



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13888.004348/2007-64
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-009.870 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de setembro de 2021
Recorrente POLYENKA LTDA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/10/2005 a 31/07/2006

INCONSTITUCIONALIDADE. DECLARAÇÃO. INCOMPETÊNCIA.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

INTIMAÇÃO DE ADVOGADO. SÚMULA CARF Nº 110.

No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao advogado do sujeito passivo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2005 a 31/07/2006

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. SIMULAÇÃO. LANÇAMENTO. COMPETÊNCIA.

O Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil é competente para constatar que contribuintes individuais foram remunerados mediante interposição fraudulenta de pessoas jurídicas e constituir as contribuições que reputar devidas, a fazer prevalecer a realidade dos fatos em detrimento de simulação havida.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. SIMULAÇÃO. LEI Nº 11.196, DE 2005.

O art. 129 da Lei nº 11.196, de 2005, não tem o condão de legalizar a fraude e a simulação, eis que pressupõe uma efetiva prestação de serviços intelectuais por sociedade regular e ainda que em caráter personalíssimo e com designação de obrigações a sócios.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. SIMULAÇÃO. ASSESSORIA.

A prestação de serviços que se confundem com a própria atividade a ser exercida enquanto presidente ou diretor da pessoa jurídica tomadora/contratante, ainda que formalmente qualificados como sendo de assessoria em gestão de negócios, em RH e finanças e nas áreas comercial e industrial, pela mesma pessoa física a cumular as posições jurídicas de sócio-gerente da pessoa jurídica tomadora/contratante e de sócio-gerente da pessoa jurídica prestadora/contratada e a ausência de pagamentos a título de pró-labore ao presidente e aos diretores da tomadora revela a ausência de um propósito

negocial lícito, sendo nítido o objetivo de fraudar a aplicação da legislação tributária e previdenciária.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. SÚMULA CARF Nº 4.

É válida a incidência sobre débitos tributários de juros de mora à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic).

PENALIDADES. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 449, DE 2008, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.941, DE 2009. RETROATIVIDADE BENIGNA. PORTARIA CONJUNTA PGFN/RFB Nº 14, DE 4 DE DEZEMBRO DE 2009.

Para efeito de aplicação da multa mais favorável ao autuado, com base na retroatividade da lei mais benéfica em matéria de penalidade no lançamento fiscal, a comparação deve ser empreendida no momento do pagamento ou do parcelamento do débito ou no momento do ajuizamento da execução fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário para determinar o recálculo da multa aplicada nos termos da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 14/2009, se mais benéfico para o sujeito passivo.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Rodrigo Lopes Araujo, Andrea Viana Arrais Egypto, Gustavo Faber de Azevedo, Rayd Santana Ferreira, Wilderson Botto (suplente convocado) e Miriam Denise Xavier.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 173/207) interposto em face de decisão (e-fls. 158/165) que julgou procedente o lançamento veiculado na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.142.650-2 (e-fls. 02/18), no valor total de R\$ 187.108,33 e competências 10/2005 a 07/2006, cientificada em 24/12/2007 (e-fls. 114). Do Relatório Fiscal (e-fls. 26/32), extrai-se:

(...) contribuições devidas à Previdência Social incidentes sobre a remuneração de contribuintes individuais - sócios-gerentes (diretores), correspondentes à contribuição dos segurados, não retida, prevista na Lei nº 10.666 de 08/05/03 em seu Art. 4º, e à contribuição da empresa, conforme disposto no Art. 22, III, da Lei nº 8.212 de 24/07/91. (...)

No período entre dezembro/2002 e janeiro/2003 cada um dos sócios-gerentes (diretores) constituiu uma pessoa jurídica e firmou contrato com a POLYENKA LTDA para a “prestação de serviços de gestão, diagnóstico empresarial e organização de eventos administrativos nas áreas financeira e administrativa, através de consultoria, assessoria e treinamento No período abrangido por esta notificação, de outubro/05 a julho/2006, a empresa remunerou seus sócios-gerentes somente através dessas pessoas jurídicas.

Na impugnação (e-fls. 121/144), em síntese, se alegou:

- (a) Tempestividade.
- (b) Incompetência e Nulidade. Desconsideração de pessoa jurídica e constituição de relação empregatícia.
- (c) Simulação.
- (d) Multa.
- (e) Selic.

A seguir, transcrevo do Acórdão de Impugnação (e-fls. 158/165):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2005 a 31/07/2006

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CARACTERIZAÇÃO DE CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS. PRÓ-LABORE. JUROS E MULTA DE MORA. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS. DILIGÊNCIA. PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

I - Verificada a prestação de serviços por segurados que preenchem os requisitos do art. 12, inciso V, alínea “f” da Lei 8.212/1991, não importando qual tenha sido a forma de contratação, é competente O Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil para lançar as contribuições devidas e incidentes sobre a remuneração paga.

II - Quando as contribuições previdenciárias não são recolhidas em época própria, cabem os acréscimos legais, calculados através do lançamento fiscal, em cumprimento das disposições legais informadas ao contribuinte na própria NFLD.

III - O momento para a produção de provas, no processo administrativo, é juntamente com a impugnação.

IV - Indeferem-se os pedidos de diligência e perícia quando estes se mostram prescindíveis.

O Acórdão de Impugnação foi cientificado em 01/08/2008 (e-fls. 167/168) e o recurso voluntário (e-fls. 173/207) interposto em 28/08/2008 (e-fls. 173), em síntese, alegando:

- (a) Tempestividade. O recurso é interposto tempestivamente.
- (b) Incompetência e Nulidade. Desconsideração de pessoa jurídica e constituição de relação empregatícia. Apesar de as pessoas jurídicas dos sócios-gerentes estarem formalmente constituídas, a fiscalização as desconsiderou pelo fato de a gerência da recorrente ser exercida de forma totalmente pessoal pelas pessoas físicas dos sócios-gerentes e não pelas pessoas jurídicas. Contudo, não há razão para se considerar as verbas pagas a título de prestação de serviços como pró-labore, uma vez que as empresas estavam regularmente

constituídas, fato não considerado pela decisão recorrida e que impossibilita a desconsideração da personalidade jurídica. Logo, a NFLD é nula e o Acórdão de Impugnação merece reforma, ainda mais quando se considera os arts. 129 da Lei n.º 11.196, de 2005, e 50 do Código Civil. Somente o Poder Judiciário pode desconsiderar a personalidade jurídica regularmente constituída (doutrina), o que não ocorreu. A decisão recorrida não apresentou qualquer ato normativo para alicerçar a afirmação de ser o agente fiscal competente para desconstituir personalidade jurídica. Além da desconsideração da personalidade jurídica, o agente fiscal reconheceu vínculo empregatício, violando frontalmente a tripartição dos poderes (Constituição, art. 2º). O fato de as empresas serem constituídas por outras pessoas retira o caráter pessoal da prestação de serviços. A fiscalização não contestou que nada impediria que tais pessoas sem vínculo com a recorrente prestassem os serviços intelectuais contratados, sendo ainda comum a terceirização ou subcontratação de serviços, caindo por terra a ilação de que a prestação teria sido pessoal por sócio da recorrente. O fato de se tratar de empresa familiar não é prova de simulação, uma vez que não há norma a impedir a contratação de outras empresas a ter por sócios os administradores da recorrente e seus familiares.

- (c) Simulação. Não há prova irrefutável da simulação imputada, incumbindo à fiscalização o ônus probatório (CNT, art. 142; e doutrina). Nem mesmo elementos a possibilitar presunção foram oferecidos pela fiscalização. Mesmo porque, os negócios efetivados constituem-se em atos jurídicos perfeitos, afastados de qualquer tipo de fraude por estarem as pessoas jurídicas devidamente constituídas e os negócios realizados dentro dos ditames legais. Não havendo qualquer prova, resta apenas o Relatório Fiscal e o lançamento padece de nulidade absoluta. Além disso, sem qualquer prova os valores lançados não refletem a realidade contábil da recorrente em violação aos princípios da verdade material e da legalidade (jurisprudência).
- (d) Ilegalidades e inconstitucionalidades. O Acórdão de Impugnação se limitou a alegar incompetência para dirimir ilegalidades e inconstitucionalidades, esquivando-se do dever de analisar as alegações do recorrente e de fazer valer o princípio da verdade material. Contudo, tal análise é possível em sede administrativa, devendo ser reconhecida a ilegalidade e inconstitucionalidade da utilização da taxa Selic, da base de cálculo adotada e da multa aplicada. Não se trata de declarar a inconstitucionalidade, mas de se afastar a cobrança de exações que não se coadunam com o texto constitucional, ou seja, de se deixar de aplicar a lei sem guarida constitucional. Logo, cabe ao presente Conselho apreciar a inconstitucionalidade das leis, eis que inerente ao exercício de seu ofício judicante.
- (e) Multa. O patamar da multa caracteriza efeito confiscatório e ofensa à capacidade contributiva, devendo ser afastada. Logo, a multa deve ser aplicada em conformidade com a Lei n.º 9.430, de 1996, à alíquota máxima de 20% em atendimento à isonomia.
- (f) Selic. A utilização da taxa Selic é ilegal e inconstitucional, devendo ser aplicado o disposto no art. 161, § 1º, do CTN.

(g) Intimação. Requer a intimação nas pessoas dos advogados, sob pena de nulidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Relator.

Admissibilidade. Diante da intimação em 01/08/2008 (e-fls. 167/168), o recurso interposto em 28/08/2008 (e-fls. 173) é tempestivo (Decreto n.º 70.235, de 1972, arts. 5º e 33). Preenchidos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento do recurso voluntário, estando a exigibilidade suspensa (CTN, art. 151, III).

Incompetência e Nulidade. Desconsideração de pessoa jurídica e constituição de relação empregatícia. Segundo o Relatório Fiscal (e-fls. 26/32): (1) cinco sócios-gerentes (presidente e diretores) da recorrente constituíram pessoas jurídicas contratadas pela recorrente para lhe prestar “serviços de gestão, diagnóstico empresarial e organização de eventos administrativos nas áreas financeira e administrativa, através de consultoria, assessoria e treinamento”, sendo que os sócios-gerentes (presidente e diretores) da recorrente também eram sócios-gerentes das pessoas jurídicas prestadoras de serviços e nada receberam da recorrente a título de remuneração; (2) o endereço das quatro prestadoras de serviço seria o próprio endereço da recorrente, sendo que para uma destas o endereço foi alterado para o endereço residencial do sócio nas notas fiscais das duas últimas competências do lançamento; (3) os atos de administração da recorrente não foram praticados pelas pessoas jurídicas, mas pelas pessoas físicas a se qualificar como sócios-gerentes da recorrente (por exemplo, Livro Diário); (4) a função de administração (sócio-gerente ou diretor) foi exercida pelas pessoas físicas e não pelas pessoas jurídicas dos sócios, conforme contrato social da recorrente e alterações. Diante disso, a fiscalização conclui que os valores pagos para as pessoas jurídicas dos sócios-gerentes/diretores devem ser considerados como pró-labore.

Logo, não houve caracterização de relação jurídica empregatícia, mas reclassificação dos valores pagos a título de prestação de serviços para pessoas jurídicas como pagamentos de pró-labore a quatro sócios-gerentes (diretores) da recorrente. Por conseguinte, afasta-se, de plano, a alegação de invasão da competência da Justiça do Trabalho.

Não houve também a descaracterização da personalidade jurídica a que se refere o art. 50 do Código Civil, eis que não se almeja atingir bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente por abuso de personalidade jurídica.

Ao mencionar a descaracterização da personalidade jurídica, o Relatório Fiscal foi claro no sentido de não se estar a desconstituir as pessoas jurídicas, mas sim a se considerar sua interposição fraudulenta como ineficaz no que diz respeito à caracterização da contribuição previdenciária (e-fls. 28).

A fiscalização é competente para constatar que contribuintes individuais foram remunerados mediante interposição fraudulenta de pessoas jurídicas e constituir as contribuições que reputar devidas, a fazer prevalecer a realidade dos fatos em detrimento de simulação havida (CTN, arts. 142 e 149, VII; Lei n.º 8.212, de 1991, art. 33; Lei n.º 11.457, de 2007, arts. 2º e 3º; e Lei n.º 10.593, de 2002, art. 6º, I, *a*).

O exercício da competência de constituir de ofício o crédito tributário não se confunde com invasão da competência do Poder Judiciário e nem viola a tripartição dos poderes, sendo assegurado pelo ordenamento jurídico o direito de o contribuinte impugnar o lançamento fiscal tanto na administrativa como na esfera judicial (Constituição, art. 5º, LIV e LV; e Decreto n.º 70.235, de 1972).

O fato de o Acórdão de Impugnação não ter citado todos os dispositivos legais a lastrear a competência da autoridade lançadora para efetuar o lançamento, tendo apenas mencionado haver atribuição legal do poder-dever de tributar e invocado os arts. 142 e 149, VII, do CTN (e-fls. 162/163), não a torna nula, eis que não se vislumbra qualquer prejuízo ao exercício do direito de recorrer ou aos princípios da ampla defesa, do contraditório ou do devido processo legal.

Além disso, a fiscalização já especificara expressamente os arts. 2º e 3º da Lei n.º 11.457, de 2007, citados na folha de rosto da NFLD (e-fls. 02) e, dentre outros dispositivos, no tópico “041 – ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAR, ARRECADAR E COBRAR” no FLD – FUNDAMENTOS LEGAIS DO DÉBITO (e-fls. 13).

O art. 129 da Lei n.º 11.196, de 2005, não tem o condão de legalizar a fraude e a simulação, eis que pressupõe uma efetiva prestação de serviços intelectuais por sociedade regular e ainda que em caráter personalíssimo e com designação de obrigações a sócios. O simples fato de as empresas prestadoras de serviços estarem formalmente constituídas não enseja nulidade ao lançamento.

Diz respeito ao mérito a apreciação das alegações de a prestação de serviços não ter sido pessoal e de os elementos colhidos pela fiscalização não serem suficientes para alicerçar o lançamento de ofício tal como empreendido. Logo, os argumentos em questão serão apreciados no próximo tópico.

Rejeitam-se, destarte, as preliminares de incompetência e de nulidade.

Simulação. Segundo a recorrente, a constatação de sua gerência ter sido exercida de pelas pessoas físicas dos sócios-gerentes não significa que as verbas pagas a título de prestação de serviços para as pessoas jurídicas dos sócios devam ser consideradas como pró-labore, pois as pessoas jurídicas por eles constituídas estavam devidamente formalizadas e a prestação de serviços poderia ter sido executada pelos sócios-quotistas das terceirizadas ou mediante subcontratação de terceiros, a descaracterizar prestação de serviços pessoal pelas pessoas físicas como uma prestação de serviços em caráter pessoal, ainda que a recorrente fosse uma empresa familiar. Além disso, argumenta não ter a fiscalização apresentado prova irrefutável da simulação imputada, não tendo o mero relato constante do Relatório Fiscal o condão de afastar o ônus probatório; e, na falta de prova, os valores apurados não refletiriam a realidade contábil em detrimento dos princípios da verdade material e da legalidade.

A fiscalização carrou aos autos alterações contratuais da recorrente/tomadora a evidenciar o Sr. Jörg Dieter Albrecht como presidente e os Srs. Tomás Lomonaco Neto, José Milton de Souza, Heleo Bon e Octavio Pedro de Oliveira Neto como diretores (e-fls. 38/41 e 85/111) e notas fiscais de prestação de serviços das empresas prestadoras por eles constituídas a revelar prestações de serviços de “assessoria em gestão de negócios”, “assessoria em RH”, “assessoria na área comercial”, “assessoria em finanças” e “assessoria na área industrial” (e-fls. 42/83). Além disso, juntou as telas de e-fls. 33/37, a demonstrar que presidente e diretores da autuada eram também sócios-gerentes das prestadoras dos serviços de assessoria, serviços estes que se confundem com as atividades de presidente/diretor.

Nesse ponto, destaco que a argumentação da recorrente não nega a prestação de serviços pelas pessoas físicas, centrando-se em sustentar que sua atuação junto à recorrente se daria de modo impessoal enquanto presentantes das pessoas jurídicas prestadoras de serviços por eles constituídas e contratadas pela empresa tomadora por eles igualmente apresentada.

Pelas notas fiscais de prestação de serviços, a fiscalização evidenciou ainda que a sede de quatro das prestadoras de serviços se confundia com a própria sede da recorrente, salvo em duas competências para uma destas prestadoras em que o endereço indicado é o mesmo do sócio-gerente constante do Sistema de Arrecadação (e-fls. 36, 76 e 83).

A prestação de serviços que se confundem com a própria atividade a ser exercida enquanto presidente ou diretor da pessoa jurídica tomadora/contratante, ainda que qualificados como sendo de “assessoria” em gestão de negócios, em RH e finanças e nas áreas comercial e industrial, pela mesma pessoa física a cumular as posições jurídicas de sócio-gerente da pessoa jurídica tomadora/contratante e de sócio-gerente da pessoa jurídica prestadora/contratada e a ausência de pagamentos a título de pró-labore ao presidente e aos diretores da tomadora revela a ausência de um propósito negocial lícito, sendo nítido o objetivo de fraudar a aplicação da legislação tributária e previdenciária.

Diante desse contexto fático evidenciado pela fiscalização, caberia à recorrente apresentar prova no sentido de demonstrar que os segurados exerceram de forma clara e dissociada a gerência da tomadora e, ao mesmo tempo, assessoraram o exercício da gerência da tomadora.

A circunstância de as empresas prestadoras terem sócios-quotistas não é prova de haver impessoalidade na prestação dos serviços de assessoria, eis que o sócio-quotista apenas participa do capital da sociedade e não da administração, sendo vedada a contribuição que consista em prestação de serviços (Código Civil, art. 1.055, § 2º).

A possibilidade de a prestação de serviços terceirizados ser efetuada por terceiros subcontratados pela prestadora não afasta a constatação de, no caso concreto, ter havido simulação.

A regular formalização das empresas prestadoras, bem como a formalização de contratos de prestação de serviços pelas pessoas jurídicas, não tem o condão de infirmar a constatação de fraude à legislação tributária e previdenciária.

Por fim, a base de cálculo foi devidamente apurada a partir dos valores constantes das notas fiscais de serviço, tendo havido ainda dedução dos recolhimentos efetuados por meio

de GPS no CNPJ de cada uma das empresas prestadoras, conforme Relatório Fiscal (e-fls. 28/29) e Relatório de Lançamentos (e-fls. 09/12), a afastar a alegação de violação aos princípios da verdade material ou da legalidade.

Destarte, não merece reforma o Acórdão de Impugnação.

Ilegalidades e inconstitucionalidades. A Turma recorrida não tinha competência para, *sponte propria*, afastar norma legal sob o fundamento de ilegalidade ou inconstitucionalidade (Decreto n.º 70.235, de 1972, art. 26-A; e Portaria RFB n.º 10.875, de 2007, art. 18) e nem o presente colegiado tem competência para tanto (Súmula CARF n.º 2).

Multa. A multa aplicada está respaldada pela legislação invocada na NFLD. O presente colegiado é incompetente para afastar as normas em questão sob o fundamento de violação aos princípios constitucionais do não confisco ou da capacidade contributiva (Decreto n.º 70.235, de 1972, art. 26-A; e Súmula CARF n.º 2), não havendo respaldo legal para ser limitada a 20%. Assevere-se, contudo, que a análise para uma eventual aplicação mais benéfica da legislação advinda da MP n.º 449, de 2008, convertida na Lei n.º 11.941, de 2009, deve ser empreendida no momento do pagamento ou do parcelamento do débito pela empresa e a observar o disposto na Portaria PGFN/RFB n.º 14, de 2009.

Selic. Sobre a utilização da SELIC no cálculo dos juros de mora, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, respectivamente sob o rito da repercussão geral e dos recursos repetitivos, pacificaram o entendimento no sentido da constitucionalidade e da legalidade da aplicação da Taxa Selic aos débitos tributários (STF, Tribunal Pleno, RE 582.461/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 18/05/2011 e STJ, Primeira Seção, REsp 879.844/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 25/11/2009). Ademais, a incidência da Taxa SELIC sobre débitos tributários está pacificada, conforme Súmula n.º 04, do CARF, *in verbis*:

Súmula CARF n.º 4.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Logo, não prospera o ataque à aplicação da taxa SELIC.

Intimação. Indefere-se o requerimento de intimação na pessoa do advogado, em face do disposto no art. 23 do Decreto n.º 70.235, de 1972, e da jurisprudência sumulada:

Súmula CARF n.º 110

No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.

Acórdãos Precedentes:

1402-001.411, de 10/07/2013; 2401-003.400, de 19/02/2014; 2402-006.114, de 04/04/2018; 3302-004.864, de 25/10/2017; 3403-002.901, de 23/04/2014; 9101-003.049, de 10/08/2017.

Isso posto, voto por CONHECER do recurso voluntário, REJEITAR AS PRELIMINARES e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para, se mais benéfico, determinar a aplicação da multa de ofício, nos termos da Portaria PGFN/RFB n.º 14, de 2009.

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro