



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

Processo nº 13971.720765/2012-76
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-004.063 – 3ª Turma Especial
Sessão de 11 de fevereiro de 2015
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente TRANSPORTES E LOGÍSTICA MANDALA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

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.

SIMPLES. RECOLHIMENTO APROVEITAMENTO. POSSIBILIDADE.

Aplicação da Súmula 76 do CARF: Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada. É vedada a compensação de contribuições previdenciárias com o valor recolhido para o Simples Nacional.

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.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator, para que os valores eventualmente recolhidos pela contribuinte na sistemática do Simples relativo a CPP no período autuado sejam devidamente abatidas para a aferição do montante efetivamente devido pela contribuinte.

(assinatura digital)

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente

(assinatura digital)

Ricardo Magaldi Messetti - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima (Presidente), Ricardo Magaldi Messetti, Amilcar Barca Teixeira Junior, Oseas Coimbra Junior, Gustavo Vettorato, Eduardo de Oliveira

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa Transportes e Logísticas Mandala Ltda, em face de acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém (PA), assim ementado:

AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL AIOP nº 37.350.5191. REMUNERAÇÃO DOS SEGURADOS EMPREGADOS.

A empresa é obrigada ao recolhimento das contribuições destinadas a terceiros incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados.

LANÇAMENTO FISCAL. EXCLUSÃO DO SIMPLES. FATO IMPEDITIVO INEXISTENTE.

Restando incomprovado qualquer impedimento à constituição do crédito de natureza previdenciária patronal decorrente da exclusão da empresa do SIMPLES, é válido o auto de infração lavrado para esse fim.

IRRETROATIVIDADE DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO DA EMPRESA DO SIMPLES.

A retroatividade dos efeitos do ato de exclusão da empresa do SIMPLES é determinada pela própria legislação tributária que disciplina o sistema.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. DISCUSSÃO EM FORO INADEQUADO

Tratando-se de processo de crédito relativo a contribuições previdenciárias, exigíveis por decorrência da exclusão da empresa do sistema SIMPLES, não é esse o foro adequado para discussão acerca dessa exclusão e sim o respectivo processo instaurado para esse fim. Descabe em sede de processo de lançamento fiscal de crédito tributário o reexame dos motivos que ensejaram a emissão do ato de exclusão.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O presente processo, refere-se a Auto de Infração de Obrigação Principal AIOP nº 37.350.5191 (fls. 61/72) e conforme Relatório Fiscal (fls. 73/80) foi lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições destinadas a terceiros, no valor de R\$120.151,84 (cento e vinte mil, cento e cinquenta e um reais e oitenta e quatro centavos), com juros, multa de ofício e de mora incluídos, consolidado em 04/04/2012, correspondente ao período de 01/2007 a 13/2008, não declaradas em GFIP, tendo como fato gerador a remuneração paga aos segurados empregados.

Conta no Relatório Fiscal, ainda que a contribuinte foi excluída do SIMPLES Federal e do SIMPLES Nacional, conforme os Atos Declaratórios Executivos ADE nº 16 e 17, respectivamente, decorrentes dos processos de Representações Administrativas para Exclusão do SIMPLES nº 13971.720762/201232 e 13971.720763/201287 respectivamente.

Devidamente intimada da autuação, a contribuinte apresentou impugnação, aduzindo, em síntese:

a) violação ao princípio da legalidade e da ampla defesa, em decorrência de o ato de exclusão não ter sido julgado definitivamente e o fato da empresa se encontrar enquadrada no Simples não é um fato interpretativo mas fato jurídico perfeito e acabado;

b) que não há vínculo empregatício entre os empregados da El Golli e da notificada, até mesmo porque não se encontram preenchidos os requisitos previstos no artigo 3º da CLT (subordinação, pessoalidade e dependência econômica), sendo os mesmos, empregados das empresas que prestam serviços (MANDALA) para a El Golli;

c) que em nenhum momento a Fiscalização apresentou provas contundentes e fortes, capazes de corroborar sua tese de simulação ocorrida na terceirização contratada.

Ao analisar as alegações da contribuinte, a DRJ em Belém entendeu por bem em não acatar as ponderações apresentadas, mantendo na íntegra a autuação efetivada.

Irresignada, a contribuinte apresentou confuso recurso voluntário aduzindo, em apertado escorço:

a) que faz jus ao recolhimento pelo Simples, uma vez que sua inscrição é ato jurídico perfeito;

b) inexistência de simulação;

c) inexistência de grupo econômico;

e) inexistência de vínculo laboral.

Sem contrarrazões por parte da Fazenda, os autos foram encaminhados a este Conselho, sendo a mim sorteada a relatoria.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Magaldi Messetti

Da Admissibilidade

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

Do Grupo Econômico

A recorrente insurge contra a configuração de grupo econômico, nos termos em que realizado pela fiscalização tributária. Afirma que não forma 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 o Ato Declaratório Executivo nº 16, de 02 de abril de 2012, a recorrente foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte a pessoa jurídica, pelas seguintes razões: I- Formação de grupo econômico, DE FATO, com a empresa FRIGORÍFICO ELL' GOLLI Ltda (CNPJ:02.225.085/0001-31), consequentemente, incidindo na vedação imposta pelo artigo 9º. (incisos II, IX e X) da Lei 9317/96 e artigo 20 (incisos II, IX e X) da IN SRF 608/06; II- Realização de locação de mão-de-obra e, consequentemente, prática reiterada de infração à legislação tributária (artigos 9º (inciso XII, letra “f”) e 14º (inciso V) da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996 e artigos 20º (inciso XI, letra “e”) e 23º (inciso V) da IN SRF 608/06) (fls. 51).

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 desconsideração 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 GMI 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 desconsideração 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 Compensação

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

Autenticado digitalmente em 18/02/2015 por RICARDO MAGALDI MESSETTI, Assinado digitalmente em 18/02/

2015 por RICARDO MAGALDI MESSETTI, Assinado digitalmente em 19/02/2015 por HELTON CARLOS PRAIA DE LI

MA

Impresso em 19/02/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

De ofício faço a aplicação da Súmula 76 do CARF, para que os valores eventualmente recolhidos pela contribuinte na sistemática do Simples no período autuado sejam devidamente abatidas para a aferição do montante efetivamente devido pela contribuinte.

Súmula CARF nº 76: Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

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

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer do recurso voluntário para, no mérito, dar-lhe parcial provimento, para que os valores eventualmente recolhidos pela contribuinte na sistemática do Simples relativo à CPP no período autuado sejam devidamente abatidas para a aferição do montante efetivamente devido pela contribuinte.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Ricardo Magaldi Messetti - Relator