



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

Processo nº 11065.001006/2009-11
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-01.591 – 3ª Turma Especial
Sessão de 19 de junho de 2012
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente CALÇADOS VALE LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/04/2006 a 30/06/2008

RELAÇÃO JURÍDICA CONSIDERADA. PRIMAZIA DA VERDADE MATERIAL.

Configurada a interposição injustificada de empresa, com indevida redução de recolhimento das contribuições devidas, pode e deve a fiscalização efetivar o enquadramento devido, com suporte na verdade material demonstrada, com o correto direcionamento do pólo passivo tributário.

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(a) Relator(a).

assinado digitalmente

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

assinado digitalmente

Oséas Coimbra - Relator.

Processo nº 11065.001006/2009-11
Acórdão n.º **2803-01.591**

S2-TE03
Fl. 2

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima, Oséas Coimbra Júnior, Gustavo Vettorato, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Natanael Vieira dos Santos e Osmar Pereira Costa.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que manteve o auto de infração lavrado, referente a contribuições devidas em razão de a fiscalização ter considerado os empregados de GUSTAVO LEHNEN CALÇADOS com vínculo efetivo com EMPRESA CALÇADOS VALE LTDA, em razão de simulação de terceirização.

A Decisão-Notificação – fls 250 e ss, conclui pela improcedência da impugnação apresentada, mantendo o auto de infração lavrado. Inconformada com a decisão, apresenta recurso voluntário tempestivo, alegando, em síntese, o seguinte:

- O fundamento utilizado para realizar o aqui guerreado procedimento fiscal teve como fundamento Leis Ordinárias e Decretos já revogados, ou seja, tal autuação fora procedida sem amparo legal. A suposta legitimação ao fiscal se deu pela Lei 11.098/05, esta atribui competência para o Agente Fiscal do INSS para fiscalizar, arrecadar e lançar débitos contra o sujeito passivo e tal norma subsistiu até a sua revogação, dada pela Lei 11.501/07
- O agente fiscal fazendário considerou que as empresas, na verdade, trata-se de sistema de pré-montagem uma da outra, com total dependência econômica, por isso descaracterizou a relação empresarial entre elas.
- Indevida desconsideração da personalidade jurídica.
- Falta do devido processo legal. Ao não realizar o chamamento da empresa Gustavo Lenhen Calçados para defender-se de eventual responsabilidade, o agente fiscal não procedeu no estrito cumprimento da legalidade oportunizando a possibilidade de defesa, devendo, por isso, o presente auto de infração ser anulado por falha quanto aos termos fundamento acima.
- Não incide contribuição previdenciária sobre parcela indenizatória, como é o caso do ressarcimento ao empregado, mediante comprovação, de despesas com combustível e quilômetro rodado despendidos por força do serviço, por exemplo.
- Descabimento da taxa selic
- Requer seja acolhido o presente recurso para reconhecer a nulidade do auto de lançamento por falta de fundamentação legal, seja quanto aos termos da autuação, seja pela desconsideração da personalidade jurídica das empresas e a realização de confusão entre elas. E, por fim que seja extinto o suposto débito fiscal lançado, cassando a decisão administrativa ora recorrida.

Processo nº 11065.001006/2009-11
Acórdão nº **2803-01.591**

S2-TE03
Fl. 4

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Oseas Coimbra

Dos fatos narrados, temos que a discussão principal cinge-se a decidir se a empresa GUSTAVO LEHNEN CALÇADOS exercia regular atividade comercial ou fora criada com a mera intenção de desviar o pólo ativo da relação empregatícia de CALÇADOS VALE LTDA, servindo apenas como intermediário formal entre os empregados e a recorrente, valendo-se ainda de sua privilegiada situação tributária, em razão de adesão ao SIMPLES.

O relatório fiscal aponta o seguinte:

1. Sr.GUSTAVO LEHNEN, CPF 811.107.400-00 é filho de Liberto José Lehnem e Maria Neiva Lehnem (ANEXO III), únicos sócios da Empresa Calçados Vale Ltda.
2. O faturamento de .GUSTAVO LEHNEN é oriundo exclusivamente de vendas a CALÇADOS VALE.
3. CALÇADOS VALE financia praticamente sozinha a atividade de GUSTAVO LEHNEN, especialmente para o pagamento de salários
4. Nos anos de 2006, 2007 e 2008, o faturamento de GUSTAVO LEHNEN não foi suficiente para pagar sequer a mão-de-obra empregada
5. A empresa Gustavo Lehnem é na verdade o sistema de pré montagem da Calçados Vale com outro CNPJ. Ou seja, a desverticalização feita pela Calçados Vale, ocorreu só no papel. Com isso, um dos benefícios que a empresa Calçados Vale Ltda obteve desta forma, foi o ingresso de seu sistema de Pré Montagem de Calçados (atualmente com quase 200 empregados) no Sistema SIMPLES (ANEXO VIII), a partir de abril de 2006
6. GUSTAVO LEHNEN não possui prédios, não paga aluguel de imóveis, não possui equipamentos, a conta de insumos é irrisória, não compra matéria - prima, não paga telefone, energia elétrica, nem água.
7. Embora com endereço distinto (Rua Santa Terezinha 165) a mesma funciona na prática dentro do Parque da Calçados Vale, à Rua Gal. Nascimento Vargas 309, ocupando as mesmas instalações fabris sendo em realidade o sistema de pré montagem de calçados da Calçados Vale, operando com esta em sistema de produção contínua,

o que foi por nós constatado pelos Auditores Eduardo Godoy e Eduardo Dias Porto e confirmado pelo próprio advogado Dr João Daniel.

8. Concluindo a auditoria que:

- a. A empresa Gustavo Lehnen ao longo de sua existência produz de forma Cativa para a empresa Calçados Vale Ltda
- b. A empresa Gustavo Lehnen tem total dependência econômica da Calçados Vale Ltda.
- c. A empresa Gustavo Lehnen opera dentro das mesmas instalações de produção da Calçados Vale, sendo exatamente o processo de pré montagem de Calçados desta Empresa
- d. A empresa Gustavo Lehnen é na verdade o sistema de pré montagem da Calçados Vale com outro CNPJ. Ou seja, a desverticalização feita pela Calçados Vale, ocorreu só no papel.
- e. Nessa sistemática, a empresa Calçados Vale Ltda obteve o transverso ingresso de seu sistema de Pré Montagem de Calçados (atualmente com quase 200 empregados) no Sistema SIMPLES, a partir de abril de 2006.
- f. Ficam assim descaracterizadas as relações empresariais de Produção e Comércio efetuadas entre as Empresas Calçados Vale Ltda e Gustavo Lehnen, já que em realidade, uma é parte do sistema de produção da outra.

Dos que posto, a recorrente consigna:

1. O fundamento utilizado para realizar o aqui guerreado procedimento fiscal teve como fundamento Leis Ordinárias e Decretos já revogados, ou seja, tal autuação fora procedida sem amparo legal. A suposta legitimação ao fiscal se deu pela Lei 11.098/05, esta atribui competência para o Agente Fiscal do INSS para fiscalizar, arrecadar e lançar débitos contra o sujeito passivo e tal norma subsistiu até a sua revogação, dada pela Lei 11.501/07
2. O agente fiscal fazendário considerou que as empresas, na verdade, trata-se de sistema de pré-montagem uma da outra, com total dependência econômica, por isso descaracterizou a relação empresarial entre elas.
3. Indevida desconsideração da personalidade jurídica.
4. Falta do devido processo legal. Ao não realizar o chamamento da empresa Gustavo Lenhen Calçados para defender-se de eventual responsabilidade, o agente fiscal não procedeu no estrito cumprimento da legalidade oportunizando a possibilidade de defesa, devendo, por

isso, o presente auto de infração ser anulado por falha quanto aos termos fundamento acima.

5. Não incide contribuição previdenciária sobre parcela indenizatória, como é o caso do ressarcimento ao empregado, mediante comprovação, de despesas com combustível e quilômetro rodado despendidos por força do serviço, por exemplo.

6. Descabimento da taxa selic

As razões trazidas pela recorrente não são suficientes a afastar o que constatado pela fiscalização fazendária, senão vejamos.

DA LAVRATURA – COMPETÊNCIA LEGAL

Sobre a competência do Auditor Fiscal para a lavratura de Autos de Infração, a Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007 esclarece a matéria:

Art. 2º Além das competências atribuídas pela legislação vigente à Secretaria da Receita Federal, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição.

(...)

§ 3º As obrigações previstas na Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, relativas às contribuições sociais de que trata o caput deste artigo serão cumpridas perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil.

(...)

“Art. 6º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil:

I - no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo:

a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e de contribuições;

b) elaborar e proferir decisões ou delas participar em processo administrativo-fiscal, bem como em processos de consulta, restituição ou compensação de tributos e contribuições e de reconhecimento de benefícios fiscais;

c) executar procedimentos de fiscalização, praticando os atos definidos na legislação específica, inclusive os relacionados com

o controle aduaneiro, apreensão de mercadorias, livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados;

d) examinar a contabilidade de sociedades empresariais, empresários, órgãos, entidades, fundos e demais contribuintes, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 a 1.192 do Código Civil e observado o disposto no art. 1.193 do mesmo diploma legal;

e) proceder à orientação do sujeito passivo no tocante à interpretação da legislação tributária;

f) supervisionar as demais atividades de orientação ao contribuinte;

A base legal para a competência do Auditor autuante foi a retrocitada lei. Dessa feita, fica demonstrado que o Auditor autuante tinha o necessário respaldo legal à lavratura do presente auto.

DA TAXA SELIC

A cobrança de juros está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei n.º 8.212/1991, abaixo transcrito.

Art.34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento.

Nesse sentido já se posicionou o STJ no Recurso Especial n.º 475904, publicado no DJ em 12/05/2003, cujo relator foi o Min. José Delgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COBRANÇA DE JUROS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. A averiguação do cumprimento dos requisitos essenciais de validade da CDA importa o revolvimento de matéria probatória, situação inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. No caso de execução de dívida fiscal, os juros possuem a função de compensar o Estado pelo tributo não recebido tempestivamente. Os juros incidentes pela Taxa SELIC estão previstos em lei. São aplicáveis legalmente, portanto. Não há confronto com o art. 161, § 1º, do CTN. A aplicação de tal

Taxa já está consagrada por esta Corte, e é devida a partir da sua instituição, isto é, 1º/01/1996. (REsp 439256/MG). Recurso especial parcialmente conhecido, e na parte conhecida, desprovido.

Este Conselho Administrativo já tem a matéria sumulada, de seguimento obrigatório por seus membros:

Súmula CARF nº 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.

Pondo fim a essa discussão, o STF, em sede de repercussão geral, no julgamento do RE 582461/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, em 18.5.2011, decidiu ser legítima a incidência da Selic como índice de atualização dos débitos tributários pagos em atraso.

Dessa feita, foi correta a aplicação do índice pela fiscalização federal.

DAS PARCELAS INDENIZATÓRIAS

Além de não haver descrição acerca de quais parcelas indenizatórias a recorrente se refere, tal tema não foi objeto da impugnação apresentada, acarretando a preclusão de sua discussão, nos termos do art. 17 do decreto 70.235/72, sendo vedado ao contribuinte suscitar nova contenda em sede recursal, em razão do trânsito em julgado administrativo.

Senão vejamos jurisprudência deste Colegiado

(...)

MATÉRIA PRECLUSA – Questões não provocadas a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo, com a apresentação da petição impugnativa inicial, e somente vêm a ser demandadas na petição de recurso, constituem matérias preclusas das quais não se toma conhecimento, por afrontar o princípio do duplo grau de jurisdição a que está submetido o Processo Administrativo Fiscal. Recurso negado. Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso. Processo nº. : 13808.000955/2002-93 Recurso nº.: 156.154. Sessão de: 12 de setembro de 2007.

NORMAS PROCESSUAIS - MATÉRIA NÃO ABORDADA NA FASE IMPUGNATÓRIA - PRECLUSÃO – À inteligência do art. 14 do Decreto 70.235, de 1972, considera-se preclusa, na fase recursal, matéria não questionada na fase impugnatória e não tratada na decisão recorrida.(...) Acórdão nº 102-48.152. Processo 11080.001460/2005-41. Sessão de 25 de janeiro de 2007

MATÉRIA PRECLUSA - O julgamento administrativo inicia-se com o exame do lançamento sobre o qual pode falar o julgador independentemente de argumentação por parte do sujeito passivo. Admitida a legalidade do ato, questões não provocadas a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo, com a apresentação da petição impugnativa inicial, constituem matérias preclusas das quais não pode o Conselho tomar conhecimento, por afrontar o princípio do duplo grau de jurisdição a que está submetido o Processo Administrativo Fiscal. O não enfrentamento da matéria na inicial implica em concordância tácita do contribuinte com o tributação do valor omitido, sendo "extra petita" a decisão que afasta a exigência. Recurso de ofício provido. (Câmara Superior de Recursos Fiscais - Primeira Turma/ ACÓRDÃO n.º CSRF/01-03.351 de 17/04/2001, publicado no D.O.U de 28/09/2001)

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRECLUSÃO. Considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada na impugnação, não competindo ao Conselho de Contribuintes apreciá-la (Decreto no 70.235/72, art. 17, com a redação dada pelo art. 67 da Lei no 9.532/97). Processo n.º : 10280.004214/2002-80

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA NO PRAZO - PRECLUSÃO - NÃO INSTAURAÇÃO DO CONTENCIOSO Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante no prazo legal. O contencioso administrativo fiscal só se instaura em relação àquilo que foi expressamente contestado na impugnação apresentada de forma tempestiva. Processo n.º. 35464.002340/2006-04

MATÉRIA PRECLUSA – Questões não provocadas a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo, com a apresentação da petição impugnativa inicial, e somente vêm a ser demandadas na petição de recurso, constituem matérias preclusas das quais não se toma conhecimento, por afrontar o princípio do duplo grau de jurisdição a que está submetido o Processo Administrativo Fiscal. Processo n.º : 15374.004371/2001-89

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA – PRECLUSÃO – Nos termos do art. 17 do Decreto 70235/72, a matéria não contestada pelo sujeito passivo está fora do litígio e o crédito tributário a ela relativo torna-se consolidado. Processo n.º. : 11516.001652/2005-91

RECURSO VOLUNTÁRIO – MATÉRIA NÃO IMPUGNADA – PRECLUSÃO – é preclusa a discussão em sede recursal de

matéria para a qual não houve impugnação, tendo como efeito a constituição definitiva do crédito tributário no âmbito administrativo. Processo nº. : 10980.008007/2003-98

MATÉRIA INCONTROVERSA. Considera-se incontroversa a matéria objeto de recurso, quando não impugnada em primeiro grau. Processo nº. : 10540.000616/2003-88

DA RELAÇÃO JURÍDICA CONSIDERADA

O minucioso relatório fiscal descreve situação onde fica patente o desvio das relações jurídicas envolvidas.

A (i) relação familiar entre os sócios, (ii) a insuficiente geração de receita de Gustavo Lehen, com *total dependência econômica da Calçados Vale Ltda*, sua principal - para não dizer exclusiva financiadora - (iii) o compartilhamento do mesmo espaço industrial, (iii) o não pagamento de despesas essenciais como aluguel, energia, etc, (iiii) a atividade desempenhada por Gustavo Lehen, configurando verdadeira extensão de linha de produção de Calçados Vale, com os favores advindos do Sistema Simplificado Tributário, tudo considerado, deságua no convencimento da ilegalidade da interposição tentada, tendo a fiscalização agido com o acerto que a situação impunha, dissecando a realidade que ora restou configurada, afastando a relação meramente formal que se tentava representar.

Assim sendo, tenho como correta a decisão de primeiro grau, cujo excerto transcrevo e incorporo a este voto.

Os acontecimentos descritos no relatório fiscal evidenciam uma situação fática completamente divergente da situação jurídica. Por meio dos mesmos, em consonância com a autoridade lançadora, é possível firmar a convicção de que a empresa TERCEIRIZADA optante pelo SIMPLES, constitui empresa interposta utilizada pela empresa PRINCIPAL para contratar empregados com redução de encargos previdenciários.

Não se trata aqui de configuração de vínculo empregatício, pois o mesmo existe de forma evidente, vê-se que os formalismos dos contratos de trabalho foram observados junto a empresa terceirizada, todavia nas relações trabalhistas deve prevalecer a situação fática, sendo aplicável, ao caso, o princípio da primazia da realidade sobre a forma. Por esse princípio a realidade fática prevalece sobre qualquer instrumento formal utilizado para documentar o contrato, pois as circunstâncias e o cotidiano na relação empregatícia pode ser diversa daquilo que ficou documentado. A essência do ato jurídico é o fato e não a forma, no caso, convence a fiscalização que o efetivo empregador diverge da formalidade aparente.

Assim, respaldado no princípio da primazia da realidade, nas normas previstas nos artigos 9º e 444 da CLT, no Enunciado 331 do TST, artigo 142 do CTN, art. 33 da Lei nº 8.212/1991 e 229 §

2º do Regulamento da Previdência Social- RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, impõe-se à fiscalização, no uso de sua atribuição funcional, a desclassificação do vínculo empregatício dos empregados da empresa terceirizada e o reconhecimento de vinculação com a empresa locadora dos serviços, com a conseqüente exigência legal das contribuições previdenciárias.

Ao contrário do que afirma a autuada a fiscalização de forma diligente e cuidadosa narrou a situação fática com riqueza de detalhes, bem como os escorou na escrituração contábil da terceirizada, configurando-se, desta forma, em elementos robustos de confirmação da situação presenciada.

O acusatório fiscal teve como suporte para o presente lançamento, o convencimento de que o propósito da empresa autuada era de criar uma situação jurídica com vistas a dissimular os fatos geradores das contribuições previdenciárias. Verifica-se pelas informações extraídas dos autos, que o convencimento foi formado levando-se em conta dados e fatos detectados pelo auditor fiscal no decorrer do procedimento, que para isto, utilizou recursos vistos e colhidos junto às empresas.

De tudo isso, verifica-se que a autuada visando gozar indevidamente dos benefícios do SIMPLES, terceirizou irregularmente, por meio de empresa utilizada e criada exclusivamente para tal finalidade, mão-de-obra de sua atividade-fim. Acórdão 09-34.540 - 5ª Turma - DRJ/JFA

Finalmente, não vislumbro cerceamento de defesa, uma vez que a recorrente teve disponibilizados todos os meios legais para o pleno desempenho da mesma, que foi inteiramente exercida, o que inclusive se constata pela profundidade das peças apresentadas. O devido processo legal foi devidamente observado, participando do pólo passivo da autuação a entidade empresarial considerada e efetivamente comprovada como empregadora.

CONCLUSÃO

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

assinado digitalmente

Oséas Coimbra - Relator.

Processo nº 11065.001006/2009-11
Acórdão nº **2803-01.591**

S2-TE03
Fl. 13

CÓPIA