



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

Processo nº 10935.002872/2007-08
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-00.472 – 3ª Turma Especial
Sessão de 08 de fevereiro de 2011
Matéria CP: AUTO DE INFRAÇÃO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS EM GERAL
Recorrente VANTEX INDUSTRIAL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 16/05/2007

AUTO DE INFRAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE DEVERES INSTRUMENTAIS.

NEGÓCIO JURÍDICO SIMULADO. DESCONSIDERAÇÃO. RETROATIVIDADE BENIGNA. GFIP. LEI N° 11.941/09. REDUÇÃO DA MULTA.

As multas referentes a declarações em GFIP foram alteradas pela lei nº 11.941/09 o que, em tese, beneficia o infrator. Foi acrescentado o art. 32-A à Lei nº 8.212/91. Conforme previsto no art. 106, inciso II do CTN, deve-se aplicar a norma mais benigna ao contribuinte.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencido(a) o(a) Conselheiro(a) Eduardo de Oliveira. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Gustavo Vettorato.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima- Presidente.

(Assinado digitalmente).

Gustavo Vettorato – Redator

(Assinado digitalmente).

Processo nº 10935.002872/2007-08
Acórdão n.º **2803-00.472**

S2-TE03
Fl. 814

Eduardo de Oliveira - Relator.

EDITADO EM: 22/03/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Carolina Siqueira Monteiro Andrade, Oséas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

Relatório

Trata-se no presente processo de Auto de Infração – AI – DEBCAD 37.066.084-6 - CFL.68, decorrente da não declaração de todos os fatos geradores em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social – GFIP –, com período de apuração entre 07/2000 a 12/2006, conforme Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, de fls. 293.

O crédito fiscal foi constituído, em 21/05/2007, data em que o contribuinte tomou conhecimento do lançamento, conforme consta à Folha de Rosto do Auto de Infração – FR, recebimento pessoal, fls. 01.

O sujeito passivo impugnou o crédito, conforme consta, as fls. 684 a 730.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Curitiba - PR, em 01/11/2007, prolatou o Acórdão N° 06-16.004 - 7ª Turma, fls. 744 a 750, julgando procedente o Auto de Infração – AI, mantendo a multa aplicada.

A impugnante foi cientificada do acórdão conforme, intimação 199/2007, de fls. 751, e AR, de fls. 752, com recebimento, em 27/11/2007.

A empresa apresentou Recurso Voluntário, as fls. 755 a 808. As razões recursais estão assim resumidas.

- Em preliminar - Que a notificação é nula, pois houve preterição ao direito de defesa, em razão da inaplicabilidade dos dispositivos legais fundamentadores do crédito;
- Que a notificação descreve eventuais e supostas infrações de modo genérico, citando nome e uma pretensa legislação, sendo esta insuficiente para a constituição do crédito;
- Que tais enquadramento tratam genericamente de multas, não existindo pertinência lógica entre os fatos e a norma;
- Que a notificação é nula, pois não observou a forma legal e preteriu o direito de defesa, pois a notificação não preencheu os requisitos do ato administrativo, uma vez que não atendeu ao determinado no artigo 10 do Decreto 70.235/72;
- Que o INSS é parte ilegítima para figurar no pólo ativo ante a edição da Lei 11.098/2005, decorrente da conversão da MP 222/204;
- Que a norma criadora do Super-Receita é inconstitucional, pois retira de um só vez as competências do Ministério do Trabalho, Do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do Trabalho;

-
- Que meros auditores do fisco sem conhecimento abalizado do sistema produtivo em especial das empresas têxteis, sem saber jurídico adequado, possam desconstituir firmas, dizer o direito, julgar e aplicar multas milionárias, que eles não conhecem nada acerca do processo de produção de confecções e que somente o poder judiciário pode dirimir controvérsias desse porte;
 - Que ocorreu decadência das contribuições exigidas entre 03/2000 e 03/2002;
 - No mérito - Que no presente crédito foi adotado as causas de decidir do acórdão 15851, exarado nos autos 10935.002876/2007-88, porém tal decisão partiu de premissa errônea, pois considerou a recorrente empresa “mãe” de outras;
 - Que o fisco alega simulação e que a recorrente seria a real responsável pelo débitos;
 - Que a empresa recorrente está sendo responsabilizada por débitos de empresas que sequer conhece a estrutura interna, bem como alega a fiscalização que a recorrente tem constituição, posterior, ou seja, ante a lógica fiscal nasceu antes das filiais;
 - Que como poderia a recorrente se defender se não tem acesso a documentação das demais empresas e que os problemas de caixa e faturamento das outras empresas não interessam a recorrente;
 - Que os documentos juntados pela recorrente provam que as outras empresas prestam serviços a esta e que a recorrente só começou a ter faturamento em 03/2001;
 - Que a empresa Marajá possui 20 funcionários e que parte deles trabalham nas dependências da recorrente, mas que isso é necessário em razão da realidade do setor de confecção;
 - Que a Marajá é optante pelo Simples, conforme extrato, anexo, e que a Vanzin Bolsas Ltda nasceu antes da recorrente, além de ter tido faturamento entre 2002 a 2005, que a juntada de documentos só foi possível em razão da colaboração das outras empresas e outros documentos serão juntados no curso do PAF;
 - Que a Atlântida é uma empresa existente e que não tem faturamento por ser nova e que seus sócios são válidos e que a fiscalização não comprovou a existência de “laranjas”;
 - Que a Vantex e a Scala não tem o mesmo endereço, conforme Certidão de Numeração Predial, sendo que a recorrente absorveu parte da mão de obra da Scala, pois esta não mais exercia atividade;

-
- Que a recorrente contratou parte da mão de obra da Scala e aproveitou-se de sua estrutura física para desempenhar suas atividades, mas que isso não as tornam parte de uma mesmo empreendimento;
 - que a fiscalização não faz provas de suas alegações sobre o quadro societário;
 - que a fiscalização alega que a recorrente a Marajá e a Scala atuam no mesmo endereço;
 - que a Sra Marlene Vanzin estava na Vanzin Bolsas a serviço da recorrente para quem aquela empresa presta serviços, que a servidora é gerente de produção e de qualidade que trabalha mais nas prestadoras do que na recorrente, sendo esta mais uma prova de que o agente fiscal nada conhece do ramo de confecção;
 - que o mesmo ocorre com a Sra Engrid Janeck que é registrada na Marajá e trabalha nas dependências físicas da recorrente e que se esta fosse funcionária do recorrente esta já teria sido autuada pelo MTb;
 - que a aquisição pela recorrente dos veículos da Scala não comprova a existência de grupo, pois tais operações estão contabilizadas e constituem atos próprios;
 - que a recorrente durante algum tempo funcionou na Rua do Comércio, 100, mas que seus fornecedores demoraram para atualizar seus cadastros e que o emitente da nota é o responsável por ela e não a recorrente, sendo que ela ocupou tal endereço até 09/2004 e que as notas utilizadas pela fiscalização são posteriores a essa data;
 - que caberia a fiscalização acionar as empresas Scala; Vantex; Vanzin e Marajá para esclarecer se usam o Senhor Mateus Vanzin como preposto nas ações trabalhistas e não atribuir a recorrente a condição de grupo econômico;
 - que a Vantex só foi acionada judicialmente três vezes que o Senhor Mateus foi preposto desta duas vezes, devido estar sendo discutido direitos e obrigações da Marajá e seus funcionários, sendo a Vantex acionado em razão da imaginação fértil do funcionário ou de seu advogado;
 - que não houve reconhecimento do vínculo entre as reclamantes e as empresa, mas que isso os fiscais não mencionam, pois tinham desiderato pré-determinado “ferrar”o empresário;
 - que as cartas de preposição foram outorgadas ao Sr. Mateus apenas para que a Vantex melhor se defendesse uma vez que as reclamantes trabalharam apenas para a Marajá, sendo que o servidor de uma

empresa ser preposto de outro não pode ser indício de grupo econômico entre elas;

- que o fato de algumas pessoas terem ajuizado ações contra a Vanzin Bolsas; Vanzin Sport e Marajá não serve de indício de prova de grupo econômico entre elas quanto mais em relação a Vantex, tais alegações são pura falácia e não fatos;
- que nunca houve reconhecimento judicial da existência de grupo econômico como podem auditores fiscais serem os donos da verdade e julgadores de tal matéria;
- que a atividade fim da Vantex é distinta da Vanzin Bolsas e Marajá e que a Scala é concorrente;
- que a base jurídica utilizada está incorreta, pois os auditores se utilizaram de situação de tomador de serviço considerados subsidiário ou solidário por verbas de natureza salarial em razão de contrato de trabalho, a atividade desenvolvida era de facção de forma eventual e não exclusiva;
- que é normal o aproveitamento de mão de obra especializada, que é inegável que com as dificuldades da Scala a recorrente utilizou de sua estrutura e parte de seus funcionários;
- que tal situação não teve a intenção de burlar o fisco, mas sim foi um processo natural de seleção do mercado têxtil, onde a recorrente passou a atuar no mesmo mercado da Scala;
- que a Vanzin está instalada no mesmo prédio onde já funcionou a Scala, porém cada qual em sala diferente;
- que em razão das particularidades de mercados quase todos os contratos da recorrente são verbais, inexistindo documentação sobre estes;
- que a fiscalização espantou-se com o crescimento do número de empregados da Atlântida, mas que isso é natural e que a recorrente não possui um quadro mínimo de funcionários ligado a ela, pois se a facção realiza a produção para que teria a recorrente funcionários;
- que a recorrente ocupou o vazio deixado pela Scala devido a experiência de seu sócio e que o 420 funcionários divulgado no site diz respeito ao conjunto das empresas e não da recorrente especificamente;
- que alguns equívocos podem ter ocorrido no desenvolvimento do trabalho das facções, incorrendo em erro a fiscalização ao imputar débitos de terceiros a recorrente;

-
- que a principal atividade da recorrente é a comercialização, sendo a industrialização apenas meio de obter o produto, pois a recorrente não possui empresa alguma, sendo que todas as empresa são anteriores a recorrente;
 - que deve ser desconsiderada toda a jurisprudência trazida pela fiscalização, pois ficou demonstrado de forma cristalina que não houve simulação e que a responsabilidade dos débitos não pode ser imputado a recorrente;
 - que a Vanzin Bolsas foi criada em 16/09/1996 e vendida ao Senhor Heder Luis Vanzin, em 08/04/1999, ou seja antes da criação da Vantex, o que por si só descaracteriza a alegação do fisco, sendo que em 2004 a Vanzin decidiu passar a produzir na forma de prestação de serviços de confecção para outras empresas;
 - que apesar da Vanzin Bolsas e da Atlântida dividirem o mesmo barracão estas possuem comandos distintos e relógio de pontos separados, apesar de terem clientes em comum;
 - que a Vantex e Vanzin bolsas não possuem o mesmo endereço e isso pode ser verificado no contrato social;
 - que a recorrente juntou certidões para provar que seus sócios não possuem bens, pois se pretendessem promover sonegação de impostos certamente teriam significativo patrimônio, mas isso não ocorre;
 - Que o débito é ilíquido, pois exige encargos financeiros ilegais, isto é. A taxa SELIC cumulada com juros moratórios de 1% ao mês;
 - Que a Lei 9.065/95 e as circulares 1.594/90, 2.311/91 e 2.671/96 regulam a SELIC e conferem a esta natureza remuneratória;
 - Que a aplicação da SELIC reflete verdadeiro aumento do tributo o que é vedado pelo princípio da legalidade;
 - Que os juros moratórios a serem aplicados aos tributos são os de 1% do artigo 161 do CTN;
 - Que a União aplica juros moratórios e taxa SELIC o que gera três ilegalidades, cobra juros moratórios em duplicidade; aumenta o tributo e capitaliza juros;
 - Pede declaração de nulidade do crédito pela iliquidez ou alternativamente a redução da exigência pelo reconhecimento da ilegalidade na utilização da SELIC cumulada com juros (capitalização);
 - Que as multas aplicadas caracterizam verdadeiro confisco;

-
- Que o STF já decidiu inúmeros casos em que as penalidades foram consideradas inválidas a exemplo da ADIN 551;
 - Que uma norma pode ser considerada invalidada para salvaguardar o contido no artigo 106, II, do CTN;
 - Que o relatório fiscal omite informações essenciais à aferição vai além das provas, o que deixa o crédito a mercê de ser classificado de excesso de exação, sendo improcedente a atuação em decorrência dos vícios;
 - Ao final conclui pedindo: a) recebimento, conhecimento e provimento do recurso; b) reformando-se a decisão *a quo*; c) anulando-se a autuação; d) a recorrente requer a produção de todas as provas admitidas em direito, em especial a testemunhal, juntada de novos elementos em razão da exiguidade do tempo para apresentação da defesa.

Os autos subiram ao Segundo Conselho de Contribuintes, fls. 812.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Eduardo de Oliveira

O presente recurso foi interposto tempestivamente, haja vista que o contribuinte foi comunicado da decisão de primeiro grau, em 27/11/2007, AR, de fls. 752, tendo sido apresentado o Recurso Voluntário, em 21/12/2007, fls. 755. A recorrente não realizou o depósito recursal, pois tal exigência não foi feita no acórdão *a quo* ou na intimação da autoridade preparadora.

Quanto ao depósito recursal, ainda, que necessário a época da impetração, hoje este não mais vige, uma vez que revogado pela MP 413/2008, convertida na Lei 11.727/2008. Ainda, que se alegue que tal condição deva ser averiguada tendo como marco a data da interposição do recurso, tenho para mim que tal exigência estava com os dias contados, basta ver a ADIN 1976-7, que exclui do Decreto 70.235/72, tal exigência, acrescentada pela Lei 10.522/2002. Neste diapasão apresenta-se, também, a Súmula Vinculante nº 21 do STF, ou seja, se não tivesse sido revogado tal depósito na seara previdenciária, fatalmente este acabaria declarado inconstitucional, sendo inexigível desde a origem. Não fosse esses argumentos suficientes o Regimento Interno do CARF Portaria MF 256/2009, em seu artigo 62, parágrafo único, inciso I, do Anexo II, estabelece que:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Assim, tem-se no caso a possibilidade do afastamento desta exigência, uma vez que em RE, conforme abaixo transcrito o STF já havia reconhecido a inconstitucionalidade do artigo 126, §§ 1º e 2º, da Lei 8.213/91, senão vejamos:

RECURSO ADMINISTRATIVO - DEPÓSITO - §§ 1º E 2º DO ARTIGO 126 DA LEI Nº 8.213/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.

(RE 389383, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00031 EMENT VOL-02282-08 PP-01625 RDDT n. 144, 2007, p. 235-236.

(grifos do subscritor).

Tal decisão transitou em julgado em 14/09/2007, conforme resumo de andamento do processo, consultado no site do STF. Desta forma, e tendo em vista os princípios da isonomia e da segurança jurídica admito o presente recurso.

Os presentes autos será objeto de julgamento conjunto com o processo 10935.002874/2007-99 que objetiva o lançamento da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD DEBCAD 37.066.086-2, contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, sobre a folha de pagamento dos segurados empregados, bem como da retribuição aos contribuintes individuais, uma vez que ambos os créditos são interdependentes do mesmo conjunto probatório, nos termos do que dispõe o artigo 2º, III, da Portaria RFB 666/2008.

O Relatório Fiscal do Auto de Infração - REFISC, de fls. 04, é bem claro em dizer que estão sendo objeto da atuação as competências 09/2002 a 13º/2006, uma vez que as Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP foram entregues com dados que não correspondiam a totalidade dos fatos geradores das contribuições previdenciárias, sendo que em seu penúltimo parágrafo alerta que o Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – REFISC, fls. 253 a 293, DEBCAD 37.066.087-0, está juntado aos presentes autos e este esclarece o entendimento da fiscalização.

A autuação expressa de forma clara e objetiva os motivos que deram azo a cobrança da exação, demonstrando a forma de cálculo e a legislação de regência aplicável.

Na autuação por descumprimento de dever instrumental não há a aplicação de multa, pois o próprio crédito já é uma multa punitiva pelo descumprimento da legislação. Assim esta preliminar deve ser rejeitada.

Embora já estivesse em vigor a Lei 11.457/2007 o Decreto 70.235/72 no que tange aos requisitos dos lançamento não alcançavam os créditos de natureza previdenciária, pois estes têm regramento próprio no artigo 33, da Lei 8.212/91 c/c o artigo 293 do Regulamento da Previdência Social – RPS, apenso ao Decreto 3.048/99 e com o artigo 640, 1º a 3º da IN/SRP N° 03/2005, uma vez que o Decreto 6.103/2007 só determinou a aplicação antecipada aos créditos previdenciários dos prazos e da competência para julgamento em primeiro grau e não em relação ao resto. Desta forma, mais esta preliminar deve ser repelida.

No que tange a alegação de ilegitimidade do INSS para figurar no pólo passivo da demanda equivocou-se a recorrente, pois este nunca integrou a relação processual, pois o procedimento fiscal foi realizado pela Secretaria da Receita Previdenciária do Ministério da Previdência Social –SRP/MPS, nos termos da Lei 11.098/2005 e o lançamento já se deu na égide da Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda – SRFB/MF, nos termos da Lei 11.475/2007. Assim afastado mais esta preliminar.

A Lei 11.457/2007 não interferiu em absoluto nas competências da Justiça do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho, pois estes órgãos têm sua competência/funções institucionais previstas na CF/88 melhor prova disso é que nenhum desses órgãos ou as entidades de classe de seus membros questionaram a constitucionalidade da lei no Supremo Tribunal Federal – STF, até o momento.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ não tem o mesmo entendimento da recorrente quanto a capacidade jurídica dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil –

AFRFB, uma vez que no PP 1438/2007 decidiu aquele órgão de controle externo do judiciário nacional da seguinte maneira.

5. Diante do exposto, acolha o Pedido de Providências para esclarecer, nos termos do art. 2º da Resolução nº 11/2006 do CNJ, que:

(a) o cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho e os antigos cargos de Auditor-Fiscal da Previdência Social e de Auditor-Fiscal da Receita Federal são computáveis no tempo de atividade jurídica exigido para ingresso na magistratura;

(b) o exercício do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, criado pela Lei nº 11.457/2007, também é computável para aqueles efeitos;

(c) nos termos do recurso administrativo no Pedido de Providências nº 927, o tempo anterior à colação de grau no curso de Direito não deve ser computado como atividade jurídica.

Porto Alegre, 09 de maio de 2007.

Eduardo Kurtz Lorenzoni

Conselheiro

Ademais no desempenho de sua atividade institucional nos termos da legislação o agente fiscal tem competência para promover a desconsideração da personalidade jurídica, conforme abaixo transcrito:

Pode-se afirmar, diante do que foi considerado, que o art. 50 do novo Código Civil não é necessário, mas é útil à autoridade fiscal no momento de constituir, em certas circunstâncias, o crédito tributário. Não é necessário porque a autoridade pode apurar o crédito tributário contra o contribuinte em sentido estrito (com fundamento nos arts. 121, parágrafo único, inciso I, 142 e 149, inciso VII do CTN) ou contra o responsável (com fundamento nos arts. 121, parágrafo único, inciso II, 135 e 142 do CTN). É útil porque confirma, para a ordem jurídica brasileira como um todo e para o direito tributário em particular, a possibilidade da desconsideração ou afastamento da personalidade jurídica.

Importa, ainda, destacar que o agente da desconsideração da personalidade jurídica no campo tributário não é o juiz [35]. A menção ao magistado no art. 50 do novo Código Civil decorre do fato daquele dispositivo estar voltado para a aplicação da desconsideração em relações jurídicas de direito privado, caracterizadas pela horizontalidade, onde uma das partes não pode, unilateralmente, impor obrigações ou constituir direitos em desfavor da outra. Na seara tributária, como já sublinhado, compete à autoridade fiscal, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional, constituir o crédito tributário, identificando o sujeito passivo da obrigação. Neste momento, se for o caso, será aplicada a desconsideração da personalidade jurídica.

Evidentemente, o sujeito passivo poderá impugnar, utilizando todos os meios de defesa possíveis, em sede administrativa e judicial, o ato da autoridade fiscal.

CASTRO, Aldemario Araujo. **Aplicação no Direito Tributário da desconconsideração da personalidade jurídica prevista no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1497, 7 ago. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10234>. (grifo do original).

Registre-se, ainda, a despeito do que pensa a recorrente que os órgãos julgadores a que se socorre são compostos pelos mesmos servidores que ele (contribuinte) entende não ter conhecimento, capacidade e competência para dizer o direito, veja-se o artigo 29, da Portaria MF/GM 256/2009 – Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, que diz.

Art. 29. *A indicação de candidatos a conselheiro, recairá:*

I - no caso de representantes da Fazenda Nacional, sobre Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, em exercício no cargo há pelo menos 5 (cinco) anos; (grifo nosso).

Importante, também, registrar o pensamento de Hely Lopes Meirelles sobre os Tribunais Administrativos, que em sua obra Direito Administrativo Brasileiro - 27ª edição – editora Malheiros – ano 2002, pág. 726 diz:

*“Os Tribunais Administrativos são órgãos do Poder Executivo com competência jurisdicional específica para assuntos indicados em lei, a serem decididos nos recursos próprios. Não integram o Poder Judiciário, nem proferem decisões conclusivas para a Justiça Comum (CF, art. 5º, XXXV). Atuam e decidem no âmbito restrito da Administração ativa, vinculando-a aos seus julgamentos, comumente sujeitos a revisão do Ministro de Estado, que, em tais, casos, representa a última instância administrativa. Esses Tribunais, são, pois, órgãos auxiliares dos respectivos Ministérios, ao lado dos quais **exercem funções jurisdicionais administrativas parajudiciais ou quase-judiciais**, destinadas à solução de questões internas da Administração ou de pendências suscitadas pelos administradores. Dentre eles merecem destaque os **Conselhos de Contribuintes...**”* (grifos não consta do original).

Assim sendo, não conhece desta preliminar.

Alega, ainda, a empresa que teria havido a decadência das contribuições relativas ao período de 03/2000 a 03/2002. No entanto, tal período não faz parte do presente Auto de Infração o agente fiscal autuante deixou bem claro, quando consignou no primeiro parágrafo do Relatório Fiscal do Auto de Infração – REFISC, de fls. 04, que o auto é referente as competências 09/2002 a 13º/2006, o que demonstra que o contribuinte nem leu o relatório para empreender sua defesa, pois não sabe nem o que alega. Desta forma, não a lugar para reconhecimento da decadência, pois tal instituto não se verificou, rejeito mais esta preliminar.

Não há vedação na adoção das causas de decidir de um processo em outro, conforme julgados abaixo transcritos.

EMENTA Habeas corpus. Processual penal. Acórdão que adotou como razões de decidir o Parecer do Ministério Público estadual. Alegação da falta de fundamentação. Inocorrência. Precedentes de ambas as Turmas desta Suprema Corte. 1. A adoção do parecer do Ministério Público como razões de decidir pelo julgador, por si só, não caracteriza ausência de motivação, desde que as razões adotadas sejam formalmente idôneas ao julgamento da causa. 2. Decisão impugnada que se encontra em perfeita consonância com a pacífica jurisprudência desta Suprema Corte. 3. Habeas corpus denegado. (HC 94164, MENEZES DIREITO, STF)

EMENTA Habeas corpus. Processual penal e constitucional. Adoção dos fundamentos da sentença de 1º grau pelo acórdão de Segunda Instância como razões de decidir. Não violação da regra do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal. Precedentes. 1. O entendimento esposado na decisão do Superior Tribunal está em perfeita consonância com o posicionamento desta Suprema Corte, no sentido de que a adoção dos fundamentos da sentença de 1º grau pelo julgado de Segunda Instância como razões de decidir, por si só, não caracteriza ausência de fundamentação, desde que as razões adotadas sejam formalmente idôneas ao julgamento da causa, sem que tanto configure violação da regra do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 94384, DIAS TOFFOLI, STF)

(destaques desta decisão administrativa).

Além disso, tenho para mim que não há erro na premissa adotada, pois o REFISC, foi claro e elucidativo no que se refere a questão da ocorrência de simulação para mascarar a real prestação de serviços pelos trabalhadores à empresa Vantex Industrial Ltda. O fato de ser chamada de empresa mãe não significa necessariamente que esta a Vantex nasceu primeiro e as outras nasceram depois para lhe servir, mas sim que está é quem comanda, administra, gerência, regula, determina, atua, age em benefício de todas. O REFISC, de fls 236 a 293, é claro em dizer que “outras empresas têm existência ou são criadas para lhe prestarem serviços...”. A Vantex segundo seu contrato social foi criada em 27/06/2000, as outras empresas foram criadas nas seguintes datas: Scala – 12/04/1994; Vanzin Bolsas – 16/09/1996; Marajá 02/04/1998; Atlântida – 03/02/2006, o que mostra-se consentâneo com o demonstrado pela fiscalização

A fiscalização demonstrou em seu relatório alicerçado pelas provas juntadas ao autos que a empresa Vantex tem constituição posterior a duas de suas “prestadora de serviços” e anterior a uma, aludindo àquela a qualidade de “mãe” em razão do que já discorrido acima. A recorrente pode defender-se provando a inexistência da simulação através de sua própria contabilização e documentação, mas parece que não é isso que ocorre já que a fiscalização demonstrou que nesta própria documentação exsurtem elementos que confirmam

a simulação. Se o problema de caixa das outras não a interessa para que então socorrê-las ou pagar-lhes as despesas, conforme consta do relatório fiscal.

Não sei a qual documentação juntada pela recorrente ela se refere, pois com a impugnação só juntou Contrato Social primitivo, fls. 731 a 733; sétima alteração, fls. 734 a 736; oitava alteração, fls. 737 e nada mais e no Recurso Voluntário nada foi juntado. O próprio agente fiscal em seu relatório, fls. 261, informa o ano de 2001 como o de início da obtenção de receita o que não poderia ser diferente já que a empresa foi criada em 06/2000.

A recorrente alega que parte dos funcionários da Marajá prestam serviços em suas dependências em razão da realidade do mercado de confecção, se tal assertiva fosse realidade aí teríamos a cessão de mão de obras nos termos da Lei 9.711/98, porém o artigo 219, § 1º, do Regulamento da Previdência Social – RPS, apenso ao Decreto 3.048/99 não relaciona os serviços de confecção como possível de cessão de mão de obra, bem como o enunciado TST 331 não admite terceirização na atividade fim.

Tudo o que a empresa alega o fiscal autuante já havia comprovado que a Marajá está no sistema Simples de tributação, que a Vanzin Bolsas nasceu antes da recorrente que esta (recorrente) teve faturamento de 2001 a 2006. Porém a alegação de que juntou documentos e que juntaria outros no curso do PAF não se comprova ou comprovou sendo inverídica.

A fiscalização comprovou que a Vantex assume as despesas de água e luz da Atlântida, que esta não contabiliza custos de água, luz e telefone, além do que a Vantex empresta/fornece numerário para a Atlântida adimplir a folha de pagamento mensal dos funcionários, sendo que esta operação de empréstimo não está contabilizada em nenhuma das empresas. A Vantex, ainda, cede gratuitamente todas as máquinas, mesas e equipamentos para a Atlântida. Outro fato provado pela fiscalização é a questão da constituição societária que segundo contrato social é formada por Anísia de Souza Bastos e Diego Poletto Mayer, conforme fls. 438 e 443, com filiais em Ibema e Quarto Centenário. Porém a fiscalização comprovou item 2, de fls. 267 a 271, que quem representou a empresa Atlântida nas ocasiões necessárias foi a empresária Marlene Vanzin.

Pelo quadro anexo 2, fls. 339, realizado pela fiscalização com base nos contratos sociais pode-se verificar que Vantex, Scala, Marajá, Vanzin Bolsas e Atlântida, da forma ali discriminada já ocuparam o mesmo endereço, embora que em combinações distintas, como demonstra o quadro. Tal assertiva está largamente esclarecida, as fls. 241 e 242. A fiscalização demonstrou, fls. 238, 251, 273, que a Vantex assume a posição da Scala e a própria recorrente confirma isso em seu recurso, assim, além, da responsabilização empreendida pela fiscalização, a empresa poderia ser também responsabilizada pela aplicação dos artigos 132 e 133 do CTN.

A situação do quadro societário das diversas empresas foi objeto de específico detalhamento por parte da fiscalização, inclusive demonstrando que quem se apresenta como representante da Atlântida e a Senhora Marlene Vanzin, bem como o Senhor Reinaldo Luiz Majeviski nada ou pouco sabe da empresa Marajá da qual consta no contrato social como sócio-administrador. O fato da Senhora Marlene Vanzin empregada da Vantex estar nas três ocasiões em que a fiscalização visitou o galpão da Vanzin Bolsas e da Atlântida ali trabalhando é mais um elemento de comprovação dos fatos alegados. Aliás, aliado ao fato de que no endereço da Vantex encontravam-se trabalhadores da Marajá em plena atividade e sob ordem da Vantex demonstra as afirmações da fiscalização, fls. 242. O que faz o MTb e

problema dele e não dá Receita Federal está cuida apenas do tributos federais, pois a Administração é dividida por competências.

Realmente a transferência dos veículos do ativo permanente da Scala para a Vantex não demonstra o objetivo comum, mas chama a atenção, pois esta última ficou com os empregados, atividade, endereço, mercado. Não há dúvidas de que os cadastros dos fornecedores são responsabilidade destes e que estes devem cuidar para atualizá-los, mas tal só pode ocorrer se o comprador ao efetuar nova compra informar a mudança do contrário o fornecedor continuará a remeter o produto da compra ao endereço antigo, ora se o comprador não reclama é porque a entrega naquele endereço serviu aos seus propósitos. A própria fiscalização consignou que a emissão das notas é posterior a suposta saída da Vantex daquele endereço, que aparenta não ter ocorrido na prática, pois continuou comprando e recebendo insumos no endereço antigo.

A fiscalização em momento algum atribuiu as empresas a condição de grupo econômico não há no presente crédito nenhuma referência a tal fato.

A fiscalização demonstrou que o Senhor Mateus Vanzin é responsável pelo RH de todas as empresas, sendo empregado da Marajá, quadro do item II, fls 240. A nomeação do preposto é mais um elemento apresentado pela fiscalização da ligação das empresas, além do que decidido pela justiça trabalhista nos trechos transcritos no relatório fiscal, também, demonstra que o funcionário de uma transita pelas outras e vice-versa, sendo fatos esclarecidos e comprovados e não falácias como alega a recorrente.

Alhures já foi dito que a fiscalização em momento algum neste crédito caracterizou grupo econômico, pouco importando o que a justiça trabalhista reconheceu neste campo, o que os agente fiscais fizeram estes deixaram claro em seu relatório, de fls. 04, isto é, lançar o crédito na Vantex empresa “mãe” que se beneficia da estrutura das demais em razão de simulação para afastar a tributação.

Parece que imaginação fértil tem o recorrente por seu causídico ao dizer que o objetivo da fiscalização estava pré-determinado e este era o de “ferrar” com o empresário. A fiscalização atua em atenção aos princípios constitucionais do artigo 37, caput. E nada mais que isso, pois o artigo 142, do CTN, dá-lhe o poder, mas, também, atribui-lhe a obrigação de fazê-lo nos moldes da lei sob pena de responsabilização, sendo que qualquer desvio de conduta deve ser provado e não apenas alegado.

O fato da atividade fim das empresas serem distintos em nada afeta a situação de todos estarem envolvidas para a consecução de atividade comum utilizando mutuamente de mesmo pessoal, local de atividade, maquinário e equipamentos, interesse comum, empréstimos não contabilizados, ativo permanente entre outros.

Incorreta não é a base jurídica utilizada para fundamentar o lançamento, haja vista que subsidiariedade ou solidariedade não foi aventada no crédito, salvo em algumas transcrições de processos da justiça trabalhista, mas aí de responsabilidade desta e não do fisco. O que está incorreto é a compreensão do lançamento.

A recorrente tem razão ao dizer que é normal buscar mão de obra especializada, também, diz ela que utilizou-se de parte da estrutura e dos funcionários da Scala. Porém, segundo informações que esta prestou a Previdência Social ela tem 44 funcionários, mas em seu site informa que gera 420 empregos diretos e pela tabela elaborada pela

fiscalização, fls. 264, este é aproximadamente o número de trabalhadores de todas as empresa em conjunto, ou seja, (Scala, Marajá, Vanzin Bolsas, Atlântida e Vantex). Embora possa ser tal situação resultado de processo natural e da seleção do mercado tudo deve ser formalizado do ponto de vista legal e jurídico, o que parece não ter ocorrido.

É inacreditável que uma empresa que atue no mercado formal só tenha contrato de fornecimento, de venda, de compra de matéria prima, de insumos, de importação e exportação do tipo verbal, isto sim é imaginação.

No tópico de transferência de trabalhadores a fiscalização não cita a Atlântida, pois nos quadros anexos 4; 5; 6; 7 e 8, cuida apenas das empresas: Scala; Marajá Vantex e Vanzin Bolsas. A empresa confessa que informa em seu site como seus empregados funcionários que supostamente são de outras empresas. A fiscalização não imputou débitos de terceiros a recorrente, mas sim considerou que estes débitos são de responsabilidade da recorrente em razão da existência de simulação no negócio jurídico para esconder a ocorrência do fato gerador.

Dizer que a comercialização é a principal atividade da empresa e que a fabricação é apenas meio de obter o produto é surreal, pois como é possível vender sem que se fabrique primeiro, salvo se a empresa for exclusivamente mercantil (comercial). É o mesmo que dizer que a atividade principal do pecuarista é vender o gado e não criar, que o da montadora é vender o carro e não montar, onde seria obtido o produto da venda, pois a recorrente não é varejista este sim não produz apenas vende. Pode ser que vender seja a atividade mais rentável, mas não pode ser a principal até porque a empresa se autoenquadra com o FPAS 507 que é o de indústria e CNAE 1812.0 confecção. Ao contrário do diz a recorrente ficou demonstrado de forma cristalina a existência de simulação.

A questão da data de criação das empresas, da atribuição do designativo empresa “mãe” já foi abordado e esclarecido linhas atrás. A existência de relógio de ponto distintos e mesmo de sócios diferentes entre a Vanzin e Atlântida em nada desqualifica o que o agente notificante notou e relatou em relação a elas, pois já demonstrou a fiscalização que os sócios da Atlântida não a representam de fato e que a Vantex fornece apoio financeiro e logístico com o empréstimo de equipamentos.

O fato dos sócios não terem significativos bens, conforme certidão que a recorrente alega ter juntado, mas que não encontramos os autos, em nada socorre sua assertiva até porque quem quer ludibriar as autoridades de alguma maneira na coloca bens em seu nome, mas sim nos de terceiros, parentes, procuradores e etc. Não estamos aqui afirmando que foi isso que ocorreu no presente caso, mas apenas citando o que é público e notório, quando se trata angariar fundos de forma duvidosa.

No Auto de Infração não se aplica SELIC e muito menos a cobrança de multa moratória, assim sendo estas alegações são completamente inadequadas, razão pela qual nem foram analisadas. Na esteira dos esclarecimentos realizados fica claro que todas as informações estavam e estão a disposição do contribuinte nos autos do presente crédito.

Não ocorreu excesso de exação, pois foi lançando o que se reputou devido dentro dos elementos de provas colhidos no procedimento fiscal. Também, não ocorreu nenhum dos três vícios alegados pelo contribuinte, tendo em vista que todos estão devidamente afastados, pois não há acréscimos legais no AI. O relatório fiscal é claro e detalhado quanto os

elementos averiguados e as conclusões da fiscalização, estando alicerçado em vasto conjunto probatório.

O pedido de produção de provas adicionais e de juntada posterior não tem respaldo na legislação do PAF, uma vez que o Decreto 70.235/75 determina o prazo para produção desta. Além do que, passados quase três anos da impetração do recurso voluntário nada mais o recorrente apresentou, indefiro tal pedido, pois após distribuído para julgamento torna-se absolutamente incabível e indevido.

CONCLUSÃO

Destarte, com esses argumentos expostos acima voto por CONHECER DO RECURSO para no mérito **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.

Voto Vencedor

Conselheiro Gustavo Vettorato

Questões de Mérito – Redução de Multa

Em atenção ao presente voto vista, salvo o posto abaixo, o voto do Relator está correto.

Ao se verificar a multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 32, IV, §§3º e 5º, da Lei n. 8.212/1991, com redação anterior à Medida Provisória n. 449/2008, deve-se atentar às alterações legais implementadas por esta e sua lei de conversão (Lei n. 11.941/2009), que revogou os parágrafos e incluiu o art 32-A, I,. Recentemente, as normas sancionatórias relativas à GFIP foram alteradas pela lei n.º 11.941/09, e provavelmente beneficiam a Recorrente. Foi acrescentado o art. 32-A à Lei n.º 8.212, *in verbis*:

Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso II do caput deste artigo, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo fixado para entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, a data da lavratura do auto de infração ou da notificação de lançamento. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 2º Observado o disposto no § 3º deste artigo, as multas serão reduzidas: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

I – à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

II – a 75% (setenta e cinco por cento), se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

I – R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária; e (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

II – R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Toda multa tributária é uma sanção, ou seja tem natureza primária punitiva, ou de penalização. Contudo, ainda assim podem ser classificadas em multa moratória, decorrente do simples atraso na satisfação da obrigação tributária principal, e multa punitiva em sentido estrito, quando decorrente de infração à obrigação instrumental cumulada ou não com a obrigações principais.

Tal classificação é necessária pois, apesar de não terem natureza remuneratória, mas sancionatória, os tribunais brasileiros admitem que as multas tributárias devem ser classificadas em moratórias e punitivas (sentido estrito), em razão da existência de tratamentos diversos para cada espécie pelo próprio Código Tributário Nacional e legislação esparsas. (RESP 201000456864, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, 29/04/2010; PAULSEN, Leandro. Direito tributário, constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 12ª Ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010, p.1103-1109)

Assim, coloco como premissa que a diferença entre multa moratória e multa punitiva em sentido estrito. Como supra colocado, a primeira decorre do mero atraso da obrigação tributária principal, podendo sendo constituída pelo próprio contribuinte inadimplente no momento de sua apuração e pagamento. Já, a segunda espécie de multa, a punitiva em sentido estrito, demanda constituição pelos instrumentos de lançamento de ofício por parte dos agentes fiscais (art. 149, do CTN), em que se apura a infração cometida e a penalidade a ser aplicada. Inclusive a estipulação e definição da espécie de multa é dado exclusivamente pela lei, fato ressaltado em face do princípio da estrita legalidade a que se regula o Direito Tributário e suas sanções (art. 97, V, do CTN). A mudança de natureza para fins de comparação no tempo, não pode ser realizada sem autorização legal, e por isso não se poderia comparar com multas punitiva em sentido estrito (referente à descumprimento de obrigação exclusivamente instrumental) com multas de natureza moratória a exemplo com a nova redação do art. 35-A, da Lei n. 8212/1991, com a redação a partir da Medida Provisória n. 449/2008.

Devido ao disposto no art. 112, IV, do CTN, a legislação tributária que define as infrações e comina suas penalidades deve ser interpretada de forma mais favorável ao contribuinte em casos de dúvidas quanto à natureza das infrações e suas penalidades. Interpretação que deve ser conjugada com a retroatividade benigna prevista no art. 106, II, a e c, do CTN, de forma a reduzir ou extinguir penalidades sempre quando lei posterior estabeleça pena menos grave ou não entenda mais como infração tal conduta. Portanto, também deve ser colocado como premissa, que além de retroagir a aplicação de dispositivo legal mais favorável essa retroação também deve sempre buscar uma aplicação mais favorável ao contribuinte.

Assim, em razão do princípio da retroatividade benigna (art. 106, do CTN), como o entendimento que a aplicação da sanção deve ser regida pela multa estabelecida no artigo 32-A, I, da Lei n. 8.212/1991, com a redação da Lei n. 11.941/2009, desde que mais

Processo nº 10935.002872/2007-08
Acórdão n.º **2803-00.472**

S2-TE03
Fl. 832

favorável ao contribuinte em relação à aplicação do art. 32, IV, § 5º, da Lei n. 8.212/1991, com redação anterior à Medida Provisória n. 449/2008.

Isso posto, voto por conhecer o presente Recurso Voluntário, no mérito **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** no sentido apenas para reformar o lançamento no que tange a aplicação da sanção que deve ser regida pela multa estabelecida no artigo 32-A, I, da Lei n. 8.212/1991, com a redação da Lei n. 11.941/2009, desde que mais favorável ao contribuinte em relação à aplicação do art. 32, IV, § 5º, da Lei n. 8.212/1991, com redação anterior à Medida Provisória n. 449/2008.

(Assinado digitalmente).

Gustavo Vettorato.