



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

Processo nº 11065.002614/2009-34
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3001-000.243 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Data 12 de junho de 2019
Assunto PEDIDO DE RESSARCIMENTO
Recorrente HENRICH & CIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência à Unidade de Origem, para que a autoridade competente proceda a juntada dos “Anexo Documentos de Prova” constante do processo 11065.001325/2009-18.

(assinado digitalmente)

Marcos Roberto da Silva – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Roberto da Silva (Presidente), Francisco Martins Leite Cavalcante e Luis Felipe de Barros Reche.

Relatório

Por economia processual e por bem relatar a realidade dos fatos reproduzo o relatório da decisão de piso:

“A contribuinte supracitada solicitou ressarcimento de PIS não-cumulativo dos meses de julho a setembro de 2009, conforme pleito constante dos autos.

A DRF de origem fez diligências para auferir o pleito da contribuinte, opinando pelo deferimento parcial, devido a glosas da contribuição não-cumulativa, nos termos do Relatório Fiscal/ Auto de Infração de fls.85 a 93. Neste, a Autoridade Fiscal verificou que em auditoria-fiscal realizada junto à empresa Henrich & Cia Ltda, foram constatadas situações fáticas que levaram ao entendimento de que terceiras empresas - todas optantes do sistema SIMPLES e, a partir de 01/07/2007,

optantes do SIMPLES Nacional -, funcionam como interpostas utilizadas pela autuada para contratar trabalhadores com redução de encargos previdenciários e criação fictícia de créditos de PIS e COFINS não-cumulativos. As empresas interpostas são as seguintes:

- 1) Civitanova Indústria de Calçados Ltda (CNPJ 08.164.075/0001-10);*
- 2) RHH Indústria de Calçados Ltda (CNPJ 06.075.927/0001-77) e,*
- 3) Indústria de Calçados Monte Bianco Ltda (CNPJ 03.389.395/0001-54).*

A constatação da simulação entre as empresas decorre de várias constatações, como o parentesco entre os sócios; a empresas localizadas no mesmo endereço, com recepção única (RHH e Monte Bianco); muitos empregados da impugnante são dispensados e passam a figurar como empregados das outras; sócios substituídos por ex-empregados da impugnante (Civitanova); empregados com alternância de vínculo de emprego somente entre as empresas envolvidas; exclusividade na prestação de serviço (unicamente à impugnante); faturamento oriundo exclusivamente em razão de uma única prestação de serviço; ausência de máquinas, equipamentos e móveis para fazer frente à sua atividade fim - tudo obtido da litigante/contribuinte, por meio de comodato; falta de autonomia financeira: operacionalmente as empresas contratadas tem prejuízo e sobrevivem às custas de empréstimos da impugnante.

Estas constatações estão mais detalhadas no Relatório Fiscal do Auto de Infração de crédito previdenciário, contido no processo administrativo 11065.001325/2009-18, que consta nas fls.62 a 84 do presente processo.

Como os supostos serviços de industrialização pelas empresas Civitanova Indústria de Calçados Ltda, RHH Indústria de Calçados Ltda e Indústria de Calçados Monte Bianco Ltda são custos relativos à folha de pagamento da mão-de-obra da contribuinte (Henrich & Cia Ltda), pois, na realidade, formam uma única entidade controlada e dirigida pela contribuinte, não podem gerar crédito das contribuições não-cumulativas, pois mão-de-obra não gera direito creditório, nos termos do art.3º da Lei 10.637/2002 e da 10.833/2003.

É informado que a representação penal foi formalizados nos processos administrativos nºs 11065.001328/2009-51 e 11065.001329/2009-04.

Então, fundamentado nas provas/evidências da simulação acima transcritas, foram glosados os créditos de insumos de PIS não-cumulativo decorrentes da aquisição dos fornecedores/prestadores de serviço (Civitanova Indústria de Calçados Ltda, RHH Indústria de Calçados Ltda e Indústria de Calçados Monte Bianco Ltda) nos meses de julho a setembro de 2009, resultando no indeferimento parcial do pleito da contribuinte, conforme consta do Despacho Decisório de fl.95.

Irresignada, a contribuinte apresenta manifestação de inconformidade, de fls.123 a 146. Nesta, alega que o fiscal autuante enquadrrou como simulação a prestação dos serviços das empresas contratadas - Civitanova Ind. de Calçados Ltda, RHH Ind. de Calçados Ltda e Ind. de Calçados Monte Bianco Ltda, com fundamentos nas constatações do processo administrativo 11065.001325/2009-18, desconsiderando a relação de emprego e jurídico tributária por suposta simulação na terceirização de atividades produtivas da litigante, baseando o seu entendimento em simples presunção, com argumentos fundados em análises superficiais, sem provar a efetiva ocorrência do fato jurídico tributário ou o procedimento do sujeito passivo que se configure como infração à legislação tributária.

NULIDADE E INCOMPETÊNCIA

Argumenta, inicialmente e de forma preliminar, que o processo administrativo (11065.001325/2009-18) que serviu para fundamentar as conclusões da Auditoria Fiscal, ainda se encontra em discussão administrativa, mas que não se encontraria nos autos em litígio prova dos pressupostos legais da relação empregatícia das empresas terceirizadas com a litigante, fazendo com que o relatório ficasse incompleto, acarretando o cerceamento de defesa. Agrega-se a este fato que a competência administrativa para o reconhecimento da existência de relação de emprego é do M.T.E — Ministério do Trabalho e Emprego, através dos Auditores Fiscais do Trabalho, nos termos do art. 11 da Lei nº 10.593, de 06/12/2002, sendo que a recente Lei nº 11.941, de 27/05/2009 deu nova redação ao art. 26 da Lei nº 8.212/91, ratificando o âmbito de atuação dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, não incluindo as relações de emprego, o mesmo sendo observado em relação ao disposto no parágrafo único do art. 626 da CLT - Consolidação da Leis do Trabalho, definindo que é ilegal a desconstituição do vínculo empregatício efetuada pela Auditora Fiscal da Receita Federal, ainda mais, de forma indireta, como fundamento para efetuar as glosas de crédito da contribuição.

Ademais, em se tratando de relações empregatícias, a competência para julgar passa a ser da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114, VI, da CF, motivo pelo qual a Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil, outra vez, extrapolou sua competência.

Afirma que no caso em tela tem-se uma terceirização lícita, até decisão transitada em julgado, pois não há ingerência da tomadora na atividade da prestadora, bem como o serviço realizado é atividade-meio e não atividade fim.

PARENTESCO ENTRE SÓCIOS

Continuando sua defesa, a contribuinte ataca a constatação de parentesco entre os sócios das empresas, pois isto decorreria da relação familiar e de afetividade, que se estenderia para as relações profissionais, onde, por tradição, os conhecimentos do ofício são passados de pai para filho, não afetando a personalidade jurídica da pessoa jurídicas, que são diferentes das dos sócios.

Embora tenha havido, por algum tempo relação de parentesco entre as empresas terceirizadas (prestadoras/fornecedoras de serviços), este fato não afetaria a personalidade jurídica, regularmente registradas, não sendo elemento suficiente para configuração de simulação/constituição irregular de empresas, já que não há nenhuma ilegalidade, sendo livre a iniciativa da atividade econômica, nos termos do art. 170 da CF.

Além disso, a desconconsideração da personalidade jurídica da empresa somente pode ocorrer quando existe abuso por parte da empresa, objetivamente provado, já que existe autonomia entre o patrimônio das pessoas físicas e jurídicas, segundo entendimento jurisprudencial.

ESTABELECIMENTOS EM MESMO ENDEREÇO - RELAÇÃO JURÍDICA EMPREGATÍCIA

No pertinente à constatação de que no estabelecimento da contribuinte estarem sendo realizadas as atividades de empresas terceirizadas/prestadoras de serviço, esta argumenta que usa, para a maioria do serviço de beneficiamento, da mão-de-obra das empresas onde ocorrem os serviços terceirizados. Todavia, tal fato não condiz com a afirmação da Autoridade Fiscal de que "em tese" as empresas

prestadoras de serviços/terceirizadas não teriam personalidade jurídica, sendo uma extensão da litigante, pois estão em espaços separados e cada uma possui personalidade jurídica própria Transcreve excertos de decisão proferida pelo Conselho de Contribuintes (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF) em decisão de 23/01/2008, que decide pela inexistência de simulação para o desmembramento das atividades com o objetivo de racionalizar as operações e diminuir a carga tributária.

As empresas estariam próximas umas das outras (a contribuinte litigante e as terceirizadas/prestadoras de serviço) por uma questão de logística, para redução de custos, mas mantendo sua independência de funcionamento, sendo que as terceirizadas RHH Indústria de Calçados Ltda e Indústria de Calçados Monte Bianco Ltda, estão estabelecidas em Santa Maria do Herval, cidade diferente da litigante (Dois Irmãos) Além disso, em relação aos fatos apurados contra a contribuinte, esta informa que possui em torno de 1400 empregos diretos; que a filial que estaria funcionando no mesmo endereço de uma das terceirizadas - Civilanova - está desativada e que nunca coexistiu com a prestadora de serviço; nega que as terceirizadas RHH e Monte Bianco sejam duas empresas funcionando no mesmo prédio, fazendo analogia com o planejamento logístico da General Motors do Brasil - GMB em relação às sistemistas; salienta que o Relatório Fiscal em momento algum relata o cotidiano da relação empregatícia, à luz do princípio da primazia da realidade, a fim de configurar a suposta situação fática aduzida. E para a ocorrência ou não da relação de emprego, deve-se analisar um conjunto de requisitos, de forma pontual e realista, quais sejam: não eventualidade, subordinação e pagamento de remuneração. Ao mesmo tempo, devem ser analisados os requisitos pertinentes às empresas terceirizadas, quais sejam: exercício de atividade de apoio e não subordinação dos trabalhadores cedidos.

Afirma que no caso, ainda que se admita a legitimidade da auditora fiscal para desconsiderar a relação de emprego, ainda assim a ilustre fiscal deixou de demonstrar de forma fática qualquer vínculo de subordinação dos empregados das empresas terceirizadas perante a empresa Henrich (litigante).

TERCEIRIZADAS COM A MESMA CONTADORA

Na afirmação da Autoridade Fiscal de existência de duas empresas (Civitanova Indústria de Calçados Ltda e Indústria de Calçados Monte Bianco Ltda) terceirizadas/prestadoras de serviço com a mesma contadora serem um indício do esquema simulatório, a litigante alega que este fato não é proibido pela legislação, sendo livre a escolha de profissionais para a prestação de serviço, ainda mais de que estes tenham experiência no ramo de negócios do empregador. Observa ainda que o fato de terem a mesma contadora não faz com que as empresas terceirizadas/prestadoras de serviço percam sua personalidade jurídica e independência, nem há prova de nenhuma irregularidade desta profissional, até porque a contribuinte/litigante não pode ser responsável por atos de terceiros, distintos de seus próprios atos.

MIGRAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS DA CONTRIBUINTE PARA TERCEIRIZADA

Continuando sua defesa, a contribuinte/litigante alega que a contratação de seus funcionários despedidos pela empresa terceirizada Civitanova Indústria de Calçados Ltda não apresenta nenhuma irregularidade, haja vista que os empregados despedidos podem escolher trabalhar na mesma área de atuação e em outra empresa próxima.

Relata que sequer os funcionários das terceirizadas entendem ter a Henrich (litigante) qualquer responsabilidade, sequer no âmbito trabalhista, como pode ser observado na amostragem (uma ação de cada empresa) das reclamações trabalhistas interpostas anexas (Anexo 05).

INEXISTÊNCIA DE PATRIMÔNIO DAS TERCEIRIZADAS

Neste tópico, a litigante argumenta que seria uma razão vazia para fins da constatação da simulação, pois as empresas ligadas ao SIMPLES, em sua maioria, não dispõem de patrimônio. Por isso, a litigante faz questionamento como: se ausência de patrimônio das empresas no SIMPLES é um fenômeno geral e nacional, o Fisco fiscalizara, uma a uma, para desconsiderar suas operações e glosar os créditos das contribuições? Tal consideração seria necessária, levando em conta o princípio constitucional da isonomia e legalidade, ao qual a Autoridade Fiscal é submetida.

Então, considerando toda sua defesa, a contribuinte conclui que não há razões de fato nem de direito que dêem guarida à desconsideração da relação jurídica entre as prestadoras de serviço e a impugnante, pois as razões levantadas pela autoridade Fiscal fazem parte das técnicas industriais e comerciais do mundo contemporâneo, sendo as empresas juridicamente distintas, com personalidade jurídica própria: sócios, empregados, faturamentos, contabilidade, contadores distintos e domicílio. Por conseguinte, as empresas tidas com o fito de burlar o Fisco são pessoas jurídicas inconfundíveis e legalmente constituídas, sendo um direito do contribuinte, para fazer frente ao mercado externo, escolher entre as várias alternativas legais, a menos onerosa no planejamento de sua produção industrial, nos termos da doutrina.

Por fim, finalizando sua manifestação de inconformidade, a contribuinte/litigante solicita o ressarcimento imediato da parcela glosada, devidamente corrigida pela taxa SELIC”

A DRJ de Porto Alegre/RS julgou improcedente a manifestação de inconformidade, não reconhecendo o direito creditório conforme **Acórdão nº 10-34.577** a seguir transcrito:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/07/2009 a 30/09/2009

PRELIMINAR DE NULIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA E INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE FISCAL – NÃO COMPROVAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA.

A preliminar de nulidade por cerceamento de defesa e incompetência da Autoridade Fiscal não restaram comprovadas pela contribuinte/litigante, acarretando a improcedência da alegação da defesa.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - INEXISTÊNCIA MATERIAL DE SEPARAÇÃO ENTRE A ENCOMENDANTE E A PRESTADORA DE SERVIÇOS - SIMULAÇÃO - DESCARACTERIZAÇÃO DA OPERAÇÃO - GLOSA DOS CRÉDITOS FAVORÁVEIS AO CONTRIBUINTE.

A realização da prestação de serviço de industrialização da produção quando a empresa encomendante e a empresa prestadora de serviços são separadas formalmente, no papel, mas na realidade, de fato, inexistente separação, pois,

materialmente, são e atuam como uma única entidade, caracteriza simulação de atos visando benefícios tributários, acarretando a ilegalidade da operação. Por conseguinte, a simulação gera a descaracterização da industrialização por encomenda e a consequente glosa dos créditos favoráveis ao contribuinte gerados pela operação realizada de forma ilegal, nos termos da legislação específica.

TAXA SELIC - FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

Não incidem correção monetária e juros sobre os créditos de PIS e de COFINS objetos de pedido de ressarcimento.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Inconformada com a decisão da DRJ, a Recorrente apresenta **Recurso Voluntário** contra a decisão de primeira instância repisando os mesmos argumentos apresentados na manifestação de inconformidade e rebatendo o disposto na decisão de piso.

Dando-se prosseguimento ao feito o presente processo foi objeto de sorteio e distribuição à minha relatoria.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Marcos Roberto da Silva

Da competência para julgamento do feito

O presente colegiado é competente para apreciar o presente feito, em conformidade com o prescrito no artigo 23B do Anexo II da Portaria MF nº 343, de 2015, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais RICARF, com redação da Portaria MF nº 329, de 2017.

Conhecimento

O recurso voluntário atende aos requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Da proposta de conversão do julgamento em diligência

A presente discussão versa sobre a Pedido de Ressarcimento de PIS nº 11313.97157.221009.1.1.08-7243 (fls. 01 a 04) referente ao 3º Trimestre de 2009 no valor de R\$235.375,33. Deste valor foram glosados R\$18.645,24 referente a desconsideração dos serviços prestados pelas empresas Civitanova Indústria de Calçados Ltda, Indústria de Calçados Monte Bianco Ltda e RHH Indústria de Calçados Ltda por considerar que os valores

relacionados a estes serviços a bem da verdade seriam custos relacionados a própria folha de pagamento da Henrich & Cia Ltda e que não poderia se creditar das contribuições em relação aos serviços de mão-de-obra por expressa vedação legal.

A glosa cujo relatório encontra-se no documento intitulado “Auto de Infração” e-fls. 85 a 93 tomou por base o Relatório do Auto de Infração do processo 11065.001325/2009-18 no qual concluiu que “as empresas Civitanova, RHH e Monte Bianco, empresas optantes pelo SIMPLES e SIMPLES NACIONAL, constituem empresas interpostas utilizadas pela empresa HENRICH para contratarem empregados com redução de encargos previdenciários”.

A Recorrente alega preliminarmente, em seu Recurso Voluntário, que há necessidade do trânsito em julgado do processo 11065.001325/2009-18 para aplicação dos efeitos práticos no presente processo. No mérito, afirma que não foi comprovada a relação de emprego entre a recorrente e as prestadoras de serviço bem como da incompetência da Receita Federal para descon sideração da relação de emprego.

Concordo em parte com o entendimento da Recorrente no sentido de que havendo decisão no processo 11065.001325/2009-18, bem como outra decisão sobre o mesmo ponto em comum aqui no presente processo teríamos o risco de haver conflito de decisões. Contudo, cabe destacar que estamos diante de tributos e fundamentos distintos nos quais podem e devem ser julgados modos independentes. No processo 11065.001325/2009-18 está sendo analisado a aferição indireta das remunerações de segurados empregados e contribuintes individuais para cobrança das contribuições da empresa (recorrente) tendo por base as folhas de pagamento das empresas Civitanova Indústria de Calçados Ltda, Indústria de Calçados Monte Bianco Ltda e RHH Indústria de Calçados Ltda. Entretanto, no presente processo está se tratando de glosa de créditos das contribuições ao PIS não cumulativas por ocasião de pedidos de ressarcimento na qual foi relatada e fundamentada conforme “auto de infração” de e-fls 85 a 93 cuja base é a descon sideração das notas fiscais das empresas Civitanova Indústria de Calçados Ltda, Indústria de Calçados Monte Bianco Ltda e RHH Indústria de Calçados Ltda.

Percebe-se que o ponto em comum está relacionado à estreita ligação entre a recorrente e as empresas Civitanova Indústria de Calçados Ltda, Indústria de Calçados Monte Bianco Ltda e RHH Indústria de Calçados Ltda.

Apesar de já haver decisão deste Conselho no processo 11065.001325/2009-18, o Acórdão 2402-005.258 decidiu declarar a nulidade do lançamento por vício formal sem adentrar no mérito. Ou seja, não houve julgamento do ponto em comum acima assinalado e, portanto, entendo haver a possibilidade de julgamento por parte desta turma sem que haja decisões conflitantes.

O relatório intitulado “auto de infração” do presente processo (e-fls. 85 a 93) toma por base fatos observados na ação fiscal e que fundamentaram a ligação entre a recorrente e as empresas Civitanova Indústria de Calçados Ltda, Indústria de Calçados Monte Bianco Ltda e RHH Indústria de Calçados Ltda, quais sejam:

- a) Grau de parentesco entre os sócios da Henrich e seus fornecedores;
- b) Atividade desenvolvida no mesmo endereço;
- c) Mesma contadora;

d) Migração dos funcionários da Henrich para a recém constituída Civitanova;

e) Emissão de notas fiscais sequenciais;

f) Ausência de patrimônio das terceirizadas;

g) Dependência financeira das terceirizadas.

Os documentos que suportaram estas afirmações encontram-se no processo 11065.001325/2009-18 e que não foram juntados aos presentes autos.

Diante do exposto voto por baixar o presente processo em diligência para que a autoridade competente da unidade fiscal de origem proceda a juntada dos “Anexo Documentos de Prova” constante do processo 11065.001325/2009-18.

Para tanto, devem os presentes autos retornar para a **Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil em Novo Hamburgo**, para atendimento da diligência.

Após esta providência, os presentes autos deverão ser devolvidos a este CARF, para prosseguimento do feito.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Roberto da Silva