



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

Processo n° 13971.002231/2010-01
Recurso n° Embargos
Acórdão n° **2403-002.352 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 19 de novembro de 2013
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA.
Recorrente INDUSTRIA DE RELÓGIOS HERWEG S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/06/2005 a 21/12/2008

Ementa:

PREVIDENCIÁRIO. ELEMENTOS PROBANTES. NULIDADE. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL INADEQUADA. MÉRITO.

Na forma do art. 9º do Decreto 70.235/72, reiterado no art. 25 do recente Decreto 7.574 de , 29 de setembro de 2011, autos de infração ou notificações de lançamento, serão distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. O lançamento destituído de provas, torna nulo o ato. Também a inadequada fundamentação legal inquina o lançamento de vício que enseja nulidade. Entretanto, o § 3º, inciso II, artigo 59 do Decreto 70.235/72, admitida a nulidade, determina que: “ § 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei n 8.748, de 1993)

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª câmara / 3ª turma ordinária do segunda SEÇÃO DE JULGAMENTO, por unanimidade de votos, em acolher os Embargos de Declaração para sanar

a contradição, rerratificando o Acórdão no sentido de dar provimento ao recurso voluntário. Presidiu o julgamento o conselheiro Marcelo Freitas de Souza Costa. O conselheiro presidente Dr. Carlos Alberto Mees Stringari declarou-se impedido .

Marcelo Freitas de Souza Costa - Presidente

Ivacir Júlio de Souza-Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Jhonatas Ribeiro da Silva, Marcelo Freitas de Souza Costa, Ivacir Julio de Souza, Marcelo Magalhães Peixoto, Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro..

Relatório

A instância ad quod produziu o Relatório abaixo que li, compulsei com os autos e o transcrevi na íntegra com grifos de minha autoria:

“ O presente Auto de Infração foi consolidado em 6/5/2010 e lavrado em 10/5/2010, sob nº 37.280.7461, constando, por motivação do lançamento no Relatório Fiscal de folhas 53 a 57, o seguinte:

Introdução

1. Este relatório é integrante do Auto de Infração e refere-se ao lançamento das contribuições devidas à Outras Entidades conveniadas, denominadas de "Terceiros" (FNDE, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE).

2. Em auditoria realizada na autuada e, concomitantemente, nas empresas E.G.M. Indústria e Comércio Ltda e QUARTZ Indústria e Comércio Ltda constatou-se que estas não dispunham de patrimônio e capacidade operacional necessários a realização de seu objetivo social, e foram concebida com o propósito de abrigar mão de obra necessária ao desenvolvimento das atividades da autuada, sendo que todos os recursos eram provenientes da autuada.

Pretendeu-se desta forma elidir-se da incidência da contribuição previdenciária patronal que recairia sobre a folha de pagamento dos empregados e contribuintes individuais da autuada alocando-os na EGM e QUARTZ, empresas optantes pelo SIMPLES.

*3. Tal fato foi objeto de **Representação Fiscal** para Baixa de Ofício da inscrição no CNPJ da E.G.M. Industria e Comércio Ltda e QUARTZ Industria e Comercio Ltda, com base no disposto no artigo 28, inciso II, alínea "a" da IN RFB nº 1.005 de 8 de fevereiro de 2010.*

*4. A remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais constante da folha de pagamento da **E.G.M. Industria e Comércio Ltda** e **QUARTZ Industria e Comercio Ltda**, no período abaixo, é a base de cálculo da contribuição lançada neste AI, haja vista que a autuada era a beneficiária dos serviços prestados por estes segurados os quais estavam sob sua orientação, supervisão e subordinação, fato que foi amplamente demonstrado na Representação Fiscal que deu início à baixa de ofício da inscrição da E.G.M. Industria e Comércio Ltda e QUARTZ Industria e Comercio Ltda.*

5. No período fiscalizado a E.G.M. Indústria e Comércio Ltda e a QUARTZ Indústria e Comércio Ltda eram optantes do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das

Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte SIMPLES Federal (até 06/2007) e Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte SIMPLES NACIONAL (a partir de 07/2007).

6. *A Autuada, no mesmo período, era tributada pelo Lucro Real, desta forma, a contribuição para "Terceiros" (FNDE, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE) sobre a remuneração dos segurados então registrados na E.G.M. Industria e Comércio Ltda e QUARTZ Industria e Comercio Ltda, a qual não era exigível na tributação pelo SIMPLES, está sendo objeto de apuração no presente AI.*

...

Dos fatos geradores

9. *Constituem fatos geradores das contribuições lançadas:*

9.1. *Levantamentos E11E12 e Q1Q2:*

a remuneração de segurados empregados e dos sócios, constante de folha de pagamento da EGM Indústria e Comércio Ltda (levantamentos E11 e E12) e da QUARTZ Indústria e Comércio Ltda (levantamentos Q11 e Q12), no período: 06/2005 a 12/2008 e décimos terceiros salários de 2005, 2006, 2007 e 2008, todos caracterizados, por esta auditoria, como empregados da empresa AUTUADA. A contribuição incidente sobre a referida remuneração não foi objeto de declaração em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social GFIP.

Caracterização de Segurados Empregados

10. *A Indústria de Relógios Herweg S/A utiliza-se de subterfúgios ilegais para poder manter uma média de 176 empregados seus alocados em 2 empresas distintas, constituídas em separado para serem optantes pelo SIMPLES e com isso afastarem as contribuições destinadas à seguridade social, tais empresas operam no mesmo parque fabril e a sua receita advém exclusivamente da Indústria de Relógios HERWEG S/A e de empresas a ela ligada, com maquinários por ela cedidos, e criadas com sócios ("testas de ferro") ligados a Ind. Relógios HERWEG.*

11. *Pelas evidências encontradas e relatadas nas Representações Fiscais para Baixa de Ofício (cópia Anexo 4 do Relatório Fiscal do AI – Auto de Infração nº 37.280.745-3) formou-se a convicção desta fiscalização de que a Ind. Relógios HERWEG administra e gerencia diretamente a totalidade dos empregados das empresas Ind. Relógios HERWEG, QUARTZ e EGM.*

Pressupostos Necessários à Condição de Empregado

12. *Em decorrência dos fatos relatados, foram realizadas Representações Fiscais para Baixa do CNPJ da QUARTZ INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA e E.G.M. INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA por inexistência de fato, e seus empregados e*

contribuintes individuais caracterizados como segurados da empresa INDÚSTRIA DE RELÓGIOS HERWEG S/A, consoante o disposto no art. 3 da CLT (DecretoLei n.º 5.452, de 01/05/1943) e o art. 12, inciso I, alínea "a", da Lei n.º 8.212, de 24/07/1991, como segue:

13. PESSOALIDADE: *Os empregados são admitidos pessoalmente por meio de um contrato de trabalho, ainda que formalizados por intermédio de outras pessoas jurídicas. São contratos intuito personae, qual seja, os empregados não podem se fazer substituir nas funções desempenhadas (montador timer, montador despertador, revisor, operador de máquinas, etc), tendo de prestá-las pessoalmente.*

14. NÃO EVENTUALIDADE:

A jornada de trabalho é diária, definida pelo Contratante, sendo controlada por meio de controle de ponto eletrônico. O trabalho é prestado na unidade fabril da Ind. Relógios Herweg na rua Uruguai, 240. É definido por turnos, com horários certos de entrada e saída.

15. SUBORDINAÇÃO:

*Os relatórios das Representações Fiscais para Baixa de Ofício (Anexo 4 do Relatório Fiscal do AI – Auto de Infração nº 37.280.745-3) demonstram que as empresas QUARTZ INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA e E.G.M. INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, e conseqüentemente todos os seus sócios e empregados, estão subordinadas a **INDÚSTRIA DE RELÓGIOS HERWEG S/A.**, que, de fato, é o verdadeiro empregador.*

16. ONEROSIDADE: *Os empregados são remunerados mensalmente e constam em folha de pagamento, ainda que a formalização dos vínculos empregatícios aconteça por intermédio de outras pessoas jurídicas.*

Créditos do Contribuinte

17. Foram considerados créditos da atuada apenas os valores registrados no CNPJ da EGM Indústria e Comércio Ltda (CNPJ nº 02.363.843/000188) e da QUARTZ Indústria e Comércio Ltda (CNPJ nº 02.360.696/000192), abaixo

relacionados:

...

Foi informado que a multa mais benéfica foi a prevista na legislação atual. A ciência do lançamento se deu em 12/5/2010.

Em 11/6/2010, protocolou impugnação (folhas 63 e seguintes) nos termos seguintes:

Inicia narrando que os processos de exclusão do Simples 13971.001447/200311 e 13971.00144/200388, respectivamente

da Quartz Indústria e Comércio Ltda e EGM Indústria e Comércio Ltda, até a presente data não foram decididos definitivamente.

Informa que as ditas empresas encontram-se com situação cadastral suspensa, por inexistência de fato, sem que tenham tido direito à defesa, por conta de representação de 2010, retroagindo a 6/2005.

Alega que o Fisco “reconhece vínculo empregatício dos empregados das empresas QUARTZ e EGM na Autuada, no período de 05/2006 a 12/2008 e. requer a baixa de ofício de CNPJ daquelas, retroativamente a 01/06/2005 e. de outro, promove a exclusão do SIMPLES desde 01/02/2000 . tendo como consequência a cobrança da diferença dos tributos” (folha 71), informando que as empresas canceladas apresentaram devidas manifestações de inconformidade e recursos voluntários, pendentes de julgamento. Também entende que irregularidade em relação às prestadoras de serviços devia resultar apenas em sua exclusão do Simples, com os lançamentos de contribuições respectivos, restando a responsabilização subsidiária da impugnante.

Entende que as pessoas relacionadas no Relatório de Vínculos não podem ser responsáveis tributárias por não se enquadrarem nas previsões dos artigos 134 e 135 do CTN.

No mérito, após discorrer sobre a autuada e sobre a terceirização, reclama que não foi demonstrada qualquer irregularidade da Quartz ou EGM, impedindo sua responsabilização subsidiária.

Alega, sinteticamente, que as prestadoras de serviços são pessoas jurídicas devidamente constituídas; inexistente relação de emprego entre a impugnante e os empregados das prestadoras; inexistente subordinação e pessoalidade entre a impugnante e os empregados das contratadas; caberia responsabilidade subsidiária da impugnante diante do inadimplemento do empregador, nas ações trabalhistas; empresas terceirizadas tem direito de usufruir de regimes fiscais à elas mais favoráveis.

Indaga se a terceirização seria questionada se as prestadoras não estivessem no regime tributário do Simples.

Alega que os adiantamentos são procedimentos legais e que deduz-se o já pago do pagamento total. Entende que não há vedação legal que impeça ex empregados tornarem-se sócios de prestadoras à serviço de antigos empregadores. Entende também que a terceirização do serviço de contabilidade é usual no mercado.

Informa que o capital social das empresas Quartz e EGM não é irrisório e não há legislação definindo mínimo ou máximo desse montante. Alega também que não há impossibilidade legal de que ex-empregados abram pessoas jurídicas que prestem serviços aos ex empregadores.

Também que é possível a utilização do parque fabril da contratante mediante contratos de locação. As máquinas e

equipamentos foram cedidas pela impugnante por contrato de comodato, legítimo nos termos da lei civil. Por último, a exclusividade de prestação de serviços, cessada em 2007, foi opção das prestadoras.

Passa, então, à análise de cada empresa apontada no lançamento:

Para a Quartz Ind. E Com. Ltda, salienta que inexistente valor mínimo de capital social determinado legalmente; que a impugnante não exigia exclusividade de sua parte; que não existe impedimento para que o serviço de contabilidade seja prestada por empresa constituída de ex empregados da impugnante e esta não se dava de forma exclusiva para ela; as máquinas e equipamentos utilizados são fornecidos em comodato contratualmente firmado; e que a constituição da empresa depende exclusivamente dos requisitos previstos no art. 997 do Código Civil, não sendo necessário constituição de patrimônio. Repete o mesmo para a empresa EGM Ind. E Com. Ltda.

Alega que não obstante a tramitação ainda de processos de exclusão do regime tributário do Simples, a auditoria fiscal optou por declarar a inexistência da relação laboral entre os empregados da Quartz e EGM e sua existência com a atuada, arrogando competência da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114 da Constituição Federal.

Entende que sua responsabilidade subsidiária dependeria também da inexistência de pagamentos de contribuições, o que foi comprovado existir no lançamento fiscal. Alega também que não houve comprovação de que não existiam vínculos laborais entre os empregados das contratadas e estas.

Entende também que o argumento de prestação de serviços para a atuada ser irregular por serem de ex funcionários seus não encontra guarida nas restrições dispostas nas vedações do art. 9º da Lei 9.317/1996.

A atuação no lançamento, desqualificando ato ou negócio jurídico apenas por seu conteúdo poder esta contido em situação mais onerosa, encontra-se em oposição ao determinado nos artigos 108, §1º e 116, I do CTN. Não há norma antielisiva disponível para tanto.

Alega também ausência cumulativa dos requisitos de configuração de vínculo empregatício. As contratadas eram pessoas jurídicas e não físicas. E não se exigia exclusividade nos serviços, pessoalidade, nem subordinação, conforme contratos de prestação de serviços e Termos de Verificação Física, mostrando que as ordens eram recebidas sempre os funcionários das respectivas empresas.

Insurge-se também contra a aplicação da taxa Selic sobre a multa de ofício, or ausência de previsão legal.

Pede, ao final, a procedência da impugnação.

Não obstante não haver despacho de encaminhamento para esta DRJ, o deslocamento da competência para julgamento decorreu da Portaria RFB/Sutri 2.924/2011.”

Muito embora a Delegacia de Santa Catarina jurisdicionar o sujeito passivo, a 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento-em Juiz de Fora (MG), DRJ/JFA, em 4 de janeiro de 2012, exarou o Acórdão 09-38.521 julgando improcedente a impugnação.

A instância “ad quod” fez registrar que : “ não obstante não haver despacho de encaminhamento para esta DRJ, o deslocamento da competência para julgamento decorreu da Portaria RFB/Sutri 2.924/2011 ”.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar aos argumentos da impugnante, na forma do registro de fls.279, a 5ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil em Juiz de Fora - (MG) - DRJ/JFA, em, 04 de janeiro de 2012, exarou o Acórdão nº 09-38.522, mantendo procedente o lançamento.

DO RECURSO

Irresignada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls.294 onde reiterou as alegações que fizera em instancia “ad quod”.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza

DA TEMPESTIVIDADE

O recurso é tempestivo. Aduz que reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

Na forma do Acórdão 2403-001.932, exarado na sessão de 12 de março de 2013, por maioria de votos, esta Colenda Turma julgando recurso interposto pela Recorrente INDÚSTRIA DE RELÓGIOS HEWEG S/A, decidiu DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL.

Aduz que sob o comando do art. 65 do Regimento Interno deste E. Conselho, cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma. Conforme o § 1º do sobredito artigo, os embargos de declaração poderão ser interpostos, mediante petição fundamentada dirigida ao presidente da Turma por conselheiro do colegiado:

“Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou

contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia

pronunciar-se a turma.

§ 1º Os embargos de declaração poderão ser interpostos, mediante petição fundamentada

dirigida ao presidente da Turma, no prazo de cinco dias contado da ciência do acórdão: {1}

I - por conselheiro do colegiado”

Como se observa, na conclusão do voto, decidi e submeti à apreciação da Turma DAR PROVIMENTO ao recurso.

Assim, divergindo do meu entendimento, haveria que ter sido registrado em que parte ou qual/ais questões teriam motivado o PROVIMENTO PARCIAL.

Da forma como foi exarado o “*decisium*”, a redação se observa obscura cabendo submeter aquela decisão à turma **para ratificar** a conclusão do Relator, se for o caso ou justificar em qual parte estariam vencida a motivação da condução do voto.

Pelo exposto, submeto-vos os argumentos de modo integralmente reiterado:

Na forma do Acórdão 2403-001.932, exarado na sessão de 12 de março de 2013, por maioria de votos, esta Colenda Turma julgando recurso interposto pela Recorrente INDÚSTRIA DE RELÓGIOS HEWEG S/A, decidiu DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL.

Aduz que sob o comando do art. 65 do Regimento Interno deste E. Conselho, cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma. Conforme o § 1º do sobredito artigo, os embargos de declaração poderão ser interpostos, mediante petição fundamentada dirigida ao presidente da Turma por conselheiro do colegiado:

“Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou

contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia

pronunciar-se a turma.

§ 1º Os embargos de declaração poderão ser interpostos, mediante petição fundamentada

dirigida ao presidente da Turma, no prazo de cinco dias contado da ciência do acórdão: {1}

I - por conselheiro do colegiado”

Como se observa, na conclusão do voto, decidi e submeti à apreciação da Turma DAR PROVIMENTO ao recurso.

Assim, divergindo do meu entendimento, haveria que ter sido registrado em que parte ou qual/ais questões teriam motivado o PROVIMENTO PARCIAL.

Da forma como foi exarado o “*decisium*”, a redação se observa obscura cabendo submeter a decisão à turma para ratificar a conclusão do Relator, se for o caso.

PRELIMINAR DE NULIDADE

Registrando no pólo passivo da autuação a empresa Indústria de Relógios HERWEG S/A, aduz que o presente lançamento deriva do principal referenciado pelo nº 13971.002230/2010-58 . Adaptado do relatório fiscal que sustentou aquele Auto de Infração, às fls. 52 repete a oitiva que lhe conduziu a lavratura do presente. a Autoridade autuante . Muito embora tenha colacionado diversos documentos no processo principal, deixou de fazê-lo no processo em comento. Assim tal episódio enseja nulidade.

Na forma do art. 9º do Decreto 70.235/72, reiterado no art. 25 do recente Decreto 7.574 de , 29 de setembro de 2011, autos de infração ou notificações de lançamento, serão distintos para cada tributo ou penalidade, **os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito, verbis:**

Art. 9º do Decreto 70.235/72

“ Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou

penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.(Redação dada pela Lei n 11.941, de 2009) ”

Art. 25 , Decreto 7.574 de , 29 de setembro de 2011

“Art. 25. Os autos de infração ou as notificações de lançamento deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito(Decreto nº 70.235, de 1972, , art. 9º), com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, art. 25). ”

Desse modo, no que se refere às provas, as Autoridades autuantes , no Relatório fiscal fazem mera remissão ao anexo 4 do Auto de Infração do processo principal debcad nº 37.280.745-3 :

“ Os relatórios das Representações Fiscais para Baixa de Ofício (Anexo 4 do Relatório Fiscal do AI – Auto de Infração nº 37.280.745-3) demonstram que as empresas QUARTZ INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA e E.G.M. INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, e conseqüentemente todos os seus sócios e empregados, estão subordinadas a INDÚSTRIA DE RELÓGIOS HERWEG S/A., que, de fato, é o verdadeiro empregador.”

DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

A motivação e fundamentação ocorreram conforme apontado pelo Auditor na representação fiscal e abaixo transcrito :

“ por ter incorrido na hipótese de vedação prevista no art. 9º, inciso XII, alínea "f", da Lei nº 9.317/96.

Art. 2º - A exclusão de que trata o presente Ato Declaratório produz efeitos a partir de 01/02/2000, conforme dispõe o art. 15, II, da Lei nº 9.317/96.”

DOS FUNDAMENTOS LEGAIS DO DÉBITO

Às fls. 67, registram-se, na forma do abaixo transcrito, que os fundamentos legais do débito tiveram por base o comando do inciso I do art. 30 da Lei n. 8.212, de 23/07/91 e Decreto n. 3.048, de 06.05.1999, art. 216, I, " b " e parágrafos 1. ao 6:

“ FLD - FUNDAMENTOS LEGAIS DO DÉBITO

800.10 - Competências : 06/2005 a 09/2008

***Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 30,I** (c om a alteração da Lei n. 8.620, de 05.01.93, e d a Lei n. 9.876, de 26.11.99); Lei n. 8.620, de 05.01.93, art. 7., parágrafos 1. e 2.; Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.1999, art. 216, I, " b " e*

parágrafos 1. ao 6., c om as alterações do Decreto n. 3.265, de 29.11.99.

PERÍODO: A PARTIR DE 04.2003: Lei n. 8.212, de 24.07.91, art.30,I (com a alteração da Lei n. 8.620, de 05.01.93 e da Lei n. 9.876, de 26.11.99); Lei n. 8.620, de 05.01.93, art. 7., parágrafos 1. e 2 . ; Lei n. 10.666, de 08.05.03, art. 4 . , paragrafo 1 . , combinado com o art. 15; Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, art. 216, I, "b" e parágrafos 1. ao 6., c om as alterações do Decreto n. 3.265, de 29.11.99.

800.11 - Competências : 10/2008 a 13/2008

Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 30, I (com a alteração da Lei n. 8.620, de 05.01.93, da Lei n. 9.876, de 26.11.99, da MP n. 351, de 22.01.07, convertida na Lei n. 11.488, de 25.06.07 e da MP n. 447, de 14.11.08, convertida na Lei n. 11.933, de 28.04.2009); Lei n. 8.620, de 05.01.93, art. 7., parágrafos 1. e 2 . ; Lei n. 10.666, de 08.05.03, art. 4 . , paragrafo 1 . , combinado com o art. 15; Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, art. 216, I, "b" e parágrafos 1. ao 6., c om as alterações do Decreto n. 3.265, de 29.11.99."

O inciso I do exortado art. 30 da Lei nº 8.212, de 24.07.91 não especifica irregularidades e sanções e diz tão-somente das obrigações da empresa na forma geral, *verbis*:

“ Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

I - a empresa é obrigada a (...)"

Às fls.287, na condução do voto, o i. Relator “ *ad quod* ” entendeu correto o procedimento. Saliendo que a Autoridade autuante agiu sob **a determinação legal insculpida no parágrafo 3º do artigo 33 da Lei 8.212/91**, buscou abrigo no parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional – CTN e assim se manifestou :

“ A autoridade fiscal, assim, ao verificar que o sujeito passivo teria utilizado de artifício para se esquivar do pagamento de tributo, deveria mesmo aplicar a legislação tributária de acordo com os fatos por ela constatados, em detrimento da situação jurídica aparente. De forma mais específica, o Código Tributário Nacional – CTN, no parágrafo único do artigo 116 (acrescentado pela LC 104/2001), estabelece que:

“Art. 116. (...)

*Parágrafo único – 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, observado os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.**”*

(..)

Ao afastar os anteparos e os negócios jurídicos artificiais, a autoridade lançadora constatou os fatos geradores praticados por este sujeito passivo e efetuou os lançamentos correspondentes. Agindo desta forma, nada mais fez do que cumprir a determinação legal insculpida no parágrafo 3º do artigo 33 da Lei 8.212/91, que na redação vigente à época rezava:

“Art. 33. (...)”

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social INSS e o Departamento da Receita Federal DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário. (...)” (grifos de minha autoria)

Como se nota passou despercebido pelo instância “*ad quod*” a parte final do exortado art. 116 do CTN onde se determina obrigatório observar os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. Assim faz-se necessário que a **desconsideração de negócio jurídico tenha suporte em lei ordinária própria** a qual deve constar da fundamentação legal. Neste mesmo diapasão, também se observa que o referido parágrafo 3º do artigo 33 da Lei 8.212/91 trazido à colação pelo i. Julgador **não se coaduna com os fatos em comento em razão do lançamento não se tratar de sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente.**

Aduz que a legislação exortada não se coaduna com a motivação do lançamento que pautado na baixa de ofício das empresas fiscalizadas noutra ação fiscal utilizou como base de cálculo as folhas de pagamento das referidas por entender que os seus empregados produziam para a autuada.

Tal fundamentação, maculada de vício, também enseja NULIDADE.

NO MÉRITO

Na sua peça recursal, às fls. 314, a Recorrente alega que desde 1999, o Auditor Fiscal está buscando alternativas de descaracterizar seu processo de terceirização. Que se cercou de fatos e fatos e chegou a conclusão de que as prestadoras de serviços em discussão não deveriam existir no mundo empresarial, principalmente pelo fato de serem adeptas ao regime tributário do SIMPLES. Isto colocado passou a refutar os motivos da Autoridade autuante com os mesmos argumentos trazidos em sede de impugnação que naquela instância não lograram prosperar.

DA AÇÃO FISCAL NA AUTUADA.

O Mandado de Procedimento Fiscal – MPF não consta colacionado. Consulta ao sítio da Receita Federal revela que o MPF 09.2.04.00-2010-00365-8 para a empresa INDUSTRIA DE RELOGIOS HERWEG S/A, teve o período fiscalizado de **06/05 a 12/2008 por uma junta Fiscal composta por 03 auditores**, inclusive o autor das representações fiscais.

Ressalte-se que muito embora dotado de informações prévias desde 1999 a autoridade autuante, Auditor Fiscal Everaldo Back, membro da sobredita junta fiscal não justifica a **forma sumaríssima da ação fiscal**. Consolidado em **06/05/2010** o presente Auto de Infração, na forma do Termo de Início de Procedimento Fiscal às fls. 49 revela que a ação fiscal teve início em **29/04/2010** e o Termo de Encerramento da Ação Fiscal - TEAF de fls. 50, registra que em **07/05/2010** encerraram-na. Excluindo-se os 5(cinco) dias para apresentação dos documentos, apesar de toda a complexidade relatada, **concluíram-na em 2 dias**.

Relevante destacar que conforme registro no sobredito Termo de Início de Procedimento Fiscal, o contribuinte **fora intimado a apresentar no prazo de 5(cinco) dias**, no endereço: RUA NAMY DEEKE, 40 - CENTRO – BLUMENAU, tão-somente os documentos abaixo transcritos:

“ Prazo: 05 dias úteis Período de apuração: 06/2005 a 12/2008

- Atas de assembléias gerais e de reuniões da diretoria ou conselhos

Prazo: 05 dias úteis

*- Balanço Patrimonial - Ano **Calendário 2009***

A documentação relacionada deverá ficar à disposição desta fiscalização, no endereço: RUA NAMY DEEKE, 40 - CENTRO - BLUMENAU.” (grifos de minha autoria)

O pedido revela inconsistência na medida em que o período de apuração refere-se as competências 06/2005 a 12/2008 mas se pede o balanço patrimonial de 2009.

Noutro giro, embora o Termo de Encerramento de Procedimento Fiscal – TEPF de fls. 78 registre que foram examinados o Livro de Registro de Empregados, Folhas de Pagamento, Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP, Comprovantes de Recolhimento, e outros elementos, os documentos intimados para apresentação não confirmam tê-los sido requeridos e disponibilizados. Também o resultado da ação fiscal e os elementos probantes colacionados bem como os fundamentos legais vistos alhures não guardam vínculo com os documentos solicitados.

No item 4 do Relatório Fiscal de fls. 70, as Autoridades autuantes registram que o crédito tributário não foi constituído em razão de inadimplências do sujeito passivo do lançamento em comento mas sim sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais constante da folha de pagamento da das empresas **E.G.M. Industria e Comércio Ltda** e **QUARTZ Industria e Comercio Ltda**. Afirma ainda que as irregularidades foram amplamente demonstradas na Representação Fiscal que deu início à baixa de ofício da inscrição da E.G.M. Industria e Comércio Ltda e QUARTZ Industria e Comercio Ltda.

“ 4. A remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais constante da folha de pagamento da E.G.M. Industria e Comércio Ltda e QUARTZ Industria e Comercio Ltda, no período abaixo, é a base de cálculo da contribuição lançada neste AI, haja vista que a autuada era a beneficiária dos serviços prestados por estes segurados os quais estavam sob sua orientação, supervisão e subordinação, fato que foi amplamente demonstrado na Representação Fiscal que deu início à baixa de

ofício da inscrição da E.G.M. Industria e Comércio Ltda e QUARTZ Industria e Comercio Ltda.”

No Recurso Voluntário de fls.294, a Recorrente afirma que na forma do processo de nº 13971.001447/2003-11 a empresa **QUARTZ Industria e Comercio Ltda**, interpusera Manifestação de Inconformidade sobre Ato Declaratório nº 111 de Exclusão do SIMPLES e que até **11/06/2010 não houvera** sido cientificada de qualquer decisão.

Pesquisa no e-processo realizada em 01/02/2013, revela que a empresa interpôs Recurso Voluntário que ainda não foi sorteado para julgamento.

Na seqüência, no que se refere a empresa **E.G.M. Industria e Comércio Ltda**, recorrendo de Ato Declaratório nº 34 de Exclusão do SIMPLES, na forma do processo de nº 13971.001444/2003-88, em 12/08/2010, o Recurso Voluntário interposto junto a este Conselho lhe dera provimento cujo Acórdão afirma ter colacionado em sede de impugnação.

O Ato Declaratório Executivo DRF/BLU nº 034, de 10 de setembro de 2007 conforme proposto pela Autoridade autuante a empresa E.G.M. INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA - EPP, fora excluída do Sistema Integrado de Pagamento de impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples):

“ (..)

Situação excludente (evento 321)

Descrição: *realizar operações relativas à prestação de serviços de locação de mão-de-obra.*

Fundamentação Legal: Lei nº 9.317/96: alínea " f do inciso XII do artigo 9º combinado com o inciso I do artigo 14, o artigo 12, os incisos II, e os parágrafos terceiro e quarto, todos do artigo 15.”(grifos de minha autoria)

Às fls. 350, colacionaram-se cópia do Acórdão de nº 1801-002237, exarado pela Primeira Sessão de Julgamento deste Conselho, que em 19 de maio de 2010, julgando o processo de nº 13971.001444/2003/88, cuja matéria fora EXCLUSÃO DO SIMPLES da empresa EGM IND. COM. LTDA deu provimento às alegações do contribuinte.

Na oportunidade, por unanimidade, fora concedido provimento ao Recurso Voluntário Interposto que recorreu da decisão da DRJ Florianópolis. A síntese do “*decisium*” se expressa na ementa do referido voto:

*PROVA. A pessoa jurídica não pode ser excluída do SIMPLES no caso de não restar evidenciada, **de forma inequívoca**, a situação excludente descrita expressamente no ato declaratório de exclusão, cujos fundamentos de fato e de direito vinculam a Administração Pública. ” (grifos de minha autoria)*

Consulta ao e-processo revela : processo excluído.

Como se observa, a motivação para se exarar o Ato Declaratório fora o entendimento das Autoridades autuantes de que as empresas realizavam operações relativas à **prestação de serviços de locação de mão-de-obra em benefício da autuada.**

Desse modo, tendo sido desconsiderado o Ato Declaratório, desconsidera foi a razão de sua edição ou seja: não se configurou que a empresa realizava operações relativas à prestação de serviços de locação de mão-de-obra.

Como visto alhures, o Auto de Infração em tela foi lavrado pelo fato de as Autoridades autantes terem se convencido de que as empresas empresas E.G.M. Industria e Comércio Ltda e da QUARTZ Industria e Comercio Ltda. realizavam operações relativas à prestação de serviços de locação de mão-de-obra para a autuada.

Na forma do multicitado item 4 do Relatório Fiscal de fls. 70, as Autoridades autantes registram que o crédito tributário não foi constituído em razão de inadimplências do sujeito passivo do lançamento em comento mas sim sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais constante da folha de pagamento da das empresas E.G.M. Industria e Comércio Ltda e da QUARTZ Industria e Comercio Ltda **em razão de a autuada ser a beneficiária dos serviços prestados por esses segurados:**

4. A remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais constante da folha de pagamento da E.G.M. Industria e Comércio Ltda e QUARTZ Industria e Comercio Ltda, no período abaixo, é a base de cálculo da contribuição lançada neste AI, haja vista que a autuada era a beneficiária dos serviços prestados por estes segurados os quais estavam sob sua orientação, supervisão e subordinação, fato que foi amplamente demonstrado na Representação Fiscal que deu início à baixa de ofício da inscrição da E.G.M. Industria e Comércio Ltda e QUARTZ Industria e Comercio Ltda.” (grifos de minha autoria)

Assim, desmaterializado o fato gerador da constituição do crédito e uma vez resgatada a condição de empresa ao SIMPLES, a tributação deve observar a legislação de regência. **Os créditos constituídos da forma como foram não podem prosperar** tendo em vista que o fizeram como se a empresa estivesse definitivamente excluída do regime especial.

Não obstante a decisão do CARF, as empresas foram baixadas de ofício. Cumpre destacar que, abertas em 04/02/1998, conforme consta às fls. 403 nos cartões de CNPJ das empresas QUARTZ INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA. - E PP, CNPJ 02.360.696/0001-92 e E.G.M INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA. - E PP, CNPJ 02.363.843/0001-88 ali se verifica situação cadastral suspensa, datada de **01/06/2005** por motivo de situação **cadastral inexistente de fato** conclusão esta da autoridade autuante que em representação fiscal requereu a suspensão das atividades.

Cheragem em 25/02/2013, para a empresa E.G.M INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA.- E PP, CNPJ 02.363.843/0001-88 consta datada de 05/08/2010, situação cadastral baixada , por motivo de inexistência de fato. O mesmo se verificou na pesquisa para a outra empresa QUARTZ INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA. - E PP, CNPJ 02.360.696/0001-92 .

Alfim, há que se observar o “decisium” do processo principal de nº 13971.002230/2010-58 que ,tambem, de minha relatoria fui de conceder provimento.

DA NULIDADE E DO MÉRITO

Embora maculado pela incorreta fundamentação legal e o cerceamento de defesa presentes em razão da não apresentação dos elementos probantes, episódios que ensejariam a nulidade do lançamento, sob o comando do § 3º do art. 59 do decreto 70.235/72,

reiterado no § 3º do art. 12 do Decreto 7.574, de setembro de 2011 , **quando puder decidir do mérito** a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta, verbis:

“ Art. 59. São nulos:

§ 3º *Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei n 8.748, de 1993) ”*

Assim , em face de tudo que foi exposto, cumpre dar provimento às alegações da recorrente que por economia processual deixo de enfrentá-las pontualmente.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso para, **NO MÉRITO, DAR-LHE PROVIMENTO.**

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza