



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

Processo nº 10920.721096/2013-48
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-004.035 – 3ª Turma Especial
Sessão de 10 de fevereiro de 2015
Matéria CP: TERCEIROS.
Recorrente LIVE ROUPAS ESPORTIVAS LTDA - ME.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 01/01/2012

OS FUNDAMENTOS DO LANÇAMENTO ESTÃO DECLINADOS DE FORMA SIMPLES E CLARA. INEXISTINDO CONTRADIÇÃO ENTRE AQUELES, POIS ELES APENAS DEMONSTRAM A EXISTÊNCIA DE SITUAÇÕES DISTINTAS. COMPETE AO FISCO VERIFICAR AS BASES EM QUE SE DA A RELAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA O CORRETO ENQUADRAMENTO DO FATO À NORMA PARA VERIFICAR OU FIXAR ADEQUADAMENTE O TRIBUTO. A SELIC E A MULTA DE MORA INCIDEM SOBRE O VALOR PRINCIPAL DE FORMA ISOLADA. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DA REGRA EM RAZÃO DA PRÁTICA DE ILÍCITO FISCAL. A RFFP É MATÉRIA FORA DA COMPETÊNCIA DO CARF.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. – Relator

Processo nº 10920.721096/2013-48
Acórdão n.º **2803-004.035**

S2-TE03
Fl. 565

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Ricardo Magaldi Messetti, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

CÓPIA

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra o Auto de Infração Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 37.347.133-5, que objetiva o lançamento das contribuições devidas a terceiros - outras entidades e fundos, decorrente da remuneração paga devida ou creditada aos trabalhadores da recorrente da categoria de empregados, conforme Relatório Fiscal do Auto de Infração – REFISC, de fls. 12 a 32, com período de apuração de 01/2007 a 12/2007, conforme Termo de Início de Procedimento Fiscal - TIPF, de fls. 271 e 272; 274 e 275.

O sujeito passivo foi cientificado da autuação, em 14/04/2013, conforme Folha de Rosto do Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP, de fls. 03.

O contribuinte apresentou sua defesa, em 15/05/2013, as fls. 279 a 333, acompanhada dos documentos, de fls. 334 a 447.

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 449.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 02-51.934 - 8ª, Turma DRJ/BHE, em 29/11/2013, fls. 450 a 469.

No qual a impugnação foi considerada improcedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 30/01/2014, conforme Termo de Ciência por Decurso de Prazo, de fls. 474, bem como pelo Termo de Abertura de Documento, de fls. 475.

A GMJ Confecções EIRELI – ME foi cientificada pelo Edital, de fls. 560 e 561.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição com razões recursais, as fls. 92 a 96, recebido, em 05/03/2013, conforme carimbo de recepção, de fls. 92, acompanhado dos documentos, de fls. 97 a 99; 102 a 104; 114.

Mérito.

- que ocorre contradição nos fundamentos legais do lançamento, já que o auditor fiscal, ao mesmo tempo em que considerou a empresa GMJ Confecções Ltda. inexistente de fato, vislumbrou a existência de grupo econômico de fato entre essa (GMJ – responsável solidária) e a Live (autuada).
- que a opção pela industrialização por encomenda não viola nenhum dispositivo legal, por se tratar de elisão tributária lícita, e não de fraude (simulação) como entende a fiscalização;
- que o auditor fiscal agiu ilegalmente ao declarar vínculo laboral entre os empregados da GMJ e a Live. Assegura que o artigo 116,

parágrafo único do Código Tributário Nacional – CTN, introduzido pela Lei Complementar nº 104/01, impede que órgãos administrativos desconsiderem atos e negócio jurídicos até que sobrevenha lei ordinária regulamentar;

- que à terceirização, ressalta o entendimento dos tribunais quanto à responsabilidade subsidiária das empresas tomadoras dos serviços por eventuais descumprimentos da legislação trabalhista e previdenciária por parte das empresas contratadas;
- que inexisti impedimento legal para que o controle societário da Live e da GMJ seja exercido por membros da mesma família. Diz que as pessoas são livres para manter sociedade em uma ou em diversas empresas, uma vez que a própria Constituição Federal de 1988 estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
- que a GMJ compartilha as mesmas instalações que a Live, e que inexistem contratos de locação do referido imóvel, o contribuinte esclarece que o auditor fiscal foi informado pelo sócio administrador da Live da existência de contrato de comodato verbal entre a GMJ e a autuada;
- que os juros calculados com base na taxa SELIC não poderão ser exigidos sobre as multas lançadas, por absoluta ausência de previsão legal, pois os juros somente podem incidir sobre o tributo e contribuições, jamais sobre a multa de ofício;
- que o lançamento fiscal é nulo, pois o agente fiscal não tem competência para reconhecimento de vínculo empregatício, sendo isso competência exclusiva da Justiça do Trabalho, conforme CF/88, sendo inconstitucional o artigo 229, §2º, do Decreto 3.048/99;
- que as competências anteriores as 04/2008 estão decadentes, em razão do disposto no artigo 150, § 4º, do CTN c/c o parecer 1.617/2008 da PGFN;
- que as contribuições recolhidas na sistemática do SIMPLES Nacional devem ser abatidas do lançamento;
- que a multa de ofício não pode ser majorada, pois inexistente prova da conduta fraudulenta ou dolosa da recorrente, tendo havido apenas divergência de entendimento e aplicação da lei entre a recorrente e o fisco, o que não pode gerar o aumento da punição;
- que não deve incidir a SELIC sobre a multa de ofício;
- que o Auditor Fiscal não tem competência para determinar o que seja Crime Contra a Ordem Tributária, razão pela qual a RFFP só pode ser

proferido após decisão final na esfera administrativa, não havendo que se falar em RFFP antes da decisão final;

- Do requerimento: a) recebimento do recurso; b) sendo o este considerado procedente em decorrência das razões apresentadas.

A autoridade preparadora reconheceu a tempestividade do recurso, fls. 562.

Os autos subiram ao CARF, fls. 562.

O sorteio e distribuição a esse conselheiro ocorreu, em 11/09/2014, Lote 05, conforme, fls. 563.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

Os fundamentos do lançamento não demonstram contradição entre si, mas apenas e tão somente buscam espelhar a realidade que se verificou na prática comercial levado a efeito pelas duas empresas.

A caracterização do grupo econômico decorre da existência jurídica das duas empresas LIVE e GMJ, onde a primeira controla, gerência e administra o empreendimento comum das empresas.

A tipificação de empresa como inexistente de fato se deu por que na prática, segundo consta do REFISC a empresa GMJ apenas tem existência, escritural, formal e jurídica, mas não tem existência real, no mundo dos negócios, pois existe apenas para preencher as necessidade de redução dos custos tributários da empresa LIVE, uma vez que esta detém e obtém todo o faturamento e aquela a GMJ fica com toda a mão de obra e massa salarial, mas beneficia-se de um favor fiscal de redução de tributos, aproveitando-se da sistemática do SIMPLES NACIONAL.

A elisão tributária é método legalmente admitido de redução da carga tributária, mas esbarra nos limites da lei e da realidade. Inexiste elisão quando uma pessoa jurídica existente se apropria de todo o faturamento ou maior parte dele deixando para a outra suposta pessoa jurídica que é do SIMPLES NACIONAL toda a massa salarial, que seu faturamento próprio não é capaz de suportar, sendo que a primeira pessoa jurídica não tem nenhum trabalhador a sua disposição, mas só faturamento.

A descon sideração do ato jurídico não se deu pelo artigo 116, parágrafo único, da Lei 5.172/66 introduzido pela LC 104/01, o que, aliás, foi esclarecido pela DRJ em seu acórdão, observe-se a passagem transcrita.

Registre-se que, ao contrário do entendimento do contribuinte, o presente lançamento não se fundamenta no parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional. Conforme acima mencionado, não houve a descon sideração da personalidade jurídica da GMJ Confecções Ltda, e muito menos a declaração de existência de vínculo empregatício dos empregados da GMJ com a Live.

A jurisprudência trabalhista e maciça em dizer que não é lícita a terceirização da atividade fim da empresa, o que, também, foi abordado pela DRJ, mas com outras palavras em enfoque, transcrevo o trecho daquela decisão.

Ademais, considerando o disposto na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a terceirização é tida como atividade

lícita apenas nos casos de trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza, e contratação de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador e, ainda assim, se inexistentes os pressupostos inerentes ao contrato de emprego, na forma insculpida no art. 3º da CLT, notadamente a pessoalidade e a subordinação jurídica.

Assiste razão a recorrente quando diz que não há impedimento legal para que o controle acionário das duas empresa seja exercido por membros da mesma família.

O fisco não fez tal afirmação o fisco apenas disse que o fato da família ser a controladora das duas empresas, de que essas empresas ocupem o mesmo espaço físico, item 14, do REFISC, tendo uma deles todo o faturamento e sem um único empregado, enquanto a outra do SIMPLES NACIONAL fica com toda a massa salarial, mas sem faturamento para fazer frente as suas despesas, sendo que a do SIMPLES não possui maquinário próprio e nem unidade industrial própria, utilizando-se da unidade e do maquinário supostamente cedido em comodato, pela outra empresa, ficando, ainda, demonstrado nos autos que a empresa do SIMPLES não tem em sua contabilidade nenhuma despesa administrativa geral, o que seria normal para um empreendimento desse tipo, o que implicaria numa “duvidosa” existência real da empresa do SIMPLES transcrevo o trecho do REFISC, que segue.

49. Não se vê no demonstrativo de resultados daquele exercício (vide Livro Diário nº 05 – fls. 114 a 115) nenhuma outra despesa normal e necessária ao efetivo exercício da atividade empresarial, do tipo: aluguel; telefone; energia elétrica; combustíveis, etc., o que denota tratarmos aqui não com uma empresa mas com um departamento ou centro de custos da LIVE.

No presente lançamento não existe SELIC sendo exigida sobre a multa de ofício e isso é de fácil percepção, pois uma vez apurado o valor base da competência aplica-se sobre esse valor a SELIC. O valor base foi de R\$ 2.584,21, os juros representados pela SELIC e que resultaram em R\$ 1.338,88 e após isso aplica-se a multa moratória sobre o valor base, sendo esta multa moratória no valor R\$ 620,21, o que totaliza para a competência o valor de R\$ 4.543,30.

O relatório Fundamentos Legais do Débitos – FLD esclarece a forma de aplicação da SELIC e da multa de forma a evidenciar que são aplicadas de forma isolada e não cumulada, como que fazer crer a recorrente.

CÁLCULO DOS JUROS: JUROS CALCULADOS SOBRE O VALOR ORIGINÁRIO, MEDIANTE A APLICAÇÃO DOS SEGUINTE PERCENTUAIS: A) TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDAÇÃO E DE CUSTODIA - SELIC, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO MÊS SUBSEQUENTE AO VENCIMENTO DO PRAZO ATÉ O MÊS ANTERIOR AO DO PAGAMENTO B) 1% (UM POR CENTO) NO MÊS DO PAGAMENTO. (destaquei).

O Superior Tribunal de Justiça – STJ e o judiciário federal tem jurisprudência remansosa no sentido de que agentes do fisco federal podem e devem no desempenho de suas funções promoverem o correto enquadramento da relação jurídica para fins de tributação, basta ler os arestos abaixo transcritos.

TRIBUTÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – INSS – COMPETÊNCIA – FISCALIZAÇÃO – AFERIÇÃO – VÍNCULO EMPREGATÍCIO. 1. A autarquia previdenciária, por meio de seus agentes fiscais, tem competência para reconhecer vínculo trabalhista para fins de arrecadação e lançamento de contribuição previdenciária. 2. O acórdão recorrido decidiu manter a validade das NFLDs, com base em provas fáticas. Aferir a documentação que instruiu a causa, para efeito de análise do enquadramento de terceirizados como empregados, demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte em vista do óbice da Súmula 7/STJ. Recurso parcialmente conhecido e improvido. (RESP 200602188458, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, 13/10/2008)

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INSS. FISCALIZAÇÃO DE EMPRESA. CONSTATAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO NÃO DECLARADO. COMPETÊNCIA. AUTUAÇÃO. POSSIBILIDADE. REEXAME DO SUBSTRATO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 07/STJ. I - O INSS, "ao exercer a fiscalização acerca do efetivo recolhimento das contribuições por parte do contribuinte, possui o dever de investigar a relação laboral entre a empresa e as pessoas que a ela prestam serviços. Caso constate que a empresa erroneamente descaracteriza a relação empregatícia, a fiscalização deve proceder a autuação, a fim de que seja efetivada a arrecadação" (REsp nº 515.821/RJ, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 25/04/05). II - Destaque-se que remanesce hígida a competência da Justiça do Trabalho na chancela da existência ou não do aludido vínculo empregatício, na medida em que: "O juízo de valor do fiscal da previdência acerca de possível relação trabalhista omitida pela empresa, a bem da verdade, não é definitivo e poderá ser contestado, seja administrativamente, seja judicialmente" (REsp nº 575.086/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 30/03/06). III - O acórdão recorrido, ao dirimir a controvérsia, entendeu que inexistiu prova que afastasse a validade da NFLD, sendo que, para rever tal posicionamento, seria necessário o seu reexame, que serviu de sustentáculo ao convencimento do julgador, ensejando, no caso, a incidência da Súmula nº 07/STJ. IV - Agravo regimental improvido. (AGRESP 200602279329, FRANCISCO FALCÃO, STJ - PRIMEIRA TURMA, 12/04/2007)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INSS. FISCALIZAÇÃO DE EMPRESA. CONSTATAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO NÃO DECLARADO. COMPETÊNCIA. AUTUAÇÃO. POSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. I - Inexiste na espécie sub judice qualquer omissão, obscuridade ou contradição, apenas o intuito de rediscutir matéria já decidida, emprestando-lhe o efeito infringente. II - O acórdão embargado exarou o entendimento, já sufragado por ambas as Turmas componentes desta Primeira Seção, de que possui a autarquia previdenciária competência para, quando da fiscalização,

averiguar a existência de vínculo empregatício e, diante da existência deste, proceder à autuação da empresa. III - O recurso especial em tela foi interposto em sede de apelação em mandado de segurança, no qual a discussão mestra se referia à competência do INSS para o reconhecimento da existência ou não de vínculo laboral. Assim, descabe o argumento do embargante de que este STJ teria laborado em supressão de instância, em face de os Julgadores Ordinários não terem ainda examinado se existentes ou não in casu os requisitos do art. 3º da CLT, configuradores de vínculo empregatício. Tal assertiva revela-se mais como tentativa de alterar o foco da questão jurídica efetivamente discutida nos autos, ainda mais porque tal verificação, por implicar em dilação probatória, sequer é compatível com a via mandamental. IV - Embargos de declaração rejeitados. (EDRESP 200600544830, FRANCISCO FALCÃO, STJ - PRIMEIRA TURMA, 18/12/2006) (promovi os grifos).

Não cabe ao julgador administrativo pronunciar-se sobre questões de inconstitucionalidade ante a expressa vedação legal, abaixo transcrita.

Decreto 70.235/72

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

RICARF PT/MF 256/2009

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

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A razão é muito simples no Poder Executivo – Administração Pública vige o princípio da hierarquia e quem exerce sua chefia máxima é o Senhor Presidente da República, a quem a Constituição da República Federativa do Brasil atribui em primeiro mão a competência de por intermédio da sanção em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, introduzir a norma no mundo jurídico, dando-lhe existência, estipulando sua vigência e atribuindo-lhe eficácia.

Logo, não é cabível que um servidor que lhe é subordinado e subalterno e lhe deve obediência, possa desfazer de um ato da maior autoridade do Poder Executivo, pois assim estaríamos subvertendo o regime.

Além do que, a própria CRFB/88 no artigo 102, caput, estabeleceu que o seu guardião é o Supremo Tribunal Federal – STF.

Assim cabe exclusivamente ao órgão maior do judiciário brasileiro o controle concentrado de constitucionalidade da leis e aos demais órgãos do judiciário o difuso.

A CRFB/88 não atribui competência para órgão julgador administrativo seja ele qual for, exercer o controle de constitucionalidade das leis.

Ademais, todas as normas que passam pelo processo legislativo constitucionalmente estabelecido gozam de presunção de constitucionalidade e assim devem ser respeitadas, afinal de contas é a própria CRFB/88 em seu artigo 5º, inciso LVII, diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”, “mutatis mutandis”, por que condenar a lei antes que o órgão competente o faça.

Assim sendo, todas as argumentações ligadas a questão de constitucionalidade, que não serão apreciadas, ante a vedação legal expressa, que se impõe.

De mais a mais, o artigo 229, parágrafo 2º, do Decreto 3.048/99 afigura-se perfeito no campo da existência, validade e eficácia e assim é de observação obrigatória.

No lançamento fustigado a decadência é determinada pelo artigo 173, I, da Lei 5.172/66, devido o que diz o artigo 150, §4º, *in fine*, da citada lei, uma vez que o agente lançador caracterizou a ocorrência de simulação, o que já foi devidamente esclarecido e refutado pela DRJ.

No presente caso não é possível o aproveitamento dos valores recolhidos a título de CPP na sistemática do SIMPLES NACIONAL, haja vista que aquela contribuição é destinada a seguridade social, sendo as empresas do simples isentas de contribuição para outras entidades e fundos – terceiros, conforme parágrafo 3º, do artigo 13, da LC 123/2006, que transcrevo.

Art. 13. omissis...

§ 3º As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam dispensadas do pagamento das demais contribuições instituídas pela União, inclusive as contribuições para as entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, de que trata o art. 240 da Constituição Federal, e demais entidades de serviço social autônomo.

Além do que, ainda, que houvesse tal recolhimento o artigo 26, parágrafo único da Lei 11.457/2007 veda a compensação/aproveitamento de contribuição previdenciária com tributos de outras espécies, veja o que diz a lei.

Art. 26. omissis...

Parágrafo único. O disposto no art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não se aplica às contribuições sociais a que se refere o art. 2º desta Lei.

A multa de mora, nos termos do que determina o artigo 44, inciso II, da Lei 9.430/96 c/c os artigos 71, 72 e 73, da Lei 4.502/64 pode ser majorada se houver a constatação de uma das três condutas ali descritas, deixando o agente lançador estabelecido de forma clara a ocorrência do evento, como a seguir se transcreve.

83. Os fatos levantados pela fiscalização serão comunicados ao Ministério Público Federal (MPF) mediante representação fiscal para fins penais (RFFP), tendo em vista que em tese estarão tipificados nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 como sonegação, fraude e conluio, nos seguintes termos:

O CARF não tem competência para se pronunciar sobre RFFP, conforme Súmula 28, que transcrevo.

Súmula CARF nº 28: O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Assim com esses esclarecimentos rejeito todas as alegações de mérito, suscitadas pela recorrente.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por conhecer do recurso, para no mérito negar-lhe provimento.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.