



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

Processo n° 11020.722541/2011-31
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2202-003.265 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de março de 2016
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente INDUSTRIA MECANICA NTC LTDA E OUTRO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2006 a 31/12/2010

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - REGULARIDADE DA AUTUAÇÃO

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa a infração e as circunstâncias em que foi praticada, contendo o dispositivo legal infringido, a penalidade aplicada e os critérios de graduação, e indicando local, data de sua lavratura, não há que se falar em nulidade da autuação fiscal posto ter sido elaborada nos termos do artigo 293, Decreto 3.048/1999.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula n° 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS POR INTERPOSTAS PESSOAS.

Restando a comprovação fática de que houve a contratação de empregados por interposta pessoa, correto o enquadramento dos empregados na empresa a que estão materialmente vinculados.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - PROCEDIMENTO FISCAL - GRUPO ECONÔMICO DE FATO - CONFIGURAÇÃO

Constatados os elementos necessários à caracterização de Grupo Econômico de fato, deverá a autoridade fiscal assim proceder, atribuindo a

responsabilidade pelo crédito previdenciário a todas as empresas integrantes daquele Grupo, de maneira a oferecer segurança e certeza no pagamento dos tributos efetivamente devidos pela contribuinte, conforme preceitos contidos na legislação de regência, notadamente no artigo 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao Recurso..

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Marco Aurélio de Oliveira Barbosa, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Eduardo de Oliveira, Márcio Henrique Sales Parada, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Martin da Silva Gesto, Wilson Antônio de Souza Corrêa (Suplente convocado), José Alfredo Duarte Filho (Suplente convocado). Presente ao julgamento, a Procuradora da Fazenda Nacional, Dr^a Francianna Barbosa de Araújo.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Acórdão nº 10-37.336 - 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre - RS que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigações principais: Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP nº 37.347.618-3 (parte empresa) e AIOP nº 37.347.619-1 (Terceiros).

O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados empregados a serviço do sujeito passivo, as quais compreendem as contribuições a cargo da empresa relativas à cota patronal e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho - AIOP nº 37.347.618-3 (parte empresa) e a Outras Entidades e Fundos - AIOP nº 37.347.619-1 (Terceiros), nas competências compreendidas entre 07/2006 a 13/2010.

O Relatório Fiscal aponta a existência de uma situação fática completamente divergente da situação jurídica, podendo-se afirmar que a Sagres Indústria de Moldes e Matrizes Ltda (doravante denominada SAGRES), optante pelo SIMPLES, constitui empresa interposta utilizada pela empresa Indústria Mecânica NTC Ltda (doravante denominada NTC) para contratação de empregados com redução de encargos sociais.

Conforme o Relatório da decisão de primeira instância, seguem, de forma resumida, as evidências fáticas que embasaram a conclusão da Auditoria-Fiscal no sentido de que as empresas NTC e SAGRES são uma só, ou seja formam um grupo econômico de fato e que os empregados desta última são, para fins de lançamento do crédito tributário, empregados da primeira:

1. Dos quadros sociais e dos administradores:

Existem sócios com grau de parentesco direto (cônjuge e filhos) em ambas as empresas. A fiscalização ressalta que a lei não proíbe que as pessoas da mesma família sejam proprietárias e/ou administradoras de diferentes empresas, mas que tais relações permitiram ou facilitaram a confusão entre patrimônios pretensamente distintos, uma vez que no caso concreto tem-se apenas uma empresa, cujo porte não é condizente com o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido do Simples. Concluiu que a parcela do patrimônio oferecida à tributação na forma desse regime, de que é optante a SAGRES, sujeita-se às regras de tributação aplicável ao todo. A análise do histórico da empresa NTC que constava de seu sítio na rede mundial de computadores (www.ntc.ind.br) reforçou as conclusões obtidas.

2. Do objeto social:

Os objetos sociais da NTC e da SAGRES são os mesmos, a partir de junho/2003, e corroboram o fato de tratar-se de uma única empresa. Na prática, enquanto a NTC se ocupava da produção das peças em plástico, a SAGRES se ocupava da produção dos moldes e matrizes.

3. Da localização:

Embora o número dos prédios seja diferente (6390 e 6400), as empresas operam no mesmo local, identificado apenas com a logomarca NTC Moldes e Plásticos, com um único portão de acesso, uma única guarita, uma única recepção, uma única entrada para o recebimento de matérias-primas e expedição de produtos fabricados, um único portão para a entrada e saída de empregados e uma única entrada para o refeitório.

No sítio na rede mundial de computadores (www.ntc.ind.br) consta que as unidades de moldes e de plásticos ocupam uma área fabril de mais de 4,3 mil m² construídos e empregam cerca de 200 funcionários, o que corresponde aos 4.331 m² do pavilhão industrial em alvenaria, com três pavimentos, edificado sobre o terreno adquirido pela NTC em novembro de 2001, e o conjunto dos empregados das duas empresas, que empregavam, juntas, cerca de 150 funcionários em dezembro de 2010.

Os empregados de ambas as empresas utilizam o mesmo uniforme, identificado com a logomarca da NTC.

As empresas utilizam o mesmo domínio de internet, comprovado pelas mensagens trocadas com Carina Paese (carina@ntc.ind.br), Felipe Gil Cotta (felipe.cotta@ntc.ind.br) e Eduardo Lopes Abelaira (eduardo@ntc.ind.br), respectivamente Assistente de Departamento Pessoal, Controller e Coordenador de TI da SAGRES, bem como com Juliana Boff (juliana@ntc.ind.br), Auxiliar Contábil e Fiscal da NTC.

Os números de telefone (54) 3027-8888 ou 3027-8894 – e/ou de fax – (54) 3027-8887 ou 3027-8898 são comuns às duas empresas, constando, dentre outros documentos, dos dados cadastrais da GFIP e da Declaração Simplificada PJ Simples e/ou Declaração de Informações Econômico-Fiscais PJ.

A recepcionista/telefonista, embora atenda às duas empresas, identifica-as como sendo apenas NTC Moldes e Plásticos, que é a logomarca da NTC em seu sítio na rede mundial de computadores e nos impressos utilizados também pela SAGRES, a exemplo dos esclarecimentos e protocolos de entrega de documentos fornecidos à fiscalização

4. Do contrato de locação:

O Contrato de Locação Comercial de Bem Imóvel celebrado entre a NTC e a SAGRES tem como termo inicial 01/05/2003 e termo final 30/04/2010, e estipulou o pagamento de aluguel mensal no valor de R\$ 1.000,00, com reajustamento anual pela variação do IGPM, salvo se a Lei do Inquilinato permitisse maior percentual e em prazo menor, o que prevaleceria, além das taxas de água, energia elétrica e Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). O instrumento contratual, firmado

pelos irmãos Bernardo Shih Cion Shen (pela locadora) e Jack Shih Wai Shen (pela locatária), não conta com a assinatura de qualquer testemunha e não foi levado a registro público. Embora seja garantido à locadora o reajustamento anual do valor do aluguel, a SAGRES contabilizou a esse título, de 2006 a 2010, pelo menos, o valor de R\$ 1.000,00 mensais, conforme comprova a conta razão 4.1.3.04.001- Aluguéis, não arcando com quaisquer outras despesas, tais como taxa de água e de luz e IPTU, embora assim estipulasse o contrato.

5. Do quadro de pessoal:

Houve movimentação de empregados da empresa NTC para a empresa SAGRES, que assumiu os encargos correspondentes, o que só se justifica se admitido que ambas constituem uma única empresa, já que não houve mudança na propriedade ou na estrutura jurídica e que não caracterizado grupo econômico.

A SAGRES acusou o recebimento dos empregados provenientes da NTC registrando em GFIP o código de movimentação **N3 - empregado proveniente de transferência de outro estabelecimento da mesma empresa ou de outra empresa**, sem rescisão de contrato de trabalho. Já a NTC não informou em GFIP qualquer código de movimentação para os trabalhadores transferidos para a SAGRES. A transferência de empregados da NTC para a SAGRES, sem demissão, é operada como se a última não fosse senão um estabelecimento da primeira.

A fiscalização observa que embora a NTC concentre o maior número de trabalhadores, havendo empregados de ambas as empresas em praticamente todos os setores, os salários mais expressivos estão concentrados na SAGRES, cujo regime de tributação permite a supressão das contribuições sociais integrais incidentes sobre a remuneração das pessoas físicas que lhe prestam serviços.

O relato fiscal detalha a situação de alguns empregados da SAGRES que prestam serviços também à NTC, seu verdadeiro empregador, apresentando fatos que corroboram a confusa relação entre as empresas:

- Carina Paese, Assistente de Departamento Pessoal, admitida na NTC em 13/09/2007 e transferida para a SAGRES em 02/01/2009. Responde pela área de pessoal de ambas as empresas, inclusive pela filial da NTC no Mato Grosso do Sul, como comprovam as informações do Responsável da GFIP, bem como da RAIS, anobase 2009, da NTC. O atendimento às intimações feitas pela fiscalização demonstra que a NTC e a SAGRES são uma única empresa, já que recebeu documentos e/ou arquivos digitais de ambas as empresas relacionados em papel timbrado da NTC e fornecidos pela mesma Assistente de Departamento Pessoal.

- Felipe Gil Cotta, controller, admitido na SAGRES em 01/04/2010, responde pela escrituração contábil de ambas as empresas a partir de 2011. Atendeu à fiscalização, apresentando

documentos e prestando os esclarecimentos solicitados em relação a ambas as empresas, inclusive no que diz respeito à contribuição para o INCRA cobrada à NTC.

- *Daiane Monique Gonçalves Zulian foi admitida na NTC em 12/07/2005 e transferida para a SAGRES em 02/01/2009. Foi responsável pela contabilidade de ambas as empresas de 2007 a 2010, conforme declaração firmada por Bernardo Shih Cion Shen, sócio-administrador da NTC e procurador da SAGRES. É também a responsável pelo preenchimento das Declarações PJ – Simples apresentadas pela SAGRES relativamente aos anos-calendário 2006 e 2007, assim como pelo preenchimento das Declarações de Informações Econômico-Fiscais PJ apresentadas pela NTC relativamente aos anos-calendário 2007 a 2009.*

- *Gelso Antônio Scapini, admitido na NTC em 01/10/2003, passou de Encarregado a Coordenador Financeiro, tendo sido transferido para a SAGRES em 02/01/2009. Por ele passavam, desde 2006, pelo menos, os pagamentos feitos por ambas as empresas, conforme demonstram os inúmeros documentos, tomados por amostragem, relacionados no item 8.4 do Relatório Fiscal.*

- *Jair Bastian, admitido na SAGRES em 07/11/2002, passou de Matriseiro de Manutenção em 04/2007 a Supervisor de Manutenção em 12/2010, tendo sido transferido para a NTC em 02/05/2007, retornando à SAGRES em 02/01/2009. Consta da folha de pagamentos da SAGRES em 05/2007, mas não figura na GFIP de nenhuma das empresas.*

O NTC News, informativo trimestral editado pela NTC, tem como Conselho Editorial empregados da SAGRES. Como demonstra a fiscalização no Relatório Fiscal (fls. 62), as matérias deixam claro que a NTC é verdadeiramente a única empregadora.

A fiscalização evidenciou uma situação fática completamente divergente da situação jurídica, e concluiu que a SAGRES, optante pelo Simples, constitui uma empresa interposta utilizada pela NTC para contratar segurados empregados com redução de encargos sociais.

6. Das reclamações trabalhistas:

A empregada da SAGRES Carina Paese figura como preposta da NTC na Justiça do Trabalho, mesmo depois de sua transferência entre as empresas. As empregadas da NTC Clarice Silva de Carvalho e Fabiana Comandulli Dewes compareceram a audiências realizadas no curso de ações ajuizadas contra a SAGRES, como suas prepostas.

Em reclamação trabalhista ajuizada por Julio César Muller Ferreira Júnior, empregado da SAGRES, em que o autor pede a anulação da demissão por justa causa, o furto que ensejara a aplicação da penalidade teria sido cometido contra o empregado da NTC Lucinei Antonio Barbosa, com testemunho de Isabel Aparecida de Oliveira, também empregada da NTC, a quem a reclamada trata como seus “empregados”

7. Das utilidades comuns:

a) *Alimentação: a NTC firmou contrato com a Express Buffets Empresariais Ltda tendo por objeto a elaboração e fornecimento de refeições destinadas aos funcionários da contratante. A nota fiscal de prestação de serviços é emitida exclusivamente em nome da NTC. No entanto, entre os beneficiários encontram-se também empregados da SAGRES, participando com 20% do custo da refeição, mediante desconto em folha de pagamento.*

b) *Transporte: a NTC tinha contrato com a empresa Embarcatur Transportes e Turismo Ltda (até 04/2011), benefício estendido aos colaboradores da empresa SAGRES sem qualquer distinção.*

Questionada em razão de haver desconto a título de “Alimentação” e “Vale Transporte” em sua folha de pagamento em valores superiores aos contabilizados pelo pagamento de tais utilidades, a empresa SAGRES informou que o custo dos serviços de transporte e alimentação era rateado entre ela e a NTC de acordo com o número de colaboradores de cada uma.

8. Das demonstrações relacionadas à saúde ocupacional:

As demonstrações relacionadas à saúde ocupacional apresentadas por ambas as empresas demonstram que os levantamentos foram realizados no mesmo momento e acompanhados pela mesma pessoa, bem como que as dependências avaliadas são as mesmas, provando tratar-se de um único empreendimento.

9. Da CIPA:

Para os empregados, inclusive os membros da CIPA, a distinção entre a NTC e a SAGRES não passava de uma linha imaginária, já que até mesmo o local designado para as reuniões da Comissão Interna da SAGRES correspondia à NTC.

A fiscalização relaciona acidentes do trabalho ocorridos com empregados da SAGRES, objeto de reuniões da CIPA da NTC, concluindo que mais que o ambiente de trabalho, o empregador era comum, porque a ele eram sugeridas ou requeridas medidas capazes de evitar novas ocorrências.

Constatou que cabe ao Técnico de Segurança do Trabalho, empregado da NTC, fornecer os Equipamentos de Proteção Individual – EPI utilizados pelos empregados de ambas as empresas.

10. Do faturamento

O faturamento da SAGRES advém todo de serviços prestados exclusivamente à NTC, com emissão de notas fiscais sequenciais.

Os serviços são prestados sem que a SAGRES disponha de máquinas, equipamentos, móveis ou utensílios, conforme seus Balanços Patrimoniais de 2006 a 2010 e respectivas Notas Explicativas. Todo o parque fabril pertence à NTC, a quem os

bens antes imobilizados pela SAGRES foram sendo vendidos, sendo utilizado graciosamente pela SAGRES.

A SAGRES não registra gastos com água, luz, telefone ou quaisquer outras despesas típicas de uma unidade econômico-jurídica autônoma e em pleno funcionamento.

A análise dos gastos com pessoal da empresa SAGRES nos anos de 2006 a 2010 evidencia um comprometimento de no mínimo 70% do faturamento da empresa, podendo chegar a 118,97% (em 2007).

11. Dos empréstimos recebidos da NTC:

A NTC concedeu empréstimos à SAGRES entre 2006 e 2010 sem qualquer remuneração.

12. Do pagamento das despesas da SAGRES pela NTC:

A fiscalização relaciona, por amostragem e por ano, documentos que comprovam o pagamento das despesas da SAGRES pela NTC, que quitava parte das duplicatas contra ela emitidas à medida em que a SAGRES necessitava de recursos para fazer frente a seus compromissos.

O Relatório da decisão de primeira instância, às fls. 1893, aponta a lavratura do Termo de Sujeição Passiva Solidária:

A fiscalização lavrou o Termo de Sujeição Passiva Solidária em relação ao Debcad nº 37.347.618-3 para fins de garantia do crédito tributário, nomeando a empresa interposta sujeito passivo solidário, posto que tem interesse direto na situação que constitui o fato gerador, confundindo-se, de fato, com o sujeito passivo principal. O relato fiscal informa que se trata de uma única empresa, cujo porte não é condizente com o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido do Simples; assim, a parcela do patrimônio oferecida à tributação na forma desse regime fica sujeita às regras de tributação aplicável ao todo, cobrando-se as contribuições sociais integrais sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados que lhe prestam serviços.

O Relatório da decisão de primeira instância, às fls. 1893, também aponta o lançamento de ofício com base na aferição indireta:

Justifica o lançamento de ofício efetuado com base na aferição indireta, isto é, na apuração indireta da base de cálculo das contribuições sociais, retirada à folha de pagamentos da SAGRES, em razão da configuração da simulação na contratação de empregados por empresa interposta.

Em relação aos fatos geradores, o Relatório Fiscal assim dispõe:

12.1. Constituem fatos geradores das contribuições lançadas as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados da SAGRES, tidos como empregados a serviço do sujeito passivo.

13.1. Tendo em vista que NTC e SAGRES constituem, para fins de lançamento tributário, um único empreendimento, pelo que os empregados da SAGRES foram considerados, de fato, empregados da NTC, em face desta última são agora exigidas as contribuições sociais antes incluídas ou dispensadas pelo SIMPLES e depois pelo SIMPLES Nacional, regimes diferenciados e favorecidos pelos quais optara a SAGRES, na condição de Empresa de Pequeno Porte - EPP, mas não pudera e nem poderia optar a NTC.

*14.6. Dessa forma, com base na receita bruta informada pela SAGRES nas **Declarações Simplificadas da PJ - SIMPLES** dos anos-calendário de 2006 e 2007, cuja consulta à Ficha 04A - Demonstração das Receitas e do SIMPLES a Pagar ora se junta (**Anexo XII**); nas **Declarações Anuais do SIMPLES Nacional** dos anos-calendário de 2007 a 2010 (**Anexo XII**), bem como nos pagamentos mensais efetuados mediante DARF-SIMPLES ou DAS, onde também declarada a receita bruta acumulada ao longo do ano-calendário, conforme Consulta Pagamento, emitida pelo sistema informatizado da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, e Extratos do Simples Nacional, emitidos pelo Programa Gerador do Documento de Arrecadação do SIMPLES Nacional - PGDAS (**Anexo XVIII**), foram abatidas das contribuições cobradas à NTC, incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos empregados da SAGRES, tidos como seus empregados, os valores correspondentes às **Contribuições Patronais Previdenciárias - CPP** antes incluídos nos regimes simplificados, como se vê da planilha a seguir:*

O Relatório Fiscal aponta a seguir os códigos de levantamentos efetuados:

15.2.1 - Levantamento E0 - Folha de Pagamento Empregados SAGRES não Declarada em GFIP com multa de mora 15.2.1.1. Este levantamento engloba as contribuições destinadas à Seguridade Social, a cargo da empresa, relativamente à competência relativa ao 13º salário de 2006, incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados formalmente vinculados a SAGRES, tidos pela fiscalização como empregados da NTC, bem como as contribuições para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho.

15.2.2 - Levantamento E1 - Folha de Pagamento Empregados SAGRES não Declarada em GFIP com multa de ofício 15.2.2.1. Este levantamento engloba as contribuições destinadas à Seguridade Social, a cargo da empresa, relativamente às competências 07 a 12/2006, 01 a 12/2007 e 01 a 11/2008, bem como aquela relativa ao 13º salário de 2007, incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados formalmente vinculados a SAGRES, tidos pela fiscalização como empregados da NTC, bem como as contribuições para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos

ambientais do trabalho, deduzindo-se as contribuições patronais previdenciárias incluídas no SIMPLES ou no SIMPLES Nacional referentes às mesmas competências.

15.2.3 - Levantamento E2 - Folha de Pagamento Empregados SAGRES não Declarada em GFIP com multa qualificada
15.2.3.1. Este levantamento engloba as contribuições destinadas à Seguridade Social, a cargo da empresa, relativamente às competências 12/2008, 01 a 12/2009 e 01 a 12/2010, bem como aquelas relativas ao 13º salário de 2008, 2009 e 2010, incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados formalmente vinculados a SAGRES, tidos pela fiscalização como empregados da NTC, bem como as contribuições para o financiamento dos benefícios, concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, deduzindo-se as contribuições patronais previdenciárias incluídas no SIMPLES ou no SIMPLES Nacional referentes às mesmas competências, ressalvadas 13/2008, 13/2009 e 13/2010.

15.2.3.2. Engloba também as contribuições destinadas a Outras Entidades e Fundos - Salário-Educação, INCRA, SESI, SENAI e SEBRAE, a cargo da empresa, relativamente às competências 12/2008 a 12/2010, assim como 13/2008, 13/2009 e 13/2010, incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados empregados a serviço do sujeito passivo ***15.2.4 - Levantamento TT - Terceiros sobre Folha de Pagamento Empregados SAGRES com multa de mora***
15.2.4.1. Este levantamento engloba as contribuições destinadas a Outras Entidades e Fundos - Salário-Educação, INCRA, SESI, SENAI e SEBRAE, a cargo da empresa, relativamente às competências 07/2006 a 11/2008, bem como aquelas relativas ao 13º salário de 2006 e 2007, incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados empregados a serviço do sujeito passivo.

15.2.5. Serviram de base para os lançamentos as Folhas de Pagamentos e as GFIP apresentadas pela SAGRES, estando as bases de cálculo daquelas de acordo com estas. Não obstante, as contribuições sociais ora lançadas não foram declaradas em GFIP

O Relatório Fiscal mostra que houve a elaboração de quadro comparativo de multas até a competência 11/2008 e a partir da competência 12/2008 aplicou-se a multa de ofício duplicada por considerar caracterizada como fraude a simulação na contratação de empregados por empresa interposta, na forma do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964:

(i) para o período 07/2006 a 11/2008: o Relatório Fiscal demonstra no quadro comparativo a aplicação da multa mais benéfica ao contribuinte considerando-se as alterações trazidas na legislação pela Lei 11.941/2009;

(ii) para o período 12/2008 a 12/2010: o Relatório Fiscal aponta a aplicação da multa qualificada (art. 35-A, Lei 8212/1991 c/c art. 44, I e § 1º, Lei 9430/1996) em função de ter sido evidenciado faticamente a ocorrência de fraude.

A Recorrente teve **ciência do AIOP em 14.07.2011**, às fls. 01.

O **período objeto do auto de infração**, conforme o Relatório Discriminativo do Débito - DD, às fls. 04, é de **07/2006 a 12/2010**.

A **Recorrente Indústria Mecânica NTC Ltda** **apresentou Impugnação tempestiva**, em apertada síntese, conforme o Relatório da decisão de primeira instância:

Cientificado pessoalmente da autuação em 14/07/2011, o sujeito passivo Indústria Mecânica NTC Ltda apresentou impugnação em 15/08/2011 por meio do instrumento de fls. 1310 a 1341, cujos argumentos estão sintetizados a seguir:

1) a localização atual das empresas NTC e SAGRES no mesmo endereço, porém com numeração diferente, não caracteriza nenhuma ilegalidade, e se justifica por logística e estratégia comercial, sendo uma forma lícita de redução de custos;

2) apenas em 12/06/2003, ou seja, 5 anos e seis meses depois da constituição da empresa SAGRES, esta passou a exercer suas atividades no mesmo endereço da impugnante NTC, mediante regular contrato de locação;

3) a empresa SAGRES cumpre com o pagamento do aluguel mensal (R\$ 1.000,00 mensais), nos moldes previstos no contrato de locação comercial, conforme consta de seus registros contábeis, bem como dos registros contábeis da empresa NTC;

4) a falta de assinatura por duas testemunhas no contrato de locação, bem como o fato de este não ter sido levado a registro público, por si só não pode caracterizar simulação. O contrato tem validade entre as partes que o convencionaram, sendo o registro público apenas um requisito de validade do contrato perante terceiros, mas não imposto pela legislação como obrigatório;

5) a falta de renovação do contrato de locação quando do encerramento do prazo nele estabelecido não caracteriza negócio simulado, pois o que prevalece, a teor do artigo 112 do Código Civil, é a real manifestação de vontade das partes que, no caso em tela, deu-se de forma tácita com a continuidade da prestação dos serviços de locação pela empresa NTC, mediante o pagamento de contraprestação (valor do aluguel) pela empresa SAGRES;

6) em que pese as empresas NTC e SAGRES terem objetos sociais semelhantes, não devem ser tratados como idênticos pelo fisco. A NTC tem como atividade prevista no contrato social a produção de peças em plástico, enquanto que a SAGRES tem como objeto principal a produção de moldes e matrizes;

7) a NTC é sociedade regularmente constituída, composta por sócios distintos dos da empresa SAGRES, consoante se verifica dos contratos sociais e demais alterações contratuais de ambas

as empresas; 2 de 24/08/2001

8) não caracteriza fraude a ser imputada à impugnante a existência de sócios em grau de parentesco em ambas as empresas, já que a lei não proíbe expressamente que pessoas da mesma família sejam proprietárias/administradoras de diferentes empresas; tampouco há que se falar em confusão entre patrimônios que, no caso, são totalmente distintos;

9) os argumentos trazidos pelo fisco são meros indícios, que não têm força probatória e não fazem prova de simulação ou dissimulação no planejamento tributário, legalmente permitido, mediante a prática de atos lícitos, prévios à ocorrência do fato gerador, de forma a evitar, reduzir ou retardar o impacto fiscal de seus atos e negócios jurídicos;

10) tanto a NTC como a SAGRES possuem registros e inscrições próprias e quadro próprio de funcionários, com registros contábeis e documentação que comprova a celebração de negócios privados de forma separada;

11) o fato da empresa SAGRES utilizar-se dos benefícios de transporte, alimentação e plano de saúde (serviços contratados pela NTC) também não pode caracterizar fraude/simulação diante da falta de previsão legal expressa proibitiva nesse sentido, constituindo organização do contribuinte no sentido de obter maior economia em seus negócios, sem qualquer intenção de lesar o fisco;

12) argumenta que é direito do contribuinte, constitucionalmente assegurado pelo artigo 179, caput, da Constituição Federal, realizar a opção pelo regime de tributação que melhor se adapta ao seu perfil de empresa. Tratando-se a empresa SAGRES de empresa de pequeno porte, regularmente constituída e individualizada (com registros contábeis próprios, quadro de pessoal próprio, etc), plenamente possível o regime de tributação pelo Simples Nacional, ao qual optou em conformidade com a legislação aplicável à espécie, tendo preenchido todos os requisitos legais para a referida adesão;

13) insurge-se contra a cobrança de contribuições sociais por aferição indireta, já que a NTC e a SAGRES constituem pessoas jurídicas distintas, com patrimônio próprio e composição social diversa, sendo que a primeira possui regime de tributação com base no lucro real (para fins de Imposto de Renda), enquanto a segunda, como empresa de pequeno porte que é, optou pelo regime de tributação do Simples até 30/06/2007 e, a partir de então, pelo Simples Nacional;

14) sustenta a insubsistência da multa aplicada nos percentuais de 75% e de 150%, entendendo que é desproporcional, não tendo sido comprovado o intuito de fraude;

15) no caso em tela, não se pode conceber, em razão do princípio da tipicidade tributária, da capacidade contributiva, da irretroatividade, do não confisco e da segurança jurídica, que as atividades prévias à ocorrência do fato gerador, tomadas pelo contribuinte na ordenação preventiva de seu negócio jurídico, de forma a reduzir ou diferir o tributo que onerá-lo, seja considerado crime;

16) sendo o planejamento tributário plenamente legal, não há que se falar em fraude ou simulação. Incabível a aplicação de multa, tanto de ofício quanto a de mora, ainda mais nos percentuais imputados;

17) a multa de mora no percentual de 24%, fundamentada em razão da não declaração em GFIP da folha de pagamento dos empregados da SAGRES pela empresa NTC, bem como ao não recolhimento das contribuições destinadas a outras entidades e fundos, não merece prosperar, porque não há que se falar em contribuições previdenciárias não recolhidas e declaradas, e muito menos em multa de mora a ser paga tendo em vista a inexistência de fraude/simulação no planejamento tributário das empresas em questão;

18) a empresa NTC não pode responder por obrigações tributárias que a ela não devem ser imputadas, e muito menos deve ser penalizada, devendo ser destituídos os autos de infração ora impugnados;

19) a multa de mora e a multa de ofício aplicadas têm caráter confiscatório.

Ao final, a impugnante requer:

a) seja julgada procedente a impugnação, com a decretação da nulidade dos Autos de Infração Debcad n.ºs 37.347.618-3 e 37.347.619-1, bem como a inexigibilidade do crédito previdenciário e demais encargos dele decorrentes, inclusive os percentuais aplicados a título de multa de mora e de ofício, tendo em vista a inexistência de fraude ou simulação a ser imputada à empresa impugnante;

b) subsidiariamente, como última hipótese, em sendo mantido o crédito tributário constituído pelos autos de infração ora impugnados, requer a desconstituição da multa qualificada aplicada à impugnante no percentual de 150% aos supostos fatos geradores ocorridos a partir de 12/2008, devendo ser aplicado ao caso apenas o percentual mais brando, fixado na lei, no percentual de 75%. Ainda, requer a exclusão ou redução da multa de mora aplicada no percentual de 24%, em face do seu caráter confiscatório.

A Recorrida, Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre - RS - SC, analisou a autuação e a impugnação e emitiu o Acórdão nº 07-24.640 - 6^a. Turma **julgando procedente a autuação**, conforme Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Período de apuração: 01/07/2006 a 31/12/2010 AI Debcad nº 37.347.618-3 AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. CONTRIBUIÇÕES DA EMPRESA. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. SIMULAÇÃO. MULTAS DE MORA E DE OFÍCIO. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES
Período de apuração: 01/07/2006 a 31/12/2010 AI Debcad nº 37.347.619-1 AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS A OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. SIMULAÇÃO. MULTAS DE MORA E DE OFÍCIO. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO.

No tocante à relação previdenciária, os fatos devem prevalecer sobre a aparência que formal ou documentalmente possam oferecer, ficando a empresa autuada, na condição de efetiva responsável pelo trabalho dos segurados que lhe prestaram serviços através de empresa interposta, obrigada ao recolhimento das contribuições devidas.

O lançamento é efetuado e revisto de ofício quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação.

As multas de mora e de ofício definidas na legislação tributária não podem ser reduzidas ou dispensadas.

Cabível a aplicação da multa qualificada quando constatado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se nas hipóteses previstas nos artigos 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/1964.

Não é vedado o planejamento tributário, mas a prática abusiva, como a simulação de relações entre empresas com objetivo claro de obter vantagens tributárias Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido Acórdão Acordam os membros da 6ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

Intime-se para pagamento do crédito mantido no prazo de 30 dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em igual prazo, conforme facultado pelo art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, alterado pelo art. 1º da Lei n.º 8.748, de 9 de dezembro de 1993, e pelo art. 32 da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002.

Regularmente intimados da decisão do órgão julgador “a quo”, apenas a empresa INDUSTRIA MECÂNICA NTC LTDA apresentou Recurso Voluntário, combatendo e reiterando os argumentos deduzidos em sede de primeira instância:

(i) DA REGULAR CONSTITUIÇÃO DAS EMPRESAS "NTC" E "SAGRES" E DA INEXISTÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO (FRAUDE/SIMULAÇÃO)

(ii) DAS PENALIDADES APLICADAS - DAS MULTAS: DE OFÍCIO (75% e 150%) E MORA (24%)

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão.

A Colenda Terceira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Segunda Seção, na Resolução nº 2403-000.251, baixou o processo em Diligência nestes termos:

CONVERTER o presente processo em DILIGÊNCIA para que a Unidade da Receita Federal do Brasil de jurisdição do Recorrente informe para o período objeto das autuações fiscais, 07/2006 a 12/2010:

(i) *se houve ou está em curso algum procedimento administrativo-fiscal de exclusão do SIMPLES e/ou do SIMPLES NACIONAL em relação à empresa SAGRES Indústria de Moldes e Matrizes Ltda;*

(ii) *em caso de ter havido o procedimento administrativo-fiscal de exclusão, qual é o teor da decisão administrativa que fez coisa julgada;*

(iii) *qual é a situação atual de enquadramento, em relação ao SIMPLES e ao SIMPLES NACIONAL, da empresa SAGRES Indústria de Moldes e Matrizes Ltda;*

(iv) *se, em relação à empresa Indústria Mecânica NTC Ltda, houve a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.*

Posteriormente, a Unidade da Receita Federal do Brasil de jurisdição do contribuinte, emanou Despacho, às fls. 1964 a 1968, na qual informa:

Em que pese já terem sido produzidas as provas da utilização de empresa interposta para a contratação de empregados com redução de encargos sociais, não tendo a exclusão da empresa interposta dos regimes simplificados sido objeto de questionamento, nem da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento que proferiu a decisão recorrida, nem da própria recorrente, a seguir são prestadas as informações solicitadas por esse Colegiado:

(i) **se houve ou está em curso algum procedimento administrativo-fiscal de exclusão do SIMPLES e/ou do SIMPLES NACIONAL em relação à empresa SAGRES Indústria de Moldes e Matrizes Ltda;**

A empresa é optante pelo SIMPLES, de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, desde sua abertura, em 20/11/1997, tendo optado pelo SIMPLES Nacional, instituído pela LC nº 123, de 2006, em 01/07/2007. Não houve e não há procedimento administrativo-fiscal de exclusão da empresa de qualquer dos regimes simplificados.

(ii) em caso de ter havido o procedimento administrativo-fiscal de exclusão, qual é o teor da decisão administrativa que fez coisa julgada;

Item prejudicado.

(iii) qual é a situação atual de enquadramento, em relação ao SIMPLES e ao SIMPLES NACIONAL, da empresa SAGRES Indústria de Moldes e Matrizes Ltda;

A empresa foi optante pelo SIMPLES desde sua abertura, em 20/11/1997, até 30/06/2007. Optou pelo SIMPLES Nacional em 01/07/2007, permanecendo no referido regime até hoje, conforme Declarações Simplificadas PJ – SIMPLES, anos-calendário 2006 e 2007, e Declarações Anuais do Simples Nacional, anos-calendário 2007 a 2010, já juntadas ao processo, bem como “Consulta Optantes”, extraída do Portal do SIMPLES Nacional, e Recibos de Entrega da Declaração Anual do Simples Nacional, ano-calendário 2011, e das Declarações de Informações Socioeconômicas e Fiscais, anos-calendário 2012 e 2013, em anexo.

(iv) se, em relação à empresa Indústria Mecânica NTC Ltda, houve a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

O Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário desta Delegacia, responsável pelo acompanhamento de ações judiciais, informa não terem sido localizados quaisquer processos judiciais em nome da empresa Indústria Mecânica NTC Ltda. que versem sobre o objeto do presente lançamento, informação que foi corroborada por esta fiscalização em pesquisa ao sítio dos tribunais regionais federais na Internet.

Manifestação. O contribuinte devidamente intimado da Diligência Fiscal, não apresentou

Após, os autos retornaram ao Conselho, para análise e decisão.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O Recurso Voluntário foi interposto tempestivamente, conforme informação nos autos.

Avaliados os pressupostos, passo para o exame das Questões Preliminares.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES***(a) Da inconstitucionalidade***

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“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) (...)

Ainda, o art. 59, caput, Decreto 7.574/2011;

Art.59. 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 (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 26-A, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, art. 25). (...)

Ademais, há **a Súmula nº 2 do CARF**, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(b) Da regularidade da lavratura do AIOP.

Analisemos.

Não obstante a argumentação do Recorrente, não confiro razão ao mesmo pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente – INDUSTRIA MECÂNICA NTC LTDA E OUTRO contra Acórdão nº 10-37.336 - 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre - RS que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigações principais: Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP nº 37.347.618-3 (parte empresa) e AIOP nº 37.347.619-1 (Terceiros).

O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados empregados a serviço do sujeito passivo, as quais compreendem as contribuições a cargo da empresa relativas à cota patronal e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho - AIOP nº 37.347.618-3 (parte empresa) e a Outras Entidades e Fundos - AIOP nº 37.347.619-1 (Terceiros), nas competências compreendidas entre 07/2006 a 13/2010.

O Relatório Fiscal aponta a existência de uma situação fática completamente divergente da situação jurídica, podendo-se afirmar que a Sagres Indústria de Moldes e Matrizes Ltda (doravante denominada SAGRES), optante pelo SIMPLES, constitui empresa interposta utilizada pela empresa Indústria Mecânica NTC Ltda (doravante denominada NTC) para contratação de empregados com redução de encargos sociais.

O Relatório da decisão de primeira instância aponta as evidências fáticas que embasaram a conclusão da Auditoria-Fiscal no sentido de que as empresas NTC e SAGRES são uma só, ou seja formam um grupo econômico de fato e que os empregados desta última são, para fins de lançamento do crédito tributário, empregados da primeira.

O Relatório da decisão de primeira instância, às fls. 1893, aponta a lavratura do Termo de Sujeição Passiva Solidária:

A fiscalização lavrou o Termo de Sujeição Passiva Solidária em relação ao Debcad nº 37.347.618-3 para fins de garantia do crédito tributário, nomeando a empresa interposta sujeito passivo solidário, posto que tem interesse direto na situação que constitui o fato gerador, confundindo-se, de fato, com o sujeito passivo principal. O relato fiscal informa que se trata de uma única empresa, cujo porte não é condizente com o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido do Simples; assim, a

parcela do patrimônio oferecida à tributação na forma desse regime fica sujeita às regras de tributação aplicável ao todo, cobrando-se as contribuições sociais integrais sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados que lhe prestam serviços.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrado AIOP que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura do AIOP)

Lei nº 8.212/91

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

IN MPS/SRP nº 03/2005

Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário relativo às contribuições de que trata esta Instrução Normativa: (Nova redação dada pela IN RFB nº 851, de 28/05/2008)

I - GFIP, que é o documento declaratório da obrigação, caracterizado como instrumento de confissão de dívida tributária;

II - Lançamento do Débito Confessado (LDC), que é o documento por meio do qual o sujeito passivo confessa os débitos que verifica; (Nova redação dada pela IN RFB nº 851, de 28/05/2008)

III - Revogado pela IN RFB nº 851, de 28/05/2008

IV - Auto de Infração (AI), que é o documento constitutivo de crédito, inclusive relativo à multa aplicada em decorrência do descumprimento de obrigação acessória, lavrado por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB) e apurado mediante procedimento de fiscalização; e (Nova redação dada pela IN RFB nº 851, de 28/05/2008)

V - Notificação de Lançamento, que é o documento constitutivo de crédito expedido pelo órgão da Administração Tributária. (Nova redação dada pela IN RFB nº 851, de 28/05/2008)

IN RFB nº 971/2009

Art. 460. São documentos de constituição do crédito tributário relativo às contribuições de que trata esta Instrução Normativa:

I - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP), é o

documento declaratório da obrigação, caracterizado como instrumento hábil e suficiente para a exigência do crédito tributário;

II - Lançamento do Débito Confessado (LDC), é o documento por meio do qual o sujeito passivo confessa os débitos que verifica;

III - Auto de Infração (AI), é o documento constitutivo de crédito, inclusive relativo à multa aplicada em decorrência do descumprimento de obrigação acessória, lavrado por AFRFB e apurado mediante procedimento de fiscalização;

IV - Notificação de Lançamento (NL), é o documento constitutivo de crédito expedido pelo órgão da Administração Tributária;

V - Débito Confessado em GFIP (DCG), é o documento que registra o débito decorrente de divergência entre os valores recolhidos em documento de arrecadação previdenciária e os declarados em GFIP; e

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão de TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*

a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);

b. DD - Discriminativo do Débito

c. FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);

d. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);

e. TIPF- Termo de Início do Procedimento Fiscal;

h. REFISC – Relatório Fiscal.

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“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.”

Analisando-se o AIOP, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

Diante do exposto, não prospera a alegação da Recorrente.

DO MÉRITO.

(i) DA REGULAR CONSTITUIÇÃO DAS EMPRESAS "NTC" E "SAGRES" E DA INEXISTÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO (FRAUDE/SIMULAÇÃO)

Analisemos.

Em relação à regularidade da lavratura dos AIOP, tal tema foi debatido no tópico "(b) Da regularidade da lavratura do AIOP", na qual se concluiu que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Em relação a argumentos de inconstitucionalidade, tal já foi debatido no tópico "(a) Da inconstitucionalidade", afastando-se tal argumentação.

CONFIGURAÇÃO DO GRUPO ECONÔMICO DE FATO

i.1 Aspectos gerais

Nas alegações do Recurso Voluntário, pretende o contribuinte que seja afastada a co-responsabilização da empresas do Grupo Econômico de fato, assim caracterizado pela autoridade lançadora, sob o argumento de que inexistente qualquer situação fática ou jurídica capaz de suportar tal entendimento, mormente quando a legislação de regência não permite a caracterização ex officio de Grupo Econômico pelo simples fato de as empresas terem os mesmos sócios, exigindo outros requisitos ausentes na hipótese vertente.

Nesse compasso, asseveram ser equivocada, no caso concreto, a aplicação do artigo 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91, não podendo servir como fundamento à pretensão fiscal, eis que referida matéria exige que seja apreciada anteriormente o art. 124, I, CTN, o que não se vislumbra na hipótese dos autos, impondo a decretação da insubsistência do feito.

Lei 8.212/1991 - Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 8.620, de 5.1.93)

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

Anota-se que o art. 222 do Decreto 3.048/1999 também trata da matéria acerca de grupo econômico:

Decreto 3.048/1999 - 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) (gn)

A corroborar tal entendimento, a empresa Recorrente infere que os fatos elencados em sua peça recursal rechaçam de plano a pretensão fiscal, uma vez que referida pessoa jurídica não se vinculam ao fato gerador, sendo empresas absolutamente independente e autônoma, inobstante terem possuído o mesmo controle em um determinado período.

Em que pesem as razões de fato e de direito ofertadas pelo contribuinte na peça recursal, seu entendimento não têm o condão de macular a exigência fiscal, senão vejamos.

Conforme restou devidamente demonstrado no Relatório Fiscal e, bem assim, na Decisão Recorrida, as empresas ali arroladas fazem parte efetivamente de Grupo Econômico de fato, respondendo solidariamente pelo crédito previdenciário que se contesta.

i.2 Aplicação dos artigos 121, 124 e 128, do Código Tributário Nacional

Como se sabe, a **solidariedade previdenciária é legal** e obriga os sujeitos passivos do fato gerador da contribuição da seguridade social, desde que suas regras sejam corretamente aplicadas e o procedimento fiscal regularmente conduzido.

Nesse sentido, os artigos 121, 124 e 128, do Código Tributário Nacional, assim prescrevem:

“ Art. 121 - Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo Único - O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

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.

Art.128 - Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.” (gn)

i.3 Aplicação dos artigos da Lei 6.404/1976

Por sua vez, a **Lei nº 6.404/76**, igualmente, oferece proteção ao entendimento da autoridade fiscal, ao conceituar Grupo Econômico em seus artigos 116, 265 e 267, como segue:

“Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da

assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Art. 265 - A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

§ 1º - A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.

§ 2º - A participação recíproca das sociedades do grupo obedecerá ao disposto no artigo 244.

Art. 267 - O grupo de sociedades terá designação de que constarão as palavras "grupo de sociedades" ou "grupo".

Parágrafo Único - Somente os grupos organizados de acordo com este Capítulo poderão usar designação com as palavras "grupo" ou "grupo de sociedade".

Entretanto, tem sido cada vez mais freqüente a constatação da existência de empresas controladas direta ou indiretamente pela(s) mesma(s) pessoa(s), **sem que estejam formalmente revestidas da condição (nem com os mesmos objetivos) do grupo econômico de que trata a Lei 6 404/76.** Estes são os que se podem denominar "**grupos econômicos de fato**".

i.4 Aplicação da Instrução Normativa RFB nº 971/2009

Por outro lado, a **Instrução Normativa RFB nº 971/2009** trata o grupo econômico nos artigos 152, 494 e 495, na redação vigente à época da lavratura do Auto de Infração, a seguir:

Art. 152. São responsáveis solidários pelo cumprimento da obrigação previdenciária principal:

I - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza, entre si, conforme disposto no inciso IX do art. 30 da Lei nº 8.212, de 1991;

Art. 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.

Não vincula, portanto, a existência de "grupo econômico" ao cumprimento das formalidades da Lei 6.404/76, do que se infere, evidentemente, que a Instrução Normativa MPS/SRP nº 3/2005 não se refere apenas e necessariamente aos grupos formalmente constituídos, mas à hipótese geral de "quando duas ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas".

Para a caracterização e identificação de "grupo econômico", importa, portanto, investigar a situação real (verificação dos vínculos entre as empresas e das circunstâncias em que se constituíram e realizam suas atividades) e não apenas a situação meramente formal (de estarem ou não constituídas como "grupo econômico" da forma da Lei 6.404/76).

i.5 Aplicação do o artigo 2º, § 2º, da CLT

Em outra via, o artigo 2º, § 2º, da CLT, ao tratar da matéria, estabelece o seguinte:

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

§ 1º [...]

*§ 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.**” (gn)*

Resta evidente que o artigo 2º, § 2º, da CLT não faz qualquer distinção entre "grupo econômico de fato ou de direito", o que, aliás, pode ser facilmente constatado pelos reiterados julgados da Justiça do Trabalho, vinculando invariavelmente as demais empresas de um grupo econômico, ainda que não formalmente constituído, à reclamatória trabalhista, desde que demonstrada a relação, mesmo informal, entre o empregador direto e demais empresas vinculadas.

Assim, a possibilidade (ou mesmo a determinação) legal da vinculação por solidariedade dos integrantes de "grupos econômicos", sejam eles formais ou informais, se

justifica em ambos os casos — cobrança de direitos trabalhistas ou de contribuições previdenciárias — pelo relevante interesse social que os casos envolvem.

i.6 Da diligência fiscal

Em julgamento no CARF, surgiu a prejudicial de se determinar se, no período objeto das autuações fiscais, 07/2006 a 12/2010, houve procedimento de exclusão do SIMPLES e/ou do SIMPLES NACIONAL em relação à empresa SAGRES Indústria de Moldes e Matrizes Ltda.

Então, a Colenda Terceira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Segunda Seção, na Resolução nº 2403-000.251, baixou o processo em Diligência nestes termos:

CONVERTER o presente processo em DILIGÊNCIA para que a Unidade da Receita Federal do Brasil de jurisdição do Recorrente informe para o período objeto das autuações fiscais, 07/2006 a 12/2010:

(i) se houve ou está em curso algum procedimento administrativo-fiscal de exclusão do SIMPLES e/ou do SIMPLES NACIONAL em relação à empresa SAGRES Indústria de Moldes e Matrizes Ltda;

(ii) em caso de ter havido o procedimento administrativo-fiscal de exclusão, qual é o teor da decisão administrativa que fez coisa julgada;

(iii) qual é a situação atual de enquadramento, em relação ao SIMPLES e ao SIMPLES NACIONAL, da empresa SAGRES Indústria de Moldes e Matrizes Ltda;

(iv) se, em relação à empresa Indústria Mecânica NTC Ltda, houve a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

Posteriormente, a Unidade da Receita Federal do Brasil de jurisdição do contribuinte, emanou Despacho, às fls. 1964 a 1968, na qual informa:

Em que pese já terem sido produzidas as provas da utilização de empresa interposta para a contratação de empregados com redução de encargos sociais, não tendo a exclusão da empresa interposta dos regimes simplificados sido objeto de questionamento, nem da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento que proferiu a decisão recorrida, nem da própria recorrente, a seguir são prestadas as informações solicitadas por esse Colegiado:

(i) se houve ou está em curso algum procedimento administrativo-fiscal de exclusão do SIMPLES e/ou do SIMPLES NACIONAL em relação à empresa SAGRES Indústria de Moldes e Matrizes Ltda;

A empresa é optante pelo SIMPLES, de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, desde sua abertura, em 20/11/1997, tendo optado pelo SIMPLES Nacional, instituído pela LC nº 123, de 2006, em

01/07/2007. Não houve e não há procedimento administrativo-fiscal de exclusão da empresa de qualquer dos regimes simplificados.

(ii) em caso de ter havido o procedimento administrativo-fiscal de exclusão, qual é o teor da decisão administrativa que fez coisa julgada;

Item prejudicado.

(iii) qual é a situação atual de enquadramento, em relação ao SIMPLES e ao SIMPLES NACIONAL, da empresa SAGRES Indústria de Moldes e Matrizes Ltda;

A empresa foi optante pelo SIMPLES desde sua abertura, em 20/11/1997, até 30/06/2007. Optou pelo SIMPLES Nacional em 01/07/2007, permanecendo no referido regime até hoje, conforme Declarações Simplificadas PJ – SIMPLES, anos-calendário 2006 e 2007, e Declarações Anuais do Simples Nacional, anos-calendário 2007 a 2010, já juntadas ao processo, bem como “Consulta Optantes”, extraída do Portal do SIMPLES Nacional, e Recibos de Entrega da Declaração Anual do Simples Nacional, ano-calendário 2011, e das Declarações de Informações Socioeconômicas e Fiscais, anos-calendário 2012 e 2013, em anexo.

(iv) se, em relação à empresa Indústria Mecânica NTC Ltda, houve a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

O Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário desta Delegacia, responsável pelo acompanhamento de ações judiciais, informa não terem sido localizados quaisquer processos judiciais em nome da empresa Indústria Mecânica NTC Ltda. que versem sobre o objeto do presente lançamento, informação que foi corroborada por esta fiscalização em pesquisa ao sítio dos tribunais regionais federais na Internet.

O contribuinte devidamente intimado da Diligência Fiscal, não apresentou Manifestação.

i.7 Procedimentos que caracterizaram o grupo econômico de fato - interposta pessoa

Com mais especificidade, **em relação aos procedimentos a serem observados pelos Auditores fiscais da RFB ao promoverem o lançamento**, notadamente quando tratar-se de caracterização de Grupo Econômico, o artigo 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91, não deixa dúvida quanto a matéria posta nos autos, recomendando a manutenção do feito, *in 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;”

Anota-se que o art. 222 do Decreto 3.048/1999 também trata da matéria acerca de grupo econômico:

Decreto 3.048/1999 - 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) (gn)

No presente caso concreto, **ao contrário do entendimento do Recorrente, inúmeros fatos levaram à fiscalização a concluir pela existência de Grupo Econômico de fato.** Somente a título elucidativo, para não restar dúvidas a propósito do tema, **transcreveremos abaixo a síntese das razões que levaram a fiscalização concluir pela existência de Grupo Econômico de Fato,** onde o Auditor-Fiscal autuante, com muita propriedade/especificidade, demonstrou e comprovou os argumentos da pretensão fiscal.

O Relatório Fiscal aponta a existência de uma situação fática completamente divergente da situação jurídica, podendo-se afirmar que a Sagres Indústria de Moldes e Matrizes Ltda (doravante denominada SAGRES), optante pelo SIMPLES, constitui empresa interposta utilizada pela empresa Indústria Mecânica NTC Ltda (doravante denominada NTC) para contratação de empregados com redução de encargos sociais.

Conforme o Relatório da decisão de primeira instância, seguem, de forma resumida, as evidências fáticas que embasaram a conclusão da Auditoria-Fiscal no sentido de que as empresas NTC e SAGRES são uma só, ou seja formam um grupo econômico de fato e que os empregados desta última são, para fins de lançamento do crédito tributário, empregados da primeira:

1. Dos quadros sociais e dos administradores:

Existem sócios com grau de parentesco direto (cônjuge e filhos) em ambas as empresas. A fiscalização ressalta que a lei não proíbe que as pessoas da mesma família sejam proprietárias e/ou administradoras de diferentes empresas, mas que tais relações permitiram ou facilitaram a confusão entre patrimônios pretensamente distintos, uma vez que no caso concreto tem-se apenas uma empresa, cujo porte não é condizente com o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido do Simples. Concluiu que a parcela do patrimônio oferecida à tributação na forma desse regime, de que é optante a SAGRES, sujeita-se às regras de tributação aplicável ao todo. A análise do histórico da empresa NTC que constava de seu sítio na rede mundial de computadores (www.ntc.ind.br) reforçou as conclusões obtidas.

2. Do objeto social:

Os objetos sociais da NTC e da SAGRES são os mesmos, a partir de junho/2003, e corroboram o fato de tratar-se de uma única

empresa. Na prática, enquanto a NTC se ocupava da produção das peças em plástico, a SAGRES se ocupava da produção dos moldes e matrizes.

3. Da localização:

Embora o número dos prédios seja diferente (6390 e 6400), as empresas operam no mesmo local, identificado apenas com a logomarca NTC Moldes e Plásticos, com um único portão de acesso, uma única guarita, uma única recepção, uma única entrada para o recebimento de matérias-primas e expedição de produtos fabricados, um único portão para a entrada e saída de empregados e uma única entrada para o refeitório.

No sítio na rede mundial de computadores (www.ntc.ind.br) consta que as unidades de moldes e de plásticos ocupam uma área fabril de mais de 4,3 mil m² construídos e empregam cerca de 200 funcionários, o que corresponde aos 4.331 m² do pavilhão industrial em alvenaria, com três pavimentos, edificado sobre o terreno adquirido pela NTC em novembro de 2001, e o conjunto dos empregados das duas empresas, que empregavam, juntas, cerca de 150 funcionários em dezembro de 2010.

Os empregados de ambas as empresas utilizam o mesmo uniforme, identificado com a logomarca da NTC.

As empresas utilizam o mesmo domínio de internet, comprovado pelas mensagens trocadas com Carina Paese (carina@ntc.ind.br), Felipe Gil Cotta (felipe.cotta@ntc.ind.br) e Eduardo Lopes Abelaira (eduardo@ntc.ind.br), respectivamente Assistente de Departamento Pessoal, Controller e Coordenador de TI da SAGRES, bem como com Juliana Boff (juliana@ntc.ind.br), Auxiliar Contábil e Fiscal da NTC.

Os números de telefone (54) 3027-8888 ou 3027-8894 – e/ou de fax – (54) 3027-8887 ou 3027-8898 são comuns às duas empresas, constando, dentre outros documentos, dos dados cadastrais da GFIP e da Declaração Simplificada PJ Simples e/ou Declaração de Informações Econômico-Fiscais PJ.

A recepcionista/telefonista, embora atenda às duas empresas, identifica-as como sendo apenas NTC Moldes e Plásticos, que é a logomarca da NTC em seu sítio na rede mundial de computadores e nos impressos utilizados também pela SAGRES, a exemplo dos esclarecimentos e protocolos de entrega de documentos fornecidos à fiscalização

4. Do contrato de locação:

O Contrato de Locação Comercial de Bem Imóvel celebrado entre a NTC e a SAGRES tem como termo inicial 01/05/2003 e termo final 30/04/2010, e estipulou o pagamento de aluguel mensal no valor de R\$ 1.000,00, com reajustamento anual pela variação do IGPM, salvo se a Lei do Inquilinato permitisse maior percentual e em prazo menor, o que prevaleceria, além das taxas de água, energia elétrica e Imposto Predial e

Territorial Urbano (IPTU). O instrumento contratual, firmado pelos irmãos Bernardo Shih Cion Shen (pela locadora) e Jack Shih Wai Shen (pela locatária), não conta com a assinatura de qualquer testemunha e não foi levado a registro público. Embora seja garantido à locadora o reajustamento anual do valor do aluguel, a SAGRES contabilizou a esse título, de 2006 a 2010, pelo menos, o valor de R\$ 1.000,00 mensais, conforme comprova a conta razão 4.1.3.04.001- Aluguéis, não arcando com quaisquer outras despesas, tais como taxa de água e de luz e IPTU, embora assim estipulasse o contrato.

5. Do quadro de pessoal:

Houve movimentação de empregados da empresa NTC para a empresa SAGRES, que assumiu os encargos correspondentes, o que só se justifica se admitido que ambas constituem uma única empresa, já que não houve mudança na propriedade ou na estrutura jurídica e que não caracterizado grupo econômico.

*A SAGRES acusou o recebimento dos empregados provenientes da NTC registrando em GFIP o código de movimentação N3 - **empregado proveniente de transferência de outro estabelecimento da mesma empresa ou de outra empresa**, sem rescisão de contrato de trabalho. Já a NTC não informou em GFIP qualquer código de movimentação para os trabalhadores transferidos para a SAGRES. A transferência de empregados da NTC para a SAGRES, sem demissão, é operada como se a última não fosse senão um estabelecimento da primeira.*

A fiscalização observa que embora a NTC concentre o maior número de trabalhadores, havendo empregados de ambas as empresas em praticamente todos os setores, os salários mais expressivos estão concentrados na SAGRES, cujo regime de tributação permite a supressão das contribuições sociais integrais incidentes sobre a remuneração das pessoas físicas que lhe prestam serviços.

O relato fiscal detalha a situação de alguns empregados da SAGRES que prestam serviços também à NTC, seu verdadeiro empregador, apresentando fatos que corroboram a confusa relação entre as empresas:

- Carina Paese, Assistente de Departamento Pessoal, admitida na NTC em 13/09/2007 e transferida para a SAGRES em 02/01/2009. Responde pela área de pessoal de ambas as empresas, inclusive pela filial da NTC no Mato Grosso do Sul, como comprovam as Informações do Responsável da GFIP, bem como da RAIS, anobase 2009, da NTC. O atendimento às intimações feitas pela fiscalização demonstra que a NTC e a SAGRES são uma única empresa, já que recebeu documentos e/ou arquivos digitais de ambas as empresas relacionados em papel timbrado da NTC e fornecidos pela mesma Assistente de Departamento Pessoal.*

- Felipe Gil Cotta, controller, admitido na SAGRES em 01/04/2010, responde pela escrituração contábil de ambas as empresas a partir de 2011. Atendeu à fiscalização, apresentando documentos e prestando os esclarecimentos solicitados em*

relação a ambas as empresas, inclusive no que diz respeito à contribuição para o INCRA cobrada à NTC.

• Daiane Monique Gonçalves Zulian foi admitida na NTC em 12/07/2005 e transferida para a SAGRES em 02/01/2009. Foi responsável pela contabilidade de ambas as empresas de 2007 a 2010, conforme declaração firmada por Bernardo Shih Cion Shen, sócio-administrador da NTC e procurador da SAGRES. É também a responsável pelo preenchimento das Declarações PJ – Simples apresentadas pela SAGRES relativamente aos anos-calendário 2006 e 2007, assim como pelo preenchimento das Declarações de Informações Econômico-Fiscais PJ apresentadas pela NTC relativamente aos anos-calendário 2007 a 2009.

• Gelso Antônio Scapini, admitido na NTC em 01/10/2003, passou de Encarregado a Coordenador Financeiro, tendo sido transferido para a SAGRES em 02/01/2009. Por ele passavam, desde 2006, pelo menos, os pagamentos feitos por ambas as empresas, conforme demonstram os inúmeros documentos, tomados por amostragem, relacionados no item 8.4 do Relatório Fiscal.

• Jair Bastian, admitido na SAGRES em 07/11/2002, passou de Matriseiro de Manutenção em 04/2007 a Supervisor de Manutenção em 12/2010, tendo sido transferido para a NTC em 02/05/2007, retornando à SAGRES em 02/01/2009. Consta da folha de pagamentos da SAGRES em 05/2007, mas não figura na GFIP de nenhuma das empresas.

O NTC News, informativo trimestral editado pela NTC, tem como Conselho Editorial empregados da SAGRES. Como demonstra a fiscalização no Relatório Fiscal (fls. 62), as matérias deixam claro que a NTC é verdadeiramente a única empregadora.

A fiscalização evidenciou uma situação fática completamente divergente da situação jurídica, e concluiu que a SAGRES, optante pelo Simples, constitui uma empresa interposta utilizada pela NTC para contratar segurados empregados com redução de encargos sociais.

6. Das reclamações trabalhistas:

A empregada da SAGRES Carina Paese figura como preposta da NTC na Justiça do Trabalho, mesmo depois de sua transferência entre as empresas. As empregadas da NTC Clarice Silva de Carvalho e Fabiana Comandulli Dewes compareceram a audiências realizadas no curso de ações ajuizadas contra a SAGRES, como suas prepostas.

Em reclamação trabalhista ajuizada por Julio César Muller Ferreira Júnior, empregado da SAGRES, em que o autor pede a anulação da demissão por justa causa, o furto que ensejara a aplicação da penalidade teria sido cometido contra o empregado da NTC Lucinei Antonio Barbosa, com testemunho de Isabel

Aparecida de Oliveira, também empregada da NTC, a quem a reclamada trata como seus “empregados”.

7. Das utilidades comuns:

a) Alimentação: a NTC firmou contrato com a Express Buffets Empresariais Ltda tendo por objeto a elaboração e fornecimento de refeições destinadas aos funcionários da contratante. A nota fiscal de prestação de serviços é emitida exclusivamente em nome da NTC. No entanto, entre os beneficiários encontram-se também empregados da SAGRES, participando com 20% do custo da refeição, mediante desconto em folha de pagamento.

b) Transporte: a NTC tinha contrato com a empresa Embarcatur Transportes e Turismo Ltda (até 04/2011), benefício estendido aos colaboradores da empresa SAGRES sem qualquer distinção.

Questionada em razão de haver desconto a título de “Alimentação” e “Vale Transporte” em sua folha de pagamento em valores superiores aos contabilizados pelo pagamento de tais utilidades, a empresa SAGRES informou que o custo dos serviços de transporte e alimentação era rateado entre ela e a NTC de acordo com o número de colaboradores de cada uma.

8. Das demonstrações relacionadas à saúde ocupacional:

As demonstrações relacionadas à saúde ocupacional apresentadas por ambas as empresas demonstram que os levantamentos foram realizados no mesmo momento e acompanhados pela mesma pessoa, bem como que as dependências avaliadas são as mesmas, provando tratar-se de um único empreendimento.

9. Da CIPA:

Para os empregados, inclusive os membros da CIPA, a distinção entre a NTC e a SAGRES não passava de uma linha imaginária, já que até mesmo o local designado para as reuniões da Comissão Interna da SAGRES correspondia à NTC.

A fiscalização relaciona acidentes do trabalho ocorridos com empregados da SAGRES, objeto de reuniões da CIPA da NTC, concluindo que mais que o ambiente de trabalho, o empregador era comum, porque a ele eram sugeridas ou requeridas medidas capazes de evitar novas ocorrências.

Constatou que cabe ao Técnico de Segurança do Trabalho, empregado da NTC, fornecer os Equipamentos de Proteção Individual – EPI utilizados pelos empregados de ambas as empresas.

10. Do faturamento

O faturamento da SAGRES advém todo de serviços prestados exclusivamente à NTC, com emissão de notas fiscais seqüenciais.

Os serviços são prestados sem que a SAGRES disponha de máquinas, equipamentos, móveis ou utensílios, conforme seus Balanços Patrimoniais de 2006 a 2010 e respectivas Notas Explicativas. Todo o parque fabril pertence à NTC, a quem os

bens antes imobilizados pela SAGRES foram sendo vendidos, sendo utilizado graciosamente pela SAGRES.

A SAGRES não registra gastos com água, luz, telefone ou quaisquer outras despesas típicas de uma unidade econômico-jurídica autônoma e em pleno funcionamento.

A análise dos gastos com pessoal da empresa SAGRES nos anos de 2006 a 2010 evidencia um comprometimento de no mínimo 70% do faturamento da empresa, podendo chegar a 118,97% (em 2007).

11. Dos empréstimos recebidos da NTC:

A NTC concedeu empréstimos à SAGRES entre 2006 e 2010 sem qualquer remuneração.

12. Do pagamento das despesas da SAGRES pela NTC:

A fiscalização relaciona, por amostragem e por ano, documentos que comprovam o pagamento das despesas da SAGRES pela NTC, que quitava parte das duplicatas contra ela emitidas à medida em que a SAGRES necessitava de recursos para fazer frente a seus compromissos.

O Relatório da decisão de primeira instância, às fls. 1893, também aponta a lavratura do Termo de Sujeição Passiva Solidária:

A fiscalização lavrou o Termo de Sujeição Passiva Solidária em relação ao Debcad nº 37.347.618-3 para fins de garantia do crédito tributário, nomeando a empresa interposta sujeito passivo solidário, posto que tem interesse direto na situação que constitui o fato gerador, confundindo-se, de fato, com o sujeito passivo principal. O relato fiscal informa que se trata de uma única empresa, cujo porte não é condizente com o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido do Simples; assim, a parcela do patrimônio oferecida à tributação na forma desse regime fica sujeita às regras de tributação aplicável ao todo, cobrando-se as contribuições sociais integrais sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados que lhe prestam serviços.

Observa-se também que a desconsideração da personalidade jurídica, com fundamento no art. 50 do CC/2002, ocorre com o intuito de atingir o patrimônio dos sócios, quando a sociedade é por eles utilizada como meio de obter vantagens indevidas, de modo que este dispositivo não guarda relação com o presente processo administrativo-fiscal.

Dessa forma, resta claro que as empresas do Grupo Econômico de fato têm, efetivamente, interesse comum no fato gerador dos tributos ora exigidos, na forma estipulada no artigo 124, inciso I, do CTN, impondo a manutenção do feito em sua plenitude, não se cogitando em ilegalidade e/ou irregularidade na atuação fiscal.

Ora, os elementos acima evidenciam faticamente a relação existente de contratação de empregados por interpostas pessoas, tais como: o compartilhamento de instalações e produção comum, o quadro societário das empresas apresentando, basicamente,

os mesmos vínculos; a localização; do contrato de locação; do quadro de pessoal; as relações de vínculos empregatícios; as reclamações trabalhistas; relações entre a massa salarial das empresas e o faturamento; a transferência de empregados; das utilidades comuns quanto à alimentação e transporte; das demonstrações relacionadas à saúde ocupacional; em relação à CIPA; dos empréstimos recebidos da NTC; do pagamento de despesas da SAGRES pela NTC; e a dependência econômico-financeira das empresas.

Considero então que a Auditoria-Fiscal fez ampla prova fática nos autos de que, embora as INDUSTRIA MECÂNICA NTC LTDA e Sagres Indústria de Moldes e Matrizes Ltda tenham sido formalmente constituídas, há uma única empresa como sendo a real empregadora em relação aos segurados empregados em questão, que é a empresa autuada INDUSTRIA MECÂNICA NTC LTDA.

Diante do exposto, não prospera tal argumentação da Recorrente.

(ii) DAS PENALIDADES APLICADAS - DAS MULTAS: DE OFÍCIO (75% e 150%) E MORA (24%)

Analisemos.

Em relação à regularidade da lavratura dos AIOP, tal tema foi debatido no tópico "(b) Da regularidade da lavratura do AIOP", na qual se concluiu que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Em relação a argumentos de inconstitucionalidade, tal já foi debatido no tópico "(a) Da inconstitucionalidade", afastando-se tal argumentação.

O Relatório Fiscal mostra que houve a elaboração de quadro comparativo de multas até a competência 11/2008 e a partir da competência 12/2008 aplicou-se a multa de ofício duplicada por considerar caracterizada como fraude a simulação na contratação de empregados por empresa interposta, na forma do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964:

(i) para o período 07/2006 a 11/2008: o Relatório Fiscal demonstra no quadro comparativo a aplicação da multa mais benéfica ao contribuinte considerando-se as alterações trazidas na legislação pela Lei 11.941/2009;

(ii) para o período 12/2008 a 12/2010: o Relatório Fiscal aponta a aplicação da multa qualificada (art. 35-A, Lei 8212/1991 c/c art. 44, I e § 1º, Lei 9430/1996) em função de ter sido evidenciado faticamente a ocorrência de fraude.

Por outro lado, as multas foram aplicadas com os fundamentos legais descritos no Relatório Fundamentos Legais do Débito FLD, às fls. 27 e fls. 41 a 42, tendo sido considerado os dispositivos legais em vigor à época dos fatos geradores.

601 - ACRESCIMOS LEGAIS - MULTA

601.09 - Competências : 13/2006

Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 35, I, II, III (com a redação dada pela Lei n. 9.876, de 26.11.99); Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, art. 239, III, a, b e c, parágrafos 2.º ao 6.º e e 11, e art. 242,

parágrafos 1. e 2. (com a redação dada pelo Decreto n. 3.265, de 29.11.99). CALCULO DA MULTA: PARA PAGAMENTO DE OBRIGACAO VENCIDA, NAO INCLUIDA EM NOTIFICACAO FISCAL DE LANCAMENTO: 8% dentro do mes do mes de vencimento da obrigacao; 14%, no mes seguinte; 20%, a partir do segundo mes seguinte ao do vencimento da obrigacao; PARA PAGAMENTO DE CREDITOS INCLUIDOS EM NOTIFICACAO FISCAL DE LANCAMENTO: 24% em ate 15 dias do recebimento da notificacao; 30% apos o 15. dia do recebimento da notificacao; 40% apos a apresentacao de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, ate quinze dias da ciencia da decisao do Conselho de Recursos da Previdencia Social - CRPS; 50% apos o 15. dia da ciencia da decisao do Conselho de Recursos da Previdencia Social - CRPS, enquanto nao inscrito em Divida Ativa; PARA PAGAMENTO DO CREDITO INSCRITO EM DIVIDA ATIVA: 60%, quando nao tenha sido objeto de parcelamento; 70%, se houve parcelamento; 80%, apos o ajuizamento da execucao fiscal, mesmo que o devedor ainda nao tenha sido citado, se o credito nao foi objeto de parcelamento; 100% apos o ajuizamento da execucao fiscal, mesmo que o devedor ainda nao tenha sido citado, se o credito foi objeto de parcelamento. OBS.: NA HIPOTESE DAS CONTRIBUICOES OBJETO DA NOTIFICACAO FISCAL DE LANCAMENTO TEREM SIDO DECLARADAS EM GFIP, EXCETUADOS OS CASOS DE DISPENSA DA APRESENTACAO DESSE DOCUMENTO, SERA A REFERIDA MULTA REDUZIDA EM 50% (CINQUENTA POR CENTO).

602 - ACRESCIMOS LEGAIS - JUROS

602.07 - Competências : 07/2006 a 08/2006, 10/2006 a 11/2008

Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 34 (restabelecido com a redação dada pela MP n. 1.571, de 01.04.97, art. 1., e reedicoes posteriores ate a MP n. 1.523-8, de 28.05.97, e reedicoes, republicada na MP n. 1.596-14, de 10.11.97, convertidas na Lei n. 9.528, de 10.12.97); Regulamento da Organizacao do Custeio da Seguridade Social - ROCSS, aprovado pelo Decreto n. 2.173, de 05.03.97, art. 58 , I, "a", "b", "c", parágrafos 1., 4. e 5. e art. 61, paragrafo unico; Regulamento da Previdencia Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.1999, art. 239, II, "a", "b" e "c"; parágrafos 1., 4. e 7. e art. 242, paragrafo 2.; CALCULO DOS JUROS: JUROS CALCULADOS SOBRE O VALOR ORIGINARIO, MEDIANTE A APLICACAO DOS SEGUINTE PERCENTUAIS: A) 1% (UM POR CENTO) NO MES SUBSEQUENTE AO DA COMPETENCIA; B) TAXA MEDIA MENSAL DE CAPTACAO DO TESOIRO NACIONAL RELATIVA A DIVIDA MOBILIARIA FEDERAL / TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDACAO E DE CUSTODIA - SELIC, NOS RESPECTIVOS PERIODOS; C) 1% (UM POR CENTO) NO MES DO PAGAMENTO.

602.08 - Competências : 12/2008 a 13/2010

Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 35, combinado com o art. 61 da Lei n. 9.430, de 27.12.96, com redação da MP n. 449, de 04.12.2008, convertida na Lei n. 11.941, de 27.05.2009. CALCULO DOS JUROS: JUROS CALCULADOS SOBRE O VALOR ORIGINARIO, MEDIANTE A APLICACAO DOS SEGUINTE PERCENTUAIS: A) TAXA MEDIA MENSAL DE CAPTACAO DO TESOIRO NACIONAL RELATIVA A DIVIDA MOBILIARIA FEDERAL / TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDACAO E DE CUSTODIA - SELIC, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO MES SUBSEQUENTE AO VENCIMENTO DO PRAZO ATE O MES ANTERIOR AO PAGAMENTO B) 1% (UM POR CENTO) NO MES DO PAGAMENTO.

601 - ACRÉSCIMOS LEGAIS - MULTA

601.09 - Competências : 07/2006 a 11/2008

Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 35, I, II, III (com a redacao dada pela Lei n. 9.876, de 26.11.99); Regulamento da Previdencia Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, art. 239, III, "a", "b" e "c"; paragrafos 2. ao 6. e e 11, e art. 242, paragrafos 1. e 2. (com a redacao dada pelo Decreto n. 3.265, de 29.11.99). CALCULO DA MULTA: PARA PAGAMENTO DE OBRIGACAO VENCIDA, NAO INCLUIDA EM NOTIFICACAO FISCAL DE LANCAMENTO: 8% dentro do mes do mes de vencimento da obrigacao; 14%, no mes seguinte; 20%, a partir do segundo mes seguinte ao do vencimento da obrigacao; PARA PAGAMENTO DE CREDITOS INCLUIDOS EM NOTIFICACAO FISCAL DE LANCAMENTO: 24% em ate 15 dias do recebimento da notificacao; 30% apos o 15. dia do recebimento da notificacao; 40% apos a apresentacao de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, ate quinze dias da ciencia da decisao do Conselho de Recursos da Previdencia Social - CRPS; 50% apos o 15. dia da ciencia da decisao do Conselho de Recursos da Previdencia Social - CRPS, enquanto nao inscrito em Divida Ativa; PARA PAGAMENTO DO CREDITO INSCRITO EM DIVIDA ATIVA: 60%, quando nao tenha sido objeto de parcelamento; 70%, se houve parcelamento; 80%, apos o ajuizamento da execucao fiscal, mesmo que o devedor ainda nao tenha sido citado, se o credito nao foi objeto de parcelamento; 100% apos o ajuizamento da execucao fiscal, mesmo que o devedor ainda nao tenha sido citado, se o credito foi objeto de parcelamento. OBS.: NA HIPOTESE DAS CONTRIBUICOES OBJETO DA NOTIFICACAO FISCAL DE LANCAMENTO TEREM SIDO DECLARADAS EM GFIP, EXCETUADOS OS CASOS DE DISPENSA DA APRESENTACAO DESSE DOCUMENTO, SERA A REFERIDA MULTA REDUZIDA EM 50% (CINQUENTA POR CENTO).

602 - ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS

602.07 - Competências : 07/2006 a 11/2008

Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 34 (restabelecido com a redação dada pela MP n. 1.571, de 01.04.97, art. 1., e reedicoes posteriores ate a MP n. 1.523-8, de 28.05.97, e reedicoes, republicada na MP n. 1.596-14, de 10.11.97, convertidas na Lei n. 9.528, de 10.12.97); Regulamento da Organizacao do Custeio da Seguridade Social - ROCSS, aprovado pelo Decreto n. 2.173, de 05.03.97, art. 58 , I, "a", "b", "c", paragrafos 1., 4. e 5. e art. 61, paragrafo unico; Regulamento da Previdencia Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.1999, art. 239, II, "a", "b" e "c"; paragrafos 1., 4. e 7. e art. 242, paragrafo 2.; CALCULO DOS JUROS: JUROS CALCULADOS SOBRE O VALOR ORIGINARIO, MEDIANTE A APLICACAO DOS SEGUINTE PERCENTUAIS: A) 1% (UM POR CENTO) NO MES SUBSEQUENTE AO DA COMPETENCIA; B) TAXA MEDIA MENSAL DE CAPTACAO DO TESOIRO NACIONAL RELATIVA A DIVIDA MOBILIARIA FEDERAL / TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDACAO E DE CUSTODIA - SELIC, NOS RESPECTIVOS PERIODOS; C) 1% (UM POR CENTO) NO MES DO PAGAMENTO.

602.08 - Competências : 12/2008 a 13/2010

Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 35, combinado com o art. 61 da Lei n. 9.430, de 27.12.96, com redação da MP n. 449, de 04.12.2008, convertida na Lei n. 11.941, de 27.05.2009. CALCULO DOS JUROS: JUROS CALCULADOS SOBRE O VALOR ORIGINARIO, MEDIANTE A APLICACAO DOS SEGUINTE PERCENTUAIS: A) TAXA MEDIA MENSAL DE CAPTACAO DO TESOIRO NACIONAL RELATIVA A DIVIDA MOBILIARIA FEDERAL / TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDACAO E DE CUSTODIA - SELIC, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO MES SUBSEQUENTE AO VENCIMENTO DO PRAZO ATE O MES ANTERIOR AO DO PAGAMENTO B) 1% (UM POR CENTO) NO MES DO PAGAMENTO

Outrossim, a Auditoria-Fiscal fundamentou a aplicação da multa qualificada de 150% em função da contratação de empregados por intermédio de interposta pessoa, simulação esta caracterizadora de fraude. Em relação à multa qualificada de 150%, o artigo 44, inciso I e § 1º da Lei nº 9.430/1996 assim dispõem:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I – de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e de declaração inexata;

(...) § 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Lei nº 4.502/1964 - Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Lei nº 4.502/1964 - Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Lei nº 4.502/1964 - Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Considero correta a fundamentação feita pela Auditoria-Fiscal em relação à aplicação das multas de ofício, de mora e qualificada.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

CONCLUSÃO

Voto pelo CONHECIMENTO do Recurso, rejeitar as Preliminares e, no Mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro