



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

Processo nº 13971.004284/2010-58
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2403-002.989 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de março de 2015
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente N & C IND. E COM. DE CALÇADOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2005 a 30/11/2008

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

Demonstra a fraude havida, bem como a atitude dolosa da recorrente, fica inviabilizada a aplicação da regra do § 4º do artigo 150 e resulta na aplicação da regra do artigo 173 do CTN.

PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA. ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO. MULTA GFIP.

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

A multa deverá ser recalculada, com base na redação dada pela Lei 11.941/2009 ao artigo 32A da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para que se recalcule o valor da multa, de acordo com o disciplinado no art.32-A da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009, prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho - Presidente da 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento e Redator *ad hoc*

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari (Relator e Presidente à época do julgamento), Elfas Cavalcante Lustosa Aragão Elvas, Ivacir Júlio de Souza, Ewan Teles Aguiar, Marcelo Magalhães Peixoto e Paulo Maurício Pinheiro Monteiro.

Relatório

Na condição de Presidente da Quarta Câmara da Segunda Seção de Julgamento, à qual era vinculada a extinta Terceira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Segunda Seção de Julgamento, no uso das atribuições conferidas pelo art. 17, inciso III¹, c/c o art. 18, inciso XIII², todos do Anexo II do RICARF, designo-me Redator *ad hoc* para formalizar o presente acórdão, dado que o relator originário, então Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari, deixou de fazê-lo.

Como Redator *ad hoc*, sirvo-me do relatório (minuta) inserido pelo Relator original no diretório oficial do CARF, a seguir reproduzido.

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis, Acórdão 07-29.856 da 5ª Turma, que julgou a impugnação improcedente.

A autuação corresponde a multa por omissão de fatos geradores em GFIP, aplicada até a competência 11/2008.

A autuação e a impugnação foram assim apresentadas no relatório do acórdão recorrido:

DO LANÇAMENTO

Por meio do Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOA (DEBCAD nº 37.300.9879), foi exigido do contribuinte acima qualificado o montante de R\$ 85.907,40, consolidado em 24 de setembro de 2010, em razão do mesmo ter cometido a infração

¹ Art. 17. Aos presidentes de turmas julgadoras do CARF incumbe dirigir, supervisionar, coordenar e orientar as atividades do respectivo colegiado e ainda:

(...)

III - designar redator *ad hoc* para formalizar decisões já proferidas, nas hipóteses em que o relator original esteja impossibilitado de fazê-lo ou não mais compoñha o colegiado;

(...)

² Art. 18. Aos presidentes de Câmara incumbe, ainda:

(...)

XIII - dirimir as dúvidas e resolver os casos omissos quanto ao encaminhamento e ao processamento dos recursos de sua competência;

(...)

prevista no artigo 32, inciso IV e §5º, da Lei nº 8.212/1991, ao apresentar Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP) com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições sociais previdenciárias.

Consta do **Relatório Fiscal da Multa** (fls. 09/11), dentre outras informações, que os lançamentos têm por fato gerador a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais a serviço da autuada, mas que formalmente estavam registrados como empregados da empresa N&C Indústria e Comércio de Calçados Ltda. CNPJ 05.026.694/000150.

Da leitura que se faz no **Relatório Fiscal da Multa** colhe-se algumas informações, a seguir sintetizadas.

1. As empresas N&C Indústria e Comércio de Calçados Ltda. e C&N Calçados Ltda., foram objeto do procedimento de fiscalização relativamente às contribuições previdenciárias.

2. A N&C constituiu a empresa C&N Calçados Ltda., sob o revestimento de empresa distinta e independente e para tanto, em seus contratos sociais fez-se constar sócios interpostos. A partir da constituição da C&N, iniciou-se um esvaziamento de empregados da N&C, os quais foram sendo demitidos e em seguida admitidos pela C&N. Assim, encoberto por uma aparente regularidade, sua produção foi sendo totalmente "terceirizada" a título de uma pretensa "industrialização por encomenda" pela empresa interposta que, por ser optante pelo SIMPLES, tem suas contribuições substituídas, vantajosamente, pelo sistema de pagamento único sobre o faturamento.

3. Diante das evidências, conclui-se que a C&N Calçados Ltda. foi criada com a única finalidade de formalizar os registros dos empregados, sendo totalmente controlada pela empresa mãe, a N&C Ind. e Comércio de Calçados Ltda., e assim eximir essa do pagamento de contribuições previdenciárias e outros tributos.

4. Comprovada que a empresa C&N Calçados Ltda. não possui patrimônio e capacidade operacional necessários à realização de seu objeto social, foi emitida a Representação Fiscal para Baixa do seu, CNPJ 05.311.103/0001-96, através do Processo nº 13971.000174/2008-01.

A autoridade lançadora esclarece que os fatos geradores das contribuições lançadas são as remunerações pagas e/ou creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais registrados na C&N Calçados Ltda., discriminadas em folhas de pagamento, não declaradas em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP), devido à informação incorreta no campo

referente à opção do Simples, no período de 08/2005 a 12/2009. Diz, ainda, que foram considerados como créditos os valores destinados ao INSS, recolhidos em DARF cód. 6106, nesse período.

Informa, também, que foi aplicada a multa no seu percentual máximo (150%), porquanto restou caracterizada a prática de fraude prevista no art. 72 da Lei 4.502/64, bem como que será aplicada a partir da competência 12/2008, uma vez que os citados dispositivos passaram a produzir seus efeitos somente a partir da edição da MP nº 449/2008.

DA IMPUGNAÇÃO

Cientificada do Auto de Infração, a interessada apresentou impugnação tempestiva que se encontra às fls. 372/431, mediante procurado regularmente constituído às 356/357, fundamentando-se nas razões e direitos a seguir sintetizados.

1 – Da Fiscalização

No presente tópico a impugnante apenas se ocupa em relatar as conclusões da auditoria fiscal.

2 Da Configuração Da Decadência

Defende que, para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial se inicia da data do fato gerador, de acordo com a redação do § 4º, do art. 150, do CTN. Portanto, os fatos geradores ocorridos antes de 28/09/2005 estão alcançados pela decadência.

3 Ilegitimidade Passiva — Nulidade Do Lançamento Tendo Em Vista O Erro Na Identificação Do Sujeito Passivo

Sustenta que não há fundamento legal para figurar como contribuinte do lançamento proposto, porquanto não existe vinculação com os segurados formalmente vinculados a C&N Calçados Ltda..

Alega que a C&N produz/fornece também para outras empresas e que toda a relação entre as empresas é as claras, não há estratégias ocultas, nem ilegalidades neste procedimento.

Prossegue aduzindo que “(...) caso fosse prevalecer o entendimento da fiscalização, de que falta autonomia, independência à C&N Calçados Ltda., ou ainda que não possui patrimônio e capacidade operacional necessários a realização de seu objeto social, o que somente se admite a título de argumentação, caberia neste caso a fiscalização excluir a C&N do SIMPLES, nos termos do art. 29, IV da LC nº 123/2006 (nova redação do disposto no inciso IV do art. 14 da Lei nº 9.317/96). Após a exclusão da C&N CALÇADOS LTDA. do SIMPLES, caberia, ainda a título de argumentação, o lançamento de eventuais tributos contra esta, e quando muito, a Impugnante

figuraria apenas como responsável solidária, conforme preceitua o CTN em seus artigos 121 a 124”.

4 Nulidade Do Lançamento Pela Ausência De Fundamento Legal Para O Lançamento Tributário Em Face Da Impugnante

Novamente, defende a omissão de fundamento legal que alicerce o lançamento.

Diz que a Auditora “tenta convencer que a C&N seria uma empresa de “fachada”, ou seja, interposta na contratação de mão-de-obra da Impugnante”, considerando, por mera presunção, os empregados da N&C Ind. e Com. de Calçados Ltda. segurados vinculados a C&N Calçados Ltda..

Alega que “não consta do relatório fiscal, nem mesmo do anexo intitulado “FLD FUNDAMENTOS LEGAIS DO DÉBITO”, nenhuma fundamentação legal que justifique o lançamento fiscal em face da Impugnante”.

5 Da Atividade Lícita E Transparente Da impugnante E Da C&N Calçados Ltda. E Das Provas Que Esta Possui Patrimônio E Capacidade Operacional Necessária À Realização De Seu Objeto Social

Alega ausência de provas concretas para os fatos apontados pela Fiscal, haja vista que apresentou apenas presunção da ocorrência do fato gerador.

Esclarece que caberia a C&N Calçados apresentar as provas e fundamentos para os fatos apontados pela fiscalização, uma vez que o lançamento foi equivocadamente efetuado em seu nome.

Defende que a fiscalização não fez prova de que realmente controlava a C&N, uma vez que não juntou nos autos provas como assinatura de cheques da C&N pelo Sr. Herminio, procurações para este, etc...

Reforça a afirmativa de que a C&N Calçados Ltda. é totalmente independente e autônoma, e que seus sócios são totalmente distintos e desvinculados, possuindo apenas relação comercial com a mesma.

Prossegue esclarecendo que a C&N Calçados Ltda. apura e paga regularmente suas contribuições previdenciárias, na forma de tributação pelo Simples.

Relata situações, a seguir sintetizadas, a qual entende que a C&N possui autonomia:

a) a C&N Calçados Ltda. apresentou todos os seus livros e registros contábeis e fiscais, os quais registram suas transações.

b) possuiu veículos próprios, um Fiat Fiorino e um ônibus que é utilizado para o transporte de seus empregados.

c) possui máquinas utilizadas na fabricação de calçados, devidamente registradas.

d) possui contas bancárias junto ao Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal, nas quais movimentam seus recursos financeiros e realiza diversas operações como de empréstimos.

e) contrata e paga apólice de Seguro de Risco de engenharia, conforme se verifica do contrato.

f) adquire e paga suas aquisições de ativo imobilizado e quando não são próprios são respaldados por contratos.

g) a sua sede localiza-se em imóvel locado de sua propriedade conforme se verifica do contrato de locação. E que, embora o imóvel localizar-se no mesmo terreno, as sedes são distintas: o parque fabril no galpão locado e a parte administrativa em imóvel ao lado do galpão.

h) possui conta de energia e contas de telefone individualizadas e devidamente contabilizadas.

i) sua atividade é a fabricação de calçados.

j) produz e vende seus produtos a terceiros, como a título de exemplo, para as seguintes empresas: Calçados Jahn Ltda., Victor Abreu Calçados Ltda., Calçados Bom Passo Ltda., Carioca Calçados Ltda., Abreu Comércio do Vestuário Ltda., Marcos Abreu Comércio de Calçados Ltda, Arnaldo Gabriel, dentre outras, conforme faz prova os documentos.

l) contrata e paga apólice de Seguro de Vida Empresarial para seus empregados.

m) os empregados registram seu cartão ponto totalmente independente, inclusive possui contrato de prestação de serviços com a empresa Pontual Informática Ltda., que é responsável pela manutenção do sistema de gerenciamento de Ponto da C&N Ltda..

o) contrata e paga os serviços médicos para atendimento de seus funcionários, bem como os serviços de fonoaudióloga e ainda os serviços de assessoramento técnico em medicina do trabalho.

n) possui certificação ambiental (Fatma), bem como os devidos alvarás sanitários, de localização e vistoria do corpo de bombeiros, Esclarece que nas operações de empréstimos quem consta como avalistas nos contratos são os sócios da C&N Calçados Ltda, ou seja, Sr. Osmar e Sra. Teresinha.

Levanta o seguinte questionamento: “se fosse admitir que a C&N CALÇADOS LTDA fosse interposta pessoa, porque a Impugnante que é tributada pelo Lucro Real, adquiriria as máquinas através da C&N, que é tributada pela sistemática do SIMPLES?”.

Ressalta que não é o fato de ser filho do sócio da C&N Calçados Ltda., que estar impedido de promover parceria comercial com a mesma. E, ainda, que é uma dos principais clientes da C&N Calçados e não cliente exclusivo, como quis parecer o Fiscal.

Por fim, assevera que a fiscalização não poderia desconsiderar as provas aqui referidas e disponibilizadas, uma vez que além de demonstrarem a segregação, autonomia e independência da C&N Calçados Ltda. comprovam que possui patrimônio e capacidade operacional necessária a realização de seu objeto social.

6 – Da Contabilidade Regular Da Impugnante, Bem Como Da C&N Calçados Ltda. Dos Livros Como Prova A Favor Da Impugnante

Sustenta que possui livros contábeis e fiscais devidamente registrados na JUCESC, os quais registram todas as suas transações, bem como não há nenhum tipo de confusão entre os livros, registros, documentos, movimentação de recursos, etc. com a C&N Calçados Ltda., haja vista que ambas apuram regularmente seus tributos.

Defende que se a contabilidade das empresas não foi desconsiderada os livros contábeis possuem eficácia probatória em seu favor, portanto a fiscalização não tem elementos para considerar a C&N Calçados Ltda. como interposta pessoa.

7 – Nulidade Do Lançamento Pela Ausência Nos Autos De Documentos Mencionados Pela Fiscalização Inexistência Nos Autos De Cópia Integral Do Processo Nº13971.000174/2008-01 Nulidade Pelo Cerceamento De Defesa

Esclarece que “a Auditora para justificar o lançamento, estaria se valendo de provas constantes do Processo nº. 13971.000174/200801, no qual estaria supostamente comprovado que a empresa C&N Calçados Ltda. não possui patrimônio e capacidade operacional necessária para realização do seu objeto social”. Todavia, alega que não foi anexado ao presente feito, cópia integral do Processo nº. 13971.000174/2008-01, de forma a poder exercer o seu direito ao contraditório e ampla defesa.

Defende que o referido processo trata da Representação Fiscal para baixa do CNPJ da C&N e não do seu. Por conseguinte não tem como responder por fatos que não lhe diz respeito.

Novamente aborda a questão de ausência de fundamento e de provas para os fatos que suportaram o lançamento, bem como que o Processo nº. 13971.000174/2008-01 não consta dos autos.

8 Nulidade Pela Utilização De Prova Emprestada

Sustenta que a utilização do processo nº 13971.000174/2008-01 torna nulo o lançamento, em vista da impossibilidade de utilização de prova emprestada.

Explica que o STJ vem declarando nulo os lançamentos que se valem de forma indiscriminada de prova emprestada, especialmente quando constitui o único elemento de convicção a respaldar o convencimento do julgador.

Relata que cabe a fiscalização intimar o Contribuinte e fazer as diligências de forma a buscar a situação fática atual encontrada pela fiscalização. Todavia, a fiscalização utiliza como único elemento de convicção, supostas diligências realizadas em 2007 constante do referido processo nº 13971.000174/2008-01.

9 Nulidade Do Lançamento Em Vista Das Inconsistências Da Informação Fiscal Anexa Ao Combatido Auto De Infração Informação Fiscal Prestada No Processo Nº 13971.000174/2008

Protesta contra às diligências realizadas a partir de 09.05.2010, apontando vários argumentos que entende serem equivocados.

Ressalta que, apesar da importância das supostas constatações, a fiscalização não anexa aos autos nenhuma prova de tais argumentos.

Diz que não procede a informação de que "trata-se de um único parque fabril, e não existe nenhuma construção AO LADO onde pudesse se instalar outra empresa;", haja vista que possui um contrato locando um imóvel à C&N Calçados Ltda..

Também alega que não procede a informação de que a estrutura das empresas resume-se apenas a "um prédio principal onde no térreo estão instalados a recepção e o setor produtivo e no piso superior, que se trata de um mezanino, funciona a parte administrativa e a sala de exposição de produtos fabricados pela empresa C&N", porquanto sua sede é na parte superior do galpão sendo o acesso único pela parte da frente do imóvel. Já, a C&N esta localizada no mesmo terreno, porém com parque fabril no galpão locado e a parte administrativa em imóvel ao lado do galpão.

Assevera que não consta do uniforme dos empregados da C&N Calçados "o logotipo C&N CONTRAMAO, que é o nome de fantasia da N&C".

No tocante ao fato de que "apresentou um livro ponto referente aos anos de 2009 e 2010"; explica que isso vem a comprovar que os empregados da C&N Calçados Ltda. registram seu cartão ponto totalmente independente dos seus empregados. Até porque a C&N possui contrato de prestação de serviços com a empresa Pontual Informática Ltda., que é responsável pela manutenção do sistema de gerenciamento de Ponto.

Sustenta que a Auditora não documentou as situações relatadas, sequer há fotos registrando.

Alega que há uma insistência da Fiscal em tentar impor suas presunções desacompanhadas de qualquer meio probatório e que isso fica claro quando afirma que "Foram entrevistados alguns empregados das empresas envolvidas, onde a grande maioria (entrevistas anexas) afirma que o Sr. Osmar raramente vai até a empresa e outros nem sabem quem ele é", fato que não concorda.

Esclarece que foram entrevistados mais de 30 empregados da C&N, e estes informaram que o dono da C&N era o Sr. Osmar e da N&C o Sr. Herminio. Portanto, eles não informaram que "o Sr. Osmar raramente vai até a empresa", mas sim que "o Sr. Osmar vai de vez em quando na empresa", o que representa dizer que atualmente o Sr. Osmar comparece com menos frequência na empresa, o que é diferente de "raramente" como afirma a Fiscal.

Quanto à afirmação de "que a empresa não possui equipamentos de informática e nem móveis e utensílios, itens importantes para o funcionamento de suas atividades", alega que não é verdade. Explica que os equipamentos de informática e móveis não são atuais, e que foram cedidos pelo sócio, motivo pelo qual não constam da contabilidade da C&N.

Em relação à presunção de que na 'relação PESSOAL X FATURAMENTO' a empresa vem mantendo a mesma situação descrita no item 2.1.9, ou seja, apesar do incremento anual do faturamento da N&C, a sua média de empregados em relação à sua produção continuou diminuindo a cada ano, enquanto a C&N aumentou seu quadro funcional", diz que não há nada de anormal ou irregular na análise proferida pela fiscalização.

Explica que vem mantendo em seus quadros o mesmo número de empregados, proporcional ao faturamento em torno de 5 milhões/ano, e sempre contando de 12 a 14 empregados, pois direciona suas atividades para a parte comercial, não necessitando de um número maior de empregados, enquanto que a C&N tem suas atividades diretamente relacionadas à produção, o número de empregados oscila de acordo com a necessidade.

Esclarece, ainda, que seu faturamento se manteve estável desde 2005, não justificando aumento do número de empregados e que a C&N, de 2005 a 2009, também não teve grandes alterações no número de empregados.

Da mesma forma defende que não procede a afirmação que "o esvaziamento de pessoal da N&C, continua sendo praticada pela empresa, ou seja, aumenta o número de empregados da C&N e diminui na N&C". Alega que a Auditora apresenta quadros

constando períodos desde 2002, mas que no período objeto do lançamento não houve nenhum esvaziamento.

Contesta a afirmação da fiscalização de que "todo o faturamento (receita bruta) da empresa C&N CALÇADOS LTDA (optante do Simples) continua sendo resultante de serviços prestados, EXCLUSIVAMENTE, para a empresa N&C INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA", pois é a principal cliente da N&C Calçados e não o cliente exclusivo.

Defende que a Fiscal deveria ter submetido o contrato original à perícia e não ter insinuado que estaria eivado de irregularidade por supostamente não apresentar "as características de deterioração causadas pelo tempo".

Entende que se a C&N Calçados afrontou a Lei do Simples por exercer atividade vedada prestar serviços com locação de mão de obra o que somente se admite a título de argumentação, caberia a fiscalização excluí-la do referido regime de tributação especial e lançar contra a mesma os eventuais tributos, e quando muito, a impugnante figuraria como responsável solidária.

No tocante ao comprovante de pagamento de títulos da JRS Editora e um termo de audiência trabalhista da C&N, dois elementos de provas utilizado pela Auditora, esclarece que o título foi emitido equivocadamente pelo fornecedor em nome da C&N quando o correto seria em seu nome e que na ata trabalhista houve uma pequena confusão no momento da sua elaboração.

Segue refutando alguns pontos da informação fiscal, defendendo alguns respostas do Sr. Osmar aos questionamentos da Fiscal. Diz que não faz sentido exigir que o Sr. Osmar pudesse precisar todos os números questionados.

Em relação à resposta de que a C&N Calçados "foi criada com o intuito de ajudar a N&C Indústria e Comércio de Calçados Ltda. (contramão), tanto é que até colocaram nomes parecidos", o que o Sr. Osmar estava tentando esclarecer é que a C&N poderia colaborar com a impugnante, produzindo para essa e também para outras empresas.

Não existindo nessa declaração nenhuma conotação no sentido de colaborar para reduzir eventual custo tributário.

Defende, ao contrário do afirmado pela Auditora que "estas informações prestadas tinham conotação de que foram decoradas" – que o Sr. Osmar tem conhecimento e uma visão clara do seu negócio.

10 – Da nulidade do lançamento em vista da desconsideração da personalidade jurídica da c&n calçados ltda. Em total inobservância à lei.

Sustenta que a Auditora não tem a prerrogativa de determinar a anulação ou desconsideração latu sensu da personalidade jurídica da empresa mencionada.

Diz que a desconsideração carece de procedimento especial mediante processo judicial. Ou seja, esta figura jurídica pretendida pela fiscalização reclama ordem judicial a autorizar a adoção do procedimento. Faz referência a doutrina no sentido de que não há solução legislada específica para amparar o entendimento da Auditora.

Aduz que se impõe percorrer a via judicial para descaracterizar a personalidade jurídica, após profunda análise das provas carreadas.

11 Da Obrigação Da Fiscalização Em Buscar A Verdade Material

Sustenta que a Fiscal desprezou o princípio da verdade material, pois se baseia somente de presunções desprovidas de meio probatório válido e amparo técnico necessários.

Esclarece que a busca da verdade material se constitui em verdadeira obrigação da autoridade fiscal, devendo essa averiguar se a situação informada pela empresa corresponde à realidade, e não simplesmente desclassificar processo empresarial legítimo e extremamente difundido no meio empresarial, com base em meras suposições.

12 Da Indevida Representação Fiscal Para Fins Penais (RFFP) —Da Inexistência De Crime Contra Ordem Tributaria

Aduz, pela simples leitura do dispositivo que fundamentou a RFFP, que labora em grave erro a Auditora, em vez que para caracterizar a conduta típica do referido dispositivo faz-se necessário a supressão ou redução da contribuição social previdenciária associada a omissão (não menção) de receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e outros fatos geradores de contribuições previdenciárias.

Diz que não houve omissão de receitas, remunerações pagas ou creditadas e outros fatos geradores de contribuições previdenciárias, pois, assim como a C&N Calçados, declara toda a receita e informa todos os seus empregados.

Sustenta que é dever da fiscalização demonstrar minuciosamente os fatos e as provas hábeis e idôneas que denotem o dolo ou o evidente intuito de fraude, ou sonegação praticado pela Impugnante, o que não o fez porque inexistem.

Defende que todas as solicitações de documentos e informações foram atendidas, tendo sempre agido às claras.

Alega que não há de se falar em ilícito tributário, justificador de representação fiscal para fins penais, quando não comprovada a

conduta dolosa caracterizadora da sonegação. E, conforme amplamente exposto na presente impugnação, nenhum valor é devido a título de contribuição previdenciária.

13 Da Improcedência Da Aplicação Da Multa, Especialmente Agravada, Haja Vista A Ausência Dos Pressupostos Autorizadores De Sua Imposição Inexistência De Dolo E Da Alegada Fraude

Em relação à multa aplicada a autoridade fiscal aplicou a multa qualificada por entender que houve simulação na" (...) contratação de empregados pela N&C IND. E COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA através de interposta pessoa jurídica (C&N CALÇADOS LTDA), constituída em separado para ser optante pelo SIMPLES e com o objetivo de afastar as contribuições patronais destinadas à seguridade social".

Todavia, esclarece que o que autoriza o agravamento da penalidade, do ponto de vista fiscal, é o dolo, o qual não está presente na conduta da autuada.

Assevera que não há como considerar que tenha cometido alguma conduta dolosa que possa caracterizar fraude, e ainda que se admita que a C&N Calçados Ltda. tenha interpretado erroneamente a legislação adotando como forma de tributação o SIMPLES, o certo é que não se trata de inadimplemento fraudulento.

Prossegue colacionando vários julgados no sentido da exigência da multa qualificada somente nos casos de evidente intuito de fraude devidamente comprovada.

Saliente que não há de se cogitar da existência de fraude, sonegação, quando foi disponibilizado à fiscalização, e esta teve em seu poder, todos os documentos e elementos necessários para o lançamento.

Contesta a aplicação da multa agravada por presunção de conduta fraudulenta, pois somente se justifica a aplicação da multa agravada através da sonegação de informações, falsidade de informações e falsidade ideológica.

Conclui, que tendo em vista a falta de produção segura e inequívoca de elementos que comprovem a fraude e sonegação, mediante conduta dolosa, nada mais justo que, se devidos forem os tributos objeto da fiscalização, o que se admite somente a título de argumentação, que não se aplique a multa agravada.

Por fim, requer a aplicação do princípio in dubio pro réu, nos termos do art. 112 do CTN.

14 Do Pedido Diante de todo o exposto, requer:

a) *que o procedimento fiscal, pelos vícios que contém, seja considerado nulo, e em consequência, seja tornado insubsistente e nulo os Autos de Infração, pelo exame do mérito aqui argüido.*

b) *na improvável hipótese de manutenção do lançamento, o que se admite a título de argumentação, requer se alternativamente, seja reconhecida a **decadência dos períodos anteriores a 28.09.2005**, posto que o lançamento do referido crédito ocorrerá tão somente em 28 de setembro de 2010.*

c) *que seja afastada a Multa aplicada indevidamente.*

d) *a concessão de produção de todos os meios de prova em direito admitidas, especialmente a documental inclusa, pericial, bem como as demais que se fizerem necessárias, e ainda, a concessão de curto espaço de tempo para juntada de novos documentos que se façam necessários.*

e) *que todas as **intimações** relativas a presente defesa, sejam encaminhadas aos advogados que a esta subscrevem, com endereço na rua Dr. Amadeu da Luz, n.º 100, salas 901 e 903, Centro, Blumenau —SC, CEP 89010160.*

É o relatório.

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

- Decadência.
- Não obrigatoriedade da entrega da GFIP em relação aos fatos apontados.

É o relatório

Tendo em vista que o Relatório Fiscal e a decisão recorrida fazem menção ao processo nº: 13971.000174/2008-01, referente à empresa C & N CALÇADOS LTDA, cujo assunto é “REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA INAPTIDÃO DE CNPJ”, este processo baixou em diligência para informar acerca do resultado do Processo nº 13971.000174/2008-01.

Em resposta à diligência, a DRF Blumenau informou que a empresa C & N Calçados Ltda foi “baixada por inexistência de fato”.

1.Em atendimento à Resolução nº 2403-000.167 da 4ª Câmara/3ª Turma Ordinária do CARF, que baixou o presente processo em diligência, para informação sobre o resultado do processo de nº 13971.000174/2008-01, informamos que o processo encontra-se arquivado nesta Delegacia e que a Representação Fiscal para Inaptidão de CNPJ, objeto do citado processo, foi acatada e a empresa C & N Calçados Ltda foi baixada por inexistência de fato, conforme

documentos comprobatórios extraídos daquele processo e anexados às fls. 918/922 deste processo.

Cientificada do resultado da diligência, a recorrente apresentou nova manifestação onde alega/questiona, em síntese:

- Multa aplicada às competências anteriores à MP 449/2008.
- Declaração de inaptidão: “em que pese a decisão tomada nos autos do processo relativo à declaração de inaptidão ter sido tomada em caráter definitivo, faz-se necessário esclarecer que a decisão tomada naqueles autos não pode vincular os julgadores do CARF.”
- Reapresenta argumentos afirmando a legalidade das operações.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho, Redator *ad hoc*

A teor do relatório acima, como Redator *ad hoc*, sirvo-me do voto (minuta) inserido pelo Relator originário, Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari, no repositório oficial do CARF, a seguir reproduzido, de sorte que o posicionamento adotado não necessariamente tem a aquiescência deste Conselheiro.

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

DECLARAÇÃO DE INAPTIDÃO

Quanto à declaração de inaptidão, a recorrente afirma que: “em que pese a decisão tomada nos autos do processo relativo à declaração de inaptidão ter sido tomada em caráter definitivo, faz-se necessário esclarecer que a decisão tomada naqueles autos não pode vincular os julgadores do CARF.”

Fundamentarei meu posicionamento no princípio da verdade material.

Não concordo com a recorrente e abaixo apresento as razões para a discordância

A empresa C&N teve sua inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica baixada de ofício por meio do Ato Declaratório Executivo RFB/9ªRF/DRF/BLU nº 99/2010 (folha 686). A motivação para o ato foi “por inexistência de fato, a partir de 20/09/2002.”, sendo a decisão é definitiva.

O processo contém a Representação Fiscal Para Inaptação de CNPJ. Destaco alguns pontos extraídos da Representação:

- Diminuição dos empregados da N&C e aumento do número de empregados da C&N.

A despeito da evolução do faturamento acima demonstrada, o número de empregados da N & C Indústria e Comércio de Calçados Ltda passou de 102 em outubro de 2002 para apenas 12 em julho de 2007, conforme se demonstra na tabela 03 a seguir:

Tabela 03 - evolução do número de empregados da N & C Indústria e Comércio de Calçados Ltda

Mês/Ano	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Jan	61	69	39	19	14	14
Fev	75	66	39	20	14	14
Mar	89	63	36	22	14	14
Abr	95	63	33	12	12	13
Mai	92	59	14	12	10	12
Jun	86	60	33	11	11	12
Jul	85	57	28	11	10	12
Ago	95	55	28	12	12	-
Set	109	50	29	13	12	-
Out	102	47	27	13	13	-
Nov	94	45	25	12	13	-
Dez	84	38	18	11	12	-

Fonte: Sistema GFIP WEB-SEFIP, relativos a dados da Guia de Recolhimento do FGTS e informações à Previdência Social - GFIP e do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, relativos à massa salarial e vínculos.

Coincidentemente, o processo de redução do quadro de empregados da N & C Indústria e Comércio de Calçados Ltda teve início a partir da constituição da empresa C & N Calçados Ltda em 20/09/2002 (fl. 09) que passou a absorver os empregados daquela, conforme se demonstra na tabela 04, e cujos sócios identificados no item 2 desta representação são os progenitores do Sr. Herrnínio Osmar dos Santos, responsável pela empresa N & C Indústria e Comércio de Calçados Ltda (fls. 11/16).

Tabela 04 - evolução do número de empregados da C & N Calçados Ltda.

Mês/Ano	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Jan	-	1	46	83	92	73

Fev	-	14	49	100	100	71
Mar	-	21	61	104	102	64
Abr	-	28	70	111	99	67
Mai	-	30	64	110	92	70
Jun	-	30	55	94	84	70
Jul	-	27	69	94	89	79
Ago	-	44	74	101	95	-
Set	-	55	76	111	95	-
Out	1	59	79	116	98	-
Nov	2	51	81	105	95	-
Dez	3	41	79	103	88	-

Fonte; Sistema GFIP WEB-SEFIP, relativos a dados da Guia de Recolhimento do FGTS e informações à Previdência Social - GFIP e do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, relativos à massa salarial e vínculos.

- Amostragem da migração dos empregados da N&C para a C&N, destacando, na maioria dos casos amostrados, um intervalo médio de seis meses entre a demissão numa e admissão na outra. Demonstra-se ser o período em que se encontravam recebendo as parcelas do seguro desemprego. Também registra a transferência sem intervalo de tempo (saiu da N&C num dia e no outro iniciou na C&N)

Tabela 05 - amostragem de empregados que migraram da N & C Indústria Comércio de Calçados Ltda para a C & N Calçados Ltda.

Nome	Data do Desligamento na N&C	Admissão na	Período em que Recebeu Seguro-Desemprego
Adailton Egidio da Cunha	28/02/2003	01/09/2003	05/05/2003 a 01/09/2003
José Eliseu Ramos	16/11/2004	01/06/2005	05/01/2005 a 05/05/2005
Edilson Cordeiro	30/11/2004	01/06/2005	01/02/2005 a 01/06/2005
João Batista Fraga	16/11/2004	01/06/2005	31/01/2005 a 30/05/2005
Tereza Ribeiro da Silva	23/09/2004	01/04/2005	24/11/2004 a 24/03/2005
Fernanda Aparecida Lacerda	14/06/2004	14/01/2005	23/08/2004 a 20/12/2004
Círio Valeriano Aurélio	11/03/2004	04/10/2004	06/05/2004 a 03/09/2004
Jair Beppler	30/06/2006	02/05/2007	15/08/2006 a 12/02/2007
Janine Keis Picolli	23/09/2004	01/04/2005	03/12/2004 a 04/04/2005
Maria Terezinha Costa	30/03/2005	01/04/2005	
Giaziele Carla Moraes	16/11/2004	01/12/2004	

Fontes:

1) Cadastro Nacional de Informações Sociais - CKIS - Consulta Vínculos Empregatícios do Trabalhador;

2) Sítio do Ministério do Trabalho e Emprego - Consulta Habilitação do SD.

- Mesmo endereço para as duas empresas: Avenida Valério Gomes 85, Centro, São João Batista/SC, sendo que a C&N contém o adendo “ao lado”.
- Foi realizada diligência para verificação in loco para verificação da existência e diferenciação entre as duas empresas.

Assim, em 04/09/2007 foi realizada diligência no endereço acima identificado com fulcro nos Mandados de Procedimento Fiscal (MPF) nº 09420216 e 094202249, objetivando a verificação in loco da existência de fato das empresas N & C Indústria e Comércio de Calçados Ltda e C & N Calçados Ltda, bem como a coleta de informações a respeito das mesmas.

- No cumprimento da diligência constatou-se que os empregados trabalhavam no mesmo parque fabril; utilizavam o mesmo equipamento de ponto eletrônico; utilizavam uniforme contendo o logotipo C&N/CONTRAMÃO, sendo que Contramão é o nome de fantasia da N&C; todos os empregados afirmaram que o proprietário da empresa é o Sr Hermínio, sócio gerente da N&C (anexa Termos de Entrevista); “em nenhum momento foi possível identificar que havia mais de uma empresa prestando serviço naquele local”;

Na verificação física realizada nas instalações da N & C Indústria e Comércio de Calçados Ltda, nesta incluída as entrevistas com alguns dos funcionários que se encontravam trabalhando, foi constatado o seguinte: .

a) Os empregados laboravam no mesmo parque fabril, constituído de:

- *uma construção térrea, separada do prédio principal apenas pelo portão de acesso dos funcionários e veículos de carga e descarga. Nesta construção havia uma sala onde estava instalado urn único equipamento tipo ponto eletrônico, bem como uma área destinada a depósito de máquinas em desuso;*

- *Um prédio principal em que no térreo esta instalada a recepção e o setor produtivo e piso superior onde funciona a parte administrativa e sala de exposição de produtos fabricados pela empresa;*

b) A utilização de um único equipamento de ponto eletrônico para controle de acesso dos funcionários e registro dos horários de entrada e saída;

c) Os funcionários estavam utilizando uniforme que trazia o logotipo C&N/CONTRAMÃO. Destaca-se que Contramão é o nome de fantasia da N & C Indústria e Comércio de Calçados Ltda;

d) Todos os empregados entrevistados, na faixa de trinta, afirmaram que o proprietário da empresa para o qual trabalham é o sr. Herminio, sócio-gerente da N&C;

e) Tal era o nível de integração dos empregados com o processo produtivo, que em nenhum momento foi possível identificar que havia mais de uma empresa prestando serviço naquele local;

f) Das informações obtidas nas entrevistas com os funcionários e no relatório do registro eletrônico de ponto em confronto com os documentos apresentados relativos ao registro de empregados, pode-se observar que quase todos os trabalhadores registrados na C & N Calçados Ltda (cerca de 80), eram da produção. Já os 'clue exercem atividade-meio (almoxarife, auxiliar administrativo, auxiliar de serviços gerais, comprador, recepcionista e motorista), em tomo de 10, estavam registrados na N&C;

- No período amostrado, a N&C era a única cliente da C&N.

EMITENTE	NF	SERIE	EMISSAO	ENTRADA	CFOP	VLR TOTAL
05.311.103/0001-96	28	1	11/01/2005	11/01/2005	1.124	21.380,00
05.311.103/0001-96	28	1	11/01/2005	11/01/2005	1.902	42.760,00
05.311.103/0001-96	29	1	26/01/2005	26/01/2005	1.124	15.010,00
05.311.103/0001-96	29	1	26/01/2005	26/01/2005	1.902	30.020,00
05.311.103/0001-96	30	1	25/02/2005	25/02/2005	1.124	56.950,00
05.311.103/0001-96	30	1	25/02/2005	25/02/2005	1.902	113.900,00
05.311.103/0001-96	31	1	10/03/2005	10/03/2005	1.124	39.400,00
05.311.103/0001-96	31	1	10/03/2005	10/03/2005	1.902	78.800,00
05.311.103/0001-96	32	1	22/03/2005	22/03/2005	1.124	42.070,00
05.311.103/0001-96	32	1	22/03/2005	22/03/2005	1.902	84.140,00
05.311.103/0001-96	33	1	19/04/2005	19/04/2005	1.124	36.200,00
05.311.103/0001-96	33	1	19/04/2005	19/04/2005	1.902	72.400,00
05.311.103/0001-96	34	1	26/04/2005	26/04/2005	1.124	31.187,50
05.311.103/0001-96	34	1	26/04/2005	26/04/2005	1.902	62.375,00
05.311.103/0001-96	35	1	11/05/2005	11/05/2005	1.124	31.195,00
05.311.103/0001-96	35	1	11/05/2005	11/05/2005	1.902	62.390,00
05.311.103/0001-96	36	1	19/05/2005	19/05/2005	1.124	37.550,00
05.311.103/0001-96	36	1	19/05/2005	19/05/2005	1.902	75.100,00
05.311.103/0001-96	37	1	29/06/2005	29/06/2005	1.124	42.395,00
05.311.103/0001-96	37	1	29/06/2005	29/06/2005	1.902	84.790,00
05.311.103/0001-96	38	1	19/07/2005	19/07/2005	1.124	39.750,00
05.311.103/0001-96	38	1	19/07/2005	19/07/2005	1.902	79.500,00
05.311.103/0001-96	39	1	28/07/2005	28/07/2005	1.124	28.392,50
05.311.103/0001-96	39	1	28/07/2005	28/07/2005	1.902	56.785,00
05.311.103/0001-96	40	1	23/08/2005	23/08/2005	1.124	36.855,00
05.311.103/0001-96	40	1	23/08/2005	23/08/2005	1.902	68.250,00
05.311.103/0001-96	41	1	31/08/2005	31/08/2005	1.124	27.021,60
05.311.103/0001-96	41	1	31/08/2005	31/08/2005	1.902	50.040,00
05.311.103/0001-96	42	1	15/09/2005	15/09/2005	1.124	35.829,00
05.311.103/0001-96	42	1	15/09/2005	15/09/2005	1.902	66.350,00
05.311.103/0001-96	43	1	29/09/2005	29/09/2005	1.124	31.881,60
05.311.103/0001-96	43	1	29/09/2005	29/09/2005	1.902	59.040,00

Observa-se, na tabela 01, que pela sequencia de notas fiscais emitida, pela C & N Calçados Ltda, esta tem como único cliente a empresa N & C Indústria e Comercio de Calçados Ltda.

- Os processos de ressarcimento da contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins da N & C não fazem qualquer referencia à industrialização por encomenda.

Compulsando os autos dos processos de ressarcimento da contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins da N & C Indústria e Comércio de Calçados Ltda, especialmente no que tange à descrição do processo produtivo, chamou a atenção o fato não haver qualquer referencia à industrialização por encomenda, vez que todas as etapas contempladas na fabricação de calçados infantis e infanto-juvenis femininos, produto produzido pela N & C Indústria e Comércio de Calçados Ltda, foram relatadas detalhadamente.

- A representação fala em simulação e conclui “que as atividades são interdependentes e executadas sob comando único da empresa N & C Indústria e Comércio de Calçados Ltda e confirmam a condição de empresa interposta da C & N Calçados Ltda, não subsistindo como empresa autônoma, o que caracteriza sua inexistência de fato.”

Evidenciando-se um quadro de simulação, é de se questionar os objetivos pretendidos pela N & C Indústria e Comércio de Calçados Ltda. Considerando-se que a C & N Calçados Ltda é optante pelo simples desde a sua constituição em 20/09/2002, depreende-se que a migração de empregados vislumbrada da N & C Indústria e Comércio de Calçados Ltda para a C & N Calçados Ltda permitiu de início Aquela obter vantagens indevidas em relação As contribuições previdenciárias devidas pelo empregador.

...

5. Conclusão

Por todo o exposto, diante do conjunto de evidencias amealhadas conclui-se:

A N & C Indústria e Comércio de Calçados Ltda constituiu a empresa C & N Calçados Ltda, sob o revestimento de empresa distinta e independente. Para tanto, em seus contratos sociais fez-se constar sócios interpostos. A partir desse momento, iniciou-se um esvaziamento de empregados da N & C Indústria e Comércio de Calçados Ltda, os quais foram sendo demitidos e, em seguida, admitidos pela C & N Calçados Ltda. Assim, encoberto por urna aparente regularidade, sua produção foi sendo totalmente "terceirizada" a titulo de uma pretensa "Industrialização por Encomenda" pela empresa interposta que, por ser optante do SIMPLES, tem suas contribuições substituídas, vantajosamente, pelo sistema de pagamento único sobre o faturamento.

Os fatos comprovam que as atividades são interdependentes e executadas sob comando único da empresa N & C Indústria e Comércio de Calçados Ltda e confirmam a condição de empresa interposta da C & N Calçados Ltda, não subsistindo como empresa autônoma, o que caracteriza sua inexistência de fato.

Isto posto, proponho, nos termos do artigo 31, inciso II c/c o art. 33, In da IN RFB no 748, de 28 de junho de 2007 a IMEDIATA SUSPENSÃO com posterior declaração de INAPTIDÃO da inscrição da Representada no CNPJ a partir de 20/09/2002, bem como o encaminhamento de cópia da presente representação SAFIS para a apuração de eventual sonegação.

O processo contém Informação Fiscal que faz menção às informações da Representação Fiscal Para Inaptidão de CNPJ e complementa com alguns dados, como por exemplo:

- Os créditos de PIS/COFINS incluídos nos pedidos de ressarcimento, incidentes sobre as Notas Fiscais de Prestação de Serviço fornecidas pela C & N Calçados Ltda, para a N & C Indústria e Comércio de Calçados Ltda, a título de serviços de "industrialização efetuada por outra empresa", foram indeferidos.

1.1- Os créditos de PIS/COFINS incluídos nos referidos pedidos de ressarcimento, incidentes sobre as Notas Fiscais de Prestação de Serviço fornecidas pela C & N Calçados Ltda, CNIO3 05.311.103/0001-96 para a N & C Indústria e Comércio de calçados Ltda, CNPJ 3 74.020.041/0001-86, a título de serviços de "industrialização efetuada por outra empresa", foram indeferidos em vista de que os fatos e o conjunto de provas acostadas aos autos dos processos de ressarcimento levavam ao juízo de convicção de que, de fato, existia apenas uma empresa, a N&C Indústria e Comércio de Calçados Ltda. Assim, já naquela oportunidade, desconstituída a existência de fato da empresa fornecedora dos serviços - C&N, não havia por que se falar em direito ao desconto de crédito de contribuições para ao PIS/COFINS das aquisições da referida empresa. Ressaltamos que das glosas efetuadas naquela oportunidade, não houve contestação por parte da contribuinte. Diante dos fatos verificados foi emitida a Representação Fiscal para inaptidão do CNPJ (cópia anexa), Processo no 13971.000174/2008-01.

- Todo o faturamento da C & N é resultante de serviços prestados exclusivamente para a N & C .

2.1.11- que todo o faturamento (receita bruta) da empresa C & N CALÇADOS LTDA (optante do Simples) é resultante de serviços prestados, EXCLUSIVAMENTE, para a empresa N & C INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA, ou seja, a

empresa N & C —CONTRAMÃO adquire a matéria prima e remete para a empresa C & N para a industrialização e retorna o produto acabado para ser comercializado pela empresa N&C.

C & N CALÇADOS LTDA

EXERCICIO	MEDIA EMPREGADOS	FATURAMENTO
2002	1	0,00
2003	33	109.907,50
2004	66	473.199,25
2005	103	839.275,30
2006	94	1.179.317,20

Dados obtidos através do sistema IRPJ-IRPJCONS, CONRECBRU (CONSULTA RECEITA DECLARADA)

- Empresas instaladas no mesmo endereço, sendo que o “AO LADO”, de fato não existe.

4.- A C & N CALÇADOS LTDA iniciou suas atividades em 12/09/2002, conforme contrato social registrado na JUCESC sob o nº42203214786, com sede na Av. Valério Gomes, no 85, Bairro Centro, em São João Batista /SC, o mesmo endereço da N & C INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA, apenas acrescentando a expressão " AO LADO". Em visita a empresa foi constatado que se trata de um único parque fabril, e não existe nenhuma construção "AO LADO", onde pudesse se instalar outra empresa.

- A C&N é optante pelo sistema de tributação do SIMPLES desde a sua constituição

4.4- A C & N CALÇADOS LTDA é optante pelo sistema de tributação do SIMPLES desde a sua constituição

- Nova visita à empresa constata que o Sr Hermínio continua gerindo a C&N.

6- Em visita a empresa, no dia 09/06/2010, foi constatado que no prédio onde as empresas funcionam, existe uma única recepção, onde consta o nome de fantasia da N & C, CONTRAMÃO. Perguntei onde funcionava a C & N, e a recepcionista, Patricia Kreusch Raimundo, empregada da N & C, me disse que era ali mesmo. Solicitei a presença dos sócios administradores e nenhum deles se encontrava no local e fui informada de que o Sr. OSMAR, sócio administrador da C & N, raramente vai a empresa, pois quem resolve todos os problemas é o Sr. HERMÍNIO, sócio administrador da N & C. Fui atendida pelo Sr. Marcelo Cipriani, gerente administrativo da N & C e pela Sra. Jadina Bittencourt, gerente de recursos humanos da C & N,

e ambos se encontravam na parte superior do prédio(um mezanino), onde segundo eles funciona a N & C INDÚSTRIA E COMERCIO DE CALÇADOS, hoje com 13 empregados

Inicialmente constatamos que :

a) trata-se de um único parque fabril, e não existe nenhuma construção "AO LADO", onde pudesse se instalar outra empresa.

b) Um prédio principal onde no térreo estão instalados a recepção e o setor produtivo e no piso superior, que se trata de um mezanino, funciona a parte administrativa e a sala de exposição de produtos fabricados pela empresa C & N.

c) Os empregados laboram no mesmo parque fabril;

d) Os funcionários estavam utilizando uniforme com o logotipo C&N/CONTRAMÃO, que é o nome de fantasia da N & C;

e) A N & C apresentou um livro ponto referente aos anos de 2009 e 2010

...

10 - Conforme "comprovante de pagamento de títulos" e fatura da ".IRS EDITORA GRAFICA E CARIMBOS LTDA" (cópia anexa), podemos constatar a participação do Sr. HERMINIO na administração da C & N CALÇADOS LTDA.

- Patrimônio das empresas incompatível com as atividades que diz desempenhar. N&C, que nada industrializa, possui 132 máquinas e C&N, que tudo industrializa, possui 11 máquinas.

PATRIMÔNIO DAS EMPRESAS

7- C & N CALÇADOS LTDA

Ativo imobilizado

Máquinas e equipamentos - R\$ 73.415,83

Equipamentos de informática - 0

Móveis e utensílios- 0

Número geral de máquinas - 11

N&C IND. E COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA

Ativo imobilizado Máquinas e equipamentos - R\$ 564.713,71

Equipamentos de informática R\$ 131.346,55

Móveis e utensílios R\$ 46.349,40

Prédio comercial com 2 pavimentos(Reg. 8659) R\$ 2.400.000,00

Número geral de máquinas - 132

7.1 - Chama a atenção os valores registrados no ativo imobilizado das empresas referente a " Máquinas e equipamentos", item fundamental para a realização do objeto social da C& N CALÇADOS LTDA, que é insuficiente para o seu quadro funcional, hoje com 64 empregados, ao passo que a N& C além de terceirizar todo o seu produto, tem em seu quadro funcional somente funcionários administrativos, portanto, não necessita das máquinas constantes de seu patrimônio imobilizado. (Anexo Relação de Máquinas e equipamentos e de Empregados)

Verificamos também, que a empresa não possui equipamentos de informática e nem móveis e utensílios, itens importantes para o funcionamento de suas atividades.

- *Fiscalização registra indício de forja de documentos.*

7.1.2 - Ressaltamos a apresentação de um Contrato de locação de galpão e máquinas, datado de 05/01/2007 e ANEXO I, com data de 31/10/2007, juntamente com os recibos de pagamentos, todos sem as características de deterioração, deixando a entender de que os mesmos foram emitidos para apresentação ao fisco nesta fiscalização.

9.1 - A empresa apresentou um contrato de prestação de serviços com a N & C, datado de 05/01/2007, também sem as características de deterioração causadas pelo tempo, e além disso, a prestação de serviços com com locação de mão de obra é atividade vedada para opção pelo sistema de tributação do SIMPLES de acordo com o art. 90, XII, f da Lei 9.317/96.

- *Reclamatória trabalhista*

11 - Conforme Cópia da Reclamatória Trabalhista RT No 00953-2008-010-12- 00-5, referente ao reclamante empregado da C& N, é apostado ao lado da razão social o nome CONTRAMÃO, sendo que esta denominação é o nome de fantasia da N& C IND. E COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.

- *Conclui que as empresas possuem comando único na figura do sócio administrador da N&C, sr Herminio Osmar dos Santos, e a condição de empresa interposta da C&N CALÇADOS LTDA, não subsistindo como empresa autônoma, o que caracteriza sua inexistência de fato.*

Diante das evidências, conclui-se que a C & N CALÇADOS LTDA foi criada com a única finalidade de formalizar os registros dos empregados, sendo totalmente controlada pela empresa-mãe, a N & C IND. E COMÉRCIO DE CALÇADOS

LTDA, e assim eximir esta do pagamento de contribuições previdenciárias e outros tributos, tudo com o claro e primordial intento de lesar o fisco.

A Representada na verdade só existe para registrar os empregados, no papel, ou seja, ela não dispõe de patrimônio e capacidade operacionais necessários à realização de seu objeto social.

A N & C constituiu a empresa C & N CALÇADOS LTDA, sob o revestimento de empresa distinta e independente e para tanto, em seus contratos sociais fez-se constar sócios interpostos. A partir da constituição da C & N, iniciou -se um esvaziamento de empregados da N& C, os quais foram sendo demitidos e em seguida admitidos pela C & N.

Assim, encoberto por uma aparente regularidade, sua produção foi sendo totalmente "terceirizada" a título de uma pretensa "industrialização por encomenda" pela empresa interposta que, por ser optante pelo SIMPLES, tem suas contribuições substituídas, vantajosamente, pelo sistema de pagamento único sobre o faturamento.

Os fatos comprovam que as atividades são interdependentes e executadas sob o comando único da empresa N & C INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA, na figura do seu sócio administrador HERMINIO OSMAR DOS SANTOS, e confirmam a condição de empresa interposta da C & N CALÇADOS LTDA, não subsistindo como empresa autônoma, o que caracteriza sua inexistência de fato.

Entendo correto o procedimento de considerar a N&C como a real empregadora.

DECADÊNCIA.

A recorrente pleiteia a aplicação da regra do artigo 150, § 4º do CTN.

Entendo que o apresentado acima demonstra a fraude havida, bem como a atitude dolosa da recorrente, o que, conforme o § 4º, impede a aplicação da regra do artigo 150 e nos leva a aplicar a regra do artigo 173 do CTN.

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto

o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

A ciência do lançamento ocorreu em 28/09/2010.

Os fatos geradores compreendem o período 08/2005 a 11/2008.

Entendo que o crédito lançado não foi atingido pela decadência.

CÁLCULO DA MULTA

Recálculo da multa com base no art. 32-A, II, Lei 8.212/1991, a partir da alteração da Lei 11.941/2009.

No que tange ao cálculo da multa, é necessário tecer algumas considerações, face à edição da recente Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009. A citada Lei 11.941/2009 alterou a sistemática de cálculo de multa por infrações relacionadas à GFIP.

Para tanto, a Lei 11.941/2009, inseriu o art. 32-A, o qual dispõe o seguinte:

“Art.32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do art. 32 no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas:

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e

II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da

§ 1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso II do caput deste artigo, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo fixado para entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-

apresentação, a data da lavratura do auto de infração ou da notificação de lançamento.(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

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

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

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

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

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

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

Considerando o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, há que se verificar a situação mais favorável ao sujeito passivo, face às alterações trazidas.

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

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:
(...)

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

No caso da presente autuação, a multa aplicada ocorreu nos termos do art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 e do art. 32, § 5º, da Lei nº 8.212/1991, o qual previa que pena administrativa correspondente à multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no art. 32, § 4º, da Lei nº 8.212/1991.

Para efeitos da apuração da situação mais favorável, há que se observar qual das seguintes situações resulta mais favorável ao contribuinte, conforme o art. 106, II, c, CTN: (a) a norma anterior, com a multa prevista no art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c o art. 32, § 5º, Lei nº 8.212/1991 ou (b) a norma atual, nos termos do art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c o art. 32-A, Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

Nesse sentido, entendo que na execução do julgado, a autoridade fiscal deverá verificar, com base nas alterações trazidas, a situação mais benéfica ao contribuinte.

Processo nº 13971.004284/2010-58
Acórdão n.º **2403-002.989**

S2-C4T3Fl. 565

CONCLUSÃO

Voto por dar provimento parcial ao recurso, para que se recalcule o valor da multa, de acordo com o disciplinado no art. 32-A da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 e prevalência da mais benéfica à recorrente.

Eis o voto que me coube redigir.

(assinado digitalmente)
Mário Pereira de Pinho Filho