



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

Processo nº 17460.000208/2007-99
Recurso nº 256.042
Despacho nº **2403-00.006 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Data 1 de dezembro de 2010
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Recorrida BICAL BIRIGUI CALÇADOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA

RESOLVEM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento do recurso em diligência a fim de cientificar o contribuinte da decisão da DRJ e abrir prazo para interposição de recurso voluntário.

Carlos Alberto Mees Stringari – Presidente e Relator.

Participaram também da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Ivacir Julio de Souza, Marcelo Magalhães Peixoto e Cid Marconi Gurgel de Souza. Ausente o conselheiro Marthius Sávio Cavalcante Lobato.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de ofício apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto, Acórdão 14- 19.023 - 9ª Turma, que julgou procedente em parte o lançamento, oriundo de descumprimento de obrigação tributária legal principal. O crédito inicialmente lançado era de R\$ 6.160.692,90 e após retificado, foi reduzido para R\$ 5.141.711,87.

Segundo a fiscalização, de acordo com o Relatório Fiscal (RF), fls. 118 a 169, os fatos geradores são assim apresentados:

3. Constituem fatos geradores das contribuições lançadas:

3.1. As remunerações pagas e/ou creditadas aos segurados, empregados e contribuintes individuais (empresários), das empresas relacionadas abaixo, todos considerados pela fiscalização como empregados da Notificada, face a existência dos pressupostos caracterizadores da relação de emprego: não eventualidade, pessoalidade, onerosidade e subordinação.:

L. A. DOS SANTOS GARCIA CALÇADOS LTDA - EPP,

L. C. FINATI CALÇADOS LTDA - EPP,

GONÇALEZ & BOSQUETTE LTDA - EPP,

DEBORTOLI & DEBORTOLI CALÇADOS LTDA - EPP,

V.A VITORETTE CALÇADOS LTDA - EPP e

STÁBILE & BENASSE CALÇADOS LTDA - EPP,

A ciência do lançamento ocorreu em 17/04/2007, após o que a recorrente apresentou impugnação.

Buscando verificar o aproveitamento dos recolhimentos havidos nas empresas de pequeno porte acima citadas, por meio da Resolução 941 -9ª Turma, da DRJ Ribeirão Preto, o processo baixou em diligência.

Os detalhes do lançamento, da impugnação e da diligência estão bem apresentados no relatório do acórdão da DRJ e por essa razão aqui o transcrevo:

Da Lavratura Fiscal:

Trata-se de crédito lançado pela fiscalização referente às contribuições sociais devidas à Seguridade, correspondentes à parte da empresa, alíquota RAT — destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e aquelas destinadas a outras entidades e fundos — Terceiros (Salário-educação, SENAI, SESI e SEBRAE), no montante de R\$ 6.160.692,90 (seis milhões, cento e sessenta mil, seiscentos e noventa e dois reais e noventa centavos). DEBCAD 37.069 622-0, consolidado em 02/04/2007.

A autoridade lançadora esclarece que a fiscalização considerou como empregados da notificada, para fins de aplicação da legislação previdenciária, todos os empregados e contribuintes individuais (empresários) que "formalmente" prestaram serviços às empresas mencionadas no Relatório Fiscal de fls. 118/169.

O crédito constituído na presente NFLD teve por base os valores lançados em folhas-de-pagamentos das Empresas de Pequeno Porte — EPP a seguir relacionadas, sendo consideradas as deduções legais cabíveis (salário-família e salário-maternidade):

- L.A. DOS SANTOS GARCIA CALÇADOS LTDA — EPP;

- L.C. FINATI CALÇADOS LIDA — EPP;

- GONÇALEZ & BOSQUETTE LTDA — EPP;

- DEBORTOLI & DEBORTOLI CALÇADOS LIDA — EPP;

- V.A. VITORETTE CALÇADOS LIDA — EPP;

STÁBILE BENASSE CALÇADOS LIDA — EPP.

Os fatos que levaram a fiscalização a considerar empregados formalmente admitidos pelas EPP, além de seus sócios gerentes, como empregados, de fato da BICAL, nos lermos do Relatório Fiscal, são trazidos a seguir:

A empresa BICAL trabalha no ramo de fabricação e comercialização de calçados, tendo iniciando suas atividades em 24/12/1965, verificando-se a partir da competência 09/2001 uma gradativa redução em seu quadro de empregados, à medida que foram sendo criadas as cinco Empresas de Pequeno Porte — EPP, que absorveram os empregados da BICAL.

Constatou-se que os empregados e sócios-gerentes das EPP trabalham no endereço da BICAL, bem como, naqueles onde funcionavam suas filiais, sendo que de fato tais empresas se fundem, formando um estabelecimento só uma empresa só, com toda sua atividade gerenciada pela BICAL.

Mais adiante, no item 23 do Relatório Fiscal (fls. 147/149) discorre a autoridade lançadora acerca do controle gerencial único afirmando ser irrelevante a vinculação formal dos trabalhadores, pois os mesmos agem como se estivessem respondendo pela BICAL.

Deparou-se ainda a autoridade fiscal com empregados registrados em nome das EPP cujas funções não condizem com suas atividades. Tais empregados exercem atividades que estariam sob a responsabilidade da BICAL.

A seguir, no item 24 do Relatório Fiscal (fls. 149/153), aponta com maiores detalhes os aspectos fáticos que caracterizam os empregados formalmente contratados pelas EPP como empregados, de fato, da BICAL, concluindo que os serviços prestados por tais trabalhadores incluem-se na atividade-fim da BICAL e que a legislação brasileira

consagrou o instituto da terceirização, mas que o mesmo não é absoluto e:

"NEM PODERIA SER DIFERENTE, SOB PENA DE SE PERMITIR QUE UMA EMPRESA EXISTISSE SEM PRECISAR CONTRATAR DIRETAMENTE NENHUM EMPREGADO." (fls. 152)

No item 28 do Relatório Fiscal (fls. 156/157) ocupa-se da "subordinação hierárquica" dos empregados das EPP em relação à BICAL, registrando que o controle de frequência da jornada de tais trabalhadores ficam arquivados nas dependências da BICAL, juntamente com os dos demais empregados.

Afirmou ainda que a divisão apenas no plano formal da "empresa mãe" (BICAL) teve como objetivo possibilitar que as EPP criadas, ao optarem pelo SIMPLES, afastassem as alíquotas de 20% da contribuição patronal, 2% do RAT e 5,8% destinada aos Terceiros.

Na sequência, apresenta detalhado quadro da constituição societária das EPP e analisa os contratos de industrialização celebrados entre estas e a BICAL, os quais entende reveladores da dependência financeira das EPP em relação à BICAL.

Às fls. 147, aponta que as EPP não possuem instalações, máquinas e equipamentos próprios, sendo os mesmos cedidos pela BICAL, arcando esta ainda, com despesas de telefone, água e esgoto, energia elétrica, combustíveis, lubrificantes, manutenção de veículos, manutenção de máquinas e equipamentos, manutenção e reforma de prédios e instalações.

Nos itens 25/27 do Relatório Fiscal (fls. 153/156) aborda outros aspectos da dependência econômica das EPP em relação à BICAL verificados na contabilidade das EPP, bem como, nas notas fiscais por estas emitidas.

Além disso, procedeu à verificação física dos trabalhadores nas empresas envolvidas, concluindo que nenhuma EPP funciona ou funcionou nos endereços constantes em seus contratos sociais, mas sim no endereço da matriz da BICAL ou nos de suas filiais atualmente inativas.

Todos os sócios gerentes das EPP são ex-funcionários da BICAL, entendendo a fiscalização que os mesmos se caracterizam como empregados desta. Discorre sobre os requisitos necessários à caracterização do vínculo empregatício (pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade) em cada um dos casos.

Em continuidade, aborda o princípio da primazia da realidade sobre a forma e o enunciado 331 do TST. Elabora um resumo dos fatos verificados, afirma que embora regularmente constituídas, as EPP não existem de fato, tendo em vista não possuírem patrimônio próprio. Cita os artigos 9º. e 444 da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT com o fito de embasar legalmente a desconsideração dos vínculos empregatícios dos empregados formalmente admitidos pelas EPP, bem como, a suposta condição de seus "sócios gerentes".

Impugnação:

A empresa notificada apresentou defesa tempestiva às fls. 793/828, impugnando a exigência fiscal consubstanciada na presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD.

Após discorrer acerca da lavratura fiscal e do contexto macroeconômico no qual se inserem as atividades analisadas durante o procedimento fiscal, alega que:

O lançamento fiscal é nulo, porque o MPF foi entregue somente ao contador da empresa, que não é seu representante legal, mandatário ou preposto.

Também é nulo o lançamento porque foi cerceado o direito de defesa e o contraditório da impugnante quanto ao documento denominado "Termo de Verificação Física", lavrado pela fiscalização e do qual a empresa só teve conhecimento após o encerramento da fiscalização. A empresa impugna o conteúdo do referido documento.

Ainda restam impugnadas as informações prestadas pelo Sr. Valtair Vitorette, que hoje não mantém qualquer relação com a empresa e pouco ou nada conhece de seu processo produtivo.

Não procede a desconsideração das pessoas jurídicas efetuada pela fiscalização vez que os motivos alegados pela autoridade lançadora não condizem com a realidade, pois:

- não houve a alegada transferência de empregados da BICAL para as EPP nos moldes relatados pela fiscalização, ocorrendo apenas a contrafação de parte dos antigos empregados da BICAL, o que não ocorreu de imediato na maioria dos casos;

- também não é correto afirmar que houve apenas a divisão formal da empresa, sendo que as EPP assumiram efetivamente a responsabilidade pela produção;

- a notificada optou pela contratação de EPP de antigos empregados de sua confiança, com capacidade técnica indiscutível e comprovada, que conheciam o serviço a ser realizado e estavam alinhados com as práticas da empresa;

- inicialmente as EPP utilizaram o maquinário da notificada, mas sob sua supervisão e responsabilidade exclusivas, o que é natural na realidade econômica atual e justifica os procedimentos de trabalho desenvolvidos pelos empregados e sócios gerentes das EPP;

- também não existe a dependência econômica sustentada pela fiscalização, estando as relações comerciais desenvolvidas entre a notificada e as EPP dentro da realidade de mercado para empresas que mantém entre si um bom relacionamento;

- a dependência operacional não se caracteriza, pois, no presente caso temos apenas a associação de empresas que integram um mesmo pólo produtivo;

- reforça sua tese, segundo entende, o fato da notificada contratar outras EPP para a prestação de serviços que não foram mencionadas pela fiscalização.

Os valores supostamente devidos estão incorretos, pois a fiscalização jamais poderia ter desconsiderado os recolhimentos já destinados aos cofres do INSS, decorrentes estes da retenção de 11% (onze por cento) sobre os valores brutos das notas fiscais de prestação de serviços emitidas pelas EPP, e da parcela destinada à Seguridade Social dos tributos recolhidos em guia única decorrente do SIMPLES.

É ilegal a inclusão dos sócios e ex-sócios no pólo passivo da NFLD;

Ao final, requer seja declarada a nulidade desta NFLD por vício formal e inobservância ao direito de ampla defesa e contraditório; caso assim não seja entendido, pugna pela improcedência da exigência fiscal e, independentemente do acolhimento de qualquer dos pedidos anteriores, que os sócios e ex-sócios sejam excluídos do pólo passivo da presente NFLD.

Diligência Fiscal:

Mediante a Resolução 941, de 04 de outubro de 2007 (fls. 958/966), os autos foram encaminhados à autoridade lançadora para os necessários esclarecimentos quanto ao aproveitamento dos recolhimentos previdenciários efetuados nos CNPJ das EPP, através não só das GPS recolhidas em virtude das retenções incidentes sobre as notas fiscais de prestação de serviços emitidas, mas também, eventualmente, das GPS referentes a contribuições retidas dos segurados empregados e contribuintes individuais (empresários), com a elaboração de demonstrativo contendo os recolhimentos efetuados nestas condições, por competência e por empresa, e a elaboração do respectivo FORCED para retificação do débito, evitando-se cobrar novamente da BICAL aquilo que já foi pago formalmente pelas EPP, mas, de fato, pela própria BICAL.

Também foi solicitado à fiscalização a verificação da existência de eventuais processos de restituição formalizados pelas EPP em questão, evitando-se assim, o aproveitamento de valores já restituídos.

A autoridade lançadora veio aos autos às fls. 969, informando a elaboração do demonstrativo e do FORCED solicitados por esta Turma de Julgamento (fls. 970/989) esclarecendo ainda que não existem processos de restituição formalizados pelas EPP.

Regularmente cientificada, a notificada retornou aos autos resumindo o desenvolvimento do feito até aquele momento e aduzindo, em síntese:

- ser impossível a convalidação do ato de lançamento, representado pela retificação do lançamento fiscal em reconhecimento das alegações apresentadas pela impugnante, pois a convalidação só se afigura viável quando não observada a decadência/prescrição e ausente a impugnação do ato (evitando-se afronta ao princípio da segurança jurídica);

- que se caracterizou o cerceamento ao direito à ampla defesa com a concessão do prazo de 10 (dez) dias para manifestação do sujeito passivo, ao invés da reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias;

- que houve inobservância ao devido processo legal ante a não apresentação do valor do débito atualizado, com a possibilidade de pagamento com redução da multa de mora (cita o artigo 239, parágrafo 11 do RPS).

Na sequência, ratifica argumentos anteriormente apresentados na impugnação relativos à nulidade decorrente da entrega do MPF ao contador e da inconsistência da desconsideração das personalidades jurídicas das EPP e finaliza pleiteando a declaração da NULIDADE do lançamento fiscal, caso assim não se entenda, a REABERTURA DO PRAZO DE DEFESA e a INFORMAÇÃO DO VALOR ATUAL E SUPOSTAMENTE DEVIDO (para fins do disposto no artigo 239, parágrafo 11 do RPS) ou ainda, caso superados os requerimentos anteriores, que sejam julgado IMPROCEDENTE o lançamento fiscal.

Registro que não há no processo registro da ciência da contribuinte do resultado do julgamento realizado pela DRJ, nem recurso voluntário.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari, Relator

O processo administrativo fiscal é regido por um conjunto de princípios, dentre os quais o contraditório e a ampla defesa.

Neste processo se verifica o vício de não ter sido dado ciência à contribuinte do resultado do julgamento efetuado pela DRJ, o que impede o contraditório e a ampla defesa

Entendendo que é possível sanar o vício acima apresentado. Para tanto, faz-se necessário converter o julgamento do recurso em diligência a fim de cientificar o contribuinte da decisão da DRJ e abrir prazo para interposição de recurso voluntário.

É como voto.

Carlos Alberto Mees Stringari