



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

Processo n° 10860.721520/2011-44
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2803-003.865 – 3ª Turma Especial
Sessão de 02 de dezembro de 2014
Matéria CP: REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO e SEGURO DE ACIDENTES DO TRABALHO – SAT/GILRAT/ADICIONAL e REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS DESCONTADAS DOS SEGURADOS e CONTRIBUINTE INDIVIDUAL e TERCEIROS e AUTO DE INFRAÇÃO: GFIP. FATOS GERADORES.
Recorrente FLIGHT LOGISTICA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 01/01/2010

INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. NEGATIVA DE CONHECIMENTO. RECURSO DA EXCLUSÃO DO SIMPLES. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. O LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO INDEPENDENTE DA SOLUÇÃO DO PROCESSO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. AUSÊNCIA DE VÍCIO FORMAL OU DE VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. LANÇAMENTO QUE CONTÉM TODOS OS ELEMENTOS E RELATÓRIOS NECESSÁRIOS. CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADOS NA CATEGORIA DE EMPREGADOS. COMPETÊNCIA DO FISCO. BASE DE CÁLCULO E VALOR DO CRÉDITO DE FÁCIL E SIMPLES VERIFICAÇÃO. MERA OBSERVAÇÃO E CÁLCULOS ARITMÉTICOS BÁSICOS. RELEVANÇAÇÃO DA MULTA. SITUAÇÃO QUE SÓ APLICAVA AO AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. CONFISCO MATÉRIA FORA DO CAMPO DE APRECIÇÃO ADMINISTRATIVA.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto

do Relator.

Processo nº 10860.721520/2011-44
Acórdão n.º **2803-003.865**

S2-TE03
Fl. 609

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. – Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Ricardo Magaldi Messetti, Oseas Coimbra Júnior, Fabio Pallaretti Calcini, Gustavo Vettorato.

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra o Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 37.282.241-0, que objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias, decorrentes da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da recorrente da categoria de empregados – cota patronal, bem como a contribuição da empresa para o SAT, encerra, ainda, o Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 37.282.242-8, que objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias, decorrentes da remuneração/rendimentos/retribuição paga, devida ou creditada aos trabalhadores da recorrente da categoria de empregados e contribuintes individuais – parte descontada dos empregados e contribuintes individuais, assim como o Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 37.282.243-6, que objetiva o lançamento das contribuições decorrentes da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da recorrente da categoria de empregados, destinada a outras entidades e fundos – terceiros, e, ainda, o Auto de Infração de Obrigação Acessória - AIOA - DEBCAD 37.282.240-1, CFL.68, apresentar a empresa o documento a que se refere a Lei 8.212, de 24.07.91, art. 32, inciso IV, parágrafo 3º, acrescentados pela Lei n. 9.528, de 10.12.97, com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, IV, parágrafo 5º., também, acrescentado pela Lei 9.528, de 10.12.97, combinado com o art. 225, IV e parágrafo 4º., do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, conforme Relatório Fiscal do Auto de Infração, de fls. 39 a 57, com período de apuração de 01/2008 a 12/2009, conforme Termo de Intimação Fiscal - TIF, de fls. 77 e 78.

O sujeito passivo foi cientificado das autuações, em 11/08/2011, conforme Folha de Rosto dos Autos de Infração de Obrigação Principal – AIOP, de fls. 03; 20 e 32, e Folha de Rosto do Auto de Infração de Obrigação Acessória – AIOA, de fls. 46.

O contribuinte apresentou suas defesas/impugnações, em 12/09/2011, as fls. 430 a 439; 496 a 505; 512 a 521; 528 a 534, acompanhadas dos documentos, de fls. 440 a 495; 506 a 511; 522 a 527; 535 a 540, respectivamente.

As impugnações foram consideradas tempestivas, fls. 541.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 05-40.007 - 9ª, Turma DRJ/CPS, em 21/02/2013, fls. 543 a 555.

No qual as impugnações foram consideradas improcedentes.

Consta, as folhas 596, Termo de Apensação (1), o qual informa a juntada por apensação a estes autos do processo 19515.722227/2011-07, em 22/11/2011.

O contribuinte tomou conhecimento da decisão da DRJ, em 25/03/2013, conforme AR, de fls. 560.

O contribuinte apresentou o arrazoado, de fls. 565 a 570, que se fez acompanhar dos documentos, de fls. 571 a 576, constando deste último a anotação a mão “recurso 24/04/2013” acompanhado dos documentos, de fls. 577 e 578.

As razões recursais sumariadas estão a seguir elencadas.

Preliminar.

- que a empresa contesta o procedimento adotado no critério de fiscalização que resultou em valores acima do devido, pois diversos valores foram descritos de forma errada, havendo erros insanáveis na forma do artigo 173, do CTN, existindo fato que leva a nulidade do lançamento, bem como várias incongruências, o que não permite aferir a imparcialidade do procedimento, o que acarreta cerceamento de defesa, os itens “a” a “i”, não serão sumariados, o que se explicará no voto;
- que os vícios existem em especial pela não consideração de GPS recolhidas, tendo sido toda a documentação solicitada fornecida, sendo que o procedimento adotado para a fiscalização, não permite ao contribuinte chegar aos valores lançados, não sendo o procedimento padrão do órgão, o que torna o trabalho fiscal nulo;
- que a empresa é de pequeno porte e do simples federal, mas que em 01/01/2010 requereu sua exclusão de tal sistema, passando a optar pelo lucro presumido, porém a empresa foi excluída do simples pelo ADE nº 18/2011 de forma retroativa a 01/01/2008 – processo 10645.000013/2011-63, (sic) estando a exclusão em fase de recurso no CARF, sendo assim premeditada e improcedente qualquer afirmação de que o contribuinte não é do simples ;

Mérito.

- que a empresa fiscalizada forneceu todos os documentos, esclarecimentos e informações solicitadas na fiscalização;
- que o órgão julgador reconheceu que a decisão adotada nos créditos contestados só terão validade após a decisão final do processo 16045.000013/2011-63, o que suspende a manutenção dos créditos levantados e apurados, devendo esta suspensão ser cumprida, sendo totalmente improcedente, pois não pode prosperar a suposta relação de emprego, uma vez que os tribunais reconhecem como relação de emprego a prestação de serviços em pelo menos três dias da semana, o que não ocorreu em vários casos;
- que a empresa é de transporte de pessoas em linha não regular e assim o mais usual e a contratação de autônomo, sendo que em muitos dos casos os serviços foram prestados de forma eventual, uma só vez por mês e sob remuneração, o que não se confunde com salário, o que afasta a aplicação do artigo 3º, da CLT, não tendo até hoje a justiça do trabalho, única competente para tal no sentir da recorrente, reconhecido nenhum vínculo empregatício em relação a qualquer dos trabalhadores durante todo o tempo de existência da empresa,

chegando a absurda pretensão de considerar pessoa jurídica como empregado, o que é inconstitucional e improcedente;

- que ocorreu cerceamento de defesa na forma em que foi executado o trabalho fiscal, a análise, relatório e julgamento, pois os argumentos da inicial não foram observados, uma vez que em 2008 diversos trabalhadores prestaram serviços periódicos, não sendo o auto lavrado com estrita observância das determinações legais, não estando demonstrado a origem, motivos e composição de forma clara e objetiva;
- que o lançamento está baseado na exclusão da empresa do sistema SIMPLES em 01/01/2008 a 31/12/2009 e por ter considerado a fiscalização todos os prestadores de serviços empregados, sendo ambos indevidos, pois a exclusão do SIMPLES está sendo contestada e o recurso voluntário nos autos da exclusão não foi julgado, sendo o lançamento improcedente;
- que o fisco tentou configurar a relação de emprego de 125 trabalhadores, mas esta nunca existiu e que pelo entendimento da fiscalização a empresa jamais poderia contratar um autônomo para exercer a função de motorista, pois seria empregado!
- que se pode prestar serviços de duas formas o subordinado e o autônomo, tendo a Lei 9.876/99 modificado essa relação para considerá-los contribuintes individuais e o artigo 12, da Lei 8.212/91 define quem eles são “quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego” ou “a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não”, sendo o contrato com a Embraer, de caráter eventual, feito em carro de passeio;
- que todos os 125 prestadores de serviços foram contratados como avulsos ou autônomos, o que não é proibido e nem contra a lei, sendo contra a lei exigir tributo sem amparo legal, descaracterizando a qualquer vínculo empregatício a prestação de serviço temporário eventual;
- que o relatório de lançamentos, extraído da relação de pagamento, não foi disponibilizado a recorrente, estando incluso na remuneração do prestador de serviço autônomo todos os custos de material utilizado, inclusive, principalmente, combustível e lubrificante, não tendo sido o FLD disponibilizado apesar do lançamento estar neste fundamentado, não tendo sido disponibilizado a recorrente os seguintes documentos IPC; RL; DD e FLD;
- que os valores foram apurados através do RL e DD, mas estes não foram disponibilizados a recorrente, o que configura cerceamento de defesa, vício formal, sendo o auto passível de anulação, não sendo

possível relacionar o montante de R\$ 34.688,77, do Anexo I, comp. 01/2008 a 12/2008 com o montante Valor Atualizado R\$ 74.030,49, por certo que a falta dos relatórios prejudica uma melhor análise, devendo o lançamento ser cancelado em preliminar e julgado improcedente no mérito;

- que seja a multa relevada, pois a eventual irregularidade foi sanada, não havendo ocorrência de agravante, parágrafo 1º, do artigo 291, do Decreto 3.948/99, não verificada a irregularidade;
- que não houve erro no preenchimento da GFIP, no campo Simples, tendo em vista ser mera suposição, uma vez que a empresa era do Simples, estando *sob judice* sua exclusão, não se pode aplicar qualquer procedimento ao contribuinte que não se refira ao Simples;
- que a principal função da fiscalização é orientar o contribuinte e não arrecadar, sendo nulo o auto, uma vez que o requerente não cometeu nenhuma infração, pois preencheu a GFIP como optante do Simples;
- que o artigo 150, IV, da CF/88 proíbe o confisco, sendo que a desproporcionalidade do ato o seu excesso equivale a abuso de poder, o que nulifica a sanção, devendo a infração guardar correspondência e proporcionalidade com a infração;
- que na aplicação das multas a infratores a CLT nos artigos 75, 351; 598; 913 e outros dizem que a condição econômica e social, a intenção e os meios ao seu alcance para cumprimento da lei serão considerados, aplicando-se a fase de fiscalização como diz o artigo 627, da CLT e o 23, do Decreto 4.552/2002, pois a dupla visita é decorrência do tratamento diferenciado as pequenas empresas, art. 170, IX, da CF/88, que a boa-fé ou má-fé são de vital importância na fixação da multa, artigo 201, da CLT e 187, do CC, devendo a multa ser adequada a falta, artigo 2º, da Lei 9.874/99;
- Dos pedidos e requerimentos: a) que o Auditor Fiscal do Trabalho deve ter em mente que sua função não é vigiar e punir e considerando que a irregularidades não foram cometidas, requer-se a improcedência da autuação e a conservação da primariedade da empresa; b) cancelamento do auto em razão do vício formal devido a falta do RL e do DD, pois suas ausências impossibilitaram a análise dos valores.

A autoridade preparadora reconheceu a tempestividade do que supostamente é um recurso, devido a fase processual de apresentação, fls. 605.

Encaminhou-se os autos ao CARF, fls. 606.

Os autos foram sorteados e distribuídos a esse conselheiro, em 18/07/2014, Lote 03, fls. 607.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O suposto recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

Delimitação da lide.

Inicialmente, cabe esclarecer que nem todas as matérias postas no recurso são passíveis de apreciação em segundo grau e a razão é muito simples, a recorrente inovou em suas teses na fase recursal e em razão da aplicação do artigo 14, 15 e 17, do Decreto 70.235/72 as matérias que não foram expressamente contestadas, consideram-se não impugnadas e em relação a elas não se instaura o contencioso.

Não fosse isso suficiente conhecer tais matérias implicaria em violação do princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, bem como em supressão de instância, o que não é admitido pela legislação e pela jurisprudência pátria, observe-se, o que a seguir consta.

*EMEN: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - ENFOQUE CONSTITUCIONAL - ANÁLISE DE LEI LOCAL - SÚMULA 280/STF - FUNDAMENTOS INATACADOS E AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULAS 284 E 282/STF - INOVAÇÃO RECURSAL. 1. Inviável o recurso especial contra acórdão com fundamento exclusivamente constitucional. 2. A ofensa a direito local não enseja recurso especial, aplicando-se, por analogia, a Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal. 3. É manifestamente inadmissível o recurso especial, se a parte deixa de indicar com clareza e objetividade em que reside a alegada contrariedade ou negativa de vigência aos dispositivos legais apontados, bem como em relação a questão não submetida oportunamente, e, por isso mesmo, não apreciada pela instância de origem, dada a ausência de prequestionamento. 4. Conforme expressa o brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*, é permitido ao tribunal recursal apreciar somente as questões que forem ventiladas nas razões recursais ou nas contrarrazões ao apelo, sendo-lhe defeso apreciar matérias não impugnadas. 5. Agravo regimental não provido. AGARESP 201200465265 AGARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 145316 ELIANA CALMON STJ SEGUNDA TURMA DJE DATA:09/04/2013 ..DTPB:*

EMEN: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CARÁTER INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE RECURSAL. APLICAÇÃO. PROCESSO ADMI

*NISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADE. MOTIVOS. AUSÊNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental dado o caráter infringente da oposição. Observância ao princípio da fungibilidade recursal. 2. Ante a falta de demonstração inequívoca do alegado prejuízo sofrido em razão da ausência do relator à sessão que sucedeu à da prolação de seu voto, não há falar em nulidade do processo administrativo disciplinar. 3. **É incabível inovação da lide em sede recursal, sob pena de supressão de instância.** 4. **Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.** EDROMS 200801845728 EDROMS - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 27630 OG FERNANDES. STJ. SEXTA TURMA. DJE DATA:14/05/2013 ..DTPB: (os dois destaque são meus).*

Desta forma, as matérias não trazidas na impugnação de primeiro grau não comportam julgamento nesse colegiado *ad quem*.

Assim sendo, as matérias aduzidas em preliminar, tais como: a) vícios do procedimento fiscal, artigo 173, da Lei 5.172/66; b) ausência de imparcialidade do procedimento e existência de nulidade, a listagem dos itens “a” até “i”; c) vícios formais; d) não consideração de GPS, inicialmente, esses são os tópicos que não admitem julgamento, pois são inovação de tese no âmbito recursal.

Preliminar.

O fato de a empresa ser de pequeno porte em nada altera a atuação do fisco, pois é empresa que se sujeita ao regime de tributação geral, que segue a legislação convencional sem a necessidade de tratamento diferenciado.

O fato da exclusão via ADE estar sendo objeto de recurso no autos do PAF 16045.000013/2011-63, que aguarda distribuição na Primeira Seção do CARF, não impede o lançamento dos tributos entendidos devidos e muito menos a instauração do contencioso administrativo, apenas os atos de cobrança não devem ser efetivados até a conclusão do julgamento daquela exclusão e nada mais.

Mérito.

Examinando os autos encontra-se, as fls. 581 a 601, uma petição que supõe-se ser parte da peça recursal, decorrente da Intimação Sacat nº 065/2013, estando uma outra parte, que penso ser a final acostada, as fls. fls. 565 a 576, embora dividida, sem que se saiba sabe o motivo foi possível analisar as peças em conjunto.

Cuida-se de obrigação de toda empresa fiscalizada fornecer os documentos, esclarecimentos e informações solicitadas pelo fisco, pois isso é uma obrigação legal, que acaso não cumprida admite a aplicação de multa sanção por descumprimento de dever instrumental.

Como supramencionado o recurso em razão da exclusão do SIMPLES não tem efeito suspensivo, não havendo razão para suspender a manutenção do crédito e muito

menos tornando esse improcedente. O enquadramento de trabalhadores na categoria de segurados empregados será objeto de análise mais adiante, mas a tese dos três dias diz respeito a diaristas e no que tange a caracterização vínculo empregatício, o que não é o caso dos autos.

O agente fiscal lançador deixou claro que as atividades desenvolvidas pelos motoristas tidos pelo recorrente como autônomos e trabalhadores eventuais em verdade se relacionam com a atividade fim da empresa, pois executam o objeto do contrato social da recorrente.

A questão de eventualidade é critério ligado ao tomador de serviços e diz respeito a sua maior ou menor necessidade da utilização de determinada mão de obra e aquele que diz respeito ao desenvolvimento, consecução e realização da atividade principal da empresa por certo não pode ser considerada eventual, mas, sim, permanente.

A suposta ausência de condenação na justiça obreira em relação aos prestadores de serviço, não altera em nada as conclusões do fisco sobre a questão da realidade da vinculação dos trabalhadores ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, pois o fisco não reconhece vínculo empregatício, porém apenas e tão somente promove o enquadramento do segurado na qualidade de empregado para fins de promover tributação da forma que se verifica o fato gerador, parágrafo 2º, do artigo 229, Regulamento da Previdência Social – RPS apenso ao Decreto 3.048/99, no que é acompanhado pela jurisprudência, observe-se.

TRIBUTÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – INSS – COMPETÊNCIA – FISCALIZAÇÃO – AFERIÇÃO – VÍNCULO EMPREGATÍCIO. 1. A autarquia previdenciária, por meio de seus agentes fiscais, tem competência para reconhecer vínculo trabalhista para fins de arrecadação e lançamento de contribuição previdenciária. 2. O acórdão recorrido decidiu manter a validade das NFLDs, com base em provas fáticas. Aferir a documentação que instruiu a causa, para efeito de análise do enquadramento de terceirizados como empregados, demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte em vista do óbice da Súmula 7/STJ. Recurso parcialmente conhecido e improvido. (RESP 200602188458, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, 13/10/2008)

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INSS. FISCALIZAÇÃO DE EMPRESA. CONSTATAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO NÃO DECLARADO. COMPETÊNCIA. AUTUAÇÃO. POSSIBILIDADE. REEXAME DO SUBSTRATO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 07/STJ. I - O INSS, "ao exercer a fiscalização acerca do efetivo recolhimento das contribuições por parte do contribuinte, possui o dever de investigar a relação laboral entre a empresa e as pessoas que a ela prestam serviços. Caso constate que a empresa erroneamente descaracteriza a relação empregatícia, a fiscalização deve proceder a autuação, a fim de que seja efetivada a arrecadação" (REsp nº 515.821/RJ, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 25/04/05). II - Destaque-se que remanesce hígida a competência da Justiça do Trabalho na chancela da existência ou não do aludido vínculo empregatício, na medida em que: "O juízo de valor do fiscal da previdência

àquele em que o lançamento poderia ter sido feito (art. 173, I, do CTN). 2. Se a Fazenda Pública notifica o contribuinte do auto de infração no prazo de cinco anos a que alude o art. 173, I, do CTN, não há que se falar em decadência do direito à constituição do crédito tributário. 3. O direito de lançar é potestativo. Logo, iniciado o procedimento fiscal com a lavratura do auto de infração e a devida ciência do sujeito passivo da obrigação tributária no prazo legal, desaparece o prazo decadencial. 4. Súmula TFR 153: "Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há que se falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que, todavia, fica em suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos". 5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial. (EDRESP 200900655845, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, 14/02/2011)

*PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. MATÉRIA DECIDIDA NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA Nº 973.733/SC. ARTIGO 543-C, DO CPC. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO QÜINQUÊNAL. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. OCORRÊNCIA. 1. O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173: "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." 2. A decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do **direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento**, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: (i) regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por*

homologação em que incorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210). 3. A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 973.733/SC, sujeito ao regime dos recursos repetitivos, reafirmou o entendimento de que "o dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199). (Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em FALTA O JULGAMENTO AGUARDAR) 4. À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 534-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008). 5. In casu: (a) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (b) a obrigação ex lege de pagamento antecipado de contribuição social foi omitida pelo contribuinte concernente ao fato gerador compreendido a partir de 1995, consoante consignado pelo Tribunal a quo; (c) o prazo do fisco para lançar iniciou a partir de 01.01.1996 com término em 01.01.2001; (d) a constituição do crédito tributário pertinente ocorreu em 15.07.2004, data da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito que formalizou os créditos tributários em questão, sendo a execução ajuizada tão somente em 21.03.2005. 6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo. 7. Agravo regimental desprovido. (AGRESP 201001395597, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 24/11/2010)

TRIBUTÁRIO - IOF - DECADÊNCIA - TERMO INICIAL - FATO GERADOR - DRAWBACK - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE - IRRELEVÂNCIA PARA O EXERCÍCIO

*Denomina-se auto de infração o documento no qual o agente da autoridade da Administração tributária narra a infração ou as infrações da legislação tributária atribuídas por ele ao sujeito passivo da obrigação tributária, no período abrangido pela ação fiscal.*² (todos os grifos são meus).

Da leitura dos diversos relatórios que compõe o lançamento verifica-se a presença de todos os elementos exigidos pela legislação, visando a configuração do crédito lançado.

Art. 142 – da Lei 5.172/66.

- Fato gerador: itens 4 e 5, do REFISC, de fls. 49;
- Determinação da matéria tributável: subitens 5.1 a 5.15;
- Cálculo do montante do tributo: Discriminativo de Débito – DD, de fls. 06 a 12; 23 e 24; 34 a 38;
- Identificação do Sujeito Passivo: Folha de Rosto do Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP, de fls. 03; 20; 32, Folha de Rosto do Auto de Infração de Obrigação Acessória – AIOA, de fls. 46; REFISC, de fls. 49 a 57, e demais documentos;
- Aplicação da penalidade cabível: Anexo II – SAFIS – Comparação de Multas, de fls. 66 e 67; Relatório Fiscal da Infração, de fls. 68; Relatório Fiscal da Aplicação da Multa, de fls. 69 a 71;

As demais exigências legais artigo 9º e 10, do Decreto 70.235/72, também, estão totalmente atendidos basta analisar os relatórios anexos ao lançamento que dele são partes constituintes.

Como supramencionado o processo de recurso em razão da exclusão do SIMPLES não tem efeito suspensivo sobre o direito do fisco em lançar e promover o devido PAF em razão do lançamento, impedindo apenas os atos de cobrança, até a conclusão daquele.

A fiscalização, também, tem atribuição para estabelecer no campo tributário, qual o modo de vinculação do trabalhador com o sistema previdenciário, dadas as características de desempenho da atividade, parágrafo 2º, do artigo 219, Regulamento da Previdência Social – RPS apenso ao Decreto 3.048/99, o que é reconhecido pelos nossos tribunais, tendo sido isso descrito linhas acima.

O fisco não tentou configurar relação de empregado, pois isso não lhe cabe, apenas fez o fisco foi promover o correto e adequado enquadramento previdenciário dos trabalhadores em razão das observações fáticas no desenvolvimento da atividade daqueles e nada mais.

A jurisprudência sobre o tema afirma que contratar contribuintes individuais ou autônomos para a atividade fim da empresa desvirtua o espírito da lei, observe-se os excertos dos arestos transcritos.

TERCEIRIZAÇÃO ILEGÍTIMA. CONTRATAÇÃO DE TRABALHADOR PARA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA. A prestação de serviços essenciais (motorista) ao objetivo da empresa (com atividade no ramo de transporte de cargas e pessoas) revela contratação fraudulenta e configura ilegítima terceirização, redundando no reconhecimento do vínculo empregatício com o trabalhador, nos moldes do art. 3º da CLT.

(Recurso Ordinário no processo 05318-2002-902-02-00-2 – TRT da 2ª Região – 4ª Turma – Rel. Juiz Paulo Augusto Câmara – DOE/SP 12/09/2003)

TRANSPORTADOR RODOVIÁRIO AUTÔNOMO. LEI Nº 7.290/84. NÃO-CONFIGURAÇÃO. Deve restar cabalmente provado nos autos a configuração dos requisitos previstos no art. 1º da Lei nº. 7.290/84, bem como que não restaram evidenciados os do art. 3º da CLT, a fim de caracterizar que os serviços foram prestados na condição de transportador rodoviário autônomo. Não é possível a contratação de motorista autônomo por pessoa jurídica dedicada ao ramo de transportes.

(Recurso Ordinário no processo 01213-2005-046-12-00-3 – TRT da 12ª Região – Rel. Juiz José Ernesto Manzi – DJSC 29/03/2006 – p. 250) (os destaques são meus).

O agente lançador promoveu o efetivo enquadramento do trabalhador no artigo 12, da Lei 8.212/91, como, aliás, é de sua competência, bem como demonstrou que os requisitos de tal enquadramento estão presentes.

A alegação de recorrente em razão da falta de recebimento de certas peças processuais, relativamente, aos relatórios Fundamentos Legais do Débitos – FLD; Instruções para o Contribuinte – IPC; Relatório de Lançamentos – RL e Discriminativo de Débito – DD, não condizem com a realidade dos autos, conforme se constata de sua simples observação e que a seguir exponho.

- Relatório de Lançamentos – RL – consta do item 11 do REFISC como integrante dos autos recebidos sem ressalva;
- Fundamentos Legais do Débitos – FLD – consta do item 11 do REFISC como integrante dos autos recebidos sem ressalva, bem como consta do Recibo de arquivos entregues ao contribuinte, fls. 90 e 91, devidamente assinado pelo contribuinte;
- Instruções para o Contribuinte – IPC - consta do item 11 do REFISC como integrante dos autos recebidos sem ressalva, bem como consta do Recibo de arquivos entregues ao contribuinte, fls. 90 e 91, devidamente assinado pelo contribuinte;
- Discriminativo de Débito – DD - consta do item 11 do REFISC como integrante dos autos recebidos sem ressalva, bem como consta do Recibo de arquivos entregues ao contribuinte, fls. 90 e 91, devidamente assinado pelo contribuinte;

Assim sendo, evidente que a alegação da recorrente é desprovida de fundamentos inexistindo vício formal ou cerceamento de defesa.

A incapacidade do contribuinte em poder relacionar os valores por eles citados, quais sejam R\$ 34.668,77 do Anexo I – competência 01/2008 a 12/2008 como o montante atualizado R\$ 74.030,49 é de sua única e exclusiva responsabilidade não podendo tal incapacidade ser atribuída ao fisco, uma vez que a análise e interpretação dos elementos lançados pelo fisco cabe a ele contribuinte.

Tal análise e de tão simples implementação que apenas para esclarecer essa realidade a demonstrarei abaixo.

O contribuinte cita, o Anexo I, desta forma, inicialmente, verifica-se nesse anexo que o agente lançador relacionou, tal anexo, com o levantamento “LEV.: FM – CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADO EMPREGADO – MOTORISTAS”, como identificado no próprio anexo, mas no REFISC, de fls. 50, fica explicitado que tal levantamento foi subdividido em três – FM; FM1 e FM2 com seus respectivos períodos declinados.

Ademais, o contribuinte cita o valor atualizado R\$ 74.030,49, o qual se refere o DEBCAD 37.282.241-0, fls. 03 a 19. Mas, o Discriminativo de Débito – DD, de fls. 04 e 05, informa que além do levantamento mencionado no parágrafo anterior, consta deste crédito os levantamentos: “FA – FP ADMINISTRAÇÃO; FA1 – FP ADMINISTRAÇÃO; FA2 - FPA ADMINISTRAÇÃO; FM – FP MOTORISTAS X DESCONS AUTON; FM1 – FP MOTORISTAS X DESCONS AUTON; FM2 – FP MOTORISTAS X DESCONS AUTON; RA – REMUN ADMINISTRADOR PRO LABOR; RA1 – REMUN ADMINISTRADOR PRO LABOR; RA2 – REMUN ADMINISTRADOR PRO LABOR, o qual informa, ainda, o respectivo período de débito, pois esse pode ou não ser igual ao período de apuração.

Os valores do Anexo I citado pela recorrente foram lançados nas competências e levantamentos citados na tabela abaixo.

COMPETÊNCIA	LEVANTAMENTO	VALOR R\$ BASE DE CÁLCULO
01/2008	FM1	14.632,73
02/2008	FM1	19.138,37
03/2008	FM1	16.354,57
04/2008	FM1	10.109,79
05/2008	FM	29.913,30
06/2008	FM	33.028,68
07/2008	FM	35.843,11
08/2008	FM	35.052,13

09/2008	FM	36.727,87
10/2008	FM	28.562,60
11/2008	FM	28.600,98
12/2008	FM2	27.388,34

Evidente, pois da tabela acima que todos os valores considerados no levantamentos são os valores constantes do Anexo I, citado pela recorrente e para se chegar o valor atualizado de R\$ 74.030,49 necessário se faz somar as contribuições encontradas nos demais levantamentos constates do DEBCAD 37.282.241-0, o que é de simples observação e meros cálculos aritméticos básicos, não havendo nenhum prejuízo ao contribuinte, pois todos os relatórios e elementos estão constado do lançamento, inexistindo motivos para o cancelamento ou improcedência do lançamento.

O artigo 291, do Decreto 3.048/99 não se aplica a Auto de Infração de Obrigação Principal, uma vez que ele se refere, exclusivamente, a Auto de Infração do Obrigação Acessória, haja vista que a única forma de corrigir a falha no caso de obrigação principal é recolhendo ou parcelando o tributo, o que não foi feito pelo contribuinte e esse PAF é prova disso, pois do contrário não haveria interesse recursal.

Não fosse isso suficiente, basta ler ao artigo 34 e 35, *caput*, da Lei 8.212/91 para verificar que a multa não pode ser relevada no lançamento de obrigação principal.

A questão do SIMPLES já foi abordada em duas passagens anteriores e a utilização do código SIMPLES em GFIP sem realmente o ser implica em prestação de informações incorretas.

O fisco tributário não é órgão consultivo do contribuinte, sendo que sua atribuições são determinadas em lei e verificada a existência de infrações tributárias o fisco deve agir em obediência as determinações do artigo 37, *caput*, da CRFB/88, c/c o artigo 142, e seu parágrafo único, da Lei 5.172/66 e do artigo 116, III, da Lei 8.112/91 e assim agiu o lançador.

Não cabe ao julgador administrativo pronunciar-se sobre questões de inconstitucionalidade ante a expressa vedação legal, abaixo transcrita.

Decreto 70.235/72

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

RICARF PT/MF 256/2009

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo

internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A razão é muito simples no Poder Executivo – Administração Pública vige o princípio da hierarquia e quem exerce sua chefia máxima é o Senhor Presidente da República, a quem a Constituição da República Federativa do Brasil atribui em primeiro mão a competência de por intermédio da sanção em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, introduzir a norma no mundo jurídico, dando-lhe existência, estipulando sua vigência e atribuindo-lhe eficácia.

Logo, não é cabível que um servidor que lhe é subordinado e subalterno e lhe deve obediência, possa desfazer de um ato da maior autoridade do Poder Executivo, pois assim estaríamos subvertendo o regime.

Além do que, a própria CRFB/88 no artigo 102, caput, estabeleceu que o seu guardião é o Supremo Tribunal Federal – STF.

Assim cabe exclusivamente ao órgão maior do judiciário brasileiro o controle concentrado de constitucionalidade da leis e aos demais órgãos do judiciário o difuso.

A CRFB/88 não atribui competência para órgão julgador administrativo seja ele qual for, exercer o controle de constitucionalidade das leis.

Ademais, todas as normas que passam pelo processo legislativo constitucionalmente estabelecido gozam de presunção de constitucionalidade e assim devem ser respeitadas, afinal de contas é a própria CRFB/88 em seu artigo 5º, inciso LVII, diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”, “mutatis mutandis”, por que condenar a lei antes que o órgão competente o faça.

Assim sendo, todas as argumentações ligadas a questão de constitucionalidade, seja em preliminar ou em mérito, não serão apreciadas, ante a vedação legal expressa, que se impõe.

Nossos tribunais superiores consideram que multas de até cem por cento do principal são legítimas, observe-se as decisões.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE)

– Embora haja dificuldade, como ressaltado pelo ministro Sepúlveda Pertence, para se fixar o que se entende como multa abusiva, constatamos que as multas são acessórios e não podem, como tal, ultrapassar o valor do principal.

No caso, quando se cogita de multa de duas vezes o valor do principal – que é o tributo não recolhido – ou de cinco vezes, na hipótese de sonegação, verifica-se o abandono dessa premissa e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por isso, acompanho o relator. ADI 551-1/RJ. Data 24/10/2002.

Tribunal Pleno (o destaque é do original).

EMENTA: TRIBUTÁRIO. COFINS. PARCELAMENTO. JUROS. MULTA DE 80% . ALEGAÇÕES DE EFEITO CONFISCATÓRIO, USURA, E DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA ISONOMIA. Alegações improcedentes, em face da legislação que rege a matéria, visto que as cominações impostas à contribuinte, por meio de lançamento de ofício, decorrem do fato de haver-se ela omitido na declaração e recolhimento tempestivos da contribuição, assentando o Supremo Tribunal Federal, por outro lado, que a norma do art. 192, § 3.º, da Carta Magna, não é auto-aplicável. Recurso não conhecido. (RE 241074, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 12/11/2002, DJ 19-12-2002 PP-00093 EMENT VOL-02096-07 PP-01416) (os grifos são meus).

Observei após análise, dos termos da parte da petição recursal acostada, as fls. 565 a 576, que os temas ali expostos não se coadunam com a matéria versada nos presentes autos, pois estamos a cuidar de auto de infração por ausência de recolhimento de tributo, administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e por consequência lavrado por Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, no exercício de suas atribuições legais, conforme artigo 142, parágrafo único, da Lei 5.172/66 c/c o artigo 37, da Lei 8.212/91 c/c os artigos 2º e 9º, da Lei 11.457/2007.

Todavia, a peça processual apresentada refere-se, exclusivamente, a conduta, atribuições, competências e forma de atuação do Auditor Fiscal do Trabalho, nos termos estabelecidos no Decreto-Lei 5.452/1943, isto é, a CLT.

Desta forma, entre o que dos autos consta e dos argumentos da petição ocorre o chamado divórcio ideológico, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF a seguir transcrita, o que não admite o acolhimento do recurso.

Decisão do STF.

E M E N T A: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTOU O ATO DECISÓRIO QUESTIONADO - IMPUGNAÇÃO RECURSAL QUE NÃO GUARDA PERTINÊNCIA COM OS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTOU O ATO DECISÓRIO QUESTIONADO - OCORRÊNCIA DE DIVÓRCIO IDEOLÓGICO - INADMISSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. O RECURSO DE AGRAVO DEVE IMPUGNAR, ESPECIFICADAMENTE, TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. - O recurso de agravo a que se referem os arts. 545 e 557, § 1º, ambos do CPC, na redação dada pela Lei nº 9.756/98, deve infirmar todos os fundamentos jurídicos em que se assenta a decisão agravada. O descumprimento dessa obrigação processual, por parte do recorrente, torna inviável o recurso de agravo por ele interposto. Precedentes. - A ocorrência de divergência temática entre as razões em que se apóia a petição recursal, de um lado, e os fundamentos que dão suporte à matéria efetivamente versada na decisão recorrida, de outro, configura hipótese de divórcio ideológico, que, por comprometer a exata compreensão do pleito deduzido pela

Processo nº 10860.721520/2011-44
Acórdão n.º 2803-003.865

S2-TE03
Fl. 627

parte recorrente, inviabiliza, ante a ausência de pertinente impugnação, o acolhimento do recurso interposto. Precedentes.(AI-AgR 440079, CELSO DE MELLO, STF) (o destaque é meu).

Assim sendo, rejeito todas as teses levantadas em preliminar e em mérito.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por conhecer do recurso parcialmente, tendo em vista que as alegações constante das inovações recursais não podem ser conhecidas, para na parte conhecida negar provimento ao recurso do contribuinte.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.