



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

Processo nº 10920.002447/2007-70
Recurso nº 257.602 Voluntário
Acórdão nº 2301-01.716 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de outubro de 2010
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS EM GERAL
Recorrente FIBRASCA QUIMICA TEXTIL LTDA
Recorrida DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM FLORIANÓPOLIS -SC

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2006

PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 6.830/1980 E ART. 216, 3º DA LEI Nº 8.213/1991.

A propositura de ação judicial pelo contribuinte anteriormente ou posteriormente a autuação, cujo objeto seja o mesmo da discussão administrativa, acarreta na renúncia à instância administrativa, conforme determina o artigo 38, parágrafo único da Lei 6.830/1980 e o art. 216, §3º da Lei nº 8.213/1991.

OCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO DAS “EMPRESAS TERCEIRIZADAS”. CARACTERIZAÇÃO GRUPO ECONÔMICO.

Caracterizada a existência de uma única organização empresarial, envolvendo todas as empresas arroladas pela fiscalização, quando evidente que as empresas criadas destinaram-se ao fim de submetê-las ao regime do SIMPLES e aplicar-lhe tributação favorável.

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. APLICAÇÃO DE MULTA PUNITIVA MULTIPLICADA EM TRÊS VEZES.

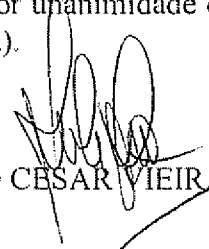
A conduta de deixar de lançar na contabilidade os fatos geradores e as contribuições devidas sobre a remuneração paga aos empregados implica na aplicação da multa punitiva, que deve ser majorada em até três vezes quando verificado o dolo, má-fé e fraude.

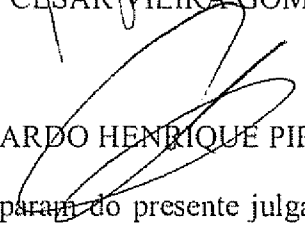
Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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


JULIO CESAR VIEIRA GOMES – Presidente


LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva, Adriano Gonzáles Silvério, Damião Cordeiro de Moraes e Julio Cesar Vieira Gomes (presidente).

Relatório

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 10/04/2007, em desfavor de FIBRASCA QUÍMICA TEXTIL LTDA, uma vez que esta teria deixado de lançar mensalmente em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, os fatos geradores de todas as contribuições, o montante das quantias descontadas, as contribuições da empresa e os totais recolhidos, obrigação esta prevista no art. 32, II da Lei nº 8.212/1991, sendo-lhe aplicada multa no valor de R\$ 34.708,26, com fulcro no art. 92 e 102 desta mesma Lei c/c os arts. 283, II, “a”, 292, II e 373 do Decreto nº 3.048/1999.

No Relatório Fiscal de fls. 12/57, o AFRFB narra uma sucessão de atos através dos quais a empresa ora autuada teria demitido todos os seus 28 empregados e passado a atuar sem empregados registrados em seu nome. Somente no ano de 2004 teria contratado 2 funcionários, 1 no ano de 2005 e 1 no ano de 2006, todos da área administrativa ou comercial, sem, contudo, qualquer empregado na área industrial (objeto social da empresa), em que pese ter apresentado um faturamento de R\$ 6.550.708,79 em 2005.

Por outro lado, todos os empregados demitidos teriam sido contratados por outras empresas inscritas no SIMPLES, tendo concluído, a partir da auditoria na notificada e nas demais empresas que, a partir de janeiro de 1999, aquela passou a constituir empresas simuladas e colocá-las no regime do SIMPLES, reduzindo o recolhimento das contribuições previdenciárias.

Inconformada, a ora Recorrente apresentou Defesa de fls. 136/158, tendo sido mantido o auto de infração através do acórdão de fls. 322/331, assim ementado:

ASSUNTO. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração 01/01/1999 a 31/12/2006

AUTO DE INFRAÇÃO CONTABILIDADE FATOS GERADORES NÃO LANÇADOS EM TÍTULOS PRÓPRIOS

Constitui infração deixar a empresa de lançar mensalmente em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, os fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias

TERCEIRIZAÇÃO SIMULAÇÃO CARACTERIZAÇÃO DE EMPREGADOS

Constatado pela fiscalização que a contratação de serviços terceirizados ocorre de forma simulada, apenas para burlar o fisco, correto o enquadramento dos empregados terceirizados como segurados • empregados da empresa contratante

GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza são responsáveis solidárias pelas contribuições previdenciárias.

MULTA POR INFRAÇÃO IMPOSSIBILIDADE DE ATENUAÇÃO OU RELEVAÇÃO.

Não é possível atenuar ou relevar a multa por infração se os requisitos regulamentares estipulados para esse fim não são cumpridos pelo sujeito passivo.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2006

AÇÃO JUDICIAL. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

A propositura, pelo contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa.

O contribuinte tem direito ao contencioso administrativo fiscal em relação à matéria não contestada judicialmente Lançamento Procedente

Irresignada, a empresa Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls. 373/400, alegando a empresa Recorrente em síntese:

- a) Nulidade da ação fiscal por usurpação da competência dos Auditores Fiscais do Trabalho e da Justiça do Trabalho para reconhecer a existência de vínculo trabalhista entre a recorrente e as empresas terceirizadas;
- b) Houve desvio de finalidade na autuação, em violação ao princípio constitucional da presunção da inocência e impessoalidade, já que o lançamento deu-se com base em mera suposição, sem elementos valorativos robustos;
- c) O arbitramento ou aferição indireta somente é possível quando verificado o descumprimento de obrigação principal, e não de obrigação acessória;
- d) As relações jurídicas estabelecidas entre a recorrente e as empresas terceirizadas são lícita, regular, formalizada através de ato jurídico perfeito;
- e) Não existe grupo econômico;
- f) Multa punitiva irrazoável e desproporcional;
- g) Necessidade de graduação da multa imposta.

Sem Contra-razões.

É o relatório.



Voto

Conselheiro LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES, Relator

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Sendo tempestivo, conheço do Recurso e passo ao seu exame.

Da renúncia parcial à matéria recorrida - incompetência do auditor-fiscal para reconhecer vínculo empregatício

Consta dos autos a impetração pela autuada de mandado de segurança destinado a questionar a competência da fiscalização para reconhecer vínculo empregatício (fls. 264/281).

Verifica-se, assim, uma hipótese de renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa, a teor do disposto no art. 126, §3º, da Lei nº 8.213/91 combinado com o art. 307 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99:

Art. 126. Das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS nos processos de interesse dos beneficiários e dos contribuintes da Seguridade Social caberá recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme dispuser o Regulamento.

(...)

§ 3º A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20.11.98).

O art. 38, parágrafo único da Lei nº 6.830/1980 traz dispositivo semelhante:

Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto

O fundamento de tais dispositivos legais é evitar decisões conflitantes entre o órgão administrativo e o judicial. O Princípio da Tutela Jurisdicional Absoluta, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, veda que sejam afastadas da apreciação do Poder

Judiciário lesão ou ameaça a direito. Quem se sentir ameaçado ou violado em seus direitos pode recorrer ao judiciário e este não pode eximir-se da apreciação e solução da matéria.

Sobrepondo-se suas decisões às soluções na esfera administrativa sobre a mesma matéria, seria inócuo um julgamento por este colegiado que, após a decisão judicial, observaria o afastamento da solução proposta.

Assim, se a parte apresentou a matéria na sua defesa e recurso e, posteriormente, ingressou com ação judicial, deve ser reconhecida a renúncia ao contencioso administrativo, que deve ficar limitada, evidentemente, à matéria que lhes forem idênticas.

Por essa razão é que considero renunciado o recurso administrativo quanto à alegação de incompetência do auditor-fiscal para desconsiderar o vínculo empregatício.

Do mérito

Da existência de grupo econômico

Insurge-se a Recorrente contra a autuação promovida pela fiscalização, sob o argumento de que partiu de mera suposição, sem elementos valorativos robustos, além de que as relações jurídicas estabelecidas entre a Recorrente e as empresas terceirizadas seriam regulares, não existindo grupo econômico.

Ocorre que, ao contrário do que afirmado pela Recorrente, o AFRFB apresentou Relatório Fiscal (fls. 12/57) bastante completo, no qual narra todos os elementos que motivaram o reconhecimento de fatos geradores de contribuições previdenciárias, bem como o descumprimento de obrigação acessória dele decorrentes.

Conforme exposto, ficou claramente evidenciada a criação de pessoas jurídicas cuja atividade e faturamento permitiam o seu enquadramento no SIMPLES, tendo como sócios os ex-empregados da ora Recorrente. Assim, além dessas empresas terem tributação favorecida, não haveria o recolhimento pela Recorrente de contribuição do empregador sobre a folha de salários, causando uma redução expressiva na sua carga tributária.

Dentre os fatos que podem ser citados para se concluir que essas empresas seriam verdadeiras filiais da Fibrasca Química Têxtil Ltda, podem-se destacar os seguintes:

- 1) Demissão de todos os seus 28 empregados, passando a atuar sem empregados a partir de janeiro/1999, embora a sua atividade industrial não possa ser desenvolvida sem a participação destes;
- 2) Aumento de receitas operacionais de R\$ 1.642.871,79 em 1997 a R\$ 6.550.708,79 em 2005, contando com apenas 2 funcionários no ano de 2004, 3 no ano de 2005 e 4 no ano de 2006, todos apenas na área administrativa, o que se mostra incompatível com a realidade fática da empresa, cuja atividade e faturamento não permitiriam tal redução nos seus quadros e a ausência completa de empregado na área operacional;
- 3) Neste período de ausência de empregados, os empregados das outras pessoas jurídicas criadas é quem faziam os serviços (recepção de notas fiscais, intimações, controle de expedição de correspondência, pagamentos, comunicações escritas etc);



- 4) Dos 28 empregados demitidos em janeiro/1999, 26 foram recontratados no mesmo mês pelas empresas TÊXTIL RIO BONITO, SONO TRANQUILO e HERBATEX;
- 5) Em dezembro/1999, a Fibrasca Fibras Catarinense Ltda, outra empresa que funcionava no mesmo local da ora Recorrente, tendo os mesmos sócios no mesmo ramo negocial, paralisa suas atividades e 8 de 9 dos seus empregados são recontratados pela HERBATEX em fevereiro/2000;
- 6) Em junho e julho/2004, a TÊXTIL RIO BONITO, SONO TRANQUILO e HERBATEX rescindem os contratos de todos os empregados registrados em seus nomes, inclusive aqueles advindos da Fibrasca Química Têxtil Ltda e da Fibrasca Fibras Catarinense Ltda, tendo alguns deles sido recontratados pela empresa SOFT & SOFT naqueles mesmos meses;
- 7) Em setembro/2005 a empresa SOFT & SOFT demite 18 de seus funcionários, sendo que, no mesmo mês, 16 são readmitidos pela BELLYS e 1 pela ora Recorrente.
- 8) Todas as contratações narradas foram realizadas na mesma função e salário-hora;
- 9) Para justificar a operacionalização da autuada, foram firmados contratos entre ela e as empresas simuladas, registrando na sua contabilidade “remessa para industrialização por encomenda” e “retorno de remessa para industrialização por encomenda”, sendo que quase a totalidade das operações era realizada com essas empresas, além de que em alguns casos as empresas simuladas não retornavam à ora Recorrente, vendendo a terceiros os produtos com nome da Fibrasca Química Têxtil Ltda;
- 10) Embora as empresas tidas como simuladas apontassem nos seus contratos sociais endereços diversos da Fibrasca Química Têxtil Ltda, de fato estavam situadas no mesmo estabelecimento, conforme indicado em notas fiscais, citações e intimações judiciais e demonstrações ambientais (mesmas instalações foram periciadas);
- 11) Os sócios das empresas simuladas são ou foram empregados da autuada, que constava também com mesmos advogados e contadores;
- 12) Empresas simuladas com capital social bastante reduzido (todas de R\$ 5.000,00), insuficiente para desenvolvimento da atividade industrial, contando com objeto social idêntico ao da Fibrasca;
- 13) Diversas citações da Justiça do Trabalho dirigida à Têxtil Rio Bonito, Sono Tranquilo e Herbatex foram recebidas pelos sócios de empresas do Grupo Fibrasca;
- 14) A autuada é quem pagava as despesas de viagens dos empregados das outras empresas;
- 15) Redução nos valores das contas referentes a despesas trabalhistas na mesma proporção do crescimento das contas prestação de serviços.

Assim, correta a autuação que considerou como empregados da FIBRASCA os empregados das empresas BELLYS, SOFT & SOFT, TÊXTIL RIO BONITO, SONO

TRANQUILO E HERBATEX, promovendo o lançamento das quantias devidas a título de contribuições sociais e a autuação por descumprimento de obrigação acessória no tocante a esses empregados.

Na definição de Clóvis Beviláqua, a simulação é uma declaração enganosa da vontade, visando a produzir efeito diverso do ostensivamente indicado (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado – 15ª Edição).

O Código Civil Brasileiro de 2002 traz, no § 1º, do art. 167, as hipóteses em que fica configurada a ocorrência de simulação:

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

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando

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

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

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

E, conforme já apontados, a situação verificada pela auditoria fiscal se enquadra perfeitamente no dispositivo legal transcrito acima.

Segundo Orlando Gomes, ocorre simulação quando em um negócio jurídico se verifica intencional divergência entre a vontade real e a vontade declarada, com o fim de enganar terceiro (Introdução ao Estudo do Direito – 7ª Edição).

E, de acordo com o art. 118, inciso I, do CTN, a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos.

Assim, em respeito ao Princípio da Verdade Material e pelo poder-dever de buscar o ato efetivamente praticado pelas partes, a Administração, ao verificar a ocorrência de simulação, pode superar o negócio jurídico simulado para aplicar a lei tributária aos verdadeiros participantes do negócio.

Vale ressaltar, ainda, que a desconsideração da personalidade jurídica não é ato privativo do Poder Judiciário. Esse é o entendimento fixado na jurisprudência deste Conselho de Contribuintes e de nossos tribunais, conforme julgados cujos trechos transcrevo abaixo:

TRF 1ª Região - Apelação Cível 94.01.13621-1/MG DJ 12/04/2002

“Salienta-se ainda que é desnecessária qualquer declaração judicial prévia para anular os atos jurídicos entre as partes, já que seus reflexos tributários existem independentemente da validade jurídica dos atos praticados pelos contribuintes, nos termos do artigo 118, I, do Código Tributário Nacional



Ademais, a questão central dos autos cinge-se à repercussão para os efeitos tributários do ato simulado, ou seja, de sua ineficácia para fins de dedução de tais prejuízos.

Uma vez comprovada que o sujeito passivo agiu com dolo, fraude ou simulação, como de fato o foi no caso em tela, a autoridade administrativa tem plenos poderes para efetuar a glosa da dedução de imposto ilegítimamente realizada pela Autora, nos termos do art. 149, inciso VII, do CTN...”

TRF 4ª Região - Apelação Em Mandado De Segurança nº
2003 04 01 058127-4 – Data da Decisão: 31/08/2005

PROCESSUAL CIVIL JULGAMENTO ULTRA PETITA TRIBUTÁRIO
OMISSÃO DE RECEITAS IMPOSTO DE RENDA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA

(...)

3. A proposição de invalidade do procedimento fiscal não merece guarida, pois os elementos coligidos aos autos dão conta de que o Fisco procedeu à investigação e à fiscalização dentro dos limites da lei, não ocorrendo qualquer excesso violador de direito individual, garantindo-se à impetrante a ampla defesa e o contraditório, tanto na via administrativa, quanto na judicial.

4. Restando provados, à saciedade, os fatos que embasaram o lançamento tributário, bem como o dolo, a fraude e a simulação, é desnecessária a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, aplicando-se o art. 149, VII, do CTN.

Acórdão 107-08247– Sétima Câmara – 12/09/2005

IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA – OMISSÃO DE RECEITA –
INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS – SIMULAÇÃO. Comprovado pela Fiscalização
que a Recorrente utilizou-se de terceiro para omitir receita, fato este que não foi
descaracterizado em qualquer momento por aquela, é de ser mantido o Lançamento
de Ofício.

IRPJ – SIMULAÇÃO – MULTA AGRAVADA. Mantém-se a multa agravada
se caracterizada a omissão de receita através de simulação

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

*“Como é sabido, a Administração Tributária não tem nenhum interesse
direto na desconstituição dos atos simulados, salvo para superar-lhes a
forma, visando a alcançar a substância negocial, nas hipóteses de simulação
absoluta. Para a Administração Tributária, como bem recorda Alberto
Xavier, é despiciendo que tais atos sejam considerados válidos ou nulos,
eficazes ou ineficazes nas relações privadas entre os simuladores, nas
relações entre terceiros ou nas relações entre terceiros com interesses
conflitantes. Eles são simplesmente impositivos à Administração, cabendo a
esta o direito de superação, pelo regime de desconsideração do ato negocial,*

da personalidade jurídica ou da forma apresentada, quando em presença do respectivo "motivo" para o ato administrativo: o ato simulado"

Portanto, na presença de simulação, a auditoria fiscal tem o poder-dever de não permanecer inerte, pois tais negócios são impositivos ao fisco no exercício da atividade plenamente vinculada do lançamento, que no caso em tela encontra respaldo ainda no artigo 149, inciso VII do CTN que dispõe o seguinte:

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

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

Restou demonstrado, pela fiscalização, que os expedientes utilizados pela Recorrente tinham por objetivo simular negócio jurídico, no qual a *intentio facti* se divorcia da *intentio iuris*, ou seja, a intenção das partes é uma, a forma jurídica adotada é outra.

As transferências de empregados que ocorreram entre as empresas citadas pela fiscalização corrobora a afirmação da auditoria fiscal de que não existem vários, mas apenas um empreendimento industrial, ou seja, apenas uma empresa.

Como demonstrado, não foram poucos os elementos suficientes para se considerar o grupo econômico, não tendo a empresa, contudo, questionado qualquer desses aspectos de fato, limitando seu recurso apenas à alegações genéricas.

Desta forma, não deve ser acolhida a alegação da Recorrente, de que a fiscalização baseou-se em meras suposições.

Da aplicação da multa

Não se pode, também, ser provido o Recurso Voluntário do contribuinte sob o argumento de que a penalidade por descumprimento de obrigação acessória não poderia decorrer de arbitramento.

Isto porque o valor da multa punitiva, no caso, não é resultante da aplicação de um percentual sobre o valor do montante devido a título de contribuição previdenciária, mas sim de um valor fixo obtido nos arts. 92 e 102 desta mesma Lei c/c os arts. 283, II, "a", 292, II e 373 do Decreto nº 3.048/1999.

Por ser infração à obrigação para qual não há penalidade expressamente culminada (art. 92 da Lei nº 8.212/91), o RPS prevê a aplicação de multa mínima e máxima, sendo de R\$ 11.569,42 no caso de deixar a empresa de lançar mensalmente, em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, os fatos geradores de todas as contribuições, o montante das quantias descontadas, as contribuições da empresa e os totais recolhidos (art. 283, II, "a" e 292, II do RPS).

Por fim, afirma o Regulamento, no seu art. 292, II, que a agravante de agir com dolo, fraude ou má-fé eleva a multa em até três vezes.

Do Relatório Fiscal da Aplicação da Multa (fls. 20), consta que foi corretamente verificada a ocorrência de dolo, na medida em que a empresa teve a iniciativa de constituir empresas em seu meio e passar a registrar transações comerciais com elas, verificando também a má-fé a partir da finalidade de obter vantagem indevida em prejuízo da Seguridade Social, utilizando meios fraudulento para atingir tal fim, qual seja, a constituição de empresa fictícia e simulação de transações comerciais com a empresa (remessa e retorno de mercadorias, prestação de serviços de industrialização).

Assim, mostra-se correta e devidamente fundamentada a aplicação da multa em três vezes, não havendo que se falar em irrazoabilidade na aplicação da multa, tampouco em possibilidade de gradação.

Da Conclusão

Em virtude do exposto, conheço do Recurso para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 21 de outubro de 2010

LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES

