



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

Processo nº 11070.000893/2010-66
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2403-001.755 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de novembro de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREALIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2005 a 31/12/2008

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - IRREGULARIDADE NA
LAVRATURA DO AIOP - 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, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO
APRECIAÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS
POR INTERPOSTAS PESSOAS.

Restando a comprovação fática de que houve a contratação de empregados por interposta pessoa, correto o enquadramento dos empregados na empresa a que estão materialmente vinculados.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - RFB - COMPETÊNCIA - LEI
11.457/2007.

Cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição.

MULTA. RECÁLCULO.

Recálculo da multa de mora para que seja aplicada a mais benéfica ao contribuinte por força do art. 106, II, “c” do CTN.

Recurso Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, determinando o recálculo da multa até a competência de 11/2008, limitando-a a 20% conforme artigo 35 da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei no 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte Vencidos os conselheiros Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, relator, e Carlos Alberto Mees Stringari na questão das multas. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Marcelo Magalhães Peixoto – Redator Designado

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto, Marcelo Magalhães Peixoto, Carolina Wanderley Landim e Maria Anselma Coscrato dos Santos. Ausente o Conselheiro Ivacir Júlio de Souza.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Rio de Janeiro I - RJ, Acórdão nº 12-36.088 - 13ª Turma, que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação principal, AIOP nº. 37.276.713-3, com ciência da Recorrente em 20.05.2010, conforme Aviso de Recebimento – AR nº RO 713699072 BR às fls. 494 com valor consolidado de R\$ 2.384.631,82.

Conforme o Relatório Fiscal, às fls. 61 a 70, foi lançado pela fiscalização o Auto de Infração de contribuições da empresa e às destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (SAT/RAT), no período de 05/2005 a 12/2008.

Segundo o Relatório Fiscal, às fls. 61 a 70, as contribuições incidem sobre o salário de contribuição dos segurados contribuintes individuais prestadores de serviço da empresa, bem como dos segurados empregados que trabalharam para a empresa através das empresas interpostas EDSON SCHAEFER (CNPJ 02.065.659/0001-51) e CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME (CNPJ 02.663.970/0001-00). As empresas interpostas também sofreram ações fiscais e os elementos apurados nestas fiscalizações apontaram tratar-se de uma única empresa.

Conforme o Relatório da decisão de primeira instância, às fls. 642 a 655, em breve síntese dos fatos apurados na Auditoria-Fiscal:

(i) A pessoa física Edson Schaefer, sócio-fundador da empresa JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA, retirou-se da sociedade em 1997 e iniciou as atividades da firma individual EDSON SCHAEFER ME, como optante pelo SIMPLES. De 03/2001 a 12/2008, Edson Schaefer trabalhou para a autuada no cargo de gerente administrativo, tendo sido declarado em GFIP sob a denominação de empregado.

4.1 – Conforme Contrato Social e Alterações da empresa, pode-se observar que o Sr. Edson Schafer foi sócio fundador da empresa Joscil com uma participação de 10% do capital social, em 31 de março de 1995 passa a participar com 15% do capital social, em 30 de maio de 1997 retira-se da sociedade. Em 22/09/2004, quando por força do formal de partilha do sócio falecido Joceli Schafer recebe 15 % do capital da empresa e ao mesmo tempo retira-se da sociedade transferindo suas cotas para os filhos Fernando Schafer e Gustavo Schafer. Em 31/12/2008 ocorre a incorporação da firma individual Edson Schafer ME sendo que neste momento, retiram-se da sociedade os sócios Fernando Schafer e Gustavo Schafer, passando o exato percentual da participação do capital social para o Sr Edson Schafer. Cabe também observar que no período de 01/03/2001 a 18/12/2008 o Sr. Edson Schafer foi empregado da empresa Joscil na função de gerente administrativo, cópia da ficha de registro de empregados e valores da remuneração informados na GFIP na condição de empregado. Ficando evidente a saída da sociedade do Sr Edson Schafer, em 30 de maio de 1997, coincidindo com a entrada em vigor da Lei nº 9.317/96 que instituiu o SIMPLES, sendo que em 01 de setembro de 1997 inicia as atividades a firma individual Edson Schafer-ME, optante pelo SIMPLES. ~ ~

(ii) A pessoa física Cláudio Teixeira Candido titularizou firme individual de 1997 a 2008, figurando como empregado nas GFIP da empresa JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA desde 03/2001. Em 09/2004 sua esposa, Cristina Schaefer Candido, tornou-se sócia da empresa JOSCIL, exercendo a função de administradora. A partir de 2006, a empresa CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME optou pelo SIMPLES, mas exercia atividade de construção civil, vedada pela Lei 9.317/1996.

4.2 – Em 22 de setembro de 2004 foi admitida a sócia Cristina Schaefer Candido, com 15% do capital social, em primeiro de novembro de 2005 passou a deter 28,33% do capital social e em 31 de dezembro de 2008 28,34% do capital social, sendo que desde seu ingresso exerce a função de administradora. A Sra. Cristina Schaefer Candido é esposa do Titular da firma individual Cláudio Teixeira Candido, sendo que este também foi empregado da empresa Joscil Equipamentos para Cereais Ltda, desde primeiro de março de 2001, até a data atual, na função de encarregado de compras, cópia da ficha de registro de empregados n 47 e valores da remuneração informados na GFIP na condição de empregado.

(iii) Localização das empresas. A empresa CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME possui endereço de sede onde os fundos coincidem com a empresa JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA.

A empresa EDSON SCHAEFER ME situa-se em frente à autuada, sendo que atualmente o espaço está sendo utilizado por esta última. Ambos os imóveis pertencem à JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA.

4.30 – Com relação aos endereços das empresas: Cláudio Teixeira Candido da Rua do Comercio 914, o local trata-se da esquina com a rua Herbert Schmidt, neste caso os fundos da sede da empresa Cláudio é o mesmo da empresa Joscil, interligados, sem nenhum tipo de divisória. Edson Chafer Rua Osvaldo Cruz 743, trata-se da esquina em diagonal ao endereço da Rua do Comercio 914, ficando em frente ao endereço da empresa Joscil, hoje o espaço esta sendo utilizado pela empresa Joscil, sendo que conforme informado pela empresa os imóveis são de propriedade da empresa Joscil.

(iv) Foram constatadas despesas com energia elétrica e água nos anos de 2005 a 2008 contabilizadas na empresa JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA, mas que se referiam ao endereço da então firma individual CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME ou ao endereço da antiga firma individual EDSON SCHAEFER ME.

4.3 – No Termo de Intimação Fiscal n 001/2010 de 28/04/2010, a empresa foi intimada a esclarecer porque a despesa com Energia Elétrica, contabilizada como despesa na empresa JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA, mas referente ao endereço da Rua do Comercio 914, endereço da firma individual CLAUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME, CNPJ 02.663.970/001-00, relacionamos algumas contas a título exemplificativo, cabe ressaltar que estes pagamentos foram efetuados e contabilizados da mesma forma em vários meses do período examinado:

Data 13/06/2005 NF/Fatura 000163869 Valor R\$ 36,45 Livro Diário n 04 folha 481;

Data 15/05/2006 NF/Fatura 000308345 Valor R\$ 36,23 Livro Diário n 06 folha 446;

Data 12/11/2007 NF/Fatura 00013605 Valor R\$ 41,00 Livro Diário n 10 folha 189;

Data 12/03/2008 NF/Fatura 000013781 Valor R\$ 39,00 Livro Diário n 11 folha 423;

Data 04/12/2008 NF/Fatura 000163869 Valor R\$ 50,00 Livro Diário n 17 folha 099;

4.4 - Despesas com Água, contabilizadas como despesa na empresa JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA, mas referente ao endereço da Rua do Comercio 914, endereço da firma individual CLAUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME, CNPJ 02.663.970/001-00, relacionamos algumas contas a título exemplificativo, cabe ressaltar que estes pagamentos foram efetuados e contabilizados da mesma forma em vários meses do período examinado:

Data 20/11/2007 NF/Fatura 15661903200711 Valor 64,32 Livro Diário n 10 folha 232;

Data 21/12/2007 NF/Fatura 15661903200712 Valor 47,88 Livro Diário n 10 folha 432;

Data 24/03/2008 NF/Fatura 15661903200803 Valor 47,88 Livro Diário n 11 folha 481;

Data 21/12/2008 NF/Fatura 15661903200812 Valor 81,56 Livro Diário n 17 folha 324.

4.5 - Despesas com Energia Elétrica, contabilizadas como despesa na empresa JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA, mas referente ao endereço da Rua Osvaldo Cruz, 743, endereço da firma individual EDSON SCHAFER, CNPJ 02.065.659/0001-51, relacionamos algumas contas a título exemplificativo, cabe ressaltar que estes pagamentos foram efetuados e contabilizados da mesma forma em vários meses do período examinado:

Data 15/05/2006 NF/Fatura 000307317 Valor R\$ 286,00 Livro Diário n 06 folha 446.

4.6 - Despesas com Água, contabilizadas como despesa na empresa, mas referente à Rua Osvaldo Cruz, 743, endereço da firma individual EDSON SCHAFER, CNPJ 02.065.659/0001-51, relacionamos algumas contas a título exemplificativo, cabe ressaltar que estes pagamentos foram efetuados e contabilizados da mesma forma em vários meses do período examinado:

Data 27/06/2005 NF/Fatura 0118604060756 Valor R\$ 70,20 Livro Diário n 04 folha 500;

Data 23/05/2006 NF/Fatura 0118604060756 Valor R\$ 69,96 Livro Diário n 06 folha 463;

Como pode se observar, pela resposta apresentada, a empresa JOSCIL concorda que pagava as contas de energia elétrica e água contabilizando como despesa da empresa, em todos os meses do período fiscalizado, das firmas individuais Edson Schafer ME e Cláudio Teixeira Candido ME, como é possível justificar que uma empresa efetue pagamentos de despesas de outras empresas a não ser que a empresa é a mesma? Ainda informa que os imóveis onde se localizam as empresas Edson Schafer e Cláudio Teixeira Candido pertencem a empresa Joscil Equipamentos para Cereais Ltda, mas em nenhum momento verificamos pagamentos de aluguel, como pode ser cedido imóveis para terceiros sem cobrança de aluguel? Chegamos a mesma conclusão da anterior.

(v) *A Auditoria-Fiscal ao fazer perquirições acerca da cessão dos imóveis para terceiros sem cobrança de aluguel, concluiu que as empresas CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME e EDSON SCHAEFER ME, na realidade, correspondem à própria empresa atuada JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA.*

(vi) *Empregados com contratos formalizados com as empresas empresas CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME e EDSON SCHAEFER ME obtiveram reembolso de despesas de viagens contabilizadas na empresa atuada JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA em contas sob o título GÊNEROS ALIMENTÍCIOS e outras contas da empresa.*

4.8 - Constatamos empregados da empresa EDSON CHAFER e que foram reembolsados de despesas de viagens conforme RELATORIO DE DESPESAS DE VIAGEM, despesas contabilizadas na conta GÊNEROS ALIMENTÍCIOS:

Data 12/05/2006 WALDIR SCHNEIDER RITTER valor pago R\$ 249,80 admitido em 24/06/05 até 09/2008;

Data 18/10/2007 ANDRE ROGERIO FRANKE valor pago R\$ 65,75 admitido em 02/01/2006 até 12/2008;

Data 01/12/2008 ANTONIO WALTER BRIZOLA DE CARVALHO valor pago R\$ 552,90 admitido em 14/09/2006 até 12/2008;

Data 01/12/2008 FABIO VARGAS DE ANDRADE valor pago R\$ 300,00 admitido em 10/12/2007 até 12/2008 ;

Data 11/11/2008 CILDO WEISE valor pago R\$ 3.000,00 admitido em 05/12/2005 até 12/2008;

Data 31/10/2008 RAUL DOS SANTOS RODRIGUES valor pago R\$ 500,00 admitido em 14/01/2003;

4.9 - Constatamos empregados da empresa CLAUDIO TEIXEIRA CANDIDO e que foram reembolsados de despesas de viagens conforme RELATORIO DE DESPESAS DE VIAGEM, despesas contabilizadas na conta GÊNEROS ALIMENTÍCIOS:

Data 01/12/2008 ROBERTO FERREIRA BUENO valor pago R\$ 119,90 admitido em 13/08/2007 até 12/2008;

A duvida é por que despesas de viagens de empregados das empresas Edson Schafer e Cláudio Teixeira Candido foram pagas e contabilizadas como despesa na empresa Joscil Equipamentos para Cereais LTDA?

4.12 – Além dos funcionários relacionados na intimação constatamos, ainda, os pagamentos para os funcionários da empresa Edson Schafer de despesas de viagem pagos e contabilizados nas contas de despesas da empresa Joscil Equipamentos para Cereais Ltda.

Data 03/11/2008 EVAIR SCHIRMER valor pago R\$ 400,00 admitido em 04/01/1999;

Data 04/12/2008 ROGERIO SILVEIRA DE QUADROS valor pago R\$ 2.000,00 admitido em 19/01/2004;

Data 17/11/2008 LEANDRO LORENZONI valor pago R\$ 800,00 admitido em 23/03/2004;

Data 24/11/2008 JONAS RITTER valor pago R\$ 150,00 admitido em 03/10/2005;

Data 04/12/2008 LUIS CARLOS CASTOLDI valor pago R\$ 1.000,00 admitido em 13/11/2006;

Data 01/12/2008 JOSE DARCI SILVA DE OLIVEIRA valor pago R\$ 1.000,00 admitido em 04/01/2007;

Data 22/12/2008 KURT GRUENEWALD valor pago R\$ 500,00 admitido em 12/05/2008;

4.13 - Além dos funcionários relacionados na intimação constatamos, ainda, os pagamentos para os funcionários da empresa Claudio Teixeira Candido de despesas de viagem pagos e contabilizados nas contas de despesas da empresa Joscil Equipamentos para Cereais Ltda.

Data 10/11/2008 JONIR MEIRA valor pago R\$ 500,00 admitido em 27/11/2006;

Data 05/12/2008 VOLNEI DA ROCHA MELLO valor pago R\$ 300,00 admitido em 02/07/2007;

Data 10/11/2008 RENATO BARBOSA DE QUADROS valor pago R\$ 300,00 admitido em 09/10/2006;

4.14 – As despesas de viagem pagas e contabilizadas como despesas da empresa Joscil Equipamentos para Cereais Ltda. de empregados das empresas Edson Schafer e Cláudio Teixeira Candido, trata-se apenas de uma amostragem, visto que referidos pagamentos eram efetuados com regularidade e habitualidade no período fiscalizado.

(vii) O funcionário Odilon Pinheiro de Ávila figura como fiador de um contrato de locação celebrado entre a empresa JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA e uma pessoa física. Neste contrato, em março de 2006, o sr. Odilon Pinheiro de Ávila é qualificado como supervisor de montagens da empresa autuada JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA e está declarado formalmente como empregado nas GFIPs da empresa EDSON SCHAEFER ME.

4.15 - Constatamos o Contrato Particular de Locação entre o Sr. Raimundo Ernesto Cella, LOCADOR e a empresa Joscil Equipamentos para Cereais LTDA, LOCATÁRIA de 16/03/2005 onde consta na cláusula DECIMA PRIMEIRA: **Assina também o presente Instrumento Contratual, na qualidade de FIADOR solidariamente responsável com a LOCATÁRIA nas obrigações assumidas neste ato o Sr. ODILON PINHEIRO DE AVILA, brasileiro, casado, Coordenador da obra, portador da Cédula de Identidade RG n 1005794878 SSP/RS e inscrito no CNPJ sob n 313.914.570-20, residente e domiciliado na cidade de Condor, comprometendo-se com o bom e fiel cumprimento do Contrato. O grifo é nosso.**

O Sr. Odilon Pinheiro de Ávila é empregado da empresa EDSON SCHAFER no período de 02/02/2004 a 30/06/2008, como explicar que o mesmo tenha sido o **Coordenador da obra**, uma, vez que era empregado da outra empresa?

Constatamos o Contrato de Locação entre o Sr. Olimpio João Paglia LOCADOR e a empresa Joscil Equipamentos para Cereais LTDA, LOCATÁRIA de 18/03/2006, onde consta na cláusula DECIMA PRIMEIRA: **Assina também como fiador solidariamente com o LOCATÁRIO, o Sr. ODILON PINHEIRO DE AVILA, supervisor de montagens do locatário, cuja responsabilidade será de plena eficiência, pelo cumprimento deste contrato, até a entrega real e definitiva das chaves do imóvel locado, embora ultrapasse o prazo do contrato e haja reajustamento dos alugueis. O grifo é nosso.**

O Sr. Odilon Pinheiro de Ávila é empregado da empresa EDSON CHAFER no período de 02/02/2004 a 30/06/2008 como explicar que o mesmo tenha sido o **Supervisor de montagens do locatário**. uma, vez que era empregado da outra empresa?

(viii) Foi constatado o pagamento de despesa na conta contábil CURSOS/SEMINÁRIOS/PALESTRAS E OUTROS da empresa autuada JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA para

o funcionário Luiz Augusto Frisch, sendo que o funcionário também está empregado CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME.

4.18 - Na conta CURSOS/SEMINARIOS/PALESTRAS E OUTROS constatamos em 02/05/2007 o pagamento de R\$ 125,00 para UESCO referente ao funcionário LUIZ AUGUSTO FRISCH, acontece que o mesmo é funcionário da empresa CLAUDIO TEIXEIRA CANDIDO desde 09/01/2007 até 12/2008. Qual a justificativa para o pagamento e a contabilização em conta de despesas de empregado de outra empresa?

(ix) Em visita aos locais, foi constatado que as microempresas não possuíam parque industrial, sendo toda a industrialização desenvolvida nas dependências da empresa autuada JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA, além do que as empresas comercializavam equipamentos da marca JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA com a justificativa de que seria uma forma de valorização da marca.

4.25 – Em visita ao local constatamos que as empresas Edson Schafer e Cláudio Teixeira Candido não possuíam parque industrial sendo toda a industrialização desenvolvida nas dependências da empresa Joscil Equipamentos para Cereais Ltda.

4.27 – Outra questão relevante dentro do contexto é a observação de que as duas empresas Edson Chafer ME e Cláudio Teixeira Candido Me, comercializavam equipamentos da marca JOSCIL, conforme pode-se observar na copia das notas fiscais em anexo. A empresa Cláudio Teixeira Candido ME foi intimada através do Termo de Intimação Fiscal – TIF 001/2010 a se manifestar sobre o assunto e informou:

a. Como frisado oportunamente aos Senhores, de forma informal, a empresa Joscil, quando sob-responsabilidade de seu fundador tinha como meta, ter uma empresa para cada filho. Diante disto, nada mais justo, que houvesse um apoio entre as empresa, no sentido de valorização de seus produtos e de suas marcas;

b. Fato que levou os empresários de forma informal, a fazer constar em muitos de seus produtos a marca JOSCIL, como forma de valorização e, a criação de uma marca de valor no mercado.

(x) A própria empresa autuada JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA efetuou empréstimos para as empresas CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME e EDSON SCHAEFER ME com regularidade em todo o período fiscalizado, restando um saldo a seu favor de cerca de R\$ 6 milhões, sem nunca ter havido contabilizado qualquer juro referente a tais empréstimos. Sendo que tais valores de empréstimo superam os faturamentos declarados da microempresas em questão.

4.20 – Conforme, planilha anexa, constatamos que a empresa Joscil Equipamentos para Cereais Ltda efetuou empréstimos para a firma individual Edson Schafer ME, com regularidade em todo o período fiscalizado sendo que em primeiro de janeiro de 2005 tinha um crédito de R\$ 385.905,44 (trezentos e oitenta e cinco mil, novecentos e cinco reais e quarenta e quatro centavos) chegando em 31/12/2008 com um valor concedido de empréstimo de R\$ 6.693.273,21 e devolvido R\$ 2.383.993,63, restando um saldo de R\$ 4.309.279,58, valores apurados pela escrita contábil da empresa, cabe observar que nunca foi contabilizado qualquer juro referente a tais empréstimos.

4.21 – Conforme, planilha anexa, constatamos que a empresa Joscil Equipamentos para Cereais Ltda efetuou empréstimos para a firma individual Cláudio Teixeira Candido ME, com regularidade em todo o período fiscalizado sendo que em primeiro de janeiro de 2005 tinha um crédito de R\$ 345.973,75 (trezentos e quarenta e cinco mil, novecentos e setenta e três reais e setenta cinco centavos) chegando em 31/12/2008 com um valor concedido de empréstimo de R\$ 2.359.289,76 e devolvido R\$ 240.050,78 restando um saldo de R\$ 2.119.238,98, valores apurados pela escrita contábil da empresa, cabe observar que nunca foi contabilizado qualquer juro referente a tais empréstimos.

4.22 – Em análise dos valores dos empréstimos em comparação ao faturamento das empresas, chegamos a conclusão que os mesmos são maiores que o faturamento, sendo este da empresa Edson Schafer ME R\$ 4.989.213,40 e na empresa Cláudio Teixeira Candido R\$ 770.708,24 considerando o período de janeiro de 2005 a dezembro de 2008. Outro elemento relevante é o que diz respeito às datas dos referidos empréstimos, como podemos observar nas planilhas os valores mais relevantes são em datas de pagamento de salários, portanto próximas ao quinto dia útil do mês seguinte, bem como próximo a datas de vencimento da contribuição previdenciária e contribuição para o SIMPLES. As empresas Edson Schafer e Cláudio Teixeira Candido considerando suas receitas e despesas seriam inviáveis, sem condições de operar sem os empréstimos da empresa Joscil.

4.26 – Conforme pode se observar no livro Caixa da empresa Edson Schafer, no período de 01 de agosto de 2008 a 31 de dezembro de 2008 a empresa não teve nenhuma receita, vivendo exclusivamente dos empréstimos da empresa Joscil Equipamentos para Cereais Ltda.

(xi) Em dezembro de 2008, as microempresas foram incorporadas pela empresa autuada JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA.

Anote-se também que, em relação aos acréscimos legais, a Auditoria-Fiscal demonstrou a utilização de um Quadro Comparativo de Multas, às fls. 57 a 60, aplicando a legislação mais benéfica ao contribuinte no período 05/2005 a 11/2008, período anterior à vigência da MP 449/2008 convertida na Lei 11.941/2009.

O **período objeto do AIOP**, conforme o Relatório Discriminativo do Débito - DD, às fls. 04, é de **05/2005 a 12/2008**.

A Recorrente teve **ciência do AIOP no dia 20.05.2010**, conforme Aviso de Recebimento – AR nº RO 713699072 BR às fls. 494.

Contra a autuação, a **Recorrente apresentou Impugnação** tempestiva.

Após análise, **a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Rio de Janeiro I - RJ, emitiu o Acórdão nº 12-36.088 - 13ª Turma, fls. 246 a 252, julgando procedente a autuação** e mantendo a multa aplicada, conforme a Ementa a seguir:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Período de apuração: 01/05/2005 a 31/12/2008.*

SIMULAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS.

Constatado pela fiscalização que a contratação de serviços ocorre de forma simulada, correto o enquadramento dos empregados na empresa a que estão materialmente vinculados.

MATÉRIA NÃO CONTESTADA. EFEITOS PROCESSUAIS..

A teor do art. 17 do Decreto nº70.235, de 06/03/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada..

MULTA CONFISCATÓRIA. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

É inadequada a postulação de matéria relativa à inconstitucionalidade na esfera administrativa, na forma prevista do art.. 26-A do Decreto nº70.235, de 06/03/1972, acrescido pela Medida Provisória nº 449/20089, convertida na Lei 11.941/2009.

TAXA SELIC..

É legítima a utilização da taxa SELIC, conforme o disposto no § 1º do art. 161, CTN c/c art. 34, caput, da Lei 8.212/91.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Acorda

o Vistos, relatados e discutidos, os autos do processo em epígrafe (AI nº 37.276.713-3), ACORDAM os membros Turma, , por unanimidade de votos, negar provimento à impugnação nos termos do relatório e voto que este decisum passam a integrar, para considerar devido o crédito tributário no valor principal de R\$ 1.385.806,92, multa de ofício de R\$ 373.432,94, e multa de mora nas competências 01 a 04/2007 e 07q2007 a 11/2008, acrescidos de juros a serem calculados na data da liquidação.

Á ARF – Ijuí / RS para intimar para pagamento no prazo de 30 dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em igual prazo.

Inconformada com a decisão, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, combatendo a decisão de primeira instância e reiterando o aduzido em sede de Impugnação, em apertada síntese:

(i) Da violação de princípios constitucionais;

(ii) As empresas CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME e EDSON SCHAEFER ME eram optantes pelo SIMPLES NACIONAL à

época da autuação. As empresas foram desenquadradas de ofício pela fiscalização do INSS, sendo que a exclusão do SIMPLES deve ocorrer mediante ato declaratório da autoridade fiscal da RFB, conforme o art. 15, § 3º, Lei 9.317/1996. Quando da incorporação das microempresas, elas não haviam sido excluídas do SIMPLES pela Receita Federal.

(iii) A Fiscalização do INSS não tem competência para desconsiderar contratos de trabalho e muito menos para definir ou estabelecer o que seja vínculo empregatício ou relação de emprego/trabalho. Alude a dispositivos constitucionais e legais para mostrar ser competência da Justiça do Trabalho e do Ministério do Trabalho.

(iv) Não houve a caracterização de interpostas empresas.

fls. 686.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 686.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES**(A) Da regularidade do lançamento.**

Analisemos.

Não obstante a argumentação do Recorrente, não confiro razão ao mesmo pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Trata-se de Recurso Voluntário, apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Rio de Janeiro I - RJ, Acórdão nº 12-36.088 - 13ª Turma, que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação principal, AIOP nº. 37.276.713-3, com ciência da Recorrente em 20.05.2010, conforme Aviso de Recebimento – AR nº RO 713699072 BR às fls. 494 com valor consolidado de R\$ 2.384.631,82.

Conforme o Relatório Fiscal, às fls. 61 a 70, foi lançado pela fiscalização o Auto de Infração de contribuições da empresa e às destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (SAT/RAT), no período de 05/2005 a 12/2008.

Segundo o Relatório Fiscal, às fls.61 a 70, as contribuições incidem sobre o salário de contribuição dos segurados contribuintes individuais prestadores de serviço da empresa, bem como dos segurados empregados que trabalharam para a empresa através das empresas interpostas EDSON SCHAEFER (CNPJ 02.065.659/0001-51) e CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME (CNPJ 02.663.970/0001-00). As empresas interpostas também sofreram ações fiscais e os elementos apurados nestas fiscalizações apontaram tratar-se de uma única empresa.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrado AIOP nº 37.276.713-3 que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura do AIOP nº 37.276.713-3)

Lei nº 8.212/91

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

IN MPS/SRP nº 03/2005

Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário, no âmbito da SRP:

IV - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, que é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal;

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão de TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores 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:*

a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);

b. DD - Discriminativo do Débito (que apresenta os valores devidos em cada competência, referentes aos levantamentos indicados agrupados por estabelecimento);

c. FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);

d. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);

e. TIPF – Termo de Início do Procedimento Fiscal;

f. TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos;.

g. TEPF - Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal;

h. REFISC – Relatório Fiscal.

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Analisando-se o AIOP nº 37.276.713-3, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

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

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos

geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

(i) Da violação de princípios constitucionais;

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

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

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

DO MÉRITO.

(ii) As empresas CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME e EDSON SCHAEFER ME eram optantes pelo SIMPLES NACIONAL à época da autuação. As empresas foram desenquadradas de ofício pela fiscalização do INSS, sendo que a exclusão do SIMPLES deve ocorrer mediante ato declaratório da autoridade fiscal da RFB, conforme o art. 15, § 3º, Lei 9.317/1996. Quando da incorporação das microempresas, elas não haviam sido excluídas do SIMPLES pela Receita Federal.

Analisesmos.

Resumidamente, a Recorrente alega que não houve o ato de ofício de exclusão do SIMPLES por autoridade competente da Receita Federal.

Conforme o Relatório Fiscal, às fls. 61 a 70, foi lançado pela fiscalização o Auto de Infração de contribuições da empresa e às destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (SAT/RAT), no período de 05/2005 a 12/2008.

Segundo o Relatório Fiscal, às fls.61 a 70, as contribuições incidem sobre o salário de contribuição dos segurados contribuintes individuais prestadores de serviço da empresa, bem como dos segurados empregados que trabalharam para a empresa através das empresas interpostas EDSON SCHAEFER (CNPJ 02.065.659/0001-51) e CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME (CNPJ 02.663.970/0001-00). As empresas interpostas também sofreram ações fiscais e os elementos apurados nestas fiscalizações apontaram tratar-se de uma única empresa.

Ora, conforme já debatido em sede de decisão de primeira instância, não houve ato administrativo de exclusão do SIMPLES no processo administrativo-fiscal em apreço, sendo que tampouco se trata o presente processo de exclusão do SIMPLES.

A Auditoria-Fiscal da Receita Federal do Brasil, nos termos da Lei 11.457/2007 que criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil- RFB, e não a fiscalização do INSS conforme o alegado pela Recorrente, efetuou a desconsideração dos vínculos formalizados nas empresas EDSON SCHAEFER (CNPJ 02.065.659/0001-51) e CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME (CNPJ 02.663.970/0001-00) para fins de apuração das contribuições sociais previdenciárias dos empregados que trabalharam de fato para a empresa autuada JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA.

Ou seja, não se discute no presente processo qualquer ato administrativo de exclusão do SIMPLES das empresas EDSON SCHAEFER (CNPJ 02.065.659/0001-51) e CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME (CNPJ 02.663.970/0001-00).

Diante do exposto, não prospera tal argumentação da Recorrente.

(iv) Não houve a caracterização de interpostas empresas.

Analisemos.

A Recorrente alega que não foi devidamente caracterizada a relação de interposta pessoa para com a mesma.

Conforme o Relatório Fiscal, às fls. 61 a 70, foi lançado pela fiscalização o Auto de Infração de contribuições da empresa e às destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (SAT/RAT), no período de 05/2005 a 12/2008.

Segundo o Relatório Fiscal, às fls.61 a 70, as contribuições incidem sobre o salário de contribuição dos segurados contribuintes individuais prestadores de serviço da empresa, bem como dos segurados empregados que trabalharam para a empresa através das empresas interpostas EDSON SCHAEFER (CNPJ 02.065.659/0001-51) e CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME (CNPJ 02.663.970/0001-00). As empresas interpostas também sofreram ações fiscais e os elementos apurados nestas fiscalizações apontaram tratar-se de uma única empresa.

Outrossim, o Relatório da decisão de primeira instância, às fls. 642 a 655, em breve síntese dos fatos apurados na Auditoria-Fiscal:

(i) A pessoa física Edson Schaefer, sócio-fundador da empresa JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA, retirou-se da sociedade em 1997 e iniciou as atividades da firma individual EDSON SCHAEFER ME, como optante pelo SIMPLES. De 03/2001 a 12/2008, Edson Schaefer trabalhou para a autuada no cargo de gerente administrativo, tendo sido declarado em GFIP sob a denominação de empregado.

(ii) A pessoa física Cláudio Teixeira Candido titularizou firme individual de 1997 a 2008, figurando como empregado nas GFIP da empresa JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA desde 03/2001. Em 09/2004 sua esposa, Cristina Schaefer

Candido, tornou-se sócia da empresa JOSCIL, exercendo a função de administradora. A partir de 2006, a empresa CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME optou pelo SIMPLES, mas exercia atividade de construção civil, vedada pela Lei 9.317/1996.

(iii) Localização das empresas. A empresa CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME possui endereço de sede onde os fundos coincidem com a empresa JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA.

A empresa EDSON SCHAEFER ME situa-se em frente à autuada, sendo que atualmente o espaço está sendo utilizado por esta última. Ambos os imóveis pertencem à JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA.

(iv) Foram constatadas despesas com energia elétrica e água nos anos de 2005 a 2008 contabilizadas na empresa JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA, mas que se referiam ao endereço da então firma individual CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME ou ao endereço da antiga firma individual EDSON SCHAEFER ME.

(v) A Auditoria-Fiscal ao fazer perquirições acerca da cessão dos imóveis para terceiros sem cobrança de aluguel, concluiu que as empresas CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME e EDSON SCHAEFER ME, na realidade, correspondem à própria empresa autuada JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA.

(vi) Empregados com contratos formalizados com as empresas empresas CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME e EDSON SCHAEFER ME obtiveram reembolso de despesas de viagens contabilizadas na empresa autuada JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA em contas sob o título GÊNEROS ALIMENTÍCIOS e outras contas da empresa.

(vii) O funcionário Odilon Pinheiro de Ávila figura como fiador de um contrato de locação celebrado entre a empresa JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA e uma pessoa física. Neste contrato, em março de 2006, o sr. Odilon Pinheiro de Ávila é qualificado como supervisor de montagens da empresa autuada JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA e está declarado formalmente como empregado nas GFIPs da empresa EDSON SCHAEFER ME.

(viii) Foi constatado o pagamento de despesa na conta contábil CURSOS/SEMINÁRIOS/PALESTRAS E OUTROS da empresa autuada JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA para o funcionário Luiz Augusto Frisch, sendo que o funcionário também está empregado CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME.

(ix) Em visita aos locais, foi constatado que as microempresas não possuíam parque industrial, sendo toda a industrialização desenvolvida nas dependências da empresa autuada JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA, além do que as empresas comercializavam equipamentos da marca JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA com a justificativa de que seria uma forma de valorização da marca.

(x) A própria empresa autuada JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA efetuou empréstimos para as empresas CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME e EDSON SCHAEFER ME com regularidade em todo o período fiscalizado, restando um saldo a seu favor de cerca de R\$ 6 milhões, sem nunca ter havido contabilizado qualquer juro referente a tais empréstimos. Sendo que tais valores de empréstimo superam os faturamentos declarados da microempresas em questão.

(xi) Em dezembro de 2008, as microempresas foram incorporadas pela empresa autuada JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA.

Os elementos acima evidenciam faticamente a relação existente de contratação de empregados por interpostas pessoas, tais como: o compartilhamento de instalações e produção comum; o quadro societário das empresas apresentando, basicamente, os mesmos vínculos; as relações de vínculos empregatícios; relações entre a massa salarial das empresas e o faturamento; a transferência de empregados, os empréstimos sem cobrança de juros e liquidação regular; e a dependência econômico-financeira das empresas.

Considero então que a Auditoria-Fiscal fez ampla prova fática nos autos de que, embora as empresas CLÁUDIO TEIXEIRA CANDIDO ME e EDSON SCHAEFER ME tenham sido formalmente constituídas, há uma única empresa como sendo a real empregadora em relação aos segurados empregados em questão, que é a empresa autuada JOSCIL EQUIPAMENTOS PARA CEREAIS LTDA.

Diante do exposto, não prospera tal argumentação da Recorrente.

(iii) A Fiscalização do INSS não tem competência para desconsiderar contratos de trabalho e muito menos para definir ou estabelecer o que seja vínculo empregatício ou relação de emprego/trabalho. Alude a dispositivos constitucionais e legais para mostrar ser competência da Justiça do Trabalho e do Ministério do Trabalho.

Analisemos.

Não obstante as colocações feitas pela Recorrente, a argumentação central da Recorrente aponta indiretamente para a inconstitucionalidade de dispositivos legais em face do advento da EC 45/2004 que ampliou a competência da Justiça do Trabalho.

Outrossim, já foi analisado no tópico (A) a questão da inconstitucionalidade.

Ademais, frise-se a competência da RFB em relação à tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previdenciárias, nos termos da lei 11.457/2007;

Art. 2º Além das competências atribuídas pela legislação vigente à Secretaria da Receita Federal, cabe à Secretaria da Receita

Federal do Brasil planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição.

Portanto, diante do exposto acima, não prospera tal argumentação da Recorrente.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, rejeitar as **PRELIMINARES**, e, **NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.**

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro

Voto Vencedor

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto, Redator designado

Durante o julgamento deste processo surgiu divergência com o posicionamento do relator na questão da aplicação da multa.

Registro aqui a posição vencedora, com a qual compartilho.

Conforme o Relatório Fiscal, às fls. 61 a 70, foi lançado pela fiscalização o Auto de Infração de contribuições da empresa e às destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (SAT/RAT), no período de 05/2005 a 12/2008, aplicando-se a multa progressiva na forma original do art. 35 da Lei 8.212/91.

Quanto a esta exigência, mister se faz tecer alguns comentários.

A MP nº 449, convertida na Lei nº 11.941/09, que deu nova redação aos arts. 32 e 35 e incluiu os arts. 32-A e 35-A na Lei nº 8.212/91, trouxe mudanças em relação à multa aplicada no caso de contribuição previdenciária.

Assim dispunha o art. 35 da Lei nº 8.212/91 antes da MP nº 449, *in verbis*:

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

b) quatorze por cento, no mês seguinte; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

c) *quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).*

d) *cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).* (sem destaques no original)

Verifica-se, portanto, que antes da MP nº 449 não havia multa de ofício. Havia apenas multa de mora em duas modalidades: **a uma** decorrente do pagamento em atraso, desde que de forma espontânea **a duas** decorrente da notificação fiscal de lançamento, conforme previsto nos incisos I e II, respectivamente, do art. 35 da Lei nº 8.212/91, então vigente.

Nesse sentido dispõe a hodierna doutrina (Contribuições Previdenciárias à luz da jurisprudência do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais / Elias Sampaio Freire, Marcelo Magalhães Peixoto (coordenadores). – São Paulo: MP Ed., 2012. Pág. 94), *in verbis*:

“De fato, a multa inserida como acréscimo legal nos lançamentos tinha natureza moratória – era punido o atraso no pagamento das contribuições previdenciárias, independentemente de a cobrança ser decorrente do procedimento de ofício. Mesmo que o contribuinte não tivesse realizado qualquer pagamento espontâneo, sendo, portanto, necessária a constituição do crédito tributário por meio do lançamento, ainda assim a multa era de mora. (...) Não se punia a falta de espontaneidade, mas tão somente o atraso no pagamento – a mora.” (com destaque no original)

Com o advento da MP nº 449, que passou a vigorar a partir 04/12/2008, data da sua publicação, e posteriormente convertida na Lei nº 11.941/09, foi dada nova redação ao art. 35 e incluído o art. 35-A na Lei nº 8.212/91, *in verbis*:

*Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de **multa de mora e juros de mora**, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).*

*Art. 35-A. Nos casos de **lançamento de ofício** relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).* (sem destaques no original)

Nesse momento surgiu a multa de ofício em relação à contribuição previdenciária, até então inexistente, conforme destacado alhures.

Logo, tendo em vista que o lançamento se reporta à data da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 144 do CTN, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos antes de 12/2008, data da MP nº 449, aplica-se apenas a multa de mora. Já em relação aos fatos geradores ocorridos após 12/2008, aplica-se apenas a multa de ofício.

Contudo, no que diz respeito à multa de mora aplicada até 12/2008, com base no artigo 35 da Lei nº 8.212/91, tendo em vista que o artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, comine-lhe penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna. Impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei nº 9.430/96, **que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%**, em comparativo com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91, para determinação e prevalência da multa mais benéfica, **no momento do pagamento.**

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

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

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

CONCLUSÃO

Do exposto, conheço do recurso para **dar parcial provimento** para determinar o recálculo da multa de mora, até a competência de 11/2008, de acordo com o disposto no art. 35, *caput*, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009 (art. 61, da Lei nº 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.