



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

Processo nº 10935.007649/2010-44
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-002.705 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de outubro de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA
Recorrente INSTITUTO DE ORTOPEDIA E FISIOTERAPIA SÃO PAULO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 15/12/2010

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 32, IV, § 5º E ARTIGO 41 DA LEI N.º 8.212/91 C/C ARTIGO 284, II DO RPS, APROVADO PELO DECRETO N.º 3.048/99 - OMISSÃO EM GFIP - NÃO IMPUGNAÇÃO EXPRESSA

Inobservância do art. 32, IV, § 5º da Lei n.º 8.212/1991, com a multa punitiva aplicada conforme dispõe o art. 284, II do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999.: “ **informar mensalmente** ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS. (Incluído pela Lei 9.528, de 10.12.97) ”.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 15/12/2010

NFLD CORRELATAS - PROVIMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL

A sorte de Autos de Infração relacionados a omissão em GFIP, está diretamente relacionado ao resultado das NFLD (AIOP) lavradas sobre os mesmos fatos geradores. Sendo provido o recurso que lançou a obrigação principal, mesmo destino deve ser dado a obrigação acessória, quando identificada a correlação direta entre os processos.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Kleber Ferreira de Araújo – Redator Designado

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata o presente auto de infração, lavrado sob o n. 37.266.381-8 em desfavor do recorrente, originado em virtude do descumprimento do art. 32, IV, § 5º da Lei nº 8.212/1991, com a multa punitiva aplicada conforme dispõe o art. 284, II do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999. Segundo a fiscalização previdenciária, o autuado não informou à previdência social por meio da GFIP todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias. O lançamento compreende competências entre o período de 01/2005 a 12/2009.

Transcreve-se abaixo os principais pontos descritos pela autoridade fisca.006678/2007-971 no relatório de obrigação Principal n. 11.516 em seu relatório fiscal, fl. 06 A, face as constatações durante o procedimento de auditoria. Tais fatos foram apurados como resultado da análise documental e dos procedimentos de auditoria fiscal, conforme descrito a seguir:

QUANTO AOS PROCURADORES DAS EMPRESAS

Importante salientar que o procurador da empresa Dirce Schiano Zani era o Sr. Marcos Eduardo Zani, filho da Sra. Dirce Schiano Zani e irmão do Sr. Alex Fernando Zani, sócio da empresa Instituto de Ortopedia e Fisioterapia São Paulo Ltda. Foi também procurador da empresa Dirce Schiano Zani, o Sr. Pedro Zani, já falecido, esposo da Sra. Dirce Zanni e pai de Marcos Eduardo Zani e Alex Fernando Zani, conforme constante nos contratos de locação de imóvel. NO anexo V consta procuração.

CONSTATAÇÃO FISCAL QUANTO AO FATOS ENCONTRADOS NAS EMPRESAS AUDITADAS DIRCE X ISP

Durante a fase da análise documental propriamente dita, diversas constatações efetuadas por essa auditoria-fiscal, conforme relatado nos parágrafos abaixo, demonstra que, a empresa Dirce Schiano Zani optante do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES instituído pela Lei 9.317/1996 e do SIMPLES NACIONAL instituído pela Lei Complementar 123, de 14.12.2006, foi "utilizada" para fins de evasão da carga tributária do Instituto de Ortopedia e Fisioterapia São Paulo Ltda, através de planejamento tributário onde utilizou-se o "fracionamento" da folha de pagamento. De forma dissimulada, procurou-se demonstrar que as duas empresas fossem distintas e independentes entre si, mas que, pelo conjunto de elementos probatórios coletados pela fiscalização e indícios apontados considerou-se que houve evidente unicidade empresarial para fins de tributários.

Os fatos verificados que levaram a auditoria fiscal concluir que a empresa optante do SIMPLES (Dirce Schiano Zani) existia apenas formalmente para que o Instituto de Ortopedia e Fisioterapia São Paulo Ltda pudesse reduzir sua carga tributária relativamente ao pagamento das contribuições sociais incidentes sobre a folha de pagamento do pessoal alocado naquele "setor" da ISP denominado Dirce Schiano Zani.

1. ENDEREÇO DAS EMPRESAS

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

Autenticado digitalmente em 07/12/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 07/12/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 20/12/2012 por ELIAS SAMPAIO FREIRE

Impresso em 07/01/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

14.2 Os endereços divergentes referem-se ao nome da avenida que passa em frente a Quadra nº 13 (margeando a BR 277) e da rua que passa na lateral dessa mesma quadra. O acesso às empresas dar-se-á pela lateral do empreendimento, ou seja, pela Rua Antonio Victor Maximiano, 107 conforme demonstrado na imagem abaixo, retirado do website da empresa Instituto de Ortopedia e Fisioterapia São Paulo Ltda - www.institutosaopaulo.com.br.

SIMPLES que são "utilizadas" por outra para fins de reduzir a carga tributária da não optante pelo SIMPLES. Com esse planejamento tributário mediante o fracionamento da folha de pagamento, mantêm-se um número de empregados maior naquela empresa optante do SIMPLES e baixo faturamento, e um número menor de empregados na empresa não optantes pelo SIMPLES e com um faturamento mais expressivo.

15.4) Em Janeiro de 2010 a empresa Dirce S Zani teve os seus 52 (cinquenta e dois) funcionários transferidos para a empresa ISP Eletromédica Ltda CNPJ 01.417.367/0001-78, sem rescisão do contrato de trabalho. Fato a ressaltar é que a ISP Eletromédica Ltda tem como seus administradores os Srs. Alex Fernando Zani, Elói da Silva Carvalho e Marcos Eduardo Zani, sendo os dois primeiros sócios do Instituto São Paulo e o último, procurador da empresa Dirce Schiano Zani. Importante informar e que a ISP Eletromédica Ltda efetua as mesmas atividades executadas pela empresa Dirce Schiano Zani, porém não é optante pelo SIMPLES NACIONAL.

4. DA NÃO CONTABILIZAÇÃO DE DESPESAS DOS EMPREGADOS DAS EMPRESAS INTERPOSTAS

O segurado Luiz A de Souza Júnior constava como empregado na empresa Dirce S Zani no período compreendido entre 01/08/2005 a 01/02/2006, exercendo o cargo de contador e como empregado na empresa ISP de 02.02.2006 em diante, exercendo a mesma função. Entretanto, no período fiscalizado era ele o responsável contábil da empresa Dirce Schiano Zani nos anos de 2006, 2007, 2008 e 2009, conforme demonstrado nas assinaturas constantes dos Livros Diários dos anos respectivos (ver ANEXO XII). Fato a informar, é que não houve pagamentos contabilizados relativos a essa prestação de serviços ao Sr. Luiz A de Souza Júnior, o que demonstra que o mesmo era apenas remunerado pelo ISP a partir de 02.02.2006, mas prestou serviços contábeis à empresa Dirce Schiano Zani. No ano de 2005 assinou pela empresa Dirce Schiano Zani como contador o Sr. Paulo de Tarso V.

A assessora jurídica Mara Bennemann teve vínculo empregatício com a empresa Dirce Schiano Zani no período compreendido entre 15.05.2006 a 12.08.2006. A partir do 14.08.2006 iniciou-se vínculo de emprego com o Instituto São Paulo Ltda, porém a mesma atuou como procuradora da empresa Dirce Schiano Zani em alguns processos trabalhistas (ver ANEXO XIV) conforme demonstrado abaixo. Não houve pagamentos registrados a favor da assessora jurídica, como contribuinte individual, na contabilidade e tampouco na folha de pagamento Dirce Schiano Zani. Esses fatos por si demonstram que, mesmo registrada formalmente no Instituto São Paulo a assessora jurídica prestou serviços à Dirce Schiano Zani, sem remuneração por parte desta.

5. RESCISÕES ASSINADAS PELA EMPRESA

17.5) Foi verificado também pela fiscalização, que nas cópias dos Termos de Rescisões de Contrato de Trabalho (TRCT) abaixo discriminados da empresa Dirce Schiano Zani (ver ANEXO XV) , os mesmos continham assinaturas dos sócios-administradores do Instituto de Ortopedia e Fisioterapia São Paulo Ltda (Alex Fernando Zani e Jair Luciano Schmitt), o que demonstra que os administradores acima relacionados praticaram atos administrativos na empresa optante pelo SIMPLES, o que caracteriza mais uma prova de que houve unicidade empresarial entre a duas empresas e que a separação formal.

6. PRESTAÇÃO EXCLUSIVA DE SERVIÇOS

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

Autenticado digitalmente em 07/12/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 07/12/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 20/12/2012 por ELIAS SAMPAIO FREIRE

Impresso em 07/01/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Na auditoria fiscal foi constatado que a empresa Dirce Schiano Zani, tinha como atividade principal a "Fabricação de aparelhos e utensílios para correção de defeitos físicos e aparelhos ortopédicos em geral, exceto sob encomenda" (CNAE 32.50-7-04) mas prestava serviços de industrialização para o Instituto São Paulo (ISP) que era seu único e exclusivo cliente no período abrangido pela Auditoria Fiscal (Jan/2005 a Dez/2009), conforme apurado em sua contabilidade e provado através de notas fiscais de prestação de serviços.

7. FATURAMENTO X CUSTO COM PESSOAL

18.3) No quadro abaixo a fiscalização demonstra um comparativo entre os custos dos serviços prestados e o custo total com pessoal da empresa Dirce Schiano Zani referentes aos anos de 2005, 2006, 2007, 2008 e 2009 onde efetuando uma análise comparativa entre o custo dos serviços prestados X custo com pessoal acima apresentados, nota-se claramente que o custo total com o pessoal da Dirce Schiano Zani é quase a totalidade dos custos dos serviços prestados, indicando basicamente que a folha de pagamento era seu mais significativo custo.

(...)

Na análise comparativa entre a receita líquida (Receita Bruta deduzida dos impostos sobre as vendas) e o custo do pessoal é perceptível que nos anos de 2005 e 2009, o custo com pessoal é equivale a 123,25% e 101,93% respectivamente da Receita Líquida. Nesse dois anos em específico, a empresa Dirce Schiano Zani teve como resultado líquido prejuízos da ordem de R\$ 259.993.21 em 2005 e de R\$ 117.060,93 em 2009. Os valores foram obtidos na Demonstração do Resultado dos Exercícios de 2005.

8. AUSÊNCIA DE DESPESAS PARA REALIZAÇÃO DE ATIVIDADES

Outro fato a ser considerado e que chamou a atenção da auditoria fiscal é que, estando a empresa Dirce Schiano Zani classificada no sob CNAE nº 32.50-7-04 (Fabricação de aparelhos e utensílios para correção de defeitos físicos e aparelhos ortopédicos em geral, exceto sob encomenda) a mesma não apresentou em sua contabilidade o registro do pagamento de despesas consideradas corriqueiras em todo estabelecimento industrial, como por exemplo, despesas relativas ao consumo de energia elétrica, telefone/comunicações, material de uso e consumo, manutenção de máquinas e equipamentos.

(...)

A empresa Dirce Schiano Zani não apresentou em sua escrituração contábil o registro de despesas telefone/telecomunicações. A de se considerar muito estranho uma empresa que teve um faturamento de R\$ 7.454.958,18 e uma média de 112 funcionários ao longo de cinco anos (2005 a 2009), não utilizou ligações a serviço ou acesso banda larga (internet) para realizar aquisições de produtos, compra de insumos, contatos com fornecedores e outras empresas, contatos com órgãos públicos, notadamente com a ANVISA dada a sua área de atuação, e mesmo comunicação entre seu corpo funcional através de ramais internos ou mesmo ligações telefônicas de caráter particular.

9. DESPESAS COM ALUGUEL

20) A auditoria fiscal apurou também que o aluguel do prédio onde estava instalada a empresa DIRCE SCHIANO ZANI foi pago ao Instituto de Ortopedia e Fisioterapia São Paulo Ltda.

Fato a considerar é que a 4.ª cláusula do contrato de locação de imóvel firmado com o Instituto São Paulo em 01/10/20005 menciona que os consumos e ou despesas de luz, gás, assim como todos os encargos e tributos que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel (IPTU); bem como a conservação/manutenção do imóvel, seguro do prédio; seguro de todo maquinário, ferramentas, matéria prima, produtos, produtos em elaboração e outras matérias armazenadas no referido imóvel fiquem a cargo do locador, ou seja é ônus do Instituto São Paulo.

10. EXECUÇÃO DE ATIVIDADES INERENTES A EMPRESA IPS

Os segurados empregados tinham registros formais na empresa optante pelo SIMPLES, mas sua função (Operador Televendas) só poderia ser realizada para o Instituto São Paulo pois essa modalidade de venda chamada de "televendas, telemarketing" é utilizada pelo ISP até as dias de hoje.

11. CONFUSÃO ENTRE A DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA

Outro fato que foi apurado pela fiscalização é que em algumas capas de pastas contendo os holerites de funcionários da Dirce Schiano Zani (competências de Abril/2008 e julho/2008) consta o logotipo do Instituto São Paulo, ou seja, documentos de uma empresa sendo guardados em pasta personalizada de uma outra empresa..

12. PAGAMENTOS DE DESPESAS DE GPS

25) A fiscalização apurou também que em alguns pagamentos de Guias da Previdência Social (GPS)

de responsabilidade da empresa Dirce Schiano Zani, as pessoas que efetuaram ou autorizaram o débito nas respectivas conta corrente mantidas nos Bancos Itaú (Ag. 3838 Conta 16133-3) e Banco do Brasil (Ag 3.402-9 Conta 74.780-7) eram pessoas ligadas ao Instituto São Paulo. Na competência 13/2008, por exemplo, a GPS de responsabilidade de DIRCE SCHIANO ZANI foi paga através de débito em conta do próprio Instituto São Paulo mantida no Banco do Brasil Ag. 3402-9 Conta 74.780-7 , conforme cópia dos documentos comprovando o fato.

13. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS PARA EXECUÇÃO DE ATIVIDADES SOB A RESPONSABILIDADE DA ISP

26.1) Embora a empresa DIRCE SCHIANO ZANI não apresentasse máquinas e equipamentos de grande porte, veículos e motos contabilizadas em seu Ativo Imobilizado a mesma manteve em seu quadro de funcionários, empregados que exerciam funções típicas de operador de máquina, motoristas e motoqueiro.

14. AUSÊNCIA DE MÓVEIS E UTENSÍLIOS PARA EXECUÇÃO DE TODAS AS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS.

26.3 A análise acima demonstra claramente que os móveis/utensílios que pertenciam a Dirce Schiano Zani nem sequer de longe eram suficientes para dar aos seus empregados condições mínimas para o desempenho de suas funções. Conclui-se que era o Instituto São Paulo que provia a empresa Dirce Schiano Zani com esse mobiliário todo para que a mesma tivesse condições mínimas de funcionamento.

Este é mais um dos indícios que demonstra que houve uma "unicidade empresarial" entre o Instituto de São Paulo e Dirce Schiano Zani com vista a se reduzir a carga tributária do Instituto São Paulo através do "fracionamento" da folha de pagamento.

27) O Instituto São Paulo (ISP) muito embora sendo uma empresa eminentemente comercial, efetuou o registro da compra de diversas máquinas industriais em sua contabilidade (conforme quadro do item 27.1) e produtos e equipamentos comumente utilizados em estabelecimentos industriais.

27.1) A fiscalização apresenta no quadro abaixo, um extrato da conta 1.25.20010001 -MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS da empresa ISP relativo ao ano de 2007, contendo Data, Código da Conta, Valor Contábil e Histórico. Informo também que não existe na contabilidade da empresa DIRCE SCHIANO ZANI o registro do pagamento de aluguel/locação de máquinas e equipamentos.

15. CAPITAL SOCIAL DA EMPRESA DIRCE X FATURAMENTO

28) Um dos fatos que indica que a Dirce Schiano Zani foi utilizada como uma "interposta empresa" decorre do diminuto valor de R\$ 10.000,00 (Dez mil reais) para as suas constituições frente aos resultados operacionais que a pessoa jurídica gerou, indicando que a "pessoa física interposta" Sra. Dirce Schiano Zani (mãe de Alex Fernando Zani -sócio administrador do ISP) efetivamente não comprometeu capital financeiro suficiente na empresa, fator característico de um empreendimento empresarial (risco econômico).

16. INFORMAÇÃO DE REGISTRO JUNTO A ANVISA EM NOME DA EMPRESA ISP

29.1) O fato que chamou a atenção da auditoria fiscal está contido no seguinte parágrafo que retirei do texto acima:

Além disso, o ISP possui registro de funcionamento na ANVISA (Agencia Nacional da Vigilância Sanitária) sob a AFE (Autorização de Funcionamento da Empresa) nº: K76200HLXL91. E produtos fabricados e revendidos com registros e certificados individuais.

29.2) A fiscalização afim de confirmar a informação acima, fez uma consulta no website da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) www.anvisa.gov.br e verificou que a Autorização de Funcionamento da Empresa (AFE) constante do website do Instituto São Paulo registrado sob o nº K76200HLX91 foi concedida à empresa DIRCE SCHIANO ZANI CNPJ 02.644.861/0001-38 em decorrência do processo 25023.100020/2004-84. Uma empresa não pode se "apossar" de dados dessa natureza com o fito de divulgar essa informação em seu website.

29.3 Consta também da referida AFE que o responsável técnico da empresa Dirce Schiano Zani junto a ANVISA é o Sr. Alex Fernando Zani, sócio administrador do Instituto São Paulo. Porém, não consta na contabilidade da empresa Dirce Schiano Zani qualquer pagamento efetuado ao Sr. Alex Fernando Zani pelo exercício dessa função. Ora, ninguém assume uma responsabilidade dessa magnitude (responsável técnico de produtos da área da saúde junto a agência de vigilância sanitária do país) sem que se receba alguma remuneração por isso.

17. DA CONTRIBUIÇÃO DESCONTADA DOS SEGURADOS EMPREGADOS DA EMPRESA DIRCE

32.6) Finalmente informa-se que os valores os valores recolhidos a título de contribuições previdenciárias vertidas dos segurados (parte segurados empregados e

contribuintes individuais) não foram abatidos do crédito lançado na empresa Autuada (ISP), tendo em vista que os mesmos não foram declarados na GFIPs do Instituto São Paulo. Caso a autuada concorde com os fatos apurados com a fiscalização, os valores que foram recolhidos a título de contribuição previdenciária dos segurados empregados e contribuintes individuais (parte segurados) pela Dirce Schiano Zani podem ser objeto de pedido de restituição/compensação.

Quanto ao cálculo da multa observou a autoridade fiscal que com a alteração legislativa disposta pela MP 449/2008, o art. 35-A da Lei nº 8.212/91 dispôs sobre a aplicação do art. 44 da Lei nº 9.430/96 as contribuições sociais destinadas à Seguridade Social. Em determinadas situações, a aplicação do art. 44 da Lei nº 9.430/96 se reveste mais benéfico para o contribuinte, devendo retroagir a fatos pretéritos, de acordo com a alínea "c", II, art. 106 do CTN. Assim, antes de lavrar os autos de infração, a auditoria-fiscal realizou a comparação dos valores que compõem a multa de acordo com as previsões legais (art. 32, §5º e art. 35, II, alínea "a", ambos da Lei nº 8.212/91 (legislação anterior) comparado com o art. 44, da Lei nº 9.430/96 (legislação atualmente vigente)). A comparação é necessária para aplicação da "penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da prática" da infração (art. 106, II, "c", do CTN).

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 15/12/2010, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 17/12/2010.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela notificada, fls. 16 a 20. O recorrente anexou diversos documentos que entende pertinentes a comprovação do alegado, requerendo em sede de impugnação:

Determinar a reunião Processos Administrativos Fiscais nº 10935.007645/2010-66; 10935.007647/2010-55; 10935.007648/2010-08 e 10935.007649/2010-44 para o efeito de julgamento simultâneo, sob pena de ocorrer decisões conflitantes com notórios prejuízos para a defesa;

Que o presente processo seja julgado simultaneamente com o de nº 10935.007645/2010-66, em face da matéria de fato e de direito estarem intimamente ligadas em ambos os processos; e b) sejam as razões declinadas pela Impugnante conhecidas e julgadas totalmente procedentes, para declarar a improcedência da medida fiscal, com a determinação de seu arquivamento de forma definitiva.

a 94. A Decisão-Notificação confirmou a procedência, total do lançamento, fls. 85

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2009 AUTO DE INFRAÇÃO. OMISSÃO DE FATOS GERADORES DESCONSIDERAÇÃO DE ATO OU NEGÓCIO JURÍDICO.

SIMULAÇÃO RETROATIVIDADE BENIGNA. MOMENTO DO CÁLCULO.

Apresentar GFIP omitindo fatos geradores ou contribuições previdenciárias constitui infração à legislação.

É permitido à autoridade tributária desconstituir ato ou negócio jurídico praticado pelo contribuinte, em desconformidade com a lei, com o objetivo de reduzir o montante do tributo devido.

Constatada a simulação de empresas a fim de ocultar a real e única empregadora, afastando-a do pagamento total das contribuições devidas, através do registro dos empregados em empresas optante do SIMPLES Federal ou Nacional, esta é considerada inexistente para fins da legislação tributária.

A lei aplica-se a fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

A comparação para determinação da multa mais benéfica apenas pode ser realizada por ocasião do pagamento.

Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 98 a 102. Em síntese, a recorrente em seu recurso alega que devem ser consideradas as mesmas alegações do AI principal.

18. Aponta que o julgamento de todos os Autos de Infração lavrados durante a ação fiscal devem ser apreciados simultaneamente.
19. Alega que o presente lançamento tributário alicerçado em meras presunções, carece de fundamentação jurídica e fática, vício que determinará sua total exoneração.
20. Afirma que, em que pese a fiscalização ter desconsiderado a personalidade jurídica da empresa Dirce Schiano Zani - DSZ, a auditoria fiscal não a colocou no pólo passivo da medida fiscal, deixando de proceder a sua notificação e intimação a fim de que apresentasse a defesa que julgasse pertinente violando o contraditório e a ampla defesa. A unidade da DRFB encaminhou o recurso a este Conselho para julgamento.
21. Assevera que a DSC e o Instituto de Ortopedia e Fisioterapia São Paulo - ISP firmaram um contrato de parceria no qual ficou estabelecida a exclusividade de compra e venda o que acarretou no estreitamento das relações entre as duas empresas e desencadeou uma série de transações muito peculiares com objetivo de promover o desenvolvimento conjunto de ambas.
22. Aduz que a exigência fiscal é permeada de inúmeras informações da empresa DSZ que foram utilizadas como indícios de simulação, sem, no entanto, permitir que este contribuinte produza prova em sentido contrário. Aponta que em razão disso não detém todas as informações necessárias para produzir a defesa desejada pelo legislador constituinte.

23. Afirma que inexistem elementos que comprovam o vínculo empregatício, com os segurados empregados considerados. Aponta que não ficou demonstrado nos autos, para

cada empregado, nos termos do artigo 3º da CLT, que haveria vínculo empregatício individual. Cita decisão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

24. Alega que uma prova evidente de que os vínculos empregatícios eram de fato com a empresa DSC se dá pela existência de diversas ações trabalhistas em que a empresa figura como ré, conforme, inclusive menciona a fiscalização em seu relatório e pela existência de GFIP transmitidas informando esta relação ao Ministério da Previdência Social.
25. Afirma que a auditoria fiscal, com base em argumentos totalmente subjetivos, fundados em alegados indícios evasivos de contribuições sociais, desconsiderou a personalidade jurídica da empresa individual Dirce Schiano Zani para imputar à pessoa jurídica Instituto de Ortopedia e Fisioterapia São Paulo Ltda obrigações tributárias principais e acessórias.
26. Aduz que a desconsideração da personalidade jurídica está regrada pelo Código Civil e que somente o juiz tem competência para aplicar tal instituto no bojo do processo judicial. Sendo que para sua aplicação devem estar presentes o abuso da personalidade jurídica ou a confusão patrimonial.
27. Aponta que embora a empresa DSZ não tenha sido chamada no pólo passivo do Auto de Infração, para que não ficasse totalmente prejudicada a defesa do impugnante, informa-se que todos os dados e argumentos relativos a essa empresa é resultado de diversas reuniões com a Sra. Dirce e seus colaboradores e ex-colaboradores que inclusive forneceu alguns documentos que foram juntados aos autos.
28. Assevera que, apesar de existência da relação familiar entre a titular da empresa DSZ e um sócio do Instituto São Paulo, sempre operou de forma autônoma, passando a industrializar produtos que eram comercializados para diversas empresas, dentre elas, Fisiobras, Profisiomed, Fisiomed, Fisio 2000, Mogiglass e Hand Shop, o que demonstra que tal empresa não foi criada e utilizada como planejamento tributário.
29. Aponta que para obter incentivos fiscais a DSZ transferiu o seu estabelecimento para o Município de Santa Tereza do Oeste (PR) e que durante o ano de 2002 a 2004, já operando em suas novas instalações, motivado pela crescente demanda por parte do Instituto São Paulo, chegou-se à conclusão de que a consolidação de uma parceria entre as duas empresas, o Instituto São Paulo teve de se transferir para o local em que operava a DSZ, ocasião em que foi locado um dos barracões de sua propriedade.
30. Afirma que como a DSZ obteve junto a ANVISA somente autorização para industrialização e que o Instituto de Ortopedia São Paulo detinha autorização para realizar a distribuição, decidiu-se celebrar um contrato de exclusividade pelo qual ficou decidido que toda a produção da DSZ seria destinada ao ISP.
31. Informa que foi celebrado, entre as empresas, em 12/2004, um contrato de industrialização e distribuição, do qual foi dado conhecimento à fiscalização, que além da exclusividade estabeleceu diversas atribuições recíprocas. Cita decisão do Conselho de Contribuintes segundo a qual o contrato de parceria em regular operação, mediante procedimentos lícitos, não pode ser taxada de simulado.

32. Informa que o fato do Sr. Alex Fernando Zani ser sócio da ISP e com grau de parentesco com a Sra. Dirce e os procuradores da empresa DSZ não tem influencia direta nas operações empresariais. Apresenta informações acerca da participação do Sr. Alex Zani à fl. 596, indicando que somente após 16/12/2008 ele passou a deter mais de 50% do capital da empresa ISP.
33. Disserta sobre a trajetória de ambas as empresas apontando que até 12/2004 a DSZ vendia seus produtos para diversos clientes e, desde sua constituição, seria optante pelo SIMPLES. Junta cópias dos livros Diário e Razão de 2002 e instrumentos de protesto para provar o alegado.
34. Apresenta informações e cita legislação relacionadas com as exigências normativas para comercialização de produtos sob controle do Ministério da Saúde.
35. Assevera que a DSZ por não possuir autorização para distribuição foi orientada pela ANVISA a efetuar alteração contratual ou a firmar contrato de parceria com empresa que possuísse em seu objeto a atividade de distribuição. Contudo, a primeira alternativa demoraria de 2 a 3 anos para que nova autorização de funcionamento fosse concedida pela ANVISA e dependeria de adequação em seu espaço físico para efetuar a distribuição. Conclui que a solução adotada foi a terceirização da distribuição dos produtos por ela fabricados.
36. Alega que a DSZ mudou-se para o endereço citado em 13/1/2003 reorganizou sua estrutura, contratou profissionais, inclusive na área de *call center* e após a constatação de que não poderia distribuir seus produtos firmou parceria comercial com a empresa ISP. Como resultado foi possível a locação de parte do seu imóvel ao ISP já que a DSZ possuía barracões totalmente separados fisicamente. O endereço foi segregado em bloco A, B e C e a DSZ passou a ocupar apenas o bloco C.
37. Alega que o fato de haver apenas um acesso a diversas empresas é corriqueiro no meio empresarial, numa modalidade de condomínio empresarial, que em nada afeta a autonomia das empresas resultando em vantagens logísticas e redução de custos com segurança.
38. Aduz que a questão de contratação por parte da ISP de funcionário demitidos na DSZ decorreu de que algumas áreas da empresa DSZ foram reduzidas gradativamente em função do contrato de parceria. Apresenta quadro comparativo entre as duas empresas com número de empregados por mês.
39. Aponta que a redução foi gradual e que, embora tenha parado as vendas no início de 2005, permaneceu com obrigações para com clientes.
40. Esclarece que a filial da ISP de Cascavel (PR) aumentou seu número de colaboradores a partir de agosto de 2006 porque estava transferindo os processos administrativos de outras filiais e em razão do crescimento de sua participação no mercado.
41. Informa que a DSZ passou a fornecer apenas 123 dos 5000 itens comercializados pela ISP.
42. Alega que em razão da aproximação das duas empresas não se pode conceber que alguns favores prestados com pequenas tarefas durante os cinco anos investigados sejam suficientes para descaracterizar a autonomia financeira de uma empresa.

43. Afirma que o fato da DSZ ter dispensado seu contador, em razão do contrato de exclusividade, justifica alguns favores ofertados pelo profissional que laborou gratuitamente na execução de tarefas de cunho de recursos humanos.
44. Alega que com o contrato de parceria muitas responsabilidades da empresa DSZ deixaram de existir o que acarretou na redução drástica de suas despesas.
45. Acrescenta que algumas despesas, tais como energia elétrica, peças de reposição de máquinas, passaram a ser de responsabilidade da Empresa ISP, por força do contrato de parceria. O relacionamento com fornecedor e cliente e com as pessoas que cuidavam da manutenção de máquinas por parte do ISP num outro barracão próximo da empresa Dirce passou a ser realizado verbalmente. Os telefones da empresa Dirce, após ter sido concluído o processo de reestruturação, foram desativados, sendo que o Gestor, Sr. Pedro contava com seu telefone.
46. Alega que os preços de locação de imóvel praticados pela DSZ são coerentes com sua estratégia focada no sucesso da parceria.
47. Aponta que o contrato de fabricação e distribuição firmado entre as duas empresas prevê que as matérias primas e quase a totalidade das máquinas utilizadas no processo fabril seriam fornecidas em comodato pelo distribuidor (ISP).
48. Afirma que a DSZ trabalhou com tele vendas desde sua fundação até início de 2005, quando firmou contrato de exclusividade com o ISP. O fato de que manteve funcionários cadastrados com essa função, apesar de terem sido transferidos para outras funções administrativas se deu em razão da DSZ ser uma empresa de pequeno porte que por não ter um departamento especializado em RH, não atentou para a mudança imediata das funções.
49. Aduz que a questão de documentos da DSZ estar com capa do ISP pode ser atribuída a um pequeno descuido por parte do Contador, holerites correspondentes a dois meses.
50. Aponta que é prática comum no Brasil e no mundo, qualquer empresa comercial manter uma marca própria nos produtos, mesmo produzindo numa fábrica terceirizada.
51. Informa que a frase O SHOPPING DO FISIOTERAPEUTA era explorada em suas estratégias de marketing pelo ISP, até 2005. A partir daí, pelo fato de ampliar seu portfólio para outros segmentos da saúde, passou a utilizar-se da frase O SHOPPING DA SAÚDE, conforme pode ser comprovado em material publicitário, produzido para inauguração da filial cascavel em 2006 (Doc. 14). A partir de 2005 a DSZ passou por livre iniciativa a utilizar a frase voltada para o fisioterapeuta.
52. Reforça que os laços consanguíneos existentes entre as empresas não afeta a autonomia das mesmas. Aduz que a Sra. Dirce Schiano Zani, seu esposo Sr. Pedro Zani e seu Filho o Sr. Marcos Eduardo Zani pertenciam a empresa Dirce Schiano Zani. A exceção era com o Sr. Alex Fernando Zani, que com outros três sócios fundaram e/ou desenvolveram a empresa Instituto de Ortopedia e Fisioterapia São Paulo Ltda.
53. Conclui que em razão disso não é razoável supor que o Sr. Alex Zani utilizasse a empresa DSZ para gerar lucros para o ISP.

54. Alega que os pagamentos de compromissos tributários da empresa DSZ com débito em conta do ISP se deram em razão de ter falecido o principal administrador da DSZ, Sr. Pedro Zani. Tal fato desestruturou a empresa e, a partir daí, algumas falhas começaram a acontecer: Nesse sentido, assevera que o pagamento de INSS, competência 13/2008, da empresa Dirce, foi realizado em 30/1/2009 porque o Sr. Pedro Zani faleceu em dezembro/2008 (Doc. 08) por iniciativa do Contador Sr. Luiz que considerando a existência de créditos da DSZ junto a ISP compensou valores recolhidos no mesmo dia.
55. Aponta que em meados de 2009, quando a família Zani já estava estabelecida no interior de São Paulo, algumas obrigações permaneceram e o contador (Luiz) com autorização da Sra. Dirce conferida aos Srs. Eloi da Silva Carvalho e Alex F. Zani, debitou tais valores na conta da Empresa Dirce.
56. Assevera que a empresa Dirce possuía máquinas de pequeno porte com seus respectivos operadores, estando ou não com a correta descrição de cargos e que muitos empregados com profissões definidas, aceitam trabalhar em outras funções, mas solicitam manter registros de sua profissão original. Ex. O Sr. Ildo Vogel tinha a profissão de motorista, mas trabalha como auxiliar dentro da fábrica.
57. Alega que a empresa Dirce tinha sim condições mínimas de instalações para seus funcionários, que foram adquiridas na sua fundação em 1998 e totalmente depreciadas ou contabilizadas em bens de pequeno valor.
58. Afirma que com passar do tempo todas as pessoas que tinham funções administrativas, que realizavam tarefas fora da produção industrial, foram sendo dispensadas e que a partir de 2005, por força do contrato de parceria de fabricação e distribuição, o ISP passou a fornecer em regime de comodato as máquinas necessárias ao desenvolvimento do processo de produção (vide cópia de contratos de comodato - Doc. 11).
59. Acrescenta que a AFE de distribuidor obriga este a divulgar além do número de registro do produto, quem é o seu fabricante. Os manuais de produtos anexados (Doc. 12) esclarece como deve ser informado ao adquirente do produto, inclusive com o sítio na Web da ANVISA para a consulta do registro.
60. Quanto ao subitem 29.3 do relatório fiscal, aponta que o Sr. Alex Zani é filho de Dona Dirce, formado em fisioterapia, sendo habilitado a prestar esse tipo de serviço. Então, temos um filho prestando um favor para sua mãe.
61. Alega que como foi cientificado somente em 17/12/2010 os lançamentos de janeiro a novembro de 2005 encontram-se abarcados pela decadência, uma vez que deve ser aplicado o disposto no artigo 150, do Código Tributário Nacional – CTN. Cita decisões do CARF.
62. Requer que caso não sejam acatados os argumentos mencionados que os valores recolhidos pela empresa Dirce Schiano Zani, optante pelo SIMPLES, sejam compensados com as contribuições previdenciárias exigidas nos autos de infração ora impugnados. Cita decisão do CARF.
63. Requer também que os processos administrativos fiscais 10935/007645/2010-66, 10935.007647/2010-55 e 10935.007648/2010-08 e 10935.007649/2010-44 sejam juntados para o efeito de julgamento simultâneo, a nulidade do auto de infração, a improcedência no caso de não serem acatadas a preliminares de nulidade.

Processo nº 10935.007649/2010-44
Acórdão n.º **2401-002.705**

S2-C4T1
Fl. 9

64. O sujeito passivo juntou documentos, dentre os quais, contrato de distribuição e industrialização (fls. 715/721, certidão de óbito em 12/12/2008 de Pedro Zani (fl. 730) instrumentos de protestos (fl. 731/739), Balanço Geral de 2006 (fls. 740/741), Balanço Geral de 2007 da DSZ (fl. 745), contrato de comodato entre as duas empresas (fls. 750/792), cópia de fls. de Livro Diário de 2002 (fls. 826/1.141) e de Livro Razão de 2002 (fls 1.142/1.448).

O processo foi encaminhado ao CARF para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação fl. 97. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DO MÉRITO

Embora tenha encaminhado o voto nos Autos de Infração de Obrigação Principal, de forma, a “NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO”, por ter sido vencida naqueles julgamentos, e considerando que as obrigações acessórias descritas no presente Auto de Infração de Obrigação Acessória, possui correlação com o referido processo, manifesto-me no sentido de que o resultado do presente julgamento deve acompanhar os das autuações de obrigação principal, nos termos abaixo expostos.

Segundo a fiscalização previdenciária a partir das informações contidas no Relatório Fiscal constata-se que o recorrente deixou de informar os valores das bases de cálculo das contribuições incidentes sobre os valores por meio de contratação indevida por meio de empresas interpostas, o que gerou uma informação incorreta na GFIP.

Justificável apenas a necessária apreciação do desfecho do julgamento da AIOP que indicou os fatos geradores ocasionados pela simulação pela contratação indevida de empresas interpostas, AIOP n. 10935.007645/2010-66 (patronal) e n. 10935.007647/2010-55 (segurados) em julgamento nessa mesma sessão. Vejamos ementa do acórdão proferido referente a parcela patronal (Processo 10935.007645/2010-66):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2009

CARACTERIZAÇÃO DE RELAÇÃO DE EMPREGO ENTRE A EMPRESA TOMADORA E OS EMPREGADOS FORMALMENTE VINCULADOS À PRESTADORA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE PRESTAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS PELOS SEGURADOS À CONTRATANTE.

Somente procede a vinculação dos empregados da empresa prestadora à tomadora, quando resta suficientemente comprovado que os serviços eram prestados diretamente pelos segurados à empresa contratante, atuando a prestadora para dissimular o vínculo.

Recurso Voluntário Provido

Da mesma forma, foi também julgado procedente em parte o Processo 10935.007647/2010-55, correspondente a parcela dos segurados empregados não recolhida. Destaca-se, ementa do julgamento realizado nesta mesma sessão:

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

Autenticado digitalmente em 07/12/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 07/12/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 20/12/2012 por ELIAS SAMPAIO FREIRE

Impresso em 07/01/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2009

CARACTERIZAÇÃO DE RELAÇÃO DE EMPREGO ENTRE A EMPRESA TOMADORA E OS EMPREGADOS FORMALMENTE VINCULADOS À PRESTADORA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE PRESTAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS PELOS SEGURADOS À CONTRATANTE.

Somente procede a vinculação dos empregados da empresa prestadora à tomadora, quando resta suficientemente comprovado que os serviços eram prestados diretamente pelos segurados à empresa contratante, atuando a prestadora para dissimular o vínculo.

Recurso Voluntário Provido

Dessa maneira, não tem porque o presente auto-de-infração ser mantido, sendo que o lançamento da obrigação principal foi improcedente. .

Diante o exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para no mérito DAR-LHE, acompanhando o resultado dos Autos de Infração de Obrigação Principal.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira