



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13116.720406/2017-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2301-006.790 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de janeiro de 2020
Recorrente SANTA LUZIA INDÚSTRIA COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA. - ME E OUTROS.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2013 a 31/12/2015

CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DO LANÇAMENTO. DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

Havendo comprovação de que o sujeito passivo demonstrou conhecer o teor da acusação fiscal formulada no auto de infração, considerando ainda que todos os termos, no curso da ação fiscal, foram-lhe devidamente cientificados, que logrou apresentar esclarecimentos e suas razões de defesa dentro dos prazos regulamentares, não há falar em cerceamento ao direito de defesa.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS. FUNRURAL. SÚMULA CARF N.º 150.

Nos termos da Súmula CARF nº 150, a inconstitucionalidade declarada por meio do RE 363.852/MG não alcança os lançamentos de subrogação da pessoa jurídica nas obrigações do produtor rural pessoa física que tenham como fundamento a Lei nº 10.256, de 2001.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA POR FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. ART. 30, INC. IX DA LEI Nº 8.212/91.

Não obstante a extensão do art. 30, IX da Lei nº 8.212/91 possa ser conflituosa, ele apresenta um núcleo incontroverso, com conteúdo normativo mínimo, o qual não pode ser desprezado e deve ser perseguido por todo intérprete, correspondente à função *antievásiva* da norma, de modo a abranger empresas que tem proximidade com o contribuinte e com o fato gerador da obrigação tributária.

SOLIDARIEDADE PASSIVA. SÓCIO ADMINISTRADOR. ART. 135, II INCISO III, DO CTN. MUDANÇA DE ENDEREÇO COM PARALISAÇÃO DE ATIVIDADES. INFRAÇÃO AO CONTRATO SOCIAL.

A alteração do endereço com a paralisação das atividades da pessoa jurídica, sem baixa formal, é espécie de dissolução irregular da sociedade. Caso em que infringe os objetivos sociais da pessoa jurídica previstos no seu contrato social, sendo o sócio administrador responsável solidário pelos tributos que não foram recolhidos, durante a atividade da empresa e nem por ocasião da interrupção irregular das atividades.

MULTA QUALIFICADA. PROCEDÊNCIA.

Comprovada a prática de conduta dolosa pelos interessados ou beneficiários na relação entre as empresas coligadas, e que tinham a intenção de impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador de contribuições previdenciárias, é aplicável a multa qualificada de 150%.

MULTA. EFEITO CONFISCATÓRIO. PENALIDADE. LEGALIDADE. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 02.

A sanção prevista pelo art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, nada mais é do que uma sanção pecuniária a um ato ilícito, configurado na falta de pagamento ou recolhimento de tributo devido, ou ainda a falta de declaração ou a apresentação de declaração inexata. Portanto, a aplicação é devida diante do caráter objetivo e legal da multa aplicada.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, nos termos da Súmula CARF nº 02.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam, os membros do colegiado, por unanimidade, em afastar a preliminar e negar provimento aos recursos.

(documento assinado digitalmente)

João Maurício Vital - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Wesley Rocha - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cleber Ferreira Nunes Leite, Wesley Rocha, Sheila Aires Cartaxo Gomes, Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Fernanda Melo Leal e João Maurício Vital (Presidente). Ausentes temporariamente os conselheiros Marcelo Freitas de Souza Costa e Juliana Marteli Fais Feriato.

Relatório

Trata-se de crédito lançado em desfavor de SANTA LUZIA INDÚSTRIA COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA. - ME E OUTROS.. referentes às contribuições sociais previdenciárias e ao SENAR (Serviço Nacional de Aprendizagem Rural) incidentes sobre a comercialização de produção rural nos anos de 2013 a 2015.

A decisão de primeira instância assim concluiu:

“Acordam os membros da 9ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, considerar a impugnação improcedente para:

- a) Manter o crédito tributário com a multa de ofício do § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996;
- b) Declarar todos as pessoas intimadas do auto de infração como responsáveis solidárias;
- c) Declarar, como revéis, a Santa Luzia Indústria Comércio e Distribuição de Alimentos Ltda. ME, a Brasluz Indústria Comércio e Distribuição de Alimentos Ltda. ME, e a empresa Santo Antônio Comércio de Subprodutos Animais Ltda., em razão das impugnações intempestivas;
- d) Declarar, como revéis, o Sr. Juscelino Batista do Nascimento e a empresa Luzman Luziânia Manutenção em Refrigeração Ltda. ME, em razão de não apresentação de impugnação”.

O Acórdão recorrido assim dispõe (e-fls. 90 e seguintes):

Em desfavor da empresa SANTA LUZIA INDÚSTRIA COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA. - ME E OUTROS, na qualidade de sub-rogados, quando da aquisição de produção rural de pessoa física, foram lançadas contribuições para o SENAR, conforme relatado no Termo de Verificação Fiscal de fls. 32/55.

A produção adquirida de pessoa física, pela empresa fiscalizada, doravante denominada SANTA LUZIA, consta das Notas Fiscais Eletrônicas de entrada às fls. 274/830.

A obrigatoriedade de retenção e recolhimento da contribuição do produtor rural pessoa física, pela empresa adquirente, ora SANTA LUZIA, teve como fundamento legal o § 3º do artigo 3º da Lei nº 8.315, de 23/12/1991, c/c o § 5º do artigo 216 do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999.

Foi aplicada a multa qualificada, de 150% (cento e cinquenta por cento), do § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 30/12/1996, em razão de a fiscalização ter considerada a conduta dolosa, por parte dos administradores da SANTA LUZIA, quando da sonegação de contribuições sociais, de acordo como o previsto no artigo 71 da Lei nº 4.502, de 30/11/1964, c/c o artigo 337-A do Decreto-lei nº 2.848/1940.

Diante desse fato - de os administradores terem agido com dolo ao omitir sistematicamente as informações econômico-fiscais à administração tributária (sic), o senhor Antônio César Maia (CPF.: 281.060.751-68) e o senhor Juscelino Batista do Nascimento (CPF.: 504.288.451-34) foram incluídos, pela fiscalização, como responsáveis solidários, nos termos dos arts. 124, inciso I, e 135, inciso III, ambos do Código Tributário Nacional – CTN.

De acordo com o item “21” do Termo de Verificação Fiscal, a fiscalização verificou a existência de um grupo econômico, incluindo, portanto, as empresas Santo Antônio Comércio de Subprodutos Animais Ltda. EPP (CNPJ.: 08.041.796/0001-32), Santo Antônio Indústria Comércio e Distribuição de Alimentos Ltda. ME (CNPJ.: 07.841.913/0001-80), Brasluz Indústria Comércio e Distribuição de Alimentos Ltda. (CNPJ.: 07.548.858/0001-34), Hipermercado D’Terra Ltda. (CNPJ.: 06.276.002/0001-94) e Luzman Luziânia Manutenção em Refrigeração Ltda. ME (CNPJ.: 10.289.892/001-46) como responsáveis solidárias, nos termos do artigo 124, inciso II, do CTN.

Os Termos de Ciência de Lançamentos e Encerramento do Procedimento Fiscal, e de Responsabilidade Tributária, para os sujeitos passivos, foram postos às fls. 899/922 e os correspondentes Avisos de Recebimento (AR) às fls. 927/937.

Ainda, à fl. 938,, foi juntado o Edital de Intimação 0026/2017 - Safis/DRF - Anápolis /GO, de 15/05/2017, por ter sido improfícua a tentativa de ciência, por via postal, da empresa Luzman Luziânia Manutenção em Refrigeração Ltda. ME.

A este processo está apensado o de nº 13116.720867/2017-86, que trata da Representação Fiscal para Fins Penais - RFFP por crime em tese de sonegação de contribuição previdenciária, previsto no artigo 337-A, inciso III, do Código Penal.

As defesas administrativas foram apresentadas às fls. 944/957 pela empresa

Santa Luzia Indústria Comércio e Distribuição de Alimentos Ltda. ME, às fls. 980/1000 pelo Sr. Antônio César Maia, às fls. 1004/1025 pelo Hipermercado D'Terra Ltda., às fls. 1037/1050 pela empresa Brasluz indústria Comércio e Distribuição de Alimento Ltda., às fls. 1062/1082 pela empresa Santo Antônio Indústria Comércio e Distribuição de Alimentos Ltda. ME, e às fls. 1091/1104 pela empresa Santo Antônio Comércio de Subprodutos Animais Ltda.

Após, terem sido consideradas revéis e apresentação de impugnações intempestivas, apenas 3 interessados apresentaram recursos voluntários, quais sejam: pelas empresas Hipermercado D'Terra Ltda. (e-fls. 1192, e seguintes), Santo Antônio Comércio de Subprodutos Animais Ltda. (e-fls. 1.230 e seguintes), Antônio César Maia (e-fls. 1.211, e seguintes) os recorrentes aduzem as mesmas argumentações de primeira instância, alegando em apertada síntese o seguinte:

Preliminar:

- Cerceamento do direito de defesa e falta de contraditório, em razão da Receita Federal do Brasil não ter recebido documentos de interesses da ação fiscal, por estar fora do domicílio do contribuinte.

No mérito

- Legalidade dos atos praticados entre os acusados;
- Ausência de condições prevista no art. 124 do CTN, devendo ser afastada a responsabilidade solidária.
- Ausência de grupo econômico;
- Impossibilidade de aplicar multa qualificada, uma vez que as empresas não agiram com o intuito de fraude, conluio ou com intenção de sonegar.
- Que é indevida a exigência da Contribuição Sobre a Comercialização da Produção Rural, citando caso do STF e interpretação favorável à recorrente.

Registra-se ainda que a contribuinte principal SANTA LUZIA-IND COM E DIST. DE ALIMENTOS LTDA., foi intimada nas e-fls. 1164 (comprovante de postagem do correio de e-fl. 1.274, sendo que diante da não localização da empresa, foi expedido edital de intimação (e-fl. 1.280), e não se identificou o Recurso Voluntário da empresa no presente processo.

Diante dos fatos narrados, é o relatório.

Fl. 5 do Acórdão n.º 2301-006.790 - 2ª Sejl/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13116.720406/2017-11

Voto

Conselheiro Wesley Rocha, Relator.

Os Recursos Voluntários apresentados são tempestivos e também de competência dessa Turma. Assim, passo a analisá-los.

DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

Alegam os recorrentes que não houve a possibilidade de juntar documentos inerentes às defesas ao processo, uma vez que teriam sido impedidos de protocolar documentos em DRFs distintas a que ocorreu a autuação.

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

"Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

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

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

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

Já o art. 60 da referida Lei, menciona que as irregularidades, incorreções e omissões não configuram nulidade, devendo ser sanadas se resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio:

"Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio".

Nesse sentido, está pacificado em nossos Tribunais o princípio de *pas nullité sans grief*, ou seja: não há nulidade sem prejuízo.

No presente caso, verifica-se que as recorrentes tiveram ciência de todos os fatos que estavam sendo apontados, pois responderam a todo questionamento da fiscalização, bem como indicaram elementos solicitados para as conclusões do lançamento ou da formação de grupo econômico. Apresentaram defesa e tiveram ciência dos demais atos, incluindo recurso e demais manifestações quanto ao que foi apurado no processo administrativo fiscal.

No que diz respeito à ampla defesa e contraditório, registra-se que é pelo Processo Administrativo Fiscal - PAF que a Fazenda Pública se utiliza para cobrar legalmente seus créditos, sendo eles de natureza tributária ou não.

A legislação obriga o agente fiscal a realizar o ato administrativo, verificando assim o fato gerador e o montante devido, determinar a exigência da obrigação tributária e sua matéria tributável, confeccionar a notificação de lançamento e checar todas essas ocorrências necessárias para as fiscalizações e procedimento de cobrança, quando da identificação da

ocorrência do fato gerador, sendo legítima a lavratura do auto de infração em conformidade com o art. 142, do CTN e com o art. 10 do Decreto n.º 70.235/72, conforme dispositivos *in verbis*:

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

"Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional".

DECRETO n.º 70.235/72.

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I a qualificação do autuado;

II o local, a data e a hora da lavratura;

III a descrição do fato;

IV a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias; VI a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula".

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

O PAF – Processo Administrativo Fiscal se inicia pelo ato da fiscalização realizada pela autoridade administrativa (e pela ordem do MPF), que realiza as atividades necessárias para obter as informações necessárias na constituição do crédito devido, conforme determina o artigo 196, do CTN, conforme transcrição abaixo:

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

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

Apesar das ações de fiscalização possuírem caráter investigatório e inquisitório, realizando procedimentos unilaterais, de obediência obrigatória, que não é absoluta, o desfecho do PAF alberga os princípios da ampla defesa e contraditório, pois existe nele a possibilidade do contribuinte se manifestar, impugnar, apresentar provas, e contestar todo o apontamento realizado.

O PAF, como em diversos procedimentos, é constituído de fases, e nesse sentido existe uma espécie de *fase não contenciosa*. Para melhor explicar é de se transcrever a lição de Hugo de Brito Machado, do qual explica:

"A determinação do crédito tributário começa com a fase não contenciosa, que é essencial no lançamento de ofício de qualquer tributo. tem início com o primeiro ato da autoridade competente para fazer o lançamento, com o objetivo de constituir o crédito

tributário. Tal ato há de ser necessariamente escrito, e deve ser levado ao conhecimento do sujeito passivo da obrigação tributária correspondente, posto que só assim pode ser considerado completo. Em outras palavras: o ato inicial da fase não contenciosa da constituição do crédito tributário completa-se quando é levado ao conhecimento do sujeito passivo da obrigação tributária, aquele contra quem o ato é praticado e tem, portanto, interesse em se manifestar contra ele". *MACHADO, Hugo de Brito. Teoria Geral do direito tributário. Editora Malheiros, São Paulo, 2015, pág 411).*

Portanto, diferentemente do que alegam os recorrentes, no sentido de não haver ampla defesa e contraditório na constituição do crédito, o processo administrativo fiscal em algum momento deve ser constituído para aí sim ser contestado, se for o caso, com a finalidade de fazer coisa julgada material administrativa, consoante a reunião de um conjunto probatório. São procedimentos necessários para apurar e constatar as irregularidades e possíveis fraudes que possam vir a ocorrer no recolhimento dos tributos, em consonância com as normas imbuídas na Constituição Federal brasileira. Tal procedimento é conhecido como controle interno, ou auto controle, da legalidade dos tributos.

Ademais, não foram apontados quais prejuízos teriam tido os recorrentes pela não juntada de documentos que teria entendido pertinentes, ou sequer mencionaram quais foram os documentos, em seus recursos.

Assim, afasto as preliminares arguidas.

DA CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS. FUNRURAL. SÚMULA CARF N.º 150.

Nos termos da Súmula Súmula CARF nº 150, a inconstitucionalidade declarada por meio do RE 363.852/MG não alcança os lançamentos de subrogação da pessoa jurídica nas obrigações do produtor rural pessoa física que tenham como fundamento a Lei nº 10.256, de 2001.

Nesse sentido, os acórdãos Precedentes: 2401-005.593, 9202-006.636, 2201-003.486, 2202-003.846, 2201-003.800, 2301-005.268, 9202-005.128, 9202-003.706 e 9202-004.017.

DA SUB-ROGAÇÃO

Quanto ao SENAR, adoto o voto do respeitado Conselheiro João Bellini Júnior, que assim se manifestou no Acórdão 2301005.357 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária de 07 de junho de 2018:

"(...)

Preceitua o art. 62, § 2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 343, de 2015 (Ricarf) que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça na sistemáticas, respectivamente, da repercussão geral e dos recursos repetitivos (arts. 1.036 a 1.041 da Lei 13.105, de 2015), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

"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.

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de

2015 Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)".

Tal norma excetua o princípio do livre convencimento, que vem veiculado pelo art. 29 do Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

Tal questão – a constitucionalidade do instituto da sub-rogação veiculada pelo art. 30, IV, da Lei 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei 9.528, de 1997 – foi objeto do Recurso Extraordinário 718.874, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 30/03/2017, apreciando o tema 669 da repercussão geral.

Restou decidido serem constitucionais, na égide da Lei 10.256, de 2001, tanto a norma que prevê a imposição tributária (art. 25 da lei 8.212, de 1991) bem como a norma que determina a responsabilidade tributária/sub-rogação (art. 30, IV, da lei 8.212, de 1991). Logo, tal decisão deve ser reproduzida por este CARF.

Eis os preceitos normativos em questão:

Art. 25. A contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art.

22, e a do segurado especial, referidos, respectivamente, na alínea a do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei, destinada à Seguridade Social, é de:

(...)

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)

(...)

IV a empresa adquirente, consumidora ou consignatária ou a cooperativa ficam subrogadas nas obrigações da pessoa física de que trata a alínea "a" do inciso V do art. 12 e do segurado especial pelo cumprimento das obrigações do art. 25 desta Lei, independentemente de as operações de venda ou consignação terem sido realizadas diretamente com o produtor ou com intermediário pessoa física, exceto no caso do inciso X deste artigo, na forma estabelecida em regulamento; (Redação dada pela Lei 9.528, de 10.12.97)

Passo a demonstrar o julgamento da questão pelo Supremo Tribunal Federal, bem como as razões pelas quais entendeu ser constitucional a norma.

Primeiramente, demonstro que a matéria foi debatida no Recurso Extraordinário 718.874, como se evidencia dos seguintes votos:

Voto do Min. Edson Facchin, relator:

'No mesmo sentido, deve-se declarar inconstitucional o artigo 30, IV, da Lei 8.212/91, para excluir a expressão "pessoa física de que trata a alínea a do inciso V do art. 12". Isso porque a dogmática fiscal não permite a imputação de responsabilidade tributária a terceiros pelo pagamento de tributo manifestamente inconstitucional. (Grifou-se.)

(...)

Ademais, por arrastamento, deve-se declarar parcialmente inconstitucional o artigo 30, IV, da Lei 8.212/91, apenas no que toca à expressão "da pessoa física de que trata a alínea "a" do inciso V do art. 12". Isso porque a dogmática fiscal não permite a imputação de responsabilidade tributária a terceiros pelo pagamento de tributo manifestamente inconstitucional'. (Grifou-se.)

Voto do Min. Gilmar Mendes, voto-vogal:

'O objeto do presente recurso extraordinário é a constitucionalidade da redação atual dos artigos 12, incisos V e VII; 25, incisos I e II; e 30, inciso IV, da Lei 8.212/91, bem como de toda sucessão de normas alteradoras que afetaram esses dispositivos, ou seja: Lei 8.540/92; Lei 8.870/94; Lei 9.528/97 e Lei 10.256/2001'.

Voto Min. Luís Roberto Barroso:

15. Por sua vez, a Lei 10.256/01 modificou a redação do caput do art. 25 da Lei 8.212/1999 e, aproveitando a disciplina dos incisos I e II, que permaneceu válida e em vigor para cobrança do segurado especial, recriou a contribuição com base no produto da comercialização da produção para o empregador rural pessoa física. Vale mais uma vez lembrar que a Corte no julgamento do RE 363.852 de forma clara declarou “a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/1992, que deu nova redação aos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/1991, com redação atualizada até a Lei nº 9.528/97, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/1998, venha a constituir a contribuição”. (Grifou-se.)

Voto Min. Luiz Fux:

No art. 30, inciso IV, por sua vez, a Lei nº 8.212/91 instituiu hipótese de responsabilidade tributária, relegando ao adquirente, consignatário ou à cooperativa, a obrigação de recolhimento da referida contribuição do segurado especial incidente sobre a receita da comercialização da produção.

Confira-se a redação original do dispositivo:

(...)

O intuito da referida previsão constitucional e legislativa foi justamente o de permitir a integração dos produtores pessoas físicas em regime de economia familiar à Seguridade Social, já que a cobrança de contribuição mensal, nos moldes da contribuição normal do art. 195, I, poderia provocar a sua inviabilidade econômica, excluindo diversos trabalhadores do sistema previdenciário. Atribuiu, ainda, a responsabilidade pelo pagamento da referida contribuição ao adquirente da produção, como mais uma forma de garantia do segurado especial..

Ocorre que o artigo 25 da Lei 8.212/91 – e igualmente o inciso IV, do art. 30 – foi sucessivamente alterado, entre 1991 e 2001, por três leis: a Lei 8.540/92, a Lei 9.528/97 e a Lei 10.256/01, a fim de expandir a incidência da referida contribuição originalmente prevista apenas para o segurado especial – assim entendido como o produtor, pessoa física, que exerce suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados –, também para o produtor rural pessoa física – assim entendido como aquele que exerce atividade rural por conta própria, com o auxílio de empregados, com o objetivo de substituir a cota patronal que este recolhe na condição de equiparado a empregador. Destaque-se que se expandiu a incidência e igualmente a hipótese de responsabilidade do adquirente, que passou a ter de recolher também a contribuição sobre a receita relativa ao produtor rural pessoa física, além da relativa ao segurado especial.

E é justamente aí que se inicia a controvérsia ora posta sob análise da Corte.

(...)

Ou seja, a referida lei instituiu uma contribuição sobre a receita bruta da comercialização da produção de pessoa física, diversa do segurado especial, **inserindo ainda a expressão “da pessoa física de que trata a alínea a do inciso V do art. 12” no inciso IV, do art. 30, da Lei 8.212/91, criando também uma hipótese de responsabilidade relativa à recém-criada contribuição, cuja obrigação de recolhimento ficou a cargo do adquirente da produção, nos moldes do que já ocorria com o segurado especial.**

Confirase:

(...)

Posteriormente, a Lei 9.528/97 modificou o caput do art. 25, para incluir a expressão “empregador rural pessoa física” e a redação dos incisos I e II sem, no entanto, modificarlhes o conteúdo prescritivo. O artigo passou a ter a seguinte redação:

(...)

O mesmo foi feito em relação à hipótese de responsabilidade do inciso IV, do art. 30: (Grifou-se.)

Assim, examinadas as questões postas em julgamento, inclusive o instituto da sub-rogação, veiculado no art. 30, IV, da Lei 8.212, de 1991, o Plenário do STF decidiu conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário da União. Após, fixou a seguinte tese: “É constitucional formal e materialmente a contribuição social do empregador rural pessoa física, instituída pela Lei 10.256/2001, incidente sobre a receita bruta obtida com a comercialização de sua produção.

O referido instituto da sub-rogação – que nada mais é do que responsabilidade tributária da sociedade adquirente, consumidora ou consignatária ou a cooperativa, pelas contribuições sociais previdenciárias devidas pelo produtor rural pessoa física e pelo segurado especial – que havia sido considerado, face à legislação anterior, examinada nos RE 363.842 e 596.177, inconstitucional por arrastamento (sendo inconstitucional a norma que impõe o tributo, também o é a que define a responsabilidade), foi considerado constitucional, também por arrastamento: sendo constitucional a norma que impõe o tributo, também o é a que define a responsabilidade. Veja-se os seguintes trechos dos votos vencedores do julgado em apreço:

Min. Gilmar Mendes 4.6) Art. 12, incisos V e VII, e 30, IV, da Lei 8.212/1991 (...)

O art. 30, por sua vez, trata das normas destinadas à arrecadação e ao recolhimento das contribuições sociais.

A norma institui hipótese de responsabilidade tributária, destinada a instrumentalizar a arrecadação do tributo previsto no art. 25 da Lei 8.212/1991, tanto do segurado especial quanto do empregador rural pessoa física.

Assim, ao entregar o produtor rural sua produção a qualquer das entidades econômicas ali indicadas – empresa adquirente, consumidora ou consignatária ou a cooperativa –, passam estas à condição de responsável pelo pagamento do tributo, mediante aplicação da alíquota prevista no art. 25 da lei ao montante da produção adquirido.

É evidente a relação que o art. 30, IV, mantém com a disposição do art. 25. Apenas a inconstitucionalidade deste contaminaria aquele.

Por isso, uma vez reconhecida a constitucionalidade da contribuição do empregador rural pessoa física, com base na receita de sua produção, não há razão para declarar a invalidade da hipótese de sub-rogação prevista no art. 30. (Grifou-se.)

Frisa-se, ademais, que no julgamento dos RE 363.842 e 596.177 houve apenas a declaração da invalidade da aplicação, para o empregador rural pessoa física, das normas impositivas relativas à contribuição prevista no art. 25 da Lei 8.212, de 1991, sem redução de texto. Nas palavras do Min. Fux:

(...) a declaração de inconstitucionalidade dos incisos do art. 25 da Lei 8.212/91 pelo STF, em sede de controle difuso, nos já mencionados RE's 363.842 e 596.177, **não retirou os referidos dispositivos do ordenamento jurídico, mas apenas declarou a invalidade de sua aplicação para o empregador rural pessoa física**, no período anterior à EC 20/98 e às alterações promovidas pela Lei 10.256/01. (Grifo-use.)

É certo que, no julgamento do primeiro Recurso Extraordinário, constou da proclamação a declaração da “inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação atualizada até a Lei nº 9.528/97”, sem ressalva, portanto,

quanto à situação do segurado especial. No entanto, esse mesmo dispositivo do julgado limitou a declaração de inexistência de relação tributária à situação dos empregadores, pessoas naturais”, produtores rurais (RE 363.852). Assim, com um mínimo de interpretação, percebe-se que não houve a declaração de inconstitucionalidade de todo o texto do artigo.

O Min. Gilmar Mendes, demonstrando que não houve, no julgamento dos RE 363.842 e 596.177, a declaração de inconstitucionalidade de todo o texto do artigo 25 da Lei 8.212, de 1991, mas apenas da expressão “do empregador rural pessoa física”, sendo que todo o demais o texto dessa Lei se manteve íntegro, asseverou:

É certo que, no julgamento do primeiro Recurso Extraordinário, constou da proclamação a declaração da “inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação atualizada até a Lei nº 9.528/97”, sem ressalva, portanto, quanto à situação do segurado especial. No entanto, **esse mesmo dispositivo do julgado limitou a declaração de inexistência de relação tributária à situação dos empregadores, pessoas naturais**”, produtores rurais (RE 363.852). Assim, com um mínimo de interpretação, percebe-se que não houve a declaração de inconstitucionalidade de todo o texto do artigo.

(...)

(...) O texto normativo não se confunde com a norma jurídica.

Para encontrarmos a norma, para que possamos afirmar o que o direito permite, impõe ou proíbe, é preciso descobrir o significado dos termos que compõem o texto e decifrar, assim, o seu sentido linguístico. De um mesmo texto legal, podem ser extraídas várias normas.

(...)

No entanto, a **única fração do texto legal passível de supressão por força da inconstitucionalidade é a expressão “do empregador rural pessoa física”**, constante do caput. A vigência do restante é indispensável para extração da norma tributária do segurado especial.

Ou seja, **mesmo que a inconstitucionalidade resida nos incisos, não seria possível a redução em seu texto. A única redução possível residia na expressão mencionada no caput.** (Grifou-se.)

No mesmo sentido o Min. Dias Toffoli, para o qual, “no julgamento do RE nº 363.852/MG, Relator o Ministro Marco Aurélio, o Tribunal Pleno, levando em consideração, dentre outros, aqueles dispositivos, concluiu ser inconstitucional tão somente a norma relativa à contribuição devida pelo produtor rural pessoa física empregadora incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção”. (Grifos no original)”.

DA SOLIDARIEDADE E DO GRUPO ECONÔMICO

Assim, a solidariedade foi imputada por meio do no art. 124, do Código Tributário Nacional também prevê expressamente essa possibilidade:

Art. 124. São 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.

Da leitura do relatório fiscal, foi usado como fundamento da caracterização do grupo econômico de fato as disposições constantes do inciso IX, do artigo 30, da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, assim transcrito:

"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".

Tal dispositivo é repetido pelo art. 222 do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº. 3.048, de 06/05/1999):

Art. 222. As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza, bem como os produtores rurais integrantes do consórcio simplificado de que trata o art. 200-A, respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes do disposto neste Regulamento (redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 2001).

E também pela Instrução Normativa INSS/DC nº 100, de 18/12/2003, vigente à época do lançamento:

"Em face deste arcabouço legal, identificada a existência de "grupo econômico de qualquer natureza" (portanto, inclusive os "de fato"), é exigível a contribuição previdenciária de qualquer de seus integrantes, por força da responsabilidade solidária".

Nos termos do art. 494 e 495 da Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009, há a caracterização de grupo econômico quando:

"494. Caracteriza-se grupo econômico quando 2 (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.

Art. 495. Quando do lançamento de crédito previdenciário de responsabilidade de empresa integrante de grupo econômico, as demais empresas do grupo, responsáveis solidárias entre si pelo cumprimento das obrigações previdenciárias na forma do inciso IX do art. 30 da Lei nº 8.212, de 1991, serão cientificadas da ocorrência".

Referente à acusação de formação de grupo econômico, o relatório fiscal aponta o seguinte:

21 - Através do processamento de dados de quadros societários existentes no banco de dados do CNPJ, combinado com os dados das DIRF e da GFIP, construímos a Rede de Relacionamentos entre pessoas físicas e jurídicas. Destacamos as seguintes pessoas físicas e jurídicas:

- Antônio Cesar Maia – CPF 281.060.751-68;
- Silvana Meireles Nogueira Maia – CPF 493.132.071-68;
- Santa Luzia Industria Comércio e Distribuição de Alimentos Ltda ME - CNPJ 08.992.924/0001-23 (SANTA LUZIA);
- Santo Antônio Comércio de Subprodutos Animais Ltda – CNPJ 08.041.796/0001-32 (SANTO ANTONIO);
- Santo Antônio - Indústria Comércio e Distribuição de Alimentos Ltda ME – CNPJ 07.841.913/0001-80;
- Brasluz Industria Comércio e Distribuição de Alimentos Ltda – CNPJ 07.548.858/0001-34 (BRASLUZ);
- Hipermercado D'Terra Ltda - CNPJ 06.276.002/0001-94 (HIPERMERCADO D'TERRA)
- Luzman - Luziania Manutenção em Refrigeração Ltda ME – CNPJ 10.289.892/0001-46 (LUZMAN)

22 - É notável a quantidade de empresas que usam os termos “Da Terra” ou “D’Terra” e “Santo Antônio” em suas razões sociais.

ANTÔNIO CESAR MAIA – CPF: 281.060.751-68

24 - Antônio Cesar Maia, é pessoa com forte presença política no ramo comercial e industrial de alimentos, pois é o atual presidente das seguintes entidades associativas do ramo (fonte: cadastro CNPJ):

· ABRASU - ASSOCIAÇÃO BRASILIENSE DE SUPERMERCADISTAS (CNPJ: 02.125.846/0001-83);

· ASSOCIAÇÃO DOS FRIGORIFICOS DA RIDE (CNPJ: 06.182.757/0001- 20)

25 - O mesmo não declara possuir bens, e seu domicílio fiscal declarado desde 2012 é na zona rural do interior do Pará (Rod. PA-287, Km 05, Conceição do Araguaia-PA), não atendida pelo serviço dos correios. Na impugnação ao Auto de Infração do processo nº 13116.722502/2013-62, em 06/01/2014, indicou ser residente e domiciliado em Luziânia-GO, na Rua José de Melo, nº 334, Setor Central.

26 - Foi o fundador da SANTA LUZIA em 2007, como sócio-administrador e titular de 99% das cotas, quando a empresa funcionava em Cidade Ocidental-GO.

27 - Desde então, foram 12 alterações contratuais em que Antônio Cesar Maia era retirado e readmitido na sociedade SANTA LUZIA. Muitas vezes, sua retirada e readmissão se dava no mesmo ano. Trazemos aos autos as cópias do contrato social e alterações.

28 - Nas outras empresas que participa ou participou, seu percentual era sempre de 99%, quando composta por outras pessoas que não sua esposa Silvana Meireles.

29 - Conforme se verifica pelo grafo de relacionamentos, alguns dos sócios (e ex-sócios) minoritários dessas empresas são ou foram funcionários da SANTO ANTÔNIO, empresa que, como veremos a frente, concentra o registro dos funcionários do frigorífico.

SILVANA MEIRELES NOGUEIRA MAIA – CPF: 493.132.071-68

30 - Silvana Meireles é (ou foi) esposa de Antônio Cesar Maia, é sócia-administradora com 99% no HIPERMERCADO D’TERRA.

31 - Durante a execução de procedimentos fiscais sobre a SANTA LUZIA e o HIPERMERCADO D’TERRA em meados de 2013, Silvana se desfez de boa parte de seu patrimônio, ao realizar 50 alienações de imóveis (vide extrato do sistema DOI – Declaração de Operações Imobiliárias).

32 - Em 04/12/2014, enquanto as duas empresas se defendiam das autuações recebidas, houve uma operação imobiliária entre a SANTA LUZIA e o HIPERMERCADO D’TERRA em que esta vendeu àquela um valioso imóvel rural nas imediações de Luziânia, combinado com a contratação de vultuoso empréstimo (R\$ 12 milhões) junto à Caixa Econômica Federal.

33 - As demais pessoas físicas participantes dos quadros societários das empresas componentes do grupo econômico, quando não ex-empregados dessas empresas, não tinham nenhuma capacidade econômica e experiência comercial para se associarem a fortes empresários em empreendimentos que exigem alto investimento e capital de giro.

34 - Considerando que essas pessoas aparecem nos quadros societários com participação mínima (em torno de 1%), entende-se que suas presenças no quadro societário se deram pela escolha de manter as pessoas jurídicas como sociedades limitadas.

35 - Existe a possibilidade de Antônio Cesar Maia e Silvana Meireles estarem separados judicialmente, pois nas últimas alterações contratuais de suas empresas, Antônio Cesar Maia declara esse estado civil. Apesar disso, ainda são sócios na empresa Mercantil Santo Antônio Ind. e Com. de Alimentos Ltda ME (CNPJ: 33.459.991/0001-24). À

época dos fatos geradores dos tributos objetos deste procedimento fiscal, ainda eram sócios em mais duas outras empresas.

36 - Embora possam estar separados, seus relacionamentos econômicos continuam muito fortes, tendo em vista a quantidade de ligações entre pessoas e empresas dos quais são sócios, compartilhando sócios minoritários em quase todas.

CONFUSÃO ENTRE AS EMPRESAS SANTA LUZIA E SANTO ANTÔNIO

37 - A empresa SANTO ANTÔNIO é apenas empresa de fachada, com existência apenas no papel, servindo apenas para a artificial fragmentação das atividades do grupo, com o intuito de evitar a correta contribuição à previdência social. O modus operandi é o de registrar nessa empresa quase todos os trabalhadores do frigorífico (SANTA LUZIA), e optar pela sistemática do SIMPLES NACIONAL.

38 - Tal conduta, entretanto, deixou de funcionar a partir de 2013, quando a SANTO ANTÔNIO foi excluída do Simples Nacional por Ato Administrativo do Estado de Goiás.

No entanto, fez-se necessário procedimento fiscal, para lançamento de ofício das contribuições previdenciárias (parte patronal) e das contribuições destinadas às outras entidades e fundos, pois esta continuou declarando em GFIP como se ainda fosse do Simples Nacional.

39 - Funcionam no mesmo endereço desde 2010 as empresas SANTO ANTÔNIO E SANTA LUZIA.

40 - Conforme declarações em GFIP entre 2011 e 2015, constatou-se que, ao passo que a SANTA LUZIA tinha apenas um único empregado registrado, a SANTO ANTÔNIO tinha em média 242 empregados registrados, cujas folhas de pagamento atingiam a cifra anual de R\$ 3 milhões.

41 - Conforme notas fiscais eletrônicas no ambiente Sped-NFe, enquanto a SANTA LUZIA comprava bovinos vivos e vendia carnes (ou seja, realizava o abate e desossa) com faturamento anual acima de R\$ 100 milhões, a SANTO ANTÔNIO não emitiu cotas fiscais eletrônicas entre 2011 e 2013.

42 - Conforme constatado em diligência efetuada no local, nas instalações industriais onde deveriam funcionar as duas empresas não há nenhuma separação física ou lógica entre elas. O que funciona de fato é um frigorífico que abate bovinos e vende carnes e subprodutos em operação única.

43 - Outro aspecto interessante é que o Antônio Cesar Maia consta formalmente como controlador, mesmo de forma indireta, da SANTO ANTÔNIO, através da empresa Santo Antônio Industria Comércio e Distribuição de Alimentos Ltda ME, da qual é sócio-administrador. A empresa Santo Antônio Industria Comércio e Distribuição de Alimentos Ltda ME detém, desde 2008, 51% de participação societária na SANTO ANTÔNIO Subprodutos.

44 - Também não podemos deixar de mencionar que a SANTO ANTÔNIO é, ou foi, a fonte pagadora em DIRF de dois ex-sócios da SANTA LUZIA, e da atual sócia da BRASLUZ.

RELACIONAMENTO COM A LUZMAN

45 - No curso do procedimento fiscal, todas as intimações dirigidas à SANTA LUZIA e à SANTO ANTÔNIO foram recebidas via postal por pessoa que consta como empregado registrado em outra empresa do grupo econômico, a LUZMAN – Luziânia Manutenção em Refrigeração Ltda ME – CNPJ 10.289.892/0001-46.

46 - A empresa LUZMAN também já foi objeto de lançamento de ofício de contribuições previdenciárias patronais não recolhidas sobre a folha de pagamento. Ocorreu com a LUZMAN a mesma situação que está sendo verificada na empresa SANTO ANTÔNIO: indicação indevida em GFIP de enquadramento no Simples Nacional para fins de evitar a cobrança da contribuição previdenciária patronal.

47 - E como verificamos durante o presente procedimento fiscal, um dos atuais funcionários da LUZMAN, Sr. JOÃO MÁRIO DE SOUZA SANTOS (CPF: 021.823.141-56), é quem vem assinando o recebimento das intimações dirigidas às empresas SANTA LUZIA e SANTO ANTÔNIO, no endereço Rodovia Brazluz, Km 5,5, setor DICAL, em Luziânia-GO.

48 - Esse fato indica que a LUZMAN também se presta a registrar funcionários do grupo econômico numa forma clara de fragmentação das atividades com o fim específico de evitar tributação.

49 - Observando os relacionamentos de um dos sócios da LUZMAN, Sr. JOSÉ JESUS MORAIS DE OLIVEIRA (CPF: 658.547.804-53), nota-se, mais uma vez, a interligação entre o subgrupo de empresas comerciais com o de frigoríficos.

Nesse contexto não há como afastar a solidariedade por grupo econômico, uma vez que os recursos apresentados, não enfrentam em si as acusações fiscais, tendo em vista que deixam de apresentar provas ou argumentos referente ao que foi apontado, a exemplo da criação de empresas para evitar o recolhimento de tributos ao fisco por utilização de empresas enquadradas no SIMPLES Nacional. Inexiste nos recursos nenhuma contra argumentação ou prova contrária.

Os demais responsáveis solidários também deixam de contestar as acusações da fiscalização, inclusive por dissolução irregular da empresa principal do grupo, não havendo nenhuma informação contrária que possa ilidir a acusação fiscal.

Quanto à dissolução irregular da empresa principal, é imprescindível que haja a comunicação quando da alteração do endereço da empresa aos órgãos públicos, em especial ao presente caso à Fazenda Nacional e demais órgãos competentes.

Diferente do que alegam os recorrentes, a jurisprudência dos Tribunais brasileiros são fartas para que seja comunicada a Fazenda da alteração de endereço, podendo caracterizar, dessa maneira, a dissolução irregular da empresa.

Nesse sentido, a matéria já foi objeto de Súmula do STJ, em especial da 435, conforme se transcreve abaixo:

“Súmula 435. Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação dos órgãos competentes legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”

Esse Conselho assim já decidiu no processo n.º 10882.723783/201482, Acórdão n.º 1401002.084, de 20 de setembro de 2017, *in verbis*:

"RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÓCIO-ADMINISTRADOR.

Os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS. ART. 135 DO CTN. ADMINISTRADOR DE FATO. EXCESSO DE PODERES, INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA.

Nos termos do art. 135 do CTN, responde pelos tributos devidos pela pessoa jurídica extinta o administrador de fato, por atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, o que resta caracterizado pela comprovação da dissolução irregular da empresa.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ART. 124 DO CTN. INTERESSE COMUM.

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado".

Ainda, a Portaria PGFN Nº 180, de 25 de fevereiro de 2010, em seu artigo 2º, assim dispõe:

Art. 2º A inclusão do responsável solidário na Certidão de Dívida Ativa da União somente ocorrerá após a declaração fundamentada da autoridade competente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) ou da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) acerca da ocorrência de ao menos uma das quatro situações a seguir:

I – excesso de poderes;

II - infração à lei;

III - infração ao contrato social ou estatuto;

IV - dissolução irregular da pessoa jurídica.

Parágrafo único. Na hipótese de dissolução irregular da pessoa jurídica, os sócios-gerentes e os terceiros não sócios com poderes de gerência à época da dissolução, bem como do fato gerador, deverão ser considerados responsáveis solidários.

Assim, mantenho a solidariedade passiva dos sócios administradores e de grupo econômico.

DA APLICAÇÃO DA MULTA QUALIFICADA E O EFEITO CONFISCATÓRIO DA MULTA COMINADA

Aduzem os recorrentes que a multa aplicada possui efeito confiscatório.

Entretanto, este Conselho não é legitimado a analisar matérias Constitucionais, já que confisco possui clara pertinência constitucional, conforme se depreende do art. 26-A, do Decreto 70.235-72, *in verbis*:

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

Não obstante, a súmula 02 do CARF dispõe que o CARF "*não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*".

Assim, o jurisprudência desse Conselho é antiga sobre o tema e não permite o debate sobre constitucionalidade de Lei tributária.

Portanto, no tocante à multa e sua qualificação, caberia à recorrente demonstrar que não agiu contrário à Lei e às normas previdenciárias, o que não foi o caso. Somente há indicando que as empresas não agiram contrário à Lei. Porém, o fato é que houve um esvaziamento de empresas registradas no SIMPLES nacional com o intuito de evitar a tributação, bem como argumentações do efeito confiscatório da multa, e que dessa matéria não conheço do recurso por incompetência desse Tribunal quanto à essa ou outra matéria alega no recurso dita como inconstitucional.

Assim, mantenho a multa qualificada, pelos fatos narrados na acusação fiscal, e também pelos acusados não obrem afastar a acusação fiscal.

A análise das provas devem ser examinada de maneira sistemática, onde o conjunto probatório possa formar convicção de que determinada situação possa ter ocorrido.

Nesse sentido, o julgador administrativo não está adstrito a uma pré-estabelecida hierarquização dos meios de prova, podendo estabelecer uma análise a partir do cotejamento de elementos que possam formar sua convicção ao caso concreto.

Portanto, acompanho a decisão de primeira instância, já que a prova do direito é de quem alega e nesse caso, caberia à recorrente apresentar as provas de sua alegação, uma vez que em processo tributário o ônus da prova é do contribuinte, quando acusado. Fato esse que não ocorreu.

Em processo administrativo fiscal, tal qual no processo civil, o ônus de provar a veracidade do que afirma é do interessado, *in casu*, do contribuinte ora recorrente, o qual compreendo que não foram devidamente comprovadas as omissões identificadas.

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

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

Em igual sentido, aplicado de forma subsidiária, tem-se o art. 373, inciso I, do CPC:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

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

Encontra-se sedimentada a jurisprudência deste Conselho neste sentido, consoante se verifica pelo aresto abaixo:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano- calendário: 2005

ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NO QUAL SE FUNDAMENTA A AÇÃO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado.

(...)

(Acórdão nº 3803004.284 – 3ª Turma Especial. Sessão de 26 de junho de 2013). *Grifou-se.*

Portanto, entendo estar correta a decisão de primeira instância.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por conhecer parcialmente dos recursos Voluntários, a fim de não conhecer das alegações de inconstitucionalidade de Lei, não acolher a preliminar alegada para no mérito NEGAR-LHES PROVIMENTO, realizando a manutenção da decisão de primeira instância.

(documento assinado digitalmente)

Wesley Rocha

Relator

