



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

Processo n° 16095.720112/2014-12
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-003.208 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de junho de 2016
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente JOALMI INDUSTRIA E COMERCIO LIMITADA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2012

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.
COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE.

Cabe ao Fisco a comprovação da ocorrência das condições ensejadoras da desconsideração da personalidade jurídica do empregador.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, Por unanimidade de votos, dar provimento ao Recurso.

Assinado digitalmente

Eduardo Tadeu Farah - Presidente.

Assinado digitalmente

Carlos César Quadros Pierre - Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Eduardo Tadeu Farah (Presidente), Carlos Henrique de Oliveira, Jose Alfredo Duarte Filho (Suplente Convocado), Marcio de Lacerda Martins (Suplente Convocado), Maria Anselma Coscrato dos Santos (Suplente Convocada), Carlos Alberto Mees Stringari, Carlos César Quadros Pierre e Ana Cecília Lustosa da Cruz.

Relatório

Adoto como relatório aquele utilizado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, 6ª Turma da DRJ/FOR(Fls. 228), na decisão recorrida, que transcrevo abaixo:

Trata-se de Auto de Infração por descumprimento de obrigações principais, consoante esmiuçado:

- AI DEBCAD 51.052.354-4, importando R\$ 5.738.313,29, motivado pelo lançamento das contribuições relativas à parte da empresa sobre pagamentos a segurados empregados (rubrica 12, alq. 20%), contribuintes individuais (rubrica 14, alq. 20%) e devidas a título de GILRAT (rubrica 13), com lastro em fundamentação legal contida no respectivo relatório FLD, competências 01/2010 a 12/2012;

- AI DEBCAD 51.052.355-2, importando R\$ 1.359.888,62, incidindo a parte devida por outras entidades e fundos (rubrica 15, alíquota 5,8%), com lastro em fundamentação legal contida no respectivo relatório FLD, competências 01/2010 a 12/2012;

O relatório fiscal aduz que (fls. 83/89):

O contribuinte providenciou a alteração de endereço da matriz junto à Receita Federal e JUCESP, e apresentou alteração contratual, indicando o endereço da R. Antonio Lervolino, nº 312, Vila Augusta, Guarulhos/SP.

Em visita ao novo endereço constante no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, com o objetivo de dar continuidade à ação fiscal contida no mandado acima, na Rua Antonio Lervolino, pela entrega pessoal do Termo de Intimação nº 003, a empresa não foi encontrada, conforme relatado no Termo de Constatação datado de 12/11/2013, em anexo.

[...] paralelamente iniciamos a diligência fiscal de MPF. n.º 08.1.11.00-2013-0011.1-1, na empresa SOLEFER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ESTAMPAS E MOLDES LTDA, CNPJ 06.885.217/0001-02, situada à R. Eunice nº 283, Galpão 02, Ponte Grande, Guarulhos/SP.

Procedemos então diligência ao outro estabelecimento da empresa em epígrafe, inscrita sob o CNPJ 60.980.240/0002-02, em plena atividade produtiva e administrativa, na Rua Eunice, nº283, Ponte Grande - Guarulhos/SP. As instalações das empresas JOALMI e SOLEFER foram visitadas, verificando-se setores administrativos e produtivos na JOALMI e setores de projetos e fabricação de moldes na SOLEFER, acompanhadas em todas as áreas pelo sócio da JOALMI, Marcelo Murano e pelo procurador da empresa que recebeu o Termo de Intimação Fiscal n 0 003, nesta ocasião.

1.8 Como relatado no Termo de Constatação Fiscal anexo aos autos, verificamos que as atividades das empresas JOALMI e SOLEFER davam-se no estabelecimento sito à rua Eunice, e que neste local, onde ambas funcionavam, observou-se íntima interrelação entre elas, dois galpões instalados em um pátio comum, separados apenas por uma passarela, com mesma portaria, quadros de avisos comuns entre outros elementos que estão descritos no referido Termo.

1.9 Apesar de todas as evidências, a empresa insistiu em informar à Receita Federal do Brasil endereços da matriz fictícios (Rua Indiaporã, 340, do qual mudou-se em 2008 e Av. Antonio Lervolino nº 312), obrigando a fiscalização a elaborar Representação Fiscal a fim de regularizar o efetivo local da sede da empresa (galpão contíguo à empresa SOLEFER)

1.10 As atividades-fins das duas empresas são complementares, sendo que a SOLEFER produz moldes para a empresa JOALMI fabricar as peças automotivas. Tal fato não seria digno de nota, não fossem outras evidências que demonstram a correlação das empresas, que de fato, parecem uma só, a partir do ano de 2008. [...]

Alguns aspectos relevantes quanto à primeira sócia da SOLEFER: constituindo a empresa, Bianca leio Leme (CPF 322.797.998-55), à época com 19 anos e declarando-se "estudante", no contrato social, com apenas 1% das cotas e "administrando" conjuntamente a sociedade com CARLA MURANO, situação que permaneceu até 16/01/2008. Em junho de 2008, obtém seu primeiro vínculo como empregada, na categoria CBO 04131 (auxiliares de contabilidade), percebendo o salário de R\$ 944,23.

A partir de 12/09/2008 o capital social da SOLEFER (4ª Alteração contratual) passou do sócio Michele Murano para Michele Murano Júnior (CPF 256.770.668-26), que, infringindo cláusula do contrato social, permaneceu como sócio unipessoal da empresa por mais de 700 dias, quando então foi guindado à condição de sócio o ex-funcionário Rogério Rodrigues, com apenas 1% das cotas do capital. Destacamos a 5ª Alteração Contratual e Consolidação do Contrato Social, registrada na JUCESP sob nº. 3.963/11-1, no Capítulo III, que trata da administração da sociedade consta que ela é exclusiva do sócio Michele Murano Júnior, e que somente a ele cabe "as assinaturas em cheques, documentos de conta bancária e outros documentos análogos da sociedade". [...]

Verifiquei o Livro Caixa da SOLEFER e intimei à apresentação do detalhamento das contas de "Duplicatas a Pagar" e "Serviços Prestados (esta última somente para 03/2011, onde figurara valor significativo.

3.2 No Livro Caixa, inexistem pagamentos de energia elétrica e água, apenas contas telefônicas e aluguel (do qual foi exibido contrato com a "PRO EMPRESA", também do mesmo grupo familiar).

3.3 Como resultado do detalhamento das "Duplicatas a Receber" foi apresentada uma planilha demonstrando que 100% dos recebimentos em 2010 (valor R\$ 2.283.498,62) foram da JOALMI, em 2011, do total no ano (valor dos recebimentos R\$ 1.664.525,23), excetuando-se apenas os valores de R\$ 213.430,00 (mês de março lançado no Caixa como "Prestação de Serviço) mais R\$ 47.837,00 (mês de julho - "Prestação de Serviço") de Magnetti Marelli Cofap Cia Fabr (02.865.246-0017-1.9) e R\$ 22.099,25 recebidos em novembro de Lear do Brasil Ind e Com de Intern Auto. Ltda. (CNPJ01.998.585/0001-43), todos os recebimentos foram da JOALMI (o que representa 83% da receita anual). [...]

Através do sistema de pesquisa de Notas Fiscais Eletrônicas, foi verificado no período de 01/2010 a 12/2012 o faturamento da SOLEFER de R\$ 8.960.354,59 emitidas para JOALMI (86,39% do faturamento) e R\$ 1.411.389,13 faturados para outros clientes (13,61%), onde a LEAR DO BR concentra-se entre 12/2011 a 03/2012 e a MAGNETTI em 03/2011, 03/2012 e 07/2012.

3.6. Tais pesquisas evidenciam absoluta preponderância de vendas dos produtos da SOLEFER para a JOALMI e totalidade para vários períodos. [...]

Ao pesquisar o histórico laborativo do atual sócio Rogério Rodrigues, da SOLEFER, verificamos, a existência de outra empresa também interrelacionada e com o mesmo endereço constante do Contrato Social da sede da JOALMI (Rua Indiaporã, 560), trata-se da SOLESTAMP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PEÇAS E ACESSÓRIOS LTDA, CNPJ 07.090.428/0001-11, com o objeto social de fabricação de peças e acessórios para o sistema motor de veículos automotores. A simples leitura da Ficha Cadastral da JUCESP, nos mostra os mesmos sócios que já figuraram ou figuram na JOALMI e SOLEFER, se revezam durante a existência desta empresa, que teve sua atividade encerrada em 12/2008.

4.2. Na visita efetuada na SOLEFER, verificamos que não existem empregados administrativos, para compras, fiscal, recursos humanos, somente desenhistas projetistas coordenados por Rogério Rodrigues, conforme Termo de Constatação anexo.

A empresa SOLESTAMP teve empregados até fevereiro de 2008, (a partir de março de 2008, não existe GFIP) quando metade do quadro de funcionários migraram para a empresa SOLEFER, que na ocasião já estava com endereço na rua Eunice, 223, Galpão 02.

A SOLESTAMP foi optante do SIMPLES de 01/07/2007 até 03/12/2008, quando foi excluída do sistema por ato administrativo da Receita Federal do Brasil (coincidente com sua extinção).

O cruzamento dessa série de pesquisas nos mostrou que as empresas citadas JOALMI, SOLEFER, SOLESTAMP pertencem

ao mesmo grupo familiar e que se alternam em relação à participação societária. As empresas se identificam ou complementam em relação às atividades fim. Os endereços se confundem, assim como a mão de obra empregada.

No final de 2007 e início de 2008, há a mudança dos estabelecimentos, de tal forma que as instalações da Rua Eunice passam a abrigar as atividades das empresas SOLEFER e JOALMI, que se complementam.

Particularmente ao contido no MPF em epígrafe, constatamos:

EM RELAÇÃO AO ESPAÇO FÍSICO: JOALMI e SOLEFER, a situação descrita no Termo de Constatação de 12/11/2013, que culminou com a propositura da Representação Fiscal para Alteração Cadastral ex officio, que alterou a sede da empresa JOALMI para a R. Eunice, 283 em 24/06/2014, já que a empresa insistiu em adotar outros endereços para a matriz;

EM RELAÇÃO AO QUADRO SOCIETÁRIO: Como já exhaustivamente descrito, se alternam e se confundem entre si;

QUANTO ÀS RELAÇÕES COMERCIAIS: Igualmente se identificam e complementam;

QUANTO À MÃO DE OBRA: Migraram da extinta empresa SOLESTAMP para a SOLEFER inclusive o empregado que viria a ser um dos atuais sócios da SOLEFER.

CONCLUSÃO

O rol de evidências relatado mostra que a empresa SOLEFER, na verdade é um departamento de projetos e moldes da empresa JOALMI, e passou a ter esse papel ao longo do ano de 2008, quando houve uma reestruturação das empresas do grupo, permanecendo assim durante todo o período fiscalizado! Tal se dá em razão da utilização da opção de tributação pelo regime do SIMPLES NACIONAL pela SOLEFER, usufruindo assim dos benefícios do regime quanto à parte patronal e para outras entidades em relação à sua massa salarial, para os empregados e contribuintes individuais.

Os empregados transferidos continuaram a exercer suas funções normalmente, inclusive Rogério Rodrigues, que coordena o setor de projetos, continuam no mesmo ambiente de trabalho, mesmos equipamentos e sobretudo, sob subordinação dos mesmos administradores - a família Murano.

Diante do exposto, fica evidente a intenção da empresa, através dos seus administradores, de sonegar as contribuições previdenciárias e de terceiros utilizando-se da prática de transferir seus empregados para empresas do SIMPLES, que declaram estes empregados na GFIP e informa que é optante pelo SIMPLES NACIONAL. Desta maneira, a empresa fiscalizada deixa de recolher as contribuições patronais e de terceiros de parte dos seus funcionários.

Caracterizou-se, com este procedimento da empresa, reiteradamente, a sonegação das Contribuições Previdenciárias e fraude, à luz da Lei 4.502/64, em seu art. 71, inciso I e art. 72 e como conseqüência, ao lançamento de ofício será aplicada multa qualificada, nos termos do Art. 44, inciso I e §1º da Lei 9.430/96, com redação dada pela Lei 11.488.de 2007, ou seja, 150%.

- foi lavrada Representação Fiscal para Fins Penais;

Com fundamento no artigo 135 da Lei nº 5.172 de 25/10/1966, consideramos os sócios administradores das duas empresas sob ação fiscal, Srs. Michele Murano - CPF 049.745.818-72, Marcelo Murano - CPF 154.410.538-01 e Michele Murano Júnior - CPF 256.770.668-26 SOLIDARIAMENTE RESPONSÁVEIS pelo presente débito, pelas razões expostas nos respectivos Termos de Sujeição Passiva Solidária, que acostamos ao processo.

Com base no que acima foi descrito, procedemos a lavratura dos competentes autos de infração, apurando-se como base de cálculo, a massa salarial dos segurados empregados e dos contribuintes individuais declaradas nas GFIP's da SOLEFER, mas que apenas realmente abriga parte da folha de pagamento da empresa JOALMI.

Da Impugnação

Inconformada com a autuação, cientificada em 16.09.2014, a empresa apresentou impugnação em 15.10.2014, (fls. 114/137) alegando em síntese:

- a confusão do polo passivo motivou o comparecimento da outra empresa aos autos, conforme documento anexo;

- o agente fiscalizador atropelou a ampla defesa sem o devido processo legal e feriu regras nacionais e internacionais de livre comércio;

- a fiscalização não trouxe provas, apenas insinuações e suposições;

a empresa inicialmente estava estabelecida à Rua Indiaporã, 340, Cumbica, Guarulhos/SP onde lá esteve por volta de 18 anos. Depois constituiu uma filial no condomínio empresarial sito à Rua Eunice, nº 283, galpão 01, Ponte Grande, Guarulhos-SP e permanecendo no seu endereço de origem o escritório administrativo para cuidar não apenas das questões de licenciamentos, certificações e afins como também das relações comerciais e vendas.

Sob a promessa da construção de escritório comercial pelo locador sito à Rua Antonio Iervolino, 312 e estando neste interstício de tempo sob fiscalização, eis que, a mesma obrigou a empresa a abandonar aquele endereço para estabelecer-se à Rua Siqueira Campos, 94 - Sala 19 - Cep 07110-110, Jardim São Paulo, em Guarulhos-SP. Veja-se inclusos não apenas a

formalização, como também a materialização dos fatos ora declarados nos inclusos documentos de alteração contratual, bem como, fotografias e estando a disposição para qualquer tipo de inspeção.

Demais, a Lei e a Constituição conferem à pessoa jurídica e não ao fisco, ao Estado, eleger o local de sua sede; logo, ilegítimo e ilegal, além de inconstitucional, o ato que de ofício alterou a sede da empresa.

[...] o relatório fiscal "termo de constatação" informa que "perguntados aos lavadores de carros acerca da empresa Joalmi, alegaram desconhecimento do assunto". Ora, primeiramente não consta que lavadores de carros (com o respeito que merecem) devam mesmo ter conhecimento de uma empresa e depois, uma fiscalização de alto nível, como a federal, deveria ao menos nomear as testemunhas e pedir seus documentos. Esta falta inviabiliza a defesa e fere o direito constitucional à mesma da autuada.

Se houvessem falado com o responsável legal pelo imóvel, conforme está no contrato de locação que foi entregue à fiscalização, ficaria claro que é ali mesmo que a empresa sediaria sua empresa. Aliás, que insano ato praticaria alguém de apresentar contrato de locação estando sob fiscalização? Aqui vemos que é "supor" demais!

[...] a fiscalização, com o fim de incriminar a Requerente, elaborou auto de constatação unilateral no qual informa que supostamente existiria outro galpão contíguo a empresa Solefer onde seria a sede da empresa e este tal galpão simplesmente não existe. Não há nenhum galpão contíguo à empresa Solefer, pois, em um galpão está estabelecida a referida e em outro o estabelecimento filial e produtivo da Requerente, repita-se e esclareça-se então, que se trata de um condomínio empresarial.

Se nós vamos chamar de "galpão contíguo" os galpões de um condomínio empresarial, então todos os condomínios da espécie estão fadados a serem incluídos em "conluio".

As atividades da empresa Solefer, diferem e estão anos luz distantes das atividades da empresa Joalmi. A primeira produz moldes e estampos, é essencialmente técnica e sua mão de obra é qualificada e de alto nível, totalmente diferente da empresa Joalmi que produz peças de estamparia para o setor automotivo, cuja mão de obra é unicamente operacional e qualitativa.

[...] a empresa Joalmi, em 25 anos de existência, nunca teve incluída em sua atividade a fabricação de estampos e moldes. Vide contratos sociais anexados.

[...] os funcionários de uma empresa e outra não fariam os trabalhos uns dos outros por absoluta falta de conhecimento das atividades de cada empresa. Ainda sobre esta questão podemos salientar que, a empresa Joalmi não possui nenhum molde ou estampo, estes são exclusivamente propriedade de seus clientes e

ficam na requerente por meio de contratos de comodato. Assim sendo, não é verdadeira a afirmação que a Joalmi adquire toda a produção da Solefer tão somente o fazendo formalmente para assegurar ao cliente as certificações de qualidade (ISO TS 19949, ISO 14000). Em verdade, quem adquire os moldes são os clientes da Joalmi por meio desta, com o único intuito de aprovar as certificações mencionadas e nada mais. Logo não há qualquer vínculo técnico, administrativo ou funcional entre Solefer e Joalmi.

[...] se o próprio relatório está informando que visitaram o departamento de projetos e depois o de produção, onde havia funcionários trabalhando em máquinas de eletroerosão, como é que depois concluem que Solefer é apenas um departamento de projetos?

Não foram feitas nenhuma relação de quais funcionários estariam faltando, nem dos quais estariam lá, nem do paradeiro dos tais que não estariam. Nem mesmo deram ao trabalho de quantificar o que quer dizer "nitidamente menor". Nenhum funcionário foi questionado sobre quem seria seu empregador e nem mesmo foram arrolados como testemunhas, diante de tão grave quadro que o termo se propõe, de imputar crime de conluio a quem trabalha honestamente.

Finalmente, o referido termo informa que havia no estabelecimento algumas "plaquinhas" nas quais teria o nome Joalmi e outras estando as mesmas dentro da Solefer. As referidas plaquinhas trata-se de exigência normativa de qualidade tanto ISSO-9000 (certificação Solefer) quanto de ISO-TS 16949 (certificação Joalmi) e são ferramentas que proporcionam ao cliente transparência e organização do serviço prestado. Comuns em empresas certificadas.

Além de demonstrarem total desconhecimento do que seja célula industrial, não questionaram o fato no momento da visita, nem o anotaram em forma de prova. Um simples passeio por todas as empresas da cadeia produtiva e lá encontrarão placas e mais placas de várias empresas que a compõe, umas em relação às outras. Este fato, além de não significar nada, não coloca empresas em "conluio" e nem mesmo longinquamente, estabelece que os funcionários perto da placa pertencem, tenham vínculo ou trabalhem para aquela que está nela anotada.

Vale ressaltar que segundo a "dedução insinuada" da fiscalização, então todos os cinquenta funcionários estariam, há vários anos sem nada reclamar, dentro do tal "conluio".

- nada impede que parentes tenham empresas diferentes ou mesmo com atividades complementares, sem que isso implique em conluio, empresas coligadas ou controladas;

Não há restrição para enquadramento e fruição de benefícios do estatuto da pequena e microempresa quanto a grau de parentesco.

- não havia impedimento para a empresa Solefer pertencer ao Simples Nacional;

- em 2014, a LC 147 estabeleceu três requisitos cumulativos para desqualificar beneficiários do Simples Nacional, quais sejam, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade;

Para simples debate e supondo qualquer e longínqua sombra de razão ao agente fiscalizador, facilmente verificamos que a empresa Solefer em suas atividades não se enquadra em nenhum destes requisitos. Dizemos apenas para efeito de debate, porque, se a lei só agora em 2014 regulamentou o que é proibido, então é porque tudo o que mais antes ocorreu é permitido, logo não há que se falar em interdependência entre as empresas Joalmi e Solefer tão somente antes da Lei como também depois dela. Demais, a retroatividade da Lei beneficia o réu, a lei não pode retroagir seus efeitos.

- o vínculo familiar não imputa pessoalidade;

- a fiscalização não demonstrou haver subordinação de uma empresa à outra;

- idem para habitualidade, pois uma produz estampos e moldes e a outra, peças de estamparia para o setor automotivo;

- o fato de uma empresa vender grande parte de sua produção para outra não implica em conluio, pois “centenas e centenas” de empresas têm essa prática usual no setor produtivo;

a Joalmi tem contratos com clientes, de exclusividade de fornecimento e isso não faz de seus clientes controladores e nem da Joalmi uma controlada. E de modo algum subordina uma a outra.

Não há um só documento nos autos, nenhuma prova material, nenhuma intimação, nada, absolutamente nada, que vincule Marcelo a qualquer ato comercial, jurídico ou de qualquer outra instância na empresa Solefer e vice-versa. Não há nenhum documento ou prova material de que Marcelo de alguma forma administre ou faça parte da gestão da empresa Solefer, até porque, não faz parte mesmo.

Quanto ao quesito 02 do Relatório do auto de Infração em que supõe o órgão arrecadador por meio do seu agente, estarem vinculadas as empresas em razão da evolução histórica do quadro societário.

Cabe ressaltar desde logo, que todos os fatos ali mencionados naqueles instrumentos se referem a situações ocorridas não só anteriormente ao período fiscalizado, bem como, a período prescrito e com mais de 5 anos. Com efeito, a última alteração contratual da Solefer onde consta o desligamento de Michele Murano e Marcelo Murano data de 12/09/2008 e todas as demais são anteriores a esta data.

O sócio, Michele Murano Júnior, é proprietário da empresa Solefer, portanto, há mais de 5 anos, período em que nenhuma outra alteração contratual o desligou do quadro das atividades da empresa. Também, o referido nunca participou da administração Joalmi.

O período fiscalizado (2010/2012) está incluso neste em que há exclusiva gestão do sócio Michele Murano Júnior com a coparticipação do admitido em 10/11/2010 Rogério Rodrigues.

Caso por alguma razão espúria e dominados por uma vontade criminosa estivessem dispostos a agir como sonegadores, não teriam registrado em contratos sociais aquilo que a legislação trabalhista os obriga a fazer.

Ressalte-se que contrariamente ao descrito pelo agente fiscal que "a partir de 2008", os próprios documentos mencionados pelo mesmo são de "antes de" e não "a partir de".

[...] o fato de Bianca Lelo Leme ter participado da sociedade não significa de modo algum que estivesse praticando qualquer tipo de crime nem ela nem o sócio remanescente. Finalmente, o que Bianca Lelo Leme fez com sua existência após ter se desligado da empresa não tem absolutamente nada a ver com o caso telado. Mais uma insinuada afirmação a de que teria sido empregada em tal lugar depois disso. Pura "teoria" da conspiração.

Se o agente fiscal ao invés de buscar crime onde há labor, tivesse se dado ao trabalho de verificar com mais profundidade, teria visto, por exemplo, que o Sr. Rogério pode não participar no momento de maiores fatias no lucro, mas enquanto ele recebe um pró-labore de R\$ 10,2 mil reais o Sr. Michele Júnior recebe R\$ 4,4 mil reais, menos que a metade, de modo que, tudo a seu tempo, certamente no futuro o Sr. Rogério terá o devido reconhecimento meritocrático também na sua cota social.

Se a empresa está dentro de um condomínio empresarial, não é só dela, mas, comum a muitos condomínios, em que o pagamento de alguns itens de consumo sejam compartilhados. É o caso da Solefer que paga seu consumo de energia e de água dentro do aluguel mencionado pelo próprio agente, no sistema de condomínio. [...]

Também o agente fiscal contestou o fato da empresa não possuir muitos funcionários administrativos, mas deixou de ver, por exemplo, que, como milhões de outras empresas no Brasil, a Solefer paga contador externo para essas atividades. Aliás, o próprio livro caixa mencionado e que subsidiou as estapafúrdias conclusões está assinado pelo contador externo e foi por ele produzido.

O fato de Rogério Rodrigues ter sido empregado da Solestamp e depois sócio da Solefer não configura nem um ato suspeito ou ilegal e muito menos subsidia a intentona fiscal, aliás, é prática comum no mercado, onde um tem o capital e o outro a mão de

obra e "know how" da atividade, ou seja, nada mais comum que um entrar com o capital e outro com o trabalho em razão do reconhecimento de sua capacidade e o interesse de sociedade nessa união.

Quanto a funcionários administrativos para compras ou para vendas, a empresa realmente não tem necessidade, porque sendo produtora de moldes e estampos técnicos as compras são eventuais assim como as vendas. Por exemplo, pode durar entre projeto e entrega, de 3 meses (mínimo) até um ano e meio ou mais para entregar um molde.

A Solestamp era uma empresa que até 2008 pode funcionar em outro local (Cumbica) diverso do que é hoje a Solefer (Ponte Grande) e que se tornou inviável por não atender as normas técnicas exigidas pelos adquirentes de moldes e estampos. O fato de metade de seus funcionários terem migrado para a Solefer que na oportunidade já estava na Rua Eunice, Ponte Grande, por si mesmo atesta a idoneidade do ato, pois, de modo contrário, a totalidade dos funcionários poderia em primeiro momento configurar algum tipo de ato suspeito.

Demais, o próprio agente fiscalizador apresenta prova contra si mesmo, eis que os funcionários aludidos foram transferidos de Solestamp para Solefer e nunca para autuada Joalmi.

Tal medida se deveu a necessidade de garantir a essa parcela de empregados os direitos trabalhistas que haviam adquirido na empresa anterior. Garantiu que esses funcionários não tivessem qualquer tipo de prejuízo.

Atitude diferente da adotada, geraria uma ocorrência trabalhista denominada juridicamente de sucessão, essa sim ilegal, que daria a falsa impressão de que a empresa teria sido "desativada" e que uma "nova empresa" teria surgido com os mesmos funcionários, maquinários, clientes e atividade fim, com eventual finalidade de fraudar direitos trabalhistas, ou seja, tratamos aqui de medida preventiva para manutenção da lei trabalhista vigente.

Os endereços "se confundem assim como a mão de obra empregada". nenhuma dessas informações são verdadeiras.

Solestamp esteve estabelecida na Rua Aroeiras no bairro de Cumbica/Guarulhos e foi extinta em 2008 e Solefer está estabelecida na Rua Eunice no bairro da Ponte Grande/Guarulhos, a quilômetros de distância daquela. Não há confusão de endereços!

Joalmi e Solefer são empresas totalmente distintas, tanto nas atividades quanto na tecnologia e atividades fim.

A atividade da empresa Joalmi, desde a sua constituição em 1989 (mais de 20 anos) sempre foi de fabricação de peças para veículos automotores, nunca de moldes e estampos. Vejam-se as

fichas cadastrais da Junta Comercial e contrato social e alterações contratuais anexadas ao processo pelo próprio fisco!

Segundo o mesmo relatório (4.5 do Auto de Infração) no final de 2007 e início de 2008 há mudanças de estabelecimentos de tal forma que as instalações da Rua Eunice passam a abrigar as atividades da Solefer e Joalmi. O que deixou capciosamente de mencionar é que esse novo local é um condomínio industrial onde existem diversos galpões, situação comum pelo Brasil e mundo afora. Nada de errado nisso e ressalte-se: tudo fora do período fiscalizado e há mais de cinco anos.

Ainda para exaurir a insubsistente argumentação fiscal, cabe ressaltar que, o ato unilateral e arbitrário do fisco denominado "termo de constatação" e que subsidia em grande parte tais argumentos, afirma que a empresa "insistiu em adotar outros endereços para a matriz". A empresa Joalmi não "insistiu em adotar outro endereço", é que simplesmente ela tem outro endereço. É necessidade por razões comerciais amplamente explicadas para o fisco durante a fiscalização e acima, na presente peça defensiva.

[...] no termo de constatação informa que primeiro esteve no departamento de projetos da Solefer e depois no departamento de produção onde havia máquinas de eletroerosão, etc. Se ela própria está dizendo que Solefer é uma empresa completa, com departamento de projetos e de produção, não se sabe por onde tirou esta conclusão de que Solefer é departamento da Joalmi. Contraditória ao extremo.

[...] (item 5.2)"que os funcionários transferidos continuaram a exercer suas funções normalmente, inclusive Rogério Rodrigues, sob subordinação dos mesmos administradores", o que é uma argumentação mentirosa, posto que vai contra o que consta o contrato social e contra os fatos, quais sejam, a subordinação ocorre em relação a Michele Murano Júnior e Rogério Rodrigues (sócios da Solefer) e não em relação a Marcelo Murano e Michele Murano (sócios da Joalmi). Outra mentira está explícita na própria argumentação porque Rogério não pertence a família Murano, aliás, profissional competente, que merece o posto que ocupa, ganha de acordo com sua função na sociedade e, obviamente continuou exercendo suas funções normalmente posto que é sócio interessado no negócio, mesmo sem ser da "família Murano".

c) de modo algum ficou evidente a intenção da empresa de supostamente sonegar contribuições previdenciárias utilizando-se da prática de transferir seus empregados para empresa optante do SIMPLES NACIONAL. Em nenhum momento, por documento algum e também pelos fatos se verifica que Joalmi tenha transferido funcionários para Solefer. Esta argumentação conspira contra si mesma porque logo ali atrás o próprio agente fiscal relata que os funcionários foram transferidos de uma empresa do Simples para outra empresa do Simples e que nunca em momento algum transitaram pelos quadros funcionais da

empresa JOALMI. Demais essa transferência como exaustivamente dito ocorreu em 2008, portanto, há mais de cinco anos e bem anteriores ao período fiscalizado.

- não foram considerados os valores já recolhidos pela sistemática do Simples Nacional;*
- a Solefer está em dias com o pagamento dos impostos da sistemática do Simples Nacional;*
- a multa deve incidir sobre a diferença de contribuição e não sobre a totalidade destas, conforma art. 44, I, da Lei nº 9.430/96;*
- a qualificação da multa é indevida pois não foi provada infração alguma, conforme dispões art. 68, da Lei nº 4.502/68;*
- não há prova de sonegação, como quer o fisco, tornando insubsistente a qualificação da multa;*
- quem tem relação com o fato gerador (art. 121 do CTN) é a Solefer, não a autuada, o que torna inválida a autuação por equívoco no polo passivo;*
- o agente fiscal não é competente para imputação de crime, nem a ocorrência de conluio, extrapolando seus limites legais;*
- o tributo cobrado tem efeitos confiscatórios;*
- nem todo o patrimônio da Solefer pagaria a dívida e Joalmi teria suas atividades inviabilizadas;*

Traz doutrina e jurisprudência abonadora de suas teses.

Requer produção de provas admitidas em direito; cancelamento dos autos.

Em 15.10.14, a empresa apresentou requerimento preliminar (Fls. 146/147) nos seguintes termos:

- requer “absoluto sigilo” no processo fiscal, nos moldes de segredo de justiça, considerando danos irreparáveis e de difícil reparação que a autuação possa vir a causar à empresa;*
- há interesse público e social no sigilo, face ao número de empregos a serem preservados.*

Inconformados com a autuação, cientificados em 16.09.2014, os sócios Marcelo Murano, Michele Murano Júnior e Michele Murano apresentaram idêntica impugnação em 15.10.2014, (fls. 150/152, 170/172 e 191/193) alegando em síntese:

- aos sócios não foi oportunizada defesa em momento algum do processo;*
- o art. 1.193 do Código Civil – CC, disciplina que o exame da escrituração, pelas autoridades, deve dar-se nos termos estritos das leis especiais;*

- a sujeição passiva solidária do sócio pressupõe prévia inadimplência da pessoa jurídica a qual pertença;
- a LC 123 não impede que a Solefer possa usufruir do regime diferenciado de tributação;
- não houve prova de que os empregados da Solefer fossem vinculados à Joalmi;
- o fisco não poderia ter incluído o sócio por disposição do art. 50 do CC, pois apenas o juiz pode fazê-lo;
- anexa trabalho do consultor jurídico Dr. Heleno Taveira Torres;

Requer retirada do sócio da exação.

Passo adiante, a 6ª Turma da DRJ/FOR entendeu por bem julgar a impugnação improcedente, em decisão que restou assim ementada:

*AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÕES PRINCIPAIS.
CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS INCIDENTES SOBRE AS
REMUNERAÇÕES DE SEGURADOS EMPREGADOS.*

Constituem fatos geradores de obrigações tributárias as remunerações pagas, creditadas ou devidas aos segurados empregados, consoante art. 20 da Lei 8.212/91, cuja responsabilidade de desconto e recolhimento aos cofres da Previdência Social é da empresa contratante, na forma do art. 30, inciso I, alínea "a" da Lei 8.212/91.

*SITUAÇÃO FÁTICA DIFERENTE DA FORMAL.
ENQUADRAMENTO NA HIPÓTESE LEGAL.*

Se o Auditor Fiscal comprova que duas empresas formalmente distintas constituem, na verdade, um só empreendimento, deve enquadrar essa situação fática na hipótese legal de incidência do tributo, o qual é regido pelo princípio da verdade material.

Cientificada em 06/05/2015 (Fls. 228), a Recorrente interpôs Recurso Voluntário em 15/05/2015 (fls. 290 a 304), argumentando em síntese:

(...)

Com efeito, não existe nenhum "conjunto probatório fático"; somente insinuações e suposições desconexas. Nenhuma das alegações do fisco veio acompanhada de provas materiais, apenas trafegou no terreno do místico e do fantástico, de modo que nos permite afirmar com toda convicção de que o único "fato" presente nos autos é a insistência na mentira.

O próprio voto "vencedor" começa por dizer "que os indícios verificados pela auditoria, isoladamente, não comprovariam a situação suscitada". Indício nunca foi prova. Depois, contradiz a si mesma "a meu ver", afirma: "o conjunto probatório, contudo, é suficiente para fundamentar a autuação". Não relaciona que

"conjunto de provas" seria este a que se refere, logo, baseou-se em um conjunto de indícios e não probatório.

(...)

A decisão relata que "as empresas ocupam o mesmo espaço físico", que "a defesa não veio acompanhada de provas necessárias" e que não havia "delimitação clara e precisa das duas empresas" e ao que "parece", "somente as duas empresas se situam no local, não constando evidências que há outras empresas no mesmo endereço".

Não se apercebeu que nestas considerações está o absurdo.

(...)

No Anexo I, desta peça recursal, apresentamos fotos do local as quais demonstram que os galpões deste condomínio industrial são separados por ruas, tal e qual fossem vias públicas, com faixas de segurança e não "passarelas" que existe somente na imaginação do fisco.

Assim sendo, as empresas estão não somente fisicamente separadas como também jurídica e operacionalmente.

Quanto à comprovação de que havia um condomínio, como foi anteriormente citado, este pode existir de fato e de direito. É um condomínio quando duas ou mais pessoas, naturais ou jurídicas, compartilham uma mesma coisa em proveito geral. Não é preciso comprovar, neste caso. O próprio fisco é quem está dizendo que as empresas compartilham a segurança, o trânsito e mais algumas coisas em comum. Ele, o fisco, é quem afirma que é um condomínio.

Por outro lado, para satisfazer finalmente a este absurdo argumento, veja-se o Anexo II deste recurso onde se encontram os contratos de locação de ambas as empresas envolvidas nestes autos, firmados em 2009 e registrados em cartório em 2010, ainda em vigor e anos antes, portanto, do início da fiscalização, que foi em 2013.

(...)

Não existe nos autos e nem na vida real da empresa esta "constatação". É mera suposição de quem não fez o trabalho bem feito, conforme se verá adiante. Antes, porém, um pequeno adendo.

Não é verdade que o compartilhamento de despesas não seja uma situação corriqueira. É mais comum do que "parece". Milhares de empresas compartilham despesas de todo o gênero que se possa imaginar.

(...)

procuração que lhe ter sido outorgado, mesmo porque se existe, somente existe no campo metafísico, em alguma parte de um desconhecido multiverso.

A auditoria fiscal esteve na empresa por uma única vez e durante no máximo 20 minutos. Daí, porque foi atendida na Joalmi, pelo Sr. Marcelo Murano, a mesma concluiu indevidamente o que bem quis, sem o menor respaldo comprobatório.

(...)

Não é suficiente alegar, é preciso materializar, comprovar por matéria o que se diz por fatos. Não se pode acusar no campo transcendental. A auditoria fiscal não comprovou absolutamente nada, não materializou suas alegações, limitando-se tão somente a supor o que bem quis. Poderia inquirir testemunhas, obter depoimentos, juntar documentos, fotografar, intimar e tantas outras formas de transpor do imaterial ao material. Não fez nada disso.

(...)

Se a presença dos mesmos sócios em várias empresas não caracteriza organização única, então não caracteriza, pois uma coisa não pode ser e ao mesmo tempo não ser. Ou é ou não é. Acrescente-se, para evitar vacância, que a fiscalização não demonstrou nada, limitou-se a colecionar contratos sociais e tão somente isso; nenhuma demonstração de que sócios tais ingerem umas nas outras empresas. Com efeito, não há ingerências, o que, aliás, não faz parte de nenhum "conjunto probatório". Não há nada, absolutamente nada, que demonstre o tal do "gerenciamento único".

Por derradeiro, neste tópico, saliente-se que este argumento não tem nada com o foco central da celeuma. O ponto crucial é responder a pergunta de quem são os empregados da Solefer e ainda, se ela, Solefer, sonogou tributos, qual a razão de imputar esta tributação à outra empresa.

(...)

9 - A Solefer tem sim, estrutura administrativa própria.

Para reforçar seus argumentos insubsistentes, a "relatoria vencedora" ora combatida, alega que "foi verificado que a Solefer não tem estrutura administrativa para compras, nem recursos humanos, tendo como empregados apenas desenhistas projetistas". Trata-se de mais uma mentira. Primeiramente, esta "verificação" certamente não ocorreu; como dissemos anteriormente, uma visita de vinte minutos efetuada pela fiscalização concluiu o que quis, sem o menor fundamento.

Tivesse ao menos analisado o registro de empregados ou os cadastros fiscais da própria RFB e se quisesse, até com os próprios funcionários, teria constatado o despautério desta afirmação. No Anexo VI desta contestação, verifique-se a

listagem de funcionários que estavam na empresa no período fiscalizado.

(...)

Resumindo, o registro de empregados, a folha de pagamento, as Gfip (informações funcionais na RFB), os salários pagos e tudo mais quanto aqui provado e demonstrado, atestam sem a menor dúvida que o fisco fez apenas uma análise superficial, sem nada comprovar, tirando conclusões espúrias e fantasiosas com o fim de atingir seus objetivos de exigir tributos; pior, exercer uma tentativa de aniquilação de empresas, pois já foi explicado e demonstrado que nem todo patrimônio de uma ou o faturamento de 20 anos de outra é suficiente para pagar esta monstruosidade de impostos e multas.

A Solefer tem gerenciamento próprio, seu quadro de funcionários atesta sua capacidade administrativa e sua atividade independe da Joalmi. Não há nenhuma "organização criminosa disposta em conluio"; são simplesmente pessoas que trabalham honestamente e pagam em dia seus impostos.

(...)

Também, poderia ter verificado que o sócio Michele Murano Júnior é o constituidor desta extinta empresa desde o início, em 15/10/2004, que se desligou dela em 27/02/2008, retornando meses após, em 05/06/2008, para depois extingui-la em 31/05/2008, distrato social registrado em 03/12/2008. (vide ficha de breve relato da Junta Comercial no Anexo VII).

Já a Solefer, foi constituída em 07/05/2004 e teve seu contrato social registrado em 19/07/2004, portanto, ambas as empresas funcionaram conjuntamente durante quatro anos, uma com a atividade de comércio e outra a de indústria, ou seja, não existe esta história inventada de que Solestamp foi extinta para abrir Solefer com o intuito de sonegar impostos.

Por derradeiro, veja-se mais outro absurdo, que de acordo com o relatado na decisão e segundo o qual "cujos empregados foram transferidos para a Solefer logo após aquela ser excluída do Simples, o que evidencia a intenção de não pagar tributos devidos". Esta afirmação é típica de quem quer fundamentar sua casa na areia, que não se cuidou de verificar nada.

(...)

Conforme a consulta no sistema do Simples da RFB (anexada), verificamos que a Solestamp foi extinta em 31/05/2008 (conforme distrato social), tendo a situação resolvida perante a RFB em 03/12/2008, data em que do Simples foi "excluída, por ato administrativo praticado pela Receita Federal". Observe-se bem que se trata de um ato administrativo comum a todas as empresas do Simples que comunicam a baixa de suas atividades, independentemente de qualquer outra situação. É apenas um ato administrativo, nada mais! A empresa Solestamp não foi extinta

por nenhum motivo que ensejasse seu desenquadramento do simples, até mesmo porque, encerrou as atividades muito antes disso! Nenhum conluio existe aqui, nenhuma "evidência" de que isto fosse para não pagar tributos.

As duas empresas, Solestamp e Solefer coexistiram durante anos, uma não fechou para abrir outra, sendo esta "evidência comprovada" tão somente elucubrações da auditoria fiscal e agora da relatora do voto vencedor.

(...)

Em outro caso, ainda mais grave, a alteração da legislação tributária incidente sobre a Folha de Pagamento (Desoneração da Folha) foi efetuada em agosto de 2011, por intermédio da Medida Provisória 540, de 02 de agosto de 2011, convertida na Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011, e ampliada por alterações posteriores (Lei nº 12.715/2012, Lei nº 12.794/2013 e Lei nº 12.844/2013). Esta medida consiste na substituição da base de incidência da contribuição previdenciária patronal sobre a folha de pagamentos, prevista nos incisos I e III do art. 22 da Lei nº 8.212/1991, por uma incidência sobre a receita bruta. A implementação da incidência sobre a receita bruta se deu, em termos práticos, por meio da criação de um novo tributo, a Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB), que consiste na aplicação de uma alíquota ad valorem, 1% ou 2%, a depender da atividade, do setor econômico (CNAE) e do produto fabricado (NCM), sobre a receita bruta mensal.

Acontece que a empresa Joalmi justamente está enquadrada neste sistema desde agosto de 2011 (portanto, dentro do período fiscalizado) e paga as contribuições previdenciárias, desde então, sobre o faturamento e não sobre a folha.

Pois bem, ainda que aqueles funcionários de Solefer, por uma longínqua hipótese, fossem "somados" aos da empresa Joalmi, o resultado da contribuição cobrada seria o mesmo que sem eles, e conseqüentemente, já paga. Está a auditoria fiscal incluindo nos seus arranjos medonhos, a cobrança daquilo que nem mesmo assim é devido, pois não cuidou de verificar qual era a forma de pagamento das contribuições então em vigor para a empresa Joalmi.

(...)

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Carlos César Quadros Pierre, Relator.

Conheço do recurso, posto que tempestivo e com condições de admissibilidade.

Após análise do conjunto probatório apresentado pelo Recorrente, chego à conclusão que a razão está com o Relator do voto vencido da DRJ.

Deste modo, adoto como razão de decidir o voto vencido apresentado pelo Ilustre Relator.

Mérito

Da aferição indireta das remunerações

Questão crucial é verificar se há prova nos autos de que as empresas Joalmi e Solefer seriam uma só, com corpo de empregados desta prestando serviços àquela.

Para justificar a aferição, a fiscalização, em síntese, elegeram alguns indícios, que, sob seu ponto de vista, seriam suficientes para reenquadrar os funcionários da Solefer como sendo da impugnante, a saber:

ESPAÇO FÍSICO: afirma a Autoridade Fiscal que a impugnante usufruiu do mesmo espaço físico da outra empresa, separadas apenas por uma passarela e alterou, de ofício, a sede da defendente da Av. Antonio Iervolino, 312, Guarulhos, para a Rua Eunice, 283, galpão 2, ambos em Guarulhos/SP, pois, em diligência física no local, a empresa não foi encontrada.

Em sua defesa, a Joalmi aduz que ambas as empresas situam-se em um condomínio industrial, fato este que justificaria a ausência de contas de água e luz por parte da primeira e que não há impedimento legal para que isso ocorra.

Conquanto não apresente contrato ou documento que demonstre a existência jurídica de tal condomínio industrial, e a divisão de custos descrevendo o que caberia a cada uma das empresas lá instaladas, não, há, de fato, impedimento legal à constituição desses acordos, tratando-se de questão da conveniência negocial entre as empresas.

A Joalmi nega a existência de um galpão contíguo à Solefer, onde, de acordo com a fiscalização, aquela lá funcionaria de fato, muito embora o endereço da filial da Joalmi seja Rua Enice, 283, Galpão 01, e a da Solefer, na Rua Enice, 283, galpão 2, o que leva à conclusão que, pelo menos formalmente, há sim dois galpões.

Conquanto sem resposta para o imbróglio, entendo que, mesmo se admitindo haver tal galpão, tal fato não é suficiente para justificar o feito fiscal no sentido de desconsiderar a existência jurídica da empresa Solefer, a ponto de acomodar seus empregados como se o fossem da impugnante.

QUADRO SOCIETÁRIO: a presença de mesmos sócios em ambas as empresas não é suficiente para descaracterizar a existência jurídica de uma delas para fins tributários. Não há impedimento jurídico para que uma mesma família possa participar do capital societário de várias empresas.

Tal realidade poderia ser indício de grupo econômico, porém, não justifica a desconsideração da empresa Solefer para fins tributários.

RELAÇÕES COMERCIAIS: o fato de uma empresa depender econômico-financeiro de outra não implica em burla fiscal no sentido de se proclamar que a Solefer é, tão somente, um departamento de projetos da Joalmi.

A própria fiscalização reconheceu, em visita à Solefer, que há um departamento de produção, com funcionários trabalhando em máquinas de eletroerosão, o que indica que as atividades desta empresa não são apenas de projetos para a Joalmi.

O fato de a fiscalização ter encontrado menos funcionários que o declarado em GFIP não autoriza o entendimento de que a Solefer não existe autonomamente, pois caberia ao Fisco investigar o que teria ocorrido com os demais funcionários para que ocorressem suas faltas.

MÃO DE OBRA: a constatação de que houve migração da extinta empresa Solestamp para a Solefer, inclusive a do empregado que se tornou diretor desta, não implica em caracterização de segurados empregados, para fins previdenciários, destes em relação à Joalmi.

Aqui reside o ponto nodal a ser investigado: se os pressupostos da relação de empregado estariam presentes, quais sejam, pessoalidade, onerosidade, subordinação e habitualidade.

Não colacionou a fiscalização prova robusta no sentido de demonstrar que os empregados da Solefer, eram, em verdade, subordinados à Joalmi, o que faz implodir a tese de relação tributário-previdenciária entre tais empregados da Solefer e a empresa Joalmi.

Parece-me que também não há provas de que os empregados da Solefer respondessem aos ordens laborais da outra empresa, enfraquecendo, sobremaneira, a existência de subordinação, uma das condições necessárias para a demonstração da condição de segurado empregado.

Ademais, entendo que o caso representa um exemplo de aferição indireta das remunerações da empresa Joalmi, pois esta teria sonegado as informações referentes à existência de folha de pagamento complementar povoada pelos empregados da empresa Solefer. Em sendo assim, a Fazenda deixou de colacionar a fundamentação legal da aferição indireta, qual seja, art. 33, § 3º, da Lei nº 8.212/91.

Também verifico que a fiscalização deixou de apontar que fez uso do art. 116 § único, do CTN, pois, em verdade, houve desconsideração dos negócios jurídicos da empresa Solefer com o fim de dissimular a ocorrência do fato gerador previdenciário.

Dessa forma, maculada aferição indireta e o crédito em litígio, por nulidade material do lançamento.

Ante tudo acima exposto e o que mais constam nos autos, voto por dar provimento ao recurso.

Processo nº 16095.720112/2014-12
Acórdão n.º **2201-003.208**

S2-C2T1
Fl. 450

Assinado digitalmente

Carlos César Quadros Pierre

CÓPIA