



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13609.001886/2008-77
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-010.807 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de outubro de 2022
Recorrente INDUSTRIAL LABORTEXTIL S/A E OUTROS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/07/2007

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL (PAF). RECURSO VOLUNTÁRIO. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. TEMPESTIVIDADE. NECESSIDADE. CONHECIMENTO.

O recurso voluntário não será conhecido quando interposto após o prazo legal de 30 (trinta) dias contados da ciência da decisão recorrida, exceto se provada a ocorrência de supostos fatos impeditivos para a sua interposição tempestiva.

PAF. LANÇAMENTO. REQUISITOS LEGAIS. CUMPRIMENTO. NULIDADE. INEXISTENTE.

Cumpridos os pressupostos do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN) e tendo o autuante demonstrado de forma clara e precisa os fundamentos da autuação, improcede a arguição de nulidade quando o auto de infração contém os requisitos contidos no art. 10 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e ausentes as hipóteses do art. 59, do mesmo Decreto.

PAF. DECISÃO RECORRIDA. SUFICIÊNCIA DE PROVAS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTENTE.

O julgador não está obrigado a responder todas as questões suscitadas pela parte em defesa das respectivas teses, quando já tenha encontrado fundamentos suficientes para proferir o correspondente voto. Nessa perspectiva, a apreciação e valoração das provas acostadas aos autos é de seu livre arbítrio, podendo ele, inclusive, quando entender suficientes à formação de sua convicção, fundamentar a decisão por meio de outros elementos probatórios presentes no processo.

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). LANÇAMENTO. PRAZO DECADENCIAL. INÍCIO DA CONTAGEM. REGRA GERAL. SÚMULA CARF. ENUNCIADO Nº 72. APLICÁVEL.

Independentemente da modalidade do lançamento e da suposta antecipação de pagamento, aplica-se a contagem de prazo prevista no art. 173, I, do CTN, quando presentes as hipóteses de dolo, fraude ou simulação.

PAF. RECURSO VOLUNTÁRIO. NOVAS RAZÕES DE DEFESA. AUSÊNCIA. FUNDAMENTO DO VOTO. DECISÃO DE ORIGEM. FACULDADE DO RELATOR.

Quando as partes não inovam em suas razões de defesa, o relator tem a faculdade de adotar as razões de decidir do voto condutor do julgamento de origem como fundamento de sua decisão.

GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

A existência de um mesmo sócio compondo duas empresas revela a existência de interesses comuns, fortalecendo a tese de que ambas formam grupo econômico.

O principal efeito jurídico do instituto previsto no art. 2º, § 2º da Consolidação c/c inciso IX, art. 30, da Lei n.º 8.212/91 é que as empresas integrantes de grupo econômico respondem entre si, solidariamente, pelo cumprimento das obrigações previstas na legislação previdenciária. Podendo, para efeitos de garantia da dívida, arrolar bens da responsável principal ou da solidária.

DAS EMPRESAS DO SIMPLES CONSTITUÍDAS. EXCLUSÃO

As empresas fictas criadas foram declaradas Inaptas por Inexistência de Fato e emitido o Ato Declaratório de ofício uma vez que foram constituída por interpostas pessoas, sendo por consequência excluída do SIMPLES.

DESCONSIDERAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO POSSIBILIDADE

A legislação tributária autoriza ao fisco, de forma expressa, proceder à desconsideração do ato ou negócio jurídico, nos casos de simulação, fraude, sonegação.

PAF. JURISPRUDÊNCIA. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

As decisões judiciais e administrativas, regra geral, são desprovidas da natureza de normas complementares, tais quais aquelas previstas no art. 100 do Código Tributário Nacional (CTN), razão por que não vinculam futuras decisões deste Conselho.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: (i) por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário interposto pela Recorrente, apreciando-se apenas a preliminar de tempestividade nele suscitada; para, nessa parte conhecida, negar-lhe provimento; e (ii) por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário interposto pela Responsável Solidária e, por maioria de votos, negar-lhe provimento. Vencidos os conselheiros Gregório Rechamann Júnior e Ana Claudia Borges de Oliveira que deram-lhe provimento parcial, para: (a) cancelar o crédito referente às competências 1 a 10 (inclusive) de 2003, eis que atingido pela decadência, baseada no art. 150, § 4º do CTN; e (b) aproveitar os créditos recolhidos pelas empresas então optantes pelo SIMPLES.

(documento assinado digitalmente)

Francisco Ibiapino Luz - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros(a): Ana Claudia Borges de Oliveira, Rodrigo Duarte Firmino, Honório Albuquerque de Brito (suplente convocado), Francisco Ibiapino Luz (presidente), Gregório Rechmann Junior e Vinícius Mauro Trevisan.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância, que julgou improcedente a impugnação apresentada pela Contribuinte com a pretensão de extinguir crédito tributário referente às contribuições devidas, a parte patronal e aquela destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – SAT/RAT.

Contextualização

No procedimento fiscal, foram constituídos créditos tributários decorrentes das remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais, os quais foram pautados para julgamento nesta reunião, conforme síntese do quadro abaixo (processo digital, fl.609):

Item	Debcad	Rubrica	Período	PAF
105	37.109.094-6	Cont. patronal mais SAT/RAT	1/03 a 7/07	13609.001886/2008-77
106	37.109.096-2	Terceiros	1/03 a 7/07	13609.001888/2008-66

Como se vê na referida folha do citado processo, na mesma fiscalização, também foram apurados mais dois créditos, já definitivamente constituídos. Confira-se:

Debcad	Rubrica	Situação
37.109.095-4	Cont. desc. de segurado	Renúncia inst. adm - Pedido de parcelamento ⁽¹⁾
37.109.097-0	CFL 68	Preclusão temporal – Recurso intempestivo ⁽²⁾

⁽¹⁾ Processo digital n.º 13609.001887/2008-11, fl. 1.118

⁽²⁾ Processo digital n.º 13609.001889/2008-19, fl. 1.031

Autuação e impugnação

Por bem descrever os fatos e as razões da impugnação, adoto excertos do relatório da decisão de primeira instância – Acórdão n.º 02-25.759 - proferida pela 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte - DRJ/BHE - transcritos a seguir (processo digital, fls. 1.345 a 1.372):

Consoante Relatório Fiscal de 487/494, o presente processo trata-se de crédito lançado no período de 01/2003 a 07/2007, contra a empresa acima identificada, no montante de R\$9.524.384,09 (Nove milhões, quinhentos e vinte e quatro mil e trezentos e oitenta e quatro reais e nove centavos) correspondente às contribuições previdenciárias incidentes sobre os valores pagos aos segurados empregados e contribuintes individuais, parte patronal e as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho-RAT, não recolhidas no prazo legal.

Os levantamentos efetuados são os seguintes:

LEVANTAMENTO	ORIGEM DO LEVANTAMENTO
FL1	Folha de Pagamento em nome da empresa Fiação

FL2	Curvelana Ltda
IC1	Folha de Pagamento em nome da empresa Industrial
ICU	Curvelana de Tecelagem Ltda
MOI	Folha de Pagamento em nome da empresa Montilini
MON	Industria e Comércio Ltda
SAI	Folha de Pagamento em nome da empresa Industrial
SAR	Saroba Ltda
TC1	Folha de Pagamento em nome da empresa Tecelagem
TCM	Centro de Minas Ltda

A Auditoria diz que o crédito em questão foi apurado, por solidariedade, entre as empresas Industrial Labortextil S/A e a América Medical Ltda que formam Grupo econômico. Para o lançamento a Auditoria tomou como base os recibos de pagamento, as folhas de pagamento, as Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações para a Previdência Social - GFIP e demais documentos colocados à disposição da fiscalização.

A Auditoria afirma que a empresa América Medical Ltda tem como sócio administrador o SR. Romildo Cordeiro Pessoa Júnior, sendo também, Diretor Presidente da empresa Industrial labortextil S/A, tendo este total controle de ambas sociedades empresarias. Assim, em se tratando de responsabilidade de empresa integrante de grupo econômico, as demais empresas do grupo são responsáveis solidárias entre si pelo cumprimento das obrigações previdenciárias na forma do art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91. Foi lavrado o Termo de Sujeição Passiva, anexo ao AIOP e que nos autos corresponde às fls.02/03.

Aduz a Auditoria que durante o período fiscalizado foi constatado que toda a parte operacional da linha de produção têxtil da Industrial labortextil passou a ser executada por 5 (cinco) empresas: Fiação Curvelana Ltda, Industrial Curvelana de Tecelagem Ltda, Tecelagem Centro de Minas Ltda, Industrial Saroba Ltda e Montilini Industria e Comércio Ltda. As referidas empresas têm em comum as seguintes características:

- a- são optantes pelo Simples;
- b- possuem como objetivo social a industrialização têxtil;
- c- possuem quadro societário composto por pessoas simples, de baixo poder aquisitivo e sem lastro patrimonial necessário para gerir uma indústria têxtil;
- d- seus sócios administradores constantes dos Contratos Sociais apenas emprestam seus dados cadastrais sem qualquer ingerência na sociedade, estes ou não foram encontrados ou quando encontrados não atenderam à fiscalização;
- e- os sócios localizados e que regularmente comparecem ao parque industrial têm sua frequência controlada através de assinatura de ponto em Ficha de entrada e saída de funcionários que fica localizada na portaria do parque industrial da Industrial Labortextil, com tratamento análogo ao de empregado, somente estes sócios são conhecidos pelos funcionários entrevistados, pela Auditoria, dentre eles a funcionária procuradora administrativa de todas as empresas e porteiros, sendo que um dos porteiros é funcionário do complexo Industrial da Labortextil há mais de 42 anos;
- f- são gerenciadas pelo mesmo procurador constituído através de procuração pública com amplos poderes;
- g- são desprovidas de instalações físicas próprias. É no parque industrial que se faz o controle de pessoal, o contábil, o fiscal, o administrativo e de almoxarifado;

- h- inicialmente, os empregados alocados nas linhas de produção foram remanejados da empresa Industrial Labortextil sem que houvesse rescisão contratual ou descontinuidade dos vínculos empregatícios;
- i- as empresas possuem o mesmo contador, Sr. Edvânio Miranda Soares, CPF 781.451.206-91 que é o único interlocutor dessas empresas junto à fiscalização, sendo, também, contador da Industrial Labortextil S/A e da América Medical Ltda.

Ressalta a Auditoria, em seu Relatório que foram ficticiamente criadas as empresas Fiação Curvelana Ltda CNPJ 04.241.854/0001-10, Industrial Curvelana de Tecelagem Ltda CNPJ 04.241.869/0001-89, Industrial Saroba Ltda CNPJ 04.241.880/0001-49 e Montilini Industria e Comércio Ltda CNPJ, 05.830.192/0001-87, no interior do parque industrial da empresa Industrial Labortextil S/A, através de artifícios fraudulentos, com o fim específico de lesar o fisco, seja através da diminuição ilegal da carga tributária vez que as empresas criadas são optantes pelo SIMPLES, seja pela falta de patrimônio destas empresas para garantir futuras ações judiciais originadas de seus empregados ou mesmo do fisco. Estas empresas contam apenas com um capital social irrisório e as pessoas físicas tidas como sócios possuem mínima ou nenhuma capacidade financeira.

A fiscalização constatou que todo o processo produtivo, antes realizado pela Industrial Labortextil S/A, passou a ser desenvolvido pelas citadas empresas, tendo sido formalizado entre elas "Contratos de Industrialização por encomenda".

Consoante depoimento prestado pelo Diretor-Presidente da Industrial Labortextil, o Sr. Romildo Cordeiro Pessoa Júnior, CPF: 184.786.114-87. à DRF em Sete Lagoas o processo produtivo se dá da seguinte forma:

- 1 - Fiação Curvelana Ltda CNPJ 04.241.854/0001-10 é a responsável pela primeira etapa da produção sob encomenda, especificamente cuida de transformar o "algodão em pluma" em fio;
- 2 - Industrial Curvelana de Tecelagem Ltda CNPJ 04.241.869/0001-89, se encarrega da industrialização da segunda etapa de a produção sob encomenda, transformando o fio em urdume;
- 3 - Tecelagem Centro de Minas Ltda CNPJ 02.913.130/0001-40, executa a terceira etapa do processo transformando o urdume engomado e fio em tecido de gazes e campo cirúrgico;
- 4 - Industrial Sarobá Ltda CNPJ 04.241.880/0001-49, se encarrega da quarta etapa do processo executando o alvejamento;
- 5- Montilini Industria e Comércio Ltda CNPJ, 05.830.192/0001-87, executa a etapa final transforma tecido em compressa de gazes e campo operatório, procedendo à embalagem final.

A Auditoria afirma, ainda, que dentro do parque industrial existe, de fato, apenas a Industrial Labortextil, as demais empresas foram criadas pela Labortextil, utilizando interpostas pessoas (laranjas) para compor cada quadro societário, transferindo para elas quase que a totalidade de seus funcionários e pulverizando todo o processo produtivo por meio dessas supostas empresas, no intuito de obter vantagem, conforme já afirmado, com redução de tributos e/ou contribuições previdenciárias através da inclusão dessas empresas no SIMPLES. Inexiste nessas fictícias empresas patrimônio suficiente para garantir suas obrigações tributárias e trabalhista. Inclusive, registra que essas empresas vivem em estado permanente de insolvência perante o fisco, em especial, em relação às contribuições previdenciárias descontadas de seus empregados e não repassadas à Receita Federal do Brasil, o que em tese, caracteriza o crime de apropriação indébita previdenciária previsto no art.168-A do Código Penal Brasileiro.

Informa a Auditoria que a Industrial Labortextil S/A omite contribuições previdenciárias devidas ao fazer com que seus funcionários sejam tidos como funcionários das fictas empresas, transferindo-os sem rescisão contratual, dando

continuidade ao vínculo empregatício. Essa simulação caracteriza em tese o crime de sonegação de contribuição previdenciária previsto no art.337-A do Código Penal Brasileiro.

Ressalta que o artifício utilizado pela Industrial Labortextil visava manter a normalidade do ciclo de produção, porém, serviu para omitir, impedir, mascarar, dificultar a identificação dos verdadeiros sócios e controladores bem como para se eximir ilegalmente do pagamento de tributos e contribuições, suprimindo inclusive os meios legais de cobrança, vez que as empresas criadas não possuíam patrimônio necessário para arcar com os diversos encargos, com o desenvolvimento do empreendimento industrial ao qual se propunham e eventuais ações de execução.

No quadro abaixo a Auditoria demonstra a distribuição dos funcionários da Industrial Labortextil:

QUADRO DE EMPREGADOS			
EMPRESA	EXISTENTES EM DEZ/2000	EXISTENTES EM JAN/2001	FONTE
Industrial Labortextil S/A	612	07	CAGED/ CNIS CNIS
Industrial Curvelana de Tecelagem Ltda	0	257	
Fiação Curvelana Ltda	0	252	
Industrial Saroba Ltda	0	99	
TOTAL	612	615	

A empresa Montilini Industria e Comércio Ltda iniciou suas atividades em 2003 e a empresa Tecelagem Centro de Minas teve seu objeto social modificado para industrialização de tecidos de fibras naturais na JUCEMG em 23/05/2002, por isso não constaram do quadro acima.

A situação encontrada no mês de julho de 2007, incluindo as referidas empresas, era a seguinte:

QUADRO DE EMPREGADOS		
EMPRESA	EXISTENTES JULHO/2007	FONTE
Industrial Labortextil S/A	03	GFIP WEB
Industrial Curvelana de Tecelagem Ltda	166	
Fiação Curvelana Ltda	274	
Industrial Saroba Ltda	118	
Tecelagem Centro de Minas	204	
Montilini Industria e Comércio Ltda	345	
TOTAL	1.110	

Destacou, ainda, a Auditoria que o fato gerador das contribuições previdenciárias foi gerido pela Industrial Labortextil, pois, as empresas fictas criadas e já identificadas, foram declaradas **Inaptas por Inexistência de Fato** através dos Atos declaratórios n.º 29, 30, 31, 32 e 33 do delegado da Receita Federal do Brasil de Sete Lagoas, publicados no Diário Oficial da União n.º 209, de 28 de outubro de 2008- Seção 1, sendo assim, foram considerados inidôneos todos os documentos por ventura emitidos por essas empresas, não produzindo estes documentos quaisquer efeitos tributários. As fls. 486, deste processo, consta a cópia do DOU que publicou os referidos Atos Declaratórios. Inexistindo de fato as referidas empresas o real empregador, aquele que assume os riscos da atividade econômica, que admite, assalaria e dirige a prestação de serviços é a Industrial Labortextil e, por solidariedade passiva, por constituir Grupo Econômico, a empresa América Medicaí Ltda.

Em função do valor do crédito lançado foi lavrado Termo de Cientificação de Arrolamento de Bens e Direito, em nome da América Medicaí Ltda, sujeito passivo

solidário, correspondente a bens imóveis que originalmente eram de propriedade da Industrial Labortextil e que foram transferido para a América Medicaí Ltda.

Foi emitido, também, Termo de Retenção de Documentos, de fls. 485, relativo às Fichas de Controle de Entrada e Saída de Funcionários.

Os créditos lançados neste DEBCAD 37.109.094-6 encontra-se apensado aos lançados nos DEBCAD's 37.109.095-4; 37.109.096-2 e 37.109.097-0, consoante Termo de fls.498 e499, dos autos.

A Auditoria na empresa se deu mediante autorização dada pelo Mandado de Procedimento Fiscal - MPF n ° 09418075F00, de fls.467 e Termo de Início da ação Fiscal-TIAF de fls.468/469. A documentação foi solicitada, ainda, através do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD, cópias em anexo (472/474), tendo sido ainda emitido o Termo de Continuidade Fiscal de fls.475.

O presente Auto de Infração foi lavrado em 17/11/2008 e a empresa teve ciência em 27/11/2008, conforme documento de fls.495, destes autos. Inconformada com a autuação, as empresas apresentaram impugnação de 502/529 e documentos comprobatórios de fls. 530/1358) dentro do prazo legal, apresentada em nome da notificada e da responsável solidária, conforme despacho fls. 1.362, da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Sete Lagoas, na qual argui a tempestividade de sua defesa, faz um breve relato dos fatos e argumenta o que se segue resumido:

As impugnantes esclarecem inicialmente sobre os fatos atinentes à situação da empresa desde 1996; dizem que o acordo firmado com o Grupo Othon Bezerra de Mello para a compra da Fábrica Maria Amália visou evitar o seu fechamento e buscou sua organização para que voltasse a funcionar fato que ocorreu em 1997; daí em diante relata as dificuldades pelas quais vem passando a Industrial Labortextil.

Informam que, como forma de possibilitar a continuidade da empresa buscou-se a reestruturação de suas atividades com a aprovação do Sindicato e dos empregados. A documentação comprobatória deste fato é de difícil obtenção porque já se passaram 8 (oito) anos, mas foi possível encontrar uma ata do sindicato fazendo referência a esta operação :

"Reestruturação da Indústria labortextil. Dr. José Geraldo explicou que serão criadas 3 (três) pequenas empresas, contribuintes pelo SIMPLES, que a Indústria Labortextil assume toda responsabilidade trabalhista com relação aos empregados, que deverão levar suas carteiras profissional na fábrica para que possa batido(sic) apenas um carimbo, para o operário saber qual empresa ele estaria pertencendo". (doe 4).

Em seguida, dizem que, com base nos estudos feitos à época, optou-se pela segregação da atividade produtiva da Labortextil mediante a criação de cinco empresas, inscritas no Simples, e que ficariam responsáveis, cada uma, pela realização de uma etapa da produção. O quadro societário, destas sociedades, seria formado por empregados da própria Fábrica, pois detinham o conhecimento técnico do processo produtivo. Surgindo, ao final de 2000, a Ind. Curvelana de tecelagem Ltda, a Fiação Curvelana Ltda e a Industrial Saroba Ltda, e em 2002 e 2003 foram criadas a Tecelagem Centro de Minas Ltda e a Montiline Indústria e Comércio Ltda. Informa que as sociedades criadas foram regularmente criadas e obtiveram todas as autorizações necessárias, tanto no âmbito municipal e estadual como no federal] (doc.5).

Afirmam que, diferentemente do arguido pelo ilustre fiscal autuante", o procedimento adotado não se tratou de uma manobra visando a fraude ou a simulação com o intuito de não recolher tributos. Cuidou-se, na realidade, de uma medida extrema implementada como única maneira de reduzir o custo da produção mediante a redução de tributos, e, com isso, reduzir os preços para ter condições de manter as atividades da Fábrica. Destaca que em 2002 e 2003, apesar das dificuldades oriundas dos débitos anteriores, foi verificada uma

grande melhora no pagamento de salários, tributos e financiamentos. Entre o período de 2004 a 2007 a situação se agravou, no início de 2007 a Industrial Labortextil ficou paralisada por 20 dias em função de corte de energia elétrica e greve. Neste período foram ajuizadas várias Ações Trabalhistas pleiteando a rescisão indireta do contrato de trabalho, sendo que a Juíza do Trabalho, Dia. Vânia Lúcia Horta, mediante acordo, possibilitou que as rescisões indiretas fossem pagas de forma parcelada e sem incidência de multa.

Aduzem que somente no final de 2007 e início de 2008, após vários prejuízos apurados (doe.6) em decorrência das dívidas bancárias, tributárias e das rescisões indiretas, a Industrial Labortextil conseguiu firmar um acordo com os seus clientes que se comprometeram pagar à vista, assim, aumentou sua produtividade e está praticamente em dia com os pagamentos dos salários.

Comentam sobre o processo industrial de seu produto, que passa pelas atividades das empresas criadas conforme discriminadas no (doe.7) e que cada empresa possui área de funcionamento própria e delimitada, contendo suas máquinas e pessoal (doe.8)

Passam para as argumentações referentes ao presente processo arguindo decadência do período de 01/2003 a 11/2003, considerando-se a lavratura ocorrida em 17 de novembro de 2008, com fulcro no art. 150 § 4º, como inclusive já confirmado pela Súmula 08 do STF.

Alegam as impugnantes que não há que se falar em responsabilidade solidária da América Medicaí sob o argumento apresentado pela auditoria. Entendem que a simples acusação de que existe um Diretor em comum entre as duas empresas não autoriza a solidariedade imputada. Denota-se das normas citadas e transcritas art.748 da IN MPS/SRP N° 03/2005 e 1097 e 1098 do Código Civil, que se considera formado um Grupo econômico quando duas ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas, o que não se verifica na espécie. No presente caso, nenhuma das impugnantes participa do capital social ou detém qualquer poder de direção ou de comando sobre a outra. Consoante se infere dos instrumentos sociais ora trazidos à colação (doc. 1) não se evidencia os requisitos estampados na lei e nos instrumentos normativos infra-legais para a formação de um grupo econômico.

Argumentam que a Auditoria arrolou bens da América Medicaí, que foram transferidos pela Industrial Labortextil, entretanto tal transferência não foi fraudulenta e nem a Industrial Labortextil é insolvente, isto porque a Industrial Labortextil manteve em sua propriedade todas as máquinas utilizadas na industrialização têxtil, equipamentos estes que são avaliados em 20 milhões de reais (doc.9).

Arguem nulidade do lançamento sob o argumento de que em data recente a Fiação Curvelana Ltda e a Industrial Curvelana de Tecelagem Ltda, duas das empresas optantes pelo SIMPLES, foram objeto de fiscalização do INSS, que por meio de diligência realizada reconheceu a capacidade das mesmas para exercer suas atividades, tanto que lavrou contra elas auto de infração com o fito de exigir a contribuição previdenciária supostamente retida e não recolhida no mesmo período abrangido pela presente fiscalização(doc.9), citando as NFLD'S DEBCAD's 35.750.349-0, 37.087.693-8, 35.750.348-1.

Segundo as defendentes a situação fática não se alterou desde o ano de 2001 e que o auditor fiscal sustenta que as empresas do SIMPLES jamais existiram, então é evidente a mudança de critério jurídico do ente tributante uma vez que os fiscais anteriores resolveram levantar os créditos nas empresas optantes pelo SIMPLES e o atual decidiu exigir o crédito da Industrial Labortextil como se as outras empresas nunca estivessem existido. A própria Labortextil e as demais empresas do SIMPLES estavam convictas de que a reestruturação levada a efeito era regular e perfeitamente legal, pois, outros agentes fiscais já haviam analisado tais eventos, se houve alguma mudança de entendimento fiscal este não pode

retroagir pois, com base no art.146 do CTN, o novo critério jurídico somente pode ser efetivado quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Ressaltam que o Auditor acusa a defendente de exercer suas atividades por meio da criação de empresas do SIMPLES, utilizando-se de interpostas pessoas "laranjas" para compor o quadro societário, transferindo para elas quase a totalidade de seus funcionários e pulverizando todo o processo produtivo por meio dessas empresas no intuito de levar vantagem. Entendem que o ato da auditoria não tem amparo legal, pois, este procedeu a uma interpretação arbitrária e totalmente subjetiva e distorcida da realidade dos fatos, tanto que as empresas existem a mais de 8 anos e, neste período, se submeteram às mais diversas fiscalizações, inclusive do próprio INSS, sem que nenhuma delas apontasse qualquer indício de fraude ou simulação no desenvolvimento de suas atividades.

A lei nº 9.317/96, que disciplina a matéria, veda a opção pelo SIMPLES de pessoa jurídica interposta ou resultantes de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento. Assim o lançamento deveria ser nulo, por ausência de exclusão formal do SIMPLES, no caso o máximo que a auditoria poderia fazer é promover a exclusão do SIMPLES garantindo o direito ao contraditório e a ampla defesa, e, se mantida a decisão de exclusão, calcular os tributos devidos pelo regime do lucro real ou arbitramento. Em seguida, se fosse o caso, exigir da Industrial Labortextil o pagamento destes valores sob a alegação de responsabilidade solidária, por interesse comum no fato gerador (art 124, I do CTN). Entretanto o que se percebe é que a fiscalização simplesmente desconsiderou a personalidade jurídica das empresas optantes pelo SIMPLES, sem qualquer respeito às normas legais, normas estas que existem exatamente para evitar abusos e balizar procedimentos, especialmente o art. 50 do Código Civil, que exige decisão judicial para tanto (Cita Recurso 154592/2008- sem indicação do tribunal).

Esclarecem que a sistemática adotada não visou fraudar, mas sim salvar a Industrial Labortextil da falência iminente no ano de 2001, tratando-se de planejamento tributário. Cita doutrina que entende aplicável e conclui que com efeito, a deliberação no sentido de segregar uma ou mais etapas do processo produtivo da empresa e entregá-las a pessoa jurídica diversa não pode ser tida como "artifícios fraudulentos, com o fim específico de lesar o fisco".

No que se refere ao argumento da auditoria de inexistência de patrimônio das empresas e de seus sócios, dizem que tal fato não é indicativo de fraude ou simulação, conforme entendimento doutrinário que cita João Dácio Rolim e Ives Gandra e entendimento reiterado pelo Conselho de Contribuinte no acórdão 101.96812, que transcreve.

Afirmam que a maior prova de que não houve lesão aos cofres públicos foi o aumento de empregos gerados desde a implementação da reestruturação, conforme aponta a própria Auditoria em seu Relatório.

Aduzem que no caso em questão, uma vez criadas as novas empresas, foram firmados contratos de locação de máquinas com a Industrial Labortextil, o que lhes permitiu dar início às suas operações (doe.8). Além disso, com o aval do sindicato da região (doc.4) a Industrial Labortextil transferiu para estas empresas empregados qualificados em número suficiente para operarem as máquinas e realizarem o processo de industrialização, por encomenda.

Como os pagamentos se dão no final do mês, quando estas já estão recebendo da Labortextil o pagamento em virtude da industrialização encomendada, afasta a necessidade de que as empresas tenham um patrimônio vultoso para o desempenho de suas atividades.

Relativamente à acusação de que os empregados alocados nas linhas de produção foram remanejados da empresa Industrial Labortextil sem que houvesse rescisão contratual ou descontinuidade dos vínculos empregatícios, ressaltam que a transferência ocorreu com a anuência do Sindicato dos trabalhadores de Curvelo(doc 4) e com o único objetivo de garantir a continuidade da atividade econômica, não houve, portanto, transferência ficta de empregados como argumentou o Auditor fiscal.

Quanto ao quadro societário das sociedades, o mesmo era formado por alguns dos mais antigos e experientes funcionários da Fábrica e que assumiram as empresas com o objetivo de contribuir para a superação das dificuldades financeiras da Labortextil, estes além de sócios das novas empresas mantiveram emprego em alguma das outras empresas do SIMPLES com isso auferiam recursos necessários à sua subsistência, o que explica a afirmação do Auditor de que alguns sócios tinham tratamento análogo ao de empregado.

Afirmam, ainda, que todas as sociedades do SIMPLES possuem Alvará de Licença de Locação e Funcionamento emitido pela Prefeitura de Curvelo e inscrição estadual fornecida pelo Estado de Minas Gerais (doc.5), atestando que os locais em que estas empresas se encontram preencheram os requisitos legais dos entes federados Municipal e Estadual. A realidade é diferente daquela apontada pelo ilustre fiscal, pois, não houve o alegado intuito de fraude, mas apenas a adoção de medida visando à manutenção da atividade industrial e dos respectivos empregos.

Não houve, portanto, utilização fraudulenta de interposta pessoa que justifique o lançamento das contribuições previdenciárias em face da Industrial labortextil.

Quanto ao fato gerador apurado na Industrial Labortextil, dizem que não restou comprovados os requisitos do art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas-CLT, no período indicado, o que se verifica na prática c que os empregados que a fiscalização entendeu trabalhar para a Labortextil foram contratados, assalariados e dirigidos pelas empresas do SIMPLES, que inclusive assumem o risco da atividade econômica.

Argumentam que os recolhimentos efetuados pelas empresas Ind. Curvelana de Tecelagem Ltda, Fiação Curvelana Ltda, Ind. Saroba Ltda, Tecelagem Centro de Minas Ltda e Montiline Indústria e Comércio Ltda (doc.II) não foram considerados pela fiscalização, assim, há iliquidez do crédito tributário, transcreve Acórdãos do CARF neste sentido.

Ressaltam, ainda, que as contribuições previdenciárias recolhidas no bojo dos acordos trabalhistas firmados na Justiça do Trabalho, notadamente os relativos à demissão de empregados, também, não foram considerados pela fiscalização. Os referidos recolhimentos foram atestados pelo Judiciário consoante doe. 12.

Informam que as GFIP's e os DARF's da Industrial Sarobá Ltda e os DARF's da Tecelagem Centro de Minas Ltda não estão sendo apresentados, no momento porque foram entregues para a fiscalização mas, até a data de protocolo desta impugnação, não haviam sido devolvidos, porém estes recolhimentos deverão ser abatidos dos valores apurados.

Enfim, o relatório fiscal sugere que as empresas incluídas no SIMPLES jamais teriam pago seus tributos, mas não foi isso que ocorreu, como se observa dos inúmeros comprovantes de recolhimento que ora são apresentados por amostragem, haja vista que no exíguo prazo para formalização desta impugnação não foi possível o levantamento das guias.

Diz que a fiscalização negligentemente não considerou os pagamentos efetuados, e por isso afirmou, erroneamente, que nada teria sido recolhido. É evidente, pois, a nulidade do lançamento em face da iliquidez do crédito tributário.

Passam aos seguintes requerimentos:

reconheça a decadência do período de 01/2003 a 09/2003;
anule o lançamento por violação ao artigo 146 do CTN;
exclua a América Medical Ltda da condição de sujeito passivo da obrigação tributária;
exclua a Industrial Labortextil S/A da condição de sujeito passivo da obrigação tributária;
considere a inexistência da relação de emprego em face da Industrial Labortextil S/A;
anule o lançamento por iliquidez do crédito tributário ou, pelo princípio da eventualidade, considerar todos os recolhimentos feitos pelas empresas optantes pelo SIMPLES.

(Destaque no original)

Julgamento de Primeira Instância

A 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte julgou improcedente a contestação da Impugnante, nos termos do relatório e voto registrados no Acórdão recorrido, cuja ementa transcrevemos (processo digital, fls. 1.345 a 1.372):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/7/2007

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PARTE PATRONAL

A empresa é obrigada a recolher as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados e contribuintes individuais a seu serviço no prazo definido na legislação.

Para fins de recolhimento das contribuições previdenciárias, considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA

A decadência das contribuições previdenciárias deve-se operar em 05 (cinco) anos, nos moldes do CTN, consoante a recente Súmula Vinculante nº 8 do STF.

Se o sujeito passivo, no cumprimento das obrigações tributárias, apura o valor devido, presta as informações ao fisco a que está obrigado em virtude de lei e faz o pagamento antecipado, o decurso do prazo para a homologação, expressa ou tácita, é contando a partir do fato gerador da respectiva obrigação tributária, implicando na submissão ao comando do § 4º do art. 150 do CTN, caso não adote os referidos procedimentos o prazo decadencial é o previsto no art. 173,1 do referido diploma legal.

GRUPO ECONÔMICO- RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

A existência de um mesmo sócio compondo duas empresas revela a existência de interesses comuns, fortalecendo a tese de que ambas formam grupo econômico.

O principal efeito jurídico do instituto previsto no art. 2º, § 2º da Consolidação c/c inciso IX, art. 30, da Lei nº 8.212/91 é que as empresas integrantes de grupo econômico respondem entre si, solidariamente, pelo cumprimento das obrigações previstas na legislação previdenciária. Podendo, para efeitos de garantia da dívida, arrolar bens da responsável principal ou da solidária.

DAS EMPRESAS DO SIMPLES CONSTITUÍDAS. EXCLUSÃO

As empresas fictas criadas foram declaradas **Inaptas por Inexistência de Fato e emitido o Ato Declaratório de ofício uma vez que** foram constituída por interpostas pessoas, sendo por consequência excluída do SIMPLES.

DESCONSIDERAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO POSSIBILIDADE

A legislação tributária autoriza ao fisco, de forma expressa, proceder à desconsideração do ato ou negócio jurídico, nos casos de simulação, fraude, sonegação.

ALTERAÇÃO NORMATIVA. NORMA MAIS BENÉFICA. RETRO ATIVIDADE. APLICAÇÃO AOS CASOS PENDENTES DE JULGAMENTO.

De acordo com o CTN aplica-se a nova norma aos casos passados, pendentes de julgamento quando se tratar de norma que defina penalidade mais benéfica.

A comparação para determinação da multa mais benéfica deverá ser feita no momento do pagamento ou parcelamento do débito pelo contribuinte.

Impugnação Improcedente

(Destques no original)

Recurso Voluntário

Discordando da respeitável decisão, os Sujeitos Passivos interpuseram recurso voluntário, ratificando os argumentando apresentados na impugnação, o qual, em síntese, traz de relevante para a solução da presente controvérsia (processo digital, fls. 1.533 a 1.570):

1. Preliminarmente, alegam tempestividade do recurso, sob o enfoque de que a Responsável Solidária não foi cientificada da decisão de origem; bem como, embora manifestado acórdão tenha sido encaminhado para o endereço cadastral da Atuada, em suas mão ele não chegou, razão por que dito extravio é objeto de apuração criminal.

2. Defendem suposta nulidade do reportado lançamento sob o pressuposto de que a Fiação Curvelana Ltda e a Industrial Curvelana de Tecelagem Ltda, duas das empresas optantes pelo SIMPLES, foram objeto de fiscalização do INSS, segundo ela, implicando possuírem capacidade operacional.

3. Sinalizam suposta nulidade da decisão recorrida sob o pressuposto de que nem todas alegações da impugnação foram enfrentadas.

4. Discorrem acerca do histórico empresarial, aí se incluindo a, em suas palavras, necessidade de reestruturação como forma de superação das dificuldades mercadológicas.

5. Aduzem que a segregação da atividade produtiva mediante a criação de 5 (cinco) empresas inscritas no Simples não se caracteriza fraude ou simulação com o intuito de reduzir a carga tributária.

6. Manifestam que os fatos geradores ocorridos entre 1º de janeiro e 30 de novembro de 2003 não poderiam ter sido objeto de lançamento, por ter se operado a decadência do direito que o Fisco detinha de constituir o respectivo crédito tributário.

7. Defendem a ausência de responsabilidade solidária da América Medical.

8. Discorrendo acerca da Lei nº 9.317, de 1996, citam que a caracterização da interposição de pessoas foi arbitrária.

9. Alegam improcedência dos fatos geradores por falta de comprovação dos requisitos previstos no art. 2º da CLT sob o fundamento de que ditos empregados foram contratados, assalariados e dirigidos pelas empresas do Simples, e não pela Recorrente.

10. Enfatizam a iliquidez do crédito constituído sob o argumento de que os recolhimentos efetivados pelas empresas do Simples foram desconsiderados pela fiscalização, aí também se incluindo as contribuições recolhidas em face dos acordos trabalhistas.

11. Subsidiariamente, pedem o aproveitamento dos recolhimentos efetuados pelas empresas do Simples.

12. Transcrevem jurisprudência perfilhada à sua pretensão.

Contrarrazões ao recurso voluntário

Não apresentadas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Francisco Ibiapino Luz, Relator.

Admissibilidade do recurso da Autuada e da Responsável Solidária

O presente recurso voluntário foi interposto após o prazo legal de 30 (trinta) dias contados da ciência da decisão recorrida, mas traz alegações atinentes à tempestividade, razão por que deverá ser conhecido, para análise da preliminar suscitada.

Preliminar de tempestividade

Como se pode notar, segundo o art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 1972, o sujeito passivo tem o prazo de 30 (trinta) dias para interpor recurso voluntário junto ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), contados da ciência de decisão da DRJ que lhe foi parcial ou totalmente desfavorável. Nestes termos:

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

De igual relevância, cumpre aferir a data de ocorrência da ciência do acórdão recorrido, momento em que se considerou intimado o Contribuinte, para fins de contagem do prazo da interposição do recurso em análise. Assim considerado, os arts. 5.º, caput e parágrafo único, e 23 do citado Decreto determinam que a ciência da intimação feita por via postal se dará no dia do seu recebimento. Ademais, na reportada contagem, os prazos são contínuos, excluindo-se o dia do início e incluindo-se o do vencimento, bem como só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal na Repartição Fiscal. Confira-se:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

[...]

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo;

[...]

§ 2º Considera-se feita a intimação:

[...]

II - no caso do inciso II do caput deste artigo, **na data do recebimento** ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação; (grifo nosso)

Art. 5º Os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

[...]

Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

Superado o formato legal atinente ao lapso temporal estabelecido para a interposição do recurso voluntário - aí se incluindo o momento de ocorrência da ciência, assim como o prazo em si e sua forma de contagem - passo a enfrentar o caso em debate.

Consta nos autos que a Contribuinte foi intimada da decisão recorrida (INTIMAÇÃO SORAC/ARF/CLO 045/2010 – processo digital, fl. 1.374), por via postal, com recebimento datado de 7/4/2010 (aviso de recebimento – processo digital, fl. 1.375). Contudo, mencionado recurso somente foi interposto no dia 13/10/2010 (processo digital, fl. 1.533), revelando-se **notoriamente extemporâneo**. Portanto, **restou** afastada a capacidade processual, porque declinada dentro do prazo preempatório estabelecido em lei (preclusão temporal).

Por oportuno, a Contribuinte busca justificar citada tempestividade, alegando que, embora manifestado acórdão tenha sido encaminhado para o seu endereço cadastral, em suas mãos ele não chegou, razão por que dito extravio é objeto de apuração criminal. Contudo, referido argumento não pode prosperar ante o estabelecido no Enunciado nº 9 de súmula do CARF, *verbis*:

É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Tendo em vista o cenário apontado, consoante mandamento presente no inciso I e parágrafo único do art. 42 do citado Decreto, a **preclusão temporal** da pretensão interposta pelo Sujeito Passivo se revela **irrefutável**, especialmente por lhe faltar argumentos que supostamente pudessem elidir manifestada constatação. Confira-se:

Art. 42. São definitivas as decisões:

I - de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto;

[...]

Parágrafo único. Serão também definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício.

Arrematando o que está posto, conforme se vê na transcrição dos arts. 21, § 3º, e 43 do mesmo Ato, caracterizada a definitividade da decisão de primeira instância, **resolvido** estará o litígio, iniciando-se o procedimento de cobrança amigável:

Art. 21. Não sendo cumprida nem impugnada a exigência, a autoridade preparadora declarará a revelia, permanecendo o processo no órgão preparador, pelo prazo de trinta dias, para cobrança amigável.

[...]

§ 3º Esgotado o prazo de cobrança amigável sem que tenha sido pago o crédito tributário, o órgão preparador declarará o sujeito passivo devedor remisso e encaminhará o processo à autoridade competente para promover a cobrança executiva.

Art. 43. A decisão **definitiva** contrária ao sujeito passivo será cumprida no prazo para cobrança amigável fixado no artigo 21, aplicando-se, no caso de descumprimento, o disposto no § 3º do mesmo artigo. (grifo nosso)

Como visto, a Contribuinte declinou do direito de interpor sua pretensão em prazo hábil, razão por que a decisão recorrida alcançou todos os requisitos de definitividade na esfera administrativa. Pensar diferente implicaria **afastar** a aplicação de prescrição legal vigente a caso específico, ainda que atendidos os pressupostos de fato e de direito que lhes são próprios, competência que não dispõe a autoridade judicante administrativa.

Nessa compreensão, conforme o art. 2º, § único, incisos I e VII, c/c com o art. 50, inciso V, da Lei nº 9.784/1999 - de aplicação subsidiária ao Processo Administrativo Fiscal - os atos que resultem decisão de recursos administrativos carecem, além da conformidade com a lei e o Direito, de motivação explicitando seus pressupostos de fato e de direito. Confirma-se:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da **legalidade**, finalidade, **motivação**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (grifos nosso)

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

[...]

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

[...]

V - decidam recursos administrativos;

Ademais, vale arrematar que os ditames do citado art. 42 tratam dos limites estabelecidos para a prática dos atos processuais, caracterizando-se a preclusão com a perda do direito de exercício da pretensão em si, por ter se esgotado o prazo legal a isso definido. Por conseguinte, o eixo mandamental consignado em aludido artigo não contempla o afastamento da preclusão temporal de decisão definitiva de primeira instância, restabelecendo o contencioso, em virtude da interposição extemporânea de recurso.

Não obstante o acima exposto, vale considerar que a Responsável Solidária não havia sido intimada da decisão recorrida, conforme se observa nos excertos de Decisão da PGFN e Despacho da Unidade preparadora, termos:

Decisão administrativa da PGFN (processo digital, fl. 1.520):

Examinando este processo constato que o Auto de Infração de fls. 1/Volume 1 indica como contribuintes sob ação fiscal INDUSTRIAL LABORTÊXTIL S/A e AMERICA MEDICAL LTDA. Verifico, também, que a decisão final do lançamento tributário proferida pela DRJ-BH não foi notificada à segunda contribuinte sob ação fiscal, AMERICA MEDICAL LTDA.

Ante o exposto, identificado irregularidade sanável, determino ao SERDA que devolva este processo à via administrativa, sem inscrição, restituindo-o ao órgão de origem, para a resolução desta questão e das demais, pela autoridade administrativa competente.

Despacho da ARF – Curvelo/MG (processo digital, fls. 1.624 e 1.625):

Em 0510412010, foi encaminhada à contribuinte Industrial Labortêxtil a intimação ARF/CLO nº 45 (ciência em 07/04/2010 — fl. 1406). Posteriormente em 08/06/2010, foi enviada à Industrial Labortêxtil, S A Carta Cobrança ARF/CLO nº 85 (ciência em 10/06/2010 — AR às fl. 1410).

Através do Despacho de fls 1520/1521 encaminhamos o processo à Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Sete Lagoas/MG para inscrição em Dívida Ativa da União.

Entretanto, foi verificado pela referida PSFN que a decisão proferida pela DRJ/BHE/MG não foi notificada à segunda contribuinte sob ação fiscal, América Medical Ltda- CNPJ 01.310.21210001-38.

[...]

Nesta mesma data, 13/10/2010, foi protocolado, também perante a PSFN/Sete Lagoas/MG (fls. 1538/1623), **recurso voluntário** em nome da Industrial Labortêxtil S/A e América Medical Ltda, no qual a recorrente Industrial Labortêxtil S/A alega que apesar de ter sido enviada intimação postal para a empresa, a mesma se extraviou antes de chegar às mãos dos representantes legais e a América Medical, se dá por intimada na presente data e requer o regular processamento do recurso, por tempestivo.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto pela América Medical Ltda, responsável solidária.

Preliminares

Nulidade do lançamento

Inicialmente, registre-se que o lançamento é ato privativo da Administração Pública, pelo qual se verifica e registra a ocorrência do fato gerador, a fim de apurar o quantum devido pelo sujeito passivo da obrigação tributária prevista no artigo 113 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN). Portanto, à luz do art. 142 do mesmo Código, trata-se de atividade vinculada e obrigatória, como tal, sujeita à apuração de responsabilidade funcional em caso de descumprimento, pois a autoridade não deve nem pode fazer juízo valorativo acerca da oportunidade e conveniência do lançamento. Confirma-se:

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.

Assim sendo, não se apresenta razoável o argumento da Recorrente de que o lançamento ora contestado é nulo tanto pela iliquidez do crédito constituído como porque a Fiação Curvelana Ltda e a Industrial Curvelana de Tecelagem Ltda, duas das empresas optantes pelo SIMPLES, foram objetos de fiscalização, segundo ela, implicando possuírem capacidade operacional. Não obstante mencionadas alegações, entendo que o auto de infração contém todos os requisitos legais estabelecidos no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, que rege o Processo Administrativo Fiscal, trazendo, portanto, as informações obrigatórias previstas nos seus incisos I a VI, especialmente aquelas necessárias ao estabelecimento do contraditório, permitindo a ampla defesa do autuado. Confirma-se:

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

I - a qualificação do autuado;

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

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Nestes termos, ainda na fase inicial do procedimento fiscal, a Contribuinte foi regularmente intimada a apresentar documentos e esclarecimentos relativos às contribuições referentes ao período sob procedimento fiscal (Termo de Início de Ação e Intimações

subsequentes). Portanto, compulsando os preceitos legais juntamente com os supostos esclarecimentos disponibilizados pelo Recorrente, a Autoridade Fiscal formou sua convicção, o que não poderia ser diferente, conforme preceitua o já transcrito art. 142 do CTN (processo digital, fls. 583 e seguintes).

A propósito, vale transcrever trechos da decisão de origem, que muito bem elucidam reportados fatos, nestes termos:

DA IMPERTINÊNCIA DA NULIDADE ARGÜIDA

A defesa argui nulidade do lançamento sob o argumento de que, em data recente, a Fiação Curvelana Ltda e a Industrial Curvelana de Tecelagem Ltda, duas das empresas optantes pelo SIMPLES, foram objeto de fiscalização do INSS, que por meio de diligência realizada reconheceu a capacidade das mesmas para exercer suas atividades, tanto que lavrou contra elas auto de infração com o fito de exigir a contribuição previdenciária

Neste aspecto, cabe dizer ainda que, de acordo com as disposições contidas no Memorando nº 20/2010/SACAT/DRF/STL/MG DE 29 DE JANEIRO DE 2010, anexo aos autos do AIOP DEBCAD 37.109.095-4, a empresa notificada desistiu da impugnação ali interposta. O citado lançamento se refere ao crédito apurado no montante de R\$2.275.988,02 relativo ao período de 01/2003 a 07/2007 e correspondente às contribuições previdenciárias devidas pelos segurados empregados e contribuintes individuais, arrecadadas, descontadas e não recolhidas em época própria. Este lançamento encontrava-se apensado ao processo sob análise, assim, foi procedida a desapensação do mesmo e promovida a sua devolução para a DRF, sem análise de seu mérito.

Porém, o acima exposto tem o caráter apenas de esclarecimento pois, esse fato é irrelevante para a análise deste lançamento uma vez que não estão incluídos neste Auto de Infração nenhum crédito relativo a parcela devida por segurado empregado.

A tal respeito, dito lançamento identificou a irregularidade apurada e motivou, de conformidade com a legislação aplicável à matéria, o procedimento adotado, tudo feito de forma transparente e precisa. É o que se observa no “Auto de Infração”, “Termo de Sujeição Passiva Solidária” e “Relatórios Fiscais”, em consonância, portanto, com os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da legalidade (processo digital, fls. 2 a 5, 80 a 231 e 602 a 609).

Tanto é verdade, que a Interessada refutou, de forma igualmente clara, a imputação que lhe foi feita, a teor de sua contestação e documentação a ela anexada. Nesse sentido, expôs os motivos de fato e de direito de suas alegações e os pontos de discordância, discutindo o mérito da lide relativamente a matéria envolvida, nos termos do inciso III do art. 16 do Decreto nº 70.235/72. Logo, não restaram dúvidas de que o Sujeito Passivo compreendeu perfeitamente do que se tratava a exigência, como e perante a quem se defender.

Além disso, nos termos do art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, incisos I e II, a nulidade processual opera-se somente quando o feito administrativo foi praticado por autoridade incompetente ou, **exclusivamente** quanto aos despachos e decisões, ficar caracteriza preterição ao direito de defesa respectivamente, nestes termos:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

Como se vê, cogitação acerca do cerceamento de defesa é de aplicação **restrita** nas fases processuais ulteriores à constituição do correspondente crédito tributário (despachos e

decisões). Por conseguinte, suposta nulidade de autuação (auto de infração ou notificação de lançamento) transcorrerá **tão somente** quando lavrada por autoridade incompetente.

Ademais, conforme art. 60 do mesmo Decreto, outras falhas prejudiciais ao sujeito passivo, quando for o caso, serão sanadas no curso processual, sem que isso importasse forma diversa de nulidade. Confira-se:

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

Ante o exposto, cumpridos os pressupostos do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN) e tendo o autuante demonstrado de forma clara e precisa os fundamentos da autuação, improcede a arguição de nulidade, eis que o auto de infração contém os requisitos contidos no art. 10 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e ausentes as hipóteses do art. 59, do mesmo Decreto. Logo, já que o caso em exame não se enquadra nas transcritas hipóteses de nulidade, incabível sua declaração, por não se vislumbrar qualquer vício capaz de invalidar o procedimento administrativo adotado, razão por que esta pretensão preliminar não pode prosperar, porquanto sem fundamento legal razoável.

Nulidade da decisão recorrida

Todas as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida foram enfrentadas por ocasião do julgamento de origem, razão pela qual não procede a alegação da Recorrente no sentido de ter sucedido cerceamento de defesa sob o pressuposto de que nem todas alegações da impugnação foram enfrentadas. Até por que o julgador não está obrigado a responder todas as questões suscitadas pelas partes em defesa das respectivas teses, quando já tenha encontrado fundamentos suficientes para proferir o correspondente voto. Ademais, como se verá em tópico próprio, as diligências e perícias não se prestam para substituir provas que deveriam ter sido apresentadas pelo sujeito passivo por ocasião da impugnação

Nessa perspectiva, a apreciação e valoração das provas acostadas aos autos é de seu livre arbítrio, podendo ele, inclusive, quando entender suficientes à formação de sua convicção, fundamentar a decisão por meio de outros elementos probatórios presentes no processo. É nesse sentido, ao tratar da fundamentação das decisões judiciais com fulcro no art. 489, § 1º, do CPC/2015, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), *verbis*:

O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida. Assim, mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra a decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada. STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21.315DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 8/6/2016 (Info 585).

Por oportuno, cabe destacar, ainda, que o CPC/2015 e, por consequência, os pronunciamentos dos tribunais superiores a ele referentes, são importantes fontes de direito subsidiárias a serem observadas no Processo Administrativo Fiscal. A esse respeito, trata o Acórdão 2402006.494, proferido por Este órgão julgador:

PRELIMINAR. NULIDADE DA DECISÃO. ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES. IMPOSSIBILIDADE.

Não há que se falar em nulidade da decisão por ter deixado de analisar documentos apresentados juntamente com a impugnação, quando o julgador da instância de piso

fundamentou a sua decisão em outros elementos probatórios anexados aos autos e suficientes à formação de sua convicção.

O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelo impugnante, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Na verdade, o julgador tem o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar a conclusão adotada.

Como visto, o caso em exame não se enquadra nas transcritas hipóteses de nulidade vistas no inciso II do art. 59 do PAF, sendo incabível sua declaração, por não se vislumbrar qualquer vício capaz de invalidar o procedimento administrativo adotado. Logo, esta pretensão preliminar não pode prosperar, porquanto sem fundamento legal razoável.

No entanto, conforme art. 60 do mesmo Decreto, eventuais falhas prejudiciais ao sujeito passivo, quando for o caso, serão sanadas no curso processual, sem que isso importe forma diversa de nulidade. Confira-se:

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

Prejudicial de mérito

Prazo decadencial

Na relação jurídico-tributária, a decadência se traduz fato extintivo do direito da Fazenda Pública apurar, de ofício, tributo que deveria ter sido pago espontaneamente pelo contribuinte. Nessa perspectiva, vale consignar que, em 20/6/2008, foi publicado o enunciado da Súmula Vinculante nº 8, editada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), declarando a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91. Por conseguinte, conforme vinculação estabelecida no art. 2º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, o lapso temporal que a União dispõe para constituir crédito tributário referente a CSP não mais será o reportado decênio legal, e sim de 5 (cinco) anos, exatamente, dentro dos contornos dados pelo Código Tributário Nacional (CTN).

Assim considerado, o sujeito ativo dispõe do prazo de 5 (cinco) anos para constituir referido crédito tributário mediante lançamento (auto de infração ou notificação de lançamento), variando conforme as circunstâncias, apenas, a data de início da referida contagem. É o que se vê nos arts. 150, § 4º, e 173, incisos I e II e § único, do CTN, nestes termos:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação

[...]

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Cotejando os supracitados preceitos, deduz-se que o legislador dispensou tratamento diferenciado àquele contribuinte que pretendeu cumprir corretamente sua obrigação tributária, apurando e recolhendo o encargo que supostamente entendeu devido. Nessa perspectiva, o CTN trata o instituto da decadência em dois preceitos distintos, quais sejam: (i) em regra especial, de aplicação exclusiva quando o lançamento se der por homologação (art. 150, § 4º) e (ii) na regra geral, aplicável a todos os tributos e penalidades, conforme as circunstâncias, independentemente da modalidade de lançamento (art. 173, incisos I e II e § único).

Por pertinente, a compreensão do que está posto no CTN, art. 173, fica facilitada quando se vê as normas para elaboração, redação, alteração e consolidação de leis, presentes na Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. Mais especificamente, consoante o art. 11, inciso III, alíneas “c” e “d”, da reportada Lei Complementar, os incisos I e II e § único supracitados trazem enumerações atinentes ao caput (CTN, art. 173, incisos I e II) e exceção às regras enumeradas precedentemente (CTN, art. 173, § único) respectivamente. Confira-se:

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

[...]

III - para a obtenção de ordem lógica:

[...]

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;

d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.

À vista dessas premissas, o termo inicial do descrito prazo decadencial levará em conta - além das hipóteses de apropriação indébita de CSP, dolo, fraude e simulação -, a forma de apuração do correspondente tributo e a antecipação do respectivo pagamento. Portanto, o início do mencionado prazo quinquenal se dará a partir:

1. do respectivo fato gerador, nos tributos apurados por homologação, quando afastadas as hipóteses de apropriação indébita de CSP, dolo, fraude e simulação, e houver antecipação de pagamento do correspondente imposto ou contribuição, ainda que em valor inferior ao efetivamente devido, aí se incluindo eventuais retenções na fonte – IRRF (CTN, art. 150, § 4º);

2. do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quanto às penalidades e aos tributos não excepcionados anteriormente (item 1), desde que o respectivo procedimento fiscal não se tenha iniciado em data anterior (CTN, art. 173, inciso I);

3. da ciência de início do procedimento fiscal, quanto aos tributos não excepcionados no item 1, quando a respectiva fiscalização for instaurada antes do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, § único);

4. da decisão administrativa irreformável de que trata o art. 156, inciso IX, do CTN, nos lançamentos destinados a, novamente, constituir crédito tributário objeto de autuação anulada por vício formal (CTN, art. 173, inciso II).

Igualmente pertinente, tocante à regra geral vista, a inércia do Fisco, a qual supostamente consumaria a decadência, terá por referência o prazo final para a entrega da correspondente GFIP. Isto, porque, antes de citada data, embora o fato gerador já tenha se aperfeiçoado, eventual autuação será tida por arbitrária, já que o contribuinte tem a faculdade de corrigir eventuais impropriedades, por ventura, declaradas. Portanto, o prazo decadencial estabelecido no CTN, art. 173, inciso I, terá por termo inicial o 1º de janeiro do ano seguinte àquele em que ditas declarações foram ou deveriam ter sido apresentadas.

GFIP – Prazo de apresentação

Regra geral, desde janeiro de 1999, os contribuintes estão obrigados a prestar informações sociais previdenciárias mediante a apresentação de GFIP - constitutiva de crédito tributário a partir de 3 de dezembro 2008 - até o 7º (sétimo) dia do mês subsequente ao da ocorrência dos respectivos fatos geradores, exceto quanto à competência 13, cuja transmissão se dará até 31 de janeiro do ano seguinte. Ademais, caso a repartição bancária não funcione na referida data, reportado termo final será antecipado para o dia de expediente bancário imediatamente anterior. É o que se infere do que está posto na Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, com as alterações implementadas pelas Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997 e Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009; regulamentada pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, cujas normas de aplicação constam da Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009, e Manual DA GFIP/SEFIP (Atualização: 10/2008. P. 12). Confira-se:

Lei nº 8.212, de 1991:

Art. 32. A empresa é também obrigada a:

[...]

IV - declarar à Secretaria da Receita Federal do Brasil e ao Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, na forma, prazo e condições estabelecidos por esses órgãos, dados relacionados a fatos geradores, base de cálculo e valores devidos da contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS ou do Conselho Curador do FGTS: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

§ 2º A declaração de que trata o inciso IV do caput deste artigo constitui instrumento hábil e suficiente para a exigência do crédito tributário, e suas informações comporão a base de dados para fins de cálculo e concessão dos benefícios previdenciários. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

§ 9º A empresa deverá apresentar o documento a que se refere o inciso IV do caput deste artigo ainda que não ocorram fatos geradores de contribuição previdenciária, aplicando-se, quando couber, a penalidade prevista no art. 32-A desta Lei.

Decreto nº 3.048, de 1999:

Art. 225. A empresa é também obrigada a:

[...]

IV - informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social, por intermédio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, na forma por ele estabelecida, dados cadastrais, todos os fatos

geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse daquele Instituto;

[...]

§ 2º A entrega da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social deverá ser efetuada na rede bancária, conforme estabelecido pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, até o dia sete do mês seguinte àquele a que se referirem as informações. (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999)

§ 3º A Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social é exigida relativamente a fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 1999.

[...]

§ 8º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, aos demais contribuintes e ao adquirente, consignatário ou cooperativa, sub-rogados na forma deste Regulamento.

IN RFB nº 971, de 2009:

Art. 47. A empresa e o equiparado, sem prejuízo do cumprimento de outras obrigações acessórias previstas na legislação previdenciária, estão obrigados a:

[...]

VIII - informar mensalmente, à RFB e ao Conselho Curador do FGTS, em GFIP emitida por estabelecimento da empresa, com informações distintas por tomador de serviço e por obra de construção civil, os dados cadastrais, os fatos geradores, a base de cálculo e os valores devidos das contribuições sociais e outras informações de interesse da RFB e do INSS ou do Conselho Curador do FGTS, na forma estabelecida no Manual da GFIP;

[...]

§ 11. Para o fim do inciso VIII do caput, considera-se informado à RFB quando da entrega da GFIP, conforme definição contida no Manual da GFIP.

MANUAL DA GFIP/SEFIP (_versao_84.pdf. Acesso em: 21 de maio de 2020):

6 - PRAZO PARA ENTREGAR E RECOLHER

A GFIP/SEFIP é utilizada para efetuar os recolhimentos ao FGTS referentes a qualquer competência e, a partir da competência janeiro de 1999, para prestar informações à Previdência Social, devendo ser apresentada mensalmente, independentemente do efetivo recolhimento ao FGTS ou das contribuições previdenciárias, quando houver:

[...]

Caso não haja expediente bancário, a transmissão deve ser antecipada para o dia de expediente bancário imediatamente anterior.

O arquivo NRA.SFP, referente à competência 13, destinado exclusivamente à Previdência Social, deve ser transmitido até o dia 31 de janeiro do ano seguinte ao da referida competência

Por fim, cabível trazer considerações relevantes acerca de citadas regras especial e geral, as quais refletem na contagem do prazo decadencial. A primeira, tratando da antecipação de pagamento, total ou parcial, da contribuição apurada; a segunda, relativamente ao momento em que o Fisco poderá iniciar procedimento fiscal tendente a constituir suposto crédito tributário.

Em tal raciocínio, independentemente da modalidade do lançamento e da suposta antecipação de pagamento, aplica-se a contagem de prazo prevista no art. 173, I, do CTN,

quando presentes as hipóteses de dolo, fraude ou simulação. Trata-se de matéria pacificada neste Conselho por meio do Enunciado nº 72 de suas súmulas, nestes termos:

Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN. (**Vinculante**, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Posta assim a questão, passo propriamente ao enfrentamento da controvérsia.

Inicialmente, vale trazer os seguintes excertos da decisão recorrida, os quais contextualizam muito bem os fatos em debate, nestes termos:

Nestes autos, deve observar-se o prazo determinado pelo art. 173, 1 do CTN, posto que o contribuinte não adotou os procedimentos necessários pois, não apurou, não declarou e nem antecipou o pagamento, sem prévio exame do fisco, tratando-se de lançamento de ofício decorrente de créditos previdenciários não recolhidos e nem declarados em GFIP.

O lançamento foi efetuado em 17/11/2008, a empresa teve ciência do mesmo em 27/11/2008, conforme documento de fls.495, considerando-se a fluência do prazo com fulcro no art. 173, I, nenhum período lançamento está abarcado pela decadência, posto que o fisco teria até 31/12/2008 para lançar os créditos relativos ao ano de 2003.

(Destaque no original)

Ademais, consoante visto no relatório fiscal e ementa do acórdão recorrido, dos quais transcrevo os excertos abaixo, a Contribuinte se utilizou de interpostas pessoas com o fim específico de reduzir sua carga tributária, o que remete para a regra decadencial prevista no art. 173, inciso I, do CTN, nestes termos:

Relatório Fiscal (processo digital, fl. 605):

07. Da Inaptação do CNPJ das empresas interpostas:

a. As empresas **Fiação Curvelana Ltda**, CNPJ 04.241.85410001-10, **Industrial Saroba Ltda**, CNPJ 04.241.88010001-49, **Industrial Curvelana de Tecelagem Ltda**, CNPJ 04.241.869/0001-89, **Tecelagem Centro de Minas Ltda**, CNPJ 02.913.130/0001-40 e **Montiline Ind. e Com. Ltda**, CNPJ 05.830.19210001-87 foram ficticiamente criadas no interior do parque industrial da empresa Industrial Labortextil S/A, através de artifícios fraudulentos, com o fim específico de lesar o fisco, seja através da diminuição ilegal da carga tributária vez que as empresa criadas são optantes pelo SIMPLES, seja pela falta de patrimônio destas empresas para garantir futuras ações judiciais originadas de seus empregados ou mesmo do fisco. Estas empresas contam apenas com um capital social irrisório e as pessoas físicas tidas como "sócios" possuem mínima ou nenhuma capacidade financeira.

Acórdão recorrido (processo digital, fl. 1.345e 1.349):

Relatório:

Informa a Auditoria que a Industrial Labortextil S/A omite contribuições previdenciárias devidas ao fazer com que seus funcionários sejam tidos como funcionários das fictas empresas, transferindo-os sem rescisão contratual, dando continuidade ao vínculo empregatício. Essa simulação caracteriza em tese o crime de sonegação de contribuição previdenciária previsto no art.337-A do Código Penal Brasileiro.

Ementa:

DAS EMPRESAS DO SIMPLES CONSTITUÍDAS.EXCLUSÃO

As empresas fictas criadas foram declaradas **Inaptas por Inexistência de Fato e emitido o Ato Declaratório de ofício uma vez que** foram constituída por interpostas pessoas, sendo por consequência excluída do SIMPLES.

DESCONSIDERAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO POSSIBILIDADE

A legislação tributária autoriza ao fisco, de forma expressa, proceder à desconsideração do ato ou negócio jurídico, nos casos de simulação, fraude, sonegação.

(Destaques no original)

Ante o exposto, tratando-se das competências compreendidas 1 e 11 de 2003, o prazo decadencial visto na regra geral teve sua contagem iniciada em 1º/1/2004 (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado). Por conseguinte, a razão não está com a Recorrente, pois a ciência do respectivo lançamento ocorreu em 27/11/2008, anteriormente à expiração do período decadencial, o qual se operaria somente em 1/1/2009 (processo digital, fl. 610).

Mérito

Fundamentos da decisão de origem

Vale registrar que os §§ 1º e 3º do art. 57 do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015, com a redação dada pela Portaria MF nº 329, de 4 de junho de 2017, facultam o relator fundamentar seu voto mediante transcrição da decisão recorrida, quando o recorrente não inovar em suas razões recursais, *verbis*:

Art. 57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem:

[...]

§ 1º A ementa, relatório e voto deverão ser disponibilizados exclusivamente aos conselheiros do colegiado, previamente ao início de cada sessão de julgamento correspondente, em meio eletrônico.

[...]

§ 3º A exigência do § 1º pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

Nessa perspectiva, quanto às demais questões levantadas no recurso, o Recorrente basicamente reiterou os termos da impugnação, nada acrescentando que pudesse alterar o julgamento *a quo*. Logo, tendo em vista minha concordância com os fundamentos do Colegiado de origem e amparado no reportado preceito regimental, adoto as razões de decidir constantes no voto condutor do respectivo acórdão, nestes termos:

A Auditoria informa, em seu Relatório, que a Industrial Labortextil S/A omite contribuições previdenciárias devidas, ao fazer com que seus funcionários sejam tidos como funcionários das fictas empresas, cuja transferência dos mesmos se deu sem rescisão contratual, portanto, considera-se que houve continuidade do vínculo empregatício. Essa simulação caracteriza *em tese* o crime de sonegação de contribuição previdenciária previsto no art.337-A do Código Penal Brasileiro, razão pela qual formalizou-se o ato de Representação Fiscal para Fiscais Penais.

Ressalta a Auditoria, em seu Relatório, que foram fictamente criadas as empresas Fiação Curvelana Ltda CNPJ 04.241.854/0001-10, Industrial Curvelana de Tecelagem Ltda CNPJ 04.241.869/0001-89, Industrial Saroba Ltda CNPJ 04.241.880/0001-49 e Montilini Industria e Comércio Ltda CNPJ, 05.830.192/0001-87, no interior do parque industrial da empresa Industrial Labortextil S/A, através de artifícios fraudulentos, com

o fim específico de lesar o fisco seja através da diminuição ilegal da carga tributária, vez que as empresas criadas são optantes pelo SIMPLES, seja pela falta de patrimônio destas empresas para que pudessem garantir futuras ações judiciais originadas de seus empregados ou mesmo do fisco.

Esclarece, ainda, que estas empresas contam apenas com um capital social irrisório e as pessoas físicas tidas como sócios possuem mínima ou nenhuma capacidade financeira, tendo ainda, outro fator relevante, pois, as citadas empresas, durante o período fiscalizado, apresentaram-se em permanente estado de insolvência, inclusive em relação ao recolhimento das contribuições devidas pelos segurados empregados e contribuintes individuais.

De acordo com a realidade fática apurada pela auditoria os segurados empregados e contribuintes individuais eram na verdade funcionários da autuada e não das empresas do SIMPLES constituídas, sob orientação da Labortextil, para prestarem serviços para a mesma, através dos funcionários transferidos sem rescisão. As empresas contam com o mesmo contador, mesma administradora de pessoal, mesmo supervisor técnico, mesmo representante legal. Assim o presente crédito se refere às contribuições previdenciárias e foi apurado com base nas folhas de pagamentos elaboradas pelas referidas empresas, consoante planilhas de fls. 121/122; 183/184; 244; 291/292; e 356/357.

Conforme ressalta a Auditoria os sócios localizados e que regularmente comparecem ao parque industrial têm sua frequência controlada através de assinatura de ponto em Ficha de entrada e saída de funcionários que fica localizada na portaria do parque industrial da Industrial Labortextil, com tratamento análogo ao de empregado, somente estes sócios são conhecidos pelos funcionários entrevistados, pela Auditoria, dentre eles a funcionária procuradora administrativa de todas as empresas e porteiros, um dos porteiros é funcionário do complexo Industrial da Labortextil há mais de 42 anos.

Observe-se que os fatos relatados podem ser confirmados através do exame dos depoimentos prestados pelos diversos funcionários da Autuada, inclusive o Diretor Presidente (Termos de Depoimentos acostados às fls.435/443 dos autos).

De lembrar que de acordo com a Instrução Normativa SRF n.º 608, de 9 de janeiro de 2006, DOU de 12.1.2006 que dispõe sobre o SIMPLES (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte) em seu art. 23, inciso IV e parágrafo único a exclusão do SIMPLES dar-se-á de ofício, mediante Ato Declaratório Executivo (ADE) da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, quando a pessoa jurídica for constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual.

Destacou a Auditoria que o fato gerador das contribuições previdenciárias foi gerido pela Industrial Labortextil, pois, as empresas fictas criadas e já identificadas, foram declaradas Inaptas por Inexistência de Fato através dos Atos declaratórios n.º 29, 30, 31, 32 e 33 do delegado da Receita Federal do Brasil de Sete Lagoas, publicados no Diário Oficial da União n; 209, de 28 de outubro de 2008- Seção 1, sendo assim, foram considerados inidôneos todos os documentos por ventura emitidos por essas empresas, não produzindo estes documentos quaisquer efeitos tributários. As fls. 486, deste processo, consta a cópia do DOU que publicou os referidos Atos Declaratórios, cujo teor segue abaixo:

Ato Declaratório Executivo n.º 29 de 24 de outubro de 2008 declara inapta por inexistência de fato a pessoa jurídica, Industrial Saroba Ltda, que não dispõe de patrimônio e capacidade operacional necessária à realização de seu objeto, inclusive não comprovou o capital integralizado, sendo considerados inidôneos, perante o fisco, todos os documentos por ventura emitidos, desde sua constituição- Inaptação retroativa a 17 de janeiro de 2001;

Ato Declaratório Executivo n.º 30 de 24 de outubro de 2008 declara inapta por inexistência de fato a pessoa jurídica, Industrial Curvelana Tecelagem Ltda, que não dispõe de patrimônio e capacidade operacional necessária à realização de seu objeto,

inclusive não comprovou o capital integralizado, sendo considerados inidôneos, perante o fisco, todos os documentos por ventura emitidos, desde sua constituição- Inaptdão retroativa a 19 de janeiro de 2001;

Ato Declaratório Executivo n.º 31 de 24 de outubro de 2008 declara inapta por inexistência de fato a pessoa jurídica, Tecelagem Centro de Minas Ltda., que não dispõe de patrimônio e capacidade operacional necessária à realização de seu objeto, inclusive não comprovou o capital integralizado, sendo considerados inidôneos, perante o fisco, todos os documentos por ventura emitidos, desde sua constituição- Inaptdão retroativa a 30/12/1998;

Ato Declaratório Executivo n.º 32 de 24 de outubro de 2008 declara inapta por inexistência de fato a pessoa jurídica, Montiline Industria e Comércio Ltda., que não dispõe de patrimônio e capacidade operacional necessária à realização de seu objeto, inclusive não comprovou o capital integralizado, sendo considerados inidôneos, perante o fisco, todos os documentos por ventura emitidos, desde sua constituição- Inaptdão retroativa a 13 de agosto de 2003;

Ato Declaratório Executivo n.º 33 de 24 de outubro de 2008 declara inapta por inexistência de fato a pessoa jurídica, Fiação Curvelana Ltda., que não dispõe de patrimônio e capacidade operacional necessária à realização de seu objeto, inclusive não comprovou o capital integralizado, sendo considerados inidôneos, perante o fisco, todos os documentos por ventura emitidos, desde sua constituição- Inaptdão retroativa a 19 de janeiro de 2001;

Foi juntado, por este órgão julgador, as telas extraídas do Sistema Informatizado que demonstram a situação das referidas empresas do SIMPLES perante a Receita Federal, nos quais se constata a exclusão de todas elas do SIMPLES (doe. de fls. 1.365 a 1.374). Foi juntado também o mapa extraído do Google, na internet, para verificar a localização dos estabelecimentos das referidas empresas(fls. 1.375).

De se asseverar que inexistindo de fato as referidas empresas o real empregador, aquele que assume os riscos da atividade econômica, que admite, assalaria e dirige a prestação de serviços é a Industrial Labortextil e, por solidariedade passiva, por constituir Grupo Econômico, a empresa América Medicaí Ltda;

[...]

DA CONFIGURAÇÃO DO GRUPO ECONÔMICO E DA PERTINÊNCIA DO ARROLAMENTO DE BENS NA RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA

Conforme argumentos da defesa nenhuma das impugnantes participam do capital social ou detém qualquer poder de direção ou de comando sobre a outra, consoante se infere dos instrumentos sociais ora trazidos à colação (doc 1), não estando presentes os requisitos normativos para a configuração do grupo econômico porém, não tem razão as impugnantes como se verá a seguir:

O Direito do Trabalho, em harmonia com seus princípios e finalidades de tutela do empregado, disciplinou, através da norma insculpida no art. 2º, § 2º da legislação celetista, a responsabilidade do grupo econômico pelas obrigações trabalhistas, vejamos:

"Art. 2"-omissis

§1"- omissis

§2" 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.
"

O grupo empresarial no direito laboral tem abrangência muito maior do que a que lhe foi atribuída em outros segmentos jurídicos, conforme ensina DELGADO:

"... essa figura jurtraballista lambem não se submete à tipificação lega! de grupo econômico que impera em outros segmentos jurídicos (Direito Comercial ou Direito Econômico, por exemplo); nem se sujeita aos requisitos de constituição que podem emergir como relevantes nesses segmentos estranhos ao Direito do Trabalho. Noutras palavras, o grupo econômico para fins justraballistas não necessita revestir-se das modalidades jurídicas típicas do Direito Econômico ou Direito Comercial (holdings, consórcios, pools, etc)... "

A jurisprudência a esse respeito também reflete o entendimento de que o grupo econômico no Direito do Trabalho apresenta contornos bem mais amplos do que aqueles apresentados em outros ramos jurídicos. Cite-se o seguinte julgado:

EMENTA:GRUPO ECONÓMICO. Acolhe-se a existência de grupo econômico, tão-somente, pela unidade de comando ou pela relação de coordenação entre as empresas. Para fins trabalhistas, ele não necessita de se revestir das modalidades jurídicas do direito econômico ou do direito comercial ("Holding", Consórcio, "Pool" etc.). Depois, também o direito do trabalho é tuitivo; preocupa-se em garantir, com segurança, os créditos do hipossuficiente. (TRT 3ª Região- 1ª Turma- RO/20287/97 Re. Juiz Manuel Cândido Rodrigues- DJMG-21/08/1998).

A existência do controle pode ser encontrada por exemplo quando uma empresa detém a maioria das ações de outra; quando há empregados, administradores, diretores ou acionistas comuns entre as empresas; quando as empresas funcionam no mesmo local ou possuem a mesma finalidade econômica etc.

Consoante entendimento jurisprudencial abaixo:

EMENTA: GR UPO DE EMPRESAS- SÓCIO COMUM- A existência de um mesmo sócio compondo duas empresas revela a existência de interesses comuns, fortalecendo a tese de que ambas formam grupo econômico, possibilitando que a execução trabalhista recaia sobre bens de qualquer uma delas. (TRT 3ª Região, 1ª Turma- AP/ 0317/01 - Rei. Juíza Maria Auxiliadora Machado Lima- DJMG 27/04/2001.

Os grupos econômicos podem, ainda, ser de direito e de fato, podendo este se dar pela combinação de recursos ou esforços para a consecução de objetivos comuns. Esse é o típico fato que envolve as empresas autuadas, ou seja, a consecução de objetivo comum. Note-se que conforme depoimento prestado pelo Diretor de ambas o Sr. Romildo Cordeiro Pessoa Júnior, Depoimento nº 007, fls. 440 até 442 a América Medicaí Ltda vende os produtos da Industrial Labortextil e, ainda, a própria Labortextil emite as Notas fiscais dos produtos que a Medicaí industrializa, utilizando a marca Labortextil (contrato de seção de uso). Não há dúvidas de que além do mesmo comando as empresas, ora impugnantes, possuem interesses empresariais comuns.

Por outro lado, a imposição da responsabilidade solidária entre as diversas entidades componentes do grupo, no que concerne às dívidas trabalhistas e previdenciárias de cada uma delas, face aos seus empregados é, sem dúvida, o principal efeito jurídico do instituto previsto no art. 2º, § 2º da Consolidação c/c inciso IX, art. 30, da Lei nº 8.212/91, pois, as empresas integrantes de grupo econômico respondem entre si, solidariamente, pelo cumprimento das obrigações previstas na legislação previdenciária.

A fiscalização demonstra que a Industrial Labortextil e América Medicaí são administradas pela mesma pessoa (sócio majoritário de ambas) o Sr. Romildo Cordeiro Pessoa Júnior, Diretor Presidente da primeira e sócio gerente da segunda, consoante se extrai do doc.l juntado na defesa. As empresas situam no mesmo quarteirão que compõe o parque Industrial Labortextil (ver tela do google mapas de fls. 1.375). O documento juntado pela defesa prova apenas que as referidas empresas possuem personalidade jurídica própria, fato este que não impede a configuração do grupo econômico.

O Direito Previdenciário também é um direito que protege o trabalhador, e utiliza subsidiariamente a legislação trabalhista, adotando, neste caso, o conceito de grupo econômico insculpido na legislação trabalhista, conforme acima demonstrado.

Assim, não tem pertinência a discussão da existência ou não de elementos técnicos para a configuração do grupo econômico, pois, no presente caso, significaria um apego excessivo ao rigor formal, em detrimento da realidade fática. Pois, todas as evidências indicam para a existência de grupo econômico, como delineado no art. 2º, § 2º, da CLT.

Em vista do exposto, da legislação transcrita e com base no princípio da primazia da realidade, deve ser reconhecida a responsabilidade solidária entre a Industrial Labortextil e a América Medicaí Ltda, mantendo-as no polo passivo da obrigação tributária ora apurada.

Conseqüentemente não procedem, também, os argumentos de que a Auditoria não poderia ter arrolado os bens da América Medicaí, posto tratar-se de grupo econômico, sendo ambas responsáveis pelo pagamento total do débito em questão, em face da solidariedade a elas atribuídas.

No caso em tela há inclusive indício de confusão patrimonial entre as sociedades empresárias solidárias. A Auditoria constatou que houve transferência de bens imóveis da Labortextil para a América Medical e não obteve explicação quanto às razões de fato e de direito que motivaram a transação efetuada, constatou, ainda, que a América Medicaí Ltda comprou os imóveis da Labortextil que estavam hipotecados em favor do Instituto Nacional do Seguro Social. Outro fato é o de que a Industrial Labortextil aluga os imóveis transferidos para a América Medical e que antes lhes pertencia. O Sr. Romildo disse em seu depoimento que não sabe explicar porque a Labortextil aluga os imóveis transferidos para a América Medicaí.

Desta forma, a configuração de grupo econômico de fato autoriza o arrolamento de bens de propriedade de empresa a ele pertencente, para garantia de débitos de outra pessoa jurídica, nos termos do inc. II do art. 124 do CTN e inc. IX do art. 30 da L 8.212/1991.

[...]

DA SIMULAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DAS EMPRESAS DO SIMPLES.

De se enfatizar que a sociedade comercial nasce do encontro de vontades de seus sócios. Deste encontro, pode surgir um determinado tipo societário que será concretizado em contrato social ou estatuto, no qual se definirão as suas normas disciplinadoras.

Consoante disposições do Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10/01/2002), nos arts. 45, 985 e 1.150, "Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição no registro próprio e na forma da lei dos seus atos constitutivos".

Como afirma Fábio Ulhôa Coelho, a Junta Comercial, no exercício de suas funções registras, está adstrita aos aspectos exclusivamente formais dos documentos que lhe são dirigidos, não lhe competindo negar a prática do ato registral, senão com fundamento em vício de forma, sempre sanável, sendo-lhe defeso exigir o atendimento de requisito formal não estabelecido no ordenamento jurídico em vigor.

Conforme nos alerta Rubens Requião, o registro pode ser afetado por situação peculiar do documento ou instrumento que é levado a arquivamento. É o caso da falsificação de atos levados ao registro operado pela Junta Comercial. Assim, o fato de uma sociedade empresária estar regular perante à Junta Comercial, por si só, não garante sua regularidade real.

De se concluir, neste ponto, que contratos sociais de empresas constituídas por falsa declaração de sua composição societária, embora possam conter, aparentemente, os requisitos de validade de qualquer ato jurídico, previstos no art. 104 do Código Civil/2002 (agente capaz, objeto lícito e possível e forma prescrita e não defesa em lei), não encontram amparo na realidade dos fatos, pois os verdadeiros beneficiários da sociedade comercial são outros, completamente estranhos ao contrato firmado.

[...]

De se asseverar que no presente lançamento não estão incluídos débitos relativos à parte devida por segurado empregado que foi descontada de sua remuneração e não recolhida pela empresa, conforme análise dos relatórios fiscais e dos documentos apresentados pela defesa para fundamentar seu argumento de nulidade deste lançamento. (Doc.9 acima identificado).

Conforme cópia do MPF, juntado pela defesa, relativo à fiscalização das citadas empresas do SIMPLES é de se observar que se refere a procedimento fiscal específico que visou apurar a regularidade da empresa em relação aos recolhimentos das contribuições previdenciárias (art. 11 parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/91), não incluídas no SIMPLES.

De acordo com as normas vigentes, a empresa que faz opção pelo regime simplificado está obrigada a arrecadar mediante desconto, na remuneração do segurado, a contribuição por ele devida e recolher o valor correspondente no prazo legal. Entretanto, verificou-se que as referidas empresas do SIMPLES estavam inadimplentes até mesmo em relação ao recolhimento dessa parte que é de responsabilidade do segurado empregado mas, que a lei atribuiu ao empregador o dever de recolhê-las.

Ressalte-se que as operações fiscais são comandadas e classificadas pelo competente setor de Planejamento das Ações Fiscais da Receita Federal do Brasil e são selecionadas em função do fato gerador que se pretende apurar em determinado período.

Consta em todos os Termos de Encerramento do Procedimento Fiscal ou Termo de Encerramento da Ação Fiscal (a exemplo do Termo de fls. 1.071 e 1.129(Fiação Curvelana) e 1.222 (Industrial Curvelana de Tecelagem Ltda), dos autos, recebido pela empresa em 27/11/2008) que fica reservado ao fisco o direito de, a qualquer tempo, cobrar as importâncias que venham a ser consideradas devidas para o período fiscalizado, decorrente de fatos apurados posteriormente à data do encerramento, tendo sido realizado procedimento restrito com base no exame de folhas de pagamentos e comprovantes de recolhimento. Assim, o procedimento fiscal poderá, a critério da autoridade competente, ser determinado com vistas a abranger período objeto de ação fiscal antecedente, com o objetivo de efetuar o lançamento relativo a fatos não examinados ou desconhecidos anteriormente.

Ressalte-se que o presente lançamento se refere a créditos apurados na Industrial Labortextil, nos termos do MPF expedido para este fim.

De observar, ainda, que se neste lançamento estivesse incluída a parte devida pelos segurados, o que não ocorre, partindo do pressuposto de que a Auditoria efetuou o lançamento com base nas folhas de pagamentos elaboradas pelas mencionadas empresas Fiação Curvelana Ltda e a Industrial Curvelana de Tecelagem Ltda, para que fosse considerado improcedente a exigência, teria que restar comprovado tratar-se de lançamentos em duplicidade envolvendo o mesmo fato gerador, a mesma base de cálculo, obtida a partir da remuneração dos mesmos funcionários.

O conceito legal do empregador está contemplado no art. 2º da CLT que estatui:

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

§1º Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados... "

Como preleciona SÉRGIO PINTO MARTINS

o empregador não pode transferir para o empregado os riscos da atividade que exerce, tais "... como ocorre na falência, na concordata e quando da edição de planos econômicos governamentais", sendo vedados atos que transfiram aos trabalhadores ônus decorrentes de "... revés sofrido pela empresa "

Cumpra esclarecer, ainda, que o conceito de empresa difere do de estabelecimento.

Explica SUSSEKIND que enquanto a empresa "... é o empreendimento constituído por uma universidade de pessoas intervencionadas por variados tipos de relações jurídicas (contratos de sociedades, de trabalho etc.) (...) visando à realização de sua finalidade econômica", o estabelecimento constitui "... o local onde a empresa realiza, materialmente, a consecução dessa finalidade."

A constituição de empresas, mediante interposição fictícia de pessoas ("laranjas" ou "testa-de-ferro"), se enquadra como dissimulação fraudulenta, por ocultar a natureza de um dos elementos constitutivos da obrigação (sujeito passivo), uma vez que aparenta conferir responsabilidade a pessoas diversas daquelas que se constituem nos verdadeiros contribuintes, e, assim, eximi-los do pagamento de tributos.

Veja-se que, pelos depoimentos colhidos pela auditoria atuante e pela sua constatação, os sócios que compõem o quadro societários das referidas empresas do SIMPLES não são conhecidos pelos funcionários que prestaram depoimentos à fiscalização, os conhecidos, comparecem à empresa e assinam ponto, a gerência administrativa e técnica é a mesma para todo o grupo de empresas, ou seja os ditos sócios não gerem seu negócio.

[...]

Não há dúvidas de que a atividade empresária deva desenvolver-se com liberdade por parte do empresário em gerir o seu negócio da melhor maneira possível. Porém o que não se pode admitir é que essa liberdade de desempenhar uma atividade empresária através da constituição de uma sociedade empresária venha a interferir nos direitos de terceiros, sejam estes os empregados, sejam os fornecedores/clientes ou o fisco. O que se apurou e provou, nestes autos, foi justamente o oposto do que se pode aceitar como Planejamento tributário.

Também argumentam as defendentes que o quadro societário das sociedades, sob análise, era formado por alguns dos mais antigos e experientes funcionários da Fábrica e que assumiram as empresas com o objetivo de contribuir para a superação das dificuldades financeiras da Labortextil, estes além de sócios das novas empresas mantiveram emprego em alguma das outras empresas do SIMPLES com isso auferiam recursos necessários à sua subsistência, o que explica a afirmação do Auditor de que alguns sócios tinham tratamento análogo ao de empregado.

Esse argumento não condiz com o que foi demonstrado neste lançamento.

A Auditoria trouxe aos autos os depoimentos pessoais firmados pelos funcionários da Labortextil, que trabalham no setor de controle de pessoal do grupo, dos quais se extrai que a maioria destes sócios não eram conhecidos pelos empregados do grupo Labortextil e nem mesmo pelo contador das ditas empresas. Demonstra a Auditoria que os integrantes do quadro societário das empresas criadas são pessoas sem poder aquisitivo, sem patrimônio necessário a fazer frente à atividade empresarial que dizem realizar.

Consoante informações constantes nos traslados de Procuração firmado perante o 3º ofício de Notas Comarca de Curvelo de fls. 462/466 para constituir como Procuradora de todas as empresas a **Sra. Geraldina Barbosa de Moraes** - temos a destacar que:

A Fiação Curvelana indica como sócio administrador o Sr. Geraldo Ramos dos Reis e este se submete a controle de ponto, consoante documentos juntados pela Auditoria às fls.444 a 449 (meses de fev, abril, maio, junho, julho e agosto de 2008).

A Montiline Indústria e Comércio Ltda indica como administrador o Sr. José Geraldo Lima dos Santos, sendo representada pelo Sr. Geraldo Ramos dos Reis;

A Industrial Curvelana de Tecelagem Ltda indica como administrador o Sr. Roberto Negromonte Santos e é representada pelo Sr. Geraldo Ramos dos Reis; >fl£\

A Tecelagem centro de Minas Ltda indica como administrador o Sr. Paulo de Tarso Lemos e Cavalcante, sendo representada pelo Sr. Geraldo Ramos dos Reis;

A Industrial Sarobá indica como administrador a Sra. Dione Correia de Araújo- que também tem Controle de ponto consoante fls. 450, 451,452 e 461- - e c representada pelo Sr. Geraldo Ramos dos Reis.

De acordo com os depoimentos colhidos e já citados, Sr. Geraldo Ramos dos Reis comparece regularmente à empresa na condição de funcionário e o Sr. Jose Geraldo Lima dos Santos é prestador de serviços jurídicos para as empresas do grupo (depoimentos 001, 002,003,004, fls. 424 a 434).

De se destacar o Depoimento de nº 006, fls. 437, do contador das empresas do grupo Sr. Edvanio Miranda Soares que diz que todo o controle administrativo de todas as empresas se concentra na pessoa da Sra. Geraldina Barbosa de Moraes (procuradora de todas elas, documentos de fls.462/466) e o controle de produção de todas elas é do Sr. Vilson Carlos Nunes Leitão (gerente industrial de todas elas), de esclarecer, ainda, que este depoimento foi ratificado pelo Sr. Romildo Cordeiro Pessoa Júnior (Diretor Presidente da Labortextil), restou confirmado que 95% dos serviços destas empresas são para a Labortextil e para a América Medicaí Ltda (grupo econômico).

Consoante controle de entrada e saída apreendidos pela Auditoria através do Termo de Retenção de Documentos, de fls. 485, os representantes das empresas criadas estranhamente assinam ponto, fato que os coloca na condição de empregados e não de empresários como ocorre com o Sr. Geraldo Ramos dos Reis- Sócio administrador da Fiação Curvelana- controle de ponto de fls.444 a 449 e a Sra. Dione Correia de Araújo- controle de ponto de fls. 450, 451,452 e 461.

Enfim, a Auditoria constatou que dentro do parque industrial da sociedade empresária Industrial Labortextil existe uma única empresa, a própria Industrial Labortextil S.A que detém o controle de todas as atividades desenvolvidas pelas empresas criadas, seja no campo administrativo, seja no técnico. Os fatos apurados demonstram a irregularidade do vínculo firmado entre as empresas envolvidas no processo de industrialização têxtil. O que reflete a irregularidade é a maneira como a atividade empresarial é exercida dentro do parque industrial. Constatou-se que há o controle majoritário da Labortextil com um mínimo de custo.

Consoante demonstrado pela auditoria em julho de 2007, a Industrial Labortextil possuía apenas 3 empregados compondo o seu quadro de pessoal, utilizando-se, para execução de sua atividade industrial, da mão de obra dos funcionários transferidos para as empresas criadas. Vê-se que o artifício criado favoreceu todas as empresas envolvidas no processo de produção. Assim a situação fática não coaduna com a atividade econômica desenvolvida pela Labortextil e muito menos com as normas legais que disciplinam a matéria previdenciária e tributária.

Nota-se o esforço da atuada em manter seus empregados sempre lotados nas empresas que optaram pelo SIMPLES, tentando, com este artifício, impedir a incidência da contribuição previdenciária.

DOS CONTRATOS FIRMADOS ENTRE A LABORTEXTIL E AS EMPRESAS DO SIMPLES E A CONSTATAÇÃO DE QUE A RESPONSÁVEL PELOS PAGAMENTOS, EM TELA É A INDUSTRIAL LABORTEXTIL

As cláusulas contratuais criam lei entre as partes, porém são subordinados ao Direito Positivo. As cláusulas contratuais não podem estar em desconformidade com o Direito Positivo, sob pena de serem nulas.

A Industrial Labortextil firmou acordo com o sindicato dos funcionários e firmou acordos com as empresas criadas. Formalizaram entre si vários contratos, consoante doe.8, fls. 973 a 1.067, dos autos. Porém, o fisco desconsiderou os negócios firmados, por estarem contrários às normas. O artifício utilizado pela Labortextil fere o direito; não há como aceitar que pessoas interpostas componham o quadro societário de uma sociedade empresária. A atividade empresarial dependente de um acordo bilateral de vontade firmado por pessoas que pretendam exercer conjuntamente a atividade empresarial assumindo os riscos do empreendimento, compondo o capital e

apresentando patrimônio que garantam os compromissos firmados perante terceiros. Esse preceito não restou configurado nas empresas criadas. Verifica-se que elas sobrevivem do capital oriundo da Labortextil quando esta repassa o montante relativo às encomendas entregues.

De lembrar que o SIMPLES foi instituído com o objetivo de dispensar os contribuintes de pequena capacidade contributiva um tratamento tributário e fiscal diferenciado, simplificado e compatível com o porte dos seus negócios, buscou-se a diminuição da carga tributária e ainda se constitui em um incentivo ao aumento de emprego, podendo economizar com a redução da contribuição decorrente da relação empregatícia além da dispensa de diversas obrigações tributárias acessórias. Porém, a Lei instituidora do sistema estabelece os critérios a serem observados pelos optantes, neste caso, restou claro que a constituição das referidas empresas não observaram tais critérios tanto que foram excluídas do SIMPLES consoante documentos já citados neste voto.

Os pressupostos sob análise nos permite qualificar como simulação fraudulenta a constituição de pessoas jurídicas, através de falsa declaração de sua composição societária, com a utilização dos chamados laranjas ou testas de ferro, uma vez que a parte que figura no contrato não é pessoa que deve aproveitar os resultados do mesmo, mas sim, outra pessoa, um titular " fingido".

A Auditoria deixou claro que a Industrial Labortextil S/A omitiu contribuições previdenciárias devidas ao fazer com que seus funcionários figurassem como funcionários das fictas empresas, transferindo-os sem rescisão contratual, dando, sem dúvida, continuidade ao vínculo empregatício. Essa simulação caracteriza em tese o crime de sonegação de contribuição previdenciária previsto no art.337-A do Código Penal Brasileiro, para tal situação foi emitida a Representação Fiscal para Fins Penais.

Constatou a Auditoria que o artifício utilizado pela Industrial Labortextil visava manter a normalidade do ciclo de produção, porém, serviu para omitir, impedir, mascarar e dificultar a identificação dos verdadeiros sócios e controladores, bem como para se eximir ilegalmente do pagamento de tributos e contribuições, suprimindo inclusive os meios legais de cobrança, vez que as empresas criadas não possuíam patrimônio necessário para arcar com os diversos encargos, com o desenvolvimento do empreendimento industrial ao qual se propunham e eventuais ações de execução.

Assim, ao contrário do que diz a defesa, não foi a deliberação no sentido de segregar uma ou mais etapas do processo produtivo da empresa e entregá-las a pessoa jurídica diversa que motivou o lançamento fiscal, não é essa prática que levou o fisco a entender que estava diante de utilização de "artifícios fraudulentos", com o fim de lesar o fisco".

SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DO APROVEITAMENTO DOS RECOLHIMENTOS EFETUADOS PELAS EMPRESAS DITAS DO SIMPLES NESTE LANÇAMENTO.

Argui, ainda, as defendentes que se anule o lançamento por iliquidez do crédito tributário ou, pelo princípio da eventualidade, considerar todos os recolhimentos feitos pelas empresas optantes pelo SIMPLES.

Verifica-se que o lançamento se deu na Industrial Labortextil, sendo neste contexto, devedora perante a Receita Federal, em relação as contribuições previdenciárias apuradas pela Auditoria..

Os recolhimentos efetuados na modalidade do SIMPLES (DARF's) apresentados na defesa, foram efetuados pelas empresas criadas no parque Industrial Labortextil, no período em que se consideravam do SIMPLES, utilizando, cada uma delas, o CNPJ cadastrado na Receita Federal.

O que a Industrial pretende é que se faça o aproveitamento deste recolhimento para abater o percentual recolhido na modalidade do SIMPLES e destinado à Previdência Social, porém, trata-se de créditos de terceiros, qual seja das ditas empresas do SIMPLES e para esse caso não há previsão legal.

De acordo com a regra geral disposta no art. 368 do código civil " se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações se

extinguem até onde se compensarem". Em complemento o art. 369 diz que " a compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis". Da união dos artigos se extrai que para haver tal compensação é necessário que haja , ao mesmo tempo, uma relação jurídica que caracterize fenômeno recíproco de crédito e débito entre as duas pessoas, o encontro destas duas obrigações implicam na extinção de ambas até onde os seus valores se compensarem, é necessário que a dívida seja líquida e vencida.

No presente caso não há a configuração da referida relação de reciprocidade entre a Industrial Labortextil e a Receita Federal (credora e devedora uma da outra ao mesmo tempo).

Fato diferente ocorreria se o lançamento tivesse ocorrido na empresa do SIMPLES, pois, restando configurada a relação de reciprocidade e comprovado ter havido recolhimentos nesta modalidade (SIMPLES), caberia o lançamento da diferença, aproveitando-se o percentual recolhido e destinado à Previdência Social.

Desta forma, apesar de não ter sido reconhecido o negócio jurídico firmado entre as empresas do SIMPLES e a Industrial Labortextil, considerando-se que os recolhimentos apresentados na defesa foram efetuados pelas empresas do SIMPLES e não pela Labortextil, considerando-se que o fato gerador ocorreu na Industrial Labortextil, sendo está a devedora perante o fisco(Receita Federal), considerando-se os motivos expostos acima caberá às empresas do SIMPLES formalizar, individualmente, o pedido de ajuste dos possíveis créditos perante a Receita, caso cabível.

Ressaltam, ainda, a defesa que as contribuições previdenciárias recolhidas no bojo dos acordos trabalhistas firmados na Justiça do Trabalho, notadamente os relativos à demissão de empregados, também, não foram considerados pela fiscalização.

É de se afirmar que, conforme se verifica da análise de todos os Relatórios que o compõe, não consta nenhum valor lançado a título de reclamatória trabalhista. Não cabendo acolhida as alegações da defesa, também, quanto a este aspecto.

Ademais, diante de tudo que ficou demonstrado o vínculo empregatício deveria ocorrer com o real empregador, no caso, a Industrial Labortextil. A empresa apresenta casos isolados levados à Justiça do Trabalho onde a reclamatória foi julgada com base nos elementos apresentados pelos empregados reclamantes, consoantes fatos ali levados. Definindo a justiça a respeito dos pagamentos cabíveis. Essas decisões isoladas não têm o condão de modificar a situação aqui configurada.

Neste ponto, cabe esclarecer que a partir da publicação da MP 449, de 03/12/2008, para fatos geradores de contribuições previdenciárias anteriores a esta data, incluídos em autuação, deverá ser avaliado o caso concreto e a norma atual deverá retroagir, se mais benéfica, pois em matéria de penalidades deve ser observado o disposto no Código Tributário Nacional, artigo 106, inciso II, alínea 'c'.

A multa prevista na Lei 9.430, de 1996, artigo 44, inciso I, visa apenar, de forma conjunta, tanto o não pagamento do tributo (descumprimento de obrigação principal), quanto a não apresentação da declaração ou a declaração inexata (descumprimento de obrigação acessória).

Desta forma, quando houver a aplicação da multa prevista nos revogados § 5º do artigo 32 e inciso II do artigo 35 da Lei 8.212, de 1991, deverá ser feito o cotejo das duas multas em relação à penalidade pecuniária da Lei 9.430, de 1996, artigo 44, inciso I, que se destina a punir ambas as infrações já referidas.

Deve-se observar também, que os percentuais da multa tanto do artigo 35 (redação anterior) da Lei 8.212, de 1991, quanto do artigo 44 da Lei 9.430, de 1996, sofrem variação de acordo com a data do pagamento do crédito (art. 6º da Lei 8.218, de 1991). Logo, tem-se que a comparação entre uma e outra modalidade somente pode ser feita por ocasião do pagamento do crédito lançado.

Frise-se que a norma vigente à época da ação fiscal determinava a cobrança de multa de mora (Lei 8.212/91, artigo 35, inciso II) sobre a contribuição não recolhida e a lavratura

de auto de infração por descumprimento da obrigação acessória descrita na Lei 8.212, de 1991, artigo 32, inciso IV, § 5º (lançada na presente autuação) e a norma atual (Lei 9.430, de 1996, artigo 44, inciso I) impõe a aplicação da multa de ofício sobre o imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata.

Por força do disposto no CTN, artigo 106, inciso II, alínea 'c', impõe-se a comparação dos valores de tais multas, devendo o valor da penalidade aplicada no auto de infração em pauta, ser revisto, caso, em virtude da comparação realizada, resulte em valor de multa mais benéfico ao contribuinte.

Assim, em virtude de tais alterações e na forma da Portaria Conjunta PGFN/RFBn" 14, de 4 de dezembro de 2009 (DOU de 8.12.2009), artigo 2º, a análise do valor das multas para verificação e aplicação daquela que for mais benéfica, se cabível, será realizada no momento do pagamento ou do parcelamento do crédito previdenciário, observado o § 3º do artigo 2º c artigo 4º da mesma Portaria.

(Destaques no original)

Vinculação jurisprudencial

Como se há verificar, a análise da jurisprudência que a Recorrente trouxe no recurso deve ser contida pelo disposto nos arts. 472 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil – CPC) e 506 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (novo CPC), os quais estabelecem que a sentença não reflete em terceiro estranho ao respectivo processo. Logo, por não ser parte no litígio ali estabelecido, a Contribuinte dela não pode se aproveitar. Confirma-se:

Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Lei nº 13.105, de 2015 - novo Código de Processo Civil:

Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

Mais precisamente, as decisões judiciais e administrativas, regra geral, são desprovidas da natureza de normas complementares, tais quais aquelas previstas no art. 100 do CTN, razão por que não vinculam futuras decisões deste Conselho, conforme art. 62 da Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, que aprovou o Regimento Interno do CARF. Confirma-se:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil,

na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

c) Dispensa legal de constituição ou Ato Declaratório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

d) Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e

e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1973.

e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Assim entendido, dita pretensão recursal não pode prosperar, por absoluta carência de amparo legislativo.

Conclusão

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso interposto pela autuada, apreciando-se apenas a preliminar de tempestividade nele suscitada; para, nessa parte conhecida, negar-lhe provimento. De outro modo, conheço do recurso interposto pela Responsável solidária, rejeito as preliminares nele suscitadas e, no mérito, nego-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Francisco Ibiapino Luz