



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15868.000133/2010-33
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-010.308 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 7 de março de 2023
Recorrente UNIFARDAS CONFECÇÕES DO BRASIL LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2006

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL.

É devida a contribuição patronal incidente sobre as remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, a segurados empregados e contribuintes individuais.

SIMULAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESAS OPTANTES PELO SIMPLES. EVASÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Há simulação quando a vontade declarada destoa da vontade real. A contratação de empresas optantes pelo Simples apenas para o fornecimento de serviços, mantidos com a contratante os elementos caracterizadores da relação empregatícia, configura simulação para evadir-se de obrigações previdenciárias.

SIMULAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA.

É o contribuinte quem possui relação pessoal e direta com a situação constitutiva do fato gerador. Havendo simulação, o contribuinte é aquele que emerge do desvelo dos fatos simuladores, no caso, a contratante dos serviços impropriamente terceirizados a empresas optantes pelo Simples.

DO CARÁTER SANCIONATÓRIO DA MULTA. ALEGAÇÕES DE EXIGÊNCIA DE MULTA PUNITIVA COM CARÁTER ARRECADATÓRIO E VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 02.

Ao CARF é vedado analisar alegações de violação a princípios constitucionais e não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. SÚMULAS CARF Nº 4 E 108.

Os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela SRF são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial SELIC e incidem sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

Débora Fófano dos Santos – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Débora Fófano dos Santos, Douglas Kakazu Kushiya, Francisco Nogueira Guarita, Fernando Gomes Favacho, Marco Aurelio de Oliveira Barbosa, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 513/540) interposto contra decisão no acórdão da 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto (SP) de fls. 493/503, que julgou a impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário formalizado no AI – Auto de Infração – DEBCAD nº 37.278.683-9, consolidado em 20/05/2010, no montante de R\$ 622.369,87, acrescido de juros e multa de ofício (fls. 02/31), acompanhado do Relatório Fiscal (fls. 386/394) e do Relatório Fiscal (Caracterização da Situação de Fato) - Anexo I (fls. 395/422), relativo às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondente à parte da empresa, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, referente às remunerações pagas e/ou creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais (sócios, contador e advogado) da empresa MULTIFARDAS CONFECÇÕES BRASIL LTDA, onde os segurados empregados e sócios, foram considerados pela fiscalização como empregados da UNIFARDAS CONFECÇÕES DO BRASIL LTDA, face a existência dos pressupostos da relação de emprego: não eventualidade, pessoalidade, onerosidade e subordinação, dentre outros elementos, no período de 01/2005 a 12/2006.

Do Lançamento

De acordo com resumo constante no acórdão recorrido (fls. 494/496):

Trata-se de Auto-de-Infração, lavrado em 23/12/2009, debcad nº 37.278.683-9, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte da empresa, do período 01/2005 a 12/2006, perfazendo o montante de R\$622.369,87 (seiscentos e vinte e dois mil e trezentos e sessenta e nove reais e oitenta e sete centavos).

Conforme o Relatório Fiscal - RF, a empresa Unifardas Confeções do Brasil Ltda, através de seus representantes legais, fez uma SIMULAÇÃO DE SITUAÇÃO, com intuito de diminuir seus encargos previdenciários, constituindo a empresa Multifardas Confeções Brasil Ltda, optante pelo SIMPLES, para a qual transferiu seus empregados. Assim, foram considerados como empregados da empresa Unifardas todos aqueles que esta fez parecer serem empregados da empresa Multifardas, bem como os prestadores de serviços (contribuintes individuais) são igualmente prestadores da Unifardas.

A simulação criada pela autuada é assim descrita pelo RF:

- a Multifardas Confeções do Brasil Ltda é uma empresa optante pelo SIMPLES (EPP), tendo sido criada em 18/10/99;

- a Multifardas tem como sócio majoritário (99% de participação no capital social) Luis Roberto Brinholi Pastore, irmão do sócio da Unifardas, e como sócia minoritária, Jodinéia Costa dos Reis, ex funcionária da Unifardas. Jodinéia exerceu a função de escriturária, no período de 01/10/1996 a 29/03/2000, iniciando como sócia em 20/08/2001, exercendo atividades no setor Financeiro para as duas empresas, em ambiente da Unifardas;
- o prédio alugado pela pessoa física do sócio da UNIFARDAS é cedido em comodato para a Unifardas/Multifardas;
- 39 segurados foram demitidos da Unifardas e contratados pela Multifardas ao longo do período de 03/2000 a 05/2002, conforme Anexos VI, VII, VIII e IX;
- as empresas à época de 2005 e 2006, eram assistidas pelo mesmo contador, sr. Élcio Roberto Marques;
- além do contador, Sr. Élcio (prestador de serviço), a empresa Multifardas possuía assistentes administrativos, auxiliares de escritórios, auxiliares de contabilidade, cronometrista, motorista, advogado, funções estas não existentes na Unifardas, no mesmo período, demonstrando que a administração das duas empresas era mantida quase que exclusivamente com empregados da Multifardas, conforme demonstra o Anexo X;
- o contador, sr. José Roberto Barbosa, que acompanhou à fiscalização (sendo registrado nas duas empresas, mas exercendo suas atividades em ambiente da Unifardas, juntamente com as funcionárias auxiliares contábeis registradas na Multifardas), deu informações em relação às duas empresas, desde a apresentação dos documentos, questionamentos fiscais e trabalhistas, visita pela fábrica nos diversos setores das empresas (Setor Corte da Unifardas, Setor de produção da Multifardas, Setor PCP-Planejamento e Controle de Produção no ambiente Multifardas), inclusive intermediando com os sócios das duas empresas;
- a vigilância é única para as duas empresas. A portaria, o prédio, o pátio são únicos para as duas empresas. O atendimento de telefone também é único.
- verificou-se que nos documentos extraído da Internet o número de telefone e endereço são os mesmos para as duas empresas, bem como no cadastro da empresa da Gfip Única e na Receita Federal;
- verificou-se que dois motoristas são contratados na Multifardas, sem que haja no imobilizado da empresa um veículo sequer, conforme item Veículos do Anexo V ; por outro lado, na Unifardas há valores contabilizados no imobilizado Veículos e na manutenção de veículos, porém não há nenhum empregado registrado para esta função;
- a Multifardas comprovou contabilmente, apenas a compra de uma máquina industrial em 2005. Conforme informou a empresa, o valor do imobilizado (78 máquinas e equipamentos) advém de exercícios anteriores, porém não foram apresentados os documentos de comprovação de compra, os quais foram solicitados em termo de diligência, emitido em 14/01/10. Verbalmente, foi informado que as máquinas foram adquiridas em leilões e recebidas da mãe, que antigamente possuía uma pequena empresa;
- a empresa Unifardas possui saldo de imobilizado em 2005 no valor de R\$227.346,35 e 2006 em R\$549.359,39;
- a compra de 2 máquinas de bordar, no valor de R\$110.000,00 e R\$180.000,00 em 01/2006, não parece muito coerente com a realidade da empresa, que sequer tem no quadro a função de bordador, conquanto que na Multifardas existem as funções de encarregado de bordador, bordador e auxiliar de bordador;
- as máquinas são cedidas, sem custo algum e permanecem no ambiente caracterizado como da Multifardas;
- as despesas de manutenção e conservação de máquinas e equipamentos foram suportadas pela "empresa-mãe" (Unifardas) em mais de 90%;

- conforme consta de informação por escrito da empresa (documento em anexo), a “empresa mãe” (Unifardas) paga pelas despesas de energia elétrica, tarifa de esgoto e telefonia da “empresa filha”;
- conforme demonstrado no Anexo V, houve a entrada de R\$408.045,98 na Multifardas na conta "Contas a pagar - dos sócios." nº 2101040003”, emprestados desde 2005, e até o final de 2006 não havia quitação, nem juros pagos, o que demonstra dependência financeira e, ou, parceria entre as duas empresas;
- em resposta à informação solicitada por Termo de Intimação (documento anexado e Anexo XI) identifica-se que um dos depositantes do mencionado empréstimo é o sócio da Unifardas, Sr. Fernando Sérgio Pastore;
- conforme demonstrado no Anexo V, a empresa Multifardas mesmo não arcando com as despesas de aluguel do imóvel, aluguel das máquinas e equipamentos, despesas de água, energia elétrica, telefonia, internet, correios, materiais de higiene e limpeza, conservação de imóveis de terceiros, acumula prejuízos;
- por outro lado, a Unifardas, com poucos empregados distribui lucros anualmente;
- a relação das notas fiscais em anexo, contabilizadas na Multifardas, demonstra que a Multifardas presta serviços quase que de forma exclusiva à Unifardas;
- não houve apresentação de contrato de prestação de serviços de industrialização entre elas;
- os serviços prestados pelos funcionários da empresa de pequeno porte (Multifardas) compreende-se, à toda evidência, na atividade-fim da empresa Unifardas.

(...)

Da Impugnação

O contribuinte foi cientificado pessoalmente do lançamento em 24/05/2010 (fl. 02) e apresentou sua impugnação em 22/06/2010 (fls. 432/456), acompanhada de documentos (fls. 457/487), com os seguintes argumentos consoante resumo no acórdão da DRJ (fls. 496/499):

(...)

A autuada, intimada do AI, apresentou tempestivamente, em 02/02/2010, impugnação, na qual aduz que:

- em nenhum momento houve simulação na constituição das empresas, em que pese o fato de pertencerem às pessoas da mesma família;
- Conforme se observa dos contratos sociais de ambas, somente no ano de 2003 é que referidas empresas passaram a dividir o prédio;
- referidas empresas são independente economicamente, bem como possuem quadro societário distinto, sendo que cada sócio responde isoladamente pela respectiva empresa;
- fica afastada a tese de simulação, uma vez que, se esse fosse o objetivo, desde seu início ambas já estariam funcionando no mesmo endereço, o que de fato, nunca aconteceu, ou seja, mesmo após passarem a dividir o prédio, sempre tiveram portarias e espaço no local de forma individualizada;
- somente passaram a funcionar e dividir o prédio onde estão localizadas, em decorrência dos incentivos da Prefeitura Municipal, que cedeu o imóvel a fim de que ambas expandissem seus negócios e gerassem mais empregos para a cidade, sem qualquer ônus;
- foi celebrado um contrato de cessão gratuita do imóvel com o município, tendo sido estabelecido que o mesmo deveria ser dividido entre as empresas Unifardas e Multifardas;
- tanto a empresa Unifardas, como a empresa Multifardas, sempre gozaram de regularidade fiscal;

- ao contrário do que entendeu a fiscalização não se trata de empresa única;
- com a expansão da empresa Unifardas, houve a necessidade de um novo local para suas instalações;
- existe uma divisória entre as duas empresas, na divisória existe apenas uma porta, a qual fica fechada;
- referida divisória foi colocada justamente para separar e individualizar as empresas e não com o intuito de fazer parecer empresas diversas, até mesmo porque se trata de empresas diversas e necessitam de tal isolamento;
- conforme consta do contrato de locação do prédio, celebrado com o Sr. Mauro da Silva, somente com sua prévia autorização, poderia ser feita qualquer alteração estrutural do prédio;
- o sr. Mauro da Silva nunca autorizou a fazer o fechamento em alvenaria, pois entendia que as divisórias já eram suficientes, por estar sempre com a única porta de acesso entre ambas sempre fechada;
- como Sr. Luis Roberto Brinholi Pastore não possuía bens suficientes para dar como garantia para a locação do imóvel, e o locador não aceitou a proposta de fazer as locações separadamente para cada empresa, e pretendendo manter nos mesmos moldes do contrato de locação celebrado com a Prefeitura, o Sr. Fernando Sergio Pastore figura como único locador do imóvel, mesmo porque é sócio da Unifardas e irmão do sócio da Multifardas;
- o imóvel foi cedido em Comodato para ambas empresas; ato este legalmente previsto na legislação, não podendo ser questionado;
- todas as operações realizadas entre as empresas estão amparadas por notas fiscais de remessa, retomo e beneficiamento, sendo certo que se trata de operações regulares e totalmente contabilizadas;
- a inexistência do contrato de terceirização decorre da própria legislação em não o exigir de forma escrita, bem como por se tratar de pessoas com bom relacionamento e grau de parentesco, tomando injustificável a existência do mesmo de forma escrita por representar uma mera formalidade;
- o fato da empresa Multifardas configurar dentre as empresas» de maior faturamento entre as empresas com quem a Unifardas terceirizava, não tem o condão de dizer ou concluir pela existência de empresa única;
- fica demonstrada a total autonomia e independência nas atividades da Multifardas, levando à conclusão de que esta é empresa distinta da Unifardas;
- o fato da empresa Unifardas ter reduzido a quantidade de seus funcionários ocorreu porque nesse período a empresa adquiriu novos maquinários e equipamentos que necessitavam de mão-de-obra mais qualificada, porém, em contrapartida, exigia um número muito menor de pessoas trabalhando, o que justificou a diminuição no seu quadro efetivo de funcionários no transcorrer do período;
- por outro lado, a Multifardas, por ser uma empresa de pequeno porte e que se utiliza de maquinários e equipamentos mais obsoletos e de baixa tecnologia e rendimento, e também (*sic*) pela falta de mão-de-obra específica para o setor, aproveitou da mão-de-obra dispensada na Unifardas, não existindo nenhuma ilegalidade no ato, ou mesmo proibição legal; ç - todas as verbas rescisórias e encargos sociais foram devidamente pagos, conforme constatado pela própria fiscalização;
- o pagamento de pró-labore à sócia Jodinéia Costa dos Reis está justificado pelo fato de ela exercer a função de chefe de setor da empresa;
- a Multifardas cede gratuitamente alguns controles administrativos para a Unifardas; esta, em contrapartida, oferece e cede gratuitamente o direito de uso do sistema de software à Multifardas, proporcionando assim redução de custos e principalmente melhor qualidade na administração das empresas;

- por se tratar de irmãos, os sócios de ambas empresas, apesar de não existir qualquer participação em comum no quadro societário das mesmas, agiram assim com o intuito de ajudarem-se mutuamente, proporcionando um melhor resultado para as empresas e buscando uma saída para a crise, evitando a falência de ambas;
- ainda que se admitisse a prestação de serviços de funcionários da Multifardas para atividades da Unifardas, como entende a fiscalização, isso não significaria (*sic*) dizer ou concluir que se trata de uma única empresa, sendo que, apenas, na pior das hipóteses e a título de argumentação, pode-se entender pela existência de grupo econômico, porém, jamais, simulação de empresa para evasão fiscal;
- os equipamentos existentes nas dependências da Multifardas foram adquiridos em exercícios anteriores ao período objeto da fiscalização, não justificando qualquer indagação nesse sentido; muitos desses equipamentos que totalizam e perfazem o chão de fábrica da Multifardas foram obtidos por meio de leilões e doação da mãe do sócio, não existindo qualquer ilegalidade nesse aspecto;
- em nenhum momento foi constatado que máquinas pertencentes à Unifardas foram localizadas na Multifardas, ou vice-versa, exceto aquelas cedidas em comodato;
- com relação à manutenção das máquinas, afirma a Fiscal que 90% das despesas de conservação destas são suportadas pela Unifardas, tal fato se dá pelo alto custo de manutenção de equipamentos de ponta e pertencentes à Unifardas;
- no que tange às despesas de telefone, vale destacar que a empresa Multifardas utilizava-se de telefonia móvel, em decorrência do seu baixo número de clientes;
- com relação às despesas de água, vale dizer que no local existe poço semi-artesiano disponibilizado para ambas as empresas, dispensando contratação do serviço junto ao DAERP, justificando a inexistência de contas de despesas nesse período.
- sobre as despesas de energia elétrica, vale informar que no "segundo barracão" onde encontra-se instalada a Multifardas, não foi concedida autorização pela CPFL para a realização de uma segunda entrada de energia, assim toda a despesa foi suportada pela Unifardas;
- o fato do saldo dos empréstimos existente no conta "contas a pagar- dos sócios" não terem sido pagos ainda, demonstra apenas uma parceria entre as empresas e colaboração familiar, e não dependência financeira ou mesmo existência de empresa interposta;
- os prejuízos acumulados da empresa Multifardas decorrem do fato de que o baixo valor pago pelas peças confeccionadas, somado à competitividade de mercado, bem como à precariedade de seus equipamentos, e o grande número de funcionários, conduzem a uma margem de lucro incapaz de suprir seus próprios custos no período;
- concluir que o número de funcionários somados a algumas despesas relatadas pela fiscalização estaria diretamente ligado à lucratividade de uma empresa, não possui qualquer embasamento técnico, não passando de uma premissa falsa e carecendo de maiores elementos;
- mesmo que venha a ser considerada grupo econômico, o auto de infração também se faz indevido, uma vez que não existe na legislação vigente qualquer previsão de impedimento de que empresas do mesmo grupo econômico possuam regimes diferentes de tributação;
- como a contabilidade estava totalmente regular, não haveria razão para que a fiscalização, por meio de presunções equivocadas e arbitramentos abusivos, autuar a empresa Unifardas, desclassificando toda a contabilidade de ambas;
- no presente caso, estamos diante da confissão espontânea "ex officio" na medida em que a informação de ocorrência do fato gerador foi feita por meio de preenchimento e entrega das GFIP's em suas respectivas competências, acrescidos do regular pagamento através de GRE e DAS; devendo ser excluído do montante devido pela requerente todos os valores relativos à multa moratória ou multa punitiva;

- ao expedir auto-de-infração por arbitramento e presunções ilegais sem observar dispositivos legais vigentes, a agente fiscal agiu de forma ilegal e abusiva, emanando atitude de cunho amplamente arrecadatório e confiscatório, mas jamais fiscalizatório, violando dispositivos e garantias constitucionais, mormente o princípio da legalidade, uma vez que não há tipicidade ou fato gerador que dessem origem a referidas autuações ou imposição de pagamento de tributo e multas;
- os débitos fiscais ferem o princípio da capacidade contributiva, na medida em que impõe pagamento de valores que, a despeito de indevidos, ultrapassam os limites da capacidade de contribuir da demandante e que, uma vez mantidos, implicará na paralisação de suas atividades por insuficiência financeira;
- o inciso IV, do art. 150 da Constituição Federal veda expressamente a instituição de tributos com efeito de confisco;
- a jurisprudência do STF se fixou no sentido do que a correção monetária recai sobre o tributo sem atingir a multa, por força da interpretação do artigo 97 parágrafo 2º do Código Tributário Nacional; a aplicação dos índices de correção monetária sobre a penalidade levam a título um flagrante iliquidez; a cobrança de correção monetária sobre a penalidade é um confisco de patrimônio, o que é absolutamente vedado pela Constituição Federal.

Da Decisão da DRJ

A 9ª Turma da DRJ/RPO, em sessão de 25 de novembro de 2010, no acórdão nº 14.31.664 (fls. 493/503), julgou a impugnação improcedente, conforme ementa a seguir reproduzida (fls. 493):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2006

Nº do processo na origem DEBCAD nº 37.278.683-9

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa quando comprovado que o sujeito passivo agiu com dolo, fraude ou simulação.

OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

A apreciação de argumentos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária não é de competência da autoridade administrativa, mas sim exclusiva do Poder Judiciário.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário

O contribuinte tomou ciência do acórdão por via postal em 14/12/2010 (AR de fl. 511) e interpôs recurso voluntário em 13/01/2011 (fls. 513/540), em síntese, com os mesmos argumentos da impugnação, da qual é cópia *ipsis litteris*.

O presente recurso compôs lote sorteado para esta relatora.

É o relatório.

Voto

Conselheira Débora Fófano dos Santos, Relatora.

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Em linhas gerais, as questões meritórias apresentadas pelo contribuinte gravitam em torno das seguintes questões:

- Não se pode imputar conduta criminosa a um contribuinte baseada em “evidências de simulação”.
- Ausência de simulação – relação de parentesco – regular constituição das empresas – ato jurídico perfeito.
- O contrato de locação do prédio – cessão condicionada às duas empresas.
- Transferência dos empregados da Unifardas para Multifardas – todos os empregados da Unifardas, sem exceção, tiveram seus contratos regularmente rescindidos, com pagamento de todas as verbas trabalhistas e previdenciárias.
- Dos empréstimos não pagos pela Multifardas - fato do saldo dos empréstimos existente no conta "contas a pagar - dos sócios" não terem sido pagos ainda, demonstram apenas uma parceria entre as empresas e colaboração familiar, e não dependência financeira ou mesmo existência de empresa interposta, conforme tenta induzir. Na pior das hipóteses conduzem à existência de grupo econômico e jamais simulação.
- Inexistência de débito – caracterização de grupo econômico.
- Pagamento de diversas despesas pela Unifardas para a Multifardas – telefone, água e energia elétrica.
- Empresas localizadas no mesmo prédio - as empresas estão localizadas no mesmo imóvel tendo em vista a existência de contrato de cessão gratuita celebrado com o Município e já exposto anteriormente.
- Da parte interna do prédio – existência de divisória entre as empresas e apenas uma porta de acesso nessa divisa.
- Mesmo contador para as empresas - o contador presta serviços a outras empresas e com registro em carteira, o que implicaria dizer, seguindo o raciocínio fiscal, que todas as outras empresas também seriam evidenciadas em simulação fiscal, o que é um absurdo, não existindo a menor coerência e fundamentação legal ao argumento da evidência de simulação.
- Da prestação de serviços pela Multifardas - não estamos diante de uma prestação de serviços, mais sim, diante de um beneficiamento, pois a empresa MULTIFARDAS e outros Terceiros industrializam a matéria-prima recebida pela UNIFARDAS, aplicando insumos e mão-de-obra. A inexistência de contrato entre as empresas, UNIFARDAS e MULTIFARDAS, decorre pelo fato de que todas as operações realizadas entre as empresas estão amparadas por notas fiscais de remessa, retorno, beneficiamento e insumos aplicados, sendo certo que tratam-se de operações regulares e totalmente contabilizadas.

- Contabilização de veículos da Unifardas, porém sem motorista contratado.
- Distribuição de lucros aos sócios da Unifardas, enquanto a Multifardas acumulava prejuízo.
- Inexistência de débito. Alternativamente caracterização de grupo econômico.
- Da regular contabilidade.
- Da confissão espontânea.
- Da exclusão das multas por conta da confissão espontânea.
- Da ofensa ao princípio da legalidade.
- Da ofensa ao princípio da capacidade contributiva.
- Do confisco promovido pela requerida pela imposição da multa e correção monetária.
- Dos juros incidentes sobre os cálculos.

Os fatos constatados pela fiscalização podem ser assim resumidos: a empresa MULTIFARDAS CONFECÇÕES BRASIL LTDA, uma empresa optante pelo SIMPLES (EPP), criada em 18/10/1999, é a grande responsável pela industrialização das confecções dos uniformes que a UNIFARDAS CONFECÇÕES BRASIL LTDA, empresa mãe, comercializa, razão pela qual a UNIFARDAS tem faturamento incompatível com a mão de obra, revelando o verdadeiro propósito do arranjo empresarial, qual seja, manter os empregados em empresa optante pelo SIMPLES e, por conseguinte, evadir-se dos encargos previdenciários.

A fiscalização considerou que houve simulação na constituição da empresa de pequeno porte (MULTIFARDAS), com a finalidade de elidir do total das contribuições sociais destinadas à Seguridade Social, já que a empresa criada tendo como sócio o irmão e a ex - funcionária da UNIFARDAS.

A autoridade fiscal descreveu as inúmeras situações que levaram à convicção da simulação entre as empresas, de modo que os serviços prestados pelos funcionários da empresa de pequeno porte (MULTIFARDAS), compreende a atividade-fim da empresa UNIFARDAS.

Nesse sentido, a fiscalização adotou ao caso em análise o entendimento jurisprudencial do enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho:

Nº 331 Contrato de prestação de serviços. Legalidade

I - A CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES POR EMPRESA INTERPOSTA É ILEGAL. FORMANDO-SE O VINCULO DIRETAMENTE COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS, SALVO NO CASO DE TRABALHO TEMPORÁRIO (LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974)

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

V - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos Órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Concluindo, por fim que, com base em todo o exposto e tendo em conta o princípio da primazia da realidade sobre a forma, que a empresa de pequeno porte, optante pelo SIMPLES, constitui em empresa interposta utilizada pela empresa UNIFARDAS CONFECÇÕES DO BRASIL LTDA para contratar funcionários com redução de encargos previdenciários.

Assim, com fundamento no referido princípio foram considerados os vínculos empregatícios dos sócios e empregados da empresa de pequeno porte e também os contribuintes individuais (autônomos) como prestadores da “empresa-mãe” - UNIFARDAS CONFECÇÕES DO BRASIL LTDA

Em sede de recurso voluntário, conforme aduzido em linhas pretéritas, os argumentos do Recorrente são idênticos aos apresentados por ocasião da impugnação, razão pela qual, utilizo-me da faculdade do artigo 57, § 3º do Regulamento Interno do CARF, para transcrever e adotar as razões de decidir consignadas no voto condutor da decisão recorrida, mediante a reprodução do seguinte excerto (fls. 501/503):

(...)

O auto-de-infração foi lavrado em razão de a fiscalização constatar que a autuada criou a empresa Multifardas, optante do regime de tributação do Simples, com a finalidade de reduzir suas contribuições sociais, tendo transferindo seus empregados para a mesma.

O Relatório Fiscal descreve diversas evidências da ocorrência da simulação, entre outras acima mencionadas:

- relação de parentesco entre os sócios das duas empresas;
- transferências dos empregados da Unifardas para a Multifardas;
- existência de empréstimos não pagos pela Multifardas;
- pagamento de diversas despesas pela Unifardas para a Multifardas;
- empresas localizadas no mesmo prédio, cedido de forma gratuita pelo sócio da Unifardas à Multifardas;
- mesmo contador para as duas empresas;
- prestação de serviço da Multifardas quase que exclusivamente para a Unifardas;
- contabilização de veículo na Unifardas, porém sem motorista contratado; ao passo que na Multifardas havia motorista contratado, sem que a mesma possuísse veículo;
- distribuição de lucros aos sócios da Unifardas, enquanto a Multifardas acumulava prejuízo.

Por sua vez a autuada assevera que se trata de empresas independentes; que a proximidade das duas empresas é devida ao fato dos sócios serem parentes, ter bom relacionamento e objetivava a redução de custos, podendo, quando muito, falar que se trata de mesmo grupo econômico.

As evidências apresentadas pela fiscalização formam uma forte convicção de que houve sim uma simulação com o intuito de redução de contribuição social. Caberia à autuada, por sua vez, o ônus da prova de que não houve qualquer simulação, porém as razões apresentadas pela defesa se mostram frágeis e inconsistentes. A autuada não contesta a

narrativa dos fatos. Alega, de forma singela, que a proximidade das empresas objetivava evitar a falência de ambas.

Conforme determina o parágrafo único do art. 142, do Código Tributário Nacional (CTN), A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Já o art. 149, do CTN, determina que:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I- quando a lei assim o determine;

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior; (grifo nosso)

Sendo assim, diante das evidências da existência da simulação apontada, a fiscalização agiu de forma irretocável, ao considerar os empregados da empresa Multifardas, bem como os prestadores de serviço contribuintes individuais como sendo empregados e prestadores de serviço da empresa Unifardas.

Quanto à alegação da autuada de que as duas empresas estavam regulares em relação às contribuições sociais, não elide o procedimento fiscal, uma vez que o expediente utilizado pelas empresas visava à redução da contribuição social, uma vez que a empresa criada Multifardas era optante do Simples. Ou seja, as contribuições sociais foram pagas, porém em valores inferiores aos que deveriam ter sido.

Quanto à alegação no sentido de que houve denúncia espontânea por parte da autuada, a mesma é descabida, uma vez que as contribuições foram declaradas na empresa criada com a finalidade de simular uma situação inexistente.

Quanto à alegação de que a legislação não proíbe que empresas do mesmo grupo econômico adotem regimes tributários diferentes, a mesma também é descabida. Isso porque o AI não está fundamentado na existência ou não de grupo econômico.

De tudo isso, verifica-se que a empresa Unifardas Confecções do Brasil Ltda, visando gozar indevidamente dos benefícios do Simples, utilizou-se da empresa Multifardas Confecções Brasil Ltda irregularmente, imputando-lhe a responsabilidade de contratar empregados para realização dos serviços realizados por elas.

A aplicação do princípio da primazia da realidade, no caso, foi corretamente adotada pelo Auditor Fiscal, contendo o relatório fiscal e seus anexos, informações suficientes para a formação de sua convicção.

(...)

A seu favor o Recorrente sustenta que a inexistência de simulação, mas que pode ser aceita a tese de existência de grupo econômico na terceirização de suas atividades, aduzindo que não existe na legislação vigente qualquer previsão de impedimento que empresas do mesmo grupo possam ter regimes diferentes de tributação.

A Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974¹ sofreu alterações por meio Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, com a inserção do artigo 4º-A que introduziu a figura da terceirização propriamente dita. Reza o referido artigo 4º-A:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros: (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

II - registro na Junta Comercial; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros: (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais); (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais); (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

(...)

Da transcrição acima, extrai-se, em linhas gerais, que a terceirização consiste na transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

A prestação de serviços é realizada por empregados das empresas descritas no artigo 4º-A da Lei nº 6.019 de 1974, ou por seus sócios, cujos serviços são geridos diretamente pela prestadora e, portanto, sem qualquer subordinação entre os trabalhadores (ou sócios) e a empresa contratante.

¹ Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências.

Como visto, de fato, a terceirização está prevista no ordenamento, mas existem critérios a serem observados, como a vedação à pessoalidade e subordinação diretas. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a licitude da terceirização de atividade precípua da empresa tomadora de serviços. Ao julgar conjuntamente a ADPF 324 e o RE 958252 (esse último na sistemática da repercussão geral), nos quais se discutia a licitude da terceirização de atividades precípua da empresa tomadora de serviços, fixou a seguinte tese jurídica:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante (tema 725 da repercussão geral).

As provas dos autos são contundentes no sentido de demonstrar a participação/interferência ativa da UNIFARDAS na prestadora MULTIFARDAS, com a qual a prestadora tem relação de total subordinação (financeira, empregatícia e gerencial), contrariando assim os requisitos de uma relação de independência entre tomadora e prestadora, conforme foi apontado pela fiscalização.

Finalmente, convém ressaltar que não houve a desconsideração de pessoa jurídica da empresa decorrente, objeto da fragmentação. O que aconteceu foi a identificação do verdadeiro sujeito passivo da obrigação tributária, oculto por detrás de empresa criada por pessoas relacionadas para, apenas e tão-somente, transferir a ela a atividade que demandava mão de obra e, assim, usufruir indevidamente da tributação favorecida proporcionada pelo SIMPLES, com prejuízo à previdência social.

Em virtude dessas considerações, conclui-se que, os fatos, circunstâncias e indícios elencados pela fiscalização no Relatório Fiscal e posteriormente ratificados pela autoridade julgadora de primeira instância, são convergentes no sentido de evidenciar a ocorrência da simulação e apontam o Recorrente como o real contratante de trabalhadores registrados em empresa prestadora de serviços e, por conseguinte, o responsável pela contribuição previdenciária devida e sujeito passivo da obrigação tributária.

Da Confissão Espontânea e Exclusão das Multas

O Recorrente alega e requer os benefícios da denúncia espontânea, inclusive com a exclusão das multas lançadas, por entender ter ocorrido a confissão espontânea nos termos do artigo 138 do CTN pelas empresas UNIFARDAS e MULTIFARDAS, uma vez que, a informação de ocorrência do fato gerador se deu por meio de preenchimento e entrega das GFIP's em suas respectivas competências, acrescidos do regular pagamento através de GRE e DAS, nos prazos e condições definidos em lei, desde a constituição de cada uma delas.

Todavia, tal entendimento mostra-se totalmente equivocado e não merece qualquer acolhida, pois no caso em análise, como se viu anteriormente, houve a simulação na constituição da empresa de pequeno porte (MULTIFARDAS), com a finalidade de elidir contribuições sociais destinadas à Seguridade Social, já que a empresa criada tendo como sócio o irmão e a ex-funcionária da UNIFARDAS, é optante pelo SIMPLES.

Da Ofensa ao Princípio da Legalidade, da Capacidade Contributiva e do Confisco

A multa lançada se deu em conformidade com a legislação de regência, restando à autoridade fiscal o dever de aplicá-la sob pena de responsabilidade funcional, uma vez que a atividade do lançamento é vinculada e obrigatória.

Deste modo, não cabe aqui a análise acerca da constitucionalidade da lei tributária, da violação aos princípios constitucionais e do caráter confiscatório da multa. Tal

entendimento encontra-se pacificado neste Conselho Administrativo, consolidado na Súmula CARF nº 2, a seguir reproduzida, de observância obrigatória por seus membros:

Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Em virtude dessas considerações, não pode ser acatada a pretensão do contribuinte.

Da Incidência de Juros

O Recorrente alega que a imposição de juros moratórios sobre a multa seria inconstitucional e ilegal.

A adoção da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora na atualização de débitos tributários federais encontra-se prevista no artigo 13 da Lei nº 9.065 de 1995², abaixo reproduzido:

Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente. Produção de efeito (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

Além disso, a matéria não comporta maiores discussões, tendo sido pacificada no âmbito deste órgão colegiado, encontrando-se o entendimento sumulado, objeto das Súmulas CARF nº 4 e 108, nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 4

Aprovada pelo Pleno em 2006

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. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Súmula CARF nº 108

Aprovada pelo Pleno em 03/09/2018

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Em virtude dessas considerações, não há como serem acolhidos os entendimentos esposados pelo Recorrente no que diz respeito à exclusão da SELIC do débito constituído e sua atualização nos moldes do artigo 161 do CTN.

Conclusão

Por todo o exposto e por tudo mais que consta dos autos, vota-se em negar provimento ao recurso voluntário.

² LEI Nº 9.065, DE 20 DE JUNHO DE 1995. Conversão da MPv nº 998, de 1995.

Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, que altera a legislação tributária federal, e dá outras providências.

Débora Fófano dos Santos