



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

Processo nº 10920.007307/2007-98
Recurso nº 258.456 Voluntário
Acórdão nº **2301-01.935 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 17 de março de 2011
Matéria Caracterização Segurado Empregado: Pessoa Jurídica
Recorrente FIBRASCA QUÍMICA E TEXTIL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS

Período de apuração: 01/01/2002 a 30/12/2006

DECADÊNCIA - INOCORRÊNCIA

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Na ocorrência de simulação, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN.

CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADO EMPREGADO

Nos termos do artigo 12, inciso I, letra “a”, da Lei 8.212/91, são segurados obrigatórios da Previdência Social, como empregado, “aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado.”

Os elementos caracterizadores do vínculo empregatício estão devidamente demonstrados no relatório fiscal da NFLD.

AFERIÇÃO INDIRETA

A constatação de que a contabilidade não registra o movimento real do faturamento, do lucro e de remuneração dos segurados a serviço da empresa, enseja a aferição indireta das contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

GRUPO ECONÔMICO

Ao verificar a existência de grupo econômico de fato, a auditoria fiscal deverá caracterizá-lo e atribuir a responsabilidade pelas contribuições não recolhidas aos participantes.

MATÉRIA *SUB JUDICE* - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RENÚNCIA

Em razão da decisão judicial se sobrepor à decisão administrativa, a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, antes ou depois do lançamento, implica renúncia ao contencioso administrativo fiscal relativamente à matéria submetida ao Poder Judiciário.

MULTA DE MORA

Diante da possibilidade da caracterização da mora, a autoridade administrativa, com base no art. 35 da Lei nº 8.212/1991, não pode excluir a multa por atraso.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Bernadete de Oliveira Barros - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silverio, Bernadete De Oliveira Barros, Wilson Antonio De Souza Correa, Mauro Jose Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e aos terceiros.

Conforme Relatório Fiscal e Relatório Complementar (fls. 158 a 208), o fato gerador das contribuições apuradas ocorreu com a prestação de serviços, à notificada, dos empregados e sócios de empresas prestadoras, considerados segurados empregados da FIBRASCA QUÍMICA E TÊXTIL pela fiscalização por ter sido constatada a presença dos requisitos caracterizadores da relação de emprego..

A autoridade lançadora informa que, apesar de a empresa notificada ter ficado sem nenhum empregado registrado no período compreendido entre 22/01/1999 e 17/06/2004, quando contratou, até 07/2006, um total de 04 trabalhadores, lotados na área administrativa ou comercial, os seus balanços patrimoniais dos exercícios de 1997 a 2005 registraram um considerável aumento em suas receitas operacionais, que consistem principalmente em vendas de produtos acabados.

Afirma, também, que as empresas que contrataram a quase totalidade dos empregados demitidos pela notificada eram optantes do SIMPLES, e concluiu que, a partir de janeiro de 1999, a notificada passou a constituir empresas simuladas, existentes apenas "no papel", de porte reduzido, para registrar seus empregados em nome dessas empresas e se aproveitar indevidamente dos benefícios previstos no referido Sistema de tributação.

No Relatório Fiscal Complementar, a autoridade lançadora lista os elementos que a levaram à concluir que as empresas BELLYS, SOFT & SOFT, TÊXTIL RIO BONITO, SONO TRANQUILO E HERBATEX são pessoas jurídicas simuladas, entre eles consta o fato de todas estarem sediadas nos mesmos endereços dos estabelecimentos da FIBRASCA QUÍMICA E TÊXTIL, de os sócios serem ou foram empregados de empresas do GRUPO FIBRASCA, ou prestaram serviços ao Grupo como advogados e contadores, de todas elas terem sido constituídas com um capital social irrisório, sem alteração posterior, algumas sem possuir qualquer máquina, equipamento ou instalação em seu Ativo Permanente, possuírem objetos sociais semelhantes ou idênticos.

Além desses elementos, cita as intimações feitas pela Justiça do Trabalho, dirigidas para as citadas empresas mas recebidas pelos sócios do Grupo Fibrasca, Sr. Klaus Siebje e Thomas Siebje, e a existência de documentos que indicam que os empregados registrados nessas empresas fictícias faziam serviços de pagamentos, expedição de correspondência, controle de expedição etc para a empresa recorrente, que era quem também pagava as despesas com viagens e medicamentos desses empregados.

Relata que as demonstrações ambientais, PPRA e LTCAT, da FIBRASCA QUÍMICA E TÊXTIL, SOFT & SOFT e BELLYS indicam que as instalações periciadas foram as mesmas e que as pessoas citadas, muitas vezes, estão registradas em empresa diversa da que se refere o documento ambiental.

Expõe os motivos pelos quais entende que os empregados e sócios das empresas listadas atendem aos pressupostos necessários à caracterização de segurados empregados da recorrente, e que as empresas relacionadas no Relatório fazem parte do Grupo Econômico da FIBRASCA, sendo, dessa forma, atingidas pelo instituto da solidariedade.

Informa que os dados foram obtidos na contabilidade, livros fiscais, notas fiscais, comprovantes de despesas, folhas de pagamentos, livros de registro de empregados, GFIP's, RAIS's, CAGED das empresas FIBRASCA QUÍMICA E TÊXTIL, BELLYS, SOFT & SOFT e que, tendo em vista que as empresas TÊXTIL RIO BONITO, SONO TRANQUILO e HERBATEX encontram-se com atividade paralisada e não apresentaram documentos, as informações foram obtidas junto a fontes externas, como JUCESC (contratos sociais e alterações), Varas do Trabalho de Joinville/SC (Ações Trabalhistas) e nos bancos de dados CNIS (GFIP, RAIS e FGTS), CAGED e SRF.

Esclarece que não houve qualquer recolhimento das contribuições sociais objeto deste lançamento, que trata apenas das contribuições do empregador, e que houve o recolhimento dos segurados, ainda que em nome empresas diversas da real empregadora, razão pela qual as contribuições dos segurados empregados não foram objeto de lançamento.

Fundamenta a responsabilidade solidária no inciso IX do artigo 30 da Lei Nº 8.212/1991, listando as empresas que, no entendimento da fiscalização, integram grupo econômico, reafirmando que entre elas há sócios comuns, membros da mesma família ou parentes próximos, sendo que algumas participam ou participaram do capital de outras e estão sediadas no mesmo endereço de fato (Rua Conselheiro Pedreira,v1225/1245/1275).

Discorre sobre cada empresa prestadora de serviços, seus sócios, objetos sociais, empregados, endereços etc, fazendo uma análise do movimento comercial e registros contábeis de cada uma, a cada ano objeto do lançamento, e concluindo pela existência de confusão patrimonial entre a FIBRASCA QUÍMICA E TÊXTIL e essas empresas prestadoras dos serviços.

A empresa notificada impugnou o débito e as empresas responsáveis solidárias pelo débito, integrantes do Grupo Econômico de fato segundo a fiscalização, regularmente cientificadas da NFLD, não apresentaram defesa.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 07-0010477, da 5ª Turma DRJ/FNS, (fls. 1.418 a 1.435, vol. VI) julgou o lançamento procedente e a notificada, inconformada com a Decisão, apresentou recurso tempestivo (fls. 1.460 a 1.493), alegando, em apertada síntese, o que se segue.

Preliminarmente, alega inexigibilidade do depósito recursal e decadência de parte do débito, e insiste na preliminar trazida em sede de impugnação, de que houve violação aos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, diante de usurpação de competência do órgão jurisdicional.

Repete que o Auditor Fiscal da Previdência Social usurpou competência jurisdicional afeta exclusivamente à Justiça Federal do Trabalho, considerando que os Auditores Fiscais do Trabalho e os Auditores Fiscais da Previdência Social, a par de suas prerrogativas funcionais e regulamentares, não possuem competência para lavrar autos de infração assentados na declaração de existência de relação de emprego ou reconhecimento da existência de contrato de trabalho, nos termos do art. 3º.da CLT, sem que exista sentença judicial trabalhista reconhecendo a relação de emprego.

Frisa que o reconhecimento da relação jurídica de natureza trabalhista depende de sentença emanada do Poder Judiciário Federal Trabalhista, por se tratar de atividade típica jurisdicional, pressupondo o devido processo legal e aplicação do princípio do contraditório e ampla defesa.

Conclui que, como a autoridade fiscal não detém competência funcional prevista em lei para declarar e reconhecer o vínculo de emprego nos termos do art. 3º da CLT, entre a recorrente e as empresas terceirizadas, não mais subsiste o fato gerador da obrigação principal no tocante aos empregados que formalmente estiveram registrados nas empresas TÊXTIL RIO BONITO, HERBATEX, SOFT& SOFT E BELLY'S, visto que, por força do art. 4º. do CTN, desaparecendo a situação fática, será insubsistente o respectivo fato gerador da hipótese de incidência da relação jurídica previdenciária tipificada no art. 11, inciso I, alínea "a", "h" e "c" da Lei 8.212/91 e art. 22 da Lei 8.213/91 (contribuições incidentes sobre a folha de salário).

Ainda em preliminar, alega que é sintomático, no presente caso, o desvio de finalidade em que o agente público fiscal, de forma ostensiva e dissimulada, pratica atos que ultrapassam suas atribuições, mediante uma ilação parcial no procedimento fiscalizatório prejudgando e emitindo juízo de valor sobre a conduta e a idoneidade dos sócios da empresa autuada, sem oportunizar-lhe o crivo do contraditório, com seus meios e recursos inerentes aos litigantes em processo judicial ou contencioso administrativo.

Entende que as afirmações consignadas nos relatórios apresentados fulminam de plano o princípio constitucional da presunção da inocência, que estabelece que todos são considerados inocentes até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e que houve desvio de finalidade e vulneração do princípio da impessoalidade, previsto na Carta Magna, pois o agente público, imbuído da tarefa de fiscalização, emitiu juízo de valores despropositados diante da suposta inobservância das normas tributárias, na forma de mera suposição, desacompanhada de qualquer elemento robusto valorativo.

Afirma que, apesar de o contribuinte ter optado por prestar todos os esclarecimentos à auditoria fiscal e nunca ter criado qualquer entrave à ação fiscalizatória, foi ofendido pelo teor da manifestação inserta no relatório fiscal de que as empresas em funcionamento na sede da recorrente eram fictícias, de fachada, criadas com o nítido o propósito de deixar de reconhecer contribuições previdenciárias incidentes sobre salários, o que demonstra excesso de poder, arbítrio fiscal e desvio de finalidade da atividade fiscal.

No mérito, reitera as razões de inconformidade manifestada em 1º. Grau e pugna pela procedência do recurso voluntário, desconstituindo integralmente o presente Auto de Infração em face da existência de dúvida razoável sobre as circunstâncias materiais do fato, bem como pela ausência de fundamentação legal para a aplicação de multa com base em fato gerador presumido, haja vista que o arbitramento fiscal ou aferição indireta, embora aplicável somente para a determinação da base de cálculo -da obrigação principal, não pode ser aplicado sem critérios, como ocorreu no presente caso.

Destaca que as assertivas trazidas no relatório fiscal têm, como substrato, meros indícios, princípios de prova que são insuficientes para escudar de forma irretorquível a existência de fato gerador de natureza previdenciária, representado pela criação de empresas supostamente fictícias no regime de tributação simplificado, registrando seus empregados em

nome de interpostas empresas e, com isso deixar de reconhecer as contribuições do empregador sobre a folha de salários e demais obrigações acessórias.

Defende que é direito da autuada comprovar que as relações jurídicas estabelecidas entre a recorrente e as empresas terceirizadas é lícita, regular, e escuda-se em atos jurídicos perfeitos e que é vedado por lei o arbitramento ou aferição indireta sem critérios ou com excesso como no presente caso.

Assevera que não foi encontrada uma vírgula de irregularidade na escrita fiscal das empresas terceirizadas, optantes do SIMPLES, sendo que todos os impostos e as obrigações decorrentes da relação de emprego estão devidamente pagos e em plena regularidade fiscal e trabalhista, e o fato de uma ou outra empresa terceirizada ter capital social no valor de R\$ 5000,00(cinco mil reais), classificada como irrisório pela ação fiscal, é irrelevante, bem como é completamente irrelevante o número de alterações contratuais depositadas perante a JUCESC, nos últimos 06 anos.

Argumenta que a recorrente desconhece o dispositivo de lei que tipifique como sendo um ilícito fiscal ou administrativo efetuar a alteração e atualização de endereços perante a JUCESC e perante a Receita Federal, Estadual e Municipal ou muito menos, constituir uma empresa com capital social igual ou inferior a R\$ 5000,00 (cinco mil reais).

Sustenta que constitui verdadeiro arbítrio fiscal presumir situação de "fraude" simplesmente porque referidas empresas terceirizadas possuem reduzido maquinário, plenamente justificado, diante da existência de contratos de comodato, locação e arrendamento de máquinas firmados entre as partes envolvidas.

Reitera que não há comprovação que os trabalhadores das empresas terceirizadas são dirigidos e remunerados diretamente pela empresa recorrente, na pessoa de seu representante legal, ou de seus prepostos, cuja conclusão demandaria ação judicial de índole trabalhista e submissão ao crivo do contraditório, sendo que as certidões lavradas pela Distribuição da Justiça do Trabalho demonstram a inexistência de ações trabalhistas nos últimos 06(seis) anos em face da recorrente FIBRASCA QUÍMICA E TEXTIL, ora tomadora e demais empresas terceirizadas e contratadas.

Entende que a circunstância de receber uma ou outra intimação da Justiça do Trabalho no endereço da recorrente não constitui prova ou elo de ligação, e que tal conclusão denuncia o despreparo intelectual e o baixo conhecimento jurídico da autoridade fiscal em termos de legislação trabalhista, vez que a CLT, em seus artigos 744, caput e parágrafo único, claramente estabelece que a correspondência emanada da Justiça do Trabalho pode ser entregue no endereço do empregador e recebido por qualquer pessoa, independente de ser parte integrante do quadro de funcionários da empresa e mesmo.

Alega que é proibido aplicar aferição indireta ou hipótese de arbitramento para determinar a base de cálculo de obrigação acessória que impõe penalidade pecuniária, consoante o disposto no art. 148 do CTN e IN 100/03 IN 03/2005, do MPAS.

Observa que a adoção do sistema de terceirização teve a ciência e nenhuma oposição do Sindicato da categoria, vez que, ao invés novel fechamento de vagas na combalida indústria têxtil de Joinville, paulatinamente houve a criação de novos postos de trabalho e, conseqüentemente, a distribuição de renda, inserção de novos trabalhadores no mercado de trabalho formal, com todos os direitos assegurados por lei e aqueles previstos na Convenção Coletiva da Categoria.

Informa que a recorrente foi fiscalizada em 03(três) oportunidades pela Delegacia Regional do Trabalho de Joinville nos anos de 1998 a 1999, sendo que a digna autoridade fiscal teve acesso a todos os documentos solicitados e recebeu os esclarecimentos necessários e, ao final, concluiu pela inexistência de qualquer irregularidade no local, inexistência de interpostas empresas, bem assim, vulneração às normas da CLT e às normas de inspeção e proteção do trabalho.

Ressalta que a lei tributária e previdenciária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas do direito privado, utilizados expressa ou implicitamente pela Constituição Federal, para definir ou limitar competências tributárias, na clara dicção do art. 110 do CTN.

Explica que as contribuições previdenciárias pagas ao INSS, neste período(1997 a 2006), pelas empresas terceirizadas, alçam o montante aproximado de uns R\$ 800.000(oitocentos mil reais) sem as atualizações pela Taxa SELIC e que, prevalecendo a absurda tese da autuação fiscal, nascerá para a recorrente e demais empresas terceirizadas o direito buscar no Poder Judiciário o ressarcimento e devolução dos valores pagos, vez que não houve ressalva em relação aos valores efetivamente pagos e declarados na GFIP pelas empresas terceirizadas, ocorrendo verdadeiro locupletamento ilícito do INSS em prejuízo dos contribuintes e indiretamente, da recorrente, circunstância vedada pelo ordenamento jurídico vigente.

Insiste na produção de provas documentais que ora apresenta e pugna pela realização de prova pericial em sua contabilidade, nos termos do art. 16, inciso IV do Decreto-lei 70235/1972, cuja realização de laudo pericial contábil por experto nomeado é imprescindível ao esclarecimento da controvérsia, certamente, afastará as equivocadas conclusões da autoridade fiscal.

Reafirma que inexistente o denominado GRUPO FIBRASCA, pois todas as empresas são independentes, possuem razão social, objeto, constituição societária e administração completamente distintas, sendo que o endereço contratual de algumas delas sequer é Rua Conselheiro Pedreira, 1275, além de não haver confusão patrimonial, como quer fazer crer a autoridade fiscal.

Também entende que não estão presentes os requisitos previstos no art. 134 do CTN(responsabilidade tributária de terceiros), pois a fiscalização não comprovou a relação de causa e efeito entre a obrigação previdenciária e comportamento daquele a quem a lei atribui a responsabilidade, como aliás tem reconhecido a Justiça Federal de Joinville nos autos do MS 2007.72.01.002021-5/SC e 2007.72.01.002022-7/SC, afastando a obrigação das supostas empresas integrantes do mesmo grupo econômico de responder solidariamente pelos débitos imputados à ora recorrente.

Insurge-se contra a multa aplicada ao argumento de que seu valor ofende os princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade, limitações ao direito de tributar, descambando para o confisco e vulnerando o princípio constitucional da propriedade da recorrente, requerendo a minoração da multa moratória cobrada no patamar de 100%(cem por cento) para o patamar desejável de 10% (dez por cento), expurgando-se o respectivo valor do respectivo auto de infração.

Alega ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança de contribuição ao INCRA, SAT, SEBRAE, SALÁRIO EDUCAÇÃO.

Requer, por fim, com fundamento no art. 33 do Decreto 70235/72, o recebimento e o processamento do presente recurso voluntário.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil, por meio do despacho SACAT nº 953/2007 (fls. 1.584 a 1.596), tendo em vista as diversas decisões judiciais no sentido de declarar a decadência das contribuições lançadas na NFLD 37.060.591-8, no período anterior a 01/01/2002, promoveu o desmembramento da Notificação, resultando em duas NFLDs, a de Debcad 37.060.591-8, para competências 01/1999 a 13/2001, no valor consolidado em 10/04/2007 de R\$ 669.857,75, e a NFLD 37.139.681-6, objeto do presente processo administrativo, e que não está com a exigibilidade suspensa, compreendendo as competências 01/2002 a 13/2006, no valor consolidado em 10/04/2007 de R\$ 1.358.458,16.

É o relatório.

Voto

Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice para o seu conhecimento.

Da análise do recurso apresentado, registro o que se segue.

Preliminarmente, a recorrente alega inexigibilidade do depósito prévio.

De fato, plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários ns. 390.513 e 389383, declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei n. 8213/91, cujos acórdãos possuem a seguinte ementa:

“RECURSO ADMINISTRATIVO – DEPÓSITO - §§ 1º E 2º DO ARTIGO 126 DA LEI Nº 8.213/1991 – INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.”

A situação acima aplica-se ao caso concreto e o efeito *erga omnes* somente se daria após a publicação de Resolução do Senado Federal conforme dispõe o inciso X do artigo 52 da Constituição Federal.

Ocorre que o Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria 256, de 22/06/2009, prevê, em seu artigo 62, parágrafo único, inciso I, o seguinte:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Portanto, com amparo no dispositivo acima, acato a preliminar de inexigibilidade do depósito prévio.

Ainda em preliminar, a recorrente alega decadência do débito lançado em competências anteriores a 10/04/2002.

Observa-se que a fiscalização lavrou a presente NFLD com amparo na Lei 8.212/91 que, em seu art. 45, dispõe que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendendo que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, 'b' da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8.212/91,.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita abaixo:

Súmula Vinculante 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 art. 62, da Portaria 256/2009, transcrito acima, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade.

Porém, conforme já exposto, determina, no inciso I do § único, que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, restaram extintos os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

"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.*

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.)."

Da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, as autoridades administrativas devem se adequar ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”

O fato gerador que ensejou a lavratura da NFLD em tela é o pagamento de remuneração dos segurados caracterizados como empregados pela fiscalização, cujo vínculo empregatício não foi reconhecido pela empresa.

Aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 150 do CTN, apenas quando não for comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o que não é o caso presente, já que a fiscalização constatou e comprovou a ocorrência dessa última situação.

Verifica-se, da análise dos autos, que o contribuinte tomou ciência da NFLD em 10/04/2007, conforme documento de fls. 1300, e o lançamento se refere ao período de 01/2002 a 12/2006.

Portanto, não se operara a decadência do direito de a Fazenda Pública cobrar o presente débito, nos termos do art. 173, do CTN, transcrito a seguir:

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.

Dessa forma, rejeito a preliminar de decadência.

Ainda preliminarmente, a notificada alega violação aos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, diante de usurpação de competência do órgão jurisdicional, afirmando que o Auditor Fiscal da Previdência Social usurpou competência jurisdicional afeta exclusivamente à Justiça Federal do Trabalho, e que nem os Auditores Fiscais do Trabalho e nem os da Previdência Social, a par de suas prerrogativas funcionais e regulamentares, não possuem competência para lavrar autos de

infração assentados na declaração de existência de relação de emprego ou reconhecimento da existência de contrato de trabalho, nos termos do art. 3º da CLT, sem que exista sentença judicial trabalhista reconhecendo a relação de emprego.

Porém, conforme ressaltado com muita propriedade pelo Relator do Acórdão combatido, tal matéria encontra-se *sub judice*, não cabendo, por meio do presente processo administrativo de lançamento de débito, a discussão sobre a competência do Auditor Fiscal reconhecer existência de contrato de trabalho, objeto de discussão judicial.

O art. 126, da Lei 8.213/91, dispõe que:

Art. 126 (...)

§ 3º A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto."

Dessa forma, entendo que houve renúncia ao direito de recorrer, na esfera administrativa, sobre a competência da autoridade fiscal para reconhecer relação de emprego sem prévia decisão da Justiça do Trabalho, motivo pelo qual, não conheço de tais argumentos.

A recorrente insiste na discussão administrativa da matéria *sub judice*.

Todavia, tal possibilidade afigura-se inexistente em razão do sistema de contencioso administrativo adotado no Brasil.

A título de esclarecimento, cumpre informar que existem dois grandes sistemas administrativos: o sistema do contencioso administrativo e o sistema de jurisdição única. Alexandre de Moraes (Direito Constitucional Administrativo. Atlas, 2002), traz a seguinte síntese:

“O sistema do contencioso administrativo, também conhecido como sistema francês, caracteriza-se pela impossibilidade de intromissão do Poder Judiciário no julgamento dos atos da Administração, que ficam sujeitos tão-somente à jurisdição especial do contencioso administrativo. Dessa forma, há uma divisão jurisdicional entre a Justiça Comum e o Contencioso Administrativo, e somente este pode analisar a legalidade dos atos administrativos. Diversamente, o sistema de jurisdição única, também conhecido por sistema judiciário ou inglês, tem como característica básica a possibilidade de pleno acesso ao Poder Judiciário, tanto nos conflitos de natureza privada, quanto dos conflitos de natureza administrativa.”

Desde a instauração do período republicano, o Brasil sempre adotou o sistema de jurisdição única como forma de controle jurisdicional da Administração Pública, cuja fundamentação encontra-se no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

.....

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

Nesse sentido, as decisões judiciais sobrepõem-se às decisões administrativas.

Desse modo, se uma matéria foi submetida à apreciação judicial, não cabe mais a sua análise na esfera administrativa.

Ainda em preliminar, a notificada alega que o procedimento fiscal configura desvio de finalidade, uma vez que o agente público, de forma ostensiva e dissimulada, pratica atos que ultrapassam suas atribuições, prejudgando e emitindo juízo de valor sobre a conduta e a idoneidade dos sócios da empresa autuada, sem oportunizar-lhe o crivo do contraditório, com seus meios e recursos inerentes aos litigantes em processo judicial ou contencioso administrativo.

Porém, constata-se que foram observados, no presente processo administrativo, os mandamentos estabelecidos pelo Decreto 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal.

A recorrente foi regularmente cientificada da lavratura da NFLD, tendo-lhe sido concedido o prazo regulamentar para a apresentação de defesa.

A notificada está sendo oportunizada a se defender em duas instâncias administrativas, conforme estabelece os normativos legais que regem o contencioso administrativo fiscal.

Nesse sentido, não há que se falar em ofensa ao contraditório.

Ademais, não há como acolher a alegação da recorrente de que os prejudgamentos e juízo de valor realizados pelo agente notificante no Relatório Fiscal configura desvio de finalidade por não ter-lhe sido oportunizado o crivo do contraditório, com seus meios e recursos inerentes aos litigantes em processo judicial ou contencioso, pois os procedimentos da autoridade fiscalizadora têm natureza inquisitória, não se sujeitando, portanto, ao contraditório os atos lavrados nesta fase.

Somente depois de lavrado a NFLD, quando instalado o litígio administrativo é que se pode falar em obediência aos ditames do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, já decidiu o antigo Conselho de Contribuintes atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF):

NORMAS PROCESSUAIS- NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO-A fase de investigação e formalização da exigência, que antecede à fase litigiosa do procedimento, é de natureza inquisitorial, não prosperando a argüição de nulidade do auto de infração por não observância do princípio do contraditório. Assim também a mesma argüição, quando fundada na alegação de falta de motivação do ato administrativo, que, de fato, não ocorreu.(Acórdão 101-93425)

Sem que fique demonstrado que, após o início do litígio, houve ofensa ao contraditório ou à ampla defesa, não há como acatar a pretensão da recorrente de nulidade.

Assim, a fiscalização, ao constatar a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, lançou a contribuição devida, expondo, com muita clareza e riqueza de detalhes, os motivos pelos quais entendeu que houve a simulação de prestação de serviços entre pessoas jurídicas, além de apontar os elementos caracterizadores da relação de emprego presentes nos serviços prestados, à recorrente, pelas pessoas físicas registradas como empregadas de outras empresa do grupo que, registre-se, são optantes do SIMPLES.

E, ao contrário do que afirma a recorrente, a autoridade lançadora juntou, aos autos, farta documentação comprobatória de suas afirmações, não restando configurado, em nenhum momento, arbítrio ou desvio de finalidade.

Da mesma forma, ao contrário do que afirma a recorrente, a NFLD foi lavrada de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam a matéria, tendo o agente notificante demonstrado, de forma clara e precisa, a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, fazendo constar, nos relatórios que compõem a Notificação, os fundamentos legais que amparam o procedimento adotado e as rubricas lançadas.

O Relatório Fiscal traz todos os elementos que motivaram a lavratura da NFLD e o relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, encerra todos os dispositivos legais que dão suporte ao procedimento do lançamento, separados por assunto e período correspondente, garantindo, dessa forma, o exercício do contraditório e ampla defesa à notificada.

Portanto, rejeito a preliminar suscitada.

No mérito, a recorrente pugna pela desconstituição do presente Auto de Infração, em face da existência de dúvida razoável sobre as circunstâncias materiais do fato, bem como pela ausência de fundamentação legal para a aplicação de multa com base em fato gerador presumido.

Contudo, não houve presunção do fato gerador da contribuição previdenciária, e sim a constatação da sua ocorrência, comprovada por meio dos documentos analisados.

Da mesma forma, a aferição da base de cálculo da obrigação principal não foi aplicada sem critérios.

Em ação fiscal na empresa, a autoridade notificante constatou que a contabilidade da FIBRASCA QUÍMICA E TÊXTIL não registra, desde janeiro de 1999, o movimento real da remuneração de todos os segurados a seu serviço, bem como foram apresentados documentos contendo informações contraditórias entre si ou quando confrontados com documentos obtidos em outras fontes, o que enseja o arbitramento do débito, consoante determinação legal.

Assim, por ser a atividade administrativa plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais, a autoridade fiscal, ao constatar que a contabilidade da recorrente não espelha a realidade econômico-financeira da empresa, por omissão de qualquer lançamento contábil ou por não registrar o movimento real da remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, agiu em conformidade com os ditames legais e apurou corretamente o débito por aferição indireta, mediante a aplicação dos percentuais previstos na legislação que trata da matéria.

À recorrente caberia provar que as irregularidades verificadas durante a ação fiscal não procedem e apresentar elementos que comprovem a regularidade dos registros contábeis.

A notificada defende que é seu direito comprovar que as relações jurídicas estabelecidas entre a recorrente e as empresas terceirizadas é lícita, regular, e escuda-se em atos jurídicos perfeitos e que é vedado por lei o arbitramento ou aferição indireta sem critérios ou com excesso como no presente caso.

Porém, esse direito não foi negado à recorrente no processo administrativo sob análise.

O que a fiscalização constatou, e comprovou por meio da farta documentação anexada aos autos, é que a Fibrasca e as demais empresas relacionadas no Relatório Fiscal formam um único empreendimento industrial.

Restou comprovada, também, a ocorrência de todos os requisitos necessários para a caracterização da relação de emprego, exigidos pelo art. 12, I, "a" da Lei n.º 8.212/91 c/c art. 9.º, I, "a", do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99, quais sejam, a não-eventualidade (habitualidade), a remuneração e a subordinação, entre a Fibrasca e os segurados que lhe prestaram serviços por meio das empresas interpostas.

Aplica-se, portanto, ao caso, o artigo 9º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que considera nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos nela contidos.

E como o parágrafo 2.º do art. 229 do Decreto 3.048/99, permite ao Auditor Fiscal desconsiderar o vínculo pactuado, a Auditoria, ao verificar a ocorrência dos requisitos da relação de emprego, agiu em conformidade com ditames legais e enquadrando corretamente os trabalhadores como empregados da notificada para efeitos da legislação previdenciária.

Esse enquadramento será automático sempre que estiverem presentes, na prestação do serviço, os pressupostos da relação de emprego, quais sejam, a remuneração, a habitualidade e a subordinação, porque a lei assim determina, mesmo que no contrato formalizado entre as partes esteja definido de forma diversa, pois a relação de emprego não é aferida pelos elementos formais do ajuste, mas do conteúdo emergente de sua execução.

Dessa forma, ao contrário do que entende a recorrente, desde que presentes os requisitos do art. 12, I, "a", da Lei n.º 8.212/91, pode sim o AFPS desconsiderar a contratação do segurado por meio de empresas terceirizadas para considerá-lo como empregado da contratante, exclusivamente para fins de recolhimento da contribuição previdenciária, pois houve a ocorrência do fato gerador.

Verificou-se, ainda, a existência de um grupo econômico de fato entre a recorrente e as empresas relacionadas pela autoridade lançadora.

Da análise dos fatos apresentados e dos documentos juntados aos autos pela fiscalização, verifica-se a existência de uma simulação no procedimento adotado pela notificada em relação às empresas apontadas no RELFISC e os segurados que lhe prestaram serviços por meio de empresa interposta.

Na definição de Clóvis Beviláqua, a simulação é uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado – 15ª Edição).

O Código Civil Brasileiro de 2002 traz, no § 1º, do art. 167, as hipóteses em que fica configurada a ocorrência de simulação:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados

E, conforme demonstrado nos autos, a situação verificada pela auditoria fiscal se enquadra perfeitamente no dispositivo legal transcrito acima.

Segundo Orlando Gomes, ocorre simulação quando em um negócio jurídico se verifica intencional divergência entre a vontade real e a vontade declarada, com o fim de enganar terceiro (Introdução ao Estudo do Direito – 7ª Edição).

E, de acordo com o art. 118, inciso I do CTN, a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos.

Assim, em respeito ao Princípio da Verdade Material e pelo poder-dever de buscar o ato efetivamente praticado pelas partes, a Administração, ao verificar a ocorrência de simulação, pode superar o negócio jurídico simulado para aplicar a lei tributária aos verdadeiros participantes do negócio.

Esse é o entendimento fixado na jurisprudência deste Conselho de Contribuintes e de nossos tribunais, conforme julgados cujos trechos transcrevo abaixo:

TRF 1ª Região - Apelação Cível 94.01.13621-1/MG DJ 12/04/2002

“Salienta-se ainda que é desnecessária qualquer declaração judicial prévia para anular os atos jurídicos entre as partes, já que seus reflexos tributários existem independentemente da validade jurídica dos atos praticados pelos contribuintes, nos termos do artigo 118, I, do Código Tributário Nacional.

Ademais, a questão central dos autos cinge-se à repercussão para os efeitos tributários do ato simulado, ou seja, de sua ineficácia para fins de dedução de tais prejuízos.

Uma vez comprovada que o sujeito passivo agiu com dolo, fraude ou simulação, como de fato o foi no caso em tela, a autoridade administrativa tem plenos poderes para efetuar a

glosa da dedução de imposto ilegitimamente realizada pela Autora, nos termos do art. 149, inciso VII, do CTN...

TRF 4ª Região - Apelação Em Mandado De Segurança nº 2003.04.01.058127-4 – Data da Decisão: 31/08/2005

PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ULTRA PETITA. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO DE RECEITAS. IMPOSTO DE RENDA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA.

(...)

3. A proposição de invalidade do procedimento fiscal não merece guarida, pois os elementos coligidos aos autos dão conta de que o Fisco procedeu à investigação e à fiscalização dentro dos limites da lei, não ocorrendo qualquer excesso violador de direito individual, garantindo-se à impetrante a ampla defesa e o contraditório, tanto na via administrativa, quanto na judicial.

4. Restando provados, à saciedade, os fatos que embasaram o lançamento tributário, bem como o dolo, a fraude e a simulação, é desnecessária a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, aplicando-se o art. 149, VII, do CTN.

Acórdão 107-08247– Sétima Câmara – 12/09/2005

IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA – OMISSÃO DE RECEITA – INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS – SIMULAÇÃO. Comprovado pela Fiscalização que a Recorrente utilizou-se de terceiro para omitir receita, fato este que não foi descaracterizado em qualquer momento por aquela, é de ser mantido o Lançamento de Ofício.

IRPJ – SIMULAÇÃO – MULTA AGRAVADA. Mantém-se a multa agravada se caracterizada a omissão de receita através de simulação.

Nesse sentido, cita-se o entendimento de Heleno Tôrres em sua obra Direito Tributário e Direito Privado – Autonomia Privada, Simulação, Elusão Tributária – Ed. Revista dos Tribunais – 2003 – pág. 371:

“Como é sabido, a Administração Tributária não tem nenhum interesse direto na desconstituição dos atos simulados, salvo para superar-lhes a forma, visando a alcançar a substância negocial, nas hipóteses de simulação absoluta. Para a Administração Tributária, como bem recorda Alberto Xavier, é despidendo que tais atos sejam considerados válidos ou nulos, eficazes ou ineficazes nas relações privadas entre os simuladores, nas relações entre terceiros ou nas relações entre terceiros com interesses conflitantes. Eles são simplesmente inoponíveis à Administração, cabendo a esta o direito de superação, pelo regime de desconsideração do ato negocial, da personalidade jurídica ou da forma apresentada, quando em presença do respectivo “motivo” para o ato administrativo: o ato simulado”

Portanto, na presença de simulação, a auditoria fiscal tem o dever-poder de não permanecer inerte, pois tais negócios são inoponíveis ao fisco no exercício da atividade

plenamente vinculada do lançamento, que no caso em tela encontra respaldo ainda no artigo 149, inciso VII do CTN que dispõe o seguinte:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

.....

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

Restou demonstrado, pela fiscalização, que os expedientes utilizados pela recorrente tinham por objetivo simular negócio jurídico, no qual a *intentio facti* se divorcia da *intentio iuris*, ou seja, a intenção das partes é uma, a forma jurídica adotada é outra.

O fato de as empresas estarem sediadas no mesmo endereço, terem sócios que são ou foram empregados das empresas do Grupo, e terem realizado movimentação de empregados entre elas, por meio de demissão e readmissão, corrobora a afirmação da auditoria fiscal de que não existem vários, mas apenas um empreendimento industrial, ou seja, um grupo econômico de fato.

A fiscalização constatou, por exemplo, que as demonstrações ambientais, PPRA e LTCAT, da FIBRASCA QUÍMICA E TÊXTIL, SOFT & SOFT e BELLYS indicam que as instalações periciadas foram as mesmas e que as pessoas citadas, muitas vezes, estão registradas em empresa diversa da que se refere o documento ambiental, e que algumas dessas empresas não possuía qualquer máquina ou instalações em seu Ativo Permanente.

Observa-se, ainda, que a recorrente pagava as despesas com viagens e medicamentos de empregados registrados nas outras empresas citadas, e eram esses trabalhadores quem faziam serviços de pagamentos, expedição de correspondência, controle de expedição, entre outros, para a FIBRASCA QUÍMICA E TÊXTIL.

Verifica-se, que em vários períodos, as empresas citadas prestavam serviços de industrialização à recorrente sem, entretanto, dispor de empregados.

Cita-se, como exemplo, a empresa BELLYS, que em 12/2003 realizou remessa de 5.500 capas para travesseiro e 2.750 quilos de fibras de poliéster via nota fiscal N° 37402, de 01/12/2003, visto que em 26/11/2003 a BELLYS dispensou todos os empregados remanescentes, permanecendo sem empregados até 07/2005, exceto o vínculo com SEBASTIÃO MOREIRA, em gozo de auxílio-doença acidentário entre 01/10/2003 e 22/04/2004.

Nesse ano a empresa não registrou gastos com aluguel, energia elétrica, fornecimento de água, telecomunicação ou serviços de contador, como é necessário numa empresa industrial e comercial, conforme demonstra o balanço deste ano, nas folhas 10 a 15 do livro diário N° 01 (fls. 188)

Chama a atenção, ainda, o fato de a BELLYS registrar, em seus movimentos contábeis e fiscais, dez notas fiscais supostamente emitidas pela empresa SISTEM PLASTIC - COMÉRCIO DE PRODUTOS PLÁSTICOS LTDA, CNPJ 68.378.397/0001-93, com endereço na Rua Tiquiá, 112, Penha, São Paulo/S, referente à "aquisição" de insumos".

Porém, essas notas fiscais não trazem os dados do transportador, e nem ostentam o carimbo do posto fiscal, como ocorre com as operações interestaduais, sendo que

em algumas delas sequer foi destacado o comprovante de recebimento do produto, imprescindível para fundamentar a emissão de duplicata mercantil ou boleto de cobrança.

Registra-se que todos os pagamentos relativos a essas aquisições foram registrados via Caixa, apesar das altas quantias envolvidas e da distância das sedes dos emitentes.

Destaca-se que outras empresas do GRUPO, como a FIBRASCA QUÍMICA E TÊXTIL e a SOFT & SOFT também registraram notas fiscais de aquisição de insumos desses mesmos "fornecedores".

Porém, essa empresa emitente das Notas Fiscais está INAPTA na SRF desde 22/02/2003, conforme consulta ao "Comprovante de Inscrição e Situação Cadastral", disponível na internet no site da SRF, e a tela de seu "CNPJ-3" indica que está INAPTA desde 22/02/2003 por "OMISSA NÃO LOCALIZADA".

Da mesma forma, o CAGED indica que ela não possui empregados desde 05/2000 e, em consulta ao CNIS/RAIS, constata-se que teve empregados somente até 12/1999, sendo que o CNIS informa, via "Consulta Dados Cadastrais do Trabalhador", que o seu sócio administrador, ZELINDO INÁCIO SPADACCINI, faleceu em 19/02/2005.

A autoridade notificante informou que o telefone que consta nas notas fiscais da SISTEM PLASTIC é atendida por pessoa que desconhece completamente a empresa.

Todos esses fatos, aliados aos demais narrados pela fiscalização, reforçam a convicção de que a notificada e as empresas relacionadas no Relatório Fiscal formam um Grupo Econômico de fato.

Assim, os fatos constatados, como mesmo endereço de estabelecimentos das empresas envolvidas, mesmas instalações com a utilização dos mesmos equipamentos, materiais e mão-de-obra, no sentido de desenvolver a atividade comum a todos eles, deixa claro a existência de interesses comuns entre as empresas listadas.

Vale observar que o conceito de grupo econômico não se restringe mais à interpretação literal do art. 2º, § 2º, da CLT, no sentido de se ter uma empresa controladora, admitindo-se também existir apenas coordenação entre as empresas e, nesse sentido, dispõe a jurisprudência:

EMENTA: GRUPO ECONÔMICO DE FATO – CARACTERIZAÇÃO. O § 2º, do art. 2º da CLT deve ser aplicado de forma mais ampla do que seu texto sugere, considerando-se a finalidade da norma, e a evolução das relações econômicas nos quase sessenta anos de sua vigência. Apesar da literalidade do preceito, podem ocorrer, na prática, situações em que a direção, o controle ou a administração não estejam exatamente nas mãos de uma empresa, pessoa jurídica. Pode não existir uma coordenação, horizontal, entre as empresas, submetidas a um controle geral, exercido por pessoas jurídicas ou físicas, nem sempre revelado nos seus atos constitutivos, notadamente quando a configuração do grupo quer ser dissimulada. Provados o controle e direção por determinadas pessoas físicas que, de fato, mantém a

administração das empresas, sob um comando único, configurado está o grupo econômico, incidindo a responsabilidade solidária. PROCESSO TRT/15ª REGIÃO – Nº 00902-2001-083-15-00-0-RO 922352/2002-RO-9)

Assim, entendo que restou caracterizada a formação do grupo econômico entre as empresas citadas, pois existe interesses comuns entre as mesmas pessoas físicas arroladas pela fiscalização, que comandam e dirigem o empreendimento.

A fiscalização fundamentou o lançamento na responsabilidade solidária de que trata o inciso IX, do art 30, da Lei 8.212/91.

Responsabilidade Solidária é a obrigação legalmente imposta aos integrantes do grupo econômico de qualquer natureza de responder pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, isoladamente ou em conjunto, consoante art. 30 da Lei 8.212/91.

Portanto, por determinação legal, todas as empresas que integram o grupo econômico respondem solidariamente, entre si, pelas contribuições previdenciárias devidas.

Verifica-se um esforço da recorrente em tentar demonstrar que a terceirização de serviços no segmento industrial é possível e possui previsão legal.

Porém, observa-se que em nenhum momento a fiscalização negou essa possibilidade, e sim constatou (e demonstrou no relatório da NFLD e nos documentos trazidos aos autos) a existência dos elementos caracterizadores do vínculo empregatício entre a recorrente e as pessoas físicas que lhe prestaram serviços por meio das empresas interpostas.

Nesse sentido e por tudo que foi exposto no Relatório Fiscal, entendo que restou caracterizada a existência de um Grupo Econômico, envolvendo todas as empresas arroladas pela fiscalização, como também ficou comprovada, nos autos, a relação de emprego entre a FIBRASCA QUIMICA E TÊXTIL e as pessoas físicas que lhes prestaram serviços por intermédio das empresas interpostas, citadas no Relatório Fiscal.

A recorrente alega que as contribuições previdenciárias pagas ao INSS, neste período(1997 a 2006), pelas empresas terceirizadas, alçam o montante aproximado de uns R\$ 800.000(oitocentos mil reais) sem as atualizações pela Taxa SELIC e que, prevalecendo a absurda tese da autuação fiscal, nascerá para a recorrente e demais empresas terceirizadas o direito buscar no Poder Judiciário o ressarcimento e devolução dos valores pagos, vez que não houve ressalva em relação aos valores efetivamente pagos e declarados na GFIP pelas empresas terceirizadas, ocorrendo verdadeiro locupletamento ilícito do INSS.

Contudo, observa-se que a empresa não comprovou o pagamento em duplicidade das contribuições devidas.

Cumprе esclarecer que, se de fato houve pagamento em duplicidade, conforme afirma a recorrente, é facultado à empresa o pedido de restituição ou a compensação dos valores recolhidos a maior, lembrando que o caráter facultativo da compensação não desobriga o contribuinte do cumprimento da legislação pertinente, no caso, o Código Tributário Nacional e a Lei 8.212/91.

Dessa forma, não é necessário buscar o seu direito no Poder Judiciário, como quer fazer crer a recorrente, pois, se ele de fato existir, poderá ser reconhecido administrativamente, bastando que a empresa demonstre, por meio de provas, a sua existência.

É oportuno lembrar, porém, que, se em uma ação fiscal ficar constatada a compensação de valores em desacordo com o permitido pela legislação tributária, será efetuada a glosa dos valores e constituído o crédito tributário por meio do instrumento competente, sem prejuízo das penalidades cabíveis.

A recorrente protesta, ainda, pela realização de perícia.

Todavia, da análise dos autos, verifica-se que não existem dúvidas a serem sanadas, já que o Relatório Fiscal está claro e a NFLD muito bem fundamentada.

Ademais, o Decreto nº 70.235/1972 estabelece o seguinte:

Art.16 - A impugnação mencionará:

.....

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito;

§ 1º - Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.

Da leitura do dispositivo, verifica-se que a recorrente não cumpriu os requisitos necessários à formulação de perícia pois limitou-se a requerer a possibilidade de requerer produção de prova pericial.

Assim, indefere-se o pedido de perícia, por considerá-la prescindível e meramente protelatória.

A notificada insurge-se contra a multa aplicada, requerendo a sua minoração do patamar de 100%(cem por cento), para o patamar desejável de 10% (dez por cento), expurgando-se o respectivo valor do respectivo auto de infração.

Porém, como esclarecido pelo Relator do Acórdão combatido, a legislação gradua o percentual da multa de acordo com a situação na qual se encontra o débito, sendo que, no presente caso, e no momento em que o processo se encontra, a multa não está sendo aplicada no percentual de 100%, como entendeu a recorrente, mas sim no percentual de 40%, conforme previsto no art. 35, II, "c", da Lei 8.212/91.

Em relação às alegações de ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança de contribuição ao INCRA, SAT, SEBRAE, SALÁRIO EDUCAÇÃO, cumpre observar que o foro apropriado para questões dessa natureza não é o administrativo. Cumpre salientar as cobranças de contribuições aos terceiros e ao SAT encontram respaldo na Lei 8.212/91 e nas demais legislações arroladas no Fundamento Legal do Débito, não havendo, portanto, que se falar em ilegalidade das referidas exações.

Cabe destacar, ainda, que a atividade administrativa é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais. Nesse sentido, o ilustre jurista Alexandre de Moraes (curso de direito constitucional, 17ª ed. São Paulo. Editora Atlas 2004.314) colaciona valorosa

lição: “o tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de vontade subjetiva. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sem em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica”

Ademais, o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, veda aos Conselhos de Contribuintes afastar aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme disposto em seu art. 62.

E o Conselho Pleno, no exercício de sua competência, uniformizou a jurisprudência administrativa sobre a matéria, por meio do Enunciado 02/2007, transcrito a seguir:

Enunciado nº 02:

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

Nesse sentido e

CONSIDERANDO tudo o mais que dos autos consta;

VOTO no sentido de CONHECER DO RECURSO para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Bernadete de Oliveira Barros – Relator