



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

Processo nº 11516.006371/2007-96
Recurso nº 162.917 Voluntário
Acórdão nº 2301-002.880 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de junho de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente COSTA DO SANTINHO TURISMO E LAZER LTDA. E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2005 a 30/06/2007

Consolidado em: 05/12/2007

NFLD SOB Nº 37.131.118-7

VALOR TOTAL DE R\$ 189.159,64

EMENTA

DA RETENÇÃO

Empresa contratante, tomadora de serviços tem a obrigação legal de reter 11 % do valor bruto da nota fiscal ou fatura previstas no artigo 31 e parágrafos da Lei nº 8.212/91, bem como o RPS - Regime da Previdência Social, vi' parágrafos 1 e 2, item IX do artigo 219, também moldura com exatidão a caracterização da cessão de mão-de-obra e a obrigação de retenção de quem as usa.

DA INDEVIDA ALEGAÇÃO DE CONSIDERAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DOS FUNCIONÁRIOS DAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS E DA DESCONSIDERAÇÃO DOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS APRESENTADOS.

Base da autuação fiscal que não considera o vínculo de empregado de uma empresa para outra, mas considera a cessão de mão-de-obra, de conformidade com os contratos e a realidade fática, encontra arrimo legal.

DO CNAE

A autuação fiscal empreendida em razão de diferenças de contribuições para o Sat/Rat (financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho) pelo fato de a Recorrente ter declarado em GFIP de forma equivocada o campo CNAE — Classificação Nacional de Atividades Econômicas encontra-se na legalidade.

DA COMPENSAÇÃO

Empresa que efetua compensação e diz ser indevida a incidência de contribuição previdenciária sobre as rubricas da folha de pagamento, intituladas 1/3 de férias e gratificações, sob a alegação de que os valores incidiram sob parcelas indenizatória, não merece guarita, pois não as são.

DO GRUPO ECONÔMICO - INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI 8.212-1991

Configura grupo econômico sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas (CLT) e "as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes da lei."

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

O Regimento Interno do CARF, artigo 62, veda expressamente aos membros das turmas de julgamento do afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

MATÉRIA NÃO COMBATIDA

Matéria não combatida na peça recursão, em não sendo matéria de ordem pública, como é o caso da multa, não merece avaliação.

No caso em tela a multa não anatematizada no Recurso Voluntário, razão pela qual deverá ser mantida, conforme resolveu a instância '*a quo*'.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado I) Por voto de qualidade: a) em manter a aplicação da multa, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva e Damião Cordeiro de Moraes, que votaram em retificar a multa aplicada; II) Por unanimidade de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, a fim de excluir do grupo econômico a empresa Condomínio Costão do Santinho, excluindo-lhe da lide, nos termos do voto do Relator; b) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a).

(Assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Wilson Antônio de Souza Correa - Relator.

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

Relatório

Por meio da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) supra a Recorrente foi autuada na importância de R\$ 189.159,64 (cento e oitenta e nove mil e cento e cinquenta e nove reais e sessenta e quatro centavos), consolidado em 05 de dezembro de 2007, que, de acordo com o Relatório Fiscal de fls. 41/48, refere-se as contribuições sociais devidas, **correspondentes a parte da empresa**; ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho — **GILRAT**; as destinadas a **outras entidades e fundos: Salário-Educação, Incra, Senac, Sesc e Sebrae**; e as de **terceiros decorrentes de retenção em notas fiscais/faturas de prestação de serviços de empresas contratadas**, no período de 10/2005 a 06/2007, correspondente aos seguintes fatos geradores:

- (a) Levantamento "FP — FOLHA DE PAGAMENTO" — diferenças apuradas nos recolhimentos das contribuições incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados, constantes das folhas de pagamento e declaradas em GFIP;
- (b) Levantamento UNI — UNIQUE RECREAÇÕES E LAZER — prestação de serviços mediante cessão de mão de obra, cujas atividades estão sujeitas a retenção prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91, verificadas nas notas fiscais de serviços e contabilidade referentes a empresa Unique Recreações e Lazer Ltda.ME;

Esclarece, o REFISC que o contrato com a empresa Unique Recreações e Lazer Ltda.ME era, até 09/2005, firmado entre essa e a Preference — Serv. de Adm. Cond. e Hotelaria Ltda (empresa do mesmo grupo econômico) que sofreu cisão e teve seu patrimônio vertido parcialmente para a notificada, inclusive as obrigações decorrentes do contrato aqui referido que passaram a ser cumpridas por esta.

Informa, ainda, que o objeto do contrato era a prestação de serviços de recreação e entretenimento para os hóspedes da contratante, e que foi apresentado somente o contrato referente ao período de 15/03/2004 a 15/03/2005.

Assevera que ficou evidenciado que a prestação de serviços ocorreu na forma de cessão de mão-de-obra, visto que os empregados da contratada ficavam a disposição da contratante, em suas dependências, realizando serviços continuamente e que apresentam relação com a atividade fim da contratante, no caso, Resort & Spa.

Acrescenta que a obrigatoriedade da retenção consta do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, na redação dada pela Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998, e que os serviços em questão se referem à atividade de hotelaria.

Relata, ainda, que embora não tenha havido destaque da retenção nas notas fiscais emitidas pela empresa cedente de mão-de-obra, a contratante tem a obrigatoriedade de efetuar a retenção e o devido recolhimento.

A partir da NF nº 54, emitida em 09/04/2007, consta o destaque da retenção porém, efetuado somente sobre 50% do valor total das notas fiscais, não sendo apresentado qualquer documento que de respaldo para a redução da base de cálculo. Os recolhimentos parciais foram deduzidos do montante devido, conforme RADA-Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados, fls. 22/28.

Com relação ao CNAE, consta do REFISC, que a notificada enquadrou-se incorretamente no CNAE 63.30-4 — atividades de agências de viagens e organizadores de viagens, ou no CNAE 79.11 — 2/00 — Agência de viagens, quando o correto seria o código 55.11-5 — estabelecimentos hoteleiros, com restaurantes até 05/2007, e a partir de 06/2007, com a nova tabela CNAE Fiscal, o código 56.11-2/01 — restaurantes e similares, em razão de ser esta a atividade preponderante em decorrência de alocar o maior número de segurados da empresa.

No item 7 do REFISC, fls. 47, o auditor informa que a empresa efetuou compensação na GPS da competência 01/2007, em razão desconsiderar indevidos os valores recolhidos sobre as rubricas 1/3 de férias e gratificações, pagos até 08/2006, nas folhas-de pagamento.

Todavia, em razão destas rubricas integrarem o salário -de-contribuição, os valores compensados foram glosados.

Informa, ainda, o Relatório, que as empresas INPLAC — Indústria de Plásticos S.A, Santinho Empreendimentos Turísticos S.A, Costão Golf Ltda, Costão Adm. e Negócios Imobiliários Ltda, Costão Ville — Empreendimentos Imobiliários S.A, Condomínio do Complexo Turístico do Costão do Santinho e Preference Serv. de Adm. de Cond. e Hotelaria Ltda, juntamente com a notificada, são controladas direta ou indiretamente pela empresa ECAP — Empresa Catarinense de Administração e Participação Ltda, informando os percentuais de participação, constituindo um grupo econômico de fato, e, dessa forma, são atingidas pelo instituto da responsabilidade solidária, determinado na legislação vigente, sendo consideradas solidárias em relação ao crédito previdenciário decorrente desta notificação fiscal. Consta do Anexo II do Relatório o organograma do grupo e o contrato de prestação de serviços de administração de condomínio firmado com a Preference.

Notificada a Recorrente, tempestivamente apresentou impugnação, nas seguintes razões:

- 1) que o objeto do contrato entre a Unique e a Recorrente tem que apresentar relação com a atividade fim dela, razão pela qual, equivocadamente, para a fiscalização, o contrato firmado entre as partes teria ensejado vínculo empregatício ou relação de emprego entre Recorrente e os empregados da Unique, porque teria representado cessão de mão-de-obra, uma vez que os serviços requeriam que *"os empregados da contratada ficassem a disposição da contratante, em suas dependências, realizando serviços continuamente e que apresentam relação com a atividade fim da contratante"*;
- 2) que não é atribuição da fiscalização reconhecer vínculo empregatício entre o contribuinte e prestadores de serviços, para imputar débitos previdenciários;
- 3) que também não é competência da fiscalização desconsiderar contratos legítimos de prestação de serviços;

- 4) que a fiscalização não levou em consideração as contribuições efetivadas pela Unique, de modo a evitar o enriquecimento sem causa justa da Previdência Social;
- 5) prescrição dos débitos apurados de 01 de 1999 à 11 de 2002, com base no artigo 173,I do CTN;
- 6) que as compensações efetuadas não são indevidas em razão de não incidência de contribuição previdenciária sobre verbas de caráter indenizatório;

As empresas ECAP — Empresa Catarinense de Administração e Participação Ltda, INPLAC — Indústria de Plásticos S.A, Santinho Empreendimentos Turísticos S.A, Costão Golf Ltda., Costão Adm. e Negócios Imobiliários Ltda., Costão Ville — Empreendimentos Imobiliários S.A e Preference — Serviços de Administração de Condomínio e Hotelaria Ltda, apresentaram impugnação em conjunto, fls. 211/215, alegando em síntese, que a solidariedade prevista no art. 124, do CTN, é solidariedade de direito, que tem validade e eficácia apenas quando a lei que a estabelecer for interpretada de acordo com a constituição e o próprio CTN, não tendo qualquer valor jurídico as disposições de leis ordinárias, como a Lei nº 8.212/91, que indevidamente pretendam alargar as responsabilidades de sócios e dirigentes das pessoas jurídicas. Colaciona jurisprudência do STJ em que se discute o redirecionamento de execução fiscal ajuizada contra empresa para responsabilizar os sócios (Resp nº 717.717/SP (2005/0008283-8) — DJU de 08/05/2006.

O Condomínio do Costão do Santinho apresenta impugnação às fls. 116/119, alegando, além dos pontos apresentados pelas outras empresas, que se trata de pessoa jurídica sem finalidade lucrativa, formada por condôminos proprietários de frações ideais de condomínio, nos termos do Código Civil e da legislação específica, não detendo capacidade jurídica para formar grupo econômico.

A DRJ mantém o crédito tributário por unanimidade.

Em 24 e 25 de julho de 2008 foram notificadas e no dia 22 de agosto foi protocolizado os recursos aviados pelas Recorrentes, onde sustentam as mesmas razões da impugnação, que passo analisar para decidir.

Eis a síntese do necessário.

Voto

Conselheiro Wilson Antônio de Souza Correa, Relator

O recurso aviado é tempestivo e respeita a regra processual, razão pela qual merece ser recepcionado, passando a análise dos fatos e das razões jurídicas recursais.

Antes porém, em que pese figurar no pólo passivo várias recorrentes, é possível analisar e julgar todos os recursos conjuntamente, abrangendo todos os quesitos levantados, o que passo a fazer nas seguintes rubricas:

DA RETENÇÃO

Vê-se nos autos que o motivo da autuação trata das contribuições decorrentes da obrigatoriedade de a empresa contratante reter 11 % do valor bruto da nota fiscal ou fatura previstas no artigo 31 e parágrafos da Lei nº 8.212/91, cujo qual pede-se vênha para transcrevê-lo:

Art. 31 — A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do artigo 33.

....

Parágrafo 3 - Para fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

O dispositivo legal acima não deixa margem de dúvida quanto a caracterização da cessão de mão-de-obra, e, como sempre trago à baila, para os latinos, a clareza da lei cessa sua interpretação, como ocorre acima.

Mas a legislação previdenciária não está substanciada tão somente na Lei 8.212 de 1991, pois o RPS – Regime da Previdência Social também moldura com exatidão a caracterização da cessão de mão-de-obra e a obrigação de retenção de quem as usa. 'Ex vi' parágrafos 1 e 2, item IX do artigo 219:

Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 52 do art. 216.

§ 1 Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do

contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

§ 2 Enquadram-se na situação prevista no caput os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:

....

IX copa e hotelaria;

Para reforçar a legalidade do ato, urge dizer que a IN Instrução Normativa 03 de julho de 2005 regulamentava o procedimento na época do fato gerador:

140. A empresa contratante de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, inclusive em regime de trabalho temporário, a partir da competência fevereiro de 1999, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços e recolher à Previdência Social a importância retida, em documento de arrecadação identificado com a denominação social e o CNPJ da empresa contratada, observado o disposto no art. 93 e no art. 172.

Então há obrigatoriamente de reter 11% a empresa que enquadrar à legislação acima, razão pela qual entendo devida a autuação, neste quesito.

DA INDEVIDA ALEGAÇÃO DE CONSIDERAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DOS FUNCIONÁRIOS DAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS E DA DESCONSIDERAÇÃO DOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS APRESENTADOS.

Alegou-se que a fiscalização para substanciar a autuação considerou o vínculo empregatício dos funcionários das prestadoras de serviços com a contratante. Neste diapasão, diz que a fiscalização não tem poderes para fazer tal relação empregatícia.

Todavia, não foi esta a base para autuação, pois, ao contrário do que alega, a fiscalização não considerou o vínculo, já que, com fulcro na legislação acima, foi considerada a cessão de mão-de-obra, de conformidade com os contratos e a realidade fática.

As Recorrentes em momento algum alegaram que não havia vínculo contratual entre a tomadora e as prestadoras de serviços. Ao contrário, reconhecem a existência dos contratos. E, estes contratos é que foram considerados pela fiscalização para autuação, porque enquadram-se nas obrigações de lei.

O artigo 143 da Instrução Normativa n 3 é clara na definição do que seja ceder mão de obra, 'in verbis':

143. Cessão de mão-de-obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei n° 6.019, de 1974.

§1 Dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços.

§2° Serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores.

§3° Por colocação à disposição da empresa contratante entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato.

Art. 145. Estarão sujeitos à retenção, se contratados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, observado o disposto no art. 176, os serviços de:

(-)

VII - hotelaria, que concorram para o atendimento ao hóspede em hotel, pousada, paciente em hospital, clínica ou em outros estabelecimentos do gênero;

Parágrafo único. A pormenorização das tarefas compreendidas em cada um dos serviços, constantes nos incisos dos arts. 145 e 146, é exemplificativa.

Art. 149. Os valores de materiais ou de equipamentos, próprios ou de terceiros, exceto os equipamentos manuais, fornecidos pela contratada, discriminados no contrato e na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, não integram a base de cálculo da retenção, desde que comprovados.

§1° O valor do material fornecido ao contratante ou o de locação de equipamento de terceiros, utilizado na execução do serviço, não poderá ser superior ao valor de aquisição ou de locação para fins de apuração da base de cálculo da retenção.

§2° Para os fins do §1°, a contratada manterá em seu poder, para apresentar à fiscalização da SRP, os documentos fiscais de aquisição do material ou o contrato de locação de equipamentos, conforme o caso, relativos ao material ou equipamentos cujos valores foram discriminados na nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços.

§3 Considera-se discriminação no contrato os valores nele consignados, relativos ao material ou equipamentos, ou os

previstos em planilha à parte, desde que esta seja parte integrante do contrato mediante cláusula nele expressa.

Art. 150. Os valores de materiais ou de equipamentos, próprios ou de terceiros, exceto os equipamentos manuais, cujo fornecimento esteja previsto em contrato, sem a respectiva discriminação de valores, desde que discriminados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, não integram a base de cálculo da retenção, devendo o valor desta corresponder no mínimo a: (Mt dada pela I N nº 20, de 11.01.07)

I - cinquenta por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços;

II - trinta por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços para os serviços de transporte passageiros, cujas despesas de combustível e de manutenção dos veículos corram por conta da contratada;

III - sessenta e cinco por cento quando se referir à limpeza hospitalar e oitenta por cento quando se referir aos demais tipos de limpezas, do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços.

Diante de toda a documentação colacionada nos autos, cujos quais serviram de esboço à fiscalização, que, considerando os dispositivos legais acima mencionados, depreende-se da regularidade da responsabilidade tributária imposta e atribuída ao contratante de serviços quando os serviços contratados, arrolados no § 2º do artigo 219 do RPS.

Ainda há de salientar que a fiscalização em momento algum considerou vínculo empregatício de funcionários da contratante com a contratada. Ao contrário, ficou bem claro que a relação contratual de prestação de serviços existentes entre as empresas foi o fato gerador da incidência da retenção prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91, lançada na notificação.

Por tudo isto julgo que o lançamento das contribuições foi feito de acordo com as normas vigentes, sendo os serviços prestados enquadrados no inciso IX do § 2º do art. 219 do RPS.

DO CNAE

A autuação fiscal foi empreendida em razão de diferenças de contribuições para o Sat/Rat (financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho) pelo fato de a Recorrente ter declarado em GFIP de forma equivocada o campo CNAE — Classificação Nacional de Atividades Econômicas.

O fato é que a Recorrente enquadrou-se como empresa de exploração de atividades de agências de viagens (CNAE 63.30-4 - até 06/2007; e CNAE FISCAL 79.11-2/00, a partir de 07/2007), com grau de risco 1, alíquota 1%, quando o enquadramento correto, em razão da atividade preponderante, seria no CNAE 55.11-5 — estabelecimentos hoteleiros com

restaurantes — até 06/2007, grau de risco 2, alíquota 2%; e no CNAE FISCAL 56.11-2/01 — restaurantes e similares — a partir de 07/2007, grau de risco 1 — alíquota 1%.

Mas, apesar da anomalia acima apontada a Recorrente não contesta o enquadramento efetuado pela fiscalização, nem as diferenças lançadas, insurgindo-se tão somente quanto a cobrança de valores apurados da referida diferença de CNAE no período de 01/99 a 11/2002, em razão da decadência quinquenal.

Considerando que as competências lançadas na presente notificação, referente as diferenças de alíquota RAT (Riscos Ambientais do Trabalho) compreendem somente os meses de 11/2006, 12/2006, 01/2007 e 02/2007, não procede a alegação da impugnante.

DA COMPENSAÇÃO

A fiscalização informa que na competência 01/2007, a empresa efetuou compensação, e dizer ser indevida a incidência de contribuição previdenciária sobre as rubricas (eventos) da folha de pagamento, intituladas 1/3 de férias e gratificações, pagas até 08/2006.

Como esta rubricas integra o salário-de-contribuição previdenciária, a compensação foi glosada pela fiscalização, o que guarda legalidade.

Todavia a Recorrente, defende-se alegando que a glosa da compensação foi indevida em razão de que os valores compensados referiam-se a contribuições recolhidas que incidiram indevidamente sobre parcelas de caráter indenizatório.

Junta um parecer elaborado unilateralmente que esclarece a compensação de contribuições previdenciárias sobre parcelas identificadas como 1/3 sobre abono pecuniário de férias e Gratificações, não fazendo, contudo, em qualquer momento alusão a impugnante, ou a rubricas de sua folha de pagamento.

Em outras palavras, não cabe avaliar o perleúdo parecer juntado porque trata de matérias diferentes, indenizatórias, do que se discute.

Assim, também neste quesito, não assiste razão a Recorrente, razão pela qual julgo procedente a glosa efetuada.

DO GRUPO ECONÔMICO – INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI 8.212-1991

A fiscalização considerou que as empresas INPLAC — Indústria de Plásticos S.A, Santinho Empreendimentos Turísticos S.A, Costão Golf Ltda, Costão Adm. e Negócios Imobiliários Ltda, Costão Ville — Empreendimentos Imobiliários S.A, Costão do Santinho Turismo e Lazer Ltda, Condomínio do Costão do Santinho e ECAP — Empresa Catarinense de Administração e Participação Ltda, a responsabilidade solidária pelo crédito exigido, com fulcro no estabelecido no inciso IX do art. 30 da Lei nº 8.212/91, segundo o que *"as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta lei."* (grifouse).

As mencionadas empresas, em fase de impugnação, assim como em peça recursiva separadas mas com o mesmo teor, contestam conjuntamente a caracterização do grupo econômico de fato, alegando que a solidariedade prevista no art. 124, do CTN, é solidariedade de direito, que tem validade e eficácia apenas quando a lei que a estabelecer for interpretada de acordo com a constituição e o próprio CTN, não tendo qualquer valor jurídico

as disposições de leis ordinárias, como a Lei nº 8.212/91, que indevidamente pretendam alargar as responsabilidades de sócios e dirigentes das pessoas jurídicas.

Já o Recorrente Condomínio do Complexo Turístico do Costão do Santinho, tanto na impugnação como no presente Recurso, além desta questão, alega que é pessoa jurídica sem finalidade lucrativa, formada por condôminos proprietários de frações ideais de condomínio, nos termos do Código Civil e da legislação específica, não detendo capacidade jurídica para formar grupo econômico.

Em primeiro lugar temos que o argumento de que a Lei nº 8.212/91 estendeu erroneamente as responsabilidades de sócios e dirigentes das pessoas jurídica ultrapassa a competência deste Colegiado.

É que esta Corte administrativa, como todas as demais, inclusive judicial, exceto o Supremo Tribunal Federal, não têm competência para distribuir, analisar e julgar processos e ou matérias que tratam de inconstitucionalidade de lei.

Deve-se ater o Recorrente ao entendimento anotado no Parecer CJ 771/97 que: **“O guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional, o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei porque o seu destinatário entende ser inconstitucional quando não há manifestação definitiva do STF a respeito”**.

De forma que, ainda que seja uma vírgula mal distribuída num parágrafo da lei anatematizada pelo Recorrente, o caminho a postular inconstitucionalidade e perquirir direitos é o Pretório Excelsior, e não esta via.

Mais ainda, há de destacar que a atividade administrativa encontra-se com vínculo ao que determina a lei, como dito por muitos, ‘as ações do gestor público é escravizada pela lei’.

Neste sentido, peço vênica para juntar escólio do perleúdo 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, de mais a mais, observa-se que o o Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria 256, de 22/06/2009, veda aos Conselheiros de Contribuintes afastar aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme disposto em seu art. 62.

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Assim, por não estar na competência deste Julgador, não posso apreciar a referida matéria.

E referente a formação do grupo econômico considerado pela fiscalização, tenho que ele (grupo econômico) pode ser de direito, quando é formalmente constituído nos moldes do art. 265, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro, de 1976; ou pode se configurar em grupo de fato, como nas situações em que, apesar de não ser dotado de formalização legal, se constitui de empresas interligadas entre si e controladas direta ou indiretamente pelo mesmo grupo de pessoas.

No âmbito previdenciário, a Lei nº 8.212/91, ao tratar do grupo econômico, prevê a responsabilidade solidária entre as empresas que o compõem, 'ex vi' artigo 30:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 8.620, de 5.1.93)

....

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

No dispositivo legal acima não se observa a expressão 'Grupo Econômico', que, no direito tributário, segundo o Código Tributário Nacional, para definir conceitos, permite-se analogia, quanto dos princípios de direito privado, nos termos dos artigos 108, I e 109.

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I- a analogia;

...

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Desta forma, no momento em que a Lei nº 8.212/91 menciona grupo econômico de qualquer natureza, necessariamente, não está contemplando apenas os grupos formalmente constituídos nos moldes do art. 265, da Lei nº 6.404/76, mas também os grupos de fato.

Portanto é de se aplicar na Lei 8.212 de 1991 o conceito previsto no art. 3º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que não condiciona a consideração de grupo a existência de convenções formais nesse sentido, bastando que as empresas estejam sob a mesma direção, controle ou administração:

Art. 2º...

§ 2º - Sempre que unia ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

E, reforçando a legislação acima temos ainda a IN - Instrução Normativa da Secretaria da Receita Previdenciária (SRP) nº 03, de 14 de julho de 2005, ratifica esse entendimento em seu art. 748:

Art. 748. Caracteriza-se grupo econômico quando duas ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica.

No presente caso, com base no que foi exposto no Relatório Fiscal, corroborado pelos contratos sociais e alterações posteriores, estatutos e atas de assembleias, bem como o organograma de fls. 22, verifica-se que a ECAP detém 98,05 % de participação na Inplac; 99,9% na Santinho Empreendimentos Turísticos S.A; 99,9% na Costão Golf Ltda.; 60% na Costão Adm. e Negócios Imobiliários Ltda.; 99,9% na Costdo Ville — Empreendimentos Imobiliários S.A; 54,43% na Preference — Serviços de Administração de Condomínio e Hotelaria Ltda., sendo que a Inplac detém o restante; 4,17% na Costdo do Santinho Turismo e Lazer Ltda., que é controlada pela Santinho Empreendimentos Turísticos S.A.

Vê-se portanto que configurado está a formação do grupo econômico.

Assim, evidenciando-se a existência do grupo econômico, as empresas que o compõem ficam sujeitas aos efeitos jurídicos dessa relação, como a responsabilidade tributária solidária, que está expressamente prevista na Lei nº 8.212/91, de acordo com a autorização do CTN, conforme abaixo:

CTN:

Art. 124. Silo solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Lei nº8.212/91:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº8.620, de 5.1.93)

...

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

Desta forma tenho que não há dúvida da formação do grupo econômico e, assim, correta a fiscalização de caracterizar a existência de um grupo econômico de fato formado pelas empresas ECAP — Empresa Catarinense de Administração e Participação Ltda, INPLAC — Indústria de Plásticos S.A, Santinho Empreendimentos Turísticos S.A, Costão Golf Ltda., Costdo Adm. e Negócios Imobiliários Ltda., Costão Ville — Empreendimentos Imobiliários S.A, Preference — Serviços de Administração de Condomínio e Hotelaria Ltda. e Costão do Santinho Turismo e Lazer Ltda.

Todavia, o Condomínio Costão do Santinho, incluído indevidamente como responsável solidário em razão de ser administrado pela empresa Preference — Serviços de Administração de Condomínio e Hotelaria Ltda., tenho que não restou configurada sua participação no grupo econômico, sobretudo porque não tem personalidade jurídica própria e não possui atividade econômica.

Finalmente, com todo respeito as peças recursivas, mas a Jurisprudência juntada não diz respeito ao assunto tratado que é a configuração de grupo econômico e não de responsabilidade de sócios em execução fiscal, conforme trata aquela interpretação.

MATÉRIAS NÃO RECORRIDAS.

Urge tratar das matérias não suscitadas em sua defesa, cujas quais penso não constituir matéria de ordem pública, já que estas normas (ordem pública) são aquelas de aplicação imperativa que visam diretamente a tutela de interesses da sociedade, o que não é o caso.

Neste diapasão tenho que a ‘Ordem Pública’ significa dizer do desejo social de justiça, assim caracterizado porque há de se resguardar os valores fundamentais e essenciais, para construção de um ordenamento jurídico ‘JUSTO’, tutelando o estado democrático de direito.

Por outro lado, julgar matéria não questionada e que não trate do interesse público é decisão extra petita, como são os casos da aplicação de multas não anatematizadas pelos recorrentes, e que antes tinham o meu pronunciamento, independente de se objurgada em peça recursiva ou não, mas que amadureço pela razão acima, haja vista não considerar a multa matéria de ordem pública.

Evoluo meu voto no sentido de que matéria não recorrida é matéria atingida pela instituição do trânsito em julgado, mesmo as matérias de ordem pública não pré-questionadas, porque, em não sendo pré-questionadas há limite para cognição.

A multa, antes pensava este singelo julgador, se tratar de matéria de ordem pública, e como tal não estavam sujeitas à preclusão, podendo ser alegadas e julgadas em qualquer momento do tramitar processual, influenciando decisiva e imperativamente na formação da coisa julgada.

Mas, restava-me, para um julgar percuciente, a definição do que seja matéria de ordem pública.

Das pesquisas realizadas para definir o que seja ‘matéria de ordem pública’, parece-nos que a mais completa seja a de Fábio Ramazzini Becha, que peço vênia para transcrevê-la:

“.. Matéria de Ordem Pública trata-se de conceito indeterminado, a dificuldade de interpretação é maior do que nos conceitos legais determinados. ..

Prossegue:

“... A ordem pública enquanto conceito indeterminado, caracterizado pela falta de precisão e ausência de determinismo em seu conteúdo, mas que apresenta ampla generalidade e abstração, põe-se no sistema como inequívoco princípio geral, cuja aplicabilidade manifesta-se nas mais variadas ramificações das ciências em geral, notadamente no direito, preservado, todavia, o sentido genuinamente concebido. A indeterminação do conteúdo da expressão faz com que a função do intérprete assumam um papel significativo no ajuste do termo. Considerando o sistema vigente como um sistema aberto de normas, que se assenta fundamentalmente em conceitos indeterminados, ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de um esforço interpretativo muito mais árduo e acentuado, é inegável que o processo de interpretação gera um resultado social mais aceitável e próximo da realidade contextualizada. Se, por um lado, a indeterminação do conceito sugere uma aparente insegurança jurídica em razão da maior liberdade de argumentação deferida ao intérprete, de outro lado é, pois, evidente, a eficiência e o perfeito ajuste à historicidade dos fatos considerada.

O fato de se estar diante de um conceito indeterminado não significa que o conteúdo da expressão “ordem pública” seja inatingível.(...)”

(...)

A ordem pública representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano.

Trata-se de instituto que tutela toda a vida orgânica do Estado, de tal forma que se mostram igualmente variadas as possibilidades de ofendê-la. As leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito.

(...)

Para Andréia Lopes de Oliveira Ferreira matéria de ordem pública implica dizer que:

“são questões de ordem pública aquelas em que o interesse protegido é do Estado e da sociedade e, via de regra, referem-se à existência e admissibilidade da ação e do processo. Trata-se de conceito vago, não podendo ser preenchido com uma definição” e cita Tércio Sampaio Ferraz, para quem “é como se o legislador convocasse o aplicador para configuração do sentido adequado”

A princípio tem-se que matéria de ordem pública é aquela que diz respeito à sociedade como um todo, e dentro de um critério mais correto a sua identificação é feita através de se saber qual o regime legal que ela se encontra, ou seja, quando a lei diz.

É bem verdade e o difícil é que nem sempre a lei diz se determinada matéria é ou não de ordem pública, e, neste caso, para resolver a questão, urge que a concretização e a delimitação do conteúdo da ordem pública constitui tarefa exclusiva das Cortes Nacionais.

Todavia, elas mesmas (Cortes Superiores) não definiram com exatidão o que vem ser matéria de ordem pública, e tão pouco se a multa quando não recorrida deve ou não ser decidido por ser matéria imperiosa de julgamento, tratando-se de interesse geral.

E mais, mesmo quando a matéria é de ordem pública e não pré-questionada, o STJ vem reiteradamente decidindo que, reconhecidamente matérias de ordem pública, quando não analisada em instâncias inferiores e tão pouco pré-questionadas, não devem ser analisadas naquela Corte. ‘Ex vi’ Acórdão abaixo:

*AgRg no REsp 1203549 / ES
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
2010/0119540-7*

Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098)

T2 - SEGUNDA TURMA

Data de Julgamento 03/05/2012

DJe 28/05/2012

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR INDEFERIDA. PREQUESTIONAMENTO. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA.- A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, na instância especial, é vedado o exame de questão não debatida na origem, carente de pré-questionamento, ainda que se trate eventualmente de matéria de ordem pública. Agravo regimental improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a

seguir, prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Assim, tenho que a multa não é matéria de ordem pública porque, como dito por Fábio Rmanssini Bechara, ela não ‘representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano’.

CONCLUSÃO

Diante de todo exposto e de os Recursos aviados cumprirem as exigências processuais, deles conheço, para julgar procedente tão somente o Recurso proposto pelo CONDOMÍNIO COSTÃO DO SANTINHO, excluindo-lhe da lide, por não ter como configurar sua participação no grupo econômico, e, julgar improcedente os demais recursos, mantendo o crédito tributário apurado, inclusive a multa que não foi objeto de irrisignação por parte da Reocorrente.

É como voto,

(Assinado digitalmente)

Wilson Antônio de Souza Correa - Relator