



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

Processo nº 11516.721837/2013-25
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-003.925 – 3ª Turma Especial
Sessão de 03 de dezembro de 2014
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente KANSAS ALIMENTOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2011 a 31/12/2011

GRUPO ECONÔMICO

Ao verificar a existência de grupo econômico de fato, a auditoria fiscal deverá caracterizá-lo e atribuir a responsabilidade pelas contribuições não recolhidas aos participantes.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE.

Restou devidamente comprovado a utilização indevida de empresa com o desiderato único de obter benefício tributário indevido, há de se aplicar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Cabível a aplicação da multa qualificada quando constatado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se nas hipóteses previstas em lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, : por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(assinatura digital)

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente

Ricardo Magaldi Messetti - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima (Presidente), Ricardo Magaldi Messetti, Fábio Pallaretti Calcini, Oseas Coimbra Junior, Gustavo Vettorato, Eduardo de Oliveira.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa Kansas Alimentos Ltda-ME, em face da decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto (SP) que julgou improcedente a impugnação apresentada e manteve o crédito Tributário.

Contra a contribuinte foram lavrados os seguintes Autos de Infração:

a) Debcad n. 51.043.252-2 referente as contribuições previstas nos incisos I a III do art. 22 da Lei nº 8.212/91, incidentes sobre remunerações pagas a segurados empregados e aos sócios da empresa, a título de pro labore, no período de fevereiro a dezembro de 2011, inclusive a título de 13º salário;

b) Debcad nº 51.043.253-0 referente as contribuições destinadas a terceiros (Salário-Educação, SENAC, SESC, INCRA e SEBRAE), incidentes sobre remunerações pagas a segurados empregados no período de fevereiro a dezembro de 2011, inclusive a título de 13ºsalário.

De acordo com o Relatório Fiscal (fls.), foram identificados elementos aptos a demonstrar que a Kansas Alimentos Ltda. – ME (não optante pelo Simples Nacional) e a Arizona Alimentos Ltda. – ME (optante pela referida sistemática) constituem, de fato, uma única empresa, pelo que a fiscalização: emitiu representação administrativa para a baixa de ofício da inscrição da “ARIZONA” no CNPJ - Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas; considerou os empregados e sócios formalmente vinculados à “ARIZONA” como empregados e sócios da “KANSAS”; e em consequência disto, lavrou em nome da “KANSAS” os Autos de Infração no 51.043.252-2 e 51.043.253-0, relativos às contribuições incidentes sobre as remunerações pagas aos mencionados trabalhadores.

Devidamente intimado do lançamento, a contribuinte apresentou impugnação tempestiva às fls 242/282, alegando, em síntese:

a) a intimação dos Sr. Valter Moises Viezzer, Miriam Regina Konrad Viezzer, Julião Konrad e Marlene Cecília Konrad, para integrarem este processo fiscal por serem os administradores anteriores das duas empresas;

b) a declaração de nulidade do procedimento fiscal por não conter a indicação do endereço funcional do responsável pela equipe a que esta vinculado o auditor fiscal, bem como pela expiração do prazo de validade do Mandado de Procedimento Fiscalçc)

c) a improcedência dos lançamentos, com o consequente cancelamento dos Autos de Infração por serem pessoas jurídicas com personalidades diferentes, não havendo qualquer confusão entre elas;

c) a inaplicabilidade da multa, seja pela não comprovação de dolo da impugnante, seja pelo fato desse acréscimo ser inconstitucional e confiscatório;

d) a produção de todos os meios de prova, inclusive com a baixa dos autos em diligência.

A DRJ houve por bem em não acolher as ponderações trazidas na impugnação, mantendo na íntegra os lançamentos efetuados em acórdão que restou assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2011 a 31/12/2011

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI FEDERAL. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

Descabe às autoridades que atuam no contencioso administrativo proclama a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal em vigor, posto que tal mister incumbe tão somente aos órgãos do Poder Judiciário.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROVAS. JUNTADA APÓS O PRAZO DE IMPUGNAÇÃO. POSSIBILIDADE RESTRITA ÀS HIPÓTESES LEGAIS.

No processo administrativo fiscal disciplinado pelo Decreto federal nº 70.235/72, a regra é de que a prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, exceto nas hipóteses do § 4º do art. 16 do referido normativo.

PERÍCIA REQUERIDA PELO SUJEITO PASSIVO. INDEFERIMENTO. POSSIBILIDADE.

A autoridade julgadora de primeira instância poderá indeferir a perícia solicitada pelo sujeito passivo, quando entender que tal medida é prescindível ou impraticável.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. POLO PASSIVO. INCLUSÃO DOS ADMINISTRADORES COM BASE NO ART. 134 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.

É incabível a colocação dos administradores da pessoa jurídica no polo passivo do processo administrativo fiscal da União com base no art. 134 do Código Tributário Nacional, sobretudo porque tais pessoas físicas não são mencionadas em qualquer dos incisos daquele dispositivo.

PROCEDIMENTO FISCAL. PRORROGAÇÃO DE PRAZO. FORMALIZAÇÃO. UTILIZAÇÃO DO PRÓPRIO MPF.

A prorrogação do prazo do procedimento fiscal, inicialmente estabelecido pela autoridade administrativa competente, é formalizada mediante registro no próprio instrumento denominado “Mandado de Procedimento Fiscal”, sendo desnecessária, portanto, a emissão de documento específico para tal finalidade.

PESSOA JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DE FATO. BAIXA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

Constatada a inexistência de fato da pessoa jurídica, deve a fiscalização tomar as medidas tendentes à sua baixa de ofício, bem como proceder ao lançamento, em nome da empresa com real existência, das contribuições previdenciárias cujos fatos geradores foram praticados sob a denominação da primeira.

INTIMAÇÃO VIA POSTAL. ENDEREÇAMENTO. LOCAL DIVERSO DO DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO DO SUJEITO PASSIVO. DESCABIMENTO.

Quando utilizada a via postal, as intimações do sujeito passivo devem ser realizadas no endereço correspondente ao domicílio tributário por ele eleito.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Irresignada com a decisão proferida, a contribuinte interpôs o recurso voluntário de fls. 417/463, aduzindo, em apertado escorço:

a) a nulidade do Mandado de Procedimento Fiscal, por ter sido emitido em desrespeito às formalidade legais, em desrespeito à ampla defesa e ao contraditório;

b) a nulidade do v. acórdão da DRJ por ausência de intimação do contribuinte para participar do julgamento colegiado;

c) que as empresas Kansas e Arizona são pessoas jurídicas diversas e ao considerar que constituem uma única empresa, a fiscalização acabou se sobrepondo a esta realidade jurídica;

d) a necessidade de intimação dos advogados da contribuinte em seu endereço profissional;

e) a responsabilidade tributária deve ser imposta a administração anterior;

f) o caráter confiscatório da multa aplicada.

Sem contrarrazões fiscais, os autos foram encaminhados à apreciação e julgamento por este Conselho, sendo a mim sorteada a relatoria.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Magaldi Messetti

Da Admissibilidade

O recurso voluntário é tempestivo e presentes se encontram os demais requisitos para a sua admissibilidade, razão pela qual passo a apreciá-lo.

Da Responsabilidade Solidária

As recorrentes insurgem-se contra a configuração de grupo econômico, nos termos em que realizado pela fiscalização tributária. Afirmam que não formam grupo econômico, que não há elementos nos autos que permitam essa conclusão

O grupo econômico é aquele composto de duas ou mais empresas, que estejam sob direção única, onde uma, a principal, controla as demais (art. 30, IX da Lei nº 8.212/91 c/c art. 2º, § 2º da CLT), *verbis*:

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

[...]

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

Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

[...]

§ 2º. 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, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Em outras palavras, grupo econômico é aquele “que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho em decorrência de existir entre esses laços de direção ou coordenação em face de atividades industriais, comerciais, financeiras, agroindustriais ou de qualquer outra natureza econômica” (Maurício Godinho Delgado. Introdução ao Direito do Trabalho. 2.ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 334).

No caso concreto, a fiscalização logrou êxito em delinear os requisitos ensejadores do grupo econômico com relação às empresas recorrentes.

Conforme foi descrito no relatório fiscal (fls. 41/54) e na decisão recorrida a fiscalização apresentou todos os elementos de formação e alterações contratuais das recorrentes. Ora, as duas empresas atuam no ramo da alimentação e funcionam no mesmo endereço, possuindo os mesmos procuradores.

A Kansas iniciou sua atividade em 01.09.2010 nas lojas 233 e 234 do Shopping Floripa, enquanto a Arizona iniciou suas atividades em 01.12.2010, na loja 232 do mesmo estabelecimento comercial. Ressalta-se, ainda, que ambas compartilham o mesmo endereço eletrônico na rede virtual, sendo que o mesmo gerente atende às duas empresas.

Observa-se ainda que os sócios da Kansas são casados com os sócios da Arizona, sendo que a Sra. Viviane Cristina da Silva Cavalli recebeu o auditor fiscal afirmando que era responsável pelas duas empresas.

Assim sendo, conclui-se que essa empresa Arizona sempre gravitou junto à Kansas, posto que desde a sua fundação sempre ocupou as mesmas instalações físicas, ao longo de todo o período ora fiscalizado, compartilhando sempre os mesmos sócios.

Compõe grupo econômico de fato as empresas controladas e administradas conjunta e unitariamente, de forma que se confunde em um grupo de pessoas a administração e controle interno, e a própria atuação de mercado. Foi verificada a confusão na participação acionária, o controle comum da atividade empresarial e a identidade de sede das sociedades.

Assim, entendo que houve a demonstração dos requisitos necessários do grupo econômico (art. 30, IX da Lei nº 8.212/91 c/c art. 2º, § 2º da CLT). Deve-se, portanto, neste ponto, se manter a decisão recorrida lavrada contra o contribuinte.

Da Desconsideração da Personalidade Jurídica

Pode-se conceituar a desconsideração da personalidade jurídica como sendo na essência, que em determinada situação fática a Justiça despreza ou “desconsidera” a pessoa jurídica, visando a restaurar uma situação em que chama a responsabilidade e impõe punição a uma pessoa jurídica, que seria autêntico obrigado ou o verdadeiro responsável, em face da lei ou do contrato.

Dessa forma, a desconsideração da personalidade é essencial para punir abusos e impedir práticas ilícitas.

No Brasil, a desconsideração da personalidade jurídica deu seus primeiros passos com o Código de Defesa do Consumidor, que em seu art. 28, autoriza sua utilização quando houver infração da ordem econômica.

Após o Código de Defesa do Consumidor, o segundo dispositivo legal do ordenamento jurídico pátrio a tratar da desconsideração foi a Lei Antitruste (8884/94) que em seu artigo 18 condena as infrações de ordem econômica impondo-lhes aplicação das devidas sanções. Seguido pelo artigo 4º da Lei 9605/98, que dispõe acerca da responsabilidade por lesões ao meio ambiente.

Depreende-se dessas elementos normativos, elementos essenciais que são considerados como caracterizadores da desconsideração da pessoa jurídica em favor do consumidor, tais como: abuso de personalidade jurídica, sagradas no desvio de finalidade e na confusão patrimonial; comportamento doloso e fraudulento.

Nessa senda, destaca-se o art. 50 do Código Civil, em destaque:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Depreende-se da dicção do referido artigo que é necessário utilizar-se desse aparato jurídico em algumas situações definidas em Lei. Dessa maneira, as hipóteses de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica merecem apreciação.

Como acima descrito, as hipóteses da aplicação podem ser: abuso de personalidade jurídica - desvio de finalidade e confusão patrimonial; comportamento doloso e fraudulento.

Na hipótese de desvio de finalidade e confusão patrimonial. Considera-se que o desvio de finalidade concretiza-se no objetivo diferente do ato constitutivo para prejudicar alguém; mau uso da finalidade social, ou seja, é a ação contrária à prevista em nosso ordenamento, tentando proteger-se através da figura pessoa jurídica. Por outro lado, a confusão patrimonial existente entre o sócio e a pessoa jurídica consiste na mistura do patrimônio social com o particular do sócio, causando dano a terceiro, de tal modo que é essencial para utilização da desconsideração, pois, sua ação incide diretamente nessa separação patrimonial.

Frise-se que esses atos advêm diretamente da utilização abusiva da pessoa jurídica e a desconsideração da personalidade jurídica visa possibilitar a transferência da responsabilidade para aqueles que a utilizarem indevidamente.

De tal modo, tem-se que o ato de constituição da pessoa jurídica é um ato jurídico, com isso, é regido pelo Ordenamento pátrio, portanto, são embasados na licitude. Dessa forma, a constituição da pessoa jurídica ou sua utilização para a prática de atos ilícitos é hipótese de desconsideração da pessoa jurídica.

Por conseguinte, quando o administrador ou sócios fazem mau uso da finalidade social da pessoa jurídica através de ação danosa ou fraudulenta e causam dano a outrem, usa-se a desconsideração para penalizá-lo. Assim sendo, eles serão responsabilizados e seus bens poderão ser atingidos, sem confusão com os bens de patrimônio da pessoa jurídica.

Deve-se respeitar os ditames principiológicos da autonomia patrimonial e admitir o uso desse instituto somente em casos de repressão à fraudes ou de coibição ao mau uso da forma da pessoa jurídica.

Ademais, tem-se o entendimento de que, apesar da possibilidade de aplicação do art. 50 do Código Civil de 2002, a autoridade fiscal possui o poder de apurar o crédito tributário de maneira a afastar a personalidade jurídica face à autorização proveniente do próprio Código Tributário Nacional. Assim, prepondera que essa atitude revela as nuances de utilização do afastamento da personalidade jurídica.

Logo, também, entende-se que para a o Ordenamento jurídico Brasileiro, assim como para o direito tributário, faz-se presente a possibilidade de aplicação da desconsideração ou da personalidade jurídica.

Ressalto, contudo, que entendo que a desconconsideração só pode ser utilizada em casos extremos, que fique devidamente comprovada a má utilização de estruturas societárias com o escopo de lesar o Fisco ou obter vantagem indevida.

Ocorre que, no caso ora em apreço restou devidamente comprovado que a empresa Live utilizou-se indevidamente da empresa GMJ com o desiderato único de obter benefício tributário indevido, conforme bem descrito no Relatório Fiscal (fls. 16/38), há de se aplicar o instituto da desconconsideração da personalidade jurídica.

33. Outro aspecto preliminar relevante à caracterização da unicidade do empreendimento é alegada inexistência de contratos de locação do imóvel ocupado por ambas. Veja-se que na resposta aos respectivos Termos de Intimação Fiscal, ambas alegaram a inexistência de contrato de locação. Quando questionado a esse respeito, o Sr. Gabriel Goulart Sens nos informou que existe um “Comodato” formalizado com o seu pai, Sr. Moacyr Rogerio Sens, porém não apresentou e não soube dizer se havia documento escrito.

34. Obviamente que, em se tratando de duas empresas dos mesmos donos e gestores; para o exercício de mesma atividade industrial; nas mesmas instalações físicas; nítido tartar-se de uma só empresa, como adiante se confirmará ante a análise dos demais livros e documentos apresentados:

35. A escrituração contábil dessa empresa aponta o seguinte volume de receitas anuais auferidas pela venda de produtos de fabricação própria e/ou venda de mercadorias (fonte: Livro Diário Geral nº 8, fls. 29 (2008) e Escrituração Contábil Digital (2009 a 2011):

36. O demonstrativo acima aponta um volume de receitas que – por um lado – comprova a impossibilidade da empresa ser optante do SIMPLES NACIONAL e – por outro lado – nos parece compatível com a estrutura operacional ali identificada e, principalmente, com o volume de pessoas que ali trabalhava, quando de nossa visita inicial.

37. Todavia, analisando as despesas apresentadas nos balancetes anuais (2008 a 2011) vimos que aqueles trabalhadores não aparecem na contabilidade pois não encontramos contas de despesas com pessoal (nem folhas de pagamentos de salários) .

38. Em contrapartida isto é, em substituição às despesas com salários, encontra-se o registro contábil de despesas com serviços de industrialização, em montantes anuais compatíveis com o volume de mão de obra empregada pelo sujeito passivo, como a seguir demonstramos (fonte razão das contas citadas):

39. Dentre os custos com serviços de industrialização lançados nestas contas, podemos ver que sua quase totalidade – em valor – diz respeito a faturamento de serviços de industrialização prestados pela GMJ, senão vejamos o ano 2011 (amostragem) onde estão contabilizadas as seguintes notas fiscais emitidas pela GMJ que somam R\$ 2.150.957,50 e representam

99,14% do saldo da conta no valor de R\$ 2.169.667,84 (fonte: excerto do razão da conta citada cujo número estruturado é 05.1.5.03.024)."

Assim sendo, não merece guarida as alegações dos recorrentes, sendo corretamente aplicada a simulação, afastando-se, também, a decadência pleiteada, uma vez que não se aplica o disposto no art. 150, § 4º, do CTN.

Da Multa Qualificada

Atualmente, a lei nº. 9.430/96 é a principal norma disciplinadora das multas punitivas a serem aplicadas no descumprimento das obrigações tributárias federais, nos casos de lançamento de ofício, calculadas sobre a totalidade ou diferença do tributo. Prevê multa de 75%, nos casos de falta de pagamento, recolhimento após o vencimento do prazo sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, nos termos do art. 44, I.

O inciso II, do art. 44 do mesmo diploma legal ainda impõe a aplicação de multa equivalente a 150% do valor do tributo devido, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964. O §2º do mesmo dispositivo ainda prevê o agravamento das multas previstas nos incisos I e II, impondo sanções de 112,5% e 225%, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimações para prestar esclarecimentos e fornecer arquivos e documentos que a Receita Federal exige que sejam guardados pelo contribuinte.

O art. 46 estabelece multas de 112,5% e 225% se o contribuinte não atender, no prazo marcado, à intimação para prestar esclarecimentos acerca da falta de lançamento do valor, total ou parcial, do imposto sobre produtos industrializados na respectiva nota fiscal ou justificar a falta de recolhimento do imposto lançado ou seu recolhimento após o vencimento sem o acréscimo da multa de mora.

Já a lei nº. 10.852/04, artigo 2º, dispõe que as multas a que se referem os incisos I e II do art. 44 da Lei no 9.430/96, serão de 150% e de 300% respectivamente, nos casos de utilização diversa da prevista na legislação das contas correntes de depósito sujeitas ao benefício da alíquota zero de que trata o art. 8º da Lei no 9.311/96, bem como da inobservância de normas baixadas pelo Banco Central do Brasil de que resultar falta de cobrança da CPMF devida.

Como se vê, as leis federais tipificam pesadíssimas multas que podem chegar a até 300% do tributo devido.

Com efeito, pela observância das normas descritas, verifica-se que, somente em caso de comprovação, pelo Fisco, do intuito sonegador, do evidente intuito de fraude, poderá a fiscalização impor sanções qualificadas, agravadas. E não poderia ser diferente em um Estado de Direito.

Como já dizia o saudoso mestre Rui Barbosa, *"não sigais os que argumentam com o grave das acusações, para se armarem de suspeita e execração contra os acusados. Como se, pelo contrário, quanto mais odiosa a acusação não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores, e menos perder de vista a presunção de inocência, comum a todos os réus, enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito."*

Todavia, no caso em questão, correta a multa aplicada pela fiscalização.

Conclusão

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/12/2014 por RICARDO MAGALDI MESSETTI, Assinado digitalmente em 18/12/

2014 por RICARDO MAGALDI MESSETTI, Assinado digitalmente em 06/01/2015 por HELTON CARLOS PRAIA DE LI

MA

Impresso em 13/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 11516.721837/2013-25
Acórdão n.º **2803-003.925**

S2-TE03
Fl. 478

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer do recurso voluntário, para no mérito negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Ricardo Magaldi Messetti - Relator