



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

Processo nº 11065.000605/2009-17
Recurso nº Voluntário
Resolução nº 2302-000.199 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Data 22 de janeiro de 2013
Assunto Solicitação de diligência
Recorrente LUCACUCA CALÇADOS LTDA.
Recorrida DRJ EM PORTO ALEGRE/RS

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os membros da Segunda Turma da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por maioria de votos em converter o julgamento em diligência. Os Conselheiros Andre Luis Marsico Lombardi e Liege Lacroix Thomasi divergiram porque entenderam dispensável a diligência para o julgamento do recurso.

LIEGE LACROIX THOMASI - Presidente.

MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR - Relator.

EDITADO EM: 20/08/2013

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: LIEGE LACROIX THOMASI (Presidente), ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, ARLINDO DA COSTA E SILVA, MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, JULIANA CAMPOS DE CARVALHO CRUZ, ADRIANA SATO.

Adoto o relatório constante do Acórdão n. 10-33.176 – 7ª Turma da DRJ/POA, de 20/07/2011 [fls. 562/570]:

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

Autenticado digitalmente em 20/08/2013 por MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/

08/2013 por MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, Assinado digitalmente em 26/08/2013 por LIEGE LACROIX THOMA

SI

Impresso em 27/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O presente lançamento decorre do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF nº 10.1.07.00-2008-00441 e prorrogações que determinou a ação fiscal na Lucacuca Calçados Ltda, CNPJ nº 05.880.843/0001-43.

Na mesma ação fiscal foram emitidos os seguintes Autos de Infração - AI:

- 1) AI Debcad nº 37.169.751-4 relativo as contribuições devidas a terceiros: INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE;*
- 2) AI Debcad nº 37.169.749-2 relativo as contribuições dos segurados empregados e contribuintes individuais;*
- 3) AI Debcad nº 37.169.738-7 relativo ao descumprimento de obrigação acessória: deixar de apresentar a GFIP com os dados correspondentes a todos os fatos geradores das contribuições previdenciárias.*

O crédito previdenciário constituído no presente AI, no valor de R\$1.604.888,21 (um milhão seiscentos e quatro mil oitocentos e oitenta e oito reais e vinte e um centavos), consolidado em 08/09/2009, refere-se a contribuição a cargo da empresa, inclusive a destinada ao financiamento do Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa de Riscos Ambientais do Trabalho - GILRAT, incidente sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais que lhe prestaram serviços.

Segundo o Relatório da Atividade Fiscal - RAF foram omitidas as remunerações de segurados na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia Por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP, além de informada a alíquota incorreta do GILRAT.

Através da análise dos contratos sociais da Lucacuca Calçados Ltda (CNPJ nº 05.880.843/0001-43), Calçados Star Jader Ltda (CNPJ nº 94.144.979/0001-15) e Calçados Carvelli Ltda (CNPJ nº 08.721.787/0001-92), doravante também denominadas Lucacuca, Star Jader e Carvelli, foi identificado que na composição societária destas três empresas os sócios possuem grau de parentesco muito próximo. A Sra. Santa Alvete da Silva, sócia da Lucacuca e da Star Jader, é esposa de Clébio A. da Silva, irmão de Angelita da Silva e cunhado de Arlete Teresinha Freotas dos Santos, ambas sócias da Lucacuca. A Sra. Eveni da Silva é mãe de Vanda Maria da Silva (sócias da Carvelli), Clébio Antônio da Silva e Angelita da Silva (sócios da Lucacuca). Informa, ainda, o RAF que o Sr. Clébio Antônio da Silva possui procuração da Star Jader que lhe confere amplos poderes de gestão sobre a empresa outorgante. A Sr. Santa Alvete da Silva é responsável pela administração da Lucacuca e da Star Jader, exercendo suas funções na Seção Administrativa, comum às duas empresas. Conclui, a auditoria fiscal, que as decisões sobre os negócios das três empresas são tomadas pelas mesmas pessoas, ligadas por laços familiares.

A auditoria constatou que as três empresas funcionam no mesmo endereço da autuada, ou seja, na Rua Espírito Santo nº 122 em Sapiiranga - RS. Embora a Carvelli, tenha registrado no contrato de fundação a sede na Rua Major Bento Alves nº 3260, sala 02, Bairro Amaral Ribeiro, Sapiiranga-RS, através da alteração contratual de

28/07/2008 passou a ter sede na Rua Espírito Santo nº 122, Sapiranga-RS. A auditoria informa que foram verificados os responsáveis pela energia e IPTU, no endereço de fundação da Carvelli Calçados Ltda, constatando que os responsáveis nunca tiveram vínculo com a empresa.

Informa a fiscalização que da análise da escrituração contábil da autuada detectou que as três empresas estão sendo utilizadas de tal forma que desaparece a individualidade dos objetivos das pessoas jurídicas, assim como se confundem os objetivos sociais. A Carvelli Calçados Ltda presta serviços somente à autuada e sua receita depende integralmente desta. Não há qualquer patrimônio imobilizado informado no Balanço Patrimonial da Carvelli. Conclui que a Carvelli utiliza máquinas e equipamentos da Lucacuca e/ou Star Jader, para atingir seu objetivo social, cujos custos de depreciação e matéria-prima são suportados pela Lucacuca e Star Jader. Não há registros na contabilidade da Carvelli Calçados Ltda de despesas com aluguéis, energia ou qualquer outro custo fabril, necessário à atividade industrial. Informa que a Carvelli desenvolve suas atividades no endereço da Lucacuca e que os repasses desta àquela são para saldar compromissos decorrentes de salários e encargos. Infere, com base no Demonstrativo de Resultados do Exercício de 2007, que 97,27% do custo da Carvelli corresponde a pessoal, evidenciando total dependência da autuada.

Também informa que, com base no Demonstrativo de Resultados do Exercício de 2007, a receita bruta da Star Jader Ltda é oriunda de atos comerciais praticados com a Lucacuca Calçados Ltda.

Quanto as relações trabalhistas, informa que houve transferência da mão-de-obra da Star Jader e da Lucacuca para a Carvelli (04/2007) e que, em 12/2007, a folha de pagamentos estava concentrada nesta última (121 segurados), enquanto a Star Jader tinha 14 segurados e a Lucacuca 41. Também foi verificado, no início do procedimento fiscal, que os segurados da linha de produção da autuada vestiam uniformes da Carvelli, embora exercendo suas atividades nas dependências da Lucacuca Calçados Ltda. Ao entrevistar operários no endereço da autuada, o auditor defrontou-se com segurados empregados das outras empresas, prestando serviços na Lucacuca. Menciona o caso do Sr. Célio Rogério Muller que se identifica como Gerente Comercial do Grupo Lucacuca e, no seu cartão de apresentação, consta o telefone da Calçados Star Jader Ltda. Tal situação se repete com os segurados da seção administrativa que ocupam espaço no prédio da Calçados Star Jader Ltda. A segurada Caroline Bunttenbender é responsável pela emissão de notas de saída das três empresas, embora registrada na Calçados Star Jader Ltda., Valdivia Luiza Fáber é responsável pela administração dos recursos humanos das três empresas, mas está registrada na Star Jader: data de admissão em 07/06/2004 e demissão em 02/07/2007. Descreve outras situações que comprovam a mistura de empregados entre as empresas Lucacuca Calçados Ltda., Calçados Star Jader Ltda e Calçados Carvelli Ltda.

Aduz, ainda, que decisões importantes, como as ordens de produção para o mercado externo da autuada, eram tomadas por empregados da Star Jader. Por fim, informa que a Carvelli Calçados paralisou suas

atividades em 01/2009 e a Star Jader em 04/2009 e que os créditos previdenciários foram extraídos das folhas de pagamentos das supostas prestadoras no período de 01/2004 a 12/2007.

A partir dos elementos descritos, a fiscalização desconsiderou os atos negociais praticados entre a autuada e as pessoas jurídicas Calçados Star Jader Ltda e Calçados Carvelli Ltda. Conclui que as empresas Lucacuca, Star Jader e Carvelli não são três empresas independentes mas mera simulação com o objetivo de usufruir de tratamento tributário diferenciado e favorecido dado às microempresas e empresas de pequeno porte, denominado "SIMPLES", a que estiveram submetidas as empresas Calçados Star Jader Ltda e Calçados Carvelli Ltda, tendo como objetivo, não recolher contribuições previdenciárias patronais.

Assim sendo, considerando que a fiscalizada adotou procedimentos que simulam situações que não representam a realidade dos fatos, em relação a contratação de mão-de- obra, com o objetivo claro de reduzir tributos, foi lavrado o presente lançamento.

Foi utilizado para contagem do prazo decadencial o previsto no inciso artigo 173 do Código Tributário Nacional - CTN.

A autuada apresentou impugnação tempestiva em 28/10/2009 alegando que é pessoa jurídica de direito privado e tem por objeto a indústria, comércio, importação e exportação de calçados em geral, componentes de couro, etc; que sua atividade preponderante é a atividade exportadora e que começou a exercê-la em 01/10/2003.

*Presume pelo lançamento que foram desconsideradas as relações de emprego existente entre os empregados das empresas prestadoras de serviços: Calçados Star Jader Ltda. e Calçados Carvelli Ltda., **"transformando a relação de emprego das empresas terceirizadas em mão-de-obra contratada diretamente pela impugnante"**.*

Argumenta que, sem comprovar a ocorrência do fato jurídico tributário ou qualquer procedimento do sujeito passivo que configure infração a legislação, o auditor considerou simulação a relação de emprego nas atividade produtivas das empresas terceirizadas. Disto resultou a lavratura de auto de infração em relação as contribuições patronais (20%) e o SAT/RAT - Seguro Acidente do Trabalho/Riscos Ambientais do Trabalho (2%) com base na remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais de duas das empresas que prestaram serviços à impugnante.

Aduz que o fiscal autuante enquadrrou, por simples presunção, os operários das contratadas Calçados Star Jader Ltda e Calçados Carvelli Ltda como empregados da autuada, sem atentar para as relações de emprego pré-existentes e recolhimentos efetuados.

Em razão disto, autuou a impugnante por não informar na Guia do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações para a Previdência Social - GFIP a remuneração dos segurados das contratadas, considerados pela fiscalização como segurados da autuada.

Alega que o Auto de Infração é nulo por não observar o previsto no parágrafo único do artigo 15 da Portaria RFB nº 11.371/2007, publicada no Diário Oficial da União - D.O.U. de 20/12/2007, ou seja, extinto o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF nº 10.1.07.00-2008-00369 em 08/04/2008, este não poderia ser fundamento para o lançamento e, tampouco, terem sido indicados os Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – AFRFB Eduardo Godoy Correa e Paulo Fernando Aprato Reuse no MPF nº 10.1.07.00-2008-00441, expedido em 09/05/2008, não citado no relatório fiscal, por terem executado o primeiro MPF.

Logo, considera nulos os atos praticados por estes auditores por estarem impedidos pelo artigo 15 da Portaria RFB nº 11.371/2007, combinado com o artigo 10 do Decreto nº 70.235/72 e inciso I do artigo 59 do CTN.

Afirma que a fiscalização da Receita Federal do Brasil - RFB não é competente para reconhecer a relação de emprego, reservada ao Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, através dos seu auditores, conforme previsto na Lei nº 10.593/2002.

Segundo a impugnante, o fiscal autuante deixou de demonstrar, explicitamente, os pressupostos da relação de emprego entre a autuada e os supostos empregados, principalmente quanto a subordinação, o que torna nulo o lançamento por falta de comprovação do fato gerador da infração, cerceando o seu direito de defesa.

Afirma que, embora a autoridade fiscal tenha desconsiderado apenas os atos negociais, presume que tenha sido desconsiderada a relação de emprego, o que não pode ser feito, em relação a pessoa jurídica, sem prova robusta e concreta dos pressupostos de pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

Aponta como falha do Relatório Fiscal, não ter, o auditor, demonstrado de forma clara os pressupostos da relação de emprego dos segurados das prestadoras com a impugnante. Aduz que não há indicação precisa das circunstâncias em que foi praticada a infração e sua extensão, consoante determinam os artigos 10, inciso III e 11, inciso III, do Decreto nº 70.235/72 que regula o Processo Administrativo Fiscal - PAF. Conclui que o relatório apresenta vícios sob o argumento de que "foram desconsiderados os atos negociais e o lançamento trata de contribuições sociais".

Aduz, ainda, em prol da nulidade, que não foi demonstrado o nexo causal existente entre o fato e o direito de lançar as contribuições como devidas e, portanto, passível de anulação, com base no disposto no parágrafo I do artigo 50 da Lei nº 9.784/99. Faz referência à falta de discriminação clara e precisa dos fatos geradores das contribuições previdenciárias consoante ao artigo 37 da Lei nº 8.212/91 e artigos 243 e 293 do Decreto nº 3.048/99 (RPS). Entende que o auto de infração é nulo por conter vício insanável e por inobservância do direito de defesa do contribuinte (Inciso II do artigo 59 do PAF). Neste sentido, transcreve julgados do Conselho de Contribuintes que corroboram a existência de vício material.

Alega que o lançamento não observou o prazo decadencial de 05 (cinco) anos contados do fato gerador da obrigação, posto que sujeito a homologação, conforme previsão do parágrafo 4 .do artigo 150 do CTN. Conclui que o fisco não poderia lançar valores anteriores a 30/09/2004, logo, não sendo passíveis de lançamento as competências 01/2004 a 09/2004.

Reitera a alegação de cerceamento de defesa sob o argumento de que, no relatório fiscal, consta que a autoridade lançadora obteve informações no processo nº 11065.100498/2006-75 e entrevistou várias pessoas, cujo processo é desconhecido pelo impugnante, bem como o teor das entrevistas que, se efetivamente feitas, não foram acompanhadas pela autuada. Disto, conclui que foi cerceado no seu direito de defesa, pois não teve como se manifestar em relação a tais provas de convencimento.

Reafirma a incompetência do AFRFB para desconsiderar o vínculo empregatício entre os segurados e as empresas: Calçados Star Jader Ltda. e Calçados Carvelli Ltda. Disto, conclui que foi ilegal o procedimento adotado pelo auditor da RFB, por extrapolar as atribuições inerentes a sua função. Aduz que a competência administrativa para desconsiderar relações de trabalho é do MTE, conforme previsto no artigo 11 da Lei nº 10.593/2002, ratificado pelas alterações da Lei nº 11.941/2009 que deu nova redação ao artigo 33 da Lei nº 8.212/91. Argui, ainda, que a competência para julgar litígios referentes às relações de trabalho é da Justiça do Trabalho, consoante o que preceitua o inciso VII do artigo 114 da Constituição Federal - CF. Menciona a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho - TST, para concluir que é lícita a terceirização das atividades desempenhadas pelas empresas prestadoras sob o argumento de que não há ingerência por parte da tomadora e que os serviços das prestadoras são atividades meio e não se confundem com a sua atividade fim. Aduz que, em relação a desconstituição da relação jurídica entre as prestadoras e a tomadora, por suposta simulação da industrialização por encomenda, a autoridade fiscal deixou de atentar para o que segue: 1) não há ilegalidade quanto a composição societária das empresas posto que o grau de parentesco entre os sócios não é empecilho legal a sua constituição; 2) não é ilegal o estabelecimento de empresas que prestam serviços por encomenda junto com a tomadora pois decorre de mera questão de logística; 3) não há vedação a utilização de máquinas e equipamentos sob a forma de comodato, entre pessoas jurídicas, pratica comum na industrialização por encomenda; 4) não observou o relatório fiscal, de forma pontual e realística, os pressupostos que caracterizam a relação de emprego.

Alega que a autoridade fiscal não lhe pode negar a escolha da opção fiscal menos onerosa, na condução dos seus negócios, posto que ninguém é obrigado, ao conduzir seus negócios, escolher caminho, meio, forma ou os instrumentos que resultem em maior onus fiscal.

Assim sendo, entende que não há razão para que seja desconsiderada a relação jurídica entre as prestadoras e a impugnante. Os motivos apontados pela auditoria fiscal constituem técnicas industriais e

comerciais contemporâneas. As prestadoras são pessoas jurídicas distintas com personalidade própria e legalmente constituídas.

Também afirma que as contribuições previdenciárias patronais e o Seguro Acidente do Trabalho, referente às folhas de pagamentos das empresas Calçados Star Jader Ltda. e Calçados Carvelli Ltda., foram recolhidas na forma do SIMPLES, opção adotada por estas empresas. Conclui que não há a possibilidade de novo recolhimento tendo em vista que as empresas citadas já o efetuaram, integralmente, conforme comprovam os documentos que anexa: DARF - SIMPLES, Documento de Arrecadação Simplificada - DAS e Consulta Conta- Corrente de Estabelecimento - CCOR.

Conclui, com base no Inciso I do artigo 156 do CTN que os créditos tributários foram extintos pelo pagamento, logo não podem ser exigidos novamente. Requer sejam reconhecidos os recolhimentos efetuados pelas prestadoras e declarado nulo o Auto de Infração.

Quanto aos atos negociais, alega que ao desconsiderar a personalidade jurídica das empresas, regularmente constituídas, a autoridade fiscal não fez qualquer referência ao disposto no artigo 116, parágrafo único do CTN, popularmente chamada de "norma antielisão" e que não foi comprovado o dolo e a fraude, necessidade consagrada na jurisprudência pertinente. A definição do sujeito passivo da obrigação é norma reservada à lei, não podendo o administrador alterá-la, definindo novo contribuinte para o tributo, já recolhido.

Por outro lado, para desconsideração de ato jurídico é necessário comprovar que o ato negocial praticado deu-se na direção contrária da norma legal com o objetivo de excluir ou modificar as relações de trabalho. O pressuposto à desconsideração requer que ocorra dissimulação, fraude e dolo para a aplicação da norma antielisiva. Na ausência dos elementos comprobatórios, consubstanciados no Relatório da Atividade Fiscal, as relações de emprego não podem ser alteradas por mera presunção fiscal, ou seja, considerados empregados das terceirizadas como da impugnante, sem a demonstração das relações de emprego: pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação. Não apresenta o relatório fiscal, provas concretas, objetivos claros e sólidos que demonstrem a intenção da impugnante de simular a terceirização da produção por encomenda.

Quanto a multa aplicada no lançamento, insurge-se a autuada, com o argumento de que lhe foi imputada a multa mais gravosa (75%) que teria aplicação, somente, a partir de 12/2008 e, portanto, equivocada em relação ao presente lançamento fiscal. Aponte incongruências no lançamento, na medida que não reconhece a ocorrência de recolhimentos ou pagamento de contribuições, ausência de declaração na GFIP ou declaração inexata, não comprovadas no Auto de Infração. Conclui que não sendo devido o tributo, nada há que lhe ser cobrado a título de multa e juros.

Aponta como incongruência do Relatório da Atividade fiscal - RAF, o fato da fundamentação legal não estar de acordo com a legislação da época. Aduz que o RAF é omissivo em relação ao nexo causal da

aplicação da multa, ou seja, não aponta as razões da infração e que foi aplicada a multa mais gravosa de 75%, quando a lavratura deveria ser feita com a penalidade menos severa, resultante da comparação da multa de ofício do inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 e a soma das multas de mora do inciso I do artigo 35 da Lei nº 8.212/91, mais a multa prevista no parágrafo 5.º do artigo 32 da mesma lei, aplicando-se a mais benéfica. Questiona que ficou impossibilitado de apresentar defesa ao quesito "multa aplicada", na medida que, mesmo havendo na legislação um limitador de 30%, a autoridade fiscal aplicou a multa mais severa. Aponta que em algumas competências, "sem qualquer lógica", foi aplicada a multa do artigo 35, inciso I da Lei nº 8.212/91, não havendo fundamentação legal expressa, sendo vício de natureza insanável, o que impõe a nulidade do AI. Alega que a aplicação da multa, ora 75% ora 24%, propicia o "caos jurídico", impossibilitando o exercício da ampla defesa pelo desconhecimento do que quer externar a autoridade autuante.

Neste sentido, aponta a falta de demonstração através de comparativo numérico que identifique ser a multa aplicada a mais benéfica ao contribuinte, o que caracteriza falta de motivação, o que levaria a anulação do lançamento com base no parágrafo I do artigo 50 da Lei nº 9.784/99. Conclui que, sendo aplicada a multa de 75%, sobre as "supostas" infrações, presume ser a mais benéfica, o que não admite posto que ao aplicar-se a legislação da época, estaria limitada a 30%, seja pela capitulação legal de regência, seja pela impossibilidade legal de retroação da lei mais gravosa.

Acusa erros na capitulação legal da infração, transcrevendo o artigo 293 do Decreto nº 3.048/99, sob o argumento de falta de descrição e fundamentação adequada ao caso.

Conclui que ao não demonstrar a efetividade da multa mais benéfica (artigo 106, II, "c" do CTN), não foi observado o direito da ampla defesa do contribuinte, consoante o inciso II do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, constituindo vício insanável, o que enseja a nulidade do presente AI.

Ressalta que, ao não aplicar o percentual de 30% previsto no artigo 35 da Lei nº 8.212/91 com a redação vigente à época em detrimento da multa de 75% introduzida pela Medida Provisória - MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009 que introduziu a multa de ofício do artigo 35-A de 75%, não foi observado o princípio da retroatividade da legislação mais benéfica ao contribuinte sobre fatos não julgados, conforme previsto no artigo 106, inciso II, alínea "c" do CTN.

Aduz que foi autuado, através do AI DEBCAD 37.205.959-0, Processo nº 11065.001006/2009-11, pelo auditor Eduardo Dias Porto, em período concomitante, aplicando a multa branda de 30%. Pelo exposto requer a nulidade do AI por não ter sido aplicada a retroatividade benigna e por erro na capitulação e fundamentação legal da multa aplicada ao AI.

Manifesta, ainda, sua inconformidade com a aplicação da taxa SELIC ao lançamento em razão da inconstitucionalidade e ilegalidade de sua utilização sobre débitos tributários, cuja espécie prevê a aplicação do parágrafo I do artigo 161 do CTN.

Frente a todo o exposto requer: a) que seja reconhecida a presente impugnação; b) seja declarado nulo o AI nº 37.169.748-4; c) seja declarada a improcedência do lançamento e cancelado o AI nº 37.169.748-4, tendo em vista que as contribuições patronais exigidas já foram recolhidas, integralmente, pelas empresas Calçados Star Jader Ltda e Calçados Carvelli Ltda., de acordo com o respectivo sistema de tributação adotado; d) retificação do lançamento observando a aplicação da multa menos gravosa; e) produção de todos os meios de prova, no que tange a diligências e perícias, eventualmente necessárias e; f) seja dada ciência de todo e qualquer ato referente ao presente, ao contribuinte e seus advogados, no endereço constante na procuração.

Em 20/07/2011, foi prolatado *decisum* administrativo que julgou procedente a autuação [fls. 561/579]:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2007 AIDEBCAD Nº 37.169.748-4 DESCONSIDERAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. REFLEXO NA TRIBUTAÇÃO A constatação de negócios simulados, acobertando o verdadeiro sujeito passivo da obrigação tributária, enseja a autuação tendo como base a situação de fato, desconsiderando os atos jurídicos simulados e exigindo o tributo de quem teve relação direta com o fato gerador.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO Não é vedado o planejamento tributário, mas a prática abusiva, como a simulação de relações entre empresas com objetivo claro de obter vantagens tributárias.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL A atuação da autoridade lançadora se deu em conformidade com o estabelecido pela administração tributária, na forma do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF. Portanto, o ato de lançamento foi praticado por autoridade competente, no exercício regular de sua atividade. Código de acesso ao MPF informado no Termo de Início do Procedimento Fiscal.

DECADÊNCIA No caso de tributos sujeitos a homologação quando comprovada a fraude ou simulação aplica-se o inciso I do artigo 173 do Código Tributário Nacional - CTN.

MULTA MAIS BENÉFICA No lançamento de contribuições previdenciárias até a competência 11/2008, deve ser observada a penalidade menos gravosa entre a prevista no artigo 35 - A da Lei nº 8.212/91 com a redação da Lei nº 11.941/2009 e a multa do inciso II do artigo 35 da Lei 8.212/91 com a redação da Lei nº 9.876/99 somada a do parágrafo 5º do artigo 32 do mesmo diploma legal.

ACRÉSCIMOS LEGAIS. INCONSTITUCIONALIDADE.

ILEGALIDADE Salvo algumas situações específicas, a legislação expressamente veda aos órgãos de julgamento administrativo afastar a aplicação de lei por inconstitucionalidade ou ilegalidade.

DO PEDIDO DE DILIGÊNCIAS. PRODUÇÃO DE PROVAS Não há como acatar o pedido de diligência tendo em vista que não atende ao inciso IV do artigo 16 do Decreto nº 70.235/72, com a redação da Lei nº 8.748/93. A produção de provas, no processo administrativo, é feita juntamente com a impugnação.

COMUNICAÇÃO PROCESSUAL A comunicação processual será feita na forma pessoal, ou por via postal ou telegráfica, com prova de recebimento no domicílio tributário do sujeito passivo.

Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido No dia 05/08/2011, o representante do sujeito passivo foi cientificado do Acórdão acima numerado, tendo interposto recurso voluntário em 01/09/2011. Ressalte-se que o objeto do recurso foi o mesmo da defesa apresentada junto a DRF.

É o relatório.

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme fl. 225; pressuposto de admissibilidade superado, passo ao exame das questões preliminares ao mérito.

IDILIGÊNCIA Após realizar a leitura e revisão dos documentos juntados pela RFB e pelo sujeito passivo ao logo desta marcha processual, verifica-se que a fiscalização desconsiderou os atos negociais praticados entre a autuada e as pessoas jurídicas Calçados Star Jader Ltda e Calçados Carvelli Ltda. por concluir que as empresas Lucacuca, Star Jader e Carvelli não são três empresas independentes mas mera simulação com o objetivo de usufruir de tratamento tributário diferenciado e favorecido dado às microempresas e empresas de pequeno porte, denominado "SIMPLES", a que estiveram submetidas as empresas Calçados Star Jader Ltda e Calçados Carvelli Ltda, tendo como objetivo, não recolher contribuições previdenciárias patronais.

Segundo consta do relatório fiscal, a RFB utilizou-se também das informações colhidas em outro processo [n. 11065.100498/2006-75] para afastar a identidade das pessoas jurídicas, conforme se observa abaixo:

Fl. 136 [...] Através de informações obtidas do relatório constante do processo 11065.100498/2006-75 (anexo III) e cópia dos documentos de identidade (RG) e CPF, relaciono abaixo o grau de parentesco entre os sócios componentes das empresas: Lucacuca, Star Jader e Carvelli.

Em contraponto, a ora Recorrente suscitou – em sua impugnação - cerceamento do direito de defesa:

Fl. 868 [...] A autoridade fiscal afirma, em fl. 4 do seu relatório, ter obtido informações no processo n.º 11065.100498/2006-75, bem como em fl. 9 e 10 afirma ter entrevistado várias pessoas. O processo citado a impugnante desconhece e, as entrevistas, se efetivamente foram feitas, não houve o acompanhamento da impugnante.

Ou seja, houve alegação de cerceamento de defesa sob o argumento de que, no relatório fiscal, consta que a autoridade lançadora obteve informações no processo nº 11065.100498/2006-75 e entrevistou várias pessoas, cujo processo é desconhecido pela Recorrente, bem como o teor das entrevistas que, se efetivamente feitas, não foram

acompanhadas pela autuada. Dito, conclui que foi cerceado no seu direito de defesa, pois não teve como se manifestar em relação a tais provas de convencimento.

Analisando o Relatório da Ação Fiscal do processo n. 11065.100498/2006-75 verifico que os elementos daquela acusação se assemelham aos que aqui serão analisados [fls. 306]:

[...] Reunindo os fatos expostos, é flagrante a inexistência de separação entre fiscalizada e Calçados Star Jader como unidades empresariais, ficando evidente a existência daquela como mero órgão desta, ou seja, as duas constituem uma única entidade.

Assim sendo, uma vez provado que o contribuinte não constitui uma entidade distinta da empresa-mãe, a fiscalizada não pode se creditar de PIS e COFINS em relação aos serviços de mão-de-obra adquiridos deste fornecedor por expressa vedação legal ao creditamento sobre a folha de salários (Leis 10.637/02 e 10.833/03, artigo 3., § 2.: "não dará direito a crédito (...) o valor de mão-de- obra paga a pessoa física").

Isto posto, consideramos necessário desconsiderar os serviços de industrialização por encomenda prestados por Calçados Star Jader Ltda para Lucacuca Calçado Artesanal Ltda (notas fiscais 3035, 3054, 3076, 3090, 3103, 3111, 3128, 3148 e 3159 cujas cópias se encontram as para efeitos de gerar créditos de PIS e COFINS.

Dito isso e diante da necessidade de esclarecer o desfecho do processo n. 11065.100498/2006-75 – não consta dos autos o resultado final – com o objetivo de permitir a formação do convencimento deste julgador, CONVERTO o julgamento em diligência para que a Receita Federal do Brasil-RFB faça juntar ao presente cópia integral dos autos do processo n. 11065.100498/2006-75 e informação quanto ao resultado final do referido.

Após o cumprimento, deverá o sujeito passivo ser intimado para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 [quinze] dias em face dos documentos juntados.

É como voto.

MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR