



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

Processo nº 13855.721630/2013-35
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3403-003.604 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de fevereiro de 2015
Matéria PIS e COFINS
Recorrente TJ INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

SIGILO BANCÁRIO. SOLICITAÇÃO DE INFORMAÇÕES À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. LEGALIDADE.

Diante da recusa do contribuinte em franquear seus extratos bancários, é lícito ao fisco requisitar informações perante as instituições financeiras, a teor do art. 6º da LC nº 105/2001.

GLOSA DE CRÉDITOS. SERVIÇOS PRESTADOS POR EMPRESA TERCEIRIZADA MEDIANTE SIMULAÇÃO.

A criação de empresa prestadora de serviços que não tem existência real caracteriza simulação, fato que rende ensejo à glosa dos créditos de PIS e COFINS ilicitamente aproveitados pela tomadora dos serviços.

MULTA DE OFÍCIO. INFRAÇÃO QUALIFICADA. SONEGAÇÃO.

A interposição de pessoa jurídica inexistente de fato, apenas para gerar redução de custos previdenciários e créditos de PIS e COFINS, caracteriza a sonegação, circunstância que autoriza a imposição da multa de ofício no patamar de 150%.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. SÚMULA CARF Nº 28.

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

Recurso voluntário negado.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. O Conselheiro Domingos de Sá Filho votou pelas conclusões.

(Assinado com certificado digital)

Antonio Carlos Atulim – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Rosaldo Trevisan, Domingos de Sá Filho, Fenelon Moscoso de Almeida, Luiz Rogério Sawaya Batista e Ivan Allegretti.

Relatório

Trata-se de autos de infração com ciência do contribuinte por via postal em 10/07/2013 lavrados para exigir o crédito tributário relativo ao PIS e COFINS, multa de ofício e juros de mora, em razão da falta de recolhimento das contribuições no período compreendido entre janeiro de 2008 e dezembro de 2010.

Segundo o termo de verificação fiscal, a empresa valeu-se de simulação para segmentar suas atividades com fim de reduzir os encargos previdenciários e de gerar créditos das contribuições não cumulativas de forma ilícita.

Em procedimento de fiscalização das contribuições previdenciárias foi constatado, em síntese, que a TJ CALÇADOS utilizou a empresa JOSÉ CLÓVIS PEREIRA FRANCA - EPP como interposta pessoa com a finalidade de contratar empregados com redução ilícita de encargos previdenciários, uma vez que sendo esta última optante pelo SIMPLES NACIONAL, não recolhe a contribuição previdenciária patronal calculada com base na folha de pagamento mensal.

As evidências que conduzem a tal entendimento, são, em síntese, as seguintes: 1) as duas empresas ocupam o mesmo espaço físico e os empregados da JOSÉ CLÓVIS-EPP trabalham nas instalações da TJ CALÇADOS; 2) o trânsito de mercadorias entre as duas empresas era livre e não há nenhuma preocupação em se fazer o controle; 3) dos 39 empregados que tiveram seus contratos de trabalho rescindidos pela TJ CALÇADOS nos meses de abril e junho de 2003, 37 trabalhadores foram imediatamente registrados como empregados da JOSÉ CLÓVIS - EPP; 4) com a publicação da MP nº 540/2011 que entrou em vigor a partir de novembro de 2011, as indústrias de calçados passaram a contribuir com o percentual de 1,5% sobre a receita bruta em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do art. 22 da Lei nº 8.212/91. A partir de então a TJ CALÇADOS voltou a recontratar os empregados da JOSÉ CLÓVIS - EPP; 5) todos os custos da JOSÉ CLÓVIS - EPP são suportados pela TJ CALÇADOS; 6) a JOSÉ CLÓVIS - EPP presta serviços de corte, preparação, montagem, chanfração e pesponto de calçados. Entretanto, todo o maquinário é de propriedade da TJ CALÇADOS e foi repassado gratuitamente à JOSÉ CLÓVIS - EPP por empréstimo. Toda manutenção dos equipamentos é efetuada pela TJ CALÇADOS; 6) O faturamento da JOSÉ CLÓVIS-EPP é insuficiente para cobrir as despesas geradas em seu nome; 7) a TJ CALÇADOS pagou viagens à Europa e também a construção de um apartamento de luxo ao senhor José Clóvis Pereira, sócio da JOSÉ CLÓVIS-EPP; 8) o departamento pessoal e a contabilidade das duas empresas funcionam no mesmo local e o serviço é efetuado pelas mesmas pessoas; 9) os equipamentos de proteção individual para todos os empregados são adquiridos pela TJ CALÇADOS; 10) trabalhadores formalmente registrados na JOSÉ CLÓVIS-EPP tiveram seus planos de saúde custeados pela TJ CALÇADOS; 11) A TJ CALÇADOS é a única cliente da JOSÉ CLÓVIS-EPP.

Com base nesse conjunto de fatos, concluiu a fiscalização que os empregados formalmente registrados pela empresa JOSÉ CLÓVIS-EPP eram, de fato, empregados da TJ CALÇADOS.

Considerando que os serviços destacados nas notas fiscais emitidas pela JOSÉ CLÓVIS-EPP para sua única cliente, a TJ CALÇADOS, foram executados pelos próprios empregados desta última, são indevidos os créditos de PIS e COFINS tomados pela TJ CALÇADOS com base nessas notas fiscais.

Foram glosados os créditos indevidos e lavrados os autos de infração de PIS e COFINS com multa qualificada de 150%, pois houve ocorrência de sonegação, fraude e conluio.

Foram arrolados como responsáveis solidários, com base no art. 135, III, do CTN os sócios da TJ CALÇADOS, senhor Jamil César David, CPF 072.254.818-43 e a senhora Mary Aparecida Gomes David, CPF 071.780.258-24; assim como o titular da empresa JOSÉ CLÓVIS-EPP, senhor José Clóvis Pereira, CPF 055.336.568-12.

Regularmente notificados todos os sujeitos passivos, o auto de infração foi impugnado apenas pela pessoa jurídica TJ CALÇADOS, tendo sido alegado o seguinte:

1) Houve quebra de quebra de sigilo bancário com violação do art. 5º, X, da Constituição. O STF já decidiu em Recurso Extraordinário, com repercussão geral reconhecida, que a Receita Federal do Brasil não pode ter acesso aos dados bancários do contribuinte. Essas provas são ilícitas e a documentação exigida está fora do período fiscalizado (2011/2012);

2) No que tange à localização das empresas envolvidas, alega que não há qualquer prova da conversa entre o sócio da autuada, em que este teria dito que a empresa José Clóvis mantinha endereço apenas formal na Rua Francisco Marques, 1400, não sendo admissível como elemento fático probatório; que o prédio é alugado pela empresa José Clóvis, conforme contrato de aluguel juntado aos autos; que o depoimento do Senhor Aparecido, no qual diz estar no local há cinco anos e que, anteriormente, no local funcionava as seções de corte e pesponto sob a responsabilidade do senhor José Clóvis, não possui legitimidade porque teria sido conduzido pela fiscal sem a presença de testemunhas e sem um representante da autuada; que as provas carreadas aos autos são frágeis e obtidas por meio fraudulentos; que a auditora deixa de citar fatos que contestariam de forma cabal as provas por ela elaboradas; que não há provas da conversa entre o representante legal e a auditora e que esta nunca existiu; que o CFOP das notas só demonstra a legalidade e transparência da relação empresarial; e que existe mão-de-obra alocada pela José Clóvis para produzir para a autuada, pelo que não há nenhuma hipótese de proibição legal;

3) Sobre a formalização dos registros de empregados, em resumo, a contribuinte alega que as provas articuladas se referem a fatos ocorridos em 2003 e não provam nenhum conluio ou armação e sim uma relação empresarial legítima; que o único fato que se prova neste procedimento é que a autuada diminuiu seus pedidos à prestadora em 2012 e se viu em situação benéfica com a diminuição de custos para contratação; que a empresa José Clóvis continua trabalhando para a autuada e possui uma filial em Pedregulho/SP que não foi citada nos autos, e que, se o interesse da autuada fosse fraudar o fisco, não teria porque manter uma filial em funcionamento após a desoneração da folha de pagamento;

4) Em relação ao comparativo entre faturamento e despesas da José Clóvis EPP, alega que esta se sustenta e é bastante lucrativa; que não há erro contábil e sim de análise da auditoria fiscal; que os documentos relativos ao valores recebidos pelo titular da empresa não foram apresentados porque ferem o sigilo bancário; que o ordenamento jurídico protege o cidadão no sentido de não produzir qualquer tipo de prova contra ele mesmo; que houve manipulação nos dados do Quadro 07 em relação às receitas e despesas (demonstrativos contábeis e comprovantes grifados em anexo);

5) Quanto às despesas de funcionamento e manutenção, alega que não há nos autos provas que identifiquem o endereço das contas de água, esgoto, energia e telefone, e se está contabilizada na empresa TJ e efetuados os pagamentos por esta, as contas são da empresa autuada. Argumenta ainda que não há crime em fazer a manutenção das máquinas e equipamentos utilizados pela José Clóvis EPP e nem é incomum a exclusividade na prestação de serviços;

6) Do vínculo entre o Senhor José Clóvis Pereira e a TJ Calçados, especialmente sobre o pagamentos de viagens ao exterior, alega que não são viagens de férias, que é de praxe que os grandes empresários mandem seus prestadores de serviços, representantes e funcionários a grandes centros, em busca de novidades e lançamentos. Quanto ao pagamento dos apartamentos, alega que não merecem explicação, que foram obtidas provas por meio fraudulento, protegidas por sigilo bancário, e que houve abuso de direito do fisco, com a manipulação de documentos e informações;

7) Quanto aos demais elementos de prova, apenas reitera que as provas juntadas aos autos demonstram uma relação empresarial comum, sem vícios, sem fraude e sem máscaras, que as duas empresas são idôneas com suas estruturas, funcionários, dependências, não havendo confusão entre as mesmas;

8) Da responsável pelo departamento fiscal das empresas envolvidas, alega que a contadora das duas empresas possui escritório de contabilidade na qual presta serviços para mais de 300 (trezentas) empresas, de modo que o fato desta ser contadora das duas empresas não comprova conluio e nem fraude entre ambas. Aduz que o Quadro 09 não faz jus ao período da fiscalização; que, durante o período fiscalizado, a funcionária foi registrada somente na José Clóvis; e que a funcionária trabalhava como *freelancer* para a TJ uma ou duas vezes por semana;

9) Dos equipamentos de segurança e proteção dos trabalhadores, argumenta que, diante da legislação trabalhista, a tomadora de serviços é subsidiária ou solidária aos erros e problemas gerados pela sua prestadora, sendo justa a preocupação com o fornecimento desses aparelhos ao empregados desta;

10) Do plano de saúde, alega que o departamento pessoal cometeu erro no tocante aos funcionários alocados aos convênios, o que será auditado pelo departamento financeiro e pelos sócios; e que este descontrole e desorganização por parte das duas empresas não são capazes de comprovar conluio ou fraude;

11) Do processo trabalhista, alega que a reclamação terminou em acordo sem reconhecimento de vínculo com a autuada e que todo o acordo foi quitado pela José Clóvis (ata de audiência juntada aos autos);

12) Da movimentação financeira entre as empresas envolvidas e da transferência de recursos financeiros da TJ Calçados para a José Clóvis EPP, alega que foram

obtidas por meio ilícito; que, em nenhum momento as empresas permitiram que fossem retirados os extratos bancários; que são várias as respostas aos termos de intimação, nas quais as duas empresas informam que os extratos foram retirados sem a sua permissão, pedindo a devolução dos mesmos. Reitera que houve quebra de sigilo bancário;

13) Sobre a terceirização, alega, em síntese que não há o vínculo empregatício entre a empresa tomadora e os trabalhadores arrematados pela empresa prestadora e que não existe vedação à exclusividade na prestação de serviços. Remete à Lei nº 8.212/91 e ao Decreto nº 3.048/99 para alegar que compete ao Auditor Fiscal do Trabalho garantir o cumprimento da ordem jurídica trabalhista e avaliar os casos de contratação através de interpostas pessoas. Assim, sustenta que o auditor fiscal da RFB extrapolou da sua competência funcional ao analisar as contratações terceirizadas, e que a atuação deste deve se ater à verificação do cumprimento da legislação de tributos PIS e COFINS;

14) Alegou que não existe na legislação dos tributos PIS e Cofins previsão legal acerca do instituto da terceirização, pelo que a fiscalização teria afrontado o princípio da legalidade;

15) Segundo a defesa, a empresa José Clóvis - EPP encontra-se regularmente enquadrada no Simples Nacional e que não há vedação para que os optantes possam prestar serviços terceirizados. Remetendo aos termos do relatório fiscal no que tange ao faturamento, argumenta ainda que o fisco poderia ter procedido à exclusão de ofício da referida empresa do Super Simples com fulcro na Lei Complementar 123/2006, sem ferir o princípio da legalidade. Alegou que a empresa autuada foi fiscalizada pelo Ministério do Trabalho em 2007 e 2009 e que a José Clóvis - EPP foi fiscalizada em 2007 e 2009 (em anexo), e que não foram lavrados autos de infração porque ausentes os requisitos legais da relação de emprego, dependência econômica, subordinação e direção dos empregados pela tomadora dos serviços (artigos 2º e 3º da CLT). Em sentido contrário, o Auditor da RFB não tomou o depoimento de nenhum dos funcionários que trabalhavam na tomadora de serviços, embora tenha visitado *in loco* a TJ Calçados. Observa que, no período fiscalizado, a auditoria cita apenas uma única reclamatória trabalhista, ajuizada em face da empresa prestadora de serviço e tomadora, quando é cediço que, nas lides trabalhistas que envolvam terceirização, o empregado ajuíza a reclamatória em face da prestadora e tomadora, em razão da responsabilidade subsidiária. Alegou que firmou um Termo de Ajuste de Conduta - TAC entre a tomadora e prestadora, perante o Ministério do Trabalho, no qual o empregador se compromete a cumprir obrigações ou a deixar de fazer alguma coisa ilícita ou considerada prejudicial à coletividade dos trabalhadores. Reafirma, ainda, que não há contratação irregular por meio de empresa interposta, ou seja, para a atividade-fim;

16) Quanto à aplicação da multa qualificada, a contribuinte remete aos termos do relatório fiscal e a sua fundamentação legal para afirmar que não existe a previsão legal na legislação do PIS e da Cofins, e assim, restaria ferida de morte a fundamentação utilizada em face ao princípio constitucional da Legalidade, previsto nos artigos 5º da CF/88;

17) Reitera que a fiscalização não logrou êxito em provar a existência de interposta pessoa, lembrando que a TJ Calçados bem como a José Clóvis - EPP foram fiscalizadas pelo Ministério do Trabalho, e que este não apontou nenhuma irregularidade;

18) Quanto à representação fiscal para fins penais, alega que, enquanto não solucionado o litígio administrativo, não haverá representação criminal.

Por meio do Acórdão nº 33.794, de 15/01/2013, a 4ª Turma da DRJ - Florianópolis julgou a impugnação improcedente. O julgado recebeu a seguinte ementa:

"(...)

SIMULAÇÃO. EFEITOS TRIBUTÁRIOS.

A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

SIGILO BANCÁRIO. LICITUDE DO ATO ADMINISTRATIVO.

É lícito ao Fisco examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem indispensáveis, o que não implica em quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste, porquanto, em contrapartida, há o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais por dever de ofício.

SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA.

Ao restar comprovada a prática de negócios simulados, com declaração enganosa de vontade, com o único propósito de esquivar-se das obrigações tributárias, impõe-se a aplicação de multa qualificada no percentual de 150%.

Todos os sujeitos passivos foram regularmente notificados do acórdão de primeira instância por via postal, conforme avisos de recebimento juntados aos autos.

A TJ CALÇADOS, regularmente notificada em 27/01/2014, foi a única a apresentar recurso voluntário em 21/02/2015, no qual reprisou as alegações de impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Carlos Atulim, relator.

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento.

O contribuinte alegou que seu sigilo bancário foi violado de forma ilícita e pleiteia a aplicação do RE 389.808, que no seu entender foi submetido à sistemática da repercussão geral.

Pesquisando-se o inteiro teor desse julgado, verifica-se que o STF realmente julgou inconstitucional a quebra de sigilo bancário pela Receita Federal com base no art. 6º da Lei Complementar 105/2001, que permite a entrega das informações por parte dos bancos, a pedido do fisco sem autorização judicial.

Entretanto esse recurso extraordinário não é vinculante para o CARF, pois ao contrário do alegado, ele não foi submetido à sistemática da repercussão geral.

No caso concreto, além da defesa não ter apresentado nenhuma prova da alegação de que a fiscalização teria se apropriado de documentos bancários ao arrepio de autorização da recorrente, as informações prestadas pelo banco foram franqueadas ao fisco com base em dispositivo legal com vigência e eficácia plenas (art. 6º da LC nº 105/2001) não existindo nenhuma ilegalidade cometida pelo fisco.

Por outro lado, acrescente-se que as informações bancárias obtidas pela fiscalização não possuem nenhuma relação direta com a exigência dos tributos PIS e COFINS, objeto dos autos de infração albergados neste processo. As glosas dos créditos indevidos foram feitas com base em documentos existentes na contabilidade da empresa, não tendo nenhuma relação com as informações bancárias.

No mérito, a fiscalização levantou uma série de fatos que analisados de forma global produzem a convicção de que a empresa JOSÉ CLÓVIS - EPP existia apenas no papel para gerar desoneração previdenciária e, ao mesmo tempo, gerar créditos das contribuições não cumulativas.

Tanto no recurso voluntário quanto na impugnação, a defesa rebateu isoladamente cada fato apontado pela fiscalização, tentando demonstrar que a acusação fiscal baseia-se em mera presunção desacompanhada de provas.

Conforme narrado pela fiscalização, a empresa José Clóvis - EPP funciona dentro das instalações da TJ Calçados há pelo menos cinco anos, incluindo assim o período fiscalizado, mantém um endereço apenas “formal” para fins cadastrais em outro endereço, não existem diferenças ou distinção entre os empregados das duas empresas dentro do prédio da TJ Calçados, sendo que esta situação vem ocorrendo aproximadamente há cinco anos, englobando o período fiscalizado (2008 a 2010).

Relativamente aos documentos fiscais emitidos pela JOSÉ CLÓVIS-EPP, constatou a fiscalização que o CFOP 5124, utilizado nas notas da empresa, é a classificação de “saídas de mercadorias industrializadas para terceiros, compreendendo os valores referentes aos serviços prestados e os das mercadorias de propriedade do industrializador empregadas no processo industrial, e que consta no campo da descrição a expressão “serviços prestados dentro da própria indústria”.

Considerou ainda o fisco que o trânsito das mercadorias entre as duas empresas era livre e não havia qualquer preocupação em se fazer o seu controle, visto que mesmo os códigos em suas notas fiscais indicam que apenas houve a saída de mercadoria industrializada para terceiros sem o código de retorno de mercadoria utilizada na industrialização por encomenda para formalizar o retorno das mercadorias recebidas para industrialização.

Esse fato é relevante, e demonstra que se a empresa JOSÉ CLÓVIS-EPP não existisse, os serviços por ela prestados continuariam a serem executados dentro da TJ CALÇADOS da mesma forma, sem nenhuma solução de continuidade.

Quanto à localização das duas empresas, foi alegado que a fiscalização não juntou provas da conversa do sócio da autuada, onde este teria dito que a empresa JOSÉ CLÓVIS-EPP mantinha endereço apenas para fins cadastrais.

O exame dos autos revela que existe prova de que a JOSÉ CLÓVIS-EPP mantinha um endereço apenas para fins cadastrais, conforme depoimento prestado pelo Senhor Aparecido Gonçalves de Oliveira. Observa-se que o teor desse depoimento confirma integralmente o teor da conversa que a auditora-fiscal diz ter presenciado. Nesse depoimento está dito com todas as letras o seguinte:

Que está no local há cinco anos, que o local pertence a Jamil César David e que anteriormente funcionava no local a linha de produção da T J Calçados. Desse período para cá passou a ser banca de pesponto do senhor José Clóvis, sendo a própria TJ a responsável pelo pagamento das despesas de funcionamento do local. Até cinco anos atrás neste local funcionava as seções de corte e pesponto, e quem era o responsável era o senhor José Clóvis. Agora no local, só funciona uma pequena banca de pesponto que faz apenas o excesso da produção da TJ Calçados (...). Que há aproximadamente cinco anos a TJ Calçados comprou um barracão no Distrito Industrial e lá passou a centralizar a sua linha de produção, ficando neste local uma pequena banca para trabalhar o excesso de produção.

Declarou que é o encarregado da banca, responsável por organizar o trabalho e controlar os empregados, porém não tem registro em carteira, seu contrato é informal. Que presta contas para o senhor José Clóvis e que os empregados estão registrados em nome do senhor José Clóvis, mas que os controles ficam sob a responsabilidade da TJ Calçados.

Portanto, o depoimento de um terceiro que não tem nenhuma relação formal com as duas empresas envolvidas, revela que a JOSÉ CLÓVIS-EPP é inteiramente subordinada à TJ CALÇADOS.

Relativamente aos registros de empregados, a defesa alegou que as provas se referem a fatos ocorridos em 2003 e não provam nenhum conluio ou armação e sim uma relação empresarial legítima; que o único fato que se prova neste procedimento é que a autuada diminuiu seus pedidos à prestadora em 2012 e se viu em situação benéfica com a diminuição de custos para contratação; que a empresa JOSÉ CLÓVIS-EPP continua trabalhando para a autuada e possui uma filial em Pedregulho/SP que não foi citada nos autos; e que, se o interesse da autuada fosse fraudar o fisco, não teria porque manter uma filial em funcionamento após a desoneração da folha de pagamento.

Não tem razão a recorrente, pois o fisco demonstrou a ligação umbilical entre as duas empresas, com total subordinação da JOSÉ CLÓVIS-EPP à TJ CALÇADOS. Praticamente todos os empregados (90%) da TJ CALÇADOS foram contratados pela JOSÉ CLÓVIS-EPP para prestar os mesmos serviços que executavam na antiga contratante. Posteriormente, com a desoneração da folha de pagamento promovida pelo Governo, todos os empregados que de fato eram da TJ CALÇADOS, voltaram a ser seus empregados de direito, pois não havia mais interesse em mantê-los ligados à empresa terceirizada.

No que tange aos faturamentos da duas empresas e à movimentação financeira entre ambas, a defesa alegou uma série de impropriedades e abusos que teriam sido

cometidos pela fiscalização, encerrando o chavão de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Nessa parte o fisco constatou a ocorrência de incorreções em diversos lançamentos escriturados no livros contábeis da empresa José Clóvis-EPP como, por exemplo: nos livros Diário dos anos de 2008, 2009 e 2010 estão registrados a débito da conta Caixa e a crédito de Receitas Diversas as importâncias para capital de giro que teriam sido supostamente recebidas do titular, Senhor José Clóvis, pelas quais não foram apresentados ao fisco quaisquer documentos comprobatórios (demonstrações no Quadro 06 - fl. 08 do Termo Fiscal); que, em grande parte do ano de 2008, a maioria dos pagamentos das despesas de José Clóvis-EPP, inclusive a folha de pagamento, foi paga pela TJ Calçados por meio de débito em sua conta-corrente nº. 676403 mantida no Bradesco; que a TJ Calçados continuou efetuando, pelo menos até o final de 2009, pagamentos de tributos e despesas da José Clóvis - EPP diretamente através de sua conta bancária; e que a TJ calçados é a única fornecedora de recursos financeiros para a José Clovis -EPP fazer frente às despesas geradas em seu nome.

Relata a fiscalização que a empresa José Clóvis presta serviços exclusivamente para a TJ Calçados, conforme informações prestadas verbalmente pelo Senhor Jamil César David, sócio desta última, e confirmada pelos documentos apresentados ao fisco; que a análise da sua contabilidade levou o fisco a concluir que foram criadas receitas fictícias e a ocultação de despesas em razão da receita bruta anual encontrar-se prestes a atingir o limite para a permanência no Simples Nacional; que a demonstração do quadro 07 (fl. 08 do Termo Fiscal) indica que o faturamento da empresa José Clóvis-EPP não foi suficiente para fazer frente às despesas geradas em seu nome; que o comparativo entre receitas e despesas não leva em conta outras despesas normais de funcionamento de uma empresa, tais como água e esgoto, energia elétrica, aquisição e manutenção de máquinas e equipamentos, aquisição de equipamentos e proteção para trabalhadores.

Esses fatos evidenciam que a fiscalização, por meio da análise dos faturamentos e da massa salarial, revelou a distorção que transparece na falta de faturamento da empresa terceirizada para cobrir as despesas inerente às atividades de uma prestadora de serviços.

A questão das despesas de funcionamento e manutenção, reforça o que até aqui foi visto, posto que não foram localizados quaisquer registros de despesas básicas de funcionamento de uma empresa tais como água e esgoto, energia elétrica, telefone e manutenção de máquinas e equipamentos; as despesas lançadas na contabilidade da empresa José Clóvis-EPP, cujos gastos se referem quase que exclusivamente a despesas de pessoal e tributos (salários, férias, rescisões, décimo terceiro, FGTS, Simples, etc.), e as despesas de funcionamento, tanto do prédio da TJ Calçados, quanto do prédio usado como endereço formal da José Clovis EPP foram assumidas pela TJ Calçados (quadro 08-fl. 09 do Termo Fiscal).

Portanto, devem ser julgadas improcedentes as alegações de defesa, pois a alegação de que o fisco manipulou dados veio desacompanhada de prova.

Da mesma forma, são improcedentes as alegações de que a autuação não identifica o endereço das contas de água, esgoto, energia e telefone, e estão contabilizados na TJ, pois é óbvio que a referência no termo fiscal se refere à sede da TJ.

Todos esses elementos, demonstram que JOSÉ CLÓVIS-EPP não era uma empresa terceirizada, mas apenas uma empresa de papel, criada para gerar desoneração de encargos previdenciários da TJ e créditos ilegítimos das contribuições não cumulativas ao PIS E COFINS.

Reforça essa constatação o pagamento de viagens à Europa e de aquisição de apartamento de luxo efetuado pela TJ CALÇADOS para o a pessoa física do senhor José Clóvis Pereira.

A alegação da defesa de que não se tratou de viagem de férias chega a ser risível, pois é pouco provável que um operário encarregado de operações fabris, que nem sequer pertence formalmente ao quadro de pessoal da TJ fosse enviado à Europa com tudo pago em busca de "novidades e lançamentos".

Quanto ao pagamento de um apartamento de luxo para uma pessoa física estranha ao quadro de funcionários da TJ não foi apresentada nenhuma alegação de defesa, pois obviamente não há como explicar o inexplicável.

Isso é o quanto basta para caracterizar que a JOSÉ CLÓVIS-EPP é uma empresa que não tem existência real, existindo apenas no papel para que a TJ CALÇADOS pudesse auferir redução de custos previdenciários e créditos ilegítimos das contribuições ao PIS e COFINS.

A defesa discorre sobre terceirização e sobre competências da fiscalização federal tributária e do trabalho.

Não houve vício de incompetência na lavratura do presente auto de infração, a teor do art. 142 do CTN e do art. 2º do Decreto nº 6.641/2008.

No que concerne à terceirização, a Administração Tributária não condena nem a terceirização e nem o planejamento tributário, pois a teor do art. 170 da CF/88, empreendedor tem liberdade para organizar seu negócio de forma a reduzir seus custos e maximizar seu lucro. Não é crime reduzir custos e aumentar o lucro, desde que se respeite o ordenamento jurídico.

No caso concreto, não haveria problema algum na criação da JOSÉ CLÓVIS-EPP se esta empresa tivesse faturamento condizente com suas atividades, possuísse máquinas para prestar seus serviços, custeasse suas despesas e seus funcionários, ou seja, tivesse existência real e autônoma em relação à TJ CALÇADOS.

O que não se admite é a criação de uma empresa de papel apenas para a geração de benefícios fiscais. Isso é simulação. E simulação é causa de nulidade dos atos jurídicos praticados, a teor do art. 167 do Código Civil.

Tendo a fiscalização provado a existência de simulação, foi correto considerar que os serviços foram prestados pelos próprios empregados da TJ CALÇADOS, fato que autoriza a descon sideração das notas fiscais e a glosa dos créditos de PIS e COFINS pelos "serviços prestados" pela JOSÉ CLÓVIS-EPP.

No que tange à multa de 150%, está correta a sua aplicação, pois a simulação foi engendrada com o fim de praticar a sonegação, a teor do art. 71 da Lei nº 4.502/64.

Não tem fundamento a alegação da defesa no sentido de que a legislação do PIS e COFINS não prevê a qualificação da multa, pois a Lei nº 4.502/64 não é uma lei

específica para o IPI. Os conceitos de sonegação, fraude e conluio, são aplicáveis de forma geral a todos os tributos federais.

No que tange à representação fiscal para fins penais, invoco o entendimento da Súmula CARF nº 28, in verbis:

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

Em face do exposto, não tendo o contribuinte apresentado nenhum motivo de fato ou de direito relevante para elidir as imputações que lhe foram feitas pela fiscalização, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Recomenda-se à autoridade administrativa da DRF - Franca que prossiga na cobrança do crédito tributário em relação aos responsáveis solidários. Tal cobrança já deveria ter sido iniciada, a teor do que determina o art. 21 do Decreto nº 70.235/72, pois em relação aos devedores solidários o prazo de prescrição do art. 174 do CTN começou a fluir no trigésimo primeiro dia posterior à data de ciência do auto de infração, conforme ARs de fls. 3808 a 3813.

(Assinado com certificado digital)

Antonio Carlos Atulim