



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

Processo n° 11065.100168/2005-07
Recurso n° 863.583 Voluntário
Acórdão n° **3201-00.0772 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 11 de agosto de 2011
Matéria RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO COFINS - 2º Trimestre de 2005
Recorrente IMS BRAZIL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/04/2005 a 30/06/2005

COFINS NÃO CUMULATIVA — É lícito o aproveitamento de crédito na hipótese de contratação de empresa para a realização de embalagem e acondicionamento de produtos exportados pelo contribuinte, ainda que haja indícios de que a empresa contratada tenha a ingerência da empresa contratante. Inexistência de vedação legal e insuficiência de indícios para caracterizar a ausência de substância econômica nos atos e negócios jurídicos praticados, de forma a deflagrar simulação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencido o Conselheiro Luiz Eduardo Garrossino Barbieri.

JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente.

DANIEL MARIZ GUDIÑO - Relator.

EDITADO EM: 13/08/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Judith do Amaral Marcondes Armando (presidente da turma), Robson José Bayerl, Luciano Lopes de Almeida Moraes (vice-presidente), Luiz Eduardo Garrossino Barbieri, Marcelo Ribeiro Nogueira e Daniel Mariz Gudiño. Ausente justificadamente a Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorim.

Relatório

Por bem descrever os fatos ocorridos até a data da prolação do acórdão recorrido, transcrevo abaixo o relatório do órgão julgador de 1ª instância, incluindo, em seguida, as razões de recurso voluntário apresentado pela Recorrente:

Trata o presente do ressarcimento pleiteado pela interessada em epígrafe em 20/10/2005, relativo aos créditos de Cofins não cumulativa do segundo trimestre de 2005, no valor de R\$ 775.527,06 (fl. 01). A DRF em Novo Hamburgo emitiu o Despacho Decisório DRF/NHO/2007 (fl. 64), com base no Relatório da Ação Fiscal de fls. 50 a 62, reconhecendo o crédito passível de ressarcimento no valor de R\$ 736.258,55. Foram glosados os valores decorrentes de créditos de serviços prestados na industrialização por terceiros, ante a constatação de que a empresa que prestava tais serviços (PUPPIES TIME, CNPJ 04.585.274/0001-40) era, na realidade, estabelecimento da própria interessada. O Relatório Fiscal transcreve parte de relatório anterior, resultado de detalhado procedimento de fiscalização, efetuado para exame de solicitações referentes ao ano calendário 2004. São apontados os diversos aspectos que resultaram na constatação de inexistência de serviços prestados por empresa independente, em desacordo com o critério para a apuração de créditos estabelecido, na legislação. Cabe frisar que não foram oferecidos pela empresa à tributação os valores decorrentes de transferências de créditos de ICMS a terceiros. Conforme o citado no relatório, tais valores não foram considerados para efeitos de glosa em função da determinação judicial no Mandato de Segurança 2006.04.01.016972/RS. Após efetuar as compensações, a DRF/NHO efetuou a ordem bancária do ressarcimento do saldo incontroverso (fl. 82).

O contribuinte apresenta, em 16/03/2007, tempestivamente, sua manifestação de inconformidade (fls. 97 a 111, mais os anexos), através de representante devidamente habilitado, na qual se insurge contra a glosa dos créditos decorrentes dos serviços que outra pessoa jurídica ter-lhe-ia prestado. Inicialmente, questiona o fato do auditor-fiscal sequer ter comparecido nas empresas, tendo como base integralmente a fiscalização anterior. Aborda todos os aspectos levantados Pela fiscalização e que levaram à conclusão da estreita vinculação entre as duas a ponto de concluir pela inexistência de créditos, com o objetivo de comprovar serem empresas diferentes e, em decorrência, ser legítimo o creditamento de PIS e Cofins sobre os serviços prestados pela empresa PUPPIES TIME. Observa que sendo a empresa Puppies de menor porte e em função da forma de atuação da IMS, que preza que os parceiros possuam uma relação de confiança e participem de programas de qualidade da empresa, a proximidade das empresas constatada pela fiscalização (sócia ser ex-funcionária, uso de orientações e memorandos da IMS, uso de papel timbrado, bens em nome de IMS, comprovante de pagamento de seguro de Puppies encaminhado por IMS, entre outros fatos constatados) seria natural, nada caracterizando irregularidade. Sobre a assistência de saúde da Unimed contratada por Puppies, na qual figura

como representante autorizado um sócio-administrador da IMS, a empresa esclarece que ocorreu apenas um equívoco. Junta notas fiscais de remessa de mercadorias, entre as empresas, contrato de locação, inventário de material de embalagem e documentação relativa ao contrato de seguro com a empresa Frankfurt. Requer, por fim, que seja reformada a Decisão para reconhecer a procedência do pedido em relação aos itens abordados.

Cumpra registrar que das Ações Fiscais realizadas, em decorrência dos mesmos fatos aqui abordados, resultaram glosas em outros processos e lançamentos de ofício em relação a valores já ressarcidos referentes a outros períodos de apuração.

Na decisão de primeira instância, proferida na Sessão de Julgamento de 23/10/2009, a 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre (RS) indeferiu a solicitação da ora Recorrente, conforme Acórdão nº 10-21.427 (fls. 535/536):

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/04/2005 a 30/06/2005

Ementa: COFINS NÃO CUMULATIVA — Corretas as glosas relativas aos créditos que a interessada se utilizou provenientes de serviços de industrialização prestados por estabelecimento industrial da própria fiscalizada, dissimulado como outra pessoa jurídica. Mantidas as glosas não contestadas pela interessada.

Solicitação Indeferida

A Recorrente foi cientificada do teor do referido acórdão em 17/03/2010 (fl.540), tendo protocolado seu recurso voluntário em 15/04/2008 (fls. 541/551), que, em síntese, reitera os argumentos da sua manifestação de inconformidade.

Na forma regimental, o processo digitalizado foi distribuído e, posteriormente, encaminhado a este Conselheiro Relator em 27/08/2010.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Daniel Mariz Gudiño

Por atender aos pressupostos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 1972, CONHEÇO o recurso voluntário e passo a analisá-lo.

O referido recurso ataca a glosa do crédito de COFINS decorrente da contratação de mão-de-obra terceirizada para processo de industrialização. Sobre esse aspecto, entendo que a questão merece muita cautela. Com efeito, a glosa dos créditos oriundos das despesas de contratação de mão-de-obra terceirizada teve por base a premissa de que a Recorrente agiu dissimuladamente para reduzir a sua carga tributária. Tal premissa, segundo o juízo *a quo*, foi devidamente comprovada pela fiscalização, e, portanto, a glosa foi mantida.

Inicialmente, é importante consignar que o emprego de dolo, fraude ou simulação em matéria tributária configura hipótese de evasão fiscal, e não de elisão fiscal. A distinção básica entre esses dois institutos é que a evasão é empreendida por meios ilícitos, enquanto a elisão é empreendida por meios lícitos.

Configurada hipótese de evasão, a autoridade fiscalizadora deve proceder à lavratura de auto de infração, acrescida de multa qualificada e acompanhada de representação fiscal para fins penais, uma vez que evasão é crime contra ordem tributária capitulado na Lei nº 8.137 de 1990.

Já a elisão, se empreendida com abuso de forma, abuso de direito, negócio jurídico indireto, entre outras figuras afins, permitiria à autoridade fiscalizadora desqualificar o negócio jurídico praticado pelo contribuinte para alcançar os efeitos tributários do negócio jurídico dissimulado. Entretanto, o fundamento legal para essa desqualificação é o art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, que é norma de eficácia limitada, ou seja, a sua aplicação é condicionada à regulamentação posterior (fato que, nesse particular, ainda não há).

Segundo a autoridade fiscalizadora, a Recorrente teria forjado a contratação de uma pessoa jurídica independente, que, em verdade, seria um estabelecimento próprio, o que inviabilizaria a tomada de créditos de COFINS na sistemática não-cumulativa dessas contribuições. Desse modo, desconsiderou a personalidade jurídica da empresa Puppies Time Ltda., glosando os referidos créditos.

Na minha visão, a questão central em discussão é a seguinte: a Recorrente empreendeu evasão por ter simulado a contratação da empresa Puppies Time Ltda. ou elisão por ter reestruturado as suas atividades com o propósito de reduzir o seu custo de produção?

Simular é mentir sobre algo, fazendo-o parecer algo que não é. No caso concreto, a Recorrente realmente contratou uma empresa regularmente constituída para realizar uma etapa do processo de industrialização dos seus produtos, sendo que em momento algum a Recorrente alegou fazer outra coisa. Desse modo, não há mentira, e, portanto, simulação. Haveria simulação se a Recorrente emitisse notas fiscais de prestação de serviço de uma empresa fantasma para gerar créditos de COFINS. Também haveria simulação se os serviços que foram contratados não fossem efetivamente prestados, caso em que não poderia haver o creditamento de COFINS. Nenhuma dessas hipóteses se verificou, entretanto.

Convém consignar que a jurisprudência deste Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais evoluiu no trato do assunto, pois até bem pouco tempo atrás a verificação da licitude do planejamento tributário limitava-se ao aspecto formal dos atos e negócios jurídicos praticados pelo contribuinte, sendo certo que atualmente é necessário ir além, analisando-se a substância econômica dos atos e negócios jurídicos efetivamente praticados pelo contribuinte. Vejamos:

SIMULAÇÃO - A simulação se caracteriza pela divergência entre a exteriorização e a vontade, isto é, são praticados determinados atos formalmente, enquanto subjetivamente, os que

se praticam são outros. Assim, na simulação, os atos exteriorizados são sempre desejados pelas partes, mas apenas no aspecto formal, pois, na realidade, o ato praticado é outro.

(Acórdão nº 104-23.129, Rel. Cons. Heloisa Guarita Souza, Sessão de 23.04.2008)

.....

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
Exercício: 2005 Ementa: DESPESAS COM ÁGIO. CARACTERIZADA SIMULAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. PROVAS. É indedutível as despesas com ágio quando provado nos autos que as mesmas foram levadas a efeito a partir da prática de simulação através de negócio jurídico que aparenta transferir direitos a pessoa diversa daquela à qual realmente se transmitem. SIMULAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. O fato dos atos societários terem sido formalmente praticados, com registro nos órgãos competentes, escrituração contábil, etc. não retira a possibilidade da operação em causa se enquadrar como simulação, isso porque faz parte da natureza da simulação o envolvimento de atos jurídicos lícitos. Afinal, simulação é a desconformidade, consciente e pactuada entre as partes que realizam determinado negócio jurídico, entre o negócio efetivamente praticado e os atos formais (lícitos) de declaração de vontade. Não é razoável esperar que alguém tente dissimular um negócio jurídico dando-lhe a aparência de um outro ilícito. GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS - DESNECESSIDADE. A tão só coexistência, com aplicações financeiras remuneradas a taxas inferiores, de empréstimos tomados a pessoas relacionadas não autoriza a inferência de serem desnecessárias as despesas havidas com estes empréstimos. RESERVA DE REAVALIAÇÃO. REALIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA. A entrega de bens em pagamento do valor do capital subscrito, fato permutativo que é, não implica em realização da reserva de reavaliação. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA - SIMULAÇÃO - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - A prática da simulação com o propósito de dissimular, no todo ou em parte, a ocorrência do fato gerador do imposto caracteriza a hipótese de qualificação da multa de ofício, nos termos do art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996. Publicado no D.O.U. nº 141 de 24/07/2008.*

(Acórdão nº 103-23.441, Redator Designado Cons. Antonio Bezerra Neto, Sessão de 17.04.2008)

.....

NULIDADE DO LANÇAMENTO - INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE LANÇADORA - INOCORRÊNCIA - O Auditor Fiscal da Receita Federal é servidor competente para proceder a lançamento de ofício de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal - SRF, em nome desta. Não há falar em nulidade do lançamento quando a autuação foi feita por servidor competente e com a estrita observância da legislação tributária. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - NULIDADE -

INOCORRÊNCIA. Não há falar em nulidade da decisão de primeira instância quando esta atende aos requisitos formais previstos no art. 31 do Decreto n.º 70.235, de 1972.

SIMULAÇÃO - SUBSTÂNCIA DOS ATOS - Não se verifica a simulação quando os atos praticados são lícitos e sua exteriorização revela coerência com os institutos de direito privado adotados, assumindo o contribuinte as conseqüências e ônus das formas jurídicas por ele escolhidas, ainda que motivado pelo objetivo de economia de imposto. *SIMULAÇÃO - NEXO DE CAUSALIDADE - A caracterização da simulação demanda demonstração de nexo de causalidade entre o intuito simulatório e a subtração de imposto dele decorrente. SIMULAÇÃO - EFEITOS DA DESCONSIDERAÇÃO - O lançamento, na hipótese de simulação relativa, deve considerar a realidade subjacente em todos os seus aspectos, com adequada consideração do sujeito passivo que praticou os atos que a conformam. Preliminares rejeitadas. Recurso provido.*

(Acórdão n.º104-21.729, Redator Designado Cons. Gustavo Lian Haddad, Sessão de 26.07.2006)

Ora, a Recorrente reconhece que reestruturou suas atividades de forma a reduzir custos, passando a contratar empresa cuja sócia era sua ex-funcionária e que efetivamente lhe prestava serviços. Além disso, como era a principal cliente da Puppies Time Ltda. (a Recorrente não era sua cliente exclusiva), reconhece que possuía ingerência sobre as atividades dessa empresa.

Ocorre que isso, por si só, ainda não permite que a autoridade fiscalizadora desqualifique o negócio jurídico realizado entre as empresas, de modo a glosar as despesas incorridas pela Recorrente que originaram os seus créditos de COFINS. Para tanto, deveria provar que a relação entre a Recorrente e a Puppies Time Ltda. era meramente formal, sem substância econômica. Em outras palavras, a circunstância de que a Recorrente possuir ingerência sobre a Puppies Time Ltda. é totalmente irrelevante para revelar a falta de substância econômica nessa relação comercial.

Impõe-se ressaltar que o critério da ingerência administrativa é totalmente alheio à legislação de regência da COFINS não cumulativa, uma vez que o art. 3º, II, da Lei n.º 10.833 de 2003, não faz qualquer restrição relacionada à qualidade do prestador dos serviços ou da sua relação comercial com o tomador. Tanto é assim que uma matriz pode contratar a sua subsidiária para prestar serviços, e vice-versa, sem que isso lhes impeça de tomarem crédito de COFINS, nos termos da legislação citada. A questão que se faz pertinente nesse caso é a adequação dos preços praticados aos padrões de mercado, mas a legislação de regência é omissa nesse aspecto.

Convém mencionar, por fim, que se o legislador ordinário tivesse a intenção de evitar esse tipo de reestruturação operacional, ele deveria ter estabelecido vedação similar ao creditamento da locação ou arrendamento de bens que já tenham integrado o ativo permanente da empresa locatária ou arrendatária. Vejamos:

Lei n.º 10.833 de 2003

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

V - aluguéis de prédios, máquinas e equipamentos, pagos a pessoa jurídica, utilizados nas atividades da empresa;

(...)

Lei nº 10.865 de 2004

Art. 31. (...)

§ 3º É também vedado, a partir da data a que se refere o caput, o crédito relativo a aluguel e contraprestação de arrendamento mercantil de bens que já tenham integrado o patrimônio da pessoa jurídica.

Ante a falta de indícios suficientes que respaldem a desconsideração da personalidade da Puppies Time Ltda. e a inexistência de vedação legal ao planejamento tributário empreendido pela Recorrente, voto por DAR PROVIMENTO ao presente recurso voluntário, de modo a afastar a glosa dos créditos decorrentes da contratação da empresa Puppies Time Ltda. para o processo de embalagem dos produtos da Recorrente.

É como voto.

Daniel Mariz Gudiño - Relator