



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

Processo n° 13858.000144/2010-15
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2403-002.637 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de julho de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente BOM PASSO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2007

CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS POR INTERPOSTA PESSOA JURÍDICA.

A contratação de empregados por interposta pessoa jurídica é conduta simulada, devendo a Fiscalização efetuar o lançamento de ofício, conforme previsão no artigo 149, inciso VII, do Código Tributário Nacional - CTN.

Havendo extensa prova da ausência de autonomia e independência da pessoa jurídica considerada interposta pessoa, correta a autuação da verdadeira responsável pelas operações realizadas.

A sociedade que contrata empregados mediante interposta pessoa jurídica é responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e contribuições devidas a Terceiros, decorrentes da relação de emprego.

MULTA DE MORA. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA. ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO.

Conforme determinação do Código Tributário Nacional (CTN) a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Nova Lei limitou a multa de mora a 20%.

A multa de mora, aplicada até a competência 11/2008, deve ser recalculada, prevalecendo a mais benéfica ao contribuinte.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não ocorre cerceamento de defesa quando o lançamento está revestido de todos requisitos legais e o contribuinte tem a garantia do contraditório e a plenitude do direito de defesa.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

PEDIDO DE PERÍCIA. REQUISITOS. INDEFERIMENTO.

O indeferimento do pedido de perícia não caracteriza cerceamento do direito de defesa, quando demonstrada sua prescindibilidade.

Considerar-se-á como não formulado o pedido de perícia que não atenda aos requisitos previstos no artigo 16, IV c/c §1º do Decreto nº 70.235/72.

Recurso Voluntário provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, determinando o recálculo da multa de mora, com base na redação dada pela Lei nº 11.941/2009 (art. 61, da Lei nº 9.430/96) ao artigo 35 da Lei nº 8.212/91, prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro na questão da multa. Votaram pelas conclusões os conselheiros Ivacir Julio de Souza, Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro, Elfes Cavalcante Lustosa Aragão Elvas e Daniele Souto Rodrigues

Carlos Alberto Mees Stringari

Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari (Presidente), Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro, Ivacir Julio de Souza, Elfes Cavalcante Lustosa Aragão Elvas e Daniele Souto Rodrigues. Ausente o Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I, Acórdão 16-34.828 da 11ª Turma, que julgou a impugnação improcedente.

O lançamento refere-se a contribuições para terceiros e está fundamentado no entendimento que a recorrente utilizou as empresas BREMAR Industrialização de Cabedais para Terceiros Franca Ltda-EPP; BI6 Serviços de Pesponto em Calçados Ltda. - ME; EVOLUTION Industrialização de Cabedais para Terceiros Ltda.; SS Industrialização de Cabedais para Calçados Ltda. - EPP; EXX'S Serviços de Pesponto em Calçados Ltda. - ME; PRO TÊNIS Industrialização de Cabedais para Terceiros Franca Ltda. EPP; SYSTEM Serviço de Pesponto em Calçados Ltda. - ME; ULTIMAX Serviço de Pesponto em Calçados Ltda. - ME; e TIGRA Serviços de Pesponto em Calçados Ltda. - ME, como interpostas pessoas, com a finalidade de contratar segurados com redução de encargos previdenciários, uma vez que por serem optantes pelo SIMPLES, não recolhem contribuições previdenciárias patronais e para Outras Entidades e Fundos;

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário onde alega/questiona, em síntese:

- Representação Fiscal para Fins Penais.
- Ampla defesa.
- A Bom Passo organizou sua cadeia produtiva utilizando-se de empresas terceirizadas visando obter uma otimização de custos de produção e uma melhoria na qualidade dos produtos que comercializa. Tal organização não encontra qualquer óbice nossa legislação.
- Ainda que tal estrutura tenha acabado por beneficiar a recorrente também tributariamente, não implica em dizer que tenha agido de forma simulada ou fraudulenta, com o intuito de fraudar o fisco ou deixar de pagar impostos, como entendeu equivocadamente a decisão ora recorrida.
- Terceirização é um processo que pode ter duas faces independentes, mas não excludentes:
 - a desativação, parcial ou total, dos setores produtivos, a empresa que terceiriza deixa de "produzir" e passa a "comprar" produtos de outras empresas;
 - a contratação de uma ou mais empresas que alocam trabalhadores para a execução de algum serviço no interior da empresa do cliente.

- As empresas terceirizadas são independentes.
- O fato de existirem nas paredes logomarcas com o nome Tennywee, nome de fantasia da Bom Passo, funciona muito mais como propaganda das empresas terceirizadas, que na tentativa de angariar novos clientes propagam que prestam serviços a esta empresa, devido a sua fama e alcance de sua marca. Mas de modo algum a existência de adesivos pode representar subordinação.
- Discorre sobre cada uma das empresas terceirizadas, como na impugnação.
- Multa.
- Perícia.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari, Relator

O recurso é tempestivo e por não haver óbice ao seu conhecimento, passo à análise das questões pertinentes.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS

Quanto à Representação Fiscal Para Fins Penais, verifica-se que essa é uma questão sobre a qual o CARF possui decisões reiteradas e, por essa razão foi editada Súmula, cuja observância é obrigatória para estes conselheiros. Abaixo apresento a Súmula número 28.

Súmula CARF nº 28: O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

CONTRADITÓRIO E DIREITO DE DEFESA

A Constituição Federal de 1988 prevê, a garantia do contraditório e a plenitude do direito de defesa.

A Administração Pública, ao promover o controle interno da legalidade de seus atos, por meio de um processo administrativo, deve necessariamente observar os princípios inerentes ao devido processo legal.

No processo administrativo fiscal, o contraditório se instaura com a interposição da impugnação ou da manifestação de inconformidade.

A ampla defesa, que não significa defesa ilimitada, explicitada como garantia constitucional no artigo 5º, inciso LV, da Constituição, materializa-se na oportunidade

concedida ao sujeito passivo de opor-se à pretensão do fisco, fazendo serem conhecidas e apreciadas todas as suas alegações de caráter processual e material, bem como as provas com que pretenda provar as suas alegações.

Entendo que este processo respeita o direito do contribuinte à ampla defesa.

Neste processo não vislumbro qualquer cerceamento de defesa, uma vez que: (i) os procedimentos fiscais, realizados junto à Impugnante, seguiram rigorosamente a legislação em vigor, (ii) a empresa teve ciência da autuação, a qual foi efetuada de modo que o Contribuinte tivesse pleno conhecimento dos fundamentos de fato e de direito que o motivaram, cabendo observar que lhe é facultado, ainda, ter vista dos autos relativos aos AI's lavrados contra ela durante a ação fiscal; (iii) a Autuada manifestou-se com a apresentação de impugnação, (iiii) a Autuada manifestou-se com apresentação de recurso voluntário.

Quanto às questões fáticas aqui presentes, concordo com a manifestação do voto condutor da decisão de primeira instância:

Ao contrário do que afirma a Impugnante, o presente lançamento não se baseia em documentos contábeis obtidos em outras empresas, aos quais a Autuada não tem acesso.

No caso em análise, foi observado plenamente o princípio da verdade material: foram examinadas as GFIP's, os valores constantes do sistema CNIS (Cadastro Nacional de Informações Sociais), DIPJ's, contabilidade, contratos de mútuo e de prestação de serviços, que são elementos que a própria Autuada produziu e apresentou à Fiscalização. A escrituração contábil foi disponibilizada pela BOM PASSO em arquivo digital, identificada mediante os Recibos de Entrega de Arquivos Digitais, de fls. 1.443 a 1.461, emitido pelo Sistema de Validação e Autenticação de Arquivos Digitais (SVA) - o que comprova a integralidade dos arquivos digitais, contendo a contabilidade da empresa, fornecidos pelo Contribuinte.

Também foram feitas Verificações Físicas, conforme Termos de Constatação 01 e 02 (fls. 263/266) e tópico III, item 7 do Relatório, e foram colhidos depoimentos, conforme os Termos de Declarações dos sócios das empresas interpostas e da funcionária da enfermaria (fls. 293/302) e tópico III, item 8 do Relatório. A consulta à contabilidade das empresas prestadoras foi feita em virtude da aplicação da técnica de auditoria conhecida como circularização.

Cumprе ressaltar que o Relatório Fiscal identifica claramente a origem da autuação, e que a existência dos anexos DD - Discriminativo do Débito, RL - Relatório de Lançamentos, e FLD - Fundamentos Legais do Débito, recebidos pelo Contribuinte, que contêm as bases de cálculo, as alíquotas, as rubricas, os valores das contribuições devidas e dos acréscimos legais, bem como os dispositivos legais que fundamentam o lançamento efetuado, propiciaram o pleno exercício do direito do contraditório e da ampla defesa, constitucionalmente assegurado aos litigantes em processo administrativo.

PERÍCIA

A perícia se reserva à elucidação de pontos duvidosos que requerem conhecimentos especializados para o deslinde de litígio, não se justificando a sua realização quando o fato probando puder ser demonstrado pela juntada de documentos e neste caso, a prova documental carreada aos autos era suficiente para o esclarecimento da questão.

A perícia deve ser deferida apenas quando a prova do fato depender de conhecimento técnico especial, hipótese inócurrenente nos autos.

A Empresa não apresentou nenhum aspecto inédito evidenciado após a auditoria fiscal, cuja apreciação requeira exame especial ou técnico. Não constam da peça defensiva elementos que justifiquem a peritagem, o que torna desnecessária a perícia solicitada. Nesse sentido, cabe observar o ensinamento dos ilustres Doutrinadores:

"Vale destacar que a perícia tem, como destinatária final, a autoridade julgadora e, apenas ela pode avaliar sua pertinência para a solução da lide. A prova pericial mostra-se útil somente quando não se puder encontrar a verdade de outra forma mais simples. Por esta razão, freqüentemente, as autoridades de primeira instância têm indeferido as solicitações de diligência ou perícias sob o fundamento de que as informações requeridas pelo contribuinte não seriam necessárias à solução do litígio ou já estariam contempladas nos autos. Na verdade, grande parte dos requerimentos de perícia no processo administrativo fiscal versa sobre o exame de dados constantes da escrita fiscal do contribuinte, calo teor já é do conhecimento do auditor fiscal antes da lavratura do auto de infração. Apenas seria necessário o reexame por outro especialista se bem demonstrada a questão que se queira discutir no levantamento fiscal, e o motivo pelo qual a prova não possa ser trazida diretamente aos autos, já que os julgadores administrativos têm, como requisito para o exercício de suas funções, o conhecimento da matéria tributária. Simples pedidos de perícia da documentação contábil e fiscal do contribuinte desacompanhados da devida justificativa de sua imprescindibilidade são tidos, via de regra, como meramente protelatórios." (Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, Marco Vinícius Neder e Maria Teresa Martínez Lopez, Dialética, p. 195)

MÉRITO

O fisco, após auditoria, concluiu que a recorrente - BOM PASSO Indústria e Comércio de Calçados Ltda. (nome fantasia TENNY WEE e/ou SCHIO), utilizou as empresas BREMAR Industrialização de Cabedais para Terceiros Franca Ltda-EPP; BI6 Serviços de Pesponto em Calçados Ltda. - ME; EVOLUTION Industrialização de Cabedais para Terceiros Ltda.; SS Industrialização de Cabedais para Calçados Ltda. - EPP; EXX'S Serviços de Pesponto em Calçados Ltda. - ME; PRO TÊNIS Industrialização de Cabedais para Terceiros

Franca Ltda. EPP; SYSTEM Serviço de Pesponto em Calçados Ltda. - ME; ULTIMAX Serviço de Pesponto em Calçados Ltda. - ME; e TIGRA Serviços de Pesponto em Calçados Ltda. - ME,-como interpostas pessoas, com a finalidade de contratar segurados com redução de encargos previdenciários, uma vez que por serem optantes pelo SIMPLES, não recolhem contribuições previdenciárias patronais e para Outras Entidades e Fundos.

A recorrente afirma que organizou sua cadeia produtiva utilizando-se de empresas terceirizadas visando obter uma otimização de custos de produção e uma melhoria na qualidade dos produtos que comercializa e que tal organização não encontra qualquer óbice nossa legislação.

Concordo com posicionamento da fiscalização pelo conjunto das razões abaixo:

- **Documentos Diversos**

Conforme Termo de retenção e constatação de documentos a fls. 1305 a 1307, foram encontradas no endereço da Rua Geraldo Garcia do Nascimento, 2540, onde se localizava a filial da BOM PASSO, vários talonários de notas fiscais de saída das empresas interpostas

Fichas de entrega de equipamento de proteção individual de funcionários de várias das empresas interpostas em papel com logotipo da TENNY WEE a fls. 1310 a 1315;

Atestado médico de funcionária da SS em papel timbrado da TENNY WEE a fls. 1316.

Mapa gerencial único de controle de gastos de telefone das diversas empresas, tendo como referência de coleta a BOM PASSO, a fls. 1317 a 1319.

Agenda de reunião, gerenciais contendo avaliação de desempenho, e comunicados internos de produção todos referentes às empresas do grupo, com o timbre da TENNY WEE a fls. 1320 a 1366.

- **Pagamento de despesas:**

Da análise da contabilidade da Autuada, foram constatados pagamentos de INSS, FGTS, DARF, IPTU, farmácia, aluguel, conta de luz, quinzenas, salários e rescisões de funcionários, das empresas interpostas, pela BOM PASSO, como demonstrado nas planilhas de fls. 414/420, 518/531, 595/604, 707/711, 818/824, 925/928, 985/991, 1.082/1.095, 1.159, que reproduzem os lançamentos contábeis da Autuada.

- **Empréstimos:**

Todas as interpostas pessoas jurídicas receberam empréstimos financeiros da BOM PASSO, através de mútuo, conforme contratos sem registro juntados às fls. 346/352, 479/487, 569/576, 662/667, 773/777, 886/892, 960/963, e 1.027/1.035, e cópia de Livro Caixa à fl. 1.125. No caso dos empréstimos feitos a BREMAR, ULTIMAX, EXXS, e SS, não estão registrados os lançamentos correspondentes na contabilidade da BOM PASSO;

- **Fiança:**

Nos contratos de locação de imóveis das interpostas empresas, fls. 326/330, 468/472, 554/558, 648/652, 760/764, 872/876, 952/953, 1011/1019, e 1116/1120, assinaram, na qualidade de fiadores e principais pagadores da Locatária, o Sr. Antonio Orlandino Ferreira (sócio proprietário da BOM PASSO no período fiscalizado), e sua esposa Sra. Maria Aparecida Ferreira, que renunciaram, expressamente, ao benefício de ordem estabelecido pelo artigo 827 do Código Civil;

- **Instalações das empresas:**

Segundo a CPFL, a única consumidora de energia elétrica no terreno das interpostas é a do endereço Rua André Garcia Gomes, 320, em nome da BOM PASSO (contratos de fls. 1.279/1.304).

Nas paredes existem logomarcas com o nome TENNYWEE, nome fantasia da BOM PASSO.

A Matriz da BOM PASSO, de CNPJ: 58.733.585/0001-39, foi localizada na Rua André Garcia Gomes 320, que é no mesmo prédio das interpostas, até dezembro de 2005, sendo alterado seu endereço a partir desta data. Porém a correspondência bancária da BOM PASSO apresentada a esta fiscalização traz o endereço da André Garcia Gomes 320 com emissão em 15/02/2007 e 06/07/2007, conforme fls. 1418 e 1419.

Todas as empresas contratadas funcionavam em 2 prédios, que se encontram num mesmo terreno, que ocupa uma quadra inteira.

Os corredores externos, a portaria, o refeitório, o ambulatório, os sanitários, e o departamento de RH são comuns a todas as empresas interpostas.

- **Empregados:**

O departamento de RH é comum a todas as empresas interpostas, sendo que o RH também é responsável pela BOM PASSO.

O senhor Eduardo Felipe Cruz, contador da BOM PASSO, durante o período fiscalizado, era também o contador responsável das empresas interpostas, que informam como e-mail de contato o e-mail da BOM PASSO, tennywee@tennywee.com.br (DIPJ's às fls. 233/250 e documento de fl. 252).

O Sr. Israel Dener N. Gomes, que é sócio proprietário da ULTIMAX, declarou que presta o serviço de RH para todas as interpostas, inclusive para a BOM PASSO, mas depois retificou dizendo que não é o responsável pelo RH da BOM PASSO, e que apenas esclarece as dúvidas da funcionária responsável. No entanto, conforme fotos de fls. 284 e 287, o nome "BOM PASSO" consta na sala onde trabalha o Sr. Israel.

Nas GFIP's da BOM PASSO e das empresas interpostas, no sistema GFIPWEB, consta como responsável o Sr. Israel, e como e-mail o endereço deptopessoal@tennywee.com.br (telas de fls. 253/262).

No ano de 1999 a grande maioria dos funcionários da BOM PASSO foi transferida para as empresas BREMAR e PRO TÊNIS (tabelas à fl. 142, e telas do sistema CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais, fls. 209/232).

Vários sócios das empresas “terceirizadas” são empregados de outras empresas do “grupo”.

Diligência efetuada no Sindicato das Industrias de Calçados de Franca, foram localizados vários termos de rescisão de contratos de trabalho das empresas interpostas e também da BOM PASSO tendo a mesma assinatura como preposto/representante, conforme fls. 1191 a 1265. A do Sr Israel Dener Narciso Gomes, que conforme descrito acima teve vínculos empregaticios com várias interpostas, e a do Sr. Deodato Borges da Silva Junior, que conforme tela consulta de vínculos empregaticios do trabalhador do sistema CNIS(CADASTRO NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOCIAIS) A FLS. 1266 a 1268, também teve vínculo empregaticio com várias interpostas.

Também foi localizadas, no mesmo sindicato, várias solicitações de compensação de horas feitas pelas empresas interpostas, assim como pela BOM PASSO, assinadas pelo Sr. Israel Dener Narciso Gomes, conforme fls. 1269 a 1278.

- **Prestação de serviço com exclusividade:**

Todos os sócios afirmaram que abriram suas empresas depois de entendimento com o Sr. Alexandre Ferreira, proprietário da Autuada, e que prestam serviços exclusivamente para a Bom Passo, a qual fornece toda a matéria-prima.

A numeração das Notas Fiscais de Prestação de Serviços é seqüencial no caso de cada prestadora, conforme planilhas contendo os lançamentos contábeis da recorrente.

Em razão da caracterização de interposta pessoa, entendo correto o lançamento na recorrente.

MULTA DE MORA

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal. Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. 61 da Lei 9.430/96, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 19/12/2014 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 1

9/12/2014 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 13/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

CONCLUSÃO

À vista do exposto, voto pelo provimento parcial do recurso, determinando o recálculo da multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91 e prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

Carlos Alberto Mees Stringari