



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10920.722914/2013-20
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-011.743 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de julho de 2023
Recorrente ESTRIBO INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2011

NÃO INOVAÇÃO NO RECURSO VOLUNTÁRIO. ALEGAÇÕES GENÉRICAS INAPTAS A AFASTAR AS RAZÕES DE DECIDIR DA 1ª INSTÂNCIA. APLICAÇÃO DO §3º DO ART. 57 DO RICARF

Quando o recorrente repete as alegações já exaustivamente enfrentadas pela DRJ, não acrescentando nenhum fato ou elemento novo, nem tão pouco inovando em sua argumentação, estando o relator de acordo com a decisão da 1ª Instância, aplica-se o §3º do Art. 57 do RICARF, mediante a transcrição do voto vencedor da DRJ. Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso interposto.

(documento assinado digitalmente)

Francisco Ibiapino Luz - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Márcio Bittes - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Diogo Cristian Denny, Gregorio Rechmann Junior, Rodrigo Duarte Firmino, Ana Claudia Borges de Oliveira, Jose Marcio Bittes, Rodrigo Rigo Pinheiro, Wilderson Botto (suplente convocado(a)), Francisco Ibiapino Luz (Presidente).

Relatório

Trata-se de RECURSO VOLUNTÁRIO interposto contra decisão prolatada no Acórdão 04-35.027 da 4ª Turma da DRJ/CGE em sessão realizada em 13/03/2014 na qual julgou, por unanimidade, ser improcedente a impugnação apresentada conforme fatos e fundamentos expostos:

RELATÓRIO FISCAL (fls. 25/226)

Em procedimento de fiscalização da empresa em referência, abrangendo o período de 1º de dezembro de 2008 a 31 de dezembro de 2011, foram constituídos créditos decorrentes do arbitramento de base de cálculo de Contribuição destinada à Previdência Social (COTA PATRONAL) incluindo a contribuição aos terceiros vinculados à Previdência Social (TERCEIROS) incidentes sobre remunerações aos segurados empregados e contribuintes individuais a serviço do sujeito passivo no período fiscalizado.

As remunerações foram aferidas indiretamente, vez que não foram registradas na contabilidade nem na folha de pagamento do sujeito passivo. Ademais, as contribuições lançadas não foram tempestivamente recolhidas nem declaradas à Previdência Social por intermédio da “Guia de Recolhimento do FGTS e Informação à Previdência” (GFIP).

O arbitramento realizado pela fiscalização decorre da escrituração contábil, bem assim a folha de pagamento e GFIP, não registrarem o movimento real da remuneração dos segurados a serviço do sujeito passivo no período sob ação fiscal, em observância ao art. 33, § 6º, da Lei nº 8.212/91.

A omissão dos fatos geradores previdenciários correu mediante implementação de um esquema fraudulento consistente na manutenção de duas pessoas jurídicas para o exercício do mesmo empreendimento, indústria de acessórios automotivos, com uma delas registrada indevidamente como optante do SIMPLES NACIONAL, instituído pela Lei Complementar nº 123/2006 e assim valer-se fraudulentamente de benefícios tributários instituídos às micro e pequenas empresas.

Os trabalhadores a serviço do empreendimento foram substancialmente alocados à empresa optante do SIMPLES NACIONAL eximindo-se do recolhimento da cota patronal da Contribuição Previdenciária sobre a folha de salários e pró-labore, mesmo tratando-se de um único empreendimento, submetido a uma fragmentação fictícia orquestrada por seus dirigentes, haja vista preliminarmente que:

A Estribo Indústria e Comércio Ltda., (o sujeito passivo) opera comercialmente em nome próprio, com parque industrial (máquinas, instalações e pessoal) estabelecido no endereço de sua sede, e assim demonstra patrimônio e capacidade operacional necessários à realização de seu objeto. Vale dizer, exercendo e assumindo efetivamente os riscos do empreendimento.

Por sua vez a Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda., CNPJ 10.534.164/0001-52, – consoante sua própria escrituração adiante destrinchada - apresenta-se como um mero “Centro de Custos” agregando folha de pagamento, encargos sociais e demais direitos trabalhistas do pessoal alocado ao empreendimento, custos esses periodicamente repassados ao sujeito passivo mediante emissão de Notas Fiscais a título de “Prestação de Serviços”.

Esta empresa (Services) foi registrada no endereço residencial do sócio (Saladino Diz Acosta) e não dispõe de patrimônio e capacidade operacional necessários à realização de seu objeto (prestação de serviços de Metal Mecânica) alocando seu pessoal para trabalhar com exclusividade no parque industrial do sujeito passivo, como constatado em entrevistas com os trabalhadores.

Em face ao acima exposto, a presente fiscalização abrangeu também a pessoa jurídica Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda, CNPJ nº 10.534.164/0001-52, com sede registrada à Estrada da Ribeira S/N, poste 06, na cidade de São Francisco do Sul/SC, cujo “Termo de Início do Procedimento Fiscal” (TIPF) foi também assinado pelo Sr. Andrei Diz Acosta, sócio administrador do sujeito passivo e também procurador com poderes de administração da Services, conforme instrumento de procuração anexado aos autos.

Importante ressaltar as informações societárias e cadastrais da empresa ora RECORRENTE, como se segue:

16. A empresa ora autuada iniciou suas atividades em 01/01/2006 sempre com o objeto social: fabricação e comércio de estribos para automóveis (cláusula 3ª do Contrato Social registrado na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina em data de 26/01/2006).

17. Teve sua sede inicialmente no endereço da Rua Bruno Germano Ponick, 70 – Bairro Bom Retiro – Joinville, e posteriormente na Rua André Fagundes da Silva, 56 – Bairro Petrópolis – Joinville (conforme 1ª alteração contratual registrada em 08/12/2006); posteriormente na Rua Guilherme Boldt, 124 – Bairro Pirabeiraba – Joinville (conforme 2ª alteração contratual registrada em 28/01/2008) e, por fim, a sede atual à Rodovia BR 101, s/n, km 52 – Bairro Santa Catarina – Joinville/SC (desde a 3ª alteração contratual registrada em 04/01/2010).

18. Os reais donos e administradores da empresa são, como se verá adiante, os senhores: Saladino Diz Acosta, CPF 167.488.670-53, e seu filho: Andrei Diz Acosta, CPF 005.768.999-76. Todavia, ambos escondem-se sob a figura de interpostas pessoas, vez que:

18.1. o primeiro acima citado (Sr. Saladino Diz Acosta) figura, desde 12/12/2008, como sócio controlador e administrador da segunda empresa envolvida na presente fiscalização (Services), a qual ficaria impedida de ser optante do SIMPLES NACIONAL, nos termos do art. 3º, parágrafo 4º, incisos III a V, da Lei Complementar nº 123/2006;

18.2. o segundo acima mencionado (Sr. Andrei Diz Acosta) figurou como empregado do próprio sujeito passivo (Estribo) entre 02/05/2007 e 08/11/2007; e novamente como empregado da mesma empresa, agora na função de “Gerente Administrativo” entre 02/03/2009 e 21/10/2012 (fonte: CNIS);

18.3. figurou também em outras empresas do “Grupo Empresarial Familiar”, a saber (fonte: GFIP):

18.3.1. Strada Comércio de Acessórios Automotivos Ltda., ME, CNPJ 08.309.716/0001-87: diretor não empregado entre 07/2008 e 09/2012 ;

18.3.2. Stribus Comercial Ltda., ME, CNPJ 04.831.472/0001-47: sócio-gerente entre 12/2001 e 02/2005;

18.3.3. Andrei Diz Acosta ME, CNPJ 07.221.490/0001-03: titular no período de 05/2005 a 11/2007.

18.4. Esta interposição de pessoas persistiu até o advento da 5ª alteração contratual (registrada em 25/01/2013) quando então, não mais existindo interesses contrários ou impeditivos legais, ambos (Srs. Saladino e Andrei Diz Acosta) ingressam oficialmente na sociedade, aumentando o capital , dos ínfimos R\$ 20 mil, para R\$ 400 mil, agora com a administração estatutariamente prevista do Sr. Andrei Diz Acosta.

19. Isto posto, passamos a apontar as interpostas pessoas junto ao sujeito passivo:

19.1. Tatiane Borges, CPF 006.780.389-02, figurou como sócia controladora e administradora, detendo 90% do capital, até o advento da 4ª alteração contratual, registrada em 23/11/2012, com sua mãe, Sra. Lucy Souza Borges, CPF 518.227.769-53, figurando como sócia cotista minoritária.

19.2. A Sra. Tatiane Borges é esposa ou companheira do Sr. Andrei Diz Acosta, posto que coabitaram no endereço da Rua Luiz Delfino nº 525 – Ap. 504 e posteriormente à Rua Nestor Hintz nº 312, endereços estes informados pela Sra. Tatiane Borges nos instrumentos de contrato social e alterações (1ª a 4ª), sendo que o último figura como atual endereço do Sr. Andrei Diz Acosta (vide 5ª alteração contratual com seu ingresso na sociedade) e o anterior pode ser confirmado nos autos da Ação trabalhista AT 03394-2006-030-12-00-8, da 4ª Vara de Joinville, onde, TATIANE BORGES, ANDREI DIZ ACOSTA, a firma individual ANDREI DIZ ACOSTA - ME e a empresa ESTRIBO

INDUSTRIA E COMERCIO LTDA são co-réus. Na conciliação da audiência do dia 16/10/2006, TATIANE BORGES havia sido excluída do polo passivo. No entanto, no termo de audiência do dia 08/11/2007, ela foi reincluída como parte por ter sido caracterizada FRAUDE PROCESSUAL "presumível a alegada sociedade de fato com Andrei Diz Acosta, inclusive no que tange à empresa Estribo Indústria e Comércio". Nesta data a empresa ESTRIBO INDUSTRIA E COMERCIO LTDA também foi incluída como parte no processo. Nos embargos à execução, a Sra. TATIANE BORGES alegou que "foi apenas namorada do sócio da executada, Sr. Andrei Diz Acosta, mas que não existe nenhuma relação jurídica entre ela e a executada ANDREI DIZ ACOSTA – ME". Os embargos não foram conhecidos.

19.3. Nesta mesma ação trabalhista, na audiência do dia 16/10/2006, ANDREI DIZ ACOSTA afirma que a firma individual "está desativada, podendo seu titular ser localizado, quando o mesmo está em Joinville, na Rua Luiz Delfino, 525 – ap. 504 – bairro Glória – Joinville/SC."

19.4. Este é o endereço acima citado que consta no cadastro do CPF de TATIANE BORGES, já o endereço residencial que consta no cadastro CPF de ANDREI DIZ ACOSTA é outro: ESTRADA DA RIBEIRA, SN, MIRANDA, SAO FRANCISCO DO SUL, que na verdade é o endereço de seu pai (Saladino Diz Acosta) e também da sede fictícia da segunda empresa aqui arrolada (Services) e adiante apresentada.

Já, quanto, a Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda., CNPJ 10.534.164/0001-52, o relatório fiscal informa que:

20. Trata-se de empresa constituída e levada a registro em 12/12/2008 (não constam alterações contratuais), com capital integralizado de ínfimos R\$ 10 mil, destinada ao exercício da atividade de (cláusula 4ª) "Prestação de serviços de metal mecânica, usinagem, solda, tratamento e revestimento em metais". Foi optante do SIMPLES NACIONAL, regime instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, no período de 12/12/2008 a 31/12/2011.

21. O endereço registrado como sede é: Estrada da Ribeira, s/n, poste 6, bairro Miranda, São Francisco do Sul/SC.

22. Os sócios fundadores são:

22.1. Sr. Saladino Diz Acosta, CPF 167.488.670-53, residente e domiciliado no mesmo endereço da sede declarada, mudando apenas o número do poste, para 7, e

22.2. Emilli de Diniz Martins, CPF 084.990.949-02, menor impúbere nascida em 30/09/2000, filha de Tatiane Borges, já aqui qualificada.

A fiscalização não localizou a sede desta empresa e encaminhou Termo de Intimação Fiscal para o escritório contábil responsável solicitando diversos documentos fiscais e contábeis que comprovassem a atividade empresarial da mesma. Os únicos documentos enviados foram alguns extratos bancários e talonários de notas fiscais. Questionado sobre a inexistência de outros documentos, como contratos comerciais, faturas e notas fiscais, recibos e comprovantes de receitas e despesas, recebeu como resposta o seguinte:

26.1. que em princípio deveria haver um contrato de prestação de serviços firmado com a Estribo, mas não soube localizá-lo;

26.2. que não havia contrato de locação porque o estabelecimento industrial ocupado durante o período em que a empresa esteve em atividade, "era sempre anexo ao estabelecimento da Estribo" donde se extrai ser o mesmo estabelecimento, haja vista a não comprovação de outra locação e tampouco a existência de máquinas, equipamentos e instalações próprias da prestadora dos serviços.

27. Mediante entrevistas desta fiscalização a alguns trabalhadores que davam expediente no momento da visita inicial, realizada à sede do sujeito passivo – sempre acompanhado do Sr. Andrei Diz Acosta – ao serem indagados da data de admissão

àquela empresa, informaram datas anteriores às constantes dos registros do sujeito passivo (em GFIP).

28. Ante tais inconsistências sistemáticas de datas de admissão, o Sr. Andrei esclareceu que os trabalhadores se referiam ao período em que foram registrados na prestadora de serviços (SERVICES).

29. Questionados ainda se sempre trabalharam naquele estabelecimento, alguns – a exemplo de: Euclides Souza Júnior; Juliarde Júlio Quintino; Ricardo Beckauser – espontaneamente informaram ter trabalhado antes em Pirabeiraba que é o endereço anterior do sujeito passivo, comprovando assim que, mesmo no período em que foram registrados como empregados da SERVICES, sempre trabalharam nos estabelecimentos do sujeito passivo (ESTRIBO).

Outro aspecto encontrado pela fiscalização diz respeito a UNICIDADE DE COMANDO, pois em todo o período fiscalizado, o Sr. Andrei Diz Acosta, embora não figurasse como administrador, sempre exerceu tais poderes mediante procurações que lhe foram outorgadas pelos sócios contratuais. O que configura também, que, na realidade se trata de uma única empresa de fato.

A escrituração contábil da RECORRENTE apresenta inconsistências como a presença de receitas de venda e a ausência de gastos com mão de obra compatíveis com tal faturamento. Fazendo constar que:

36. Nota-se que o quantitativo de segurados empregados e respectivas bases de contribuição previdenciária são irreais para o porte desta empresa. Veja-se, por exemplo, a média de 9,58 empregados no ano 2009 e de apenas 4,42 no ano 2010.

37. Por outro lado, a média apurada para o ano 2011 foi de 46,50 empregados, com valor médio de folha da ordem de R\$ 49.040,96 (vide tabela acima, sem o detalhamento mensal), o que denota outra realidade: a migração havida dos trabalhadores antes registrados na SERVICES e que, em face da perda do benefício fiscal do SIMPLES ao final daquele ano, migraram para a ESTRIBO já ao longo do próprio exercício (fl.35).

Ainda foi constatado que a ESTRIBO detinha poucos trabalhadores mas apresentava custos e despesas relativos aos serviços prestados pela SERVICES em montantes substanciais. Além do fato de a SERVICES operava exclusivamente para a ESTRIBO, não sendo possível vislumbrar nenhuma outra fonte de renda ou faturamento. Portanto, conclui a fiscalização que:

45. Com efeito, vimos que trata-se aqui de duas pessoas jurídicas representando uma só empresa ou empreendimento comercial, bastando relembrar que: estão sob controle mesmos donos e gestores; exercem mesma atividade; usam mesmas instalações físicas, e ainda se comprova agora que uma delas não existe de fato - isto é, não opera efetivamente perante o mercado - não assume os riscos inerentes à atividade empresarial, logo, é INEXISTENTE DE FATO, podendo ser melhor definida como um Departamento ou Centro de Custos daquela que efetivamente opera em nome próprio junto ao mercado (ESTRIBO), como o demonstram o volume de suas operações com terceiros e sua estrutura patrimonial constante dos balanços aqui apensados.

Acrescenta-se ainda, que não constam nenhum tipo de bem, móvel ou imóvel, na SERVICES.

Por isto, resta demonstrado que as empresas fiscalizadas foram criadas e operadas fraudulentamente pelos mesmos donos e administradores, de modo que a empresa optante do SIMPLES NACIONAL figurasse como empregadora da mão de obra utilizada no - único - empreendimento econômico ali existente, para com isso auferir indevidamente de benefícios tributários do SIMPLES NACIONAL.

As bases de cálculo arbitradas correspondem às remunerações constantes das folhas de pagamento apresentadas pela SERVICE à fiscalização (através dos arquivos digitais MANAD/FOLHA), as quais, bem representam, segundo os fatos aqui narrados, a remuneração omitida dos livros e registros próprios do sujeito passivo, tudo consoante o já citado § 6º do art. 33, da Lei nº 8.212/91. O lançamento realizado na presente ação fiscal abrange as contribuições devidas, vencidas e não recolhidas nem declaradas pelo sujeito passivo, regular e tempestivamente.

Foram aplicadas multas previstas no art. 44, I, e parágrafo primeiro, da Lei 9.430/96 (Multa qualificada de 150%) e encaminhada representação fiscal para fins penais (RFFP) ao Ministério Público Federal (MPF), *tendo em vista que em tese estão tipificados nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, como sonegação, fraude e conluio.*

O crédito apurado na presente ação fiscal foi lançado em dois Autos de Infração (AI) distintos em função da natureza do crédito, conforme demonstra a tabela a seguir:

PERÍODO 01/2009 A 12/2011					
AI DEBCAD N°	CONTEÚDO DO AI (AUTO DE INFRAÇÃO)	Valor Atualizado	Juros	Multa ofício	Total
51.046.446-7	Contribuição previdenciária patronal (FPAS e SAT/RAT)	344.734,49	98.267,64	517.101,84	960.103,97
51.046.447-5	Contribuição aos Terceiros Conveniados (Sistema "S")	88.449,03	25.162,14	132.673,65	246.284,82

IMPUGNAÇÃO

Em 11/10/2013, a RECORRENTE apresentou IMPUGNAÇÃO contra duas peças impugnatórias, uma para cada um dos Autos de Infração lavrados, sob a justificativa de se evitar qualquer prejuízo ao pleno exercício do direito de defesa, sendo apresentadas, porém, as mesmas razões de defesa, que em síntese discorrem sobre (fls. 246/282 e 312/313):

Regularidade na constituição e nas atividades prestadas pela Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda

Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda tem por objeto social a prestação de serviços de metal mecânica, usinagem, solda, tratamento e revestimento em metais, e sempre manteve interesse em fornecer seus serviços a outras sociedades, mas a concorrência nesse ramo, a escassez de mão-de-obra qualificada disponível, o número de empregados que possuía, lhe exigia o restrito fornecimento de mão-de-obra à autuada;

Mesmo assim, chegou a fornecer mão-de-obra a outras sociedades também, fato observado pela autoridade lançadora também;

A alegação da autoridade lançadora de que estariam subordinados à autuada os empregados registrados pela Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda é mera suposição, inexistindo prova nesse sentido;

As entrevistas realizadas pela autoridade lançadora, com direcionamento de respostas, não podem ser confrontados neste momento pela impugnante;

O fato de a Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda não possuir elevado capital social não pode ser motivo para autuação, pois não há legislação que determine um capital social mínimo para o desenvolvimento de uma atividade empresarial, além de que o capital de R\$ 10.000,00 é suficiente para o tipo de negócio econômico a que se propôs exercer, vez que não há necessidade de máquinas, equipamentos e insumos;

O fato alegado pela autoridade lançadora de que a autuada não possuiria quadro de funcionários compatível é mera suposição, ainda mais pelo fato de ele não

conhecer de modo aprofundado o processo produtivo bem como a oscilação que ocorre durante certo período;

Em razão da autonomia da vontade, é permitido ao empreendedor administrar conforme a melhor opção de custos de contratação, não sendo essa conduta ilícita ou uma infração tributária;

O fato de a autuada ter contratado ex-empregados da Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda é algo comum entre empresas prestadoras de serviços e as tomadoras, pois o empregado contratado já se encontra habituado ao respectivo local de trabalho, possui imprescindível qualificação profissional, mostrando-se muito mais apto à vaga em comparação a um novo profissional;

Não há razões e provas suficientes para a desconsideração da Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda, tampouco para a declaração de sua inexistência de fato;

Multa qualificada de 150%

Não houve prática de fraude ou sonegação fiscal, pois se havia no mercado sociedade empresária de serviços exclusivamente voltada para o fornecimento de mão-de-obra qualificada para a execução das atividades da autuada, esta nada mais fez do que contratar os serviços dessa sociedade empresária;

Por inexistir indícios razoáveis para imputar a responsabilidade à autuada pela prática de conduta ilícita, a legislação tributária deve ser interpretada de modo mais favorável ao contribuinte, conforme manda o art. 112 do CTN;

Não houve qualquer embaraço à fiscalização;

Por essas razões, deve ser aplicada a multa de 75%.

Ao final, pleiteou:

- a) o cancelamento do auto de infração e todas as demais obrigações dele decorrentes;
- b) mantida a autuação, a redução da multa de ofício de 150% para 75%;
- c) o não encaminhamento da representação fiscal para fins penais ao Ministério Público, pois inexistente a prática de ilícito penal.

ACÓRDÃO DRJ

Em 13/03/2014, a **4ª Turma da DRJ/CGE** julgou improcedente a impugnação conforme ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2011

SEGURADOS EMPREGADOS. INTERPOSTA PESSOA JURÍDICA. TERCEIRIZAÇÃO. SIMULAÇÃO.

Constatado pela fiscalização que os serviços terceirizados da empresa ocorrem de forma simulada, apenas para burlar o Fisco, correto o enquadramento dos trabalhadores como segurados empregados da empresa contratante.

FRAUDE E SONEGAÇÃO. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Comprovada a intenção de impedir/ocultar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária das contribuições sociais previdenciárias e modificar suas características de modo a reduzir o montante do tributo devido, resta

caracterizada a sonegação e a fraude, impondo-se a aplicação da multa de ofício qualificada.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. COMPETÊNCIA.

Não compete à Delegacia da Receita Federal de Julgamento apreciar a regularidade e o cabimento de representação para fins penais formalizada ao final do procedimento de fiscalização.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

RECURSO VOLUNTÁRIO

Em 24/04/2014, de forma tempestiva, o RECORRENTE apresentou dois recursos voluntários (fls.336/382), nos quais praticamente reproduziu as mesmas razões já apresentadas nas IMPUGNAÇÕES e julgadas pelo ACÓRDÃO recorrido.

Preliminarmente, pugna a RECORRENTE pela imposição do efeito suspensivo ao RECURSO ora julgado.

No mérito, alega, que:

1. A constituição e as atividades da sociedade Services Prestadora de Serviços Metal Mecânica Ltda, são regulares e estão amparadas pela legislação empresarial, cível e tributária, não podendo ser desconstituída, constituindo-se, ao contrário do afirmado pela fiscalização, em sociedade empresarial de fato e de direito;
2. Que esta empresa sempre objetivou a prestação de serviços no segmento de metal mecânica para empresas da região de Joinville-SC, oferecendo sua mão-de-obra às empresas dessa natureza, aproveitando da demanda significativa regional. Por esta razão, e considerando o conhecimento prévio entre os sócios da Estribo e da Services, foi iniciado o fornecimento de mão-de-obra para a prestação desta espécie de serviços;
3. A empresa Services sempre manteve interesse na oferta e prestação dos seus serviços a outras sociedades exploradoras do ramo metal mecânico. Porém, devido a escassez de funcionários qualificados, ficou impossibilitada de atender outras empresas, uma vez que já tinha se comprometido com a Estribo, mas, mesmo diante desta restrição, a empresa conseguiu fornecer mão-de-obra para outras sociedades, embora em número reduzido, como demonstram as suas notas fiscais que constam no auto de infração;
4. Alega que a imputação de que as contratações dos empregados da Service era feita diretamente pela Estribo e a ela eram subordinados, não passam de meras suposições, pois não há provas idôneas que sustentam tal afirmação;
5. É temerário aceitar como fundamento para a desconsideração de qualquer sociedade a validade de supostas entrevistas realizadas pelo Agente Fiscal junto aos empregados, pois os meios pelos quais elas foram realizadas e o direcionamento das respostas não são aptas a comprovarem ou contestarem as informações extraídas;

6. A Services continua ativa até os dias de hoje, e oferece os seus serviços a outras sociedades além da Estribo;
7. Quanto ao fato da Services não possuir sede e capital social adequado às suas atividades, informa que o seu objeto social é a prestação de serviços diretamente na sede das contratantes, não havendo necessidade de espaço físico próprio para tanto, bem como escritório administrativo, maquinários e demais particularidades relacionadas às demais sociedades empresárias;.
8. Quanto ao capital social, menciona que não há nenhuma obrigação para estabelecimento de capital social mínimo para determinadas atividades empresárias, e o capital social subscrito e integralizado é suficiente para o exercício de suas atividades;
9. No tocante à alegação de que a Contribuinte ora Recorrente não apresentava quadro de funcionários (registrados na empresa) compatível com o seu faturamento e produção, tem-se mais uma vez que tal argumento não passa de mera suposição, lançada de forma temerária pelo r. Agente Fiscal, vez que o mesmo desconhece de modo mais aprofundado o processo produtivo da empresa Recorrente, bem como a demanda a qual se encontrava submetida, muitas vezes de modo sazonal, oscilando durante certo período de tempo;
10. Que é totalmente lícito ao empreendedor eleger e administrar da forma que julgar mais conveniente em termos de custos e contratação, não podendo tal conduta ser caracterizada como infração tributária;
11. Quanto à contratação de parte dos funcionários pela empresa Recorrente após alguns deles serem demitidos pela Services, insta ressaltar tratar-se de atitude comum verificada entre empresas prestadoras de serviços e empresas tomadoras dos mesmos, tendo em vista que o empregado contratado já se encontra habituado no respectivo local de trabalho, bem como apresenta imprescindível qualificação profissional para prestação dos serviços e atividades desenvolvidas pela empresa contratante, mostrando-se um candidato muito mais apto à vaga se comparado a outro trabalhador que iniciasse a partir daquele momento a prestação de tal natureza de serviços;
12. Que não há razões e provas suficientes para a imputação de desconsideração da sociedade Services Prestadora, declarando-a inexistente de fato, como pretende o Agente Fiscal e imputando à empresa Estribo (sujeito passivo) as referidas penalidades e crédito tributário ora descrito no presente Auto de Infração;
13. O crédito tributário ora objeto de exigência, bem como as cominações e penalidades pertinentes à suposta desconsideração da sociedade Services, dentre as quais a imputação do cometimento de ilícitos penais (fraude, sonegação e conluio) não podem em nenhum momento prosperar, em razão de não restarem suficientemente demonstradas e comprovadas as alegações trazidas pelo Agente Fiscal, no respectivo Auto de Infração;
14. Ante ao exposto, tem-se que totalmente improcedente a lavratura do presente Auto de Infração bem como o crédito tributário ora exigido,

tomando-se como fundamento para tanto as alegações trazidas pelo i. Agente Fiscal, na pretensão de declarar inexistente a sociedade Services, vez que as alegações trazidas no processo administrativo não são plausíveis, razoáveis e suficientes para tanto.

15. Assim, pugna a Contribuinte no sentido de que seja considerada totalmente regular a sociedade Services, mantendo-se todas as relações anteriormente havidas pela empresa, as sujeições aos benefícios tributários concedidos e verificados (SIMPLES), bem como a regularidade da contratação e utilização da mão-de-obra pela sociedade ora Recorrente, cancelando-se, por fim, integralmente o presente Auto de Infração e o crédito tributário ora exigido, pelos fundamentos expostos;
16. Questiona a multa qualificada uma vez que em momento algum a Recorrente intentou difundir estrutura ou constituir meios para fins de sonegação ou fraude de quaisquer tributos, ao contrário, contratou regularmente mão-de-obra junto à empresa prestadora de serviços, nos termos informados anteriormente, pois, havendo possibilidade perante o mercado, com a existência de sociedade empresária prestadora de serviços exclusivamente voltada para o fornecimento de tais atividades, tem-se que a Contribuinte nada mais fez que contratar junto à referida empresa, a qual lhe fornecia mão-de-obra necessária e qualificada à execução de parte de suas atividades;
17. A previsão constante do art. 112 do Código Tributário Nacional no sentido de que a legislação tributária interpreta-se de maneira mais favorável ao contribuinte, o que no presente caso mostra-se imperativo, tendo em vista que inexistem indícios razoáveis e suficientes para imputar ao Contribuinte a prática de qualquer conduta de natureza ilícita, de forma comissiva ou omissiva;
18. Salienta que inexistem também qualquer possibilidade de caracterização de eventual embaraço à fiscalização, vez que em toda e qualquer situação a qual a Contribuinte fora cientificada para manifestar-se e apresentar documentos pertinentes ao procedimento, a Recorrente os realizou e entregou deliberadamente, conforme relatado pela própria autoridade fiscal;
19. importa mencionar que as diferenças verificadas, sendo elas realmente devidas, devem ser consideradas simplesmente como desconsideração da terceirização de contratação de mão-de-obra havida entre a Contribuinte Recorrente e a empresa Services, e não à prática de conduta ou ato criminoso ou ilícito, sujeitando, portanto, a Recorrente tão somente à cominação de multa no percentual padrão de 75% (setenta e cinco por cento), uma vez que inexistem comprovação inequívoca da intenção de fraudar ou sonegar por parte da ora Recorrente. Neste ponto junta decisões do CARF que limitam a aplicação da multa qualificada quando resta comprovada de forma inequívoca o intuito de fraude;

Conclui pedindo pelo cancelamento de ambos autos de infração e, caso sejam mantidos, que a multa de ofício seja reduzida ao limite de 75%.

Não houve contrarrazões da PGFN.

Eis o relatório.

Voto

Conselheiro José Márcio Bittes, Relator.

PRELIMINAR

Em sede de preliminar, pugna a RECORRENTE pela imposição do efeito suspensivo ao RECURSO, impedindo a execução do débito fiscal objeto de questionamento enquanto pendente de julgamento os autos de infração questionados.

Importante esclarecer que tal efeito é inerente a natureza do PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL, Art. 33 do Decreto nº 70.235/1972, e do Art. 73 do Decreto nº 7.574/2011, não cabendo a autoridade julgadora decidir sobre a sua aplicação ou não.

DO MÉRITO

Uma vez que, a autuada limitou-se a questionar a suficiência das provas apresentadas pela fiscalização, não juntando nenhuma prova que as desqualificassem, ou ainda, apontasse alguma irregularidade no procedimento fiscalizatório realizado, limitando-se a repisar os argumentos já amplamente enfrentados pela Primeira Instância Julgadora, aplico o §3º do Art. 57 do RICARF na sua totalidade, e, para tanto, segue a transcrição do voto citado:

ALEGADA REGULARIDADE NA CONSTITUIÇÃO DA INTERPOSTA PESSOA JURÍDICA E NOS SERVIÇOS POR ESTA PRESTADOS

De forma geral, a autuada limita-se a alegar que a fiscalização não produziu provas capazes para fundamentar o lançamento fiscal, tendo tudo sido feito por meras suposições da autoridade lançadora, pois era regular a constituição da empresa Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda e os negócios jurídicos com ela pactuados.

Contudo, essa alegação não merece prosperar.

Inicialmente, cabe informar que a pessoa jurídica Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda foi constituída para a prestação de serviços de metal mecânica, usinagem, solda, tratamento e revestimento em metais, fato que é incontroverso nos autos.

Tais serviços requerem não só o elemento humano para serem concretizados, mas também máquinas e equipamentos, além de insumos, pois não se pode imaginar serviços de usinagem, solda e revestimento em metais sem todos esses elementos.

Por tais serviços demandarem mão-de-obra, máquinas, equipamentos e insumos, fica evidente que é necessário também um espaço físico que os comporte.

Contudo, como bem demonstrou (e provou) a autoridade lançadora a pessoa jurídica Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda:

- possui capital social de apenas R\$ 10.000,00, valor que seria insuficiente para o tipo de serviço a que se propôs operar referida pessoa jurídica;
- não possui instalações próprias e tampouco máquinas e equipamentos para a operacionalização de seu objeto social;

Defende-se o sujeito passivo sob a alegação de que não há lei que determine valor mínimo para o capital social, além de que referido valor de capital social seria suficiente

para o tipo de negócio econômico a que se propôs exercer a Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda, vez que não há necessidade de espaço físico, máquinas, equipamentos e insumos, pois os serviços foram prestados no próprio estabelecimento da autuada.

Com certeza, a lei não disporia sobre limites mínimos para o capital social de uma sociedade. Porém, se a análise fática procedida legalmente pela autoridade administrativa identificar um capital social insuficiente para um tipo de negócio jurídico objeto de contrato social, tal situação deve ser investigada da forma como foi no presente caso.

Vê-se que o sujeito passivo entende que a prestação de serviços de metal mecânica, usinagem, solda, tratamento e revestimento em metais resumir-se-ia somente em fornecimento de mão-de-obra qualificada para isso, o que não procede pelo motivo acima já comentado.

Um ponto incontroverso no presente caso, portanto, é o fato de que a Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda não prestou serviço algum relacionado ao seu objeto social, tão somente forneceu mão-de-obra para serviços que foram executados nas próprias instalações da autuada.

Por que motivo então a Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda não foi constituída para esse fim específico?

A resposta é bastante simples: pelo fato de a Lei Complementar nº 123, de 2006, dispor que é vedado à microempresa ou empresa de pequeno porte que realizem cessão ou locação de mão-de-obra recolherem impostos e contribuições na forma do Simples Nacional.

Comprovou-se, também, tratar-se de um grupo familiar e que tanto a autuada quanto a Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda são administradas pela mesma pessoa da família, a qual, apesar de não configurar nos contratos social como sócio ou administrador em nenhuma delas, possui procuração com amplos poderes para isso, denotando unidade de direção.

Além disso, a autoridade lançadora demonstrou que a autuada apresentava elevado valor de receita de vendas e um reduzido gasto com mão-de-obra e um reduzido número de empregados, diferentemente da Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda possuía um elevado número de empregados.

A autoridade lançadora também demonstrou que a Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda praticamente prestou serviços apenas à autuada, o que demonstra que esta foi constituída com o único fim de fornecer mão-de-obra àquela.

Em relação à essa última informação, a autoridade lançadora demonstrou que há registros contábeis de alguns serviços prestados pela Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda à pessoa jurídica F S Acessórios Automotivos Ltda. Porém isso não desqualificou a exclusividade na prestação de serviços, posto que tal pessoa jurídica compõem o núcleo familiar, pois é administrada por uma das sócias da autuada.

O sujeito passivo alega que teria prestado serviços a outras sociedades, mas não apresentou provas disso.

Oportuno mencionar que constam nos autos um Termo de Ajuste de Conduta assinado pela autuada diante do Ministério Público do Trabalho, comprometendo-se a não mais contratar trabalhadores terceirizados para o desempenho de atividades fim da empresa, bem como para o desempenho de atividades meio quando presentes a pessoalidade e subordinação direta ao tomador de serviços (fl.221), e um Auto de Infração do Ministério do Trabalho e Emprego em que a contratação da Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda foi caracterizada como terceirização ilícita (fl.219 e 220).

Portanto, a autuação fiscal não se baseou em meras suposições da autoridade lançadora. Esta analisou um amplo conjunto probatório (incluindo entrevistas feitas a empregados registrados pela Services Prestadora de Serviços de Metal Mecânica Ltda) que foram

indícios suficientes para se concluir pelo indevido uso de interposta pessoa jurídica constituída para valer-se de benefícios concedidos a empresas optantes do Simples Nacional e assim deixar de recolher contribuições previdenciárias.

Nesses casos, a autoridade lançadora está autorizada legalmente a proceder ao lançamento de ofício, conforme prevê o inciso I do art. 116 do CTN:

“Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;”

Dessa forma, em consonância com o art. 142 do CTN, temos que coube à autoridade administrativa, uma vez verificada a situação de fato de ocorrência do fato gerador constituir o crédito tributário pelo lançamento, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido e identificar o sujeito passivo.

Além disso, vamos além para encontrar no art. 149, do CTN, a hipótese do inciso VII:

“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;” (g.n.)

Neste momento, é oportuno salientar que é da própria essência da atividade de fiscalização aplicar as normas aos fatos reais e não apenas se ater à máscara por trás da qual possam estar se escondendo. Não basta ao contribuinte dar forma a uma determinada situação da maneira que lhe seja mais favorável e esperar que o representante do Fisco, competente para exigir o cumprimento da legislação tributária, nada possa fazer. Diante do CTN e da situação fática trazida aos autos, verifica-se que o procedimento encontra-se plenamente respaldado na lei.

A prática de atos ou negócios dissimulados com o intuito de burlar o Fisco é vedada, e a autoridade fiscal, ao verificar que o sujeito passivo utilizou-se de simulação para esquivar-se do pagamento de tributo, tem o dever de aplicar a legislação tributária de acordo como os fatos efetivamente ocorrem, em detrimento daquela verdade jurídica aparente.

Correto, portanto, o lançamento.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

O sujeito passivo pleiteia a redução da multa de ofício qualificada de 150% para 75%, sob o fundamento de que haveria regularidade na constituição e contratação da interposta pessoa jurídica e, conseqüentemente, não teria cometido fraude ou sonegação fiscal.

Conforme supramencionado, a autoridade lançadora produziu provas acerca da real intenção do sujeito passivo em constituir uma interposta jurídica com o único fim de oferecer-lhe mão-de-obra e assim conseguir obter indevidamente benefício no pagamento de tributos e contribuições na sistemática do Simples Nacional.

Com isso, a autuada, em conjunto com a interposta pessoa jurídica, retardaram o conhecimento por parte da autoridade lançadora da ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias a cargo do empregado e reduziram o montante das contribuições previdenciárias devidas.

São situações claramente previstas na Lei nº 4.502, de 1964:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

E nessas circunstâncias, a Lei nº 9.430, de 1996, determina a aplicação da multa de ofício qualificada de 150%:

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:
(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Portanto, a multa de ofício qualificada lançada não carece de reparo.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do RECURSO VOLUNTÁRIO APRESENTADO e pela sua total IMPROCEDÊNCIA.

Crédito tributário mantido na sua totalidade.

(documento assinado digitalmente)

José Márcio Bittes