



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA**

Processo nº 11176.000331/2007-39
Recurso nº 148.720 Voluntário
Matéria Descaracterização de Vínculo
Acórdão nº 206-01.801
Sessão de 04 de fevereiro de 2009
Recorrente KING MEAT ALIMENTOS DO BRASIL S/A
Recorrida DRJ CURITIBA/PR

2ª CC/MF Sexta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 17/06/09
Marta Edna Ferreira Pinto
Mat. Smpo 752748

CC02/C06
Fls. 633

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/07/2001 a 31/12/2005 .

**DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - ENFRENTAMENTO
DE ALEGAÇÕES - NULIDADE - INEXISTÊNCIA.**

A autoridade julgadora não está obrigada a decidir de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento. Não se verifica nulidade na decisão em que a autoridade administrativa julgou a questão demonstrando as razões de sua convicção.

**MATERIALIZAÇÃO DA NFLD - REPARTIÇÃO FISCAL -
NULIDADE - INEXISTENTE.**

A geração, impressão de relatórios e organização de demais anexos que comporão a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito feita dentro da repartição fiscal para posterior entrega ao contribuinte é procedimento usual, no qual não se vislumbra qualquer nulidade.

**LANÇAMENTO - DEMONSTRAÇÃO CLARA E PRECISA -
NULIDADE - INOCORRÊNCIA.**

Não há que se falar em nulidade se o Relatório Fiscal e as demais peças dos autos demonstram de forma clara e precisa a origem do lançamento e a fundamentação legal que o ampara.

**CERCEAMENTO DE DEFESA - ANTES DO LANÇAMENTO
- INOCORRÊNCIA.**

Não se vislumbra cerceamento de defesa pela não oportunização ao contribuinte de manifestar-se durante a fase oficiosa do levantamento. Somente após a notificação do sujeito passivo e conseqüente início da fase contenciosa é são cabíveis alegações da espécie.

NULIDADE - CIÊNCIA MPF - SÓCIO-
GERENTE/ADMINISTRADOR - DESNECESSIDADE.

A legislação de regência prevê a possibilidade de o início do procedimento fiscal ocorrer mediante cientificação de preposto do sujeito passivo. A ciência de MPF por preposto não representa nulidade.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2001 a 31/12/2005

RELAÇÃO JURÍDICA APARENTE -
DESCARACTERIZAÇÃO.

Pelo Princípio da Verdade Material, se restar configurado que a relação jurídica formal apresentada não se coaduna com a relação fática verificada, subsistirá a última. De acordo com o art. 118, inciso I do Código Tributário Nacional, 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.

Recurso Voluntário Negado.

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTEs, por unanimidade de votos: I) em rejeitar as preliminares suscitadas; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente



ANA MARIA BANDEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa (Suplente convocado), Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados, da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, as destinadas a terceiros (Salário-Educação e INCRA).

O lançamento ocorreu em 30/08/2006, data da intimação do sujeito passivo.

O Relatório Fiscal (fls. 421/475) informa que durante a auditoria fiscal na empresa, verificou-se a prestação de serviços em suas dependências de segurados empregados de outras empresas optantes pelo SIMPLES, os quais foram caracterizados como empregados na notificada pelas razões que se seguem.

A sociedade tem por objeto o abate de eqüinos, preparação de carnes, miúdos e sub-produtos do abate, comércio atacadista, importação e exportação de carnes e produtos de carne, importação e comércio atacadista de produtos têxteis, prestação de serviços de transporte rodoviário de cargas.

De acordo com dados apurados no Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS (nº de empregados) e do Serviço de Inspeção Federal – SIF (nº de eqüídeos abatidos), a antecessora da mesma, Empresa Comercial Agrícola Mangaluzza Ltda, mantinha entre duzentos e trezentos empregados para a consecução de seu objeto social, mesmo da notificada.

A notificada iniciou suas atividades em 07/2000 e a partir de então, o número de segurados utilizados no frigorífico passou a ser composto de uma pequena parcela de empregados da notificada, o restante dos empregados eram divididos entre outras empresas do mesmo grupo econômico e empresas optantes pelo SIMPLES que passaram a prestar serviços para a notificada.

Com o passar do tempo, os serviços passaram a ser prestados em sua quase totalidade pelos empregados de empresas contratadas, optantes pelo SIMPLES, sendo mantido o número constante e ínfimo de empregados da própria notificada, os quais exerciam funções administrativas.

As empresas integrantes do mesmo grupo econômico seriam a Torregalli Comercial Ltda e a Monte Catine Representações Ltda.

Os empregados das empresas optantes pelo SIMPLES realizavam todo o trabalho da linha de produção, distribuídos da seguinte maneira:

Mastercarne – Serviços de Desossa Ltda – Prestação de serviços de desossa de eqüinos.

Pégaso – Serviços de Empacotamento Ltda – Prestação de serviços de empacotamento, empilhamento e classificação de produtos.

Aspen – Empacotamento de Produtos Ltda – Serviços de empacotamento de produtos.

Nitridor – Serviços de Magarefização de Eqüídeos Ltda – Serviços de abate, preparação e classificação de carne de eqüídeos.

Orion – Desossa de Eqüídeos Ltda – Serviço de desossa de carne de eqüídeos.

Abrange – Serviços de Entrega Rápida Ltda – Serviços de entregas rápidas de malotes, pacotes, embalagens e mercadorias em pequena quantidade.

A auditoria fiscal informa que a própria notificada reconheceu a situação como irregular e, a partir de outubro de 2005, passou a transferir segurados empregados das empresas prestadoras de serviços para seu próprio quadro de pessoal.

Na GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social foi informado o código de movimentação “N2 – transferência de empregado para outra empresa que tenha assumido os encargos trabalhistas, sem que tenha havido rescisão de contrato de trabalho”. A partir de novembro de 2005, os segurados passaram a constar da GFIP da notificada na condição de empregados.

Nas Fichas de Registro de Empregados da notificada, os segurados empregados foram registrados com o mesmo cargo, seção e com a mesma data de admissão constante na Ficha de Registro de Empregados das prestadoras de serviços.

A auditoria fiscal observou que o controle de ponto era realizado por meio eletrônico e embora os segurados fossem separados por empresas prestadoras os cartões de ponto eram registrados no mesmo local, ou seja, nas dependências da notificada, inexistindo atividade nas sedes das empresas prestadoras.

Pela análise da emissão de notas fiscais das prestadoras constatou-se a exclusividade dos serviços prestados à notificada. Ainda foi verificado que as prestadoras de serviços não possuem quaisquer valores registrados em seu ativo permanente.

A auditoria fiscal apurou que os segurados prestavam serviços nas dependências da notificada, usando uniforme, cumprindo horário de trabalho, bem como determinações e demais orientações técnicas do empregador, sem liberdade para gerir as atividades. Os segurados utilizavam equipamentos e instrumentos fornecidos pela empresa e os motoristas utilizavam veículos de propriedade da notificada para as atividades diárias.

Os fatos geradores foram apurados nas folhas de pagamento das empresas prestadoras de serviços. Também foram considerados como remuneração, os valores pagos a título de “Vales Compras e Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT” sem a devida comprovação de existência do convênio, bem como diárias sem comprovação de despesas.

A notificada apresentou defesa (fls. 533/553) onde apresenta preliminar de que a notificação seria nula por ter sido lavrada fora do estabelecimento fiscalizado. A notificada alega que a notificação teria sido produzida dentro da repartição fiscal e entregue à mesma apenas para coleta da assinatura.

Também em sede de preliminar alega falta de clareza na descrição da suposta infração.

Considera que houve cerceamento de defesa, uma vez que não lhe foi oportunizado manifestar-se antes do lançamento fiscal.

Argumenta que há nulidade da notificação, pois o MPF – Mandado de Procedimento Fiscal só poderia ter sido assinado pelo sócio gerente/administrador.

Aduz que a fiscalização, não tendo base legal alguma para o lançamento em questão, utilizou a aferição indireta. Afirma que não ocorreu nenhuma das situações que autorizariam tal procedimento.

Alega que estão sendo lançados valores já recolhidos ao INSS que seriam as contribuições dos segurados que já foram descontadas e recolhidas pelas empresas prestadoras de serviços.

Considera nulo o lançamento pela ausência de arrolamento do contribuinte de fato que seriam as empresas prestadoras de serviço.

Alega a impossibilidade de atribuição de responsabilidade à mesma.

Entende que a auditoria fiscal não é competente para desconsiderar pessoas jurídicas e que tal competência seria do Juiz a pedido do Ministério Público, conforme previsão constante no art. 50 do Código Civil.

Alega que tampouco a auditoria fiscal teria competência para caracterizar vínculo de emprego, pois os órgãos competentes seriam a Justiça do Trabalho ou a Justiça Federal quando investida de competência para dirimir questões trabalhistas.

Argumenta que nunca existiram os vínculos de emprego apontados na NFLD e que não houve subordinação.

Afirma que as prestadoras assumiam o risco da atividade econômica, arcando com todas as suas despesas.

Aduz que em nenhum momento a fiscalização mencionou ou constatou qualquer ocorrência de vedação ou exclusão das empresas prestadoras de serviços do SIMPLES.

Entende que inexistente vínculo empregatício, grupo econômico ou solidariedade. Tece considerações a respeito.

Pelo Acórdão nº 06-14.726, a 5ª Turma da DRJ/Curitiba (fls. 583/598) considerou o lançamento procedente.

A notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 605/626) onde alega nulidade da decisão recorrida sob o argumento de que a mesma não teria apreciado toda a matéria apresentada na impugnação. No mais, efetua repetição dos argumentos já apresentados em defesa.

Não houve apresentação de contra-razões.

É o relatório.

Voto

Conselheira ANA MARIA BANDEIRA, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

De plano, é necessário afastar a alegação de nulidade da decisão recorrida sob o argumento de que a mesma não teria apreciado toda a matéria apresentada na impugnação.

O julgador de primeira instância, com base nas informações fornecidas pela auditoria fiscal e razões de defesa apresentadas pela recorrente decidiu pela procedência do lançamento pelos motivos que elenca.

Cumpre ressaltar que o órgão julgador não se obriga a apreciar toda e qualquer alegação apresentada pela recorrente, mas tão somente aquelas que possuem o condão de formar ou alterar sua convicção.

Tal entendimento encontra respaldo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aplicada subsidiariamente, conforme se depreende do Recurso Especial, cuja ementa transcrevo abaixo:

"RESP 208302 / CE ; RECURSO ESPECIAL1999/0023596-7 – Relator: Ministro Edson Vidigal – Quinta Turma – Julgamento em 01/06/1999 – Publicação em 28/06/1999 – DJ pág 150

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. ADMISSIBILIDADE. REFERÊNCIA A CADA DISPOSITIVO LEGAL INVOCADO. DESNECESSIDADE.

1. Legal a oposição de Embargos Declaratórios para pré questionar matéria em relação a qual o Acórdão embargado omitiu-se, embora sobre ela devesse se pronunciar; o juiz não está obrigado, entretanto, a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão.

2. Recurso não conhecido."

"REsp 767021 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 2005/0117118-7 – Relator: Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA – Julgamento em 16/08/2005 - DJ 12.09.2005 p. 258

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.

1. Recurso especial contra acórdão que manteve decisão que, desconsiderando a personalidade jurídica da recorrente, deferiu o arresto do valor obtido com a alienação de imóvel.

2. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de fundamentação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no arresto a quo. (g.n.)."

A recorrente apresenta preliminar no sentido de que a notificação seria nula por ter sido lavrada fora do estabelecimento fiscalizado.

Entende a recorrente que pelo fato da notificação ter sido materialmente produzida na repartição fiscal esta foi lavrada fora do estabelecimento o que causaria sua nulidade.

Tal preliminar não merece acolhida e parece-me equivocada. Os procedimentos concernentes à materialização da notificação que será entregue ao sujeito passivo, quais sejam, impressão de relatórios, organização dos mesmos, bem como dos anexos, numeração de folhas e outros não necessitam ser realizados no estabelecimento das mesmas.

Também em sede de preliminar alega falta de clareza na descrição da suposta infração.

Pode-se observar que as peças que compõem os autos, sobretudo o Relatório Fiscal oferecem todas as condições para o perfeito entendimento do lançamento.

Não há que se falar em falta de clareza na descrição do lançamento, uma vez que os fatos geradores, a matéria tributável, o sujeito passivo e o montante devido estão identificados, em perfeita consonância com o que dispõe o art. 142 do Código Tributário Nacional.

A recorrente também alega que teria havido cerceamento de defesa em razão da auditoria fiscal ter efetuado o lançamento sem conceder-lhe qualquer oportunidade de se manifestar sobre os referidos dados.

O procedimento da auditoria fiscal não se consubstancia em cerceamento de defesa.

O trabalho da auditoria fiscal junto ao contribuinte para apurar eventuais contribuições não recolhidas ou descumprimento de obrigações acessórias se dá na chamada fase oficiosa do lançamento.

17/06/09
Assina Edna Ferreira Pinto
Ass. Slape 752748

A fase oficiosa se encerra com o efetivo lançamento e, a partir de então, inicia-se a fase contenciosa, onde o contribuinte tem a oportunidade de contestação.

O cerceamento de defesa só é passível de ocorrer na fase contenciosa, quando já existe o lançamento. Não há que se conceder oportunidade para manifestação ao contribuinte durante a fase oficiosa, porque nesse momento, não há do que se defender.

Portanto, rejeito mais esta preliminar.

Tampouco se pode acolher a alegação de que haveria nulidade na notificação, pois o MPF – Mandado de Procedimento Fiscal só poderia ter sido assinado pelo sócio gerente/administrador.

Não há obrigatoriedade legal que de somente o sócio-gerente/administrador possa dar ciência nos Mandados de Procedimentos Fiscais emitidos.

Ao contrário, o próprio Decreto nº 70.235/1972 estabelece no seu art. 7º, inciso I, reconhece que o início do procedimento fiscal se dá pela cientificação do sujeito passivo ou seu preposto, conforme se verifica na transcrição abaixo:

“Art. 7º - O procedimento fiscal tem início com:

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificando o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;(g.n.)”

Dessa forma, afasto mais essa preliminar.

Quanto ao inconformismo da recorrente pela alegada utilização do procedimento de aferição indireta, este não procede.

O arbitramento é procedimento previsto no artigo 148 do CTN, que dispõe o seguinte:

“Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fê as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.”

Da leitura do dispositivo, conclui-se que o arbitramento é um meio previsto pelo legislador e colocado à disposição da administração tributária para apurar o valor devido na impossibilidade de verificação direta dos valores das bases de cálculo sobre as quais deverá incidir o tributo.

Pelas informações do Relatório Fiscal, pode-se comprovar que tal procedimento não foi utilizado no presente lançamento. A auditoria fiscal é clara ao informar que os fatos geradores foram apurados diretamente nas folhas de pagamento das prestadoras de serviço.

No que tange ao inconformismo da recorrente pelo fato de não terem sido aproveitados os recolhimentos efetuados pelas prestadoras de serviço é necessário fazer algumas considerações.

A desconsideração da personalidade jurídica das prestadoras de serviços, para fins previdenciários, resultou na situação em que a notificada seria o verdadeiro e único sujeito passivo.

Entretanto, não se pode perder de vista que o trabalho da auditoria fiscal corresponde à fase oficiosa do lançamento.

Não existisse a fase contenciosa, certamente poderia a auditoria fiscal ter aproveitado os eventuais recolhimentos efetuados pelas prestadoras.

Em razão de a Constituição Federal garantir os direitos ao contraditório e ampla defesa, só será possível dizer que os valores pagos pelas prestadoras são indevidos, após o trânsito em julgado administrativo, ou mesmo judicial, se a recorrente entender por socorrer-se do Judiciário, com decisão desfavorável à notificada. A partir da decisão definitiva é que restará incontroverso que os valores recolhidos pelas prestadoras seriam indevidos, podendo a mesma pleitear a restituição, caso não extinto o direito.

A recorrente considera nulo o lançamento pela ausência de arrolamento do contribuinte de fato que seriam as empresas prestadoras de serviço.

Alega a impossibilidade de atribuição de responsabilidade à mesma, ou seja, ilegitimidade passiva.

A recorrente dividiu as atividades de sua produção industrial e contratou empresas optantes pelo SIMPLES, cujos empregados passaram a realizá-las.

Assevere-se que a empresa antecessora da recorrente realizava o mesmo processo industrial com empregados próprios e, posteriormente, a própria recorrente reconheceu a irregularidade de tal conduta e efetuou a transferências dos empregados das prestadoras de serviços para si própria, tudo devidamente registrado e, inclusive, informado em GFIP.

Da análise dos fatos apresentados, é possível concluir que a conduta descrita se revela verdadeira simulação.

O Código Civil Brasileiro instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 regula a questão da simulação no Capítulo que trata da Invalidade do Negócio Jurídico e no inciso I do § 1º do artigo 167 temos o exato enquadramento da situação verificada pela auditoria fiscal, *in verbis*:

"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."

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). 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).

Escudada no 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 pois, 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.

Não restam dúvidas de que todos os expedientes utilizados 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.

É certo que não há irregularidade de empresas optarem pelo SIMPLES e a auditoria não promoveu a exclusão das prestadoras do sistema simplificado de recolhimento de tributos, pois para a caracterização da recorrente como verdadeira empregadora dos segurados é irrelevante que as prestadoras sejam optantes pelo SIMPLES, pois o que interessa é o sistema de recolhimentos da notificada.

Nesse diapasão, pode-se citar o entendimento de Heleno Tôrres em sua obra Direito Tributário e Direito Privado – Autonomia Privada, Simulação, Elisão 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 despropositado 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."

A dissociação entre a situação fática e a jurídica apresentada se torna mais evidente pela ótica dos próprios empregados. Para eles não houve mudanças significativas. O único acontecimento fora da rotina possivelmente seria a convocação para a baixa na carteira de trabalho por uma empresa, seguida de novo contrato por outra.

Ademais, embora não seja objeto do presente lançamento qualquer contribuição oriunda de empresa sucedida, cabe informar que da análise dos autos do lançamento efetuado contra a interessada, objeto do recurso nº 150815, verificou-se que tais segurados antes de serem formalmente contratados pelas empresas prestadoras optantes pelo SIMPLES, tiveram vínculos formais com várias das empresas sucedidas.

Outra informação relevante para o entendimento da conduta da recorrente é o fato das empresas sucedidas serem fundadas e depois de um certo tempo, começarem a transferir seus empregados para outra empresa do grupo. Ao mesmo tempo, seus sócios fundadores retiram-se da sociedade deixando em seu lugar sócios que eram empregados ou ex-empregados de empresas ou obras do grupo. A partir de então, a empresa sucedida paralisava suas atividades, porém, permanecia em débito para com a Seguridade Social.

Assim, entendo que a auditoria fiscal, na presença de simulação não se obriga a 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;"

Vale salientar que, para alcançar o fato gerador ocorrido, não é necessário que o fisco demonstre que o negócio simulado seja ilegal. Ao contrário, a natureza da simulação pressupõe atos jurídicos lícitos, uma vez que o que a caracteriza é a desconformidade entre a negócio formal e o efetivamente praticado. Portanto, o fato da constituição das empresas, bem como da contratação das mesmas ter ocorrido de acordo com os ditames legais, não significa que a auditoria fiscal se veja impedida de efetuar o lançamento diante da constatação da existência do fato gerador, verificada ante a abstração do negócio legal aparente.

A recorrente também mencionam o art. 50 do Novo Código Civil, dispositivo que teria sofrido afronta em razão da auditoria fiscal haver desconsiderado pessoas jurídicas independentes e autônomas.

É certo que o Código Civil pode ser aplicado de forma subsidiária ao processo administrativo fiscal. Porém, de forma eventual e, exclusivamente, naquilo em que a legislação própria, ou seja, o Código Tributário Nacional silencia, em obediência ao Princípio da Tipicidade.

Considerando as argumentações da recorrente, o Fisco, nos casos da espécie deveria permanecer passivo ou, antes de efetuar o lançamento, deveria propor judicialmente a ação de anulação dos atos ou negócios que considerou simulados, para só então apurar e lançar os tributos devidos.

A meu ver, tal entendimento se encontra na contra-mão da jurisprudência do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e dos Tribunais Pátrios, conforme se observa nos julgados trazidos à colação, salientando que os grifos não constam nos originais:

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

Trata-se de apelação interposta pela autora ATENAS ENGENHARIA LTDA contra sentença que julgou improcedente seu pedido de anulação de débito fiscal.

.....
Desse modo, os fatos apurados pela autoridade autuante comprovam a existência de um prévio ajuste entre as partes, com objetivo final de produzir perda na pessoa jurídica e lucros em favor da pessoa física, na presunção de que ambas obterão proveito fiscal perante o Imposto de Renda.

As operações simuladas da forma supra mencionada afrontam os princípios estabelecidos pela Lei nº 6.385 de 7 de dezembro de 1976, a qual disciplina o mercado de valores mobiliários.

.....
Assim, entendo que o resultado de operações realizadas com o fim de gerar prejuízo na pessoa jurídica, como ocorre no caso em tela, não pode ser aceito para reduzir a base de cálculo do imposto de renda (lucro real), uma vez que tais operações são contrárias à lei e à ordem pública não podendo, assim, constituir objeto de pessoa jurídica legalmente constituída, nos termos do art. 2º da Lei nº 6.404/76, combinado com o parágrafo único do art. 172, do Decreto nº 85.450/80 (R.T.R.). Ademais, as despesas correspondentes dessa operações não preenchem os requisitos de dedutibilidade previstos no artigo 191 do RIR/80.

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 ilegítimamente realizada pela Autora, nos termos do art. 149, inciso VII, do CTN, in verbis.

'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.' (g.n.)

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

2ª CC/MP Sexta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 12/06/09
Maria Edna Ferreira Pinto
Mat. Slape 752748

CC02/C06
Fls. 645

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

1. A sentença desbordou do pedido inicial, porquanto o critério a ser usado como base de cálculo para apuração do imposto de renda não integra o pedido, tampouco a causa de pedir. O provimento jurisdicional deve se circunscrever à pretensão para que seja obstaculizada a constituição do crédito tributário com base nos valores creditados em conta bancária, devendo ser expungida da sentença a determinação para que a tributação da impetrante considere como renda a percentagem de 30% da movimentação financeira.
2. Qualquer alegação alteradora do pedido inicial, particularmente no que se refere à questão da base de cálculo do imposto de renda, não poderá ser conhecida, por implicar inovação não permitida pelo CPC.
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.

Acórdão 101-93724 – Primeira Câmara – 23/01/2002

PRELIMINAR. DECADÊNCIA. Quando a autoridade lançadora demonstra que ocorreram veementes indícios de dolo, fraude ou simulação, a decadência rege-se conforme o disposto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional tendo em vista que o sujeito passivo utilizou-se de artifícios para ocultar a ocorrência do fato gerador. Entretanto, até o mês novembro de 1994, os fatos geradores ocorridos nos meses em que não foi demonstrada a ocorrência de indícios veementes de dolo, fraude ou simulação não pode ser objeto de revisão pela autoridade lançadora porquanto, todas as informações foram fornecidas pelo sujeito passivo e a autoridade lançadora dispunha de um prazo de cinco anos contados da data da ocorrência do fato gerador para providenciar o lançamento (art. 150, § 4º., do CTN).

.....
IRPJ. OMISSÃO DE RECEITAS. VENDAS DE VEÍCULOS PARA EMPRESAS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. A diferença entre o valor da venda de veículo para empregado, sem capacidade econômica ou financeira, e deste para a empresa de arrendamento mercantil, com a prova de que a adquirente pagou diretamente a concessionária de veículos, constitui omissão de receitas, aplicando-se a multa qualificada, por estar evidente o intuito de dolo, fraude ou simulação.

Preliminar e mérito provido, em parte."

A recorrente alega a incompetência da Previdência Social para reconhecer vínculo empregatício e a indevida imputação de vínculo.

O procedimento realizado pela auditoria fiscal não se consubstanciou em reconhecimento de vínculo empregatício, até porque não há qualquer dúvida da condição de segurados empregados dos trabalhadores em questão.

Tais segurados possuíam vínculo formal com as empresas prestadoras de serviços, porém restou demonstrado que a constituição de tais empresas não trouxe qualquer alteração na situação dos empregados, que prestavam serviços nas dependências da recorrente, incluídos em sua estrutura organizacional, em atividades vinculadas à sua atividade fim e subordinados a sua política administrativa/produtiva/econômica.

O fato das as Notas Fiscais emitidas aparecerem em seqüência numérica e ordem cronológica sugerem a exclusividade na prestação dos serviços.

Ademais, o reconhecimento posterior do vínculo empregatício por parte da recorrente reforça a convicção de que os empregados nunca estiveram vinculados a outra empresa que não a recorrente.

Quanto às considerações apresentadas relativamente à inexistência de grupo econômico ou solidariedade, entendo não serem pertinentes ao presente caso.

Na NFLD em tela, figura como única integrante do pólo passivo a King Meat Alimentos do Brasil S/A, não havendo, portanto, que se falar em grupo econômico ou solidariedade.

A recorrente ainda se irressigna contra a caracterização de sucessão e de grupo econômico de fato.

A meu ver, tais alegações não são pertinentes ao caso em tela. O lançamento efetuado não é oriundo de empresas sucedidas, sendo, efetivamente de responsabilidade da notificada King Meat Alimentos do Brasil S/A.

Quanto à configuração de grupo econômico de fato, a auditoria fiscal caracterizou-o nos autos do recurso nº 150815. As participantes do grupo, de acordo com a auditoria fiscal, seriam a King Meat Alimentos do Brasil e a Monte Grappa Comercial S/A.

Entretanto, embora tenha caracterizado a Monte Grappa como integrante do mesmo grupo econômico da King Meat, a auditoria fiscal, no caso em tela, que trata de fatos

2ª CC/ME Sexta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
17/06/09
Brasília, *Maria Edna*
Maria Edna Pereira Pinto
Mat. Slape 752748

CC02/C06
Fls. 647

geradores ocorridos nas dependências da King Meat, não utilizou o instituto da responsabilidade solidária para fazer integrar no pólo passivo a empresa Monte Grappa Comercial S/A.

Assim, é impertinente ao caso em questão a alegação de inconformismo pela solidariedade pela ocorrência de grupo econômico de fato ou sucessão, uma vez que tal instituto não está presente nos autos.

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

Voto no sentido de CONHECER do recurso, REJEITAR PRELIMINARES e NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 04 de fevereiro de 2009

Ana Maria Bandeira
ANA MARIA BANDEIRA