



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

Processo nº 11020.720882/2012-53
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-003.576 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de julho de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente CORENSA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

UTILIZAÇÃO DE EMPREGADOS CONTRATADOS FORMALMENTE POR EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES. DESCONSIDERAÇÃO DE VÍNCULOS LABORAIS PACTUADOS. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO EM NOME DA EMPREGADORA DE FATO.

Constatando-se a ocorrência de organização empresarial constituída com intuito de reduzir a massa salarial da empregadora de fato, de quem é transferida dos empregados para empresa optante pelo Simples, o fisco pode desconsiderar os laços laborais pactuados com esta e vincular os trabalhadores diretamente à empresa que se utilizada da mão-de-obra, em nome da qual serão lançadas as contribuições decorrentes, desde que se demonstre a confusão entre os quadros funcionais das empresas envolvidas.

CONSTATAÇÃO DE FRAUDE E/OU SONEGAÇÃO. CABIMENTO DA MULTA QUALIFICADA.

Quando o fisco caracteriza a ocorrência de fraude e/ou sonegação, deve aplicar a multa qualificada prevista no § 1.º do art. 44 da Lei n. 9.430/1996.

REPRESENTAÇÃO PARA FINS PENAIIS. COMPETÊNCIA DO CARF. AUSÊNCIA

O CARF carece de competência para se pronunciar sobre processo de Representação Fiscal Para Fins Penais.

REQUERIMENTO DE PERÍCIA E JUNTADA DE DOCUMENTOS. PRESCINDIBILIDADE PARA SOLUÇÃO DA LIDE. INDEFERIMENTO.

Será indeferido o requerimento de perícia técnica e para juntada de novos documentos quando estes não se mostrarem úteis para a solução da lide.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, Pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso. Vencidos os conselheiros Igor Araújo Soares, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Carolina Wanderley Landim, que davam provimento ao recurso.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento o(a)s Conselheiro(a)s Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de recurso interposto pelo sujeito passivo contra o Acórdão nº 10-43.695 de lavra da 7.^a Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ em Porto Alegre (RS), que julgou improcedente a impugnação apresentada para desconstituir os seguintes Autos de Infração – AI:

a) AI nº 51.000.125-6: exigência das contribuições patronais para a Seguridade Social, inclusive aquela destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, incidentes sobre as remunerações de empregados e contribuintes individuais constantes das folhas de pagamento da empresa Dicorpo Confecções Ltda., CNPJ nº 04.226.972/000150;

b) AI nº 51.004.128-0: exigência das contribuições patronais para outras entidades ou fundos, incidentes sobre as mesmas bases de cálculo do item anterior.

Apresentada a impugnação, a DRJ considerou-a improcedente, mantendo o crédito tributário na integralidade.

Para o órgão de primeira instância, descaberia o argumento de nulidade do lançamento, posto que o sujeito passivo não apresentou qualquer comprovação de que a autoridade lançadora houvera se desviado das normas legais aplicáveis ao ato de constituição do crédito tributário.

Asseverou o órgão recorrido que as peças que compõem as lavraturas apresentam todos os elementos necessários ao amplo exercício do direito de defesa pela empresa, tais como: a matéria tributável, a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, o débito consolidado, as bases de cálculo utilizadas, os critérios utilizados para calcular o montante do tributo devido, o período lançado e a origem dos valores considerados devidos pela autoridade lançadora.

Afirma-se que nos lançamentos em questão não houve a desconsideração das personalidades jurídicas das empresas envolvidas, mas a constatação, pela auditoria, de que a autuada utilizou-se de mão-de-obra formalmente registrada pela Dicorpo Confecções – empresa optante pelo Simples – para não recolher as contribuições patronais incidentes sobre as remunerações dos trabalhadores.

Segundo a DRJ, a posterior incorporação da empresa Dicorpo Confecções pela Corensa representou apenas o reparo de uma situação irregular que se caracterizava pela utilização de empresa interposta para contratação de segurados, com o fim de reduzir a carga tributária.

A seguir, consta do voto condutor do acórdão recorrido a menção às situações verificadas pelo fisco que indicariam a simulação apontada. Sustenta-se que as empresas possuíam o mesmo endereço, mesmo número de telefone, mesmos administradores, sócios em comum e mesmo contador. Revela a existência de pagamentos de despesas de uma empresa

pela outra, transferências monetárias entre as empresas, que tinham o mesmo ramo de atividade com fabricação e comercialização dos mesmos produtos, que eram adquiridos pelos mesmos clientes, além de que as empresas se utilizavam dos mesmos empregados, quase todos registrados na Dicorpo Confecções.

Acerca da transferência de empregados, a DRJ afirma que, quando da incorporação, a Dicorpo possuía 57 empregados, ao passo que a Corensa, apenas seis, sendo que quatro deles foram admitidos naquele momento.

Cita casos de empregados registrados na Dicorpo participando de eventos da autuada e realizando tarefas em nome desta. Além de reclamações trabalhistas em que os obreiros afirmam que laboravam para as duas empresas indistintamente. Há também, afirma-se no acórdão de primeira instância, pagamentos de indenizações trabalhistas de empregados da Dicorpo com recursos da autuada.

Acerca da multa imposta nos lançamentos, a DRJ sustenta que a auditoria observou a aplicação da norma mais benéfica para o período anterior à MP n. 449/2008, conforme demonstrado nos anexos aos AI.

Justifica a aplicação da multa qualificada de 150% para as competências 12/2008 e 13/2008, mencionando a existência de comprovada simulação com intuito de fraudar o fisco.

Foram indeferidos os pedidos de juntada posterior de documentos e de realização de perícia técnica, alegando-se que os elementos constantes dos autos já seriam suficientes para o deslinde da contenda, além de que a requerente não indicou o perito, nem formulou os quesitos para a pretendida perícia.

Deixou-se de apreciar o argumento relativo à representação fiscal para fins penais, por não ser a instância administrativa competente para tratar da questão.

Inconformada, a empresa autuada interpôs recurso, apresentando, em síntese, os argumentos abaixo listados.

As empresas, mesmo pertencendo a membros de uma mesma família, atuaram de forma independente até que, em 4 de janeiro de 2010, com absoluta boa-fé e observando a perspectiva de novos negócios, a Dicorpo foi incorporada pela Corensa.

O negócio jurídico em questão revela que os gestores das duas organizações agiram de forma transparente, descabendo qualquer insinuação de que no período fiscalizado tenha havido interesse de ludibriar o fisco.

As empresas possuíam objetivos, sedes, endereços e contas bancárias distintas, cada qual com seu quadro próprio de funcionários, não se podendo acatar as conclusões da autoridade lançadora de que atuavam como um único empreendimento.

Ambas foram constituídas regularmente, com atuação em mercado semelhante – indústria e comércio de artigos de vestuário – todavia, com objetos sociais distintos, produtos distintos, mesmo com alguns poucos fornecedores e clientes comuns, o que não afasta o propósito comercial de cada uma.

Ressalta que nenhuma irregularidade existe na cessão da marca DICORPO, devidamente registrada no INPI. Ao ceder a marca para empresas dos familiares, de forma não onerosa e sem formalidades, a empresa Dicorpo não cometeu nenhum ato que pudesse ser tido

como ilegal. Por sinal, isso até justifica a aquisição de insumos com a mesma logomarca e ocorrências esporádicas de confusões de fornecedores, as quais foram posteriormente retificadas.

Por se tratar de empreendimentos familiares, não é de se estranhar que houvesse a eventual colaboração recíproca entre os parentes, mas tudo era devidamente contabilizado para futuro acerto de contas, não havendo razão para tal fato ser tomado como justificativa para descaracterizar as pessoas jurídicas.

As empresas, somente de forma excepcional, prestavam serviços uma para outra, o que poderá ser comprovado mediante prova pericial, a qual demonstrará a atuação absolutamente autônoma.

Não são válidas as conclusões obtidas com base em petições iniciais de reclamações trabalhistas, uma vez que os argumentos dali extraídos são inverídicos, descontextualizados e não submetidos ao contraditório.

As próprias versões das reclamações acostadas, comprovam a atividade das duas empresas, uma vez que os reclamantes afirmam que trabalharam para os dois empregadores.

O fisco apresentou cópia de parte dos registros dos funcionários das empresas, mas, para comprovar as irregularidades apontadas, deveria ter trazido ao processo todos os registros e não apenas aqueles que lhe interessavam.

A existência de atos de funcionários de uma empresa em nome da outra por si só já comprova que havia as duas organizações, mas há de se ponderar que as provas apresentadas para demonstrar tais atos não são válidas, posto que documentos só nos constam o primeiro nome de quem os praticou, não permitindo a clara identificação do empregado.

A opção dos contribuintes por uma estrutura societária lícita, ainda que importe em redução da carga tributária, está no campo da liberdade negocial, que não pode ser tolhida apenas com o argumento de que a escolha resultou em menor onerosidade fiscal. É esse entendimento que tem prevalecido na jurisprudência, conforme Acórdão do CARF n. 103-23.357/08, em que a questão do desmembramento de atividades em duas empresas na mesma área geográfica, objetivando racionalizar operações e diminuir a carga tributária, foi considerada lícita. Não se cancelando a conclusão do fisco sobre a ocorrência de simulação na espécie.

Há de se comprovar a ocorrência da simulação ou da dissimulação para que seja aplicável a descon siderações de atos ou negócios jurídicos pelo fisco. Desse ônus a auditoria não se desincumbiu.

Cita trechos da doutrina para concluir que a Administração Pública, ao aplicar sanções no patamar proposto, está obrigada a demonstrar onde está a lesão ao interesse público. Não tendo o fisco demonstrado as irregularidades apontadas, há de se declarar a nulidade da lavratura.

A inexistência de fraude/simulação desautoriza a aplicação da multa qualificada, descabendo também o prosseguimento da representação fiscal para fins penais.

Ao final, com base nos argumentos apresentados, requer o cancelamento do débito fiscal e consectários, além das penalidades aplicadas e da representação para fins penais. Suscita também pela suplementação de provas mediante a juntada de documentos e a realização de perícia técnica.

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

Admissibilidade

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

Fatos Geradores

Os fatos geradores presentes nos AI incluídos no processo sob apreciação, dizem respeito às remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais formalmente registrados na empresa Dicorpo Confecções, mas que, segundo o fisco, na verdade prestaram serviço à Corensa Indústria e Comércio de Confecções – a autuada.

De acordo com o relato fiscal, até a incorporação da Dicorpo pela Conrensa, que se deu em janeiro de 2010, as empresas aparentemente apresentavam autonomia, todavia, faziam parte de um mesmo empreendimento. Esta configuração empresarial, no dizer da autoridade lançadora, foi montada para reduzir o recolhimento das contribuições previdenciárias, posto que a empresa que detinha a grande maioria dos segurados – a Dicorpo – era optante pelo Simples.

Para justificar as lavraturas o fisco, em 70 laudas do seu termo de verificação fiscal, apontou uma série de constatações que levariam às conclusões que deram ensejo ao lançamento. Eis as situações mencionadas, as quais se encontram suportadas por documentos de prova colacionados como anexos ao relatório:

- a) identidade de endereço;
- b) identidade de quadro societário, com pagamento de pró-labore apenas pela empresa optante pelo Simples;
- c) existência de reclamatórias trabalhistas em que os empregados da Dicorpo afirmam que laboravam para as duas empresas;
- d) pagamento de despesas de uma empresa por outra (água, luz, telefone, aluguel, IPTU, serviço de vigilância, etc);
- e) emissão de documentos em nome da Corensa para o endereço da Dicorpo;
- f) atos praticados em nome da Corensa por empregados formalmente vinculados a Dicorpo e vice-versa;
- g) entrega de mercadorias para industrialização em nome da Corensa e destinadas a Dicorpo;
- h) descontos de empregados de uma empresa e reembolsados para outra;

- i) comercialização dos mesmos produtos, com mesma carteira de clientes e faturamento concomitante para o mesmo cliente;
- j) transferências bancárias entre as empresas;
- k) documentos em nome da Dicorpo e pagos pela Corensa (Duplicatas) e vice-versa;
- m) acordo em reclamatória trabalhista de empregado da Dicorpo com pagamento efetuado pela Corensa;
- n) recebimento de títulos de uma empresa com crédito em conta corrente da outra;
- o) incompatibilidade da movimentação financeira das empresas em relação a receita bruta;
- p) existência em todo o período fiscalizado de lucros para a Corensa e prejuízo para a Dicorpo.

A empresa, para afastar as conclusões do fisco e da decisão recorrida, alega que não ocorreu a simulação apontada, tendo se dado apenas uma estratégia empresarial, a qual se encontra dentro da margem de liberdade negocial, não podendo ser punida por adotar ações que não estariam no campo da ilicitude.

Afirma que a própria incorporação pela autuada da empresa Dicorpo é uma demonstração de que não houve má-fé por parte dos seus administradores. Acrescenta que as pequenas falhas contábeis verificadas não podem ser tomadas para desnaturar os negócios engendrados dentro das regras tributárias, em que cada empresa atuava com total autonomia.

Vejamos.

Não devo concordar com a recorrente. Posso dizer que todas as evidências tomadas em conjunto trazem a convicção que preciso para chegar à conclusão de que efetivamente ocorreram os fatos geradores de contribuições, que justificam a lavratura.

Malgrado formalmente as empresas apresentassem a sua individualidade, os elementos constantes no processo, que não são poucos, deixam-me à vontade para vislumbrar que na realidade as empresas funcionavam conjuntamente, como forma de reduzir a carga tributária, desfalcando os cofres da Seguridade Social das contribuições patronais devidas.

O compartilhamento de espaço físico e estrutura empresarial, a utilização dos mesmos empregados, as confusões financeiras e contábeis e as demais evidências apresentadas pela auditoria são contundentes a ponto de me convencerem da conduta irregular das empresas envolvidas.

O ponto mais sensível que encontro para alicerçar minhas convicções dizem respeito ao claro compartilhamento da mão-de-obra nas atividades rotineiras das duas empresas. Isso encontra-se muito claramente demonstrado nos autos mediante as reclamatórias trabalhistas acostadas, a comprovação da realização de atividades em uma empresa por empregados da outra, do pagamento de acordos trabalhistas por empresa que não era formalmente o empregador, dentre outras situações.

O fisco revela que na data da incorporação a empresa Dicorpo contava com 57 empregados, ao passo que a autuada tinha em seu quadro apenas seis. Analisando o quadro apresentado à fl. 75, onde estão lançados os dados de receita bruta das empresas, verifica-se que a receita da primeira foi no ano de 2008 menos de um terço da receita da Corensa.

Considerando que as empresas atuavam no mesmo espaço físico, fabricando os mesmos produtos, fica claro que somente com a utilização de mão-de-obra de uma empresa pela outra é que poderiam ser justificados estes dados. Para que a Corensa obtivesse faturamento bem maior de que a Dicorpo teria que operar com trabalhadores formalmente vinculados a esta. Isso é evidente.

Assim, não tenho dúvida que acertou o fisco quando, ao constatar a existência de fato de vínculo de emprego entre uma empresa e trabalhadores, cuja relação contratual era estabelecida com empregador diverso, desconsiderou o pacto formal e tratou os segurados envolvidos como empregados daquele em que se verifica a efetiva prestação de serviços. Tal prerrogativa é fornecida pelo Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/1999, que em seu art. 229, § 2., assim dispõe:

Art. 229. O Instituto Nacional do Seguro Social é o órgão competente para:

(...)

*§2º Se o Auditor Fiscal da Previdência Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inciso I do **caput** do art. 9º, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado. (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999)*

Portanto, constando a fiscalização que a relação de um segurado com determinado empregador satisfaz os requisitos da relação de emprego, quais sejam, subordinação, não-eventualidade, pessoalidade e remuneração, deve considerá-lo segurado empregado e apurar as contribuições previdenciárias decorrentes, mesmo que formalmente aquele trabalhador figure como empregado de outra empresa.

É assim que tem reiteradamente decidido as turmas do CARF como se pode colher dos seguintes julgados:

Acórdão n. 2401-001.383 (23/09/2010):

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/05/2006

CISÃO SIMULADA DE EMPRESA. DESCONSIDERAÇÃO DE VÍNCULOS LABORAIS PACTUADOS. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO EM NOME DA EMPRESA ORIGINÁRIA.

Constatando-se a ocorrência de reorganização societária simulada, com intuito de repassar parcela do faturamento da empresa cindida para outra(s) criada(s) para aderir a sistema favorecido de tributação, o fisco pode desconsiderar os laços

laborais pactuados com esta(s) e vincular os trabalhadores diretamente à empresa originária, em nome da qual serão lançadas as contribuições decorrentes, desde que se demonstre a confusão entre os quadros funcionais das empresas envolvidas.

(...)

Acórdão n. 2301-003.657 (13/08/2013):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/08/2009

PERÍCIA INDEFERIMENTO A perícia será indeferida sempre que a autoridade julgadora entender ser prescindível e meramente protelatória e quando não houver dúvidas a serem sanadas.

DESCARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO PACTUADO Na ocorrência da simulação, é atribuída à fiscalização a prerrogativa de, seja qual for a forma de contratação, desconsiderar o vínculo pactuado.

(...)

Acórdão n. 2302-002.727 (17/09/2013):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2010 a 31/12/2010

CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADO EMPREGADO. SUBSUNÇÃO DO FATO À HIPÓTESE NORMATIVA.

Impera no Direito Previdenciário o princípio da primazia da realidade sobre a forma, sendo necessária e suficiente a subsunção do fato à hipótese legal prevista no art. 12, inciso I, letra "a" da Lei nº 8.212/91 para que se opere a caracterização de segurado empregado.

CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADO EMPREGADO. INTERPOSTA PESSOA OPTANTE DO SIMPLES. EXCLUSÃO. DESNECESSIDADE.

O procedimento administrativo de caracterização de segurado empregado tem por fundamento o princípio da primazia da realidade dos autos sobre a formalidade dos atos, e escorase na existência ostensiva dos elementos caracterizadores da condição de segurado empregado previstos no art. 12, I da Lei nº 8.212/91, sendo irrelevante qualquer procedimento de desconstituição, inaptidão ou exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES.

(...)

Assim, a decisão recorrida está em perfeita consonância com a jurisprudência majoritária deste Conselho, não havendo razão para a sua reforma quanto a esse ponto.

Multa qualificada

A multa foi aplicada no patamar de 150%, em obediência ao que dispõe o § 1.º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

Para justificar a aplicação da penalidade qualificada, o fisco ressalta que a conduta verificada na empresa e fartamente demonstrada em seu relato equivale à sonegação e à fraude previstas nos arts. 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964, *verbis*:

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.

Depois das considerações feitas no tópico precedente, não há dificuldade em se verificar que a autuada, ao contar com o serviço de segurados empregados que formalmente estavam vinculados a empresa optante pelo Simples, tentou esconder da autoridade fiscal que o real contribuinte era uma empresa tributada pelo lucro presumido, a qual teria que recolher a contribuição patronal nos moldes do art. 22 da Lei nº 8.212/1991. Essa conduta claramente se enquadra no conceito de sonegação.

Também se observa a ocorrência de fraude, quando a empresa intencionalmente, para fugir da tributação, tentou atribuir o fato gerador a outra empresa.

Assim, cabível a aplicação da multa qualificada prevista no § 1.º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

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;

(...)

§1.º 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.

(...)

Presente, portanto, a hipótese normativa acima, plenamente cabível a imposição da multa no patamar de 150%.

Representação Fiscal para Fins Penais

Quanto ao pedido para sustação da Representação Fiscal Para Fins Penais, é matéria que não cabe a esse colegiado se pronunciar, nos termos da Súmula CARF n. 28:

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

Juntada de novos documentos e pedido de perícia

Quanto ao cerceamento do direito de defesa ocasionado pelo indeferimento do órgão *a quo* do pedido de produção de novas provas, entendo que não deva ser acatado. No processo administrativo fiscal vigora o princípio do livre convencimento motivado. Segundo o qual a autoridade julgadora tem liberdade para adotar a tese que ache mais adequada a solução da contenda, desde o que o faça com a devida motivação.

Nesse sentido, somente à autoridade que preside o processo é dado determinar a realização de perícias e diligências caso ache necessário. Não está o julgador obrigado a deferir pedidos de dilação probatória se os elementos constantes nos autos já lhe dão o convencimento suficiente para emissão da decisão.

Assim, sendo a prova dirigida a autoridade julgadora, é essa que tem a prerrogativa de determinar ou não a sua produção. Tenho que concordar com a decisão original, quando se afirma que o relato do fisco e os documentos colacionados permitem concluir pela procedência dos lançamentos.

Conclusão

Voto por negar provimento ao recurso.

Kleber Ferreira de Araújo.