



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

Processo n° 13971.721247/2011-99
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2803-003.838 – 3ª Turma Especial
Sessão de 06 de novembro de 2014
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES DI MIRMAY LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2008

FATO GERADOR DISSIMULADO. DESCONSIDERAÇÃO DE ATO OU NEGOCIO JURÍDICO. POSSIBILIDADE.

A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

Demonstrada que as empresas envolvidas, de fato, se comportam como uma única estrutura, sem que exista finalidade econômica para tal, com mesmo quadro diretivo, compartilhamento de funcionários, instalações e maquinário, tendo como resultado a indevida redução tributária em razão da opção do SIMPLES pela empresa "prestadora dos serviços", correto o procedimento da fiscalização em enquadrar os segurados como empregados da empresa tomadora.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

assinado digitalmente

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

Processo nº 13971.721247/2011-99
Acórdão n.º **2803-003.838**

S2-TE03
Fl. 3

assinado digitalmente

Oséas Coimbra - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima, Oséas Coimbra Júnior, Gustavo Vettorato, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Eduardo de Oliveira e Ricardo Magaldi Messetti.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que manteve os autos de infração lavrados, referentes a contribuições devidas em razão da consideração dos empregados de MELBI COMÉRCIO E CONFECÇÕES LTDA como efetivamente de INDÚSTRIA E COMERCIO DE CONFECÇÕES DI MIRMAY LTDA.

O r. acórdão – fls 635 e ss, conclui pela improcedência da impugnação apresentada, mantendo os autos de infração lavrados. Inconformada com a decisão, apresenta recurso voluntário, alegando, em síntese, o seguinte:

- A Recorrente não foi notificada, intimada ou cientificada da instalação da fiscalização, ferindo assim princípio constitucional da ampla defesa. À Recorrente não foi concedido o direito de acompanhar os atos da fiscalização, para que pudesse se defender ou até mesmo instruir o processo administrativo com documentos que comprovariam a sua regular situação fiscal, razão pela qual, tal vício maculou fatalmente todo o procedimento fiscal e, consequentemente, o Processo Administrativo em questão.
- A Recorrida desconsiderou inúmeras provas juntadas pela Recorrente, bem como suas considerações acerca da constituição e funcionamento da empresa Recorrida e da empresa MELBI COMÉRCIO E CONFECÇÕES LTDA, as quais acarretariam a modificação do entendimento que gerou o Processo Administrativo em análise.
- Descreve a constituição e funcionamento da empresa Melbi Comércio e Confecções Ltda.
- Não há que falar-se em fraude ou simulação praticada pela Recorrente, que agiu apenas procurando salvaguardar uma empresa de cunho familiar que ameaçava fechar as portas e demitir inúmeros funcionários e, obviamente, aproveitar a mão de obra de qualidade e o *nohall(sic)* da empresa adquirida, ora, se quisesse realmente fraudar o fisco não estaria demitindo funcionários da Melbi e admitindo na Recorrente, providenciando as alterações contratuais e unificando as empresas.
- Há de se considerar que nenhuma irregularidade restou apurada na empresa Recorrente, que sempre buscou manter-se em dia com suas contribuições sociais e previdenciárias.
- Requer a recorrente o acolhimento integral deste Recurso Voluntário a fim de que se acolham todos os argumentos aduzidos, modificando-se integralmente o acórdão ora atacado para cancelamento dos Autos

de Infração nº 37.352.579-6 e nº 37.352.580-0 que instruem o Processo Administrativo nº 13971.721247/2011-99;

- Pugna, ainda, DE IMEDIATO, pela declaração de suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos termos do artigo 151, III, do CTN, não podendo ocorrer a inscrição do nome da Recorrente, bem como declarada a impossibilidade de propositura de eventual execução fiscal, diante da impossibilidade da cobrança imediata do crédito;
- Pelo princípio da instrumentalidade, considerando os documentos juntados no Processo Administrativo nº 13.971.721247/2011-99 e que serão devidamente digitalizados, pugna-se que os mesmos sirvam à comprovação das alegações vertidas na presente defesa;
- Outrossim, pugna pela produção de todos os tipos em direito admitidas, em especial pela oitiva das testemunhas já ouvidas informalmente no procedimento fiscal..

É o relatório.

Voto

Conselheiro Oséas Coimbra

O recurso voluntário é tempestivo, e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade, merece ser apreciado.

Acerca do cerceamento de defesa alegado, tenho que não assiste razão a recorrente. A ampla defesa foi oferecida com a regular entrega do auto de infração impugnado e abertura de prazo para que o contribuinte se manifestasse acerca dos fatos que lhe foram imputados.

A não participação da recorrente na fase que antecede a lavratura do auto de infração não constitui em cerceamento de defesa, pois a oportunidade de início do contencioso dar-se-á apenas com a regular entrega do auto ao contribuinte, o que significa que é despidianda sua direta participação na coleta de informações que irão embasar a lavratura do auto, em razão de seu caráter inquisitório.

Cerceamento de defesa diz respeito ao ato de impedir a liberdade de produção de provas, que fica caracterizado quando se obstrui, de forma injustificada, as partes de realizarem atos que, em tese, surtiriam provas a seu favor, ou quando não lhe são comunicados atos que demandam o contraditório. Tais situações ocorrem, por ex., nos casos de não ciência de diligências, negativa injustificada de acesso aos autos, indeferimento de perícias imprescindíveis à solução da lide, etc, o que incorre no caso sob análise.

A título ilustrativo, a Receita Federal do Brasil lavra diariamente centenas de autos de infração sem prévia comunicação do contribuinte, apenas fundamentados em informações de sua base de dados. Após o recebimento dos mesmos, é disponibilizado ao contribuinte o início do contencioso administrativo, quando a defesa poderá ser amplamente exercida.

DO MÉRITO

Dos fatos narrados, temos que a discussão principal cinge-se a decidir se a empresa MELBI COMÉRCIO E CONFECÇÕES LTDA, exercia regular atividade comercial ou era mero instrumento para desviar o pólo ativo da relação empregatícia de INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES DI MIRMAY LTDA, servindo apenas como intermediário formal entre os empregados e a recorrente, valendo-se ainda da privilegiada situação tributária de MELBI, em razão de adesão ao SIMPLES.

Tal assunto é recorrente neste Colegiado. Na análise da matéria, há que ser observado todos os dados trazidos aos autos a fim de que possamos formar um juízo acerca se houve ou não a simulação alegada.

Temos então o seguinte:

- As duas empresas funcionam de fato no mesmo endereço, rua Erico Marchi, 136, em Nova Trento/SC. No endereço constante do contrato social de Melbi, não existe empresa alguma.

- A ex-proprietária da empresa Melbi, Sra. Eni, é irmã do sócio da empresa Di Mirmay, Sr. Vali Melo.

- O Sr. Vali Melo, CPF 608.180.779-72, foi sócio administrador da empresa Melbi, no período de 04/03/1997 a 24/03/1997, e atualmente é o sócio administrador da empresa Di Mirmay com 50% de participação.

- Francisco Kammers que possui 50% das quotas de capital, sócio administrador da empresa Melbi desde 12/06/2009, é cunhado de Vali Melo.

- Di Mirmay é a responsável pela parte administrativa de Melbi

- A empresa Melbi é optante do SIMPLES, significando sensível redução de sua carga tributária em relação à mão-de-obra empregada.

- Melbi presta serviços à Di Mirmay, fechando o ciclo produtivo.

- Até dezembro de 2010, 26 empregados estavam registrados na Di Mirmay e 137 na Melbi. Em agosto de 2011 todos os empregados foram transferidos para a Di Mirmay.

Percebe-se assim que ambas empresas têm o mesmo endereço. Os empregados de Di Mirmay igualmente são responsáveis por obrigações de Melbi. Os sócios envolvidos têm próximo relacionamento familiar.

O quadro faturamento x mão-de-obra, demonstra *e.g.* que, em 2010, Melbi teve um faturamento de algo em torno de \$ 2.200.000,00 e custo de mão de obra de \$ 1.400.000,00(63%). Di Mirmay teve faturamento em torno de \$ 18.000.000,00 e custo de mão de obra de apenas \$ 280.000,00(1,5%), sendo que ambas atuam no mesmo ramo.

O relatório fiscal ainda afirma:

*Em visita ao local constante no Contrato Social das empresas, constatamos **que as duas funcionam no mesmo endereço, ou seja na rua Erico Marchi, 136, em Nova Trento/SC.** O que encontramos no local foi um Galpão comercial composto de 2 pisos, sendo que no primeiro piso, na parte da frente funciona o Setor administrativo, ou seja RH, departamento Financeiro e Comercial, além da recepção. Atrás fica o setor de expedição, acabamento e revisão. No segundo piso fica o Setor produtivo, ou seja, Costura e Corte Conversamos com o Sr. Vali Melo, sócio da Di Mirmay, **o qual nos informou que a proprietária da empresa Melbi, Sra. Eni é sua irmã** e como a empresa Melbi estava passando por dificuldades financeiras, em meados do ano 2010 ela resolveu vender a empresa para ele, **pois a Melbi sempre prestou serviços para a Di Mirmay. Segundo o Sr. Vali, havia uma loja em Brusque, onde funcionava a matriz da Melbi, entretanto toda a parte produtiva, isto é a filial, sempre***

esteve instalada no mesmo endereço da Di Mirmay, em Nova Trento. A parte administrativa da empresa sempre ficou com a Di Mirmay, enquanto que a parte produtiva ficou com a Melbi. Até dezembro de 2010 a empresa contava com cerca de 163 empregados aproximadamente, sendo que 26 estavam registrados na Di Mirmay e 137 na Melbi. Atualmente todos os empregados foram transferidos para a Di Mirmay

...

A empresa Representada não possui sede própria, está instalada no mesmo Galpão onde funciona a empresa mãe. Em sua contabilidade não foram encontrados registros referentes a pagamentos de aluguéis. Entretanto, há um Contrato de Comodato entre as empresas Indústria e Comércio de Confecções Di Mirmay Ltda e Melbi Comércio e Confecções Ltda para que a Melbi utilize o imóvel industrial de propriedade da Di Mirmay. No ativo imobilizado da Representada constam pouquíssimos registros de maquinários e de móveis e utensílios. Há também um Contrato de Comodato entre as empresas referente empréstimos em dinheiro da Di Mirmay para a Melbi, (doc. 13)

...

Foi constatado, através da análise dos documentos comprobatórios dos lançamentos contábeis, provas de que a gestão administrativo- financeira destas empresas é exercida pelo sócio administrador da Di Mirmay Sr. Vali Melo. Por amostragem constam cópias de documentos da Melbi assinados por ele que corroboram estas afirmações: (Doc. 09)

...

Analisando a contabilização de custos no quadro a seguir, constata-se que de fato a empresa-mãe mantém o controle da situação econômica, isto é demonstra que os custos e despesas se confundem e que o controle contábil da Representada é meramente figurativo.

Nos Livros Contábeis apresentados pela Representada foram constatados poucos lançamentos de custos e despesas imprescindíveis ao desenvolvimento de suas atividades tais como: energia elétrica, água e esgoto, telefone, etc. Os materiais de escritórios começaram a ser contabilizados somente em 2008.

Pouquíssimas máquinas e equipamentos estão contabilizadas em seu ativo imobilizado, e o saldo registrado no exercício de 2006 referente a móveis e utensílios, se mantém até o exercício de 2010.

...

Diante dos pouquíssimos custos e despesas contabilizados pela empresa Representada, concluiu-se facilmente que as duas funcionam de fato como uma única empresa.

Não há dúvidas de que a MELBI não sobrevive por si só. É deficitária e dependente da empresa DI MIRMAI, pois esta é quem arca com praticamente a totalidade das despesas da MELBI contabilizando-as como se fossem suas.

Foi realizada ainda verificação física nas instalações com entrevistas de alguns empregados, confirmando que o efetivo proprietário de Melbi é o Sr. Vali Melo, configurando ainda a fiscalização que os empregados de Melbi efetivamente têm vínculo empregatício com a recorrente, com pessoalidade, não eventualidade, subordinação.

Esse conjunto probatório trazido firma nossa convicção de que os empregados alocados em Melbi efetivamente prestam serviços à Di Mirmay, que tem o poder de direção de Melbi, que satisfaz suas necessidades administrativas básicas, como aluguel, luz, telefone, etc., configurando verdadeira extensão de Di Mirmay.

Demonstrado que ambas estão sob a mesma gestão, compartilhando estrutura administrativa - água, telefone, energia, funcionários, instalações e maquinário, tudo no mesmo ambiente, tendo como resultado a indevida redução tributária em razão da opção do SIMPLES de Melbi - que fictamente é responsável pela mão de obra utilizada por Di Mirmay, fica então evidenciada a simulação alegada e devidamente tratada pela fiscalização.

A atuação fiscal abordada encontra lastro jurídico nas disposições encaixadas no Parágrafo Único do art. 116 do Código Tributário Nacional, que confere à Autoridade Notificante a competência para desconsiderar os efeitos de atos e negócios jurídicos praticados com o fito de ocultar a ocorrência do fato gerador tributário, conforme o Princípio da Primazia da Realidade dos fatos sobre a Forma Jurídica dos atos.

Código Tributário Nacional -CTN

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios; (grifos nossos)

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (grifos nossos)

Finalmente, a constituição de Melbi resultou no irregular desvirtuamento do pólo passivo das obrigações tributárias previdenciárias, que deveriam ser suportadas por Di Mirmay. Tenho assim como correta a decisão de primeiro grau, restando comprovada que a

Processo nº 13971.721247/2011-99
Acórdão n.º 2803-003.838

S2-TE03
Fl. 10

atuação fática de Melbi, optante do SIMPLES, é meramente formal, sendo esta intermediária ficta entre a mão-de-obra empregada e Di Mirmay com o intuito de reduzir a carga tributária em razão das atividades desenvolvidas por Di Mirmay, não optante daquele sistema diferenciado de tributação, conduta não permitida em nosso ordenamento jurídico.

Assim sendo, comprovada a responsabilidade da recorrente, deve o auto lavrado ser mantido em sua integralidade.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por conhecer do recurso e, no mérito, nego-lhe provimento.

assinado digitalmente

Oséas Coimbra - Relator.