



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11065.100368/2009-85
Recurso Voluntário
Resolução nº **3302-002.070 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 23 de novembro de 2021
Assunto DILIGÊNCIA
Recorrente HENRICH & CIA LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Vinícius Guimarães - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Vinícius Guimarães, Walker Araujo, Jorge Lima Abud, Jose Renato Pereira de Deus, Larissa Nunes Girard, Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green e Gilson Macedo Rosenburg Filho (Presidente).

Relatório

O presente processo versa sobre pedido de ressarcimento cumulado com declaração de compensação, no qual o sujeito passivo indica, como origem do direito creditório saldo credor de contribuição social não-cumulativa.

Em análise fiscal, a autoridade tributária entendeu que parte dos créditos pleiteados era indevida, tendo reconhecido apenas parcialmente o direito creditório.

A glosa fiscal fundou-se, em síntese, na constatação fiscal de irregularidades na prestação de serviços realizados por terceiros, os quais representariam, na ótica da fiscalização, simulação de terceirização de mão-de-obra – envolvendo as empresas Civitanova Indústria de Calçados Ltda., RHH Indústria de Calçados Ltda. e Indústria de Calçados Monte Bianco -, gerando créditos indevidos de insumos e redução indevida da tributação pelo SIMPLES.

Tais constatações de irregularidades seriam fruto de auditoria realizada no curso do processo administrativo fiscal n.º. 11065.001325/2009-18, no qual a fiscalização teria chegado à conclusão que as referidas empresas funcionariam como interpostas utilizadas pela autuada para contratar trabalhadores, também com reflexos na redução de encargos previdenciários.

Cientificado do despacho decisório, o sujeito passivo apresentou manifestação de inconformidade, trazendo as alegações a seguir enunciadas, extraídas do relatório do aresto recorrido:

(...) Nesta, alega que o fiscal autuante enquadrou como simulação a prestação dos serviços das empresas contratadas - Civitanova Ind. de Calçados Ltda, RHH Ind. de Calçados Ltda e Ind. de Calçados Monte.Bianco Ltda, com fundamentos nas constatações do processo administrativo 11065.001325/2009-18, desconsiderando a relação de emprego e jurídico tributária por suposta simulação na terceirização de atividades produtivas da litigante, baseando o seu entendimento em simples presunção, com argumentos fundados em análises superficiais, sem provar a efetiva ocorrência do fato jurídico tributário ou o procedimento do sujeito passivo que se configure como infração à legislação tributária.

NULIDADE E INCOMPETÊNCIA

Argumenta, inicialmente e de forma preliminar, que o processo administrativo (11065.001325/2009-18) que serviu para fundamentar as conclusões da Auditoria Fiscal, ainda se encontra em discussão administrativa, mas que não se encontraria nos autos em litígio prova dos pressupostos legais da relação empregatícia das empresas terceirizadas com a litigante, fazendo com que o relatório ficasse incompleto, acarretando o cerceamento de defesa. Agrega-se a este fato que a competência administrativa para o reconhecimento da existência de relação de emprego é do M.T.E - Ministério do Trabalho e, Emprego, através dos Auditores Fiscais do Trabalho, nos termos do art. 11 da Lei n.º 10.593, de 06/12/2012, sendo que a recente Lei n.º 11.941, de 27/05/2009 deu nova redação ao art. 26 da Lei n.º 8.212/91, ratificando o âmbito de atuação dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, não incluindo as relações de emprego, o mesmo sendo observado em relação ao disposto no parágrafo único do art. 626 da CLT - Consolidação da Leis do Trabalho, definindo que é ilegal a desconstituição do vínculo empregatício efetuada pela Auditora Fiscal da Receita Federal, ainda mais, de forma indireta, como fundamento para efetuar as glosas de crédito da contribuição.

Ademais, em se tratando de relações empregatícias, a competência para julgar passa a ser da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114, VI, da CF, motivo pelo qual a Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil, outra vez, extrapolou sua competência.

Afirma que no caso em tela tem-se uma terceirização lícita, até decisão transitada em julgado, pois não há ingerência da tomadora na atividade da prestadora, bem como o serviço realizado é atividade-meio e não atividade fim.

Fl. 3 da Resolução n.º 3302-002.070 - 3ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11065.100368/2009-85

PARENTESCO ENTRE SÓCIOS

Continuando sua defesa, a contribuinte ataca a constatação de parentesco entre os sócios das empresas, pois isto decorreria da relação familiar e de afetividade, que se estenderia para as relações profissionais, onde, por tradição, os conhecimentos do ofício são passados de pai para filho, não afetando a personalidade jurídica da pessoa jurídicas, que são diferentes das dos sócios.

Embora tenha havido, por algum tempo relação de parentesco entre as empresas terceirizadas (prestadoras/fornecedoras de serviços), este fato não afetaria a personalidade jurídica, regularmente registradas, não sendo elemento suficiente para configuração de simulação/constituição irregular de empresas, já que não há nenhuma ilegalidade, sendo livre a iniciativa da atividade econômica, nos termos do art. 170 da CF.

Além disso, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa somente pode ocorrer quando existe abuso por parte da empresa, objetivamente provado, já que existe autonomia entre o patrimônio das pessoas físicas e jurídicas, segundo entendimento jurisprudencial.

ESTABELECIMENTOS EM MESMO ENDEREÇO - RELAÇÃO JURÍDICA EMPREGATÍCIA

No pertinente à constatação de que no estabelecimento da contribuinte estarem sendo realizadas as atividades de empresas terceirizadas/prestadoras de serviço, esta argumenta que usa, para a maioria do serviço de beneficiamento, da mão-de-obra das empresas onde ocorrem os serviços terceirizados. Todavia, tal fato não condiz com a afirmação da Autoridade Fiscal de que "em tese" as empresas prestadoras de serviços/terceirizadas não teriam personalidade jurídica, sendo uma extensão da litigante, pois estão em espaços separados e cada uma possui personalidade jurídica própria.

Transcreve excertos de decisão proferida pelo Conselho de Contribuintes (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF) em decisão de 23/01/2008, que decide pela inexistência de simulação para o desmembramento das atividades com o objetivo de racionalizar as operações e diminuir a carga tributária.

As empresas estariam próximas umas das outras (a contribuinte litigante e as terceirizadas/prestadoras de serviço) por uma questão de logística, para redução de custos, mas mantendo sua independência de funcionamento, sendo que as terceirizadas RHH Indústria de Calçados Ltda e Indústria de Calçados Monte Bianco Ltda, estão estabelecidas em Santa Maria do Herval, cidade diferente da litigante (Dois Irmãos)

Além disso, em relação aos fatos apurados contra a contribuinte, esta informa que possui em torno de 1400 empregos diretos; que a filial que estaria funcionando no mesmo endereço de uma das terceirizadas - Civitanova - está desativada e que nunca coexistiu com a prestadora de serviço; nega que as terceirizadas RHH e Monte Bianco sejam duas empresas funcionando no mesmo prédio, fazendo analogia com o planejamento logístico da General Motors do Brasil - GMB em relação às sistemistas; salienta que o Relatório Fiscal em momento algum relata o cotidiano da relação empregatícia, à luz do princípio da primazia da realidade, a fim de configurar a suposta situação fática aduzida. E para a ocorrência ou não da relação de emprego, deve-se analisar um conjunto de requisitos, de forma pontual e realista, quais sejam: não eventualidade, subordinação e pagamento de remuneração. Ao mesmo tempo, devem ser analisados os requisitos pertinentes às empresas terceirizadas, quais sejam: exercício de atividade de apoio e não subordinação dos trabalhadores cedidos.

Afirma que no caso, ainda que se admita a legitimidade da auditora fiscal para desconsiderar a relação de emprego, ainda assim a ilustre fiscal deixou de demonstrar de forma fática qualquer vínculo de subordinação dos empregados das empresas terceirizadas perante a empresa Henrich (litigante).

TERCEIRIZADAS COM A MESMA CONTADORA

Na afirmação da Autoridade Fiscal de existência de duas empresas (Civitanova Indústria de Calçados Ltda e Indústria de Calçados Monte Bianco Ltda) terceirizadas/prestadoras de serviço com a mesma contadora serem um indício do esquema simulatório, a litigante alega que este fato não é proibido pela legislação, sendo livre a escolha de profissionais para a prestação de serviço, ainda mais de que estes tenham experiência no ramo de negócios do empregador. Observa ainda que o fato de terem a mesma contadora não faz com que as empresas terceirizadas/prestadoras de serviço percam sua personalidade jurídica e independência, nem há prova de nenhuma

Fl. 4 da Resolução n.º 3302-002.070 - 3ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 11065.100368/2009-85

irregularidade desta profissional, até porque a contribuinte/litigante não pode ser responsável por atos de terceiros, distintos de seus próprios atos.

MIGRAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS DA CONTRIBUINTE PARA TERCEIRIZADA
Continuando sua defesa, a contribuinte/litigante alega que a contratação de seus funcionários despedidos pela empresa terceirizada Civitanova Indústria de Calçados Ltda não apresenta nenhuma irregularidade, haja vista que os empregados despedidos podem escolher trabalhar na mesma área de atuação e em outra empresa próxima. Relata que sequer os funcionários das terceirizadas entendem ter a Henrich (litigante) qualquer responsabilidade, sequer no âmbito trabalhista, como pode ser observado na amostragem (uma ação de cada empresa) das reclamações trabalhistas interpostas anexas (Anexo 05).

INEXISTÊNCIA DE PATRIMÔNIO DAS TERCEIRIZADAS

Neste tópico, a litigante argumenta que seria uma razão vazia para fins da constatação da simulação, pois as empresas ligadas ao SIMPLES, em sua maioria, não dispõem de patrimônio. Por isso, a litigante faz questionamento como: se ausência de patrimônio das empresas no SIMPLES é um fenômeno geral e nacional, o Fisco fiscalizara, uma a uma, para desconsiderar suas operações e glosar os créditos das contribuições? Tal consideração seria necessária, levando em conta o princípio constitucional da isonomia e legalidade, ao qual a Autoridade Fiscal é submetida.

Então, considerando toda sua defesa, a contribuinte conclui que não há razões de fato nem de direito que dêem guarida à desconsideração da relação jurídica entre as prestadoras de serviço e a impugnante, pois as razões levantadas pela autoridade Fiscal fazem parte das técnicas industriais e comerciais do mundo contemporâneo, sendo as empresas juridicamente distintas, com personalidade jurídica própria: sócios, empregados, faturamentos, contabilidade, contadores distintos e domicílio. Por conseguinte, as empresas tidas com o fito de burlar o Fisco são pessoas jurídicas inconfundíveis e legalmente constituídas, sendo um direito do contribuinte, para fazer frente ao mercado externo, escolher entre as várias alternativas legais, a menos onerosa no planejamento de sua produção industrial, nos termos da doutrina.

Por fim, finalizando sua manifestação de inconformidade, a contribuinte/litigante solicita o ressarcimento imediato da parcela glosada, devidamente corrigida pela taxa SELIC.

O colegiado de primeira instância julgou improcedente a manifestação de inconformidade.

Inconformado, o sujeito passivo apresentou recurso voluntário, repisando as principais alegações trazidas em manifestação e sustentou, em síntese,

1. em preliminar, a impossibilidade de julgamento do presente processo antes do julgamento definitivo do processo administrativo n.º 11065.001325/2009-18;
2. no mérito, a legalidade e validade dos negócios realizados com as empresas terceirizadas e a legitimidade dos créditos postulados, contestando, em diversos tópicos - estabelecimentos em mesmo endereço, objeto social e grau de parentesco entre sócios das empresas, contadora semelhante para as empresas, migração de funcionários da recorrente para empresa terceirizada, inexistência de patrimônio das empresas terceirizadas, exclusividade, para com a recorrente, das atividades das terceirizadas e suposta dependência - as conclusões da fiscalização quanto à simulação nas operações de prestação de serviços.

Voto

Conselheiro Vinícius Guimarães, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os pressupostos e requisitos de admissibilidade para julgamento por esta Turma.

Fl. 5 da Resolução n.º 3302-002.070 - 3ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 11065.100368/2009-85

Como visto, o litígio versa sobre pedido de ressarcimento de créditos de contribuição social não-cumulativa, os quais foram reconhecidos apenas em parte pela autoridade tributária, uma vez que, no entender da fiscalização, parte dos créditos postulados estavam vinculados a prestações de serviço simuladas, realizadas entre a recorrente e as empresas Civitanova Indústria de Calçados Ltda, Indústria de Calçados Monte Bianco Ltda e RHH Indústria de Calçados Ltda.

Da leitura do relatório fiscal que embasou o despacho decisório, observa-se que a glosa fiscal se deu, essencialmente, pela constatação, por parte da autoridade administrativa, de que as operações entre a recorrente e as empresas terceirizadas eram simuladas e os serviços de industrialização por encomenda prestados eram, na realidade, custos relativos à própria folha de pagamento da recorrente.

No referido relatório fiscal, verifica-se que as conclusões fiscais se assentam na investigação de diversas facetas das operações, funcionamento e características das empresas envolvidas, abarcando, por exemplo, a análise do grau de parentesco entre os sócios da recorrente e de seus fornecedores, do local onde os fornecedores desenvolvem suas atividades, do fluxo de funcionários entre as empresas, da emissão de documentos fiscais, do patrimônio dos fornecedores, de sua cadeia produtiva e dos equipamentos utilizados para a produção, das vendas exclusivas e da dependência financeira dos fornecedores para com a recorrente.

Em seu recurso voluntário, o sujeito passivo traz elaborada defesa para rechaçar as conclusões da fiscalização, estruturando sua argumentação em tópicos onde procura refutar o entendimento consolidado na decisão administrativa, discorrendo, em síntese, sobre a incompetência e não comprovação da relação de emprego entre a recorrente e as prestadoras de serviço, o grau de parentesco entre seus sócios e fornecedores, o estabelecimentos em mesmo endereço, a identidade de contadora para as empresas, a migração de funcionários para empresa terceirizada, a inexistência de patrimônio das empresas terceirizadas, a exclusividade, para com a recorrente, das atividades das terceirizadas, entre outros pontos.

O referido relatório fiscal que fundamenta o despacho decisório deste processo toma como referência as conclusões fiscais consignadas no RELATÓRIO FISCAL DO AUTO DE INFRAÇÃO – AI DEBCAD No. 37.189.7912 – PROCESSO 11065.001325/2009-18, incluído no presente processo, e os documentos anexos àquele relatório.

Ocorre que os documentos constantes do ANEXO DOCUMENTOS DE PROVA, vinculados ao relatório fiscal do processo n.º. 11065.001325/2009-18 – todos de conhecimento da recorrente e das empresas terceirizadas -, não foram juntados neste processo, fato que restringe a análise plena dos fatos.

Assim, voto por converter o processo em diligência para que a autoridade competente da unidade de origem proceda à juntada do ANEXO DOCUMENTOS DE PROVA, anexo ao relatório fiscal constante do processo 11065.001325/2009-18, dando ciência ao sujeito passivo desta Resolução e, ao final, do resultado desta diligência, abrindo-lhe o prazo previsto no Parágrafo Único do art. 35 do Decreto n.º. 7.574/11.

(documento assinado digitalmente)

Vinícius Guimarães