



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

Processo nº 12045.000495/2007-14
Recurso nº 249.231 Voluntário
Acórdão nº 2301-01.608 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de agosto de 2010
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO
Recorrente DIRVAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MALHAS LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1998 a 28/02/2005

DECADÊNCIA. PRAZO PREVISTO NO CTN. O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91. Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, que é o caso das contribuições previdenciárias, devem ser observadas as regras do Código Tributário Nacional - CTN. Assim, tratando-se de descumprimento de obrigação principal aplica-se o art. 173, I, caso se refira a obrigação acessória cabível o artigo 150, §4º.

INCRA. É legítimo o recolhimento da contribuição social para o INCRA pelas empresas urbanas

OCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO DAS “EMPRESAS TERCEIRIZADAS”. CARACTERIZAÇÃO GRUPO ECONÔMICO.

Foi provada a ocorrência de simulação com o intuito de afastar a incidência da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração paga aos segurados empregados das empresas “terceirizadas”, já que estas eram optantes do sistema simplificado de arrecadação tributária.

PRÓ-LABORE. RECURSO GENÉRICO. PRECLUSÃO PROCESSUAL.

Reputa-se não impugnada a matéria relacionada ao lançamento que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante, o que impede o pronunciamento do julgador administrativo em relação ao conteúdo do feito fiscal com esta matéria relacionado, restando, pois, definitivamente constituído o lançamento na parte em que não foi contestado.

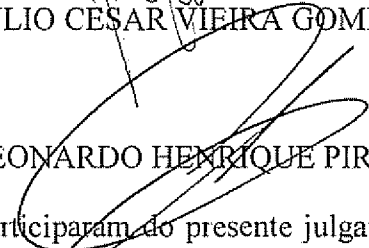
Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, em dar provimento parcial ao recurso: por maioria de votos, vencido o relator, pelo reconhecimento da decadência com base no artigo 173, I do CTN e; no mérito, por unanimidade de votos, em excluir parte dos valores lançados, nos termos do voto do relator. O Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes apresentará voto vencedor quanto à decadência.


JULIO CESAR VIEIRA GOMES – Presidente


LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva, Adriano Gonzáles Silvério, Damião Cordeiro de Moraes e Julio Cesar Vieira Gomes (presidente).

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, emitida em 15/06/05, em desfavor da Dirval Industrial e Comércio de Malhas Ltda, referente às contribuições sociais destinadas à Seguridade Social, correspondentes a parcela da empresa, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e as destinadas a Terceiros (Salário Educação, INCRA, SENAI, Sesi e SEBRAE), durante o período de 03/98 a 02/05.

De acordo com o Relatório Fiscal de fls. 122/157, tem-se como fatos geradores o pagamento ou crédito de remunerações aos segurados empregados pelos serviços prestados, lançadas em folha de pagamento nas rubricas “D18- Folha pgto. Dirval antes GFIP” e “DIR – Folha de Pagamento Dirval”, bem como a retirada de pró-labore dos segurados contribuintes individuais sócios-administradores, lançada em folha de pagamento, discriminada no Relatório de Lançamento – RL, nas rubricas “DI8 – Folha pgto. Dirval antes GFIP” e “DIR – Folha de pagamento Dirval”.

Inconformada, foram apresentadas Defesas tempestivas pelas empresas Sul Indústria e Comércio de Confecções Têxteis Ltda (fls. 435/457), Arpa Confecções Ltda (fls. 507/529), Confecções Damas Ltda (fls. 588/611) e Helga Duwe Sierwerdt (fls. 687/679), tendo a Decisão-Notificação de fls. 746/766, julgado procedente o lançamento.

Irresignadas foram interpostos Recursos Voluntários tempestivos pelas empresas Dirval Indústria e Comércio de Malhas Ltda (fls. 777/796), Sul Indústria e Comércio de confecções Têxteis Ltda (fls. 799/818), Arpa Confecções Ltda (fls. 821/840), Confecções Damas Ltda (fl. 843/862) e Helga Duwe Sierwerdt (fls. 865/884), alegando, em síntese:

- a) a decadência do direito de constituir o crédito previdenciário;
- b) a fiscalização entendeu que houve uma simulação na criação das empresas ora terceirizadas da recorrente, o que, de fato, não restou demonstrado. Aduz que, ainda que existisse o suposto grupo econômico,

como informado pelo fisco, o INSS não possui competência para declarar uma simulação e presumir sua existência;

- c) a NFLD indicou como fundamento legal para tributação o art. 30, IX, da Lei 8.212/91, no entanto, tal dispositivo não autoriza a fiscalização declarar uma simulação e presumir a existência de um grupo econômico para fins de tributação;
- d) a IN 100/2003, do INSS, definiu grupo econômico com base em norma de cunho trabalhista, e não tributária, de modo que não tem aparo em qualquer norma legal válida que lhe dê suporte jurídico e albergue a interpretação “extensiva” que determina;
- e) o lançamento caracteriza dupla tributação, considerando que as empresas terceirizadas pagaram os tributos patronais pelo SIMPLES e, agora, com a cobrança pelo sistema normal de recolhimento imputada à Recorrente, evidencia-se duas incidências sobre um mesmo fato gerador;
- f) a inconstitucionalidade da cobrança de contribuição ao INCRA;
- g) deve ser deduzido das contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração de avulsos e individuais, o montante correspondente aos 5% de alíquota cobrados em desacordo com o disposto na LC nº 84/96 desde o advento da Lei nº 9.876/99.

Por fim, fora apresentada Contra-Razões às fls. 901/902, aduzindo que os argumentos expostos no Recurso Voluntário não justificam qualquer alteração do lançamento. Ressalta, porém, que o bem imóvel oferecido para arrolamento por todas as interessadas para interposição dos respectivos recursos é o mesmo, o que vem a reforçar a convicção a que chegou a fiscalização e o julgador de primeira instância de existência de grupo econômico de fato.

É o relatório.

Voto

Conselheiro LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES, Relator

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Sendo tempestivo, conheço do Recurso e passo ao seu exame.

Da Decadência

No caso em apreço, a decisão recorrida entendeu que o prazo de decadência de que goza o INSS para constituir seus créditos é de 10 (dez) anos, contados a partir do primeiro dia do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 45 da Lei 8.212/01

Pois bem. A Notificação Fiscal de Lançamento de Débito em questão fora emitida em 15/06/05 e abrange competências de 03/1998 a 02/2005. Ressalte-se, ainda, tendo em vista o entendimento de outros membros desta Colenda Turma, que a data de início da

fiscalização ocorreu em 01/03/05, tendo o contribuinte tomado ciência dia 01.03.05, conforme Mandado de Procedimento Fiscal acostado às fls. 117.

Logo, todas as competências anteriores a 06/2000 foram atingidas pela decadência, pois nas sessões plenárias dos dias 11 e 12/06/2008, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08. Seguem transcrições:

Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator:

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

Súmula Vinculante nº 08:

"São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário".

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *in verbis*:

Art 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como



proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Lei nº 11.417, de 19/12/2006:

Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Temos que a partir da publicação na imprensa oficial, que se deu em 20/06/2008, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante.

Assim, afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional - CTN se aplicar ao caso concreto.

No caso em apreço, inclino-me à tese jurídica na Súmula Vinculante nº 08 para acatar o prazo decadencial exposto no Código Tributário Nacional, em seu artigo 150, §4º, pois o lançamento se refere a obrigação principal:

Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.



§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Desta feita, considerando que a consolidação do crédito previdenciário se deu em 15/06/2005 e que a autuação abrange as competências de 03/1998 a 02/2005, tenho como certo que as competências anteriores a 06/2000 foram atingidas pela decadência quinquenal.

Da Contribuição ao INCRA

Quanto às empresas urbanas terem de recolher contribuição destinada ao INCRA, não há óbice normativo para tal exação. Não se olvida que a contribuição destinada ao INCRA tenha natureza distinta das contribuições sociais da Seguridade Social. As competências do INCRA são atribuídas pela sua lei de criação, Decreto-Lei nº 1.110, de 09/07/1970, e o Estatuto da Terra:

A contribuição ao INCRA não alcança exclusivamente a produção rural, conforme sua lei de instituição, que relaciona atividades industriais que podem ser desenvolvidas tanto no meio rural como nas regiões urbanas.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que também se consolidou no Supremo Tribunal Federal:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNRURAL E INCRA - EMPRESA URBANA - LEGALIDADE - ORIENTAÇÃO DESTA PRIMEIRA SEÇÃO, SEGUINDO A JURISPRUDÊNCIA DO STF - RECURSO NÃO ADMITIDO - SÚMULA 168/STJ - AGRAVO REGIMENTAL - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA - MERA REPETIÇÃO DAS RAZÕES DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - IRRESIGNAÇÃO MANIFESTAMENTE INFUNDADA - RECURSO NÃO CONHECIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.

1. Nos termos da orientação desta Primeira Seção e do Supremo Tribunal Federal, é legítimo o recolhimento da contribuição social para o FUNRURAL e INCRA pelas empresas urbanas. Considerando que o acórdão embargado corroborou esse entendimento, correta é a aplicação da Súmula 168 desta Corte Superior.

2. Não tendo a agravante rebatido especificamente os fundamentos da decisão recorrida, limitando-se a reproduzir as razões oferecidas nos embargos de divergência, é inviável o conhecimento do recurso.

3. Tratando-se de agravo interno manifestamente infundado, impõe-se a condenação da agravante ao pagamento de multa de 10% (dez por cento) sobre o valor corrigido da causa, nos termos do art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil

4. Agravo interno não conhecido, com aplicação de multa.

(AgRg nos EREsp 530802/GO. Primeira Seção. Relatora Ministra DENISE ARRUDA. Julgamento 13/04/2005. DJ 09/05/2005, p. 291) (sem grifos no original)



Ementa no Agravo Regimental do Recurso Extraordinário de nº 211.190, publicado no Diário da Justiça em 29 de novembro de 2002:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DESTINADA A FINANCIAR O FUNRURAL. VIOLAÇÃO DO PRECEITO INSCRITO NO ARTIGO 195 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO INSUBSISTENTE. A norma do artigo 195, caput, da Constituição Federal, preceitua que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sem expender qualquer consideração acerca da exigibilidade de empresa urbana da contribuição social destinada a financiar o FUNRURAL. Precedentes. Agravo regimental não provido

Da existência de Grupo Econômico

Quanto a esse ponto, a Recorrente apenas limitou-se a contestar a existência de grupo econômico e de simulação. Porém, ressalte-se que, o que fiscalização constatou em ação fiscal desenvolvida na empresa e demonstrou no relatório da NFLD foi a existência de uma simulação na contratação das empresas elencadas no Relatório Fiscal de fls. 122/157 e a existência dos elementos caracterizadores do vínculo empregatício entre a ora Recorrente e as pessoas físicas que lhe prestaram serviços por meio dessas empresas.

A auditoria demonstrou, também, que as empresas contratadas para prestarem serviços de facção operaram, na verdade, como filiais da recorrente.

Da análise dos fatos apresentados, verifica-se a existência de uma simulação no procedimento de terceirização adotado pela ora Recorrente, em que a Dirval Indústria e Comércio de Confecções Têxteis Ltda possui o controle administrativo sobre as seguintes empresas: Sul Indústria e Comércio de Confecções Têxteis Ltda, Arpa Confecções Ltda, Helga Duwe Siewerdt e Confecções Damas Ltda, configurando, desta feita, grupo econômico, previsto no inciso IX, do art. 30 da Lei 8.212/91.

Na definição de Clóvis Beviláqua, a simulação é uma declaração enganosa da vontade, visando a produzir efeito diverso do ostensivamente indicado (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado – 15ª Edição).

O Código Civil Brasileiro de 2002, traz, no § 1º, do art. 167, as hipóteses em que fica configurada a ocorrência de simulação:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados



E, conforme demonstrado nos autos, a situação verificada pela auditoria fiscal se enquadra perfeitamente no dispositivo legal transcrito acima.

Segundo Orlando Gomes, ocorre simulação quando em um negócio jurídico se verifica intencional divergência entre a vontade real e a vontade declarada, com o fim de enganar terceiro (Introdução ao Estudo do Direito – 7ª Edição).

E, de acordo com o art. 118, inciso I, do CTN, a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos.

Assim, em respeito ao Princípio da Verdade Material e pelo poder-dever de buscar o ato efetivamente praticado pelas partes, a Administração, ao verificar a ocorrência de simulação, pode superar o negócio jurídico simulado para aplicar a lei tributária aos verdadeiros participantes do negócio.

Vale ressaltar, ainda, que a desconsideração da personalidade jurídica não é ato privativo do Poder Judiciário. Esse é o entendimento fixado na jurisprudência deste Conselho de Contribuintes e de nossos tribunais, conforme julgados cujos trechos transcrevo abaixo:

TRF 1ª Região - Apelação Cível 94.01.13621-1/MG DJ 12/04/2002

"Salienta-se ainda que é desnecessária qualquer declaração judicial prévia para anular os atos jurídicos entre as partes, já que seus reflexos tributários existem independentemente da validade jurídica dos atos praticados pelos contribuintes, nos termos do artigo 118, I, do Código Tributário Nacional.

Ademais, a questão central dos autos cinge-se à repercussão para os efeitos tributários do ato simulado, ou seja, de sua ineficácia para fins de dedução de tais prejuízos.

Uma vez comprovada que o sujeito passivo agiu com dolo, fraude ou simulação, como de fato o foi no caso em tela, a autoridade administrativa tem plenos poderes para efetuar a glosa da dedução de imposto ilegítimamente realizada pela Autora, nos termos do art. 149, inciso VII, do CTN..."

TRF 4ª Região - Apelação Em Mandado De Segurança nº 2003.04.01.058127-4 – Data da Decisão: 31/08/2005

PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ULTRA PETITA. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO DE RECEITAS. IMPOSTO DE RENDA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA.

(...)

3. A proposição de invalidade do procedimento fiscal não merece guarida, pois os elementos coligidos aos autos dão conta de que o Fisco procedeu à investigação e à fiscalização dentro dos limites da lei, não ocorrendo qualquer excesso violador de direito individual, garantindo-se à impetrante a ampla defesa e o contraditório, tanto na via administrativa, quanto na judicial.

4. Restando provados, à saciedade, os fatos que embasaram o lançamento tributário, bem como o dolo, a fraude e a simulação, é desnecessária a utilização da



teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, aplicando-se o art. 149, VII, do CTN.

Acórdão 107-08247– Sétima Câmara – 12/09/2005

IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA – OMISSÃO DE RECEITA – INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS – SIMULAÇÃO. Comprovado pela Fiscalização que a Recorrente utilizou-se de terceiro para omitir receita, fato este que não foi descaracterizado em qualquer momento por aquela, é de ser mantido o Lançamento de Ofício.

IRPJ – SIMULAÇÃO – MULTA AGRAVADA. Mantém-se a multa agravada se caracterizada a omissão de receita através de simulação.

Nesse sentido, cita-se o entendimento de Heleno Tôrres em sua obra Direito Tributário e Direito Privado – Autonomia Privada, Simulação, Elusão Tributária – Ed. Revista dos Tribunais – 2003 – pág. 371:

“Como é sabido, a Administração Tributária não tem nenhum interesse direto na desconstituição dos atos simulados, salvo para superar-lhes a forma, visando a alcançar a substância negocial, nas hipóteses de simulação absoluta. Para a Administração Tributária, como bem recorda Alberto Xavier, é despidiendo que tais atos sejam considerados válidos ou nulos, eficazes ou ineficazes nas relações privadas entre os simuladores, nas relações entre terceiros ou nas relações entre terceiros com interesses conflitantes. Eles são simplesmente inoponíveis à Administração, cabendo a esta o direito de superação, pelo regime de desconsideração do ato negocial, da personalidade jurídica ou da forma apresentada, quando em presença do respectivo “motivo” para o ato administrativo: o ato simulado”

Portanto, na presença de simulação, a auditoria fiscal tem o poder-dever de não permanecer inerte, pois tais negócios são inoponíveis ao fisco no exercício da atividade plenamente vinculada do lançamento, que no caso em tela encontra respaldo ainda no artigo 149, inciso VII do CTN que dispõe o seguinte:

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

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

Restou demonstrado, pela fiscalização, que os expedientes utilizados pela Recorrente tinham por objetivo simular negócio jurídico, no qual a *intentio facti* se divorcia da *intentio iuris*, ou seja, a intenção das partes é uma, a forma jurídica adotada é outra.

As transferências de empregados que ocorreram entre as empresas citadas pela fiscalização corrobora a afirmação da auditoria fiscal de que não existem vários, mas apenas um empreendimento industrial, ou seja, apenas uma empresa.

Cita-se, como exemplo, o desenvolvimento da carreira de um funcionário pelas empresas do grupo: o funcionário Raimundo Taschner, foi admitido pela Dirval Malhas, depois demitido e admitido na Sul Indústria e Comércio de Confecções Têxteis Ltda, o que

evidencia a transferência do empregado para outra empresa do grupo inscrita no SIMPLES. Depois, o Sr. Raimundo fora promovido a encarregado, demitido novamente e readmitido na Dirval Malhas, o que evidencia o crescimento do funcionário dentro das empresas do grupo Dirval Malhas.

Em seu Recurso, a Recorrente não nega muitas das constatações feitas pelo auditor fiscal, apenas se justifica, alegando que, não houve a simulação de grupo econômico.

Todavia, os fatos narrados acima, bem como os outros minuciosamente descritos no Relatório Fiscal, reforçam a convicção de que as empresas prestadoras são, na verdade, filiais da recorrente.

Dessa forma e por tudo que foi exposto no Relatório Fiscal, entendo que restou caracterizada a existência de uma única organização empresarial, envolvendo todas as empresas arroladas pela fiscalização, restando clara a relação de matriz-filial entre a Recorrente e as “empresas terceirizadas”.

Com isso, restou evidenciado nos autos a relação de emprego entre a Dirval Indústria e as pessoas físicas que lhes prestaram serviços por intermédio das empresas contratadas.

Ademais, a fiscalização constatou e demonstrou a presença dos pressupostos caracterizadores da relação de emprego, quais sejam, a não eventualidade, a subordinação jurídica, a personalidade e a onerosidade.

Outrossim, outro fato que corrobora a formação do grupo econômico é o de que o bem imóvel oferecido para arrolamento por todas as interessadas para interposição dos respectivos recursos é o mesmo.

Com efeito, conforme relatado e comprovado no Relatório Fiscal, as empresas Arpa Confecções, Confecções Damas, Sul Textil e Helga Duwe, embora tenham personalidades jurídicas próprias, não possuem autonomia financeiro-patrimonial e administrativa e, portanto, são mantidas pela Dirval malhas, sendo dirigidas pelas mesmas pessoas e prestam serviços somente umas às outras a bem da atividade empresarial do grupo.

Da Dupla Cobrança das Contribuições

Quanto ao SIMPLES, este é um tratamento especial tributário, criado pela Lei nº 9.317/96, que visa a atender as micro e pequenas empresas, mediante unificação mensal de pagamento de impostos e contribuições, entre as quais a Seguridade Social. A legislação que instituiu as pequenas e micro empresas fixou requisitos determinantes para o enquadramento nestas categorias.

Ante tal situação, surgem desvirtuamentos, tendentes ao enquadramento indevido no SIMPLES, mediante ardis de utilização de empresas “formalmente” adequadas aos requisitos necessários, notadamente para usufruir o favorecimento da contribuição substitutiva da Seguridade Social, prevista no art. 22 da Lei 8.212/91.

No caso em apreço, foi provado pela fiscalização que ocorreu simulação com o intuito de afastar a incidência da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração paga aos segurados empregados das empresas Arpa Confecções, Confecções Damas, Sul Textil e Helga Duwe, que são optantes pela sistemática de tributação simplificada, vez que restou

caracterizado que a DIRVAL Malhas é a real responsável por toda atividade empresarial do grupo, sendo a verdadeira responsável e empregadora desses funcionários.

No entanto, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa do Estado e a dupla cobrança das contribuições, já que parte dos valores devidos teriam sido pagos através das “empresas terceirizadas”, entendo que não há razão para desconsiderar os recolhimentos realizados por essas empresas através da sistemática do simples relativamente a parcela do INSS, devendo, no meu entendimento, ser excluído do lançamento o valor correspondente a parte que cabe ao INSS dos recolhimentos efetuados com base na sistemática do SIMPLES, caso efetivamente tenha ocorrido recolhimentos e os períodos sejam coincidentes com o presente lançamento e que não tenham sido declarados decaídos nesse julgamento.

Do Pagamento a Título de Pró-Labore

De acordo com o Relatório Fiscal de fls. 122/157, os lançamentos da presente NFLD referem-se a cobrança de contribuições devidas à Previdência Social não recolhidas ao INSS, incidentes sobre a remuneração paga aos segurados empregados da empresa constantes em suas folhas de pagamento e sobre a retirada de pró-labore dos segurados contribuintes individuais sócios-administradores.

Ocorre que, nas razões recursais ora em apreço, a Recorrente sequer se defendeu quanto as contribuições incidentes sobre a retirada de pró-labore, ou seja, apresentou uma defesa genérica, não se desincumbindo do ônus da prova em contrário.

Pois bem. A despeito de tal discussão, imperioso trazer a baila o que preconiza o art. 9º, §6º da Portaria nº 520, de 19 de maio de 2004, *in verbis*:

Art. 9º A impugnação mencionará:

(...)

§ 6º Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

Desta feita, conclui-se, do acima exposto, que reputa-se não impugnada a matéria relacionada ao lançamento que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante, o que impede o pronunciamento do julgador administrativo em relação ao conteúdo do feito fiscal com esta matéria relacionado, restando, pois, definitivamente constituído o lançamento na parte em que não foi contestado.

Nota-se, portanto, que houve a preclusão processual, uma vez que não houve insurgência da Recorrente quanto a pretensão externada no lançamento. Ademais, a despeito de tal instituto, importante citar os ensinamentos de Fredie Didier Júnior, *in verbis*:

“Entende-se que a preclusão está intimamente relacionada com o ônus, que, como se sabe, é situação jurídica consistente em um encargo do direito. A parte detentora de ônus deverá praticar ato processual em seu próprio benefício, no prazo legal, e de forma correta: se não o fizer, possivelmente este comportamento poderá acarretar consequências danosas para ela. (...) a preclusão decorre do não-atendimento de um ônus, com a prática de ato-fato caducificante ou ato jurídico impeditivo, ambos lícitos, conformes com o direito.

Com isso, entendo que, no caso em apreço, ocorreu a preclusão consumativa, que é a extinção da faculdade de praticar um determinado ato processual em virtude de já haver

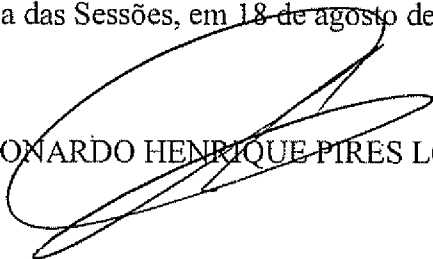
ocorrido a oportunidade para tanto, ficando, portanto, o julgador impossibilitado de analisar a questão de mérito, posto que não contestada pela Recorrente.

Da Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso, para, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, afastando do presente lançamento as competências anteriores a 06/00 posto que decaídas, bem como para que seja descontado do lançamento a parcela referente ao INSS dos recolhimentos das “empresas terceirizadas” na sistemática do SIMPLES, caso efetivamente tenha havido recolhimentos, os períodos sejam coincidentes e que não tenham sido declarados decaídos no presente julgamento.

É como voto.

Sala das Sessões, em 18 de agosto de 2010.


LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro JULIO CESAR VIEIRA GOMES, Redator designado – **voto vencedor somente no tocante a preliminar de decadência.**

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

Nas sessões plenárias dos dias 11 e 12/06/2008, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08. Seguem transcrições:

Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator:

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo



único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

Súmula Vinculante nº 08:

"São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário".

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *in verbis*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Lei nº 11 417, de 19/12/2006:

Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

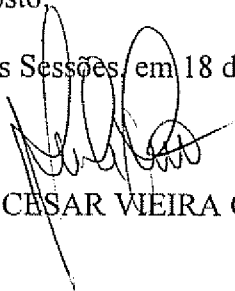
Como se constata, a partir da publicação na imprensa oficial, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante. Assim sendo, independente de meu entendimento pessoal sobre a matéria, manifestado em meus votos anteriores, inclino-me à tese jurídica na Súmula Vinculante nº 08.



Afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional - CTN se aplicar ao caso concreto. Compulsando os autos, constata-se através do Discriminativo Analítico do Débito que o recorrente não efetuou pagamento parcial de suas obrigações as quais se refere o lançamento. Daí, deve prevalecer a regra trazida pelo artigo 173, I do CTN.

Em razão do exposto, acato a preliminar de decadência para provimento parcial ao recurso interposto.

Sala das Sessões, em 18 de agosto de 2010



JULIO CESAR VIEIRA GOMES - Redator designado