir:

Enunciado nº 03:

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.

Com relação à aplicação da multa qualificada, cumpre ressaltar que o parágrafo primeiro, do art. 44, I, da Lei 9.430/96, estabelece que o percentual de multa será duplicado nos casos previstos nos art. 71, 72 e 73, da Lei 4502/64, quais sejam, ocorrência de sonegação, fraude e conluio, o que, conforme amplamente demonstrado acima, ocorreu no caso presente.

Assevere-se que, no caso aqui tratado, se verificou que a recorrente se utilizou de um artifício com o objetivo dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

E, diante dessa constatação, a fiscalização, cuja atividade é vinculada aos mandamentos legais, caracterizou os segurados da empresa interposta como empregados da recorrente e lançou a contribuição devida, aplicando a multa qualificada, uma vez que verificou a ocorrência das hipóteses previstas nos art. 71, 72 e 73, da Lei 4.502/64.

Portanto, conclui-se que os Autos de Infração foram lavrados de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam a matéria, tendo o agente autuante demonstrado, de forma clara e precisa, a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária e identificado a obrigação acessória descumprida e os fundamentos legais da autuação e da penalidade, bem como demonstrado, de forma discriminada, o cálculo da multa aplicada, fazendo constar, nos relatórios que compõem os AIs, os fundamentos legais que amparam o procedimento adotado e as rubricas lançadas.

O Relatório Fiscal traz todos os elementos que motivaram a lavratura dos Autos e o relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, encerra todos os dispositivos legais que dão suporte ao procedimento do lançamento, separados por assunto e período correspondente, garantindo, dessa forma, o exercício do contraditório e ampla defesa à autuada.

Nesse sentido e

Considerando tudo mais que dos autos consta,

Voto por CONHECER DO RECURSO e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, somente para excluir, do débito, as parcelas relativas às contribuições previdenciárias recolhidas pela empresa interposta, na sistemática do SIMPLES.

É como voto.

Bernadete de Oliveira Barros - Relator