



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

Processo n° 13971.002230/2010-58
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2403-001.931 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de março de 2013
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente INDUSTRIA DE RELOGIOS HERWEG S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2005 a 31/12/2008

PREVIDENCIÁRIO. NULIDADE. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL INADEQUADA. MÉRITO.

O lançamento que não se sustenta mediante a apresentação de provas, torna nulo o ato de forma insanável. Também a inadequada fundamentação legal inquina o lançamento de vício que enseja nulidade. Entretanto, o § 3º, inciso II, artigo 59 do Decreto 70.235/72, admitida a nulidade, determina que: “ § 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei n 8.748, de 1993)

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª câmara / 3ª turma ordinária do segunda SEÇÃO DE JULGAMENTO, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro e o conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari declarou-se impedido. Fez sustentação oral a Dra. Viviane Faulhaber Dutra, OAB/DF nº 34.271

Marcelo Magalhães Peixoto - Presidente

Ivacir Júlio de Souza-Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro, Ivacir Julio de Souza, Maria Anselma Coscrato dos Santos, Marcelo Magalhaes Peixoto, Carolina Wanderley Landim.

CÓPIA

Relatório

A instância ad quod produziu o Relatório abaixo que li , compulsei com os autos e o transcrevi na íntegra com grifos de minha autoria:

*“1. Este relatório é integrante do Auto de Infração referente ao lançamento fiscal de contribuições devidas à Seguridade Social correspondentes à **contribuição devida pela empresa**, incidente sobre a **remuneração de segurados empregados, contribuintes individuais** e financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho.*

*2. Em auditoria realizada na autuada e, concomitantemente, nas empresas **E.G.M. Indústria e Comércio Ltda e QUARTZ Indústria e Comércio Ltda** constatou-se que estas não dispunham de patrimônio e capacidade operacional necessários a realização de seu objetivo social, e foram concebida com o propósito de abrigar mão de obra necessária ao desenvolvimento das atividades da autuada, sendo que todos os recursos eram provenientes da autuada.*

*Pretendeu-se desta forma elidir-se da incidência da contribuição previdenciária patronal que recairia sobre a folha de pagamento dos empregados e contribuintes individuais da autuada alocando-os na **EGM e QUARTZ, empresas optantes pelo SIMPLES**.*

*3. Tal fato foi objeto de **Representação Fiscal para Baixa de Ofício da inscrição no CNPJ da E.G.M. Industria e Comércio Ltda e QUARTZ Industria e Comercio Ltda**, com base no disposto no artigo 28, inciso II, alínea "a" da IN RFB nº 1.005 de 8 de fevereiro de 2010.*

*4. A remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais constante da folha de pagamento da **E.G.M. Industria e Comércio Ltda e QUARTZ Industria e Comercio Ltda**, no período abaixo, é a base de cálculo da contribuição lançada neste AI, haja vista que a autuada era a beneficiária dos serviços prestados por estes segurados os quais estavam sob sua orientação, supervisão e subordinação, fato que foi amplamente demonstrado na **Representação Fiscal que deu início à baixa de ofício da inscrição da E.G.M. Industria e Comércio Ltda e QUARTZ Industria e Comercio Ltda**.*

*5. No período fiscalizado a **E.G.M. Indústria e Comércio Ltda e a QUARTZ Indústria e Comércio Ltda** eram optantes do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte SIMPLES Federal (até 06/2007) e Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas*

Microempresas e Empresas de Pequeno Porte SIMPLES NACIONAL (a partir de 07/2007).

6. A Autuada, no mesmo período, era tributada pelo Lucro Real, desta forma, a contribuição previdenciária patronal incidente sobre a remuneração dos segurados então registrados na E.G.M. Indústria e Comércio Ltda e QUARTZ Indústria e Comércio Ltda, a qual era substituída pela contribuição do SIMPLES, está sendo objeto de apuração no presente AI.

...

Dos fatos geradores

9. Constituem fatos geradores das contribuições lançadas:

9.1. Levantamentos E11E12 e Q1Q2:

*a remuneração de segurados empregados e dos sócios, constante de folha de pagamento da EGM Indústria e Comércio Ltda (levantamentos E 11 e E12) e da QUARTZ Indústria e Comércio Ltda (levantamentos Q 11 e Q12), no período: 06/2005 a 12/2008 e décimos terceiros salários de 2005, 2006, 2007 e 2008, todos caracterizados, por esta auditoria, **como empregados da empresa AUTUADA.** A contribuição incidente sobre a referida remuneração não foi objeto de declaração em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social GFIP.*

9.2. Levantamentos E21 E22 e Q21 Q22:

a remuneração dos autônomos (Contribuintes Individuais), constante da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social GFIP da EGM Indústria e Comércio Ltda (levantamentos E21 e E22) e da QUARTZ Indústria e Comércio Ltda (levantamentos Q21 e Q22), no período: 06/2005 a 12/2008, todos caracterizados, por esta auditoria, como segurados da empresa AUTUADA. As contribuições não foram declarados em GFIP.

Caracterização de Segurados Empregados

*10. A Indústria de Relógios Herweg S/A **utiliza-se de subterfúgios ilegais** para poder manter uma média de 176 empregados seus alocados em 2 empresas distintas, constituídas em separado para serem optantes pelo SIMPLES e com isso afastarem as contribuições destinadas à seguridade social, **tais empresas operam no mesmo parque fabril e a sua receita advém exclusivamente da Indústria de Relógios HERWEG S/A e de empresas a ela ligada, com maquinários por ela cedidos, e criadas com sócios ("testas de ferro") ligados a Ind. Relógios HERWEG.***

*11. **Pelas evidências encontradas e relatadas nas Representações Fiscais para Baixa de Ofício (cópia Anexo 4) formou-se a convicção desta fiscalização de que a Ind. Relógios HERWEG administra e gerencia diretamente a totalidade dos empregados das empresas Ind. Relógios HERWEG, QUARTZ e EGM.***

Pressupostos Necessários à Condição de Empregado

12. *Em decorrência dos fatos relatados, foram realizadas Representações Fiscais para Baixa do CNPJ da QUARTZ INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA e E.G.M. INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA por inexistência de fato, e seus empregados e contribuintes individuais caracterizados como segurados da empresa INDÚSTRIA DE RELÓGIOS HERWEG S/A, consoante o disposto no art. 3 da CLT (DecretoLei n.º 5.452, de 01/05/1943) e o art. 12, inciso I, alínea "a", da Lei n.º 8.212, de 24/07/1991, como segue:*

13. **PESSOALIDADE:**

Os empregados são admitidos pessoalmente por meio de um contrato de trabalho, ainda que formalizados por intermédio de outras pessoas jurídicas. São contratos intuito personae, qual seja, os empregados não podem se fazer substituir nas funções desempenhadas (montador timer, montador despertador, revisor, operador de máquinas, etc), tendo de prestá-las pessoalmente.

14. **NÃO EVENTUALIDADE:**

A jornada de trabalho é diária, definida pelo Contratante, sendo controlada por meio de controle de ponto eletrônico. O trabalho é prestado na unidade fabril da Ind. Relógios Herweg na rua Uruguai, 240. É definido por turnos, com horários certos de entrada e saída.

15. **SUBORDINAÇÃO:**

Os relatórios das Representações Fiscais para Baixa de Ofício (Anexo 4) demonstram que as empresas QUARTZ INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA e E.G.M. INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, e conseqüentemente todos os seus sócios e empregados, estão subordinadas a INDÚSTRIA DE RELÓGIOS HERWEG S/A., que, de fato, é o verdadeiro empregador.

16. **ONEROSIDADE:**

Os empregados são remunerados mensalmente e constam em folha de pagamento, ainda que a formalização dos vínculos empregatícios aconteça por intermédio de outras pessoas jurídicas.

Créditos do Contribuinte

17. ***Foram considerados créditos da autuada apenas os valores registrados no CNPJ da EGM Indústria e Comércio Ltda (CNPJ nº 02.363.843/000188) e da QUARTZ Indústria e Comércio Ltda (CNPJ nº 02.360.696/000192), abaixo relacionados:***

A parcela destinada à Previdência Social contida nos valores arrecadados mediante DARF de código 6106 (recolhimento do SIMPLES Federal), conforme o disposto na Lei 9.317/96, no período de 01/2005 a 06/2007 e mediante DAS (recolhimento do

SIMPLES Nacional), instituído pela Lei Complementar 123/2006;

18. Os créditos relacionados no item anterior constam do Relatório de Documentos Apresentados RDA, integrante do presente Auto de Infração, como CRED, levantamento E11 e E12 para os valores recolhidos pela EGM e levantamento Q11 e Q12 para os valores recolhidos pela QUARTZ, exceto o valor de R\$ 20.524,77 na competência 06/2007 (EGM) que foi incluído como GPS para possibilitar que o valor excedente pudesse ser apropriado para o levantamento da QUARTZ (Q11).

19. Os valores recolhidos mediante Guia da Previdência Social GPS no CNPJ da EGM Indústria e Comércio Ltda (CNPJ nº 02.363.843/000188) e da QUARTZ Indústria e Comércio Ltda (CNPJ nº 02.360.696/000192) serviram para o recolhimento integral das contribuições descontadas dos segurados com as deduções legais....

Foi informado que a multa mais benéfica foi a prevista na legislação atual.

*A ciência do lançamento se deu em 12/5/2010 em 11/6/2010, protocolou **impugnação (folhas 342 e seguintes) nos termos seguintes:***

Inicia narrando que os processos de exclusão do Simples 13971.001447/200311 e 13971.00144/200388, respectivamente da Quartz Indústria e Comércio Ltda e EGM Indústria e Comércio Ltda, até a presente data não foram decididos definitivamente.

Informa que as ditas empresas encontram-se com situação cadastral suspensa, por inexistência de fato, sem que tenham tido direito à defesa, por conta de representação de 2010, retroagindo a 6/2005.

Alega que o Fisco “reconhece vínculo empregatício dos empregados das empresas QUARTZ e EGM na Autuada, no período de 05/2006 a 12/2008 e. requer a baixa de ofício de CNPJ daquelas, retroativamente a 01/06/2005 e. de outro, promove a exclusão do SIMPLES desde 01/02/2000 tendo como consequência a cobrança da diferença dos tributos” (folha 350), informando que as empresas canceladas apresentaram devidas manifestações de inconformidade e recursos voluntários, pendentes de julgamento. Também entende que irregularidade em relação às prestadoras de serviços devia resultar apenas em sua exclusão do Simples, com os lançamentos de contribuições respectivos, restando a responsabilização subsidiária da impugnante.

Entende que as pessoas relacionadas no Relatório de Vínculos não podem ser responsáveis tributárias por não se enquadrarem nas previsões dos artigos 134 e 135 do CTN.

No mérito, após discorrer sobre a autuada e sobre a terceirização, reclama que não foi demonstrada qualquer irregularidade da Quartz ou EGM, impedindo sua responsabilização subsidiária.

Alega, sinteticamente, que as prestadoras de serviços são pessoas jurídicas devidamente constituídas; inexistente relação de emprego entre a impugnante e os empregados das prestadoras; inexistente subordinação e pessoalidade entre a impugnante e os empregados das contratadas; caberia responsabilidade subsidiária da impugnante diante do inadimplemento do empregador, nas ações trabalhistas; empresas terceirizadas tem direito de usufruir de regimes fiscais à elas mais favoráveis.

Indaga se a terceirização seria questionada se as prestadoras não estivessem no regime tributário do Simples.

Alega que os adiantamentos são procedimentos legais e que deduz-se o já pago do pagamento total. Entende que não há vedação legal que impeça ex empregados tornarem-se sócios de prestadoras à serviço de antigos empregadores. Entende também que a terceirização do serviço de contabilidade é usual no mercado.

Informa que o capital social das empresas Quartz e EGM não é irrisório e não há legislação definindo mínimo ou máximo desse montante. Alega também que não há impossibilidade legal de que ex empregados abram pessoas jurídicas que prestem serviços aos ex empregadores.

Também que é possível a utilização do parque fabril da contratante mediante contratos de locação. As máquinas e equipamentos foram cedidas pela impugnante por contrato de comodato, legítimo nos termos da lei civil. Por último, a exclusividade de prestação de serviços, cessada em 2007, foi opção das prestadoras.

Passa, então, à análise de cada empresa apontada no lançamento:

*Para a Quartz Ind. E Com. Ltda, salienta que inexistente valor mínimo de capital social determinado legalmente; que a impugnante não exigia exclusividade de sua parte; que não existe impedimento para que o serviço de contabilidade seja prestada por empresa constituída de ex empregados da impugnante e esta não se dava de forma exclusiva para ela; as máquinas e equipamentos utilizados são fornecidos em comodato contratualmente firmado; e **que a constituição da empresa depende exclusivamente dos requisitos previstos no art. 997 do Código Civil, não sendo necessário constituição de patrimônio.***

Repete o mesmo para a empresa EGM Ind. E Com. Ltda.

Alega que não obstante a tramitação ainda de processos de exclusão do regime tributário do Simples, a auditoria fiscal optou por declarar a inexistência da relação laboral entre os empregados da Quartz e EGM e sua existência com a autuada, arrogando competência da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114 da Constituição Federal.

Entende que sua responsabilidade subsidiária dependeria também da inexistência de pagamentos de contribuições, o que foi comprovado existir no lançamento fiscal. Alega também que não houve comprovação de que não existiam vínculos laborais entre os empregados das contratadas e estas.

Entende também que o argumento de prestação de serviços para a atuada ser irregular por serem de ex funcionários seus não encontra guarida nas restrições dispostas nas vedações do art. 9º da Lei 9.317/1996.

A atuação no lançamento, desqualificando ato ou negócio jurídico apenas por seu conteúdo poder estar contido em situação mais onerosa, encontra-se em oposição ao determinado nos artigos 108, §1º e 116, I do CTN. Não há norma antielisiva disponível para tanto.

Alega também ausência cumulativa dos requisitos de configuração de vínculo empregatício. As contratadas eram pessoas jurídicas e não físicas. E não se exigia exclusividade nos serviços, pessoalidade, nem subordinação, conforme contratos de prestação de serviços e Termos de Verificação Física, mostrando que as ordens eram recebidas sempre por funcionários das respectivas empresas.

Insurge-se também contra a aplicação da taxa Selic sobre a multa de ofício, por ausência de previsão legal.

Pede, ao final, a procedência da impugnação.

Não obstante não haver despacho de encaminhamento para esta DRJ, o deslocamento da competência para julgamento decorreu da Portaria RFB/Sutri 2.924/2011. ”

Muito embora a Delegacia de Santa Catarina jurisdicionar o sujeito passivo, a 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento-em Juiz de Fora (MG), DRJ/JFA, em 4 de janeiro de 2012, exarou o Acórdão 09-38.521 julgando improcedente a impugnação.

A instância “*ad quod*” fez registrar que : “ não obstante não haver despacho de encaminhamento para esta DRJ, **o deslocamento da competência** para julgamento decorreu da Portaria RFB/Sutri 2.924/2011”.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar aos argumentos da impugnante, na forma do registro de fls.560, a 5ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil em Juiz de Fora - (MG) - DRJ/JFA, em, 04 de janeiro de 2012, exarou o Acórdão nº 09-38.521, mantendo procedente o lançamento.

DO RECURSO

Irresignada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls.577 onde reiterou as alegações que fizera em instancia “*ad quod*”.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza

DA TEMPESTIVIDADE

O recurso é tempestivo. Aduz que reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

PRELIMINAR DE NULIDADE

Registrando no pólo passivo da autuação a empresa Indústria de Relógios HERWEG S/A, CNPJ : 86.375.011/0001-71, situada à Rua Uruguai, 240 - Bairro Imigrantes, Timbó – SC. o Relatório Fiscal de fls. 70 aduz que trata-se de :

*“ Auto de Infração referente ao lançamento fiscal de contribuições devidas à Seguridade Social correspondentes à **contribuição devida pela empresa, incidente sobre a remuneração de segurados empregados, contribuintes individuais e financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho.***

*2. Em auditoria realizada na autuada e, concomitantemente, nas empresas E.G.M. Indústria e Comércio Ltda e QUARTZ Indústria e Comércio Ltda constatou-se que estas não dispunham de patrimônio e capacidade operacional necessários a realização de seu objetivo social, e foram concebida com o **propósito de abrigar mão de obra necessária ao desenvolvimento das atividades da autuada**, sendo que todos os recursos eram provenientes da autuada. Pretendeu-se desta forma elidir-se da incidência da contribuição previdenciária patronal que recairia sobre a folha de pagamento dos empregados e contribuintes individuais da autuada alocando-os na EGM e QUARTZ, empresas optantes pelo SIMPLES.*

*3. Tal fato foi objeto de **Representação Fiscal para Baixa de Ofício da inscrição no CNPJ da E.G.M. Industria e Comércio Ltda e QUARTZ Industria e Comercio Ltda**, com base no disposto no artigo 28, inciso II, alínea "a" da IN RFB nº 1.005 de 8 de fevereiro de 2010.*

4. A remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais constante da folha de pagamento da E.G.M. Industria e Comércio Ltda e QUARTZ Industria e Comercio Ltda, no período abaixo, é a base de cálculo da contribuição lançada neste AI, haja vista que a autuada era a beneficiária dos serviços prestados por estes segurados os quais estavam sob sua orientação, supervisão e subordinação, fato que foi amplamente demonstrado na Representação Fiscal que deu início à baixa de ofício da inscrição da E.G.M. Industria e Comércio Ltda e QUARTZ Industria e Comercio Ltda.

5. No período fiscalizado a E.G.M. Indústria e Comércio Ltda e a QUARTZ Indústria e Comércio Ltda eram optantes do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES Federal (até 06/2007) e Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL (a partir de 07/2007).

6. A Autuada, no mesmo período, era tributada pelo Lucro Real, desta forma, a contribuição previdenciária patronal incidente sobre a remuneração dos segurados então registrados na E.G.M. Indústria e Comércio Ltda e QUARTZ Indústria e Comércio Ltda, a qual era substituída pela contribuição do SIMPLES, está sendo objeto de apuração no presente AI” (grifos de minha autoria)|

O Auditor Fiscal colacionou às fls. 97 a sobredita Representação Fiscal Para Baixa de Ofício de CNPJ, datada de 03/05/2010, abaixo transcrita:

“ As três empresas criadas **tem suas sedes no mesmo endereço da Ind. Relógios HERWEG, e os empregados estão nos galpões onde funcionava o setor de produção da Ind. Relógios HERWEG**, passando a realizar o processo de produção que era executado unicamente pela empresa Ind. Relógios HERWEG. O número de empregados no endereço "Rua Uruguaí nº 240 - Bairro Imigrantes - Timbó - SC" permaneceu estável no ano de 1998, apenas os empregados foram registrados em empresas distintas, conforme se demonstra no quadro a seguir:

(...)

2.5 Na teoria a Ind. Relógios HERWEG apenas compra as matérias-primas e manda industrializá-las nas empresas terceirizadas, mas na prática nada mudou na empresa, os empregados estão em um único parque fabril, sob orientação, supervisão e subordinação da empresa Ind. Relógios HERWEG.

2.6 A PLAUSI foi incorporada pela E.G.M., conforme 2a Alteração Contratual da E.G.M. em 04/06/2001.

2.7 Estes fatos já foram constatados e representados em 20 de Dezembro de 1999, sendo que em 18/09/2009 foi emitido o Ato Declaratório DRF/BLU nº 111 de exclusão do SIMPLES

(..)

Não há uma clara divisão ou limitação entre as empresas, nem tampouco alguma indicação através de placas, pinturas que pudesse indicar estabelecimento diverso do indicado na fachada da empresa (Ind. Relógios Herweg).

(...)

5.3.7 De fato, pelas evidências e conversas realizadas no estabelecimento **formou-se a convicção desta fiscalização de que a Ind. Relógios HERWEG administra e gerencia diretamente a totalidade dos empregados das empresas Ind. Relógios**

HERWEG, QUARTZ e E.G.M., e que a QUARTZ e EGM foram criadas pela Ind. Relógios HERWEG com "testas de Ferro"

(ex-empregados) para usufruir os benefícios do SIMPLES.(...)

6 Conclusão

4.1 De todo o exposto, conclui-se que a QUARTZ não dispõe de patrimônio e tampouco de capacidade operacional necessários à consecução de seu objeto social. Desta forma, fica configurada a inexistência de fato da empresa objeto desta representação.

*4.2 Isto posto, proponho, nos termos do artigo 38, inciso III da IN RFB nº 1.005, de 8 de fevereiro de 2010 a imediata **SUSPENSÃO** com posterior **BAIXA DE OFÍCIO** da inscrição da QUARTZ Indústria e Comércio Ltda. no CNPJ a partir de **01/06/2005**.”(grifos de minha autoria)*

A proposta supra foi acatada. Consta às fls. 403, os cartões de CNPJ das empresas QUARTZ INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA. - E PP, CNPJ 02.360.696/0001-92 e E.G.M INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA. - E PP, CNPJ 02.363.843/0001-88 onde se verifica situação cadastral suspensa, datada de **01/06/2005 por motivo de situação cadastral inexistente de fato**.

Checagem em **25/02/2013**, para a empresa E.G.M INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA. - E PP, CNPJ 02.363.843/0001-88 consta datada de 05/08/2010, situação cadastral **baixada**, **por motivo de inexistência de fato**. O mesmo se verificou na pesquisa para a outra empresa QUARTZ INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA. - E PP, CNPJ 02.360.696/0001-92.

DAS REPRESENTAÇÕES FISCAIS

Às fls. 111 a 123, datada de 03/05/2010, a autoridade autuante formalizou a Representação Fiscal requerendo, nos termos do artigo 38, inciso III da IN RFB nº 1.005, de 8 de fevereiro de 2010 a imediata **SUSPENSÃO** com posterior **BAIXA DE OFÍCIO** da inscrição da **EGM** Indústria e Comércio Ltda. no CNPJ a partir de 01/06/2005.

Às fls. 214/218, registram que em **20 de dezembro de 1999**, a Autoridade autuante então Auditor-Fiscal da Previdência Social, lotado na Gerência Executiva do INSS, em Blumenau/SC, Posto de Arrecadação e Fiscalização em Timbó/SC, **em ação fiscal realizada junto a empresa E.G.M. INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA - EPP**, CNPJ Nº 02.363.843/0001-88, procedeu expediente dirigido Sr. Delegado da Receita Federal em Blumenau/SC para apresentar **Representação Fiscal de idêntico teor** baseada nos fatos então contemporâneos. **Aduz que “ tendo constatado a situação de vedação/exclusão à opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES ”**, formalizou a Representação em comento com base no **artigo 15, Par. 4º, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, na redação da Lei nº 9.732, de dezembro 1998**.

Às fls. 219, consta o **Ato Declaratório Executivo DRF/BLU nº 034, de 10 de setembro de 2007 conforme proposto pela Autoridade autuante** a empresa E.G.M. INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA - EPP, **fora excluída do Sistema Integrado de Pagamento de impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte- SIMPLES**.

A motivação e fundamentação para a exclusão fora a mesma requerida na representação fiscal descrita alhures e consta registrada no corpo do documento na forma abaixo transcrita:

“ Situação excludente (evento 321)

Descrição: realizar operações relativas à prestação de serviços de locação de mão-de-obra.

Fundamentação Legal: Lei nº 9.317/96: alínea "f" do inciso XII do artigo 9º combinado com o inciso I do artigo 14, o artigo 12, os incisos II, e os parágrafos terceiro e quarto, todos do artigo 15.”

Também em 05/05/2010, fls. 97 a 109, **a mesma autoridade autuante reiterou a** Representação Fiscal , com idênticos argumentos e dirigidos ao mesmo Delegado da receita federal em face da empresa QUARTZ INDUSTRIA E COM. LTDA – EPP.

Do expediente supra resultou Ato Declaratório Executivo nº111, em **18 De Setembro de 2009.**

A motivação e fundamentação ocorreram conforme apontado pelo Auditor na representação fiscal e abaixo transcrito :

“ por ter incorrido na hipótese de vedação prevista no art. 9º, inciso XII, alínea "f", da Lei nº 9.317/96.

*Art. 2º - A exclusão de que trata o presente Ato Declaratório produz efeitos a partir de **01/02/2000**, conforme dispõe o art. 15, II, da Lei nº 9.317/96.”*

DOS FUNDAMENTOS LEGAIS DO DÉBITO

Às fls. 67, registram-se , na forma do abaixo transcrito, que os fundamentos legais do débito tiveram por base o comando do inciso I do art. 30 da Lei n. 8.212, de 23/07/91 e Decreto n. 3.048, de 06.05.1999, art. 216, I, " b " e parágrafos 1. ao 6:

“ FLD - FUNDAMENTOS LEGAIS DO DÉBITO

800.10 - Competências : 06/2005 a 09/2008

Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 30,I (c om a alteração da Lei n. 8.620, de 05.01.93, e d a Lei n. 9.876, de 26.11.99); Lei n. 8.620, de 05.01.93, art. 7., parágrafos 1. e 2.; Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.1999, art. 216, I, " b " e parágrafos 1. ao 6., c om as alterações do Decreto n. 3.265, de 29.11.99.

PERÍODO: A PARTIR DE 04.2003: Lei n. 8.212, de 24.07.91, art.30,I (com a alteração da Lei n. 8.620, de 05.01.93 e da Lei n. 9.876, de 26.11.99); Lei n. 8.620, de 05.01.93, art. 7., parágrafos 1. e 2 . ; Lei n. 10.666, de 08.05.03, art. 4 . , parágrafo 1 . , combinado com o art. 15; Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, art. 216, I, "b" e parágrafos

I. ao 6., com as alterações do Decreto n. 3.265, de 29.11.99.

800.11 - Competências : 10/2008 a 13/2008

Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 30, 1 (com a alteração da Lei n. 8.620, de 05.01.93, da Lei n. 9.876, de 26.11.99, da MP n. 351, de 22.01.07, convertida na Lei n. 11.488, de 25.06.07 e da MP n. 447, de 14.11.08, convertida na Lei n. 11.933, de 28.04.2009); Lei n. 8.620, de 05.01.93, art. 7., parágrafos 1. e 2. ; Lei n. 10.666, de 08.05.03, art. 4. , parágrafo 1. , combinado com o art. 15; Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, art. 216, 1, "b" e parágrafos 1. ao 6., com as alterações do Decreto n. 3.265, de 29.11.99."

O inciso I do exortado art. 30 da Lei nº 8.212, de 24.07.91 não especifica irregularidades e sanções e diz tão-somente das obrigações da empresa na forma geral, *verbis*:

“ Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

I - a empresa é obrigada a (...)"

Às fls. 560, na condução do voto, o i. Relator “ *ad quod* ” entendeu correto o procedimento. Salientando que a Autoridade autuante agiu sob **a determinação legal insculpida no parágrafo 3º do artigo 33 da Lei 8.212/91**, buscou abrigo no parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional – CTN e assim se manifestou :

“ A autoridade fiscal, assim, ao verificar que o sujeito passivo teria utilizado de artifício para se esquivar do pagamento de tributo, deveria mesmo aplicar a legislação tributária de acordo com os fatos por ela constatados, em detrimento da situação jurídica aparente. De forma mais específica, o Código Tributário Nacional – CTN, no parágrafo único do artigo 116 (acrescentado pela LC 104/2001), estabelece que:

“Art. 116. (...)

*Parágrafo único – A autoridade administrativa poderá **desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observado os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária..”***

(..)

Ao afastar os anteparos e os negócios jurídicos artificiais, a autoridade lançadora constatou os fatos geradores praticados por este sujeito passivo e efetuou os lançamentos correspondentes. Agindo desta forma, nada mais fez do que cumprir a determinação legal insculpida no parágrafo 3º do

artigo 33 da Lei 8.212/91, que na redação vigente à época rezava:

“Art. 33. (...)”

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social INSS e o Departamento da Receita Federal DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário. (...)” (grifos de minha autoria)

Como se nota passou despercebido pelo instância “*ad quod*” a parte final do exortado art. 116 do CTN onde se determina obrigatório observar os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. Assim faz-se necessário que a **desconsideração de negócio jurídico tenha suporte em lei ordinária própria** a qual deve constar da fundamentação legal. Neste mesmo diapasão, também se observa que o referido parágrafo 3º do artigo 33 da Lei 8.212/91 trazido à colação pelo i. Julgador **não se coaduna com os fatos em comento em razão do lançamento não se tratar de sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente.**

Aduz que a legislação exortada não se coaduna com a motivação do lançamento que pautado na baixa de ofício das empresas fiscalizadas noutra ação fiscal utilizou como base de cálculo as folhas de pagamento das referidas por entender que os seus empregados produziam para a autuada.

Tal fundamentação, maculada de vício, enseja NULIDADE.

NO MÉRITO

Na sua peça recursal, às fls. 597, a Recorrente alega que desde 1999, o Auditor Fiscal está buscando alternativas de descaracterizar seu processo de terceirização. Que se cercou de fatos e fatos e chegou a conclusão de que as prestadoras de serviços em discussão não deveriam existir no mundo empresarial, principalmente pelo fato de serem adeptas ao regime tributário do SIMPLES. Isto colocado passou a refutar os motivos da Autoridade autuante com os mesmos argumentos trazidos em sede de impugnação que naquela instância não lograram prosperar.

DA AÇÃO FISCAL NA AUTUADA.

O Mandado de Procedimento Fiscal – MPF não consta colacionado. Consulta ao sítio da Receita Federal revela que o MPF 09.2.04.00-2010-00365-8 para a empresa INDUSTRIA DE RELOGIOS HERWEG S/A, teve o período fiscalizado de **06/05 a 12/2008 por uma junta Fiscal composta por 03 auditores**, inclusive o autor das representações fiscais.

Ressalte-se que muito embora dotado de informações prévias desde 1999 a autoridade autuante, Auditor Fiscal Everaldo Back, membro da sobredita junta fiscal não justifica a **forma sumaríssima da ação fiscal**. Consolidado em **06/05/2010** o presente Auto de Infração, na forma do Termo de Início de Procedimento Fiscal às fls. 76 revela que a ação

fiscal teve início em **29/04/2010** e o Termo de Encerramento da Ação Fiscal - TEAF registra que em **07/05/2010** encerraram-na. Excluindo-se os 5(cinco) dias para apresentação dos documentos, apesar de toda a complexidade relatada, concluíram-na em 2 dias.

Relevante destacar que conforme registro no sobredito Termo de Início de Procedimento Fiscal, o contribuinte **fora intimado a apresentar no prazo de 5(cinco) dias**, no endereço: RUA NAMY DEEKE, 40 - CENTRO – BLUMENAU, tão-somente os documentos abaixo transcritos:

“ Prazo: 05 dias úteis Período de apuração: 06/2005 a 12/2008

- Atas de assembléias gerais e de reuniões da diretoria ou conselhos

Prazo: 05 dias úteis

*- Balanço Patrimonial - Ano **Calendário 2009***

A documentação relacionada deverá ficar à disposição desta fiscalização, no endereço: RUA NAMY DEEKE, 40 - CENTRO - BLUMENAU.” (grifos de minha autoria)

O pedido revela inconsistência na medida em que o período de apuração refere-se as competências 06/2005 a 12/2008 mas se pede o balanço patrimonial de 2009.

Noutro giro, embora o Termo de Encerramento de Procedimento Fiscal – TEPF de fls. 78 registre que foram examinados o Livro de Registro de Empregados, Folhas de Pagamento, Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP, Comprovantes de Recolhimento, e outros elementos, os documentos intimados para apresentação não confirmam tê-los sido requeridos e disponibilizados. Também o resultado da ação fiscal e os elementos probantes colacionados bem como os fundamentos legais vistos alhures não guardam vínculo com os documentos solicitados.

No item 4 do Relatório Fiscal de fls. 70, as Autoridades autuantes registram que o crédito tributário não foi constituído em razão de inadimplências do sujeito passivo do lançamento em comento mas sim sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais constante da folha de pagamento da das empresas **E.G.M. Industria e Comércio Ltda** e **QUARTZ Industria e Comercio Ltda**. Afirma ainda que as irregularidades foram amplamente demonstradas na Representação Fiscal que deu início à baixa de ofício da inscrição da E.G.M. Industria e Comércio Ltda e QUARTZ Industria e Comercio Ltda.

“ 4. A remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais constante da folha de pagamento da E.G.M. Industria e Comércio Ltda e QUARTZ Industria e Comercio Ltda, no período abaixo, é a base de cálculo da contribuição lançada neste AI, haja vista que a atuada era a beneficiária dos serviços prestados por estes segurados os quais estavam sob sua orientação, supervisão e subordinação, fato que foi amplamente demonstrado na Representação Fiscal que deu início à baixa de ofício da inscrição da E.G.M. Industria e Comércio Ltda e QUARTZ Industria e Comercio Ltda.”

No Recurso Voluntário de fls.580, a Recorrente afirma que na forma do processo de nº 13971.001447/2003-11 a empresa **QUARTZ Industria e Comercio Ltda**, interpusera Manifestação de Inconformidade sobre Ato Declaratório nº 111 de Exclusão do SIMPLES e **que até 11/06/2010 não houvera** sido cientificada de qualquer decisão.

Pesquisa no e-processo realizada em 01/02/2013, revela que a empresa interpôs Recurso Voluntário que ainda não foi sorteado para julgamento.

Na seqüência, no que se refere a empresa **E.G.M. Industria e Comercio Ltda**, recorrendo de Ato Declaratório nº 34 de Exclusão do SIMPLES, na forma do processo de nº 13971.001444/2003-88, em 12/08/2010, o Recurso Voluntário interposto junto a este Conselho lhe dera provimento cujo Acórdão afirma ter colacionado em sede de impugnação.

Às fls. 219, consta o **Ato Declaratório Executivo DRF/BLU nº 034, de 10 de setembro de 2007** conforme proposto pela Autoridade autuante a empresa E.G.M. INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA - EPP, fora excluída do Sistema Integrado de Pagamento de impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples):

“ (..)

Situação excludente (evento 321)

Descrição: realizar operações relativas à prestação de serviços de locação de mão-de-obra.

Fundamentação Legal: Lei nº 9.317/96: alínea " f do inciso XII do artigo 9º combinado com o inciso I do artigo 14, o artigo 12, os incisos II, e os parágrafos terceiro e quarto, todos do artigo 15.”(grifos de minha autoria)

Às fls. 633, colacionaram-se cópia do Acórdão de nº 1801-002237, exarado pela Primeira Sessão de Julgamento deste Conselho, que em 19 de maio de 2010, julgando o processo de nº 13971.001444/2003/88, cuja matéria fora EXCLUSÃO DO SIMPLES da empresa EGM IND. COM. LTDA deu provimento às alegações do contribuinte.

Na oportunidade, por unanimidade, fora concedido provimento ao Recurso Voluntário Interposto que recorreu da decisão da DRJ Florianópolis. A síntese do “*decisium*” se expressa na ementa do referido voto:

PROVA. A pessoa jurídica não pode ser excluída do SIMPLES no caso de não restar evidenciada, de forma inequívoca, a situação excludente descrita expressamente no ato declaratório de exclusão, cujos fundamentos de fato e de direito vinculam a Administração Pública. ” (grifos de minha autoria)

Consulta ao e-processo revela : processo excluído.

Como se observa, a motivação para se exarar o Ato Declaratório consta registrada na forma abaixo transcrita do documento de fls. 219:

“ *Situação excludente (evento 321)*

Descrição: *realizar operações relativas à prestação de serviços de locação de mão-de-obra.”*

Desse modo, tendo sido desconsiderado o Ato Declaratório, desconsidera foi a razão de sua edição ou seja: não se configurou que a empresa realizava operações relativas à prestação de serviços de locação de mão-de-obra.

Como visto alhures, o Auto de Infração em tela foi lavrado pelo fato de as Autoridades autiaunes terem se convencido de que as empresas E.G.M. Industria e Comércio Ltda e da QUARTZ Industria e Comercio Ltda. realizavam operações relativas à prestação de serviços de locação de mão-de-obra para a autuada.

Na forma do multicitado item 4 do Relatório Fiscal de fls. 70, as Autoridades autuantes registram que o crédito tributário não foi constituído em razão de inadimplências do sujeito passivo do lançamento em comento mas sim sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais constante da folha de pagamento da das empresas E.G.M. Industria e Comércio Ltda e da QUARTZ Industria e Comercio Ltda **em razão de a autuada ser a beneficiária dos serviços prestados por esses segurados:**

4. A remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais constante da folha de pagamento da E.G.M. Industria e Comércio Ltda e QUARTZ Industria e Comercio Ltda, no período abaixo, é a base de cálculo da contribuição lançada neste AI, haja vista que a autuada era a beneficiária dos serviços prestados por estes segurados os quais estavam sob sua orientação, supervisão e subordinação, fato que foi amplamente demonstrado na Representação Fiscal que deu início à baixa de ofício da inscrição da E.G.M. Industria e Comércio Ltda e QUARTZ Industria e Comercio Ltda.” (grifos de minha autoria)

Assim, desmaterializado o fato gerador da constituição do crédito e uma vez resgatada a condição de empresa ao SIMPLES, a tributação deve observar a legislação de regência. **Os créditos constituídos da forma como foram não podem prosperar** tendo em vista que o fizeram como se a empresa estivesse definitivamente excluída do regime especial.

Não obstante a decisão do CARF, as empresas foram baixadas de ofício. Cumpre destacar que, abertas em 04/02/1998, conforme consta às fls. 403 nos cartões de CNPJ das empresas QUARTZ INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA. - E PP, CNPJ 02.360.696/0001-92 e E.G.M INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA. - E PP, CNPJ 02.363.843/0001-88 ali se verifica situação cadastral suspensa, datada de **01/06/2005** por motivo de situação **cadastral inexistente de fato** conclusão esta da autoridade autuante que em representação fiscal requereu a suspensão das atividades.

Checagem em 25/02/2013, para a empresa E.G.M INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA.- E PP, CNPJ 02.363.843/0001-88 consta datada de 05/08/2010, situação cadastral baixada , por motivo de inexistência de fato. O mesmo se verificou na pesquisa para a outra empresa QUARTZ INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA. - E PP, CNPJ 02.360.696/0001-92 .

DA NULIDADE E DO MÉRITO

Embora maculado pela incorreta fundamentação legal que ensejaria a nulidade do lançamento, sob o comando do § 3º do art. 59 do decreto 70.235/72, reiterado no § 3º do art. 12 do Decreto 7.574, de setembro de 2011 , **quando puder decidir do mérito a**

favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta, verbis:

“ Art. 59. São nulos:

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei n 8.748, de 1993) ”

Assim , em face de tudo que foi exposto, cumpre dar provimento às alegações da recorrente que por economia processual deixo de enfrentá-las pontualmente.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso para, NO MÉRITO, DAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza