



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

Processo nº 11065.724154/2011-13
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2301-004.023 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de maio de 2014
Matéria AFERIÇÃO INDIRETA
Recorrente POLYU POLIURETANOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DESCARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO PACTUADO. CONDIÇÕES. AUSÊNCIA.

Se o Fisco constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições do segurado empregado deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado.

As condições do segurado empregado, que devem ser demonstradas pelo Fisco para a desconsideração do vínculo pactuado são a pessoalidade, a subordinação, a onerosidade, a não eventualidade.

No presente caso, não foram demonstradas as condições da relação de emprego, motivo do provimento do recurso.

NORMAS GERAIS. MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA.

Nos casos de lançamento de ofício deve ser aplicada a multa de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte.

O percentual de multa 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.

A fim de qualificar a multa nos lançamentos de ofício, duplicando-a, cabe ao Fisco, subsumir o fato verificado nos sujeitos passivos ao disposto nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, em obediência ao devido processo legal.

No presente caso, a subsunção não foi feita, motivo da retirada da qualificação da multa, com seu percentual sendo mantido em setenta e cinco por cento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por voto de qualidade: a) em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Redator. Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros, Adriano Gonzáles Silvério e Mauro José Silva, que votaram em negar provimento ao recurso; II) Por maioria de votos: a) em desqualificar a multa de ofício, nos termos do voto do Redator. Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Mauro José Silva, que votaram em manter a qualificação da multa.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira

Presidente e Redator

(assinado digitalmente)

Bernadete De Oliveira Barros

Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCELO OLIVEIRA (Presidente), WILSON ANTONIO DE SOUZA CORREA, BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, MAURO JOSE SILVA, ADRIANO GONZALES SILVÉRIO.

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa e à destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (DEBCAD nº 51.006.067-6), e aos Terceiros (DEBCAD nº 51.006.068-4)

Conforme Relatório Fiscal, o fato gerador da contribuição lançada, é o pagamento de remuneração dos empregados e contribuintes individuais da empresa ISOTEC INDÚSTRIA DE COMPONENTES PARA CALÇADOS LTDA, considerados pela fiscalização como segurados da empresa autuada, apurada por aferição indireta.

A autoridade lançadora expõe os motivos pelos quais entende que a empresa ISOTEC foi criada pela autuada com a finalidade de registrar empregados em seu nome, aderir ao regime tributário do SIMPLES, e de se aproveitar indevidamente dos benefícios previstos no referido Sistema.

Observa que a atividade preponderante das duas empresas é a mesma, e que ambas se localizam na mesma rua, funcionando uma ao lado da outra, e os dois imóveis constam de um mesmo contrato de locação, sendo que a responsabilidade pela locação do imóvel de funcionamento da ISOTEC é da POLYU.

Ainda conforme relato fiscal, a sócia da ISOTEC, Sra Marilize, era empregada da POLYU até pouco antes da criação da ISOTEC, e a outra sócia, Sra Cínara, incluída no quadro societário a partir de 07/2006, se declarava como isenta do IRPF nos anos anteriores, o que revela pouco ou nenhum rendimento durante 2004 e 2005, situação incompatível com a aquisição de 95% do capital social da ISOTEC, empresa que possui uma Receita Média Anual de, em média, R\$2.000.000,00, no período de 2006 a 2010.

Elabora quadros para demonstrar a migração de funcionários da POLYU para a empresa optante do SIMPLES, informando que, enquanto a empresa autuada manteve uma evolução ascendente de suas receitas, houve ao mesmo tempo um declínio gradual em seus custos com mão de obra, e elevação contínua e expressiva de custos com mão de obra terceirizada.

O agente autuante informa que, em 2010, a prestação de serviços à POLYU representa 97% da receita de beneficiamento da ISOTEC, o que deixa claro que sua receita provém quase em sua totalidade da industrialização por encomenda prestada à autuada.

Esclarece, ainda, que as duas empresas possuem idêntica estruturação contábil, e que a ISOTEC não possui máquinas e equipamentos registrados em sua contabilidade, o que é incomum para uma empresa cuja atividade principal é industrialização por encomenda.

Conclui que a existência da empresa ISOTEC objetiva reduzir a tributação a que estaria sujeita a POLYU, configurando uma simulação tendente a reduzir as contribuições previdenciárias devidas pela autuada.

Informa que foi aplicada a multa prevista no inciso I, do art. 44, da Lei 9.430/96, sendo a mesma qualificada, passando a 150%, devido aos elementos de fato e de direito expostos.

A recorrente apresentou uma defesa para cada Debcad e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 10-39.758, da 6ª Turma da DRJ/POA, julgou a impugnação improcedente, mantendo os créditos tributários.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso tempestivo, repetindo basicamente as alegações trazidas na impugnação.

Alega, em síntese, que:

Houve necessidade de demitir parte de seus funcionários, tendo em vista a queda acentuada do faturamento da Polyu, o que é ato totalmente contrário à ilação fiscal de transferência de empregados para a Isotec, e o acórdão recorrido não levou em conta a informação trazida pela recorrente sobre a falência de muitas empresas do setor.

A Polyu possuía 131 funcionários, dos quais 93 foram demitidos, sendo que desses, apenas 41 foram admitidos pela Isotec, que também contratou mais 53 funcionários que nunca trabalharam na recorrente, o que demonstra que não houve migração premeditada de mão-de-obra, sendo a contratação natural, pois a mão de obra mais experiente é valorizada.

Não há qualquer irregularidade na sublocação, pela recorrente, do imóvel que abriga a empresa Isotec, pelo valor de R\$5.000,00, pois tal operação rende um lucro bruto à Polyu de R\$2.387,50, exatamente porque não se trata de simulação, e sim de uma sublocação real e comum, como tantas outras, não havendo qualquer passagem interna entre as duas empresas.

A cláusula contratual que mantém a responsabilidade do locatário no caso é natural e necessária, e não permite deduzir qualquer relação de dependência e ligação entre as empresas, a ponto de caracterizar simulação, sendo que a proximidade geográfica existente decorreu da possibilidade de conciliar a necessidade que a Polyu tinha em sublocar parte ociosa do prédio, e a necessidade da Isotec de se instalar em um prédio com a metragem disponibilizada pela recorrente, além de essa proximidade proporcionar uma clara conveniência logística e de produção, reduzindo o custo de transporte de materiais.

Muitos de seus mais capacitados funcionários saíram da empresa e tornaram-se empresários de pequenas indústrias, visando prestar serviços de terceirização para empresas de PU, passando ser fundamental à Polyu terceirizar parte do processo produtivo de PU para empresas com capacitação técnica, produtividade e bom custo.

A recorrente cedeu à Isotec máquinas e equipamentos, por meio de contrato de comodato legalmente constituído que atendeu aos interesses das duas empresas, já que na Polyu o referido equipamento estava ocioso, exigindo manutenção e ocupando espaço físico, e sua venda não era uma hipótese viável, por causa da desvalorização do equipamento usado e pela conveniência de a Polyu ter essas máquinas em seu patrimônio, caso seja necessário reiniciar a fase de injeção internamente.

A existência do comodato, por si só, vantajoso para ambas as partes, não cria nem caracteriza qualquer relação de dependência ou ligação entre empresas, sendo que a Isotec utiliza o mesmo maquinário para a produção de injetados de PU para outros clientes, sem qualquer restrição.

Não há terceirização de atividade fim, como entendeu o acórdão recorrido, uma vez que o PU adquirido da empresa Isotec é posteriormente elaborado pela recorrente, para que se torne em um produto comercializável, inexistindo qualquer irregularidade na contratação da empresa Isotec pela recorrente.

Não há qualquer ligação entre os sócios das referidas empresas, sendo que a Sra Marilize foi funcionária da Polyu até 31/05/2005, quando foi demitida em razão das dificuldades financeiras da empresa, não havendo óbice para que ela seja uma empreendedora, assumindo os ônus e bônus da atividade empresarial, e somente após quatro meses de sua demissão tornou-se sócia de empresário com grande experiência no ramo.

Três outros ex-funcionários da Polyu também iniciaram novas empresas, tornando-se concorrentes ou fornecedores, e o fato de a Sra Cínara não ter declarado renda à Receita Federal nos dois anos antes de seu ingresso no quadro societário da Isotec em nada desabona e nem permite qualquer ilação ou presunção contra a Polyu, muito menos serve de prova da simulação, restando claro que a recorrente não tem qualquer ingerência sobre as empresas que lhe prestam serviços terceirizados.

A Isotec não foi fundada por empregados da Polyu, nem seus sócios são parentes entre si, devendo ser afastada a tese fiscal de unicidade entre as empresas, não podendo ser atribuído à recorrente contribuições previdenciárias de empregados da terceirizada.

A recorrente não tem obrigação de saber qual o regime de tributação de seus fornecedores, sendo ilegal condenar administrativamente a Polyu sem a existência de provas cabais de simulação e conluio entre ela e a Isotec, merecendo reforma o acórdão recorrido.

Não há ilegalidade no fato de a receita da Isotec advir do beneficiamento do PU para a recorrente, sendo comum a existência de empresas cuja receita advém em sua quase totalidade do fornecimento de produtos a um único cliente, não podendo a tomadora se manifestar sobre a receita da terceirizada, tendo em vista não possuir ingerência sobre a mesma.

A Isotec também presta serviços para outras empresas, de tal modo que sem relevância jurídica, para a responsabilização da Polyu, os dados de faturamento da terceirizada, não merecendo prosperar a tese fiscal, pois não há qualquer demonstração de simulação entre essas duas empresas.

A Isotec é prestadora de serviços e, por esse motivo, o custo de mão de obra sempre representará um percentual maior do que representa para a Polyu, que trabalha com beneficiamento da PU, não sendo lógico apenas fazer comparações matemáticas para vincular uma empresa a outra.

A Polyu conclui o beneficiamento do PU somente após processos de injeção, refilação, lixação e pintura, agregando valor ao produto final, de modo que a relação de mão de obra versus o faturamento é muito menor, diferente do que ocorre nas outras fases de produção

de responsabilidade das empresas terceirizadas, sendo improcedente o entendimento do acórdão recorrido ao considerar a existência de relação de dependência entre a recorrente e a Isotec, pois decorre da comparação entre duas empresas com propostas e objetivos incomparáveis entre si, tratando-se de argumento juridicamente incapaz de provar a ligação de dependência pretendida na tese fiscal.

O fato de as duas empresas possuírem mesma estruturação contábil, trata-se apenas de uma coincidência, pois ambas utilizam um dos maiores sistemas de gestão empresarial do sul do Brasil, utilizado por diversas empresas.

As provas constantes do processo administrativo demonstram inexistir qualquer tipo de simulação, sendo que as provas e a realidade fática deixam claro a total independência da recorrente em relação à Isotec ou a qualquer outra empresa.

A multa há que ser reduzida, vez que não há motivação para aplicação da multa qualificada, já que inexistiu qualquer ato ou prática que visasse a simulação, e a contratação de terceirizada não implica na caracterização de sonegação, fraude, conluio ou simulação.

Para que seja caracterizada a atitude do contribuinte como passível de multa qualificada, deve restar demonstrado que o mesmo agiu dolosamente, com intenção de fraude, o que não ocorreu por parte da recorrente Polyu que, ao contrário, matem sua escrituração fiscal rigorosamente em dia, como demonstram os documentos juntados aos autos.

A multa qualificada resultou da presunção ou suposição da Sra Auditora, pois não há indício que a recorrente tenha procedido de maneira a sonegar alguma informação, fraudar algum documento ou agir em conluio ou simulação.

Requer o acolhimento do recurso voluntário e a reforma do acórdão recorrido, com a desconstituição dos Autos de Infração e, caso não seja acolhido o pedido anterior, solicita a redução da multa para o mínimo legal.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Bernadete de Oliveira Barros

O recurso é tempestivo e não há óbice para o seu conhecimento.

Da análise do recurso apresentado, constata-se que a recorrente tenta demonstrar que inexistente qualquer tipo de simulação no procedimento de terceirização por ela adotado, alegando que as provas e a realidade fática deixam claro a total independência da recorrente em relação à Isotec ou a qualquer outra empresa.

Todavia, a autoridade autuante constatou em ação fiscal desenvolvida na empresa e demonstrou no relatório do AI foi a existência de uma simulação no procedimento de terceirização adotado pela autuada em relação às empresas Isotec.

Na definição de Clóvis Beviláqua, a simulação é uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado – 15ª Edição).

O Código Civil Brasileiro de 2002 traz, no § 1º, do art. 167, as hipóteses em que fica configurada a ocorrência de simulação:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados

E, conforme demonstrado nos autos, a situação verificada pela auditoria fiscal se enquadra perfeitamente no dispositivo legal transcrito acima.

Segundo Orlando Gomes, ocorre simulação quando em um negócio jurídico se verifica intencional divergência entre a vontade real e a vontade declarada, com o fim de enganar terceiro (Introdução ao Estudo do Direito – 7ª Edição).

E, de acordo com o art. 118, inciso I do CTN, a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos.

Assim, em respeito ao Princípio da Verdade Material e pelo poder-dever de buscar o ato efetivamente praticado pelas partes, a Administração, ao verificar a ocorrência de simulação, pode superar o negócio jurídico simulado para aplicar a lei tributária aos verdadeiros participantes do negócio.

Vale ressaltar, ainda, que a desconsideração da personalidade jurídica não é ato privativo do Poder Judiciário. Esse é o entendimento fixado na jurisprudência deste Conselho de Contribuintes e de nossos tribunais, conforme julgados cujos trechos transcrevo abaixo:

TRF 1ª Região - Apelação Cível 94.01.13621-1/MG DJ 12/04/2002

“Salienta-se ainda que é desnecessária qualquer declaração judicial prévia para anular os atos jurídicos entre as partes, já que seus reflexos tributários existem independentemente da validade jurídica dos atos praticados pelos contribuintes, nos termos do artigo 118, I, do Código Tributário Nacional.

Ademais, a questão central dos autos cinge-se à repercussão para os efeitos tributários do ato simulado, ou seja, de sua ineficácia para fins de dedução de tais prejuízos.

Uma vez comprovada que o sujeito passivo agiu com dolo, fraude ou simulação, como de fato o foi no caso em tela, a autoridade administrativa tem plenos poderes para efetuar a glosa da dedução de imposto ilegítimamente realizada pela Autora, nos termos do art. 149, inciso VII, do CTN...”

TRF 4ª Região - Apelação Em Mandado De Segurança nº 2003.04.01.058127-4 – Data da Decisão: 31/08/2005

PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ULTRA PETITA. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO DE RECEITAS. IMPOSTO DE RENDA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA.

(...)

3. A proposição de invalidade do procedimento fiscal não merece guarida, pois os elementos coligidos aos autos dão conta de que o Fisco procedeu à investigação e à fiscalização dentro dos limites da lei, não ocorrendo qualquer excesso violador de direito individual, garantindo-se à impetrante a ampla defesa e o contraditório, tanto na via administrativa, quanto na judicial.

4. Restando provados, à saciedade, os fatos que embasaram o lançamento tributário, bem como o dolo, a fraude e a simulação, é desnecessária a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, aplicando-se o art. 149, VII, do CTN.

Acórdão 107-08247– Sétima Câmara – 12/09/2005

IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA – OMISSÃO DE RECEITA – INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS – SIMULAÇÃO. Comprovado pela Fiscalização que a Recorrente utilizou-se de terceiro para omitir receita, fato este que não foi descaracterizado em qualquer momento por aquela, é de ser mantido o Lançamento de Ofício.

IRPJ – SIMULAÇÃO – MULTA AGRAVADA. Mantém-se a multa agravada se caracterizada a omissão de receita através de simulação.

Nesse sentido, cita-se o entendimento de Heleno Tôrres em sua obra *Direito Tributário e Direito Privado – Autonomia Privada, Simulação, Elusão Tributária* – Ed. Revista dos Tribunais – 2003 – pág. 371:

“Como é sabido, a Administração Tributária não tem nenhum interesse direto na desconstituição dos atos simulados, salvo para superar-lhes a forma, visando a alcançar a substância negocial, nas hipóteses de simulação absoluta. Para a Administração Tributária, como bem recorda Alberto Xavier, é despidiendo que tais atos sejam considerados válidos ou nulos, eficazes ou ineficazes nas relações privadas entre os simuladores, nas relações entre terceiros ou nas relações entre terceiros com interesses conflitantes. Eles são simplesmente inoponíveis à Administração, cabendo a esta o direito de superação, pelo regime de desconsideração do ato negocial, da personalidade jurídica ou da forma apresentada, quando em presença do respectivo “motivo” para o ato administrativo: o ato simulado”

Portanto, na presença de simulação, a auditoria fiscal tem o dever-poder de não permanecer inerte, pois tais negócios são inoponíveis ao fisco no exercício da atividade plenamente vinculada do lançamento, que no caso em tela encontra respaldo ainda no artigo 149, inciso VII do CTN que dispõe o seguinte:

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;

Restou demonstrado, pela fiscalização, que os expedientes utilizados pela recorrente tinham por objetivo simular negócio jurídico, no qual a intenção das partes é uma, a forma jurídica adotada é outra.

As transferências de empregados que ocorreram entre as duas empresas corrobora a afirmação da auditoria fiscal de que não existem vários, mas apenas um empreendimento industrial, ou seja, apenas uma empresa.

A recorrente alega que houve necessidade de demitir parte de seus funcionários, tendo em vista a queda acentuada do faturamento da Polyu, e que não houve migração premeditada de mão-de-obra, sendo a contratação natural, pois a mão de obra mais experiente é valorizada.

No entanto, 69 funcionários da Polyu foram demitidos em um dia, e contratados pela empresa Isotec no dia imediatamente seguinte ao da demissão. Entendo que tal fato não se configura em “contratação natural”, e reforça a convicção de que houve, sim, uma migração de empregados de uma empresa à outra.

O fato de a recorrente passar por dificuldades financeiras e haver falência de muitas empresas no setor não justifica o procedimento adotado pela recorrente, de simular uma situação de terceirização, ao criar uma outra empresa apenas para absorver parte de sua mão de obra especializada, aderir ao SIMPLES e se beneficiar indevidamente do referido sistema de tributação.

A recorrente continuou precisando dessa mão de obra especializada, que lhe prestou serviços por intermédio da Isotec, para atingir seus objetivos sociais

Outro elemento que reforça a convicção de que se trata de uma única empresa (matriz e filial), é o fato de a recorrente ser a locatária do imóvel onde funcionam, lado a lado, as duas empresas.

A autuada se defende argumentando que não há qualquer irregularidade na sublocação, pela recorrente, do imóvel que abriga a empresa Isotec, pelo valor de R\$5.000,00, pois tal operação rende um lucro bruto à Polyu de R\$2.387,50.

Entretanto não comprova o alegado.

O contrato de sublocação apresentado pela recorrente é anterior à própria locação, ou seja, a locação se deu em 12/2008 e a sublocação em 06/2007, além de não possuir testemunhas e de não ter sido registrado em cartório, fato esse não negado pela recorrente em sua peça recursal.

O fato de não haver qualquer passagem interna entre as duas empresas não afasta a acusação fiscal de que elas funcionam em imóveis dos quais a recorrente é a locatária e única responsável junto ao locador.

A fiscalização constatou, ainda, que a ISOTEC não possui máquinas e equipamentos registrados em sua contabilidade.

Verificou-se que o maquinário utilizado pela Isotec para beneficiar o produto que vende foram cedidos gratuitamente pela Polyu, em regime de comodato.

Ora, entendo que se a recorrente estava passando por dificuldades financeiras e tinha intenção de reduzir custos com a contratação de terceirizadas, conforme afirma, o lógico seria vender ou alugar suas máquinas e equipamentos, obtendo, dessa forma, mais uma fonte de renda, e não cedê-los sem ônus algum para a empresa Isotec, de forma que esta empresa também produzisse produtos a outras empresas.

Todos esses fatos, não negados pela recorrente, levam a crer que não havia dois, mas apenas um empreendimento.

Quanto ao quadro societário, a recorrente sustenta que a Isotec não foi fundada por empregados da Polyu, nem seus sócios são parentes entre si, devendo ser afastada a tese fiscal de unicidade entre as empresas, não podendo ser atribuído à recorrente contribuições previdenciárias de empregados da terceirizada.

De fato, os sócios não são parentes entre si e, isoladamente, essa situação não seria suficiente para caracterizar a simulação.

Ocorre que esse não foi o único motivo que levou a fiscalização a concluir que houve uma simulação no procedimento adotado pela recorrente.

Como exaustivamente exposto acima, vários foram os fatores que levaram à convicção de que não havia duas, mas sim uma única empresa.

Ademais, analisando o quadro societário, constata-se que, além de a sócia cotista da Isotec ter sido empregada da autuada até poucos meses antes da constituição da empresa, a outra sócia, que adquiriu 95% do capital da Isotec, se declarava se isenta, para o Imposto de Renda.

Ou seja, a outra sócia não possuía rendimentos antes de adquirir 95% das cotas da Isotec.

E isso, somado às outras constatações feitas pela fiscalização, expostas no Relatório Fiscal e devidamente comprovadas nos autos, nos levam à conclusão de que a Isotec é uma empresa de fachada, criada com o objetivo de ocultar o fato gerador da contribuição previdenciária de responsabilidade da Polyu.

Verificou-se, também, que a Isotec presta serviços quase que exclusivamente para a Polyu, já que 97% de sua receita com beneficiamento de PU advém da prestação de serviços à recorrente.

A autuada se defende asseverando que não há ilegalidade no fato de a receita da Isotec advir do beneficiamento do PU para a recorrente, sendo comum a existência de empresas cuja receita advém em sua quase totalidade do fornecimento de produtos a um único cliente.

Ocorre que esse cliente é o locatário do imóvel onde funciona a terceirizada, e cede, sem custo algum, todo o maquinário necessário para que essa terceirizada lhe preste serviços.

Ademais, esse cliente reduziu seu quadro funcional na mesma época em que a terceirizada iniciou suas atividades, sendo que muitos desses empregados foram demitidos pela cliente em um dia, e contratado pela prestadora no dia seguinte.

Dessa forma, entendo que não se trata de uma relação entre cliente e contratada, como quer fazer crer a autuada, e sim entre matriz e filial.

Relativamente à constatação fiscal de que a Isotec teve um custo de mão-de-obra correspondente a 57 e 62% de seu faturamento, enquanto a Polyu teve esse mesmo custo

correspondente a 5% do faturamento no mesmo período, a recorrente alega que, por ser a Isotec prestadora de serviços, o custo de mão de obra sempre representará um percentual maior do que representa para a Polyu, que trabalha com beneficiamento da PU, não sendo lógico apenas fazer comparações matemáticas para vincular uma empresa a outra.

Entretanto, a Isotec é uma indústria que, segundo afirmado pela própria recorrente, é responsável por uma etapa de industrialização do produto final da Polyu.

Assim, a Polyu depende, para atingir seus objetivos, que é o beneficiamento e venda do produto final, do trabalho prestado pelos empregados da Isotec.

Portanto, entendendo que houve uma contratação de empregados por meio de empresa interposta, o que é ilegal, nos termos do enunciado 331, do Tribunal Superior do Trabalho.

Nesse sentido, a empresa Polyu é contribuinte em relação aos fatos geradores relativos à remuneração auferida pelos empregados da empresa Isotec.

Ou seja, a Isotec foi criada com o único objetivo de deixar de recolher as contribuições sociais, sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados.

É fato notório que a terceirização é um procedimento legal, com vistas a um planejamento tributário lícito.

Entretanto, o que foi constatado na ação fiscal foi uma simulação nos serviços de terceirização, e isso não é lícito, não encontrando amparo legal.

E a fiscalização, cuja atividade é vinculada aos mandamentos legais, ao constatar a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária e aos terceiros e o não recolhimento das contribuições devidas, lavrou os competentes Autos, em observância aos normativos que regem o lançamento, vigentes à época.

Dessa forma, e por tudo que foi exposto no Relatório Fiscal e trazido aos autos, entendo que restou caracterizada a existência de uma única organização empresarial, envolvendo as duas empresas arroladas pela fiscalização, restando clara a relação de matriz-filial entre a recorrente e a empresas terceirizada.

A recorrente insurge-se ainda contra a qualificação da multa, entendendo que não ocorreu as hipóteses dos arts. 71, 72 e 73, da Lei 4.502/64, devendo, no caso da manutenção do auto, ser retificado o lançamento.

Entretanto, a fiscalização fundamentou a aplicação da multa qualificada nos referidos dispositivos legais, uma vez que restou comprovada a simulação, já que a conduta adotada pela recorrente foi no sentido de ocultar a ocorrência do fato gerador.

Nesse sentido, a Lei 8.212/91, na redação dada pela lei 11.941/2009, autoriza a utilização das multas e juros aplicados aos débitos lançados por meio dos AIs em tela.

Cabe destacar, ainda, que a atividade administrativa é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais. Nesse sentido, o ilustre jurista Alexandre de Moraes (curso de direito constitucional, 17ª ed. São Paulo. Editora Atlas 2004.314) colaciona valorosa lição: *“o tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente*

Processo nº 11065.724154/2011-13
Acórdão n.º **2301-004.023**

S2-C3T1
Fl. 177

poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de vontade subjetiva. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sem em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica”

Portanto, entendo que deverá ser mantida a multa tal como aplicada pela Autoridade Fiscal ao tempo do lançamento sob exame..

Nesse sentido e

Considerando tudo mais que dos autos consta,

Voto por CONHECER DO RECURSO e NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Bernadete de Oliveira Barros

Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Marcelo Oliveira, Redator designado.

Com todo respeito à excelsa relatora, a quem muito admiro, divirjo de sua conclusão sobre o mérito da questão e sobre a qualificação da multa.

Quanto ao mérito da questão, a fiscalização desconsiderou o vínculo previdenciário de segurados com a empresa que os contratou e os considerou como segurados empregados do sujeito passivo.

Para a fiscalização, as empresas construíram um esquema para reduzir sua carga tributária, com ingresso no Sistema Simples de Tributação.

A legislação previdenciária possui regra para a desconsideração de vínculos previdenciários.

Decreto 3.048/1999:

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.***

...

Art. 9º São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural a empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;

Portanto, a legislação determina que o Fisco desconsidere o vínculo pactuado e enquadre os segurados como segurados empregados, desde que se demonstre e comprove as condições do segurado empregado.

Essas condições são: subordinação jurídica, pessoalidade do empregado, não-eventualidade e onerosidade.

Pois bem, no relatório fiscal há vários informes sobre a interdependência entre as empresas citadas, mas não há demonstração das condições que caracterizam os segurados de uma empresa como de outra.

Assim sendo, deve ser dado provimento ao recurso, no mérito.

Quanto a qualificação da multa, é de destacar que a legislação só permite sua duplicação se forem comprovados os casos previstos a Lei 4.502/1964.

Lei 9.430/1996:

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

...

§ 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.

Lei 4.502/1964:

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.

Nas descrições do Fisco poderíamos, interpretando e acusando, subsumir condutas relatadas à legislação citada, mas iríamos de encontro ao devido processo legal, pois não nos cabe acusar, mas sim manter imparcialidade e decidir os casos presentes nos autos.

Portanto, como o Fisco não subsumiu as condutas relatadas ao disposto na Lei 4.502/1964, a multa deve ser desqualificada, retornando a seu percentual de setenta e cinco por cento.

CONCLUSÃO:

Em razão do exposto, voto em:

1. Dar provimento ao recurso do sujeito passivo, na questão de mérito, nos termos do voto;
2. dar provimento ao recurso do sujeito passivo, a fim de desqualificar a multa de ofício, a fim de que ela retorne ao percentual de setenta e cinco por cento, nos termos do voto.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira