



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

Processo nº 35357.001296/2005-43
Recurso nº 251.205 Voluntário
Acórdão nº 2301-01.402 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de abril de 2010
Matéria CARACTERIZAÇÃO SEGURADO EMPREGADO: PESSOA JURÍDICA
Recorrente DIRVAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MALHAS LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/1998 a 31/12/2005

DESCARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO PACTUADO

É atribuída à fiscalização da SRP a prerrogativa de, seja qual for a forma de contratação, desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurados empregados da empresa contratante, desde que presentes os requisitos do art. 12, I, "a", da Lei n. 8.212/91. Os elementos caracterizadores do vínculo empregatício estão devidamente demonstrados no relatório fiscal da NFLD.

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.

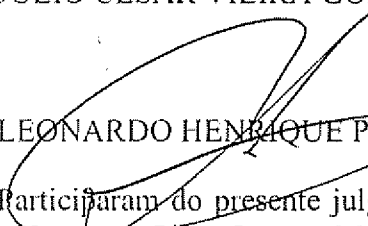
Recurso Voluntário Provido em Parte

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, por voto de qualidade, com fundamento no artigo 173, I do CTN, em acatar a preliminar de decadência de parte do período a que se refere o lançamento, vencidos os conselheiros Leonardo Henrique Pires Lopes, Edgar Silva Vidal e Damião Cordeiro de Moraes que aplicavam o artigo 150, §4º do CTN; no mérito, por unanimidade de votos, em manter os demais valores, nos termos do voto do(a) Relator(a).


JULIO CÉSAR 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, Edgar Silva Vidal (suplente), 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 Indústria e Comércio de Malhas Ltda, referente às contribuições previdenciárias descontadas dos segurados empregados e contribuinte individual sócio-administrador e não recolhidas em época própria à Seguridade Social, durante o período de 08/1998 a 02/2005.

De acordo com o Relatório Fiscal de fls. 84/120, constituem fatos geradores da presente autuação, o pagamento ou crédito de remunerações, sob a rubrica “D18 – FOLHA PGTO DIRVAL ANTES GFIP e DIR – FOLHA DE PAGAMENTO DIRVAL”, aos segurados empregados que prestaram serviços a Dirval Indústria, bem como a retirada de pró-labore do segurado contribuinte individual sócio-administrador, sob a rubrica “DIR – FOLHA DE PAGAMENTO DIRVAL” e “CS Contr. Segurados”, e, por último, o pagamento ou crédito de remunerações ao segurados da empresa Sul Indústria e Comércio de Confecções Têxteis Ltda, caracterizados pela fiscalização como segurados empregados de fato da empresa ora Recorrente, cuja contribuição social dos segurados fora arrecadada mediante desconto e não recolhida ao INSS, sob a rubrica “SUS – DESCONTOS SEGURADOS SUL”, lançamento “CS Contr. Segurados”.

Inconformada, a ora Recorrente apresentou Defesa tempestiva de fls. 384/394, tendo a Decisão-Notificação de fls. 453/464, julgado procedente o lançamento.

Irresignada interpôs Recurso Voluntário tempestivo de fls. 473/487, alegando, em síntese:

- a) a existência de vício formal quando da emissão da NFLD, pois houve responsabilização por obrigações fiscais de terceiros, decorrentes dos empregados da Dirval e dos empregados das demais empresas presumidamente participantes de grupo econômico;
- b) a fiscalização não emitiu Demonstrativo Analítico do débito levantado, cerceando o direito de defesa da ora Recorrente, pois os valores a ela imputados foram feitos por presunção, sem saber se a terceira empresa tinha ou não empregados, quais eram e quanto contribuíam;
- c) 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;

- d) 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;
- e) 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.

Por fim, fora apresentada Contra-Razões às fls. 572/573, aduzindo que os argumentos expostos no Recurso Voluntário não justificam qualquer alteração do lançamento.

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

Mesmo sem o Recorrente ter aduzido a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, tendo em vista se tratar de matéria de Ordem Pública, observo de ofício que parte da dívida em discussão foi atingida por tal instituto.

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 15/06/2005 e abrange competências de 08/1998 a 02/2005.

Logo, todas as competências anteriores a 06/2001 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, artigo 150, §4º:

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 08/1998 a 02/2005, tenho como certo que as competências anteriores a 06/2001 foram atingidas pela decadência quinquenal.

Da Preliminar

Em preliminar, a Recorrente alega o cerceamento ao direito de defesa, posto que a fiscalização, supostamente, teria emitido NFLD eivada de vícios formais, tais como a falta do Discriminativo Analítico do Débito.

Em análise aos aspectos formais da presente Notificação Fiscal, nota-se que esta fora lavrada em estrita consonância com o disposto nos arts. 33 e 37 da Lei 8.212/91, portanto, todas as formalidades legais, fatos geradores e dispositivos legais que motivaram e embasaram o lançamento, encontram-se perfeitamente discriminados, não merecendo guarida o alegado pela Recorrente.



Imperioso destacar que, além do Relatório Fiscal de fls. 84/120, integram, ainda, a NFLD, como peças de instrução do processo administrativo-fiscal previdenciário, os seguintes relatórios e documentos: Fundamentos Legais do Débito – FLD, o Discriminativo Analítico de Débito – DAD, o Discriminativo Sintético do Débito – DSD, o Discriminativo Sintético por Estabelecimento – DSE, o Relatório de Lançamentos – RL, o Relatório de Documentos Apresentados – RDA, o Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados – RADA, as Instruções para o Contribuinte – IPC, a Relação de Co-Responsáveis (CORESP), a Relação de Vínculos, o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), o Termo de Intimação para Apresentação de Documentos (TIAD), o Termo de Arrolamento de Bens e Direitos – TAB e o termo de Encerramento da Auditoria Fiscal – TEAF.

Portanto, mostrado está que todas as informações necessárias e suficientes ao exercício da ampla defesa pela ora Recorrente estão presentes na NFLD, que contém a exposição clara e precisa dos fatos geradores da obrigação previdenciária, de forma a permitir o contraditório e a ampla defesa do sujeito passivo, a propiciar a adequada análise do crédito e a ensejar ao crédito o atributo de certeza e liquidez.

Do Mérito

No mérito, 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, a existência de uma simulação na contratação das empresas elencadas no Relatório Fiscal de fls. 84/120 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 Texteis 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 ilegalmente 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 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 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 comprova 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 pessoalidade e a onerosidade.

Desta feita, conclui-se que apesar de as contribuições terem sido apuradas através das folhas de pagamento da empresa Sul Textil, ficou constatado que esses segurados na realidade são vinculados à empresa Dirval malhas, real responsável por toda a atividade empresarial do grupo de empresas e, portanto, real responsável pelos encargos decorrentes da utilização de trabalhadores nessa atividade.

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, são dirigidas pelas mesmas pessoas e prestam serviços somente umas às outras a bem da atividade empresarial do grupo.

Da Conclusão

Ante o exposto, conheço do Recurso, para, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, unicamente para afastar do lançamento as competências anteriores a 06/2001, posto que decaídas.

É como voto.

Sala das Sessões, em 29 de abril de 2010

LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES - Relator

