



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

Processo nº 35856.002520/2006-74
Recurso nº 151.017 Voluntário
Acórdão nº 2401-01.388 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de setembro de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - CARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO
Recorrente ESTALEIRO KIWI BOATS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2001 a 31/12/2004

CISÃO SIMULADA DE EMPRESA. DESCONSIDERAÇÃO DE VÍNCULOS LABORAIS PACTUADOS. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO EM NOME DA EMPRESA ORIGINÁRIA.

Constatando-se a ocorrência de reorganização societária simulada, com intuito de repassar parcela do faturamento da empresa cindida para outra(s) criada(s) para aderir a sistema favorecido de tributação, o fisco pode desconsiderar os laços laborais pactuados com esta(s) e vincular os trabalhadores diretamente à empresa originária, em nome da qual serão lançadas as contribuições decorrentes, desde que se demonstre a confusão entre os quadros funcionais das empresas envolvidas.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/05/2001 a 31/12/2004

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO NA SEARA ADMINISTRATIVA.

À autoridade administrativa, via de regra, é vedado o exame da constitucionalidade ou legalidade de lei ou ato normativo vigente.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Igor Araújo Soares, Wilson Antônio Souza

Assinado digitalmente em 28/11/2010 por KLEBER FERREIRA DE ARAUJO 08/12/2010 por ELIAS SAMPAIO FREI
RE

Autenticado digitalmente em 28/11/2010 por KLEBER FERREIRA DE ARAUJO
Emitido em 13/12/2010 pelo Ministério da Fazenda

Corrêa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que davam provimento, por entenderem ser necessária haver prévia exclusão do SIMPLES.

ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente

KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Wilson Antônio Souza Corrêa, Igor Araújo Soares e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira. Ausente os Conselheiros Cleusa Vieira de Souza e Marcelo Freitas de Souza Costa.

Relatório

Trata o presente processo da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, DEBCAD n.º 37.001.008-6, posteriormente cadastrada na RFB sob o número de processo constante no cabeçalho e lavrada contra a contribuinte já qualificada.

O crédito diz respeito às contribuições da empresa, incluindo aquela destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho – RAT e as destinadas a outras entidades e fundos. O valor consolidado em 12/12/2005 assumiu o montante de R\$ 105.033,74 (cento e cinco mil, trinta e três reais e setenta e quatro centavos).

De acordo como relato do fisco, fls. 24/32, verificou-se na ação fiscal a existência de duas empresas funcionando no mesmo endereço, com divisão simulada de faturamento no intuito de usufruir do tratamento favorecido do sistema tributário denominado SIMPLES.

Eis trecho do relatório da decisão *a quo*, que por sua clareza ao retratar as circunstâncias em que se deu a apuração fiscal, merece transcrição:

O crédito lançado teve como fato gerador as remunerações pagas aos segurados empregados, formalmente contratados pela pessoa jurídica FAF — Comércio e Serviços em Fibra de Vidro Ltda, porém, considerados pela fiscalização como empregados do sujeito passivo, por restar configurada a simulação na constituição e manutenção daquela empresa uma vez que

2.1 a empresa FAF, constituída em 10/04/2004, está estabelecida no mesmo endereço do sujeito passivo,

2.2 o quadro societário é formado por ex-empregado e familiares,

2.3 foi comprovada, através de extratos bancários, a transferência de valores para suprir despesas com a folha-de-pagamento;

2.4 houve a transferência dos empregados do sujeito passivo para a empresa FAF (47 empregados), sendo que, em 12/2004, foram reintegrados ao quadro de pessoal

3. Concluiu o relatório fiscal, que trata-se de prática de sonegação de contribuições previdenciárias mediante a transferência da folha de salários a empresas de "fachada" constituídas com a inserção de pessoas interpostas, com vistas à obtenção irregular do tratamento diferenciado estabelecido na Lei do Simples, aplicado apenas às microempresas e as empresas de pequeno porte. Com efeito, os valores registrados nas folhas de pagamento destas empresas e sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, devem integrar também a base

de cálculo das contribuições devidas por Estaleiro Kiwi Boats Ltda, fato apurado pela notificação aqui noticiada.

A empresa notificada apresentou impugnação, fls. 201/230, cujas razões não foram acatadas pelo órgão de julgamento de primeira instância, que declarou, fls. 395/406, procedente o lançamento.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário, fls. 409/431, no qual, em síntese, alega que:

a) os elementos colacionados pelo fisco, para sustentar suas suposições acerca da existência de simulação, não possuem a menor força probatória;

b) a empresa FAF — Comércio e Serviços em Fibras de Vidro Ltda foi constituída dentro dos trâmites exigidos pela legislação, não podendo ser caracterizada como empresa de fachada, posto que gera empregos, impostos, cumpre regularmente com suas obrigações trabalhistas, empresariais e inclusive fiscais, recolhendo importâncias para o Tesouro Nacional;

c) a legislação trabalhista não veda a transferência de empregados entre empresas, apenas faz uma ressalva quanto à obrigatoriedade em se preservar os direitos e garantias do empregado transferido;

d) a transferência foi feita com registro em carteira cio trabalho, respeitando o que preconiza a CLT, conforme demonstram as cópias de CTPS anexas;

e) o INSS não tem competência e legitimidade para excluir uma empresa do SIMPLES, uma vez que tal atribuição compete exclusivamente à Delegacia da Receita Federal;

f) não indica o Fisco qual o motivo ensejador da exclusão da empresa FAF do Simples, limitando-se a atacar as "impropriedades" das alterações contratuais, quando a Lei nº 9.317/96 exige a caracterização de uma das modalidades constantes em seu art. 13, inciso II, determinando, ainda, o § 3º. do art. 15, que a exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Receita Federal;

g) a aplicação da taxa Selic é, a um só tempo ilegal e inconstitucional, estando este posicionamento exaustivamente reconhecido pelos Tribunais;

h) a multa aplicada tem um valor excessivo, revestindo-se de todas as características de confisco, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico constitucional.

Ao final, requer a reforma da decisão que julgou procedente a NFLD em discussão, e que todas as intimações e publicação sejam realizadas em nome do procurador constituído.

O órgão de primeira instância apresentou contra-razões, fls. 514/517, pugnando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade, além de que a recorrente possuía decisão judicial garantindo o seguimento do recurso independentemente de depósito prévio.

A lide posta a julgamento resume-se principalmente a duas questões, uma de cunho fático outra de caráter eminentemente jurídico. É pelo enfrentamento dos fatos que se concluirá se houve ou não a suposta conduta das empresas envolvidas contrárias à ordem legal, que viesse a autorizar o fisco efetuar o lançamento por métodos não convencionais. Já a questão jurídica diz respeito à verificação da existência de base legal que desse embasamento ao procedimento adotado na espécie.

Início pela avaliação dos argumentos da recorrente, quanto à inoocorrência de evidências que pudessem levar o fisco a concluir que as situações descritas nos autos corresponderam a hipótese de fraude para burlar a Fazenda Pública.

Sustenta a recorrente que a empresa FAF — COMÉRCIO E SERVIÇOS EM FIBRAS DE VIDRO LTDA foi constituída em total obediência à legislação, tem quadro societário distinto e contabilidade própria, não tendo o fisco conseguido demonstrar tratar-se de empresa de fachada, criada com fins simulatórios.

Quanto à transferência de empregados entre as empresas, alega-se que não existe qualquer vedação a essa prática na legislação trabalhista.

Pois bem, cabe fazer um breve resumo dos fatos e conclusões trazidos na peça de acusação. O primeiro fato utilizado pelo fisco para ilustrar a confusão entre as empresas é a coincidência de endereços de funcionamento.

Depois, aponta-se que o quadro societário da empresa FAF tinha relacionamento muito próximo com a recorrente, inclusive o seu sócio gerente era ex-empregado do Estaleiro Schaefer Yachts Ltda, empresa que tinha no quadro societário sócios da notificada.

Uma análise dos documentos colacionados pela auditoria coloca em cheque a alegada independência entre as empresas. Comprova-se que a recorrente arcava com despesas do sócio-gerente da FAF, o Sr. Fabrício Ari Fraga em cursos de controle de qualidade (fls. 134/135). Também se verifica pagamento de Guias da Previdência Social-GPS (fls. 136/140), bem como o pagamento de férias (fls. 150/152).

Demais disso, restaram demonstradas as transferências de empregados entre a empresa envolvida, quando da constituição da nova empresa optante pelo SIMPLES.

Analisando-se os Mandados de Procedimento Fiscal, fls.174/180, das empresas Estaleiro Schaefer, Estaleiro Kiwi Boats Ltda, FAF foram recepcionados pelo mesmo funcionário, o Sr. Walter T. Cruz, qualificado como contador.

Não foi difícil para o fisco, então, demonstrar que, diante de tamanhas evidências, os empregados formalmente registrados na empresa FAF pelo princípio da primazia da realidade, tinham vínculo empregatício com a notifica.

É possível que me tenha passado despercebido algum detalhe do extenso arrazoado do fisco, mas os pontos sobre os quais ponderei já são mais do que suficientes para se concluir pela existência do artifício engendrado pelas empresas de parcelar o faturamento entre as mesmas para fugir da tributação.

Não tenho dúvidas de que a empresa FAF tinha existência apenas de fachada, na verdade, para assumir fatos geradores, dada a condição de tributação favorecida a que estava submetida.

Quanto à justeza do critério jurídico adotado, é curial que façamos uma abordagem mais aprofundada do tema, posto que, em se constatando a ocorrência de conduta tendente a burlar o fisco, a confecção do lançamento, por ser atividade plenamente vinculada, deve estar legalmente respaldada, sob pena de se invalidar todo o trabalho de coleta de provas e demonstração de fatos apresentado no relatório fiscal.

Têm sido frequentes os julgamentos por esse Colegiado de controvérsias instauradas no bojo de lançamentos em que o fisco aponta simulação, ao visualizar a criação de empresas optantes pelos sistemas de pagamento simplificados de tributos (Simples Federal – Lei n. 9.317/1996 e Simples Nacional – Lei Complementar n. 123/2006) com o intuito de absorver parcelas do faturamento de empresa não integrante do sistema de tributação simplificada.

Caracterizado esse tipo de artifício, verifica-se uma expressiva redução no recolhimento das contribuições previdenciárias, haja vista que as empresas optantes pelo Simples deixam de calcular o tributo sobre o valor da folha de pagamento, passando a calcular o montante pela aplicação de uma alíquota sobre o faturamento, com significativa desoneração tributária.

Quando efetivamente se comprova a ocorrência de situação em que se caracterize o expediente simulatório, as opiniões dos julgadores têm se dividido quanto ao procedimento a ser adotado pelo fisco para lançar as contribuições que deixaram de ser vertidas aos cofres da Seguridade Social.

Uma primeira corrente sustenta que os empregados das empresas criadas com intuito de receber parte da massa salarial da empresa originária sejam considerados empregados dessa, em nome da qual obviamente seriam lançadas as contribuições devidas. O outro entendimento é no sentido de que, ao se verificar que houve a cisão de pessoa jurídica com intuito de burlar o fisco, situação impeditiva de opção pelo Simples, o fisco deveria primeiramente adotar os procedimentos necessários à exclusão das empresas do sistema simplificado e, após a emissão do ato declaratório de cancelamento da opção, efetuar a constituição do crédito nas próprias empresas excluídas do Simples, tomando a empresa originária como responsável solidária pelo pagamento das contribuições, em razão da existência de grupo econômico.

É bom que se tenha em conta que a aplicação das duas alternativas não podem coexistir. Ou se desconsidera os vínculos dos empregados com a empresa optante pelo Simples, tendo-os como empregados da pessoa jurídica sujeita à tributação das empresas em geral, ou se busca excluir a empresa do sistema simplificado, lançando contra a mesma o crédito e vinculando à outra ao crédito mediante a utilização do instituto da responsabilidade solidária em razão da existência de grupo econômico.

A escolha da sistemática mais adequada vai depender do conjunto probatório que a auditoria tenha em suas mãos. Caso consiga demonstrar que efetivamente os empregados das empresas estavam sujeitos ao mesmo comando, ou seja, prestavam serviços às duas empresas, não se podendo definir quem era efetivamente o empregador, a sistemática de caracterização do vínculo empregatício é a opção a ser levada adiante.

Nessas situações, normalmente se verifica que os trabalhadores das duas empresas atuavam em ambientes comuns, constavam em documentos de pagamento de ambas as empresas, foram transferidos de empresa sem mudança de função e local de trabalho, dentre outros casos.

Esse procedimento fiscal reside na possibilidade do fisco, ao constatar que a existência de fato de vínculo de emprego entre uma empresa e trabalhadores, cujo vínculo formal seja estabelecido com empregador diverso, de desconsiderar o pacto com um empregador e tê-lo com aquele em que se verifica a efetiva prestação de serviços. Tal prerrogativa é fornecida pelo Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/1999, que em seu art. 229, § 2., assim dispõe:

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. (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999)

Portanto, constando a fiscalização que a relação de um segurado com determinado empregador satisfaz os requisitos da relação de emprego, quais sejam, subordinação, não-eventualidade, pessoalidade e remuneração, deve considerá-lo segurado empregado e apurar as contribuições previdenciárias decorrentes, mesmo que formalmente aquele trabalhador figure como empregado de outra empresa.

Por outro lado, caso vislumbre-se a cisão simulatória de empresas, com objetivo de faturar o faturamento e enquadrar uma ou mais empresas decorrentes da cisão no sistema simplificado de pagamento de tributos, mas não se consiga comprovar a confusão entre o quadro funcional das organizações, deve-se adotar a opção de buscar o desenquadramento das empresas optantes pelo Simples, para depois apurar os créditos dentro da sistemática de recolhimento das empresas em geral, vinculando todas as empresas envolvidas à dívida apurada pelo laço da solidariedade, em razão da existência de grupo econômico.

O primeiro fundamento jurídico para esse proceder decorre da Lei n. 9.317/1996 e da Lei Complementar n. 123/2006. Vejamos:

Lei n. 9.317/1996 Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(.)

XVII - que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência desta Lei;

(.)

Lei Complementar n. 123/2006 Art 3 (..)

§4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

(..)

IX- resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

(..)

Com esses dispositivos o legislador fechou as portas para operações que visem, mediante reorganização societária, subdividir o faturamento de empresas objetivando à inclusão no sistema Simples.

Assim, uma vez excluídas as empresas do tratamento tributário favorecido, apura-se as contribuições e aplica-se a responsabilidade solidária pela satisfação do crédito para todas as empresas participantes da operação.

A Lei n. 8.212/1991 permite essa vinculação:

Art 30 (..)

IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei;

(..)

A Instrução Normativa n. 970/2009, apresenta a conceituação de grupo econômico nos seguintes termos:

Art 494 Caracteriza-se grupo econômico quando 2 (duas) ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica.

Não resta dúvida que dentro desse conceito podem ser incluídas as empresas resultantes de reorganização societária efetuada com o intuito de reduzir o pagamento de tributos.

A título de conclusão, posso afirmar que os expedientes simulatórios utilizados pelas empresas mediante criação de novas pessoas jurídicas para absorver parcela do faturamento de empresa já existente e burlar a Fazenda Pública, mediante a opção das novas empresas ao Simples, podem ser tratados pelo fisco de duas formas, ou pela vinculação de todos os empregados a empresa originária, com lançamento das contribuições unicamente nesta, ou mediante a exclusão do sistema simplificado das empresas a este optantes e, após esse procedimento, com a apuração dos créditos tributários em cada empresa separadamente, ficando as demais solidariamente responsáveis pelas contribuições devidas em razão da existência de grupo econômico.

Voltando ao caso sob julgamento, posso concluir que o fisco acertou em adotar o procedimento de lançar as contribuições diretamente na empresa Estaleiro Kiwi Boats posto que os autos revelam a ocorrência de mistura de estrutura administrativa, e, principalmente, do quadro funcional.

Nesse sentido, não há reparos a fazer quanto à opção da auditoria em considerar como vinculados à recorrente todos os segurados que prestaram serviços à empresa FAF, tendo-se em conta as evidências reveladas pelo processo de que essa última teve razão de existir unicamente para absorver parte do faturamento da primeira, com consequente redução do recolhimento das contribuições para a Seguridade Social.

Para enfrentar as outras questões apresentadas é necessário uma análise da constitucionalidade de dispositivos legais aplicados pelo fisco, daí, é curial que, a priori, façamos uma abordagem acerca da possibilidade de afastamento por órgão de julgamento administrativo de ato normativo por inconstitucionalidade.

Sobre esse tema, note-se que o escopo do processo administrativo fiscal é verificar a regularidade/legalidade do lançamento à vista da legislação de regência, e não das normas vigentes frente à Constituição Federal. Essa tarefa é de competência privativa do Poder Judiciário.

A própria Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, é por demais enfática neste sentido, impossibilitando, regra geral, o afastamento de tratado, acordo internacional, lei ou decreto, a pretexto de inconstitucionalidade, nos seguintes termos:

Art. 62 Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal, ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Observe-se que, somente nas hipóteses ressalvadas no parágrafo único e incisos do dispositivo legal encimado poderá ser afastada a aplicação da legislação de regência.

Nessa linha de entendimento, dispõe o enunciado de súmula, abaixo reproduzido, o qual foi divulgado pela Portaria CARF n.º 106, de 21/12/2009 (DOU 22/12/2009):

Súmula CARF Nº 2

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

Essa súmula é de observância obrigatória, nos termos do “caput” do art. 72 do Regimento Interno do CARF¹. Como se vê, este Colegiado falece de competência para se pronunciar sobre as alegações de inconstitucionalidade de lei e decreto trazidas pela recorrente, como é o caso da aplicação dos juros e da multa.

Diante do exposto, voto por conhecer do recurso, afastar as preliminares suscitadas e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

Sala das Sessões, em 23 de setembro de 2010

KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO - Relator

¹ Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.
(...)



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAL
QUARTA CÂMARA -SEGUNDA SEÇÃO

PROCESSO: 35856.002520/2006-74

INTERESSADO: ESTALEIRO KIWI BOATS LTDA

TERMO DE JUNTADA E ENCERRAMENTO

Fiz juntada nesta data do Acórdão/Resolução 2401-01.388 de folhas ___/ ___ e dos documentos de folhas ___/___

Encaminhem-se os autos à Repartição de Origem, para as providências de sua alçada.

Quarta Câmara da Segunda Seção

Brasília 5/12/2010

Nº 11 - 2010