



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

Processo nº 13558.000678/2007-12
Recurso nº 145.479 Voluntário
Acórdão nº 2301-00.522 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de julho de 2009
Matéria Agroindústria ou Produtor Rural
Recorrente FRISA FRIGORÍFICO RIO DOCE S/A.
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 02/12/2005

PREVIDENCIÁRIO - AUTO DE INFRAÇÃO -

A empresa adquirente da produção de produtores rurais pessoas físicas fica sub-rogada nas obrigações de tais produtores e está obrigada a arrecadar, mediante desconto, a contribuição previdenciária por ele devida.

MATÉRIA PRECLUSA

Os argumentos não trazidos em sede de defesa se consubstanciam em matéria não impugnada, para a qual ocorreu a preclusão do direito de discussão, nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, configurando motivo para o seu não conhecimento.

CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE DA DN NÃO CONFIGURADA.

o órgão julgador não está obrigado a apreciar toda e qualquer alegação apresentada pela recorrente, mas tão somente aquelas que possuem o condão de formar ou alterar sua convicção.

GRUPO ECONÔMICO

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

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

3

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.



JULIO CESAR VIEIRA GOMES
Presidente



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS
Relatora

Participaram do julgamento os conselheiros: Damião Cordeiro de Moraes, Edgar Silva Vidal (Suplente), Maria Helena Lima dos Santos (Suplente), Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes e Julio Cesar Vieira Gomes (Presidente).

Relatório

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 02/12/2005, por ter a empresa Predileto Com. De Produtos Alimentícios Ltda, segundo Relatório Fiscal da Infração (fls. 13/14), deixado de arrecadar, mediante desconto, a contribuição do produtor rural pessoa física, e do segurado especial, incidente sobre a comercialização da produção quando da aquisição do produto rural, infringindo, dessa forma, o art. 30, inciso IV, da Lei 8.212/91, c/c o art. 200, § 7º, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99.

Conforme Relatório de Grupo Econômico (fls. 16 a 47), foi constatada, em auditoria fiscal desenvolvida simultaneamente nas empresas ali relacionadas, a existência de um grupo econômico de fato, administrado pelos sócios e gerentes das empresas Frigorífico Nordeste Alimentos Ltda e FRISA – Frigorífico Rio Doce S/A, detentores do capital envolvido nas transações.

A autoridade autuante discorre sobre o conceito de grupo econômico e sobre o histórico das empresas integrantes, relatando suas atividades e relacionando os documentos que serviram de prova, concluindo pela formação de um grupo econômico de fato entre as empresas elencadas e pela existência da solidariedade entre as componentes do grupo.

As empresas solidárias Frisa Frigorífico Rio Doce S.A e Frigorífico Nordeste Alimentos Ltda, integrantes do grupo econômico de fato segundo a fiscalização, impugnaram o débito via peça de fls. 82 a 141 e 144 a 200, respectivamente, insurgindo-se contra a caracterização do grupo econômico realizado pela auditoria fiscal e a empresa autuada, Predileto Com. De Produtos. Alimentícios Ltda, não se manifestou.

A Secretaria da Receita Previdenciária – SRP, por meio da Decisão-Notificação nº 04.423.4.00117/2006 (fls. 211 a 217), julgou a autuação procedente.

Inconformadas com a decisão, as empresas solidárias apresentaram recursos semelhantes (fls. 226 a 252 e 280), alegando, em síntese, o que se segue.

Preliminarmente, inovam em relação à impugnação alegando nulidade do lançamento por cerceamento de defesa, já que a fiscalização lavrou o Termo de Cientificação – Grupo Econômico e logo em seguida passou à imediata cobrança das contribuições previdenciárias, sem possibilitar às recorrentes o direito de se defenderem da primeira e principal acusação, qual seja, de que fariam parte do grupo econômico.

Defendem a nulidade da decisão recorrida, argumentando que ocorreu inovação ao lançamento originário, pois foi trazido para debate, como fundamento para a exigência, dispositivo legal que sequer se encontra discriminado nos documentos que compõem o lançamento, qual seja, o parágrafo único, do art. 116, do CTN.

Entendem que os contribuintes não podem ficar à mercê de mudanças de entendimento da fiscalização acerca do ilícito apurado, mesmo porque, no caso inverso, não é facultado aos contribuintes aperfeiçoarem suas peças de impugnação já apresentadas, acaso descubram novas razões de defesa.

Sustentam que o parágrafo único do artigo 116, do CTN, trazido para exame pela decisão recorrida como fundamento para amparar a caracterização do Grupo Econômico, corresponde a uma norma antielisiva genérica, não representando, portanto, uma norma auto-aplicável, carecendo de lei regulamentadora que irá estabelecer os limites de competência do fisco, sem a qual não há que se cogitar de seus efeitos para fins de sustentar o arbitrário ato praticado pela fiscalização.

Ainda em preliminar, aduzem que a decisão é nula por não apreciação de argumentos trazidos nas peças impugnatórias, uma vez que a conceituação de grupo econômico trazido pelas recorrentes sequer foi ventilada pela decisão combatida.

No mérito, tecem um extenso arrazoado na tentativa de demonstrar a inexistência de grupo econômico, frisando que este é o único fundamento jurídico para autorizar a pretensa exigência fiscal em face das recorrentes.

Afirma que as recorrentes jamais tiveram ingerência na administração, nos negócios ou nas decisões da empresa contratante autuada (Nutri e/ou Predileto) e de seus sócios, tanto que as diversas alterações do quadro social jamais contaram com a suas participações e/ou indicações, o que evidencia a independência e soberania das empresas contratantes

Insurgem-se contra a utilização da taxa de juros SELIC como taxa de juros moratórios incidentes sobre débitos de natureza fiscal/previdenciária ao argumento de ser ilegal.

É o relatório.

Voto

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Relatora

Os recursos apresentados são intempestivos e não há óbice para os seus conhecimentos.

Cumpre esclarecer que a empresa autuada não apresentou recurso, e as responsáveis solidárias, integrantes do grupo econômico de fato, apresentaram recursos idênticos, motivo pelos quais serão analisados de forma conjunta.

Da análise dos recursos apresentados, registro o que se segue.

As recorrentes inovam em seus recursos, em relação às impugnações, ao trazer a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento de defesa, uma vez que a fiscalização lavrou o Termo de Cientificação – Grupo Econômico e logo em seguida passou à imediata cobrança das contribuições previdenciárias, sem possibilitar às recorrentes o direito de se defenderem da primeira e principal acusação, qual seja, de que fariam parte do grupo econômico vício formal, uma vez que foi cientificada da Notificação em período não abrangido pelo MPF

No entanto, cabe observar que o argumento acima não foi apresentado em defesa, o que, nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, se consubstancia em matéria não impugnada, para a qual ocorreu a preclusão do direito de discussão, motivo pelo qual não conheço de tais argumentos.

Ainda em preliminar, as recorrentes alegam nulidade da decisão recorrida por não terem sido apreciados argumentos trazidos nas peças impugnatórias, já que a conceituação de grupo econômico trazido pelas recorrentes sequer foi ventilada pela decisão combatida.

Porém, cumpre ressaltar que o órgão julgador não está obrigado a apreciar toda e qualquer alegação apresentada pela recorrente, mas tão somente aquelas que possuem o condão de formar ou alterar sua convicção.

Tal entendimento encontra respaldo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aplicada subsidiariamente conforme se depreende do Recurso Especial, cuja ementa transcrevo abaixo:

*RESP 208302 / CE ; RECURSO ESPECIAL 1999/0023596-7 –
Relator: Ministro Edson Vidigal – Quinta Turma – Julgamento
em 01/06/1999 – Publicação em 28/06/1999 – DJ pág 150*

*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA
FINS DE PREQUESTIONAMENTO. ADMISSIBILIDADE.
REFERÊNCIA A CADA DISPOSITIVO LEGAL INVOCADO.
DESNECESSIDADE.*

*1. Legal a oposição de Embargos Declaratórios para pré
questionar matéria em relação a qual o Acórdão embargado
omitiu-se, embora sobre ela devesse se pronunciar; o juiz não
está obrigado, entretanto, a responder todas as alegações das*

partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão.

2. Recurso não conhecido.

*REsp 767021 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 2005/0117118-7 –
Relator: Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA –
Julgamento em 16/08/2005 - DJ 12.09.2005 p. 258*

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.

1. Recurso especial contra acórdão que manteve decisão que, desconsiderando a personalidade jurídica da recorrente, deferiu o arresto do valor obtido com a alienação de imóvel.

2. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de fundamentação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no arresto a quo. (g.n.)

Verifica-se que a Decisão-Notificação demonstra a convicção do julgador diante dos fatos e argumentos que lhe foram apresentados, seja pela auditoria fiscal, seja pela notificada.

Não se verifica o cerceamento de defesa alegado pelo contribuinte. Ocorre que os argumentos trazidos pela recorrente não foram suficientes para que o julgador de primeira instância se convencesse da improcedência do lançamento ou da inexistência da formação do grupo econômico.

As recorrentes alegam, também nulidade da decisão recorrida sob o argumento de que ocorreu inovação ao lançamento originário ao ser trazido, para debate, o parágrafo único, do art. 116, do CTN.

Contudo, a menção do dispositivo realizada pelo julgador de primeira instância, com o objetivo de se contrapor os argumentos das recorrentes, não representa qualquer inovação, pois o lançamento já se encontrava devidamente fundamentado.

Entendo que só é possível dizer que houve uma inovação, no momento em que se comprove que o lançamento foi efetuado com vício em seus elementos essenciais não saneados até a decisão de primeira instância, e esta viesse tentar suprir a falta existente, o que não ocorreu no caso presente.

Esse também é o entendimento do Conselho de Contribuinte, conforme Acórdão 105-1338, cujo trecho da Ementa transcrevo a seguir:

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - INOVAÇÃO DA EXIGÊNCIA INICIAL NA DECISÃO DE 1º GRAU - MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS:

A menção feita pelo julgador singular, de dispositivo legal não contido no enquadramento legal do feito, com o objetivo de se contrapor aos argumentos da impugnante, não configura inovação da exigência inicial, mormente se a acusação fiscal se acha apropriadamente fundamentada no Auto de Infração, a permitir o pleno exercício do direito de defesa.

Dessa forma, rejeito as preliminares suscitadas.

No mérito, as recorrentes apenas tentam demonstrar a inexistência de grupo econômico, frisando que este é o único fundamento jurídico para autorizar a pretensa exigência fiscal em face das recorrentes.

Afirmam que jamais tiveram ingerência na administração, nos negócios ou nas decisões da empresa contratante autuada (Nutri e/ou Predileto) e de seus sócios, tanto que as diversas alterações do quadro social jamais contaram com a suas participações e/ou indicações, o que evidencia a independência e soberania das empresas contratantes

No entanto, tal matéria já foi objeto de análise por este Conselho de Contribuintes, no julgamento do recurso 145.670, de interesse da empresa Nutri Indústria e Comércio de Carne Ltda e das empresas ora recorrentes, responsáveis solidárias pelo débito objeto do referido recurso.

Na oportunidade, foi negado provimento aos recursos interpostos pelas recorrentes .

Permito-me adotar as razões trazidas pela Relatora Ana Maria Bandeira, representante do Governo, no julgamento em última instância administrativa do recurso referido acima, transcrevendo o trecho do voto pertinente à matéria:

Passando a tratar das questões de mérito, inicialmente, ainda discorro sobre o § único do art. 116 do CTN para afirmar que, a meu ver, o dispositivo citado não se aplica ao caso específico das recorrentes.

Assiste razão às recorrentes quando afirmam que o § único do art. 116 do CTN é norma de eficácia limitada e necessita da edição de lei ordinária estabelecendo os procedimentos a serem adotados pelas autoridades administrativas.

Tal dispositivo vem sendo considerado como uma norma anti-elisiva e a elisão fiscal consiste no ato, ou série de atos, praticados pelos contribuintes antes da realização do fato jurídico tributário, visando a economia fiscal, mediante a utilização de alternativas menos onerosas, admitidas em lei. É o chamado planejamento tributário.

Nesse sentido, entendo que o legislador ao definir a necessidade de edição de lei ordinária para estabelecer os procedimentos,

tinha como objetivo preservar os contribuintes de eventuais atos da autoridade administrativa, com base em seu próprio juízo de valor, em desconsiderar negócios jurídicos não necessariamente ilícitos, porém que ensejassem uma diminuição da carga tributária.

O parágrafo único do art. 116 não foi inserido para abranger as situações caracterizadas como ilícitos, pois para estes casos, o Código Tributário já dispõe no art. 149, especificamente no inciso VII, in verbis:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

.....
VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

As recorrentes colacionam ensinamentos de Marco Aurélio Greco, entretanto, o mesmo também se manifestou da seguinte maneira (Planejamento Tributário – Editora Dialética – São Paulo – 2004, pág. 416, 417 e 418):

“A grande questão a ser examinada é se o fato de um determinado caso que configure fraude à lei ou abuso de direito e tenha o perfil previsto no parágrafo único do art. 116 do CTN só poderá ser submetido à desconsideração de acordo com os procedimentos a serem definidos ou se poderá haver reação do ordenamento fora do artigo 116, parágrafo único. Ou seja, se o parágrafo único do artigo 116 impediria o Fisco de aplicar os efeitos que o ordenamento contempla às hipóteses de fraude à lei e abuso de direito enquanto não for editada a lei ordinária regulando os procedimentos.

Tratando-se de abuso de direito, o Código Civil assumiu postura clara e inequívoca no sentido de prever que configura ato ilícito. Isto significa que, na hipótese de abuso de direito no campo tributário, haverá uma ilicitude e, portanto, deixará de ser caso de elisão para configurar conduta ilícita (se evasão, sonegação ou outra figura, não é o momento de examinar). Portanto, ainda que o abuso implique numa dissimulação, a ilicitude originária contamina a operação e, portanto, não é o caso de desconsiderar, mas sim de identificar o ilícito cometido. O Fisco não fica jungido aos procedimentos do art. 116, parágrafo único, pois aplica-se o artigo 149 do CTN.

.....
Ou seja, somente estarão dependentes da regulamentação do dispositivo as hipóteses que não se enquadrem no art. 149 do CTN. Simulação, fraude à lei e abuso de direito sofrem reações do ordenamento tributário independente do artigo 116, parágrafo único e comportam lançamento de ofício; portanto, não se submetem às regras procedimentais específicas do dispositivo.

.....

Em suma, para deflagrar as consequências pertinentes às patologias dos negócios jurídicos (simulação, abuso de direito e fraude à lei) não havia necessidade do parágrafo único do artigo 116 do CTN. A eles o ordenamento reage por si só mediante um lançamento de ofício. A inclusão do parágrafo único do artigo 116 do CTN tornou a figura da elisão uma categoria tributária não dependente das patologias; ainda que os negócios jurídicos não padeçam de qualquer vício, o dispositivo abre espaço para aferir a sua conformidade ao princípio da capacidade contributiva, daí a necessidade de procedimentos especiais para tanto."

Portanto, o entendimento doutrinário trazido pelas recorrentes não se aplica a todas as situações, inclusive à sua própria.

Como já dito, o cerne dos recursos apresentados é a afirmação da inexistência de grupo econômico de fato, assunto que merece maiores considerações.

As recorrentes são frigoríficos e, como tal, adquirem o gado para abate, efetuam o processamento e industrialização da carne e a vendem.

Para a realização de seu objetivo necessitam adquirir gado, quer seja de pessoas jurídicas quer seja de pessoas físicas. Porém, ao adquirirem de pessoas físicas estariam sujeitas à responsabilização, por sub-rogação, pela retenção e o recolhimento das contribuições daquelas, incidentes sobre a comercialização.

Ocorre que no caso das recorrentes a aquisição de gado de pessoas físicas ocorre por meio da NUTRI, empresa sem patrimônio, sem empregados, com baixo capital social, duas filiais situadas estrategicamente onde as recorrentes concentram seus negócios e estas, a partir da relação formada com a NUTRI, reduziram o recolhimento de contribuição previdenciária sobre o produto rural, quando da aquisição de pessoas físicas.

A empresa NUTRI, por sua vez, deixou sistematicamente em todo o período de funcionamento de recolher as contribuições decorrentes da sub-rogação, bem como de entregar GFIP.

Pelo conjunto de evidências apresentado pela auditoria fiscal, entendo que a empresa NUTRI e, posteriormente, a empresa PREDILETO, foram constituídas com a exclusiva finalidade de funcionarem como empresas interpostas com o objetivo de mascarar as verdadeiras responsáveis pelas contribuições jamais recolhidas, as recorrentes FRISA e NORDESTE.

As recorrentes alegam que não há por parte das mesmas qualquer ingerência na empresa NUTRI, entretanto, o que se percebe é que o que as empresas querem deixar transparecer não corresponde à situação fática verificada.

Tanto as empresas NUTRI como a PREDILETO possuem em seu quadro social pessoas que nunca as gerenciaram, uma vez que concederam procurações com amplos poderes a outras pessoas.

Não obstante o volume de negócios da NUTRI e PREDILETO, seus sócios demonstram viver modestamente e não ter condições de manter um negócio de tal porte, haja vista seus endereços residenciais situados em Contagem-MG, Samambaia-DF, Sobradinho-DF, Areal-DF ou Formosa-GO.

As recorrentes alegam que a empresa NUTRI é uma empresa independente, legalmente constituída com a qual realizaram contrato de prestação de serviços de abate de gado bovino e outras avenças em que, na condição de contratada, comprometem-se a prestar serviço de abate de bovinos e armazenagem de produtos frigorificados.

Entretanto, conforme apurado pela auditoria fiscal, a empresa NUTRI está longe de ser considerada uma empresa constituída para atuar como as empresas em geral.

Não possui empregados, estrutura física ou patrimônio compatíveis com os negócios que supostamente realiza. a NUTRI, formalmente, adquire o gado de pessoas físicas, lança em seu estoque, emite nota fiscal de saída para o gado que vai ser abatido pela NORDESTE e FRISA. Após abatido o gado, NORDESTE e FRISA emitem notas fiscais de retorno referente à carne para a NUTRI, que por sua vez emite nota fiscal de saída devolvendo a carne para armazenagem nas primeiras. Para o procedimento de venda, a NUTRI emite nota fiscal de venda e os frigoríficos emitem nota fiscal de remessa e entrega de mercadoria aos clientes.

Verifica-se que todo esse processo é uma mera formalidade contábil, pois toda a atividade é realizada pela NORDESTE e FRISA, desde o transporte do gado até a entrega da carne processada ao cliente.

A falta de autonomia da NUTRI perante as empresas NORDESTE e FRISA fica evidente nas situações verificadas pela auditoria fiscal, onde a primeira utiliza-se dos recursos materiais e humanos das últimas. Fato evidenciado, pelas seguintes situações verificadas:

Empregado da NORDESTE e FRISA é quem autoriza pagamento de responsabilidade da NUTRI.

A NORDESTE e FRISA efetuam pagamento de gado adquirido pela NUTRI diretamente aos produtores rurais pessoas físicas, sem que esse pagamento sequer seja registrado nas contas caixa ou bancos da NUTRI.

Em documentos da NUTRI foi verificado que empregados da NORDESTE e FRISA (vendedores, faturistas) realizavam as operações de venda de carne da NUTRI, levando a inferir que essas atividades eram realizadas nas dependências dos frigoríficos, até pela ausência de instalações físicas e empregados da NUTRI.

Ficou evidenciado que os próprios clientes, quando da aquisição de carne da NUTRI, entendiam estar efetuando negócios com a NORDESTE e FRISA.

Documentos fiscais em branco da NUTRI foram entregues a funcionário e nas dependências da NORDESTE.

A situação encontrada pela auditoria fiscal demonstra que a atividade realizada pela NUTRI vincula-se aos interesses das empresas NORDESTE e FRISA. Ao efetuar as transações formais, acima discriminadas a NUTRI toma para si, aparentemente, a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias que deveria ser das primeiras e que efetivamente era, antes da intermediação que a NUTRI passou a fazer.

O controle fica evidenciado pelo fato da NUTRI funcionar fora dos padrões das empresas independentes e de acordo com a conveniência das empresas FRISA e NORDESTE, pois eram empregados das últimas quem exerciam as atividades de compra e venda da NUTRI, bem como também estas efetuavam os pagamentos diretamente aos fornecedores.

As recorrentes trazem considerações a respeito de grupo econômico e mencionam controle majoritário, gestão das deliberações sociais e outros conceitos. A meu ver, tais conceitos podem ser aplicados às empresas que não tem qualquer intenção em mascarar as relações existentes entre as mesmas. Na presença do ilícito consubstanciado na simulação apresentada, tais conceitos não podem ser utilizados para beneficiar empresa com tal conduta.

Também é irrelevante a afirmação de que havendo controle somente sobre as filiais, se caracterizaria um controle relativo que é o mesmo que não exercer controle algum. Porém, não se pode olvidar que a NUTRI, além das duas filiais citadas, possui uma matriz que não possui movimentação ou empregados, ou seja, não exerce qualquer atividade.

As peculiaridades, que foram muito bem demonstradas pela auditoria fiscal, permitem a inclusão das empresas FRISA e NORDESTE no pólo passivo da presente notificação em razão da evidente simulação ocorrida.

O Código Civil Brasileiro instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 regula a questão da simulação no Capítulo que trata da Invalidade do Negócio Jurídico e no inciso I do § 1º do artigo 167 temos o exato enquadramento da situação verificada pela auditoria fiscal, in verbis:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados

A NUTRI é uma empresa que atua no ramo comercial de abate de bovinos em estabelecimento de terceiros, comercialização de carnes bovinas e seus derivados, importação e exportação. Porém, ao restringir suas ações em basicamente intermediar negócios anteriormente efetuados pela NORDESTE e FRISA, ações estas que resultam em débitos para com o fisco previdenciário, NUTRI é partícipe de um negócio aparente, uma vez que as verdadeiras adquirentes do produto rural são NORDESTE e FRISA.

Na definição de Clóvis Beviláqua, a simulação é uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado – 15ª Edição). Segundo Orlando Gomes, ocorre simulação quando em um negócio jurídico se verifica intencional divergência entre a vontade real e a vontade declarada, com o fim de enganar terceiro (Introdução ao Estudo do Direito – 7ª Edição).

Considerando todo o emaranhado de relações aparentes criado, conclui-se que o mesmo teve como objetivo lesar terceiro, no caso, o fisco, pois escorados na aparente ausência de qualquer vinculação entre a NUTRI e as empresas NORDESTE e FRISA, a primeira deixou de recolher sistematicamente aos cofres previdenciários as contribuições relativas à sub-rogação na aquisição de produção rural de pessoas físicas, bem como não informou em todo o período os fatos geradores em GFIP.

A meu ver, todos os expedientes utilizados tinham por objetivo simular negócio jurídico, no qual a intentio facti se divorcia da intentio iuris, ou seja, a intenção das partes é uma, a forma jurídica adotada é outra.

Nessa esteira, manifestaram-se Ives Gandra da Silva Martins e Paulo Lucena de Menezes em Parecer sobre Elisão Fiscal publicado na Revista Tributária e de Finanças públicas nº 36 de 2001, da seguinte forma:

“A simulação é a modalidade de ilícito tributário que, com maior frequência costuma ser confundida com a elisão.

As figuras não se equivalem, todavia, pois na simulação tem-se a pactuação de algo distinto daquilo que realmente se almeja, com o fito de se obter alguma vantagem. Na visão sintética e objetiva de Pero Villani, o traço distintivo entre ambas decorre de que “na simulação, a declaração recíproca das partes não corresponde à vontade efetiva.

Colocando-se de outra forma, duas realidades distintas concorrem na simulação: existe uma verdade aparente (jurídica), que se exterioriza para o mundo, e existe uma outra verdade (real), que não é perceptível, ao menos à primeira vista, e que se restringe ao círculo de partícipes do engodo.”

Interessante, também, o entendimento manifestado em artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário, n.º 66 de 2001, cujo título é "Elisão e Simulação Fiscal" de autoria de Miguel Delgado Gutierrez, abaixo colacionado:

"Constata-se que o legislador pátrio considerou três espécies de simulação. A primeira delas é a simulação por interposição de pessoa. A parte que figura no contrato não é a pessoa que deve aproveitar os resultados do mesmo, mas sim outra pessoa, um titular fingido, ou testa de ferro. Visa-se, por este expediente, encobrir o nome da pessoa a quem realmente se pretende outorgar ou transferir direitos."

Escudada no Princípio da Verdade Material e pelo poder-dever de buscar o ato efetivamente praticado pelas partes, a Administração, ao verificar a ocorrência de simulação, pode desconsiderar o negócio jurídico simulado para aplicar a lei tributária, em procedimento plenamente motivado

Nesse diapasão, pode-se citar o entendimento de Heleno Tórres em sua obra Direito Tributário e Direito Privado – Autonomia Privada, Simulação, Elusão Tributária – Ed. Revista dos Tribunais – 2003 – pág. 371:

"Como é sabido, a Administração Tributária não tem nenhum interesse direto na desconstituição dos atos simulados, salvo para superar-lhes a forma, visando a alcançar a substância negocial, nas hipóteses de simulação absoluta. Para a Administração Tributária, como bem recorda Alberto Xavier, é despidendo que tais atos sejam considerados válidos ou nulos, eficazes ou ineficazes nas relações privadas entre os simuladores, nas relações entre terceiros ou nas relações entre terceiros com interesses conflitantes. Eles são simplesmente inoponíveis à Administração, cabendo a esta o direito de superação, pelo regime de desconsideração do ato negocial, da personalidade jurídica ou da forma apresentada, quando em presença do respectivo "motivo" para o ato administrativo: o ato simulado"

Diante de todo o exposto, resta claro que o negócio aparente apresentado pelas empresas mascara o fato de que a NUTRI atua no interesse das empresas NORDESTE e FRISA e, portanto, são todas integrantes de um grupo econômico de fato.

O grupo econômico referido no voto transcrito acima é o mesmo tratado no presente Auto de Infração, motivo pelos quais adoto os mesmos argumentos.

Assim, da mesma forma que a Relatora do voto encimado, entendo que está comprovada, nos autos, a formação do grupo econômico de fato.

Com efeito, conforme restou devidamente demonstrado no Relatório de Grupo Econômico (fls. 16 a 47), 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.

Quanto à alegação de ilegalidade da utilização da taxa de juros SELIC como taxa de juros moratórios, da mesma forma que a alegação de nulidade do lançamento, tal

matéria não foi trazida em sede de impugnação, encontrando-se, portanto, precluído o direito de as recorrentes discutir a matéria citada, razão pela qual não conheço de tais argumentos.

Assim, ao não arrecadar, mediante desconto, a contribuição previdenciária do produtor rural, pessoa física, incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da sua produção rural, a empresa autuada infringiu o art. 30, incisos III e IV, da Lei 8.212/91, c/c o art. 216, inciso III do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99.

E, como não é facultado ao servidor público eximir-se de aplicar uma lei, a Autoridade Fiscal, ao constatar o descumprimento de obrigação acessória, lavrou corretamente o presente auto, em observância ao art. 293 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99, aplicando a multa prevista no art. 92 e 102, c/c art. 283, “caput” e § 3º, e art. 373, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99, e art. 10º, inciso V, da Portaria MPS 119/2006.

Portanto, a infração está bem caracterizada e fundamentada nos relatórios integrantes do AI e o cálculo da multa aplicada se encontra devidamente demonstrado no Relatório Fiscal da Aplicação da Multa.

Por todo o exposto,

Voto no sentido de CONHECER do recurso e, no mérito, **NEGAR-LHES PROVIMENTO**.

É como voto.

Sala das Sessões, em 07 de julho de 2009



Bernadete de Oliveira Barros - Relatora