



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

Processo nº 10920.003878/2010-59
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-002.605 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de setembro 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

CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DEIXAR DE REGISTRAR SEGURADO EMPREGADO - ARTIGO 17, DA LEI N.º 8.213/91 C/C ARTIGO 18, I § 1.º DO RPS, APROVADO PELO DECRETO N.º 3.048/99

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.

Deixar de registrar segurado empregado constitui infração a dispositivo da legislação previdenciária, importando multa.

Ao constatar que a empresa contratava irregularmente serviços de pessoas físicas por meio de empresa interposta, correta a formação do vínculo de emprego para fins previdenciários na verdadeira contratante.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 30/09/2010

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 de Obrigação Acessória, não há que se falar em recolhimento antecipado devendo a decadência ser avaliada a luz do art. 173, I do CTN.

Mesmo considerando que parte das exigências que ensejaram o Auto de Infração encontram-se alcançadas pela decadência quinquenal, a existência de uma única falta fora do prazo decadencial é capaz de dar sustentáculo a manutenção da autuação.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos: Por unanimidade de votos: I) rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento suscitada pelo contribuinte; II) rejeitar a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância; III) rejeitar a arguição de decadência; e IV) no mérito, negar provimento ao recurso. Declarou-se impedido o conselheiro Igor Araújo Soares.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora

Processo nº 10920.003878/2010-59
Acórdão n.º **2401-002.605**

S2-C4T1
Fl. 3

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

O presente Auto de Infração de obrigação acessória, lavrado sob n. 37.085.193-5, em desfavor da recorrente, originado em virtude do descumprimento do art. 32, II da Lei n.º 8.212/1991 c/c art. 283, II, "a" do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999.

Destaca-se que conforme descrito no relatório fiscal, fl. 116 a 120, a empresa TRANSMAGNA TRANSPORTES LTDA de lançar mensalmente em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, todos os fatos geradores e respectivas contribuições previdenciárias a seu cargo, infringindo, assim, o disposto no artigo 32, inciso II, da Lei 8.212/91.

Em Auditoria fiscal realizado na empresa TRANSMAGNA TRANSPORTES LTDA, constatou-se que esta deixou de inscrever junto à Previdência Social, mediante formalização dos respectivos contratos de trabalho, inúmeros segurados empregados a seu serviço.

9. A imensa maioria dos segurados empregados não inscritos corresponde a funcionários utilizados pela TRANSMAGNA TRANSPORTES LTDA como falsos "sócios" em "empresas" fictícias por ela criadas, consoante está fartamente descrito e comprovado nos autos do processo do Auto de Infração n.º 37.175.414-3 (PROCESSO PRINCIPAL), sobretudo em seu relatório fiscal.

10. Não obstante, podemos destacar o Sr. ELMO CORREA como exemplo de segurado empregado não inscrito nesta condição pela TRANSMAGNA junto Previdência Social, mas não utilizado por esta empresa como "sócio-laranja" em nenhuma das "empresas" fictícias.

11. O referido trabalhador era gerente de custos da MATRIZ da empresa TRANSMAGNA TRANSPORTES LTDA, conforme citado no Informativo.

Não conformada com a autuação a recorrente apresentou impugnação, fls. 46 a 59, no qual alega sinteticamente a ocorrência de bis in idem, questionando a multa aplicada.

Foi exarada a Decisão de 1 instância que confirmou a procedência do lançamento, conforme fls. 98 a 103. Vejamos ementa da referida decisão:

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS Período de apuração: 14/10/2004 a 30/09/2009 AIOA/DEBCAD: 37.175.422-4, de 29/09/2010.

NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO.

Não ha 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.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS.**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.

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

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 98 a 121. Em síntese, a recorrente em seu recurso traz as mesmas alegações da impugnação, quais sejam:

1. Houve cerceamento do direito de defesa na medida em que não foram conhecidas as razões aditivas à peça impugnativa que visavam demonstrar o princípio 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.
2. Restaram inobservados as garantias constitucionais da legalidade, do direito de petição, do contraditório e da ampla defesa.
3. Parte do crédito encontra-se alcançado pela decadência quinquenal, mais precisamente devem ser excluídas as contribuições anteriores a 10/10/2005.

4. 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.

5. 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.
6. As provas apresentadas, em sua grande maioria, foram produzidas unilateralmente, ferindo o basilar princípio 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;
7. 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.
8. 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;
9. 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.
10. 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.
11. Várias são as decisões do próprio CARF no sentido de ser necessário a devida caracterização sob pena de nulidade da autuação.

12. 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.
13. 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 sua 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.
14. 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.
15. Conforme observou-se nem todas as empresas tem sua composição societária formada por ex-empregados da autuada, o que já fragiliza dito argumento.
16. 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.
17. 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.
18. 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. É 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**.

19. Se uma ou outra empresa não se encontravam no mesmo endereço, isso já seria elemento suficiente para excluí-las da autuação.
20. 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.
21. 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;
22. Não restou ainda demonstrado que a autuava 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.
23. 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.
24. 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 trazido 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

25. 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.
26. 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 incontestável 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.

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

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

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

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

PRELIMINAR DE NULIDADE DO AI

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) TRANSSAVAREZE 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 AIOA, 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 n.º 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 Nº 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, insindicação 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 impositivo, 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 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 inócorrentes 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 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 deduce 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 o AIOA ocorreram entre 01/2004 a 09/2009 e a lavratura do NFDL 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. Contudo, embora seja declarada a decadência de parte das obrigações, isso não influencia o AI em questão tendo em vista, seu valor ser fixo independente do número de competência em que ocorreu a falta.

Superadas as preliminares passo ao exame do mérito.

DO MÉRITO

Em primeiro lugar cumpre-nos destacar que o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por cerceamento de defesa, ou vício no procedimento, conforme alegado pela recorrente.

Foram apresentados ao contribuinte, por meio do relatório fiscal da infração e da multa aplicada dos fatos geradores por meio de relatórios e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes.

O procedimento adotado pelo AFPS na aplicação do presente auto-de- infração seguiu a legislação previdenciária, conforme fundamentação legal descrita. Note-se, que a base para a autuação, é o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, em seu art. 225, II, § 13, , nestas palavras:

Art.225. A empresa é também obrigada a:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/10/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 29/10/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 26/11/2012 por ELIAS SAMPAIO FREIRE

Impresso em 03/12/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

II - lançar mensalmente em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, os fatos geradores de todas as contribuições, o montante das quantias descontadas, as contribuições da empresa e os totais recolhidos; (grifo nosso)

(...)

§ 13. Os lançamentos de que trata o inciso II do caput, devidamente escriturados nos livros Diário e Razão, serão exigidos pela fiscalização após noventa dias contados da ocorrência dos fatos geradores das contribuições, devendo, obrigatoriamente:

I - atender ao princípio contábil do regime de competência; e

II - registrar, em contas individualizadas, todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias de forma a identificar, clara e precisamente, as rubricas integrantes e não integrantes do salário-de-contribuição, bem como as contribuições descontadas do segurado, as da empresa e os totais recolhidos, por estabelecimento da empresa, por obra de construção civil e por tomador de serviços.

A empresa é obrigada ao lançamento em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, de todos os fatos geradores de contribuições, do montante das quantias descontadas, das contribuições da empresa e dos totais recolhidos, conforme previsão no art. 32, inciso II da Lei n.º 8.212/1991, o que não restou demonstrado pelo recorrente, quando não discriminou os valores no tocante aos pagamentos efetuados aos contribuintes individuais sem vínculo com a empresa (autônomos), e aos segurados empregados contratados por intermédio de empresas interpostas de maneira indevida.

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 desconconsideração 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 n ° 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de n ° 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 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, “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

Assim, a exigência da fiscalização não foi desmedida, pois a solicitação foi realizada no prazo estabelecido na legislação. A Auditora-Fiscal agiu de acordo com a norma aplicável, e não poderia deixar de fazê-lo, uma vez que sua atividade é vinculada.

Desse modo, a recorrente praticou a infração, pois a não contabilização em títulos próprios acarreta a responsabilidade do infrator pela penalidade prevista na legislação previdenciária.

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.

A legislação engloba as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes, conforme dispõe o art. 96 do CTN.

Por todo o exposto o lançamento fiscal seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido nos termos da Decisão, haja vista que os argumentos apontados pelo recorrente, são incapazes de refutar a presente notificação.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para rejeitar as preliminares de nulidade do AI, de nulidade da Decisão de 1 instância, rejeitar a preliminar de nulidade suscitadas e no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira