

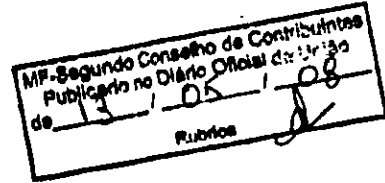


MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 21, 02, 2008
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Mat. Siage 751683

CC02/C06
Fls. 1168

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo n°	35349.001618/2006-34
Recurso n°	143.220 Voluntário
Matéria	AUTO DE INFRAÇÃO
Acórdão n°	206-00.276
Sessão de	11 de dezembro de 2007
Recorrente	LUNENDER S/A
Recorrida	SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA



Assunto: Obrigações Acessórias

Data do fato gerador: 03/03/2006

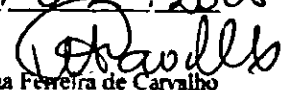
Ementa: PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - APRESENTAÇÃO DE GFIP/GRFP COM DADOS NÃO CORRESPONDENTES AOS FATOS GERADORES DE TODAS AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

Toda empresa está obrigada a informar, por intermédio de GFIP/GRFP, todos os fatos geradores de contribuição previdenciária.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo n.º 35349.001618/2006-34
Acórdão n.º 206-00.276

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIL CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 21, 02, 2008

Maria de Fátima Feneira de Carvalho Mat. Siape 751683

CC02/C06
Fls. 1169

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) em rejeitar as preliminares suscitadas; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

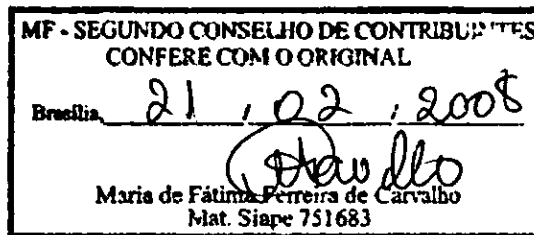
Presidente



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Daniel Ayres Kalume Reis, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Cleusa Vieira de Souza e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



Relatório

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 03/03/2006, por ter a empresa acima identificada apresentado GFIP/GRFP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, infringindo, dessa forma, o inciso IV, § 5º, do art. 32, da Lei 8.212/91, c/c com inciso IV, § 4º, art. 225, do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/99.

Conforme Relatório Fiscal da Infração (fls. 06 a 08), a empresa deixou de informar, por meio da GFIP, os valores referentes aos pagamentos efetuados a segurados considerados empregados da recorrente pela fiscalização.

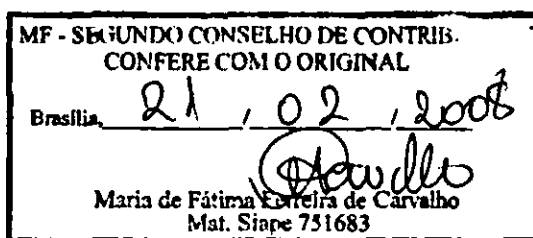
O agente autuante informa que, em procedimentos fiscais realizados em algumas das empresas que prestaram serviços de “FACÇÃO” à atuada, foi constatado que as empresas prestadoras Gisabel Confecções Ltda ME, MJM Confecções Ltda EPP, D’Layons Confecções Ltda, Néon Indústria de Confecções Ltda ME, C’Darwin Confecções Ltda EPP e ARV Indústria de Confecções Ltda EPP foram criadas com a finalidade de registrar empregados em seu nome, aderir ao regime tributário do SIMPLES, e se aproveitar indevidamente dos benefícios previstos no referido Sistema.

O AFPS esclarece que os fatos e provas caracterizadores da situação descrita acima estão expostos no RELFISCC, e são em síntese: a) constituição por capital social irrisório; b) existência de pessoas ligadas à Lunender no quadro societário; c) estabelecimento em imóvel do grupo Lunender; d) máquinas e equipamentos fornecidos sem ônus pela contratante; e) exclusividade na prestação de serviços; f) mão-de-obra como único fator de produção relevante; g) controle e processamento administrativo, financeiro e contábil efetuado por empregados da Lunender e h) faturamento sem relação com o volume de serviços prestados.

Segundo a Auditoria Fiscal, os empregados das pessoas jurídicas acima mencionadas foram contratados diretamente pela LUNENDER e prestaram serviços pessoalmente à atuada, mediante remuneração, de maneira habitual e permanente, sob as ordens e orientação de supervisores da empresa. Ou seja, conforme relatado, é a LUNENDER que remunera e que dá as orientações aos empregados contratados por intermédio das empresas de “facção”.

A autoridade autuante conclui que, como restou caracterizado o vínculo empregatício direto, tais segurados, bem como suas remunerações, deveriam ter sido informados pela recorrente em GFIP.

Consta do Relatório Fiscal da Aplicação da Multa (fls. 09 e 10), que a atuada tomou uma série de medidas no sentido de “esconder” informações que mostram a operação das empresas fictícias pela LUNENDER, o que, segundo entendimento da auditoria fiscal, demonstra que a recorrente praticou a infração de modo deliberado, com finalidade fraudulenta, incorrendo, portanto, em circunstância agravante prevista no inciso II, do art. 290 do RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/99.



Em Relatório Fiscal Complementar – RELFISCC (fls. 11 a 56), a fiscalização conclui que a prática utilizada pela recorrente tem por finalidade única a sonegação das contribuições sociais a cargo do empregador, e informa que os fatos relatados constituem, em tese, crime de sonegação fiscal, previsto no art. 337-A, inciso III, do Código Penal, motivo pelo qual serão objeto de Representação Fiscal para Fins Penais, a ser encaminhado à autoridade competente.

A recorrente impugnou o débito (fls. 940 a 1.015), alegando, em síntese, nulidade do procedimento fiscal por descumprimento de legislação em vigor em relação ao MPF; legalidade no procedimento de terceirização de atividades, sendo que o serviço de costura sempre foi terceirizado pela recorrente, mesmo antes da criação do SIMPLES; exercício de rígido acompanhamento das contratadas no tocante às obrigações trabalhistas e previdenciárias, tendo em vista a sua constante inclusão no pólo passivo de ações trabalhistas; ausência de impedimento legal para os procedimentos adotados pela recorrente e apontados pela autoridade autuante, em relação às terceirizadas relacionadas no RELFISC; impossibilidade de a autoridade administrativa desconsiderar atos ou negócios jurídicos; ausência de fundamento legal no reconhecimento de vínculo entre os empregados das terceirizadas e a notificada; inaplicabilidade do art. 116 do CTN por ausência de lei ordinária regulamentadora e decadência do débito lançado relativamente ao período anterior a 08/2000.

A Secretaria da Receita Previdenciária, por meio da Decisão-Notificação nº 20.421.4/0381/2006 (fls. 1.041 a 1.052), julgou o Auto de Infração procedente, alegando que todos os requisitos previstos para o MPF-C foram seguidos pela fiscalização, não havendo norma que invalidasse o procedimento fiscal iniciado antes de 15/08/2005 e não finalizado até 31/12/2005 e defendendo o prazo decadencial de 10 anos para a constituição dos créditos previdenciários.

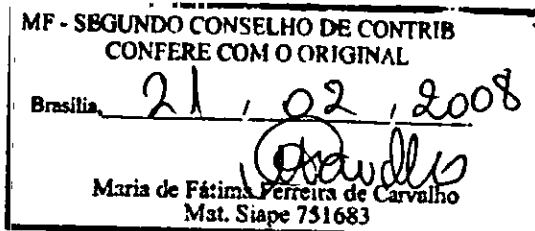
Esclarece que as contribuições não declaradas nas GFIP's foram objeto de lançamento julgado procedente na 1ª instância administrativa e transcreve trecho da DN proferida nos autos da NFLD, tendo em vista os fatos e fundamentos constantes da impugnação da referida notificação serem os mesmos apresentados na impugnação do Auto em tela.

Entende que não deve ser aceita a terceirização irregular de serviços, em que os segurados empregados mantêm o mesmo vínculo empregatício original, mas são absorvidos por outras empresas, criadas com o único objetivo de reduzir, de forma indevida, a carga tributária e transcreve a legislação para demonstrar que a fiscalização deve desconsiderar os atos e negócios jurídicos que não retratam a realidade e efetuar o correto tratamento tributário de tais atos.

Sustenta que foi a notificada que assumiu o risco da atividade econômica, e não as prestadoras listadas no Relatório Fiscal e que o rígido controle exercido pela recorrente em relação às referidas prestadoras se trata de gerenciamento de uma matriz sobre suas filiais, não possuindo qualquer relação com a eventual responsabilidade subsidiária.

Trata de algumas características peculiares de cada uma das seis empresas e traz julgados do CRPS para reforçar suas alegações.

Inconformada com a decisão, a autuada apresentou recurso tempestivo (fls. 1.056 a 1.139), fazendo opção pelo arrolamento de bens em substituição ao depósito recursal e repetindo as alegações já apresentadas na impugnação.



Em preliminar, insiste na nulidade do lançamento por descumprimento de legislação em vigor em relação ao MPF, já que os procedimentos fiscais iniciados antes de 15/08/2005 deveriam ter sido concluídos até 31/12/2005, conforme o Decreto nº 5.614/05.

Reitera que a legislação não estabelece normas jurídicas disciplinadoras do processo de terceirização, sendo que nossos tribunais entendem que há responsabilidade subsidiária em relação aos direitos trabalhistas e alega que a recorrente optou pela terceirização da costura de seus produtos desde 1988 e exerce rígido acompanhamento das contratadas no tocante às obrigações trabalhistas e previdenciárias, motivo pelo qual estabeleceu controle e fiscalização das contratadas, ao aferir a confecção de folhas salariais e o pagamento de salários, encargos e tributos.

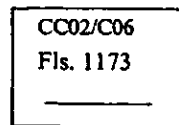
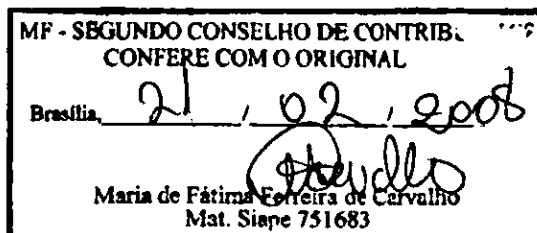
Repete que não existe relação de emprego entre a recorrente e os empregados das prestadoras de serviço e que as empresas terceirizadas têm pleno direito de usufruir de regimes fiscais mais favoráveis à sua estrutura.

Aduz que em nenhum momento o Sr. AFPS elencou os fundamentos legais que pudessem justificar a autuação, de forma a vislumbrar a possibilidade de reconhecimento de vínculo entre os empregados das empresas e a recorrente e informa que terceiriza o serviço de costura desde 1988, muito antes da promulgação da Lei nº 9.317/96, sendo que esse tipo de serviço jamais foi por ela realizado.

Questiona qual seria o posicionamento do fiscal notificante caso essas empresas não estivessem no SIMPLES e reafirma que trabalha com 40 prestadoras de serviço, tendo sido publicados anúncios para contratar outras prestadoras de serviços.

Contesta cada item do RELFISCC, alegando que: 1. não há óbice para que haja adiantamentos para algumas das prestadoras, já que os valores adiantados são deduzidos do pagamento final; 2. não há qualquer impedimento para que as facções desconsideradas tenham as maiores receitas ou receitas regulares; 3. não há lei impedindo que sócios das facções sejam seus ex-empregados; 4. não há impedimento para que um contador trabalhe para várias empresas; 5. não há, na legislação, valor mínimo ou máximo para a constituição de capital social; 6. é legal que a facção tenha estabelecimento em imóvel do grupo Lunender, através de contrato de locação; 7. a Anbelli e a recorrente não formam grupo econômico; 8. a recorrente firmou contrato de comodato com a prestadora de serviço, devendo a comodataria arcar com as despesas de manutenção; 9. o objetivo do comodato é garantir a exclusiva prestação de serviços ante a dificuldade da qualidade da execução dos trabalhos; 10. a exclusividade na prestação de serviços é uma opção da prestadora; 11. é legal que a mão-de-obra seja o único fator de produção relevante; 12. Ela exerce controle e processamento administrativo, financeiro e contábil com o objetivo de fiscalizá-las, face à responsabilidade subsidiária em ações trabalhistas; 13. o faturamento sem relação com o volume de serviços prestados é um negócio inerente às pessoas envolvidas no negócio jurídico.

Infere que, se nem o legislador pode alterar institutos, conceitos e formas do direito privado, é inadmissível que a autoridade administrativa possa simplesmente desconsiderar atos jurídicos e sustenta que não há qualquer problema no pagamento de faturas emitidas em nome de Antídio Lunelli, feito pela Gisabel, já que o imóvel, antes de pertencer à Anbelli, era de Antídio Lunelli, sendo que milhares de faturas continuam a ser emitidas em nome de ex-proprietários.



Assegura que os funcionários da Gisabel foram demitidos e que alguns deles foram admitidos pela MJM pelo simples motivo de ser mão-de-obra especializada, não havendo, na CLT, qualquer impedimento para tal procedimento e esclarece que a recorrente não exigia exclusividade da Gisabel.

Informa que, no período de 2001 e 2002, Arildo Buzzi e Simone Ender realizaram alguns procedimentos junto às facções com o intuito de fiscalizar e controlar as terceirizadas e que Edith Tomelin e Jonas Ender nunca foram empregados da recorrente.

Assevera que a remuneração dos sócios está em consonância com o disposto no contrato social e que, no contrato de locação entre MJM e Anbelli, estão previstas as garantias necessárias.

Esclarece que as linhas telefônicas da recorrente foram locadas para a MJM e que as faturas de água e esgoto são emitidas em nome do proprietário anterior e arcadas pelo locatário e reitera que não há nada que impeça o sócio da MJM de ser ex-empregado da recorrente.

Reafirma que a notificada não exige exclusividade da MJM e que, como todas as outras facções, a referida prestadora recebe o tecido devidamente cortado e os aviamentos para a confecção do vestuário, sendo, portanto, óbvio que a mão-de-obra possua valor relevante na composição do custo.

Confirma que alguns empregados da recorrente realizaram procedimentos junto às facções e se justifica alegando que tais procedimentos visavam controlar as terceirizadas, dando andamento ao projeto de fiscalização dos setores administrativo, contábil e financeiro das prestadoras de serviço envolvidas no processo industrial da ora recorrente.

Argumenta que o comodato tem como objetivo garantir a exclusiva prestação de serviços.

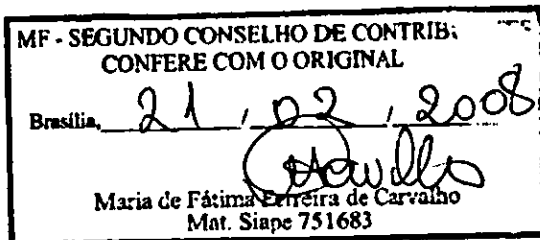
Alega justificativas semelhantes às anteriores em relação à D'Layons, acrescentando que uma divisória garante a individualização entre a referida prestadora e a Néon e garante que a remessa de cestas de natal foi devidamente registrada no livro de registro de entradas.

Repete justificativas semelhantes às anteriores em relação à Néon, à C'Darwin, e à ARV, acrescentando, em relação a essa última, que houve rateio de custos de fatores de produção nos primeiros meses de produção (água e energia elétrica).

Assevera que há previsão legal para a terceirização de serviços e que a competência para declarar vínculo empregatício é da Justiça do Trabalho, sendo a desconsideração da personalidade jurídica ato privativo do Poder Judiciário, não tendo o Sr. AFPS comprovado a inexistência de relação laboral entre os empregados e as facções.

Argumenta que o Sr. AFPS, ao entender que as empresas de facção não poderiam aderir ao SIMPLES, deveria ter agido de acordo com os arts. 9, 12 a 17, da Lei nº 9.317/96, e infere que, como a fiscalização não possui competência para excluir as empresas do SIMPLES, optou ilegalmente por exigir o recolhimento das contribuições patronais em questão. Entende que a norma do parágrafo único do art. 116 do CTN somente será plena quando entrar em vigor a lei ordinária nela referida.

Processo n.º 35349.001618/2006-34
Acórdão n.º 206-00.276



CC02/C06
Fls. 1174

Repete que os débitos anteriores a 08/2000 estão decadentes, já que o art. 45 da Lei 8.212/91 é inconstitucional, devendo ser aplicado o art. 173 do CTN e finaliza requerendo a intimação da ora recorrente do local, data e hora do julgamento, para fins de sustentação oral das razões expostas no presente recurso.

Em Contra-Razões, fls 1.146 a 1.147, a SRP concluiu pela manutenção do Auto, reportando-se aos fundamentos da Decisão-Notificação, já que a recorrente não apresentou qualquer argumento ou fato novo que justificasse a retificação do crédito.

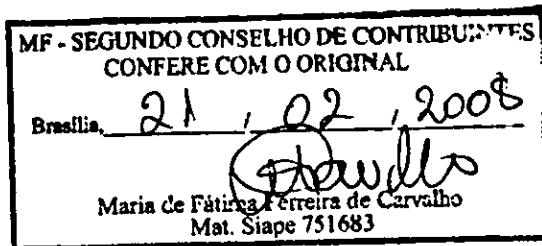
A empresa não efetuou o depósito recursal de 30% exigido para a interposição de recurso administrativo por entender que se encontrava amparada por decisão judicial em sede de agravo de instrumento que autorizava o processamento do recurso mediante a substituição do depósito recursal por arrolamento de bens.

Tendo sido proferida sentença nos autos do Mandado de Segurança 2006.72.09.002114-6 que extinguiu o processo sem julgamento do mérito ante a ilegitimidade passiva ad causam da autoridade impetrada, fazendo com que a decisão proferida em sede de agravo de instrumento perdesse o objeto, a 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social decidiu converter o processo em diligência a fim de proporcionar, ao contribuinte, a oportunidade de efetuar o depósito recursal necessário ao processamento do recurso (fls. 1.162 a 1.164).

Em despacho à fl. 1.167, a SRP encaminha os autos à 4ª CAJ, informando que, em 13/03/2007, foi proferida decisão judicial para que o INSS receba e processe o recurso administrativo mediante arrolamento de bens.

É o Relatório.

→



Voto

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Relatora

O recurso é tempestivo e está desacompanhado do depósito recursal por força de decisão judicial determinando o processamento do recurso mediante arrolamento de bens.

Preliminarmente, a recorrente alega nulidade do lançamento por descumprimento de legislação em vigor em relação ao MPF. Entende que, mediante o disposto no Decreto 5.614/05, os procedimentos fiscais iniciados antes de 15/08/05 deveriam ter sido concluídos até 31/12/2005, já que a Portaria 3.031/05 nada dispôs quanto à prorrogação da data limite para o término dos procedimentos fiscais.

De fato, o § 1º do Decreto 5.614/05 estabeleceu que os procedimentos fiscais iniciados antes de 15/08/2005 deveriam ser concluídos até 31/12/2005. Todavia, o § 3º do mesmo dispositivo legal autorizou, nos casos que especifica a continuidade das ações fiscais não concluídas na data disposta acima, ou seja:

"Art. 1º (...).

(...).

§ 3º Na impossibilidade de cumprimento dos prazos estabelecidos nos §§ 1º e 2º deste artigo, os procedimentos fiscais terão continuidade, observadas as normas expedidas pelo Secretário da Receita Previdenciária."

Assim, como não foi possível o encerramento da ação fiscal que culminou na lavratura do AI em discussão antes de 31/12/2005, o procedimento teve continuidade, com amparo no § 3º transcrito acima, tendo sido observado, nas emissões dos MPF's Complementares, o disposto na Portaria 3.031/05.

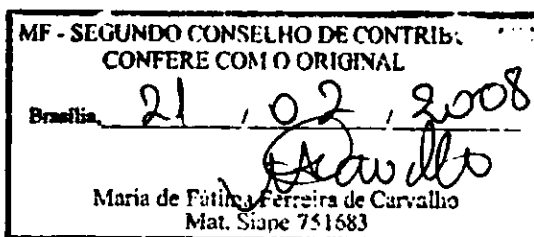
Portanto, não há que se falar em nulidade do procedimento fiscal, mesmo porque a recorrente não apontou qual o requisito da norma expedida pela SRP que não foi observado pela fiscalização na lavratura do Auto em tela.

O presente auto foi lavrado por não terem sido declaradas, em GFIP, as contribuições sociais lançadas por intermédio da NFLD 35.764.020-9.

No mérito, a recorrente não nega que deixou de declarar tais valores em GFIP. Ela apenas repete as razões recursais apresentadas no processo da NFLD referida acima.

Dessa forma, transcrevo, abaixo, parte do voto proferido por esta Relatora nos autos do processo que discute a mencionada notificação de débito:

No mérito, verifica-se um esforço da recorrente em tentar demonstrar que a terceirização de serviços no segmento industrial é possível e possui previsão legal.



Porém, ressalte-se que em nenhum momento a fiscalização negou essa possibilidade. Na verdade, o que a autoridade notificante constatou em ação fiscal desenvolvida na recorrente e demonstrou no relatório da NFLD foi a existência de uma simulação na contratação das empresas elencadas no RELFISC e a existência dos elementos caracterizadores do vínculo empregatício entre a recorrente e as pessoas físicas que lhe prestaram serviços por meio dessas empresas.

A recorrente entende que a competência para declarar vínculo empregatício é da Justiça do Trabalho.

Contudo, restou comprovada, nos autos, a ocorrência de todos os requisitos necessários para a caracterização da relação de emprego, exigidos pelo art. 12, I, "a" da Lei nº 8.212/91 c/c art. 9º, I, "a", do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, quais sejam, a não-eventualidade (habitualidade), a remuneração e a subordinação.

Aplica-se, portanto ao caso, o artigo 9º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que considera nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos nela contidos.

E como o parágrafo 2º do art. 229 do Decreto 3.048/99, permite ao Auditor Fiscal desconsiderar o vínculo pactuado, a Auditoria, ao verificar a ocorrência dos requisitos da relação de emprego, agiu em conformidade com ditames legais e enquadrando corretamente os trabalhadores como empregados da notificada para efeitos da legislação previdenciária.

Esse enquadramento será automático sempre que estiverem presentes, na prestação do serviço, os pressupostos da relação de emprego, quais sejam, a remuneração, a habitualidade e a subordinação, porque a lei assim determina, mesmo que no contrato formalizado entre as partes esteja definido de forma diversa, pois a relação de emprego não é aferida pelos elementos formais do ajuste, mas do conteúdo emergente de sua execução.

Dessa forma, ao contrário do que entende a recorrente, desde que presentes os requisitos do art. 12, I, "a", da Lei nº 8.212/91 pode sim o AFPS desconsiderar a contratação do segurado por meio de empresas terceirizadas para considerá-lo como empregado da contratante, exclusivamente para fins de recolhimento da contribuição previdenciária, pois houve a ocorrência do fato gerador.

A auditoria demonstrou também que seis das 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 notificada em relação às empresas apontadas no RELFISC.

O Código Civil Brasileiro de 2002 se reporta à simulação no inciso I do § 1º do artigo 167, no Capítulo que trata sobre a Invalidade do Negócio Jurídico:

"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:

✓ >

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍVEIS
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 21, 22, 2008
Maria de Fátima Freire de Carvalho
Mat. Siane 751683

CC02/C06
Fls. 1177

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.

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

Restou demonstrado, pela fiscalização, que todos 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.

Nesse sentido, cita-se o entendimento de Heleno Tórres 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 despidendo 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 descon sideração do ato negocial, da personalidade jurídica ou da forma apresentada, quando em presença do respectivo “motivo” para o ato administrativo: o ato simulado.”

A recorrente defende, ainda, que a descon sideração da personalidade jurídica é ato privativo do Poder Judiciário.

Contudo, tal entendimento não encontra respaldo 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 ilegitimamente 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.

(...).

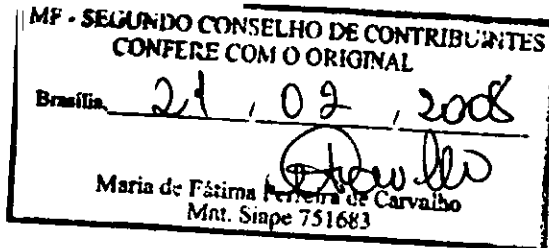
3. A proposição de invalidade do procedimento fiscal não merece guarida, pois os elementos coligidos aos autos dão conta de que o Fisco procedeu à investigação e à fiscalização dentro dos limites da lei, não ocorrendo qualquer excesso violador de direito individual, garantindo-se à impetrante a ampla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



Portanto, na presença de simulação, a auditoria fiscal tem o dever-poder 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;"

A notificada sustenta que o Sr. AFPS, ao entender que as empresas de facção não poderiam aderir ao SIMPLES, deveria ter agido de acordo com os arts. 9, 12 a 17, da Lei nº 9.317/96 e que, por não possuir competência para excluir as empresas do SIMPLES, o AFPS "optou" ilegalmente por exigir o recolhimento das contribuições patronais em questão.

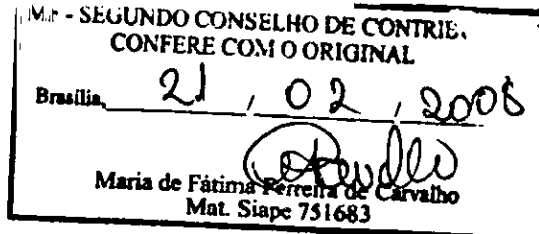
De fato, a Previdência Social não detem a competência para excluir empresa do SIMPLES, mas possui a competência para representar junto à Receita Federal caso fosse constatada algumas das hipóteses de exclusão do referido art. 9º. Contudo, tal procedimento não foi necessário face à constatação, pela auditoria, de que as pessoas envolvidas na prestação de serviço são, em verdade, empregadas da recorrente. Como já exaustivamente exposto acima, não houve a "opção", como entendeu equivocadamente a notificada, já que a atividade administrativa é plenamente vinculada e na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal.

Dessa forma, fica respondida a questão levantada pela recorrente de qual seria o posicionamento do fiscal caso essas empresas não estivessem no SIMPLES. O procedimento do agente notificante seria o mesmo, já que, conforme esclarecido acima, não existe a "opção", mas sim o dever de constatada tal realidade, lavrar a competente NFLD, o que foi feito com muita propriedade pela autoridade notificante.

A fiscalização demonstrou que os sócios majoritários de cinco das seis empresas citadas no RELFISC são ex-empregados da notificada. Muitos desses sócios, mesmo sendo "ex-empregados", são citados nos informativos da recorrente como exercendo funções de gerência na LUNENDER.

Tal fato demonstra uma "simulação" de demissão, já que, mesmo após o desligamento "oficial" dos quadros da LUNENDER, os sócios das referidas terceirizadas continuaram prestando serviços de gerenciamento na Notificada.

Restou comprovado que a LUNENDER disponibilizou gratuitamente diversos empregados seus para trabalhar nas seis empresas, gerenciando, administrando e fiscalizando. A notificada não nega que alguns de seus empregados realizaram procedimentos junto às facções. Ela inclusive reconhece que estabeleceu controle e fiscalização das contratadas, ao aferir a confecção de folhas salariais e o pagamento de salários, encargos e tributos e se justifica alegando que tais procedimentos visavam controlar as terceirizadas, dando andamento ao projeto de fiscalização dos setores administrativo, contábil e financeiro das prestadoras de serviço envolvidas no processo industrial da ora recorrente (fl. 2165).



Como exemplo, cito o Sr. Arildo Buzzi, que mesmo sendo empregado da LUNENDER, assinou contratos de trabalho firmados entre as empresas contratadas e seus empregados, bem como assinou, pelas empregadoras, alguns Termos de Rescisão Contratual. Também o Sr. Arildo Buzzi assinou e rubricou as GFIP's, GRFC's e GRFP's das citadas prestadoras.

Esses procedimentos reforçam a convicção de que as empresas contratadas são, na verdade, filiais da recorrente.

O AFPS verificou que a mão de obra é o único fator de produção das seis prestadoras citadas. A notificada não nega tal fato e esclarece que as referidas terceirizadas recebem o tecido devidamente cortado e os aviamentos para a confecção do vestuário, e alega que é, portanto, óbvio que a mão-de-obra possua valor relevante na composição do custo.

Portanto, quem adquire a matéria prima é a LUNENDER, sendo que as contratadas fornecem apenas a mão-de-obra para a confecção do produto final comercializado pela notificada.

Foi constatada, também, a exclusividade na prestação dos serviços dessas prestadoras à recorrente e que as máquinas e equipamentos utilizados no processo produtivo das empresas citadas foram fornecidos pela recorrente em comodato, de forma gratuita.

A recorrente, inicialmente, nega a exigência da exclusividade dos serviços e depois se contradiz ao afirmar que o comodato de equipamentos tem como objetivo garantir a exclusiva prestação de serviços.

Ou seja, a recorrente fornece a matéria prima e os equipamentos para a confecção dos produtos, e as empresas contratadas entram apenas com a mão de obra para a confecção do vestuário, sendo que esse serviço de confecção é executado exclusivamente para a recorrente.

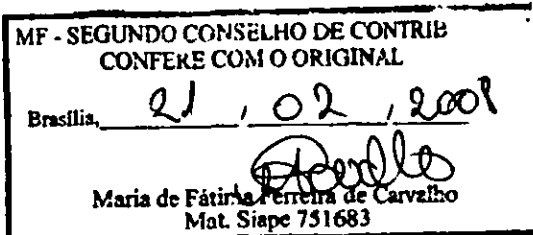
Dessa forma e por tudo que foi exposto no RELFISC, entendo que restou caracterizada a relação de matriz-filial entre a recorrente e as seis empresas terceirizadas. Está evidenciado que foi a LUNENDER a única empresa que assumiu o risco da atividade econômica.

Assim como também ficou comprovada, nos autos, a relação de emprego entre a LUNENDER e as pessoas físicas que lhe prestaram serviços por intermédio das seis empresas contratadas, quais sejam, GISABEL, MJM, D'LAYONS, NEON, C'DARWIN e ARV.

O AFPS concluiu que esses empregados foram contratados diretamente pela LUNENDER, prestaram serviços pessoalmente, eram remunerados conforme a legislação trabalhista, de maneira habitual e por prazo indeterminado, sob as ordens e orientação de supervisores da notificada. Pelas mesmas razões acima, os sócios das seis empresas contratadas foram também considerados empregados da LUNENDER.

A recorrente alega, ainda inconstitucionalidade do art. 45 da Lei 8.212/91.

Porém, vale ressaltar que o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147/2007, veda aos Conselhos de Contribuintes afastar aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme disposto em seu art. 49.



Ademais, o Conselho Pleno, no exercício de sua competência, uniformizou a jurisprudência administrativa sobre a matéria, nos termos do art. 19 do referido Regimento Interno, por meio do Enunciado 02/2007, transcrito a seguir:

"O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária."

Dessa forma, em ação fiscal na recorrente, ao constatar a ocorrência de infração à legislação previdenciária, o Auditor Fiscal lavrou o competente auto, em observância ao art.33 da Lei 8212/99 e art. 293 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99:

"Art.293. Constatada a ocorrência de infração a dispositivo deste Regulamento, a fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social lavrará, de imediato, auto-de-infração com discriminação clara e precisa da infração e das circunstâncias em que foi praticada, dispositivo legal infringido e a penalidade aplicada e os critérios de sua gradação, indicando local, dia, hora de sua lavratura, observadas as normas fixadas pelos órgãos competentes."

Nesse sentido e

Considerando tudo o mais que dos autos consta,

VOTO por CONHECER DO RECURSO para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto

Sala das Sessões, em 11 de dezembro de 2007



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS