



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

Processo n° 10920.003874/2010-71
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-002.601 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de agosto de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA
Recorrente TRANSMAGNA TRANSPORTE LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 30/09/2010

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 32, IV, § 5º E ARTIGO 41 DA LEI N.º 8.212/91 C/C ARTIGO 284, II DO RPS, APROVADO PELO DECRETO N.º 3.048/99 - OMISSÃO EM GFIP - NÃO IMPUGNAÇÃO EXPRESSA

A inobservância da obrigação tributária acessória é fato gerador do auto-de-infração, o qual se constitui, principalmente, em forma de exigir que a obrigação seja cumprida; obrigação que tem por finalidade auxiliar o INSS na administração previdenciária.

Inobservância do art. 32, IV, § 5º da Lei n.º 8.212/1991, com a multa punitiva aplicada conforme dispõe o art. 284, II do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999.: “ **informar mensalmente** ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS. (Incluído pela Lei 9.528, de 10.12.97)”.

A não impugnação expressa dos fatos geradores objeto do lançamento importa em renúncia e consequente concordância com os termos do AIOP. Não demonstrou o recorrente serem indevidos os valores lançados sobre as bases de cálculo descritas no lançamento.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 30/09/2010

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 32, IV, § 5º E ARTIGO 41 DA LEI N.º 8.212/91 C/C ARTIGO 284, II DO RPS, APROVADO PELO DECRETO N.º 3.048/99 - NFLD CORRELATAS

A sorte de Autos de Infração relacionados a omissão em GFIP, está diretamente relacionado ao resultado das NFLD lavradas sobre os mesmos fatos geradores.

AUTO DE INFRAÇÃO -NULIDADE - AUSÊNCIA DE EMISSÃO DE ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES PELA SRF - INOCORRÊNCIA DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - INAPLICABILIDADE DA EXIGÊNCIA.

O ATO DECLARATÓRIO seria exigido, caso houvesse a desconsideração da opção pelo SIMPLES, devendo, apenas neste caso, ser feita a comunicação a então Secretaria da Receita Federal, para realizar a emissão do Ato Declaratório.

No procedimento em questão a AUTORIDADE FISCAL EM IDENTIFICANDO a caracterização do vínculo empregatício com empresa que simulou a contratação por intermédio de empresas interpostas, procedeu a caracterização do vínculo para efeitos previdenciários na empresa notificada, que era a verdadeira empregadora de fato.

LANÇAMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, com esteio na legislação que disciplina a matéria, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

LANÇAMENTO. COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL.

Conforme preceitua o artigo 142 do CTN, artigo 33, *caput*, da Lei nº 8.212/91 e artigo 8º da Lei nº 10.593/2002, c/c Súmula nº 05 do Segundo Conselho de Contribuintes, compete privativamente à autoridade administrativa - Auditor da Receita Federal do Brasil -, constatado o descumprimento de obrigações tributárias principais e/ou acessórias, promover o lançamento, mediante NFLD e/ou Auto de Infração.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO -PERÍODO ATINGINDO PELA DECADÊNCIA QUINQUENAL - SÚMULA VINCULANTE STF.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de nº 8, "São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário".

Em se tratando de Auto de Infração por não ter a empresa a totalidade dos fatos geradores em GFIP, não há que se falar em recolhimento antecipado devendo a decadência ser avaliada a luz do art. 173, I do CTN.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relacionados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) Por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento pela não emissão do ato declaratório de exclusão do SIMPLES. Vencido o conselheiro Marcelo Freitas de Souza Costa, que arguiu de ofício a referida nulidade. II) Por unanimidade de votos: a) rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento suscitada pelo contribuinte; b) rejeitar a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância; c) declarar a decadência até a competência 11/2004; e d) no mérito, dar provimento parcial ao recurso para excluir do cálculo da multa os valores referentes ao levantamento referente a empresa PL contábil e aos levantamentos 41 ao 56 e o 62. Declarou-se impedido o conselheiro Igor Araújo Soares.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Marcelo Freitas de Souza Costa.

Relatório

Trata o presente auto de infração, lavrado sob o n. 37.266.381-8 em desfavor do recorrente, originado em virtude do descumprimento do art. 32, IV, § 5º da Lei n.º 8.212/1991, com a multa punitiva aplicada conforme dispõe o art. 284, II do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999. Segundo a fiscalização previdenciária, o autuado não informou à previdência social por meio da GFIP todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias. O lançamento compreende competências entre o período de 01/2004 a 09/2009.

Destaca-se que conforme descrito no relatório fiscal, fl. 122 a 124, os fatos geradores não declarados pela empresa TRANSMAGNA TRANSPORTES LTDA em suas GFIP correspondem as remunerações por ela pagas aos segurados a seu serviço, relacionadas no capítulo V do relatório fiscal da infração (doc. XXV deste Auto de Infração).

Apenas para esclarecimento, considerando a correlação direta com auto de infração de obrigação PRINCIPAL – PARCELA PATRONAL (Processo 10.920.003212/2010-09), durante o procedimento de auditoria, como resultado da análise documental e dos procedimentos de auditoria fiscal, ficou configurado o seguinte quadro:

1. O presente lançamento abrange unicamente as contribuições previdenciárias NÃO DECLARADAS, vencidas e não recolhidas em época própria, A CARGO DOS SEGURADOS, mas exigidas da empresa em razão do disposto no artigo 30, I, "a" e "b", da Lei n.º 8.212/91, e no artigo 4º, da Lei n.º 10.666/03, ambos c/c o § 5º do artigo 33 da Lei 8.212/91. Tais contribuições são incidentes sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados, avulsos e contribuintes individuais a serviço da empresa TRANSMAGNA TRANSPORTES LTDA, no âmbito de seus CNPJ (matriz e filiais), bem como, de CNPJ(s) de "empresas" fictícias, ou seja, das "empresas" de fachada adiante relacionadas.
2. Esclarece o citado relatório que constituem fatos geradores das contribuições constantes do presente lançamento as remunerações pagas aos segurados empregados que prestaram serviços ao sujeito passivo no período de 01/2004 a 09/2009, apurados com base nas folhas de pagamento das pessoas jurídicas abaixo relacionadas, vez que, no decorrer do procedimento fiscal, verificou-se que o contrato de prestação de serviços celebrado, em tese, entre as empresas arroladas e a autuada, ocorre de forma simulada a fim dessa usufruir indevidamente dos benefícios do sistema de tributação SIMPLES.

a) 1º DO SUL TRANSPORTES LTDA — CNPJ n.º 79.422.648/0001-06; CNPJ n.º 79.422.648/0002-97; CNPJ n.º 79.422.648/0003-78; CNPJ n.º 79.422.648/0004- 59; CNPJ n.º 79.422.648/0005-30;

b) DARA EXPRESS LTDA — CNPJ n.º 02.472.834/0001-25; CNPJ n.º 02.472.834/0002-06;

c) JSC TRANSPORTES LTDA — CNPJ n.º 03.269.697/0001-99;

d) TRANSÁGIL TRANSPORTES RODO VIARIOS LTDA — CNPJ n.º 06.353.656/0001-74; CNPJ n.º 06.353.656/0002-55;

- e) MCS TRANSPORTES LTDA — CNPJ n°01.855.937/0001-01
f) MIURA TRANSPORTES RODOWARIOS LTDA — CNPJ n° 80.780.869/0001-35 g) TRANSNIL TRANSPORTES LTDA — CNPJ n° 02.497.990/0001-40; CNPJ n° 02.497.990/0002-21; CNPJ n°02.497.990/0003-02;
- h) TRANSBABY TRANSPORTES LTDA — CNPJ n° 03.931.099/0001-33; CNPJ n° 03.931.099/0002-14;
- i) TRANSLEAN COLETAS E ENTREGAS LTDA — CNPJ n° 02.501.697/0001- 00;
- j) TRANSBULE TRANSPORTES LTDA — CNPJ n° - 03.855.057/0001-60;
- k) TRANSNAVAREZE TRANSPORTES LTDA — CNPJ n° 02.411.081/0001-48;
- l) PL CONSULTORIA CONTABIL LTDA — CNPJ n° 09.365.132/0001-91;
- m) OLIVEIRA MENDES TRANSPORTES LTDA — CNPJ n° 08.519.507/0001- 68;
- n) IRF TRANSPORTES E DISTRIBUIÇÃO LTDA — CNPJ n° 04.598.939/0001- 50;
- o) MAGNA LOGÍSTICA E DISTRIBUIÇÃO LTDA — CNPJ n° 04.271.985/0001-40; CNPJ n° 04.271.985/0002-21;
- p) RAIMAR PAULO ABBEG ME — CNPJ n°03.163.420/0001-87.

3. Seguindo, a autoridade fiscal, para demonstrar o esquema de simulação/fraude praticada pelo sujeito passivo, sobretudo a inexistência de fato das "empresas" retrocitadas, procedeu, ao longo do seu Relatório Fiscal de 513 páginas, de forma minuciosa, a narrativa de diversas situações observadas nos estabelecimentos da autuada em sede de diligência, outras identificadas a partir da análise de documentos apresentados e/ g .._ apreendidos, e ainda, de informações obtidas de inúmeras fontes, tais como, sitio oficial da própria empresa, contatos telefônicos, processos de reclamatórias trabalhistas obtido junto aos correspondentes Orgdos do Judiciário, banco de dados de outros Órgãos públicos, inclusive da Secretaria da Receita Federal do Brasil — RFB. Dentre tantas situações identificadas destaca-se:
- 3.1. a) criação pela empresa "mãe" (empresa de fato existente) de empresas de fachada, optantes pelo SIMPLES, sobrepondo-as nos mesmos endereços de suas filiais, localizadas em diversas cidades do Estado de Santa Catarina, Paraná e São Paulo. Em poucas localidades onde o suposto endereço da "empresa" fictícia e o da filial da fiscalizada são **formalmente** diversos. Tanto é que nos estabelecimentos visitados, em sede de diligência, tudo que se viu, fachada, caminhões, áreas de depósito de mercadorias, documentos afixados nos murais, etc., tinha a logomarca da autuada. Enquanto que da suposta prestadora de serviços estabelecida, segundo seu contrato social, em outra sala, galpão, etc. do mesmo endereço, nada se via. Os empregados que atuavam nos locais diligenciados, todos utilizavam uniformes e crachás da empresa

TRANSMAGNA TRANSPORTES LTDA. Alguns deles até estavam corretamente registrados pela referida empresa. Contudo, a grande maioria encontrava-se registrados nos CNPJ das "empresas" de fachada (vide anexo LXXX, fls. 1.800);

- 3.2. b) as supostas prestadoras de serviço, aqui denominadas como "fictícias", além de serem desprovidas de quaisquer bens patrimoniais, não pagavam aluguéis a terceiros estranhos ao sujeito passivo. Na maioria das vezes, o aluguel e a grande maioria das outras despesas supostamente pertencentes a empresas fictícias eram pagas diretamente pela fiscalizada ao beneficiário e contabilizadas como adiantamentos feitos a estas empresas. E estes adiantamentos depois eram compensados contabilmente, mediante a escrituração de eventuais serviços prestados por elas à autuada. E nos casos que a empresa possuía algum bem, principalmente veículos de transporte, por meio de procuração, conferiam ao proprietário da fiscalizada, Sr. Alcemir Sardagna, amplos poderes sobre este patrimônio, inclusive em relação aos que por ventura fossem adquiridos;
- 3.3. c) a grande maioria dos sócios destas empresas eram ex-empregados da autuada e/ou, **simuladamente**, da própria empresa. Muitos são os casos em que determinado empregado é demitido pela TRANSMAGNA ou pela empresa fictícia, passando a figurar imediatamente como sócio de uma destas, mediante aquisição das cotas do capital social por valores absolutamente ínfimos e incompatíveis com a realidade. Deixando posteriormente a condição de sócio para readquirir a condição de empregado da fiscalizada ou da empresa fictícia até então constituída, e voltando, posteriormente, a figurar como sócio de uma nova empresa criada;
- 3.4. d) verificou-se ainda a existência de inúmeras procurações passadas pelos supostos "sócios" das empresas relacionadas no início deste relatório, ao Sr. Alcemir Sardagna, proprietário da empresa TRANSMAGNA TRANSPORTES LTDA., concedendo a este poderes extraordinários sobre a administração das "empresas fictícias", assim como sobre os bens colocados em seus nomes, sobretudo no tocante aos veículos registrados em nome destas, (anexos XC, XCI e XCII, de fls. 1.864, 1.867 e 1.883); além das procurações passadas pelos supostos sócios das empresas fictícias ao Sr. Alcemir Sardagna, existem outras procurações similares (anexo XCIII, de fls. 1.893), passadas a indivíduos da confiança do proprietário da autuada, extremamente ligados à referida empresa e igualmente partícipes do esquema de fraude tratado;
4. Outro ponto relevante é o fato de, embora a autuada, quando da sua participação no cobijado concurso que tinha por objeto premiar as 80 empresas TOP DO TRANSPORTES do Brasil, em 2008, tenha informado que possuía, na competência 11/2008, 960 funcionários, apenas 261 estavam devidamente registrados no seu CNPJ; ocorre que, nesta mesma competência, se adicionar os empregados registrados no CNPJ das supostas prestadoras de serviços aos registrados no CNPJ da autuada, o saldo resultante corresponde, exatamente, ao total informado pela TRANSMAGNA aos organizadores do referido concurso;
5. Da análise de várias reclamatórias trabalhistas, dentre tantas situações curiosas, verificou-se que: os advogados contratados eram sempre em comum para ambas as empresas reclamadas; na maioria dos casos houve o reconhecimento judicial de que os autores da reclamação, a despeito de estarem registrados no CNPJ de uma das empresas fictícias eram, de fato, empregados da TRANSMAGNA TRANSPORTES LTDA, e ainda, em alguns casos, estes empregados figurava como sócio da suposta empresa;

6. Vários dos documentos integrantes dos anexos CLXXXI a CCI, de fls. 2.579 e 2.763, comprovam inequivocamente a prática contínua da TRANSMAGNA TRANSPORTES LTDA de pagamento de salário extra-folha — fora da folha de pagamento, aos seus funcionários, os quais atingiram percentuais bem superiores a 100% da remuneração oficialmente declarada; o documento, anexo CCUOOM, de fls. 3.798, dentre tantos outros, que estava dentro de uma das caixas apreendidas no estabelecimento matriz da autuada, em diligência, efetuada no mencionado estabelecimento, é uma boa prova deste fato, vez que se trata de um formulário de controle de pagamento de remuneração, cujo título é **"PAGAMENTOS FUNCIONÁRIO S/ REGISTRO — P/F — NOVEMBRO/02"**;
7. As empresas fictícias e a empresa TRANSMAGNA possuem o mesmo contador, localizado na cidade de Guaramirim/SC - cidade sede desta, embora várias daquelas estejam situadas a mais 1.000 km de distâncias da citada localidade;
8. O Recursos Humanos da empresa mãe - autuada é quem efetivamente paga/pagou salários, férias, décimo terceiro salário, verbas rescisórias, etc., e controla a frequência (através de cartões pontos e folhas de frequência), dos funcionários registrados nos CNPJ de todas as empresas fictícias, inclusive dos supostos "sócios" destas. Utilizando-se inclusive de memorandos internos para encaminhar, documentos de toda espécie, de sua MATRIZ para as referidas empresas. Das situações tratadas nos referidos memorandos internos, merecem ser relatadas, dado a sua grande importância para demonstrar a fraude praticada pelas empresas arroladas, a remessa pela autuada de cheques de titularidade das empresas fictícias, destinados ao pagamento das despesas arroladas anteriormente, rescisões contratuais, recibos de pagamento de férias, folhas de pagamentos, guias de pagamento de FGTS, GPS, DARF, contribuições sindicais, extratos e boletos bancários. Até o valor dos salários dos funcionários das supostas empresas são definidos, em última instância pelo sócio proprietário da empresa TRANSMAGNA TRANSPORTES LTDA, e pelos seus filhos, os quais atuam também (comprovadamente) como diretores desta empresa, a despeito de figurarem como supostos "sócios" de uma das empresas fictícias;
9. Por fim a autoridade fiscal aduz que: todas as contribuições apuradas no decorrer da ação fiscal foram agrupadas em levantamentos, em função do documento de origem da informação das remunerações (GFIPs, folhas de pagamento, RAIS e aferições de salários oficiosos). E que conforme a remuneração tenha sido realizada pelo sujeito passivo no âmbito da empresa TRANSMAGNA TRANSPORTES LTDA ou dos CNPJ de cada uma das supostas prestadoras de serviço e na apuração das remunerações destinadas aos Transportadores Rodoviários Autônomos - TRA, em virtude de as contribuições selas incidentes serem diversas das contribuições incidentes sobre as remunerações destinadas aos demais segurados contribuintes individuais, também foram utilizados Códigos de Levantamento distintos. Para aferição dos valores das remunerações oficiosamente pagas foi estabelecido pela autoridade fiscal o percentual de 15%, o qual foi aplicado nos casos em que remuneração de determinado segurado corretamente constar em GFIP e na folha de pagamento, mas haver divergência entre eles foi adotado o maior valor como sendo a remuneração deste trabalhador, incidindo sobre ele, portanto, o percentual de 15%, com vistas á. aferição da remuneração oficiosa. E, na ausência de GFIP(s) e folhas de pagamento, o percentual de 15% foi aplicado sobre os valores inseridos pela empresas nas RAIS.

10. Comprovado exaustivamente que houve simulação, para efeitos de decadência, foi aplicado à regra contida no inciso I, art. 173 do Código Tributário Nacional —CTN, assim, as contribuições previdenciárias incidentes sobre os fatos geradores ocorridos no ano de 2004 também foram incluídas no presente lançamento.
11. Além do descumprimento da obrigação tributária principal, correspondente ao não recolhimento no prazo legal **das contribuições a cargo do sujeito passivo** (cota patronal), lançadas neste processo de autuação, e das contribuições a cargo dos segurados e das destinadas a Terceiros, lançadas, respectivamente, nos Autos de Infração nº **37.175.415-1** e nº **37.175.416-0**, foram lavrados cinco Autos de Infrações distintos em virtude do descumprimento de obrigações tributárias acessórias.
12. Cabe acrescentar, ainda, que o auditor fiscal ao verificar *in locu* a existência de um grande número de demissões e imediatas readmissões (poucos meses depois), ocorridas no âmbito da empresa TRANSMAGNA TRANSPORTES LTDA e/ou das demais empresas arroladas, sabedor de que falsos desligamentos são freqüentemente realizados por certas empresas, na maioria das vezes, com o objetivo de burlar a lei que disciplina o pagamento de seguro desemprego, e atento à circunstância de que, no caso concreto, o lapso de tempo normalmente verificado entre as constantes e supostas rescisões e readmissões correspondeu, muitas vezes, ao tempo que seria necessário ao recebimento fraudulento do citado benefício social (sintomático), elaborou representação administrativa destinada ao Ministério do Trabalho e Emprego, com vistas a informar o fato e possibilitar ao citado Órgão a apuração desta hipótese.

Foram relatados pela autoridade fiscal, todos os passos descritos pela autoridade fiscal, durante o procedimento fiscal, tendo realizado e documentado entrevistas com os sócios das empresas auditadas:

- a) Empresa JSC TRANSPORTES , fl. 3751, entrevista com a Sócia Viviane Pietruza e visita em loco nas instalações da empresa referida onde restou contactado a localização física de uma filial da empresa TRANSMAGNA;
- b) Empresa I Do Sul Transportes Ltda, fl. 3762, onde restou constatado que o endereço e telefone descritos na GFIP da empresa eram da empresa Transmagna situada na Rod BR 280, Km 56 e que foi informado que o endereço era da residência da diretora da empresa D. Maristela Mannes .
- c) Foram mantidos contatos telefônicos, fl. 3764, sendo que nas empresas fiscalizadas a atendente sempre fazia referência a empresa “transmagna” no momento do atendimento., inclusive supostos sócios das empresas fictícias atendiam aos telefones identificando-se com “transmagna”, ou mesmo, em cidades onde sequer existia a empresa Transmagna, mas filiais.
- d) Empresa Dara Express Ltda, fl. 3768 a 3781, onde foi constatado inexistir endereços distintos, nem mesmo demonstração fática seja nos trabalhos operacionais ou administrativos da empresa DARA EXPRESS. Foram constatados na sala sede da empresa 4 empregados (trajados com uniformes da Transmagna), sendo que a empresa informava em GFIP 57 vínculos administrativos. Foi inclusive identificado e-mail, colacionado aos autos cujos empregados referem-se a suposta empresa DARA como **filial da empresa Transmagna e solicitam material de limpeza.** A

funcionária inclusive apesar de formalmente vinculada a Dara, identifica-se como Transmagna, possuindo inclusive e-mail institucional da mesma. Note-se que a empregada entrevistada Sra. Franciele, inclusive diz que requer material para filial, posto tratar-se da mesma empresa. Ressalta, ainda o auditor que o referido e-mail, foi encaminhado a pessoas da empresa DARA e JSC referindo a suprimento de material de limpeza.

- e) Foram identificados outros relatos acerca de contato mantido com as empresas auditadas, onde resta clara a constatação de que as mesmas não funcionavam da forma independente que se buscava aparentemente demonstrar mas consistem em verdadeira empresas de fachada sobre a estreita gerência da empresa TRANSMAGNA, conforme descrito acima da transcrição sintética do relatório fiscal.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 17/08/2010, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 10/11/2010.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela notificada, fls.138 a 237.

A Decisão de primeira instância confirmou a procedência, total do lançamento, fls. 589 a 596.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS Período de apuração: 01/04/2004 a 30/09/2009 AIOA/DEBCAD: 37.175.418-6, de 10/11/2010.

GFIP.OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DADOS NÃO CORRESPONDENTES AOS FATOS GERADORES.

Constitui infração apresentar a empresa GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, seja em relação As bases de cálculo, seja em relação As informações que alterem o valor das contribuições.

NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO.

Não há que se falar em nulidade quando a exigência fiscal contém a descrição dos fatos geradores suficiente para o conhecimento penalidade aplicada, identifica o sujeito passivo e não se vislumbra nos autos a ocorrência de preterição do direito de contraditório e ampla defesa do contribuinte.

CERCEAMENTO DE DEFESA. FASE INQUISITÓRIA DO PROCEDIMENTO FISCAL.

Não caracteriza cerceamento de defesa eventual deficiência ocorrida na fase inquisitória do procedimento fiscal, quando não se tinha ainda processo, mas mero

procedimento de verificação da situação do contribuinte no tocante As suas obrigações para com a previdência social, culminado com a penalidade aplicada.

CRIMES. REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS.

COMPETÊNCIA. MATÉRIA PENAL.

Sempre que o Auditor-Fiscal constatar a ocorrência, em tese, de crime ou contravenção penal, deverá realizar Representação Fiscal para Fins Penais, inexistindo competência para apreciação de matéria penal no âmbito do contencioso administrativo tributário.

DECADÊNCIA.

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, na hipótese de inexistência de pagamento, ou de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, extingue-se após 05 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, (art.173 do CTN).

SIMULAÇÃO.

A constatação de negócios simulados, acobertando o verdadeiro sujeito passivo da obrigação tributária, enseja a autuação tendo como base a situação de fato, devendo o correspondente tributo ser exigido da pessoa que efetivamente teve relação pessoal e direta com o fato gerador.

OITIVA DE TESTEMUNHAS.

Não há previsão no Decreto nº 70.235/72 que autorize a realização da oitiva de testemunhas.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Importante ressaltar que não foi apreciado o aditivo a impugnação, posto ter a a DRJ considerado que a empresa não demonstrou a presença dos elementos para a sua apreciação tardia.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 2315 a 2376. Em síntese, a recorrente em seu recurso alega o seguinte:

13. Houve cerceamento do direito de defesa na medida em que não foram conhecidas as razões aditivas à peça impugnativa que visavam demonstrar o principio norteador do processo administrativo, qual seja verdade material. Dita peça não restou conhecida, sendo que as questões ali trazidas referem-se inclusive a questões de ordem pública, como decadência.

14. Restaram inobservados as garantias constitucionais da legalidade, do direito de petição, do contraditório e da ampla defesa.

15. Parte do crédito encontra-se alcançado pela decadência quinquenal, mais precisamente devem ser excluídas as contribuições anteriores a 10/10/2005.
16. Os fundamentos para o lançamento respaldam todos os autos de infração lavrados durante o procedimento fiscal. No Relatório Fiscal, a autoridade lançadora apontou como fato ensejador das pretensas autuações a existência de um "esquema fraudulento milionário, entre a ora impugnante e mais 16 empresas que lhe prestam serviços, a partir da criação de empresas de *fachada* e de utilização de empregados como sócios-laranja no intuito de burlar a legislação do Simples Nacional", entretanto, a extensa relação de apontamentos efetuada no relatório supra baseia-se em meras presunções acerca dos fatos entendidos como ocorridos, sendo interpretados apenas e tão-somente a favor do Fisco para justificar a arrecadação almejada, sem que haja comprovação robusta de sua realidade, ensejando, assim, a mais pura necessidade de cancelamento dos atos lavrados, sob pena de afronta aos princípios basilares do Direito.
17. O contribuinte absolutamente ao contrário do que sustenta a fiscalização jamais arquitetou, adotou o planejou qualquer espécie de procedimento visando à minoração fraudulenta de sua carga tributária.
18. As provas apresentadas, em sua grande maioria, foram produzidas unilateralmente, ferindo o basilar principio constitucional do contraditório e ampla defesa, vez que os depoimentos de colaboradores, principalmente dos ex-colaboradores foram efetuados a revelia de qualquer ciência da Impugnante, logo, foram coletados de forma ilícita; alias, quem garante que as informações narradas não tenham sido produzidas sob coação, posto que, o próprio agente, itens 693 e 694 do Relatório Fiscal, menciona o temor de certos "colaboradores", com medo das conseqüências da fiscalização efetuada; qualquer pessoa na condição de "coação" admitiriam fatos que em nada condizem com a realidade e a verdade material, com medo das atitudes administrativas do agente fiscal; cabe observar que a produção de provas, principalmente no âmbito das presunções como é o caso em tela, exige a correlação da atenção das regras formais e materiais, o que não ocorreu no caso em comento, de modo a garantir que tal "prova" seja reputada como válida; por sua vez, os "fatos", como reputa a autoridade fiscal, são juizes de valor por ela mesma efetuados, que na sua ótica são justificadores das presunções alegadas, não sendo em momento algum trazida à evidencia do que foi fundamentado;
19. O processo de terceirização questionado pela fiscalização, decorreu de ampla e muito bem estudada reestruturação interna da empresa, segundo rígidos primados da legalidade, que busca a descentralização de sua atividade empresarial.
20. A descaracterização dos negócios jurídicos precisa ser reconhecida pelo Poder Judiciário, somente após a declaração de invalidade do ato por ter havido dolo, fraude ou simulação é que a autoridade fiscal pode, no desempenho de suas funções, lavrar o ato fiscal; logo, diante de tal irregularidade, o ato impugnado, deve, sem adentrar ao mérito da questão, ser cancelado;
21. Observa-se, contudo, que de forma exaustiva, hábil e sensacionalista expõe a autoridade fiscal os fatos elencados em seu relatório, porém não indica nos autos os únicos elementos que efetivamente o autorizariam a assim agir, ou seja, os elementos caracterizados do vínculo de emprego.

22. Mesmo que se reconheça a competência da autoridade fiscal para empreender um lançamento de ofício a partir da transferência do vínculo de emprego de um contribuinte a outro tal prerrogativa está adstrita a demonstração e comprovação inequívoca dos elementos que permitem a confirmação da pretendida relação.
23. Várias são as decisões do próprio CARF no sentido de ser necessário a devida caracterização sob pena de nulidade da autuação.
24. A leitura atenta do relatório da presente autuação não nos deixa dúvidas que o seu autor a par da extensa gama de informações que buscou explorar segundo a sua pré-concebida visão, não conseguiu demonstrar, no caderno procedimental, fato ou prova que sequer ventilasse que a notificada seria a real empregadora das pessoas envolvidas, quais sejam: continuidade, pessoalidade, subordinação e onerosidade.
25. Tanto a autoridade fiscal, quanto a julgadora, esqueceram-se de verificar que todas as empresas envolvidas no lançamento encontravam-se em plena atividade, no exercício do seu livre direito de gerir seus negócios, e suas relações com a notificada estavam amparadas em contratos de prestação de serviços que delimitavam toda a forma com que os serviços seriam executados, dada a própria singularidade do ramo de transporte. Nessa seara, o órgão julgador agarrou-se por demais em questões absolutamente localizadas, e não presentes em todos os prestadores, generalizando fato isolados e tomando o todo pela parte, encerrando-se um juízo presumido, em flagrante detrimento da verdade material.
26. Reconhece a decisão de primeira instância que a autuação não se sustenta em elementos diretos de prova, para indicar o movimento simulatório, sendo que a autoridade buscou fundamentar sua falsa acusação em fatos indiciários que, por implicação direta sua, seguindo sua preconceituosa visão, seriam suficientes para demonstrar a referida simulação.
27. Conforme observou-se nem todas as empresas tem sua composição societária formada por ex-empregados da autuada, o que já fragiliza dito argumento.
28. Para que se descaracteriza-se os pactos realizados deveria a autoridade fiscal demonstrar que as 16 empresas fiscalizadas encontravam-se em situação idêntica, o que não é o caso.
29. A respeito das reclamações trabalhistas merece ser observada uma simples questão, qual seja, a de que todos os fatos narrados nas iniciais mencionadas e juntados pela autoridade fiscal são tendenciosos, vez que traduzem um momento de interesse conflitante entre o reclamante e a impugnante, próprio da Justiça do Trabalho. O Agente fiscal simplesmente guinou à categoria de "verdade absoluta" as versões parciais narradas em petições iniciais de reclamação trabalhista, sempre redigida sem o crivo do contraditório. Ademais, não houve reconhecimento de vínculo de emprego em todos os casos, e naqueles em que houve acordo não restou consignado nenhum reconhecimento de vínculo.
30. Tanto é que os acordos homologados pelo Poder Judiciário foram desconsiderados pela autoridade administrativa, sendo tomados como irrefutáveis os fatos narrados nas iniciais, e as reclamações de alguns funcionários em desfavor da impugnante, visando única e exclusivamente corroborar as presunções trazidas nas autuações lavradas. Mesmo nas reclamações favoráveis ao impetrante não houve a condenação da mesma em relação à desconsideração de atos jurídicos perfeitamente realizados ou caracterização de grupo econômico, havendo somente a condenação ao pagamento de verbas trabalhistas, assumidas por responsabilidade subsidiária. E comum na Justiça do Trabalho assegurar

que se uma empresa não pagar, outra pague o lado hipossuficiente da relação (empregado), motivo pelo qual a requerente figurou no pólo passivo das demandas mencionadas, frisando-se o fato de que em momento algum houve a comprovação de fatos narrados nas iniciais, restando os acordos lavrados por aquele poder, transitado em julgado sem resolução de mérito;

31. Se uma ou outra empresa não se encontravam no mesmo endereço, isso já seria elemento suficiente para excluí-las da autuação.
32. Não houve demonstração de que a empresa autuava determinasse que as empresas deveriam se submeter a um mesmo responsável contábil, sendo que em relação a empresa PL consultoria a mesma foi criada sem qualquer interferência da autuada.
33. A autoridade fiscal pautou-se em situações pontuais e as generalizou, acreditando que ao transformar uma situação específica em habitual, acabaria por caracterizar um "esquema engendrado entre as empresas, para fraudar o Simples", quando na verdade, tais situações, isoladas ou não, nada significam, pois são procedimentos absolutamente comuns no ramo de transportes, o qual tem um caráter personalíssimo, demandando extrema confiabilidade na execução da tarefa e para isso se faz necessário seguir um padrão de qualidade pelo tomador dos serviços; neste sentido a Transmagna buscou parceiros comerciais que "vestissem sua camisa", trazendo ao consumidor final a certeza da excelência dos serviços por ela prestados; além disso, cada uma das empresas relacionadas possui personalidade jurídica própria, prestam de fato os serviços mencionados no contrato estabelecido entre as partes, e, como agenciadoras de coleta e entrega de mercadorias possuem o seu fundo de comércio e exercem suas atividades em cumprimento das relações comerciais livremente estabelecidas pelas partes; o fato de haver dedicação prioritária em relação à boa parte das empresas contratadas não descaracteriza a natureza do contrato, até porque, não convém, que suas prestadoras de serviços realizem trabalhos de coleta e distribuição das mercadorias transportadas para mais contratantes simultaneamente; quando se trata de prestação de serviços, devem ser considerados diversos fatores, entre os quais a fidelidade da empresa parceira; não é a prioridade que transforma a prestadora de serviços em "empresa de fachada", seria o mesmo que pressupor que todos os postos de combustível fossem "empresas de fachada" das bandeiras que ostentam;
34. Não restou ainda demonstrado que a autuada efetivamente controlava a frequência dos funcionários dos parceiros, determinava pagamentos, não restando demonstrado o poder de interferência da autuada, sendo mais uma afirmação imprecisa e vaga.
35. A autoridade verdadeiramente pautou-se na crença de que se atirar para todos os lados pudesse lograr êxito em sua falaciosa investida relação ao fato dos funcionários das diversas empresas citadas utilizarem os mesmos uniformes dos funcionários da impugnante, aduz que, como já foi dito alhures, todos esses trabalhadores fazem parte de um mesmo trabalho que se inicia em uma cidade, com um serviço de coleta (realizado por uma das prestadoras de serviço contratadas), tem continuidade com a condução das mercadorias até a cidade de seu destinatário pela Transmagna, e só finaliza com a efetiva entrega, por uma outra empresa contratada na cidade de destino. Toda essa atividade que congrega a atividade de coleta, o transporte propriamente dito e o processo de entrega, está sob a responsabilidade de uma única empresa, qual seja, a Transmagna. Estes trabalhadores, por sua vez, ao desempenharem suas funções, o fazem sob a bandeira e

franquia da Transmagna, razão que por si só justifica o uso dos uniformes e crachás semelhantes para indicar a marca contratada; nada impede que empresas parceiras, com interesses em comum, acordem um padrão de reconhecimento de seus funcionários, de modo a intensificar sua presença e marca no mercado.

36. Quanto a empresa 1 do Sul, a mesma nem mesmo era optante pelo SIMPLES, o que derruba a tese da auditoria que teria se beneficiado indevidamente. Não foi trazida prova da sua interdependência, razão porque deve ser excluída da autuação. Em que pese as alegações já apresentadas pela defesa em relação a 16 empresas mencionadas pela autoridade fiscal, acerca da empresa 1 do Sul Ltda, de propriedade dos filhos do principal sócio da requerente, insta tecer alguns comentários: no que tange à sua participação ao "esquema fraudulento milionário ao regime do Simples Nacional", em nada se encaixa no objetivo da fraude apontada, vez que a apuração do lucro desta se dá com base no lucro Real; possui objeto social completamente diferente das demais, pois, além do transporte rodoviário de cargas, presta serviços de armazéns gerais e locação de veículos para transporte rodoviário de cargas em geral, sem motorista. Os objetivos e serviços prestados pela mesma são evidentemente individualizados e dissociados de qualquer "esquema" que lhe queira imputar a referida autoridade, sendo que o único vínculo que esta empresa possui para com as demais, é a locação de seus caminhões para a execução dos serviços por ela prestados
37. Não restaram demonstrados também os elementos que consubstanciaram o arbitramento, seguindo a decisão recorrida o mesmo caminho discricionário da autoridade fiscal. Para fazê-lo deve a autoridade fiscal expor as suas razões, sem presumir a base de cálculo. Destaca-se que mesmo provocada, a autoridade julgadora de primeira instância presumir correto lançamento amparado em supostas irregularidades nos documentos e omissão em sua apresentação. Não ficou evidenciado quais os documentos encontram-se irregulares ou mesmo quais foram omitidos. Os pagamentos oficiosos mencionados foram encontrados em algumas poucas iniciais de reclamações trabalhistas, ou seja em demandas judiciais, transformando-se para fiscalização em verdade absoluta.
38. Mesmo que se admitisse supostos atos simulatórios, estes não se vinculam aos presumidos pagamentos oficiosos. Ademais, a fixação do patamar de 15% do valor constante da folha oficial, inclusive do que tributou a título de redirecionamento de vínculo de emprego consubstanciado em incontestada experiência profissional peca justamente pela falta de razoabilidade. Assim, as contribuições relativas aos códigos de pagamento 41 a 56, padecem de ilegalidade que esta Turma julgadora irá reconhecer.

Face o exposto requer:

- I. O acolhimento da preliminar de nulidade do acórdão recorrido, em razão da ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.
- II. O reconhecimento da decadência até a competência 10/2005, ou 12/2004 alternativamente.
- III. Seja ultrapassada as preliminares para que se reconheça a improcedência integral da autuação, seja pela ausência do reconhecimento do vínculo de emprego, seja pela inexistência de simulação.
- IV. Caso assim, não entendam que sejam ao menos excluídos do lançamento os levantamentos 41 ao 56 em razão de absoluta falta de critério razoável, bem como pela ausência de justificativa para o arbitramento.

Processo nº 10920.003874/2010-71
Acórdão n.º **2401-002.601**

S2-C4T1
Fl. 9

A unidade da DRFB encaminhou o recurso a este Conselho para julgamento.

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação prestada nos autos. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

Inicialmente, convém afastar as nulidades suscitadas pelo recorrente no AI de obrigação principal, que influenciam diretamente o julgamento dos AI de obrigação acessória.

QUANTO A NULIDADE PELA NÃO EMISSÃO DO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Diga-se que este argumento é trazido em diversas ocasiões de ofício por Conselheiro desta Câmara em situações análogas, por entender o mesmo tratar-se de matéria de ordem pública, razão porque entendo pertinente a apreciação de dita preliminar.. Entendo que, no caso, não há que se falar em nulidade pela AUSÊNCIA DE EMISSÃO DO ATO DECLARATÓRIO SRF PARA EXCLUSÃO DAS EMPRESAS DO SIMPLES, tendo em vista que no lançamento em questão não houve a desconsideração das pessoas jurídicas, ou mesmo sua desconsideração enquanto optantes pelo SIMPLES.

Entendo que no procedimento em questão a AUTORIDADE FISCAL EM IDENTIFICANDO a condição de vínculo empregatício com empresa que simulou a contratação por intermédio de empresas interpostas, procedeu o auditor fiscal ao redirecionamento do vínculo empregatício para efeitos previdenciários na empresa notificada, que era a verdadeira empregadora de fato.

Pela análise do relatório fiscal, resta claro que não houve simplesmente caracterização do vínculo de emprego, visto que os segurados já estavam enquadrados como empregados nas empresas auditadas em conjunto; porém constatou-se que as características inerentes ao vínculo de emprego levaram a autoridade fiscal a desconsideração das contratações de determinadas empresas fiscalizadas em conjunto, vinculando seus supostos empregados a empresa notificada, já que constatou que a mesma é que preenchia os condição de empregadora, gerenciando de fato toda a atividade.

Caso levasse a efeito o entendimento trazido pelo ilustre conselheiro Marcelo Freitas, o levantamento nem mesmo seria feito na empresa TRANSMAGNA, mas sim, na empresas interpostas.

Quanto a possibilidade de exclusão de empresas do SIMPLES, ressalte-se que não cobrou o auditor contribuições patronais das empresas optante pelo SIMPLES, portanto não houve desenquadramento, para que se determinasse a emissão do Ato de Exclusão. O que ocorreu em verdade, é que em constatando realidade diversa da pactuada inicialmente, procedeu o auditor para efeitos previdenciários ao vínculo dos trabalhadores das empresas interpostas diretamente com a notificada, o que encontra respaldo na própria legislação previdenciária.

Assim, entendo que o ATO DECLARATÓRIO seria exigido, caso houvesse a desconsideração da opção pelo SIMPLES das referidas empresas, devendo, apenas neste caso, ser feita a comunicação a então Secretaria da Receita Federal, para realizar a emissão do Ato Declaratório. Em nenhum momento a autoridade fiscal disse que as empresas encontravam-se irregulares e que dessa forma não poderiam mais funcionar. Pelo contrário, observa-se, conforme descrito no relatório fiscal, durante o procedimento de auditoria, constatou a fiscalização a existência de estabelecimentos que embora possuam CNPJ próprios, estão de fato, sob a administração das mesma pessoa. O que vislumbrou o auditor, conforme descrito no relatório fiscal, é a possibilidade de utilização indevida do Sistema simplificado, pela transferência de empregados, porém restou constatado que a subordinação continuou com a empresa notificada.

Tais procedimentos e artifícios, conjugados com a utilização dos mesmo empregados, entre as empresas, conspiraram para o mesmo resultado: Sonegação de tributos devidos à Previdência Social, que agora, os lançamentos fiscais buscaram resgatar. A aparente distinção entre as empresa permitiu aos empresários usufruírem indevidamente do tratamento tributário simplificado e favorecido instituído pela Lei nº 9317/96 (Lei do Simples), mas constatando-se que na verdade quem detinha a gerência sobre os ditos empregados era a empresa notificada.

Dessa forma, a confusão entre gerência e desempenho de atividades corrobora com as informações trazidas pela autoridade fiscal neste AIOP

Por fim, cumpre-nos esclarecer que a autoridade fiscal não extrapolou de seus limites, quando da cobrança do crédito, desrespeitando os limites legais. A fiscalização previdenciária é competente para constituir os créditos tributários decorrentes dos fatos geradores de contribuições previdenciárias, conforme descrito no art. 1º da Lei 11.098/2005:

Art. 1o Ao Ministério da Previdência Social compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento, em nome do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição, bem como as demais atribuições correlatas e conseqüentes, inclusive as relativas ao contencioso administrativo fiscal, conforme disposto em regulamento.

Ademais, não compete ao auditor fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpra-se lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

Na verdade o que se vislumbrou foi a simulação para que as empresas que prestavam os serviços pudessem se beneficiar do Sistema Simplificado de impostos – SIMPLES em um primeiro momento, mantendo o faturamento dentro dos limites da lei. Porém não é aceitável esse tipo de atitude, se constatado ter por objetivo distorcer a realidade dos fatos apenas como fim de lograr proveito, sem cumprir os preceitos legais.

O que ocorreu durante o procedimento fiscal, por meio de diversos elementos de prova, observados pontualmente e em loco (não por mera presunção) foi a constatação, por parte do auditor fiscal, de que não existiam realmente diversos empregadores, e sim, que as empresas criadas não assumiram verdadeiramente o poder de direção, estando todos os empregados vinculados enquanto trabalhadores a um único empregador, qual seja a empresa TRANSMAGNA.

Assim, não consigo identificar a nulidade apontada pelo patrono da recorrente. Não estamos falando diretamente de descon sideração de pessoa jurídica, mas observância dos princípios, por exemplo da primazia da realidade, onde valem mais os fatos que os documentos. Em restando demonstrado que o verdadeiro empregador era único, compete a fiscalização simplesmente proceder a vinculação das pessoas que lhe prestavam serviços enquanto segurados empregados para efeitos previdenciários.

Portanto, não assiste razão ao recorrente, pois a presente notificação encontra-se revestida das formalidades legais, tendo sido lavrada de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto, consoante disposto no artigo 33 da lei nº 8.212, de 1991, senão vejamos:

Art. 33 - Ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "a" , "b" e "c" do parágrafo único do art. 11. bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal- SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "d" e "e" do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.

Ainda apenas para efeitos de esclarecimento ao recorrente nos termos do artigo 229 do Regulamento da Previdência Social- RPS, aprovado pelo Decreto n.o 3.048, de 06 de maio de 1999, também é muito claro ao dispor que:

Art.229. O Instituto Nacional do Seguro Social é o órgão competente para:

I - arrecadar e fiscalizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nos incisos I, II, III, IV e V do parágrafo único do art. 195. bem como as contribuições incidentes a título de substituição; (Redação dada pelo Decreto n" 4.032, de 26/11/2001)

II - constituir seus créditos por meio dos correspondentes lançamentos e promover a respectiva cobrança;

III - aplicar sanções; e

IV - normatizar procedimentos relativos à arrecadação, fiscalização e cobrança das contribuições referidas no inciso I.

§ 1º Os Auditores Fiscais da Previdência Social terão livre acesso a todas as dependências ou estabelecimentos da empresa, com vistas à verificação física dos segurados em selviço. para confronto com os registros e documentos da empresa, podendo requisitar e apreender livros, notas técnicas e demais documentos necessários ao perfeito desempenho de suas funções, caracterizando-se como embaraço à fiscalização qualquer dificuldade oposta à consecução do objetivo. (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 29/11/99)

§ 2º Se o Auditor Fiscal da Previdência Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inciso I do caput do art. 9º deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado. (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 29/11/99) (grifo nosso).

Destaco aqui as palavras do ilustre Ministro Maurício Godinho Delgado (Curso de Direito do Trabalho. Ed. LTR. 5º Edição, 2006, pág. 363-364), quando sendo identificada relação fática diversa da realidade, compete as autoridades públicas, cada uma em seu campo de atuação, proceder a correção das mesmas, e quando necessário proceder a aplicação das penalidades a ela inerentes.

A dinâmica judicial trabalhista também registra a ocorrência de uma situação fático-jurídica curiosa: trata-se da utilização do contrato de sociedade (por cotas de responsabilidade limitada ou outra modalidade societária existente) como instrumento simulatório, voltado a transparecer, formalmente, uma situação fático-jurídica de natureza civil/comercial, embora ocultando uma efetiva relação empregatícia. Em tais situações simulatórias, há que prevalecer o contrato que efetivamente rege a relação jurídica entre as partes, suprimindo-se a simulação evidenciada.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO

Destaca-se, ainda em sede de preliminar que o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, **nulidade por cerceamento de defesa**, ou ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, tampouco pela falta de fundamentação legal. Destaca-se como passos necessários a realização do procedimento: autorização por meio da emissão do Mandato de Procedimento Fiscal – MPF- F e complementares, com a competente designação do auditor fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento. Intimação para a apresentação dos documentos conforme Termos de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária. Autuação dentro do prazo autorizado pelo referido mandato, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura da NFLD ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes.

Note-se, que as alegações de que o procedimento não poderia prosperar por **não ter a autoridade realizado a devida fundamentação das contribuições, baseando-se em**

presunções, não lhe confiro razão. Não só o relatório fiscal se presta a esclarecer as contribuições objeto de lançamento, como também o DAD – Discriminativo analítico de débito, que descreve de forma pormenorizada, mensalmente, a base de cálculo, as contribuições e respectivas alíquotas. Sem contar, ainda, o relatório FLD – Fundamentos Legais do Débito que traz toda a fundamentação legal que embasou o lançamento. Merece destaque o fato de ter a autoridade julgadora detalhado enumeras situações fáticas, que demonstravam verdadeira confusão entre os empregados da empresa TRANSMAGNA e suas supostas contratadas terceirizadas.

Quanto a suposta simulação entendo que logrou êxito a autoridade fiscal em demonstrar por meio dos relatórios, documentos, anexos as situações fáticas que o levaram a caracterizar para efeitos previdenciários, os segurados inicialmente contratados pela empresas a) 1º DO SUL TRANSPORTES LTDA — CNPJ nº 79.422.648/0001-06; CNPJ nº 79.422.648/0002-97; CNPJ nº 79.422.648/0003-78; CNPJ nº 79.422.648/0004- 59; CNPJ nº 79.422.648/0005-30; b) DARA EXPRESS LTDA — CNPJ nº 02.472.834/0001-25; CNPJ nº 02.472.834/0002-06; c) JSC TRANSPORTES LTDA — CNPJ nº 03.269.697/0001-99; d) TRANSÁGIL TRANSPORTES RODO VIARIOS LTDA — CNPJ nº 06.353.656/0001-74; CNPJ nº 06.353.656/0002-55; e) MCS TRANSPORTES LTDA — CNPJ nº 01.855.937/0001-01 f) MIURA TRANSPORTES RODOWARIOS LTDA — CNPJ nº 80.780.869/0001-35 g) TRANSNIL TRANSPORTES LTDA — CNPJ nº 02.497.990/0001-40; CNPJ nº 02.497.990/0002-21; CNPJ nº 02.497.990/0003-02; h) TRANSBABY TRANSPORTES LTDA — CNPJ nº 03.931.099/0001-33; CNPJ nº 03.931.099/0002-14; i) TRANSLEAN COLETAS E ENTREGAS LTDA — CNPJ nº 02.501.697/0001- 00; j) TRANSBULE TRANSPORTES LTDA — CNPJ nº - 03.855.057/0001-60; k) TRANSNVAREZE TRANSPORTES LTDA — CNPJ nº 02.411.081/0001-48; l) PL CONSULTORIA CONTABIL LTDA — CNPJ nº 09.365.132/0001-91; m) OLIVEIRA MENDES TRANSPORTES LTDA — CNPJ nº 08.519.507/0001- 68; n) IRF TRANSPORTES E DISTRIBUIÇÃO LTDA — CNPJ nº 04.598.939/0001- 50; o) MAGNA LOGÍSTICA E DISTRIBUIÇÃO LTDA — CNPJ nº 04.271.985/0001-40; CNPJ nº 04.271.985/0002-21; p) RAIMAR PAULO ABBEG ME — CNPJ nº 03.163.420/0001-87, como segurados da empresa notificada.

Assim, entendo que realizou o auditor devidamente o lançamento, tendo-o fundamentado na legislação que rege a matéria, qual seja: lei 8212/91, Decreto 3.48/99. Ressalto, que não apenas o auditor realizou de forma muito minuciosa as fundamentações e descrições necessárias para caracterizar a simulação, como a autoridade julgadora de 1ª instância ao rebater os mesmos argumentos apontados na defesa, destacou de forma detalhada os dispositivos legais, descritos no relatório FLD, que também fundamentaram o lançamento. Assim, razão não assiste ao recorrente.

DECISÃO NOTIFICAÇÃO NULA FACE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Quanto ao argumento de que a decisão ora recorrida é nula, uma vez que não apreciou os termos aditivos a impugnação não confiro razão ao recorrente. Conforme demonstrado pela autoridade julgadora, os termos aditivos a defesa foram apresentados em momento posterior ao prazo descrito em lei para apresentação de defesa, sendo que os elementos ali constantes não restaram apreciados. Vejamos trecho do despacho da autoridade que cientificou o recorrente a respeito do não conhecimento:

Manifestou a Turma de Julgamento no sentido de que, em que pese o fato do § 4º, do art. 16 do Decreto 70.235, de 1972, disciplinar que a prova documental não apresentada na impugnação, poderá ser apresentada em outro momento

processual, desde que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; refira-se a fato ou a direito superveniente; ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos, o aditivo à impugnação ora analisado, além de não trazer nenhuma prova da ocorrência de qualquer uma das causas indicadas, por se tratar de um complemento à impugnação apresentada em época própria, não hi como considerá-la como prova documental, vez que, nos termos dos art.(s) 332 do Código de Processo Civil — CPC, prova documental é tudo aquilo que representa um fato alegado de modo permanente. Visa materializar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa.

Assim, não demonstrou o recorrente qualquer dos elementos que possibilitariam a apreciação dos argumentos apresentados de forma tardia (§ 4º, do art. 16 do Decreto 70.235, de 1972).

Ressalto apenas, que o argumento quanto a decadência suscitado pelo recorrente no respectivo termo aditivo será alvo de apreciação, considerando tratar-se de matéria de ordem público, como passamos abaixo a enumerar.

QUANTO A DECADÊNCIA

Quanto a preliminar referente ao prazo de decadência para o fisco constituir os créditos objeto deste Auto de Infração, entendo cabível a sua apreciação. Em primeiro lugar, devemos considerar que se trata de auto de infração, que ao contrário das NFLD, constitui obrigação acessória de “fazer” ou “deixar de fazer”, sendo irrelevante a existência ou não de recolhimentos antecipados. Porém, antes de identificar o período abrangido pela decadência, exponha a tese que adoto sobre o assunto.

Dessa forma, quanto a aplicação da decadência quinquenal, subsumo todo o meu entendimento quanto a legalidade do art. 45 da Lei 8212/91 (10 anos), outrora defendido à decisão do STF. Dessa forma, quanto a decadência de 5 anos, profiro meu entendimento.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de n.º 8, senão vejamos:

***Súmula Vinculante nº 8** “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.*

O texto constitucional em seu art. 103-A deixa claro a extensão dos efeitos da aprovação da súmula vinculando, obrigando toda a administração pública ao cumprimento de seus preceitos. Dessa forma, entendo que este colegiado deverá aplicá-la de pronto, mesmo nos casos em que não argüida a decadência quinquenal por parte dos recorrentes. Assim, prescreve o artigo em questão:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus

membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Ao declarar a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212, prevalecem as disposições contidas no Código Tributário Nacional – CTN, quanto ao prazo para a autoridade previdenciária constituir os créditos resultantes do inadimplemento de obrigações previdenciárias. Cite-se o posicionamento do STJ quando do julgamento proferido pela 1ª Seção no Recurso Especial de n.º 766.050, cuja ementa foi publicada no Diário da Justiça em 25 de fevereiro de 2008, nestas palavras:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISS. ALEGADA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE DA CDA. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ENQUADRAMENTO DE ATIVIDADE NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI N.º 406/68. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA VENCIDA. FIXAÇÃO. OBSERVAÇÃO AOS LIMITES DO § 3.º DO ART. 20 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07 DO STJ. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 173, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN.

1. O Imposto sobre Serviços é regido pelo DL 406/68, cujo fato gerador é a prestação de serviço constante na lista anexa ao referido diploma legal, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo. 2. A lista de serviços anexa ao Decreto-lei n.º 406/68, para fins de incidência do ISS sobre serviços bancários, é taxativa, admitindo-se, contudo, uma leitura extensiva de cada item, no afã de se enquadrar serviços idênticos aos expressamente previstos (Precedente do STF: RE 361829/RJ, publicado no DJ de 24.02.2006; Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no DJ de 26.10.2006; e AgRg no Ag 577068/GO, publicado no DJ de 28.08.2006). 3. Entrementes, o exame do enquadramento das atividades desempenhadas pela instituição bancária na Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68 demanda o reexame do conteúdo fático probatório dos autos, insindicável ante a incidência da Súmula 7/STJ (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no DJ de 26.10.2006; e REsp 445137/MG, publicado no DJ de 01.09.2006). 4. Deveras, a verificação do preenchimento dos requisitos em Certidão de Dívida Ativa demanda exame de matéria fático-probatória, providência inviável em sede de Recurso Especial (Súmula 07/STJ). 5. Assentando a Corte Estadual que "na Certidão de Dívida Ativa consta o nome do devedor, seu endereço, o débito com seu valor originário, termo inicial, maneira de calcular juros de mora, com seu fundamento legal (Código Tributário Municipal, Lei n.º 2141/94; 2517/97, 2628/98 e 2807/00) e a descrição de todos os acréscimos" e que "os demais requisitos podem ser observados

nos autos de processo administrativo acostados aos autos de execução em apenso, onde se verificam: a procedência do débito (ISSQN), o exercício correspondente (01/12/1993 a 31/10/1998), data e número do Termo de Início de Ação Fiscal, bem como do Auto de Infração que originou o débito", não cabe ao Superior Tribunal de Justiça o reexame dessa inferência. 6. Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários advocatícios não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC (Precedentes: AgRg no AG 623.659/RJ, publicado no DJ de 06.06.2005; e AgRg no Resp 592.430/MG, publicado no DJ de 29.11.2004). 7. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07, do STJ, e no entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário" (Súmula 389/STF). 8. 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." 9. 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). 10. Nada obstante, as aludidas regras decadenciais

apresentam prazo quinquenal com dies a quo diversos. 11. Assim, conta-se do "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (artigo 173, I, do CTN), o prazo quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício), quando não prevê a lei o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, bem como inexistindo notificação de qualquer medida preparatória por parte do Fisco. No particular, cumpre enfatizar 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, sendo inadmissível a aplicação cumulativa dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do CTN, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a fim de configurar desarrazoado prazo decadencial decenal. 12. Por seu turno, nos casos em que inexistente o dever de pagamento antecipado (tributos sujeitos a lançamento de ofício) ou quando, existindo a aludida obrigação (tributos sujeitos a lançamento por homologação), há omissão do contribuinte na antecipação do pagamento, desde que incorrentes quaisquer ilícitos (fraude, dolo ou simulação), tendo sido, contudo, notificado de medida preparatória indispensável ao lançamento, fluindo o termo inicial do prazo decadencial da aludida notificação (artigo 173, parágrafo único, do CTN), independentemente de ter sido a mesma realizada antes ou depois de iniciado o prazo do inciso I, do artigo 173, do CTN. 13. Por outro lado, a decadência do direito de lançar do Fisco, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias, obedece a regra prevista na primeira parte do § 4º, do artigo 150, do Codex Tributário, segundo o qual, se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador: "Neste caso, concorre a contagem do prazo para o Fisco homologar expressamente o pagamento antecipado, concomitantemente, com o prazo para o Fisco, no caso de não homologação, empreender o correspondente lançamento tributário. Sendo assim, no termo final desse período, consolidam-se simultaneamente a homologação tácita, a perda do direito de homologar expressamente e, conseqüentemente, a impossibilidade jurídica de lançar de ofício" (In Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, pág. 170). 14. A notificação do ilícito tributário, medida indispensável para justificar a realização do ulterior lançamento, afigura-se como dies a quo do prazo decadencial quinquenal, em havendo pagamento antecipado efetuado com fraude, dolo ou simulação, regra que configura ampliação do lapso decadencial, in casu, reiniciado. Entrementes, "transcorridos cinco anos sem que a autoridade administrativa se pronuncie, produzindo a indigitada notificação formalizadora do ilícito, operar-se-á ao mesmo tempo a decadência do direito de lançar de ofício, a decadência do direito de constituir juridicamente o dolo, fraude ou simulação para os efeitos do art.

173, parágrafo único, do CTN e a extinção do crédito tributário em razão da homologação tácita do pagamento antecipado" (Eurico Marcos Diniz de Santi, in obra citada, pág. 171). 15. Por fim, o artigo 173, II, do CTN, cuida da regra de decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário quando sobrevém decisão definitiva, judicial ou administrativa, que anula o lançamento anteriormente efetuado, em virtude da verificação de vício formal. Neste caso, o marco decadencial inicia-se da data em que se tornar definitiva a aludida decisão anulatória. 16. In casu: (a) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (b) a obrigação ex lege de pagamento antecipado do ISSQN pelo contribuinte não restou adimplida, no que concerne aos fatos geradores ocorridos no período de dezembro de 1993 a outubro de 1998, consoante apurado pela Fazenda Pública Municipal em sede de procedimento administrativo fiscal; (c) **a notificação do sujeito passivo da lavratura do Termo de Início da Ação Fiscal, medida preparatória indispensável ao lançamento direto substitutivo, deu-se em 27.11.1998;** (d) a instituição financeira não efetuou o recolhimento por considerar intributáveis, pelo ISSQN, as atividades apontadas pelo Fisco; e (e) a constituição do crédito tributário pertinente ocorreu em 01.09.1999. 17. **Desta sorte, a regra decadencial aplicável ao caso concreto é a prevista no artigo 173, parágrafo único, do Codex Tributário, contando-se o prazo da data da notificação de medida preparatória indispensável ao lançamento, o que sucedeu em 27.11.1998 (antes do transcurso de cinco anos da ocorrência dos fatos impositivos apurados), donde se deduz a higidez dos créditos tributários constituídos em 01.09.1999.** 18. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido. **(GRIFOS NOSSOS)**

Podemos extrair da referida decisão as seguintes orientações, com o intuito de balizar a aplicação do instituto da decadência quinquenal no âmbito das contribuições previdenciárias após a publicação da Súmula vinculante nº 8 do STF:

Conforme descrito no recurso descrito acima: "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)

O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, nos casos de lançamentos em que não houve antecipação do pagamento 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."

Já em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, aplica-se o disposto no § 4º, do artigo 150, do CTN, segundo o qual, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, Senão vejamos o dispositivo legal que descreve essa assertiva:

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.

§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º - Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º - Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 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. (grifo nosso)

Contudo, para que possamos identificar o dispositivo legal a ser aplicado, seja o art. 173 ou art. 150 do CTN, devemos identificar a natureza das contribuições para que, só assim, possamos declarar da maneira devida a decadência de contribuições previdenciárias.

No caso, a aplicação do art. 150, § 4º, é possível quando realizado pagamento de contribuições, que em data posterior acabam por ser homologados expressa ou tacitamente. Contudo, conforme descrito anteriormente, trata-se de lavratura de Auto de Infração por não ter

a empresa comprovado o lançamento contábil na forma devida de alguns pagamentos feitos ainda no ano de 1997. Dessa forma, não há que se falar em recolhimento antecipado devendo a decadência ser avaliada a luz do art. 173 do CTN.

Os fatos que ensejaram a AIOP ocorreram entre 01/2004 a 09/2009 e a lavratura do AIOP com a correspondente cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 10/11/2010. Face o exposto, em aplicando-se o art. 173, I do CTN, encontram-se decadentes os fatos geradores até a competência 11/2004.

Superadas as preliminares passo ao exame do mérito.

DO MÉRITO

Contudo, nenhum dos argumentos apontados pelo recorrente são capazes de desconstituir a autuação, posto que os fatos geradores que embasaram a autuação estarem descritos nos AIOP de obrigação principal. O procedimento adotado pelo AFPS na aplicação do presente auto-de-infração seguiu a legislação previdenciária, conforme fundamentação legal descrita, inclusive observando a aplicação de norma mais benéfica para cálculo da multa aplicada.

Conforme prevê o art. 32, IV da Lei n.º 8.212/1991, o contribuinte é obrigado informar ao INSS, por meio de documento próprio, informações a respeito dos fatos geradores de contribuições previdenciárias, nestas palavras:

Art. 32. A empresa é também obrigada a:

(...)

*IV - **informar mensalmente** ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS. (Incluído pela Lei 9.528, de 10.12.97)- (grifo nosso)*

Segundo a fiscalização previdenciária a partir das informações contidas no Relatório Fiscal constata-se que o recorrente deixou de informar os valores das bases de cálculo das contribuições incidentes sobre os valores por meio de contratação indevida por meio de empresas interpostas, o que gerou uma informação incorreta na GFIP.

Justificável apenas a necessária apreciação do desfecho do julgamento da AIOP que indicou os fatos geradores ocasionados pela simulação pela contratação indevida de empresas interpostas, AIOP n. 37.175.414-3 (patronal) e n. 37.175.415-1 (segurados) em julgamento nessa mesma sessão. Vejamos ementa do acórdão proferido referente a parcela patronal (Processo 10920.003212/2010-09), devendo ambos serem observados para recálculo da multa, considerando a procedência parcial dos mesmos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 30/09/2009

**PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE
LANÇAMENTO DE DÉBITO -SEGURADOS EMPREGADOS**

INCLUÍDOS EM FOLHA DE PAGAMENTO DE EMPRESA INTERPOSTA - - PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE.

Se o Auditor Fiscal da Previdência Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inciso I do caput do art. 9º deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado.

Não se faz necessário caracterizar os requisitos de empregado, quando o vínculo original com terceira empresa já se dava nessa condição, bastando a configuração de gerenciamento único, ou seja, subordinação jurídica para que se redirecione o vínculo de emprego para efeitos previdenciários.

A simples prestação de serviços em atividade meio sem a demonstração da subordinação jurídica dos contratantes com os prestadores de serviço não é suficiente para demonstrar o vínculo empregatício com a empresa PL Contábil. Da mesma forma a irregularidade na constituição de seu patrimônio serve como indício, mas não efetivamente como prova de subordinação jurídica, razão porque deve ser excluído por vício formal o levantamento.

ARBITRAMENTO DE PAGAMENTO POR FORA - PERCENTUAL DE 15% - EXTENSÃO A TODOS OS TRABALHADORES DA EMPRESA.

Mesmo que constatado pagamento por fora em relação a alguns empregados, deve a autoridade fiscal bem fundamentar a extensão de dita base por arbitramento a totalidade dos empregados. A ausência de indícios torna nulo o levantamento pela falta de elementos de convicção para a extensão da base de forma uniforme.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2004 a 30/09/2009

AUTO DE INFRAÇÃO -NULIDADE - AUSÊNCIA DE EMISSÃO DE ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES PELA SRF - INOCORRÊNCIA DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - INAPLICABILIDADE DA EXIGÊNCIA.

O ATO DECLARATÓRIO seria exigido, caso houvesse a desconsideração da opção pelo SIMPLES, devendo, apenas neste caso, ser feita a comunicação a então Secretaria da Receita Federal, para realizar a emissão do Ato Declaratório.

No procedimento em questão a AUTORIDADE FISCAL EM IDENTIFICANDO a caracterização do vínculo empregatício com empresa que simulou a contratação por intermédio de empresas interpostas, procedeu a caracterização do vínculo para efeitos previdenciários na empresa notificada, que era a verdadeira empregadora de fato.

LANÇAMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, com esteio na legislação que disciplina a matéria, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

LANÇAMENTO. COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL.

Conforme preceitua o artigo 142 do CTN, artigo 33, *caput*, da Lei nº 8.212/91 e artigo 8º da Lei nº 10.593/2002, c/c Súmula nº 05 do Segundo Conselho de Contribuintes, compete privativamente à autoridade administrativa - Auditor da Receita Federal do Brasil -, constatado o descumprimento de obrigações tributárias principais e/ou acessórias, promover o lançamento, mediante NFLD e/ou Auto de Infração.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO -PERÍODO ATINGINDO PELA DECADÊNCIA QUINQUENAL - SÚMULA VINCULANTE STF.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de nº 8, “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

In casu, constatou-se a ocorrência de simulação, razão porque a decadência, mesmo na existência de pagamentos antecipados deixa de ser aplicada a luz do art. 150, § 4º, do CTN, passando a decadência a ser apreciada pelo art. 173, I do CTN.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Da mesma forma, foi também julgado procedente em parte o Processo 10920003214/2010-90, correspondente a parcela dos segurados empregados não recolhida. Destaca-se, ementa do julgamento realizado nesta mesma sessão:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 30/09/2009

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO -SEGURADOS EMPREGADOS INCLUÍDOS EM FOLHA DE PAGAMENTO DE EMPRESA INTERPOSTA - - PRINCIPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE.

Se o Auditor Fiscal da Previdência Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inciso I do *caput* do art. 9º deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado.

Não se faz necessário caracterizar os requisitos de empregado, quando o vínculo original com terceira empresa já se dava nessa condição, bastando a configuração de gerenciamento único, ou seja, subordinação jurídica para que se redirecione o vínculo de emprego para efeitos previdenciários.

A simples prestação de serviços em atividade meio sem a demonstração da subordinação jurídica dos contratantes com os prestadores de serviço não é suficiente para demonstrar o vínculo empregatício com a empresa PL Contábil. Da mesma forma a irregularidade na constituição de seu patrimônio

serve como indício, mas não efetivamente como prova de subordinação jurídica, razão porque deve ser excluído por vício formal o levantamento.

ARBITRAMENTO DE PAGAMENTO POR FORA - PERCENTUAL DE 15% - EXTENSÃO A TODOS OS TRABALHADORES DA EMPRESA.

Mesmo que constatado pagamento por fora em relação a alguns empregados, deve a autoridade fiscal bem fundamentar a extensão de dita base por arbitramento a totalidade dos empregados. A ausência de indícios torna nulo o levantamento pela falta de elementos de convicção para a extensão da base de forma uniforme.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - SEGURADOS EMPREGADOS - CONTRIBUINTE INDIVIDUAL - CONTRIBUIÇÃO DO SEGURADO NÃO DESCONTADA EM ÉPOCA PRÓPRIA - ÔNUS DO EMPREGADOR

O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.

CONTRIBUIÇÃO RETIDA DO SEGURADO EMPREGADO - VALORES RETIDOS E RECOLHIDOS PELA EMPRESA "FICTÍCIA" - POSSIBILIDADE DE ABATIMENTO DO VALOR DA COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÕES LANÇADAS SOB A MESMA BASE PELA EMPRESA AUTUADA - EVITAR BIS IN IDEM

Deve ser abatido do montante lançado na empresa tomadora, as contribuições retidas e recolhidas pelos segurados empregados originalmente contratados pelas empresas fictícias.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2004 a 30/09/2009

AUTO DE INFRAÇÃO -NULIDADE - AUSÊNCIA DE EMISSÃO DE ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES PELA SRF - INOCORRÊNCIA DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - INAPLICABILIDADE DA EXIGÊNCIA.

O ATO DECLARATÓRIO seria exigido, caso houvesse a desconsideração da opção pelo SIMPLES, devendo, apenas neste caso, ser feita a comunicação a então Secretaria da Receita Federal, para realizar a emissão do Ato Declaratório.

No procedimento em questão a AUTORIDADE FISCAL EM IDENTIFICANDO a caracterização do vínculo empregatício com empresa que simulou a contratação por intermédio de empresas interpostas, procedeu a caracterização do vínculo para efeitos previdenciários na empresa notificada, que era a verdadeira empregadora de fato.

LANÇAMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, com esteio na legislação que disciplina a

matéria, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

LANÇAMENTO. COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL.

Conforme preceitua o artigo 142 do CTN, artigo 33, *caput*, da Lei nº 8.212/91 e artigo 8º da Lei nº 10.593/2002, c/c Súmula nº 05 do Segundo Conselho de Contribuintes, compete privativamente à autoridade administrativa - Auditor da Receita Federal do Brasil -, constatado o descumprimento de obrigações tributárias principais e/ou acessórias, promover o lançamento, mediante NFLD e/ou Auto de Infração.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO -PERÍODO ATINGINDO PELA DECADÊNCIA QUINQUENAL - SÚMULA VINCULANTE STF.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de nº 8, “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

In casu, constatou-se a ocorrência de simulação, razão porque a decadência, mesmo na existência de pagamentos antecipados deixa de ser aplicada a luz do art. 150, § 4º, do CTN, passando a decadência a ser apreciada pelo art. 173, I do CTN.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Dessa maneira, não tem porque o presente auto-de-infração ser anulado em virtude da ausência de vício formal na elaboração. Foi identificada a infração, havendo subsunção desta ao dispositivo legal infringido. Os fundamentos legais da multa aplicada foram discriminados e aplicados de maneira adequada.

Destaca-se que as obrigações acessórias são impostas aos sujeitos passivos como forma de auxiliar e facilitar a ação fiscal. Por meio das obrigações acessórias a fiscalização conseguirá verificar se a obrigação principal foi cumprida.

Como é sabido, a obrigação acessória é decorrente da legislação tributária e não apenas da lei em sentido estrito, conforme dispõe o art. 113, § 2º do CTN, nestas palavras:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Assim, foi correta a aplicação do auto de infração ao presente caso pelo órgão previdenciário. O relatório fiscal, indicou de maneira clara e precisa todos os fatos ocorridos, havendo subsunção destes à norma prevista, bem como procedeu a autoridade julgadora a devida apreciação da multa aplicada, não tendo o recorrente apresentado qualquer novo argumento que pudesse alterar o julgamento então proferido.

Assim, entendo correto o procedimento adotado pelo auditor na multa aplicada, assim como descrito no relatório fiscal, que apurou a multa de acordo com as alterações promovidas pela MP 449, convertida na lei 11.941/2009, aplicando a multa mais favorável ao contribuinte.

Diante o exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento e da decisão de primeira instância, excluir do lançamento face a aplicação da decadência quinquenal os fatos geradores até 11/2004 pela aplicação do art. 173, I do CTN. No mérito voto por DAR PROVIMENTO PARCIAL para excluir DO CÁLCULO DA MULTA o levantamento referente a empresa PL contábil e os levantamentos 41 ao 56 e o 62 .assim, como realizado nos Processos de Obrigação Principal: 10920.003212/2010-09 e 10920003214/2010-90.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira