



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

Processo n° 11176.000368/2007-67
Recurso n° 151.406 Voluntário
Acórdão n° 2401-01.318 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de agosto de 2010
Matéria DESCARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO PACTUADO
Recorrente FA MARINGA LTDA
Recorrida DRJ-CURITIBA/PR

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2000 a 30/09/2006

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - GFIP - TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA - SEGURADOS EMPREGADOS INCLUÍDOS EM FOLHA DE PAGAMENTO DE EMPRESA INTERPOSTA - - PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE.

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

A GFIP é termo de confissão de dívida em relação aos valores declarados e não recolhidos.

A verificação de inconstitucionalidade de ato normativo é inerente ao Poder Judiciário, não podendo ser apreciada pelo órgão do Poder Executivo.

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

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

In casu, constatou-se a ocorrência de simulação, razão porque a decadência, mesmo na existência de pagamentos antecipados deixa de ser aplicada a luz

do art. 150, § 4º, do CTN, passando a decadência a ser apreciada pelo art. 173, I do CTN.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - APLICAÇÃO DE JUROS SELIC - PREVISÃO LEGAL.

Dispõe a Súmula nº 03, do 2º Conselho de Contribuintes, aprovada na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, publicadas no DOU de 26/09/2007, Seção 1, pág. 28: "É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais."

O contribuinte inadimplente tem que arcar com o ônus de sua mora, ou seja, os juros e a multa legalmente previstos.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2000 a 30/09/2006

NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - NULIDADE - AUSÊNCIA DE EMISSÃO DE ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES PELA SRF - INOCORRÊNCIA DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - INAPLICABILIDADE DA EXIGÊNCIA.

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

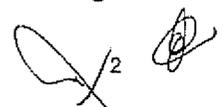
No procedimento em questão a AUTORIDADE FISCAL EM IDENTIFICANDO a caracterização do vínculo empregatício com empresa que simulou a contratação por intermédio de empresas interpostas, procedeu a caracterização do vínculo para efeitos previdenciários na empresa notificada, que era a verdadeira empregadora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

PESSOA JURÍDICA OPTANTE PELO SIMPLES. RECOLHIMENTOS DA PARTE DOS SEGURADOS EMPREGADOS. ABATIMENTO DO CRÉDITO LANÇADO. NECESSIDADE.

Em razão dos recolhimentos efetuados pela empresa optante pelo SIMPLES, a qual teve seus funcionários caracterizados como segurados empregados da notificada, impõe-se à dedução das contribuições daqueles segurados devidamente pagas no montante devido no regime de tributação do SIMPLES do presente crédito tributário, sob pena de ocorrência de *bis in idem*.

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

LANÇAMENTO. COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL. Conforme preceitua o artigo 142 do CTN, artigo 33, *caput*, da Lei nº 8.212/91 e artigo



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

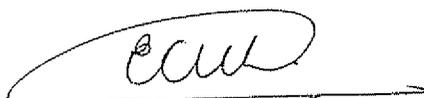
RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

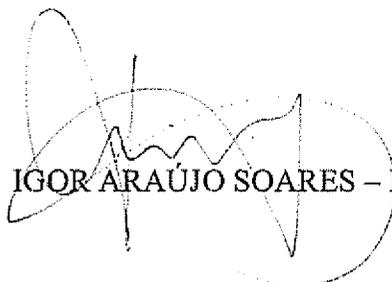
ACORDAM os membros do Colegiado I) Pelo voto de qualidade, em rejeitar a preliminar de necessidade de prévia expedição de Ato Declaratório Executivo - ADE para exclusão do SIMPLES. Vencidos os Conselheiros Marcelo Freitas de Souza Costa, Igor Araújo Soares e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que acolhiam a preliminar. II) Por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade. III) Por unanimidade de votos, em declarar a decadência até a competência 11/2001, inclusive 13º salário de 2001. IV) Por maioria de votos, no mérito, em dar provimento parcial para determinar que do montante lançado sejam deduzidos os recolhimentos referentes à contribuição dos segurados efetuados pela 3 W Lamfer Indústria e Comércio de Confeções Ltda. Vencida a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, que negava provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Igor Araújo Soares.



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA - Relatora



IGOR ARAÚJO SOARES - Redator Designado

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira. Ausente a Conselheira Cleusa Vieira de Souza.

Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo dos segurados empregados não retida pela empresa.

Destaca-se que conforme descrito no relatório fiscal, durante o procedimento de auditoria, constatou a fiscalização a existência de estabelecimentos que embora possuam CNPJ próprios e gerência contratuais aparentemente distintas, estão de fato, sob a administração da mesma empresa, qual seja: FA MARINGÁ LTDA. Tais procedimentos e artifícios, conjugados com a transferência de empregados, entre as empresas, criação de empresas optantes pelo SIMPLES, designação de funcionários para prestar serviços concomitantemente as diversas empresas, realização de serviços no mesmo estabelecimento, relações de parentesco e de vínculo empregatício entre os diversos sócios das empresas, conspiraram para o mesmo resultado: Sonegação de tributos devidos à Previdência Social, que agora, os lançamentos fiscais buscam resgatar. A aparente distinção entre as empresa permitiu aos empresários usufruírem indevidamente do tratamento tributário simplificado e favorecido instituído pela Lei nº 9317/96 (Lei do Simples).

O lançamento compreende competências entre o período de 01/2000 a 09/2006, sendo que os fatos geradores incluídos nesta NFLD foram apurados por meio do documento GFIP e das folhas de pagamento da empresa 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA abrangidas no presente procedimento fiscal.

Durante a ação fiscal que originou a presente notificação, constatou a autoridade fiscal, por meio da análise documental e dos procedimentos de auditoria, que a empresa 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA, embora possua CNPJ próprio e sócios aparentemente distintos, está de fato, sob a administração das pessoas pertencentes a F A MARINGÁ LTDA.

Descreveu o auditor que adotando o critério da terceirização da mão de obra com a inscrição da 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA no SIMPLES, conspirou para o resultado, qual seja, do não pagamento de contribuições devidas à previdência social.

Em virtude da simulação praticada, tem-se para efeitos previdenciários, que a contratação irregular de trabalhadores empregados pela empresa 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA restou afastada sendo considerada que a contratação fática é realizada pela empresa FA MARINGÁ LTDA.

Registre-se que os fatos geradores apurados nesta NFLD correspondem exatamente as GFIP, Folhas de Pagamento e Recibos da empresa 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA, considerando a simulação descrita, contudo, para efeitos de apuração tanto da contribuição dos segurados empregados descontada, bem como contribuições patronais, não foi aproveitado o recolhimento, vez que realizado em CNPJ próprio.

Destaca, ainda a autoridade fiscal, que faz parte do relatório fiscal do lançamento o relatório denominado "SITUAÇÃO FÁTICA EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS APARENTEMENTE CONTRATADOS PELAS EMPRESAS 3W LAMFER

INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA E FÁBRICA DE ACOLCHOADOS MARINGÁ LTDA.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 26/01/2007, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 31/01/2007.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela notificada, fls. 629 a 703. O recorrente anexou diversos documentos que entende pertinentes a comprovação do alegado, fl. 692 a 4588

A Decisão-Notificação confirmou a procedência, total do lançamento, fls. 4681 a 4725.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 4737 a 4817. Em síntese, a recorrente em seu recurso alega o seguinte:

1. Preliminarmente, defende que a decadência das contribuições previdenciárias se opera em cinco anos a teor do artigo 150, parágrafo 4º do CTN, fato este não reconhecido pela DRJ Curitiba. Portanto requer a exclusão das contribuições até 12/2001.
2. Ainda em sede de preliminar destaca a ausência do dispositivo legal de simulação, o que enseja a falta de fundamentação legal quanto a simulação, gerando a nulidade da NFLD.
3. Alega cerceamento ao direito de defesa e ao contraditório, visto que não recebeu cópia: dos documentos constantes do item 17 do Relatório Fiscal; que A planilha I que trata da migração de funcionários entre empresas, a planilha II do cadastro societário das empresas e a planilha IV estão incompletas; na planilha I - que nas páginas 3 e 4 constam somente os números das Carteiras de Identidade sem os demais dados das páginas 1 e 2. (Anexo 001); na planilha do cadastro societário das empresas - que nas páginas 3 e 4 constam somente os números das Carteiras de Identidade sem os demais dados das páginas 1 e 1. (Anexo 001); na planilha IV - nas fls. 20 a 38, não estão descritas as notas fiscais e demais dados (Anexo 001).
4. No mérito argumenta:
 - a. Que teve de solicitar documentação às empresas fiscalizadas para que só assim tivesse condições de se defender.
 - b. O recorrente demonstrou ainda na impugnação que o faturamento da empresa F A Maringá Ltda é infinitamente superior as das empresas 3W Lamfer Indústria de Confeções Ltda - EPP (0,79% do faturamento da F A Maringá Ltda) e Fábrica de Acolchoados Maringá Ltda(1,11% o do total do faturamento da F A Maringá Ltda), o que demonstra a



inexistência de dependência econômica da notificada com as demais.

- c. Destaca que os demais fornecedores da F A Maringá Ltda representam 64,58% e que os 33,51 % o restante corresponde às despesas, impostos e margem de lucro.
- d. A F A Maringá Ltda tem pouca relação com a 3W Lamfer e a Fabrica de Acolchoados Maringá.
- e. A empresa face o grande volume de produção contrata serviços de várias outras indústrias, como é prática no segmento industrial ou comercial. Seria inviável a empresa produzir tudo que comercializa.
- f. Faz a empresa diversas considerações acerca das atividades desenvolvidas pela F A Maringá Ltda, bem como a regular constituição da 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA, inclusive enfatizando que ela não foi constituída de forma simulada ou fraudulenta para sonegar ou provocar evasão fiscal. Que possui contabilidade própria, recolhe os tributos, tem empregados registrados e cumpre suas obrigações, bem como seu regular enquadramento no SIMPLES.
- g. Que na 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA os sócios nunca fizeram parte da F A Maringá Ltda.
- h. A atividade industrial de confecções é bastante abrangente conforme documentos de terceiros 030/039, possuindo carteira de clientes desde o ano de 1993 e distinta da FA MARINGÁ, sendo que a mesma comercializa camisetas com a marca – NATUREZA RARA com exclusividade para a empresa ASSEMIB.
- i. Existe também comercialização de camisetas para a empresa ARTHUR LUDGREN (CASAS PERNAMBUCANAS), SERVIÇOS PARA EMPRESA M OFFICER.
- j. Também comercializa com a empresa IBERPUNTO, com sede em Curitiba.
- k. A empresa foi constituída em 27/08/1993 com o objetivo social de Industrialização, comercialização de tecidos e confecções e industrialização de confecções, portanto a mais de treze anos, sendo que a empresa recolhe seus tributos, tem empregados registrados e cumpre suas obrigações.
- l. Os sócios compraram as cotas e pagaram o preço, para tanto, os mesmos possuíam patrimônio conforme declarações de IRPF.
- m. A empresa 3W é regularmente inscrita no SIMPLES.

-
- n. Embora na 3W a participação societária de sócios de que fizeram parte da FA Maringá, tal participação está dentro do livre direito de exercício de qualquer atividade profissional.
- o. Existiu na verdade uma falsa premissa de simulação para fraudar o fisco, criado pelo auditor w cancelada parcialmente pela DRJ_Curitiba.
- p. Que a 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA no período de 27/8/93 a 28/1/2002 possuía sua sede na av. Colombo, passando a partir de então a localizar-se em Rua Rubens Sebastião Marin, 1414, blocos 1/2/5/6. Possui contrato de aluguel com a empresa F A Maringá Ltda, incluindo inclusive água e luz., sendo que a autoridade julgadora absteve-se de apreciar tais fatos.
- q. Os responsáveis pela empresa 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA, são os verdadeiros responsáveis pela gerência do empreendimento e considerando que cumpridos todos os preceitos considerar que a empresa 3W é Simulada.
- r. Existe individualização física - Local de Trabalho dos Funcionários da Fábrica de Acolchoados Maringá. Note-se que não existe impedimento legal para que várias empresas instalem-se no mesmo lugar, como é o caso de shopping. Que as fotos acostados aos autos, não apreciadas pela autoridade julgadora demonstram a existência de espaços físicos distintos.
- s. Ressalta, que os empregados das 3 empresas, apenas nos momentos dos intervalos acabam se cruzando, porém isso não os define como empregados do mesmo empregador.
- t. Que a empresa 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA paga as despesas de água e luz, juntamente com o aluguel. A apropriação de despesas como custo é um direito e uma faculdade de que pode ser exercida por uma empresa. Portanto, cabe ao INSS, somente a fiscalização do INSS, Terceiros, SAT, FGTS e nada mais.
- u. Que as empresas F A Maringá e Fábrica de Acolchoados Maringá Ltda foram fiscalizadas pelo Ministério do Trabalho e que não foi constatada nenhuma irregularidade.
- v. Que a NFLD não foi assinada por um dos Auditores e que portanto houve ilegalidade e abuso de poder ante a descrição de simulação.
- w. Quanto ao Alvará de localização, diz a Impugnante que a questão é de competência única e exclusiva do Município.

- x. Novamente descreve os conceitos inerentes a figura da empresa, empresário e suas prerrogativas.
- y. Os sócios das empresas Fábrica de Colchões, 3W e CN Ingá possuem capacidade para serem empresários. Com relação a F A Maringá e Fábrica de Acolchoados Maringá e 3W, os SOCIOS exercem atividade empresarial, não tendo a Fiscalização feito prova que possa desqualificar os sócios bem como a gestão de cada empresa. Perfeitamente possível a sociedade entre cônjuges e parentes.
- z. Que a 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA foi constituída sendo que seu capital social foi subscrito e integralizado pelos sócios. Que nas relações externas os sócios demonstram-se responsáveis pelas obrigações da empresa.
- aa. Os requisitos para caracterização da simulação não estão presentes, quais sejam: condições pessoais ou patrimoniais do outorgante; as relações que eles se encontram, os fatos que precedem a realização do fato jurídico; as circunstâncias em que foi celebrado, os fatos posteriores a celebração, a real posição dos sócios, que os sócios se reduzam a simples aparência;
- bb. Quanto ao relatório fiscal da notificação de lançamento de débito a alegação de que os empregados da 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA Ltda seriam empregados da F A Maringá é improcedente. Que a Fiscalização entendeu que a 3W Lamfer e a Fábrica de Acolchoados Maringá Ltda seriam empresas "laranjas" e quanto às demais seriam verdadeiras. Que a CN Ingá Industria do Vestuário e F AM Participações Ltda, por estarem enquadradas no regime normal de tributação não foram notificadas. Que o enquadramento no Simples está amparado por lei.
- cc. Entendeu a Fiscalização que pela situação fática estaria a 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA sendo administrada pela empresa F A Maringá, o que é uma interpretação forçada, pois os sócios da Fábrica de Acolchoados Maringá são ativos na administração da empresa e na subordinação de seus funcionários.
- dd. Verifica-se que as contribuições dos segurados já foram devidamente recolhidas ela empresa 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. Não existe nenhuma simulação por interposição de pessoa jurídica.
- ee. Quanto a apuração do crédito, documentos analisados, fundamentação legal argumenta a notificada que o Auditor

Fiscal não informa a alíquota aplicada, sendo que a nulidade é notória.

- ff. Não existe norma impedindo que antigos funcionários possam trabalhar para parentes ou amigos, nem tampouco existe impedimento para existência de grau de parentesco entre os sócios das empresas fiscalizadas.
- gg. Conforme o CAGED e RAIS da F A Maringá a mesma possui grande número de funcionários. Que não entende o que o Auditor quis demonstrar em sua planilhas de fls. 16 e 17. Que entre os anos de 2002 e 2006 a Fábrica de Acolchoados Maringá teve contratação de 342 funcionários, sendo que destes apenas 37 são ex-funcionários da F A Maringá.
- hh. Nada impede que ex-funcionários da FA MARINGÁ, passem a trabalhar na 3W, ademais não foram feitas demissões e admissões no mesmo dia.
- ii. Que a 3 W Lamfer teve anos que fechou o balanço com prejuízos, mas que de 1999 para trás e de 2006 em diante deu lucro. Que pela planilha II e Notas Fiscais acostadas fica provado que a 3W Lamfer também vende produtos e presta serviços a outros clientes. Esses outros clientes representam 53,42% do faturamento total.
- jj. Cita o faturamento da F A Maringá Ltda e diz que existem outras indústrias enquadradas no Simples que contratam com a mesma.
- kk. Trata a seguir da planilha VI-A e diz que trata dos alimentos vendidos pela empresa Rosa Finco Munhoz, comprados pela F A Maringá e suas filiais bem como pela 3W Lamfer. Diz que essas empresas possuem funcionários e a alimentação é comprada conforme a necessidade. Que a F A Maringá compra alimentos para os seus funcionários e a 3 W Lamfer para os seus. Nada impede que a F A Maringá compre alimentação para as filiais e vice-versa.
- ll. Quanto ao Relatório do Auditor Fiscal quanto a alegada situação fática em relação aos empregados das empresas 3W Lamfer Indústria e Comércio de Confeções Ltda e Fábrica de Acolchoados Maringá Ltda.
- mm. Entendeu o Auditor Fiscal que a empresa F A Maringá e CN Ingá são as mesmas empresas, apesar de terem sedes, administrações, funcionários, sócios, receitas e despesas distintas.

- nn. Que das seis empresas fiscalizadas, apenas duas delas, enquadradas no Simples, foram entendidas como interpostas pessoas da F A Maringá Ltda.
- oo. Quanto a alegação de que as empresas possuem o mesmo endereço, note-se que de acordo com as fotos e alvarás de licenças e cartões de inscrição, todas elas possuem endereços distintos.
- pp. Quanto ao Cadastro das empresas e quadro societário descreve que os cadastros são públicos e estão devidamente registrados e informados nos órgãos competentes. Que com relação aos endereços das empresas a Fiscalização não retrata a realidade, pois todas elas possuem endereços distintos - setores e blocos distintos. Que cada empresa possui sua logomarca.
- qq. Com referência ao refeitório é verdade que os blocos onde as empresas estão instaladas possuem um único refeitório em comum, onde cada funcionário faz seu horário de almoço, pois o horário é do funcionário e ele almoça onde bem entender.
- rr. Da análise do quadro societário e da relação de parentesco identifica-se que não ha simulação por interposição de pessoas jurídicas pelo fato dos parentes serem sócios e contratarem entre si.
- ss. O Sr. Alcino Valêncio de Almeida é realmente sócio da empresa Fábrica de Acolchoados Ltda e também está registrado como funcionário na função de contador da empresa F A Maringá Ltda. A lei não impede que o Sr Alcino de ser funcionário da F A Maringá. Se quisesse poderia trabalhar até gratuitamente.
- tt. Existe uma razão social diferente para cada empresa e nada impede que não existindo mais uma razão social registrada, que se faça um registro com aquele nome posteriormente.
- uu. Quanto a verificação física dos empregados trabalhando descreve o recorrente que cada empresa possui seu departamento de recursos humanos próprio, sendo inverídica a afirmação do Auditor Fiscal de que seria um único departamento.
- vv. Que a contabilidade das empresas é feita pelo Sr. Alcino Valêncio de Almeida e seus assessores.
- ww. Quanto à alegada entrevista, o Sr. Auditor não colheu nenhuma declaração de punho próprio dos funcionários das empresas fiscalizadas. Que o que consta nos autos é apenas uma lista de funcionários, assinada por alguns, sem nenhuma declaração.

- xx. Que o Auditor Fiscal preencheu o tópico observação após as assinaturas e agora alega que são funcionários e que para todos os efeitos legais foram confeccionadas declarações por escritura pública que desmontam as alegações do Auditor Fiscal .
- yy. Agiu o auditor com excesso de poder e arbitrariedade ao colher assinaturas de funcionários, pois se quisesse deveria comunicar a empresa responsável pelo funcionário, para em local adequado, reduzir a termo na frente do sócios. Como não foi feita dessa forma, qualquer alegação do auditor sem documentação valida se torna falácia.
- zz. A multa fixada possui verdadeiro caráter confiscatório, bem assim não é cabível aplicação de correção monetária no lançamento em questão.
- aaa. A recepção da FA MARINGÁ é devidamente separada da CN Ingá, bem como a da #W e Fábrica de Acolchoados.
- bbb. Não existe impedimento para que o terceirizante trabalhe quase que exclusivamente para uma única empresa.
- ccc. As contas de água, luz, esgoto estão incluídas no aluguel, sendo que o telefone é individualizado, são como anúncio.
- ddd. Que o Auditor Fiscal preencheu o tópico observação após as assinaturas e agora alega que são funcionários e que para todos os efeitos legais foram confeccionadas declarações por escritura pública que desmontam as alegações do Auditor Fiscal .
- eee. Agiu o auditor com excesso de poder e arbitrariedade ao colher assinaturas de funcionários, pois se quisesse deveria comunicar a empresa responsável pelo funcionário, para em local adequado, reduzir a termo na frente do sócios. Como não foi feita dessa forma, qualquer alegação do auditor sem documentação valida se torna falácia.
- fff. A multa fixada possui verdadeiro caráter confiscatório, bem assim não é cabível aplicação de correção monetária no lançamento em questão.
- ggg. Face o exposto requer:
- i. Preliminarmente: que seja reconhecido o cerceamento ao direito de ampla defesa e contraditório, pela falta de todos os documentos acostados nos autos e pela falha do arquivo magnético que omite dados; Que seja julgada nula a NFLD por falta de fundamentação jurídica quanto ã tese da simulação, pois o dispositivo

encontra-se disciplinado no Código Civil; Que seja reconhecida a decadência das contribuições lançadas além dos cinco anos da data da NFLD; Que seja suspensa a exigibilidade da contribuição social a teor do art. 151, III,

- ii. No mérito: que seja julgada improcedente a NFLD diante da inexistência de interposição de pessoas jurídicas;

A Delegacia da Receita Federal do Brasil, encaminhou o processo a este Conselho sem o oferecimento de contra-razões.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 4779. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

Em primeiro lugar, reporte-me a nulidade levantada apenas durante a sustentação oral, qual seja, nulidade da NFLD, pela falta de emissão do ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES, emitido pela SRF, porém que merece considerações, posto que acatada por conselheiros desta Câmara.

QUANTO A NULIDADE PELA NÃO EMISSÃO DO ATO DECLARATÓRIO.

Entendo que, no caso, não há que se falar em nulidade pela AUSÊNCIA DE EMISSÃO DO ATO DECLARATÓRIO SRF PARA EXCLUSÃO DAS EMPRESAS DO SIMPLES, tendo em vista que no lançamento em questão não houve a desconsideração das pessoas jurídicas, ou mesmo sua desconsideração enquanto optantes pelo SIMPLES.

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

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

Caso levasse a efeito o entendimento trazido pelo patrono da empresa e acatado em sede de vista pelo Conselheiro Rycardo, o levantamento nem mesmo seria feito na empresa FA MARINGA S/A, mas sim, nas empresas interpostas "Fabrica de Acolchoados Maringa e 3W Lamfer, optantes pelo SIMPLES.

Quanto a possibilidade de exclusão de empresas do SIMPLES, ressalte-se que não cobrou o auditor contribuições patronais das empresas optante pelo SIMPLES, portanto não houve desenquadramento. O que ocorreu é que em constatando realidade diversa da pactuada inicialmente, procedeu o auditor para efeitos previdenciários o vínculo dos

trabalhadores das empresas interpostas diretamente com a FA MARINGA S/A, o que encontra respaldo na própria legislação previdenciária.

Assim, entendo que o ATO DECLARATÓRIO seria exigido, caso houvesse a desconsideração da opção pelo SIMPLES das referidas empresas, devendo, apenas neste caso, ser feita a comunicação a então Secretaria da Receita Federal, para realizar a emissão do Ato Declaratório. Em nenhum momento a autoridade fiscal disse que as empresas encontravam-se irregulares e que dessa forma não poderiam mais funcionar. Pelo contrário, observa-se, conforme descrito no relatório fiscal, durante o procedimento de auditoria, constatou a fiscalização a existência de estabelecimentos que embora possuam CNPJ próprios e gerência contratuais aparentemente distintas, estão de fato, sob a administração das mesma pessoas.

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

Dessa forma, a confusão entre gerência e desempenho de atividades corrobora com as informações trazidas pela autoridade fiscal nesta NFLD.

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

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

Ademais, não compete ao auditor fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, 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.

Na verdade o que se vislumbrou foi a simulação para que as empresas que prestavam os serviços pudessem se beneficiar do Sistema Simplificado de impostos –

SIMPLES em um primeiro momento, mantendo o faturamento dentro dos limites da lei. Porém não é aceitável esse tipo de atitude se constatado que ter por objetivo distorcer a realidade dos fatos apenas como fim de lograr proveito, sem cumprir os preceitos legais.

O que ocorreu durante o procedimento fiscal foi a constatação por parte do auditor fiscal de que não existiam realmente diversos empregadores, e sim, que as empresas criadas não assumiram verdadeiramente o poder de direção, estando todos os empregados vinculados enquanto trabalhadores a um único empregador, qual seja a empresa notificada.

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

Destaca-se, ainda em sede de preliminar, que o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, **nulidade por cerceamento de defesa**, tampouco pela falta de fundamentação legal. Destaca-se como passos necessários a realização do procedimento:

autorização por meio da emissão do Mandato de Procedimento Fiscal – MPF-F e complementares, com a competente designação do auditor fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento. NO caso, foram emitidos MPF para as quatro empresas, fiscalizadas concomitantemente.

Intimação para a apresentação dos documentos conforme Termos de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária. Ressalte-se novamente que foram emitidos TIAD específicos para cada um das empresas, sendo realizado o cruzamento de dados que auxiliaram a autoridade fiscal a considerar os vínculos para efeitos previdenciários entre os empregados das empresas e a F A MARINGÁ LTDA.

Autuação dentro do prazo autorizado pelo referido mandato, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura da NFLD ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes.

Neste sentido, as alegações de que o procedimento não poderia prosperar por não ter a autoridade realizado a **devida fundamentação das contribuições** não lhe confiro razão. Não só o relatório fiscal se presta a esclarecer as contribuições objeto de lançamento, como também o DAD – Discriminativo analítico de débito, que descreve de forma pormenorizada, mensalmente, a base de cálculo, as contribuições e respectivas alíquotas. Sem contar, ainda, o relatório FLD – Fundamentos Legais do Débito que traz toda a fundamentação legal que embasou o lançamento. Note-se, assim como descrito no relatório deste voto que a autoridade fiscal, indicou fazer parte o relatório denominado “SITUAÇÃO FÁTICA EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS APARENTEMENTE CONTRATADOS PELAS EMPRESAS 3W LAMFER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA E FÁBRICA DE ACOLCHOADOS MARINGÁ LTDA.”.

Quanto ao dispositivo legal da simulação entendo que logrou êxito a autoridade fiscal em demonstrar por meio dos relatórios e anexos as situações fáticas que o levaram a caracterizar para efeitos previdenciários, os segurados inicialmente contratados pela empresa 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA, como segurado da empresa notificada. Quanto a necessária indicação do dispositivo do CC, discordo do recorrente, sendo necessário a autoridade fiscal fundamentar o lançamento na legislação que rege a matéria, qual seja: lei 8212/91, Decreto 3.48/99. Ressalto, que não apenas o auditor realizou de forma muito minuciosa as fundamentações e descrições necessárias para caracterizar a simulação, como a autoridade julgadora de 1ª instância ao rebater os mesmos argumentos apontados na defesa, destacou de forma detalhada os dispositivos legais, descritos no relatório FLD, que também fundamentaram o lançamento. Assim, razão não assiste ao recorrente.

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

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

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

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

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

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

1 - arrecadar e fiscalizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nos incisos I, II, III, IV e V do parágrafo único do art. 195. bem como as contribuições incidentes a título de substituição; (Redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 26/11/2001)

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

III - aplicar sanções; e

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

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

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

Destaco aqui as palavras do ilustre relator da Decisão Notificação, AFRFB Paulo Marcelo Soares da Silva, que trouxe transcrição da obra do Ministro Maurício Godinho Delgado (Curso de Direito do Trabalho. Ed. LTR. 5ª Edição, 2006, pág. 363-364):

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

Quanto ao **cerceamento do direito de defesa** por não ter o recorrente tido acesso a diversas planilhas elaboradas pela autoridade julgadora, entendo que os pontos já foram devidamente afastados pela autoridade julgadora de 1ª instância, tendo o recorrente apenas resumido-se a indicá-las novamente, ou em relação a planilha Cadastro Societário indicar que possui dados incompletos, sem indicar, quais seriam, ou quais erros foram detectados, ou seja, não trouxe o recorrente qualquer fato novo, Razão porque também afasto essa preliminar.

Merece apenas esclarecimento a alegação de que nem todos os auditores assinaram a NFLD, o que importaria nulidade. Ressalte-se que não existe qualquer irregularidade neste ponto, estando quaisquer dos auditores que realizaram a auditoria competentes a assiná-la.

Quanto a decadência

Já quanto a preliminar referente ao prazo de decadência para o fisco constituir os créditos objeto desta NFLD, entendo cabível a sua apreciação. Nesse sentido, quanto a aplicação da decadência quinquenal, subsumo todo o meu entendimento quanto a legalidade do art. 45 da Lei 8212/91 (10 anos), outrora defendido à decisão do STF, proferida recentemente. Dessa forma, quanto a decadência de 5 anos, profiro meu entendimento.

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

Súmula Vinculante n.º 8 "São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário".

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

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

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

PROCESSUAL CIVIL TRIBUTÁRIO. ISS. ALEGADA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE DA CDA. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ENQUADRAMENTO DE ATIVIDADE NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA VENCIDA. FLIXAÇÃO. OBSERVAÇÃO AOS LIMITES DO § 3.º DO ART. 20 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07 DO STJ. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 173, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN.

1. O Imposto sobre Serviços é regido pelo DL 406/68, cujo fato gerador é a prestação de serviço constante na lista anexa ao referido diploma legal, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo. 2. A lista de serviços anexa ao Decreto-lei n.º 406/68, para fins de incidência do ISS sobre serviços bancários, é taxativa, admitindo-se, contudo, uma leitura extensiva de cada item, no afã de se enquadrar serviços idênticos aos expressamente previstos (Precedente do STF: RE 361829/RJ, publicado no DJ de 24.02.2006; Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no DJ de 26.10.2006, e AgRg no Ag 577068/GO, publicado no DJ de 28.08.2006). 3. Entrementes, o exame do enquadramento das atividades desempenhadas pela instituição bancária na Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68 demanda o reexame do conteúdo fático probatório dos autos, insindicável ante a incidência da Súmula 7/STJ (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no DJ de 26.10.2006; e REsp 445137/MG, publicado no DJ de 01.09.2006). 4. Deveras, a verificação do preenchimento dos requisitos em Certidão de Dívida Ativa demanda exame de matéria fático-probatória, providência inviável em sede de Recurso Especial (Súmula 07/STJ). 5. Assentando a Corte Estadual que "na Certidão de Dívida Ativa consta o nome do devedor, seu endereço, o débito com seu valor originário, termo inicial, maneira de calcular juros de mora, com seu fundamento legal (Código Tributário Municipal, Lei n.º 2141/94; 2517/97, 2628/98 e 2807/00) e a descrição de todos os acréscimos" e que "os demais requisitos podem ser observados nos autos de processo administrativo acostados aos autos de execução em apenso, onde se verificam: a procedência do débito (ISSQN), o exercício correspondente (01/12/1993 a 31/10/1998), data e número do Termo de Início de Ação Fiscal, bem como do Auto de Infração que originou o débito", não cabe ao Superior Tribunal de Justiça o reexame dessa inferência. 6. Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários advocatícios não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC (Precedentes: AgRg no AG 623.659/RJ, publicado no DJ de 06.06.2005; e AgRg no Resp 592.430/MG, publicado no DJ de 29.11.2004). 7. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07, do STJ, e no entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário" (Súmula 389/STF). 8. O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173: "Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo

extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento." 9. A decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: (i) regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210). 10. Nada obstante, as aludidas regras decadenciais apresentam prazo quinquenal com dies a quo diversos. 11. Assim, conta-se do "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (artigo 173, I, do CTN), o prazo quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício), quando não prevê a lei o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, bem como inexistindo notificação de qualquer medida preparatória por parte do Fisco. No particular, cumpre enfatizar que "o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, sendo inadmissível a aplicação cumulativa dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do CTN, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a fim de configurar desarrazoado prazo decadencial decenal. 12. Por seu turno, nos casos em que inexistente o dever de pagamento antecipado (tributos sujeitos a lançamento de ofício) ou quando, existindo a aludida obrigação (tributos sujeitos a lançamento por homologação), há omissão do contribuinte na antecipação do pagamento, desde que incorrentes quaisquer ilícitos (fraude, dolo ou simulação), tendo sido, contudo, notificado de medida preparatória indispensável ao lançamento, fluindo o termo inicial do prazo decadencial da aludida notificação (artigo 173, parágrafo único, do CTN), independentemente de ter sido a mesma realizada antes ou depois de iniciado o prazo do inciso I, do artigo 173, do CTN. 13. Por outro lado, a decadência do direito de lançar do Fisco, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento

antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias, obedece a regra prevista na primeira parte do § 4º, do artigo 150, do Codex Tributário, segundo o qual, se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador: "Neste caso, concorre a contagem do prazo para o Fisco homologar expressamente o pagamento antecipado, concomitantemente, com o prazo para o Fisco, no caso de não homologação, empreender o correspondente lançamento tributário. Sendo assim, no termo final desse período, consolidam-se simultaneamente a homologação tácita, a perda do direito de homologar expressamente e, conseqüentemente, a impossibilidade jurídica de lançar de ofício" (In Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, pág. 170). 14. A notificação do ilícito tributário, medida indispensável para justificar a realização do ulterior lançamento, afigura-se como dies a quo do prazo decadencial quinquenal, em havendo pagamento antecipado efetuado com fraude, dolo ou simulação, regra que configura ampliação do lapso decadencial, in casu, reiniciado. Entrementes, "transcorridos cinco anos sem que a autoridade administrativa se pronuncie, produzindo a indigitada notificação formalizadora do ilícito, operar-se-á ao mesmo tempo a decadência do direito de lançar de ofício, a decadência do direito de constituir juridicamente o dolo, fraude ou simulação para os efeitos do art. 173, parágrafo único, do CTN e a extinção do crédito tributário em razão da homologação tácita do pagamento antecipado" (Eurico Marcos Diniz de Santi, in obra citada, pág. 171). 15. Por fim, o artigo 173, II, do CTN, cuida da regra de decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário quando sobrevém decisão definitiva, judicial ou administrativa, que anula o lançamento anteriormente efetuado, em virtude da verificação de vício formal. Neste caso, o marco decadencial inicia-se da data em que se tornar definitiva a aludida decisão anulatória. 16. In casu: (a) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (b) a obrigação ex lege de pagamento antecipado do ISSQN pelo contribuinte não restou adimplida, no que concerne aos fatos geradores ocorridos no período de dezembro de 1993 a outubro de 1998, consoante apurado pela Fazenda Pública Municipal em sede de procedimento administrativo fiscal; (c) a notificação do sujeito passivo da lavratura do Termo de Início da Ação Fiscal, medida preparatória indispensável ao lançamento direto substitutivo, deu-se em 27.11.1998; (d) a instituição financeira não efetuou o recolhimento por considerar intributáveis, pelo ISSQN, as atividades apontadas pelo Fisco; e (e) a constituição do crédito tributário pertinente ocorreu em 01.09.1999. 17. Desta sorte, a regra decadencial aplicável ao caso concreto é a prevista no artigo 173, parágrafo único, do Codex Tributário, contando-se o prazo da data da notificação de medida preparatória indispensável ao lançamento, o que sucedeu em 27.11.1998 (antes do transcurso de cinco anos da ocorrência

dos fatos impositivos apurados), donde se deduce a higidez dos créditos tributários constituídos em 01.09.1999. 18. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.(GRIFOS NOSSOS)

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

Conforme descrito no recurso descrito acima: "A decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: (i) regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210)

O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, nos casos de lançamentos em que não houve antecipação do pagamento assim estabelece em seu artigo 173:

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

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

Art.150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade,

tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

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

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

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

§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifo nosso)

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

No caso, a aplicação do art. 150, § 4º, é possível quando realizado pagamento de contribuições, que em data posterior acabam por ser homologados expressa ou tacitamente. Contudo, no próprio dispositivo legal, observa-se o deslocamento do dispositivo da aplicação da contagem do prazo decadência nos casos de dolo, fraude ou simulação.

Assim, considerando a constatação pela autoridade fiscal de simulação de empresas, onde os empregados contratados por empresas interpostas, estavam na verdade vinculados a empresa notificada, deve-se apreciar a decadência a luz do art. 173 do CTN.

Os fatos que ensejaram a autuação ocorreram entre 01/2000 a 09/2006 e a lavratura do NFLD deu-se em 26/01/2007, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 31/01/2007. Face o exposto, em aplicando-se o art. 173 do CTN, encontram-se decadentes os fatos geradores até a competência 11/2001, inclusive 13. Salário..

DO MÉRITO

Quanto a inexistência de relação direta entre a empresa F A MARINGÁ e as empresas, FABRICA DE ACOLCHADOS MARINGÁ E 3W Lamfer entendo que novamente não logrou êxito o recorrente em demonstrar a inexistência de relação. Apesar de descrito pela autoridade julgadora e pela própria defendente a relação de percentuais de faturamento entre as duas empresas, entendo que não foi esse o elemento fundamental que levou a fiscalização a caracterizar o vínculo entre os segurados das empresas e a recorrente.

Entendo que o fato da empresa contratar diversas outras indústrias também não é argumento para refutar o lançamento. O que nota é uma espécie de terceirização, contudo realizado de forma irregular, o que ensejou conforme preceitua o princípio trabalhista da

Primazia da Realidade o vínculo entre a FA MARINGÁ e os empregados das FABRICA de Acolchoados e 3W LAMFER.

Conforme descrito pelo próprio recorrente, é impossível um grande indústria produzir tudo que comercializa, fato que entendo perfeitamente cabível, todavia o que não se admite é contratar empresas, para que seus funcionários prestem serviços dentro do próprio estabelecimento da tomadora, em sua atividade fim, com evidente confusão entre as funções exercidas, visto que o auditor demonstrou em seus relatórios, por meio de entrevistas aos empregados que os mesmos prestam serviços concomitantemente para as 3 empresas.

Nos termos da Súmula 331 do TST, dispositivo hoje que regula a terceirização do Direito Trabalhista Brasileira, visto ausência de norma específica, vejamos:

Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). (Revisão do Emunciado nº 256 - TST)

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

OU seja, da análise da referida Sumula, nota-se que não merece guarida a contratação de outras empresas, na forma como realizado pela recorrente e demonstrado pela autoridade fiscal.

Quanto ao argumento de ter a fiscalização entendido ser a empresa 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA simulada entendo que não deva ser essa a conclusão do lançamento em questão.

Portanto, o fato da empresa possuir outros clientes que não a FA Maringa, em nada afasta o crédito constituído, uma vez que a constatação da autoridade fiscal é que empregados dessas empresas, eram na verdade empregados da empresa FA Maringa, posto que os requisitos que os classificariam como empregados estavam diretamente relacionados aquela empresa.

Novamente, conforme descrito pela autoridade julgadora e novamente trazido a baila pelo recorrente, a fiscalização não desconsiderou a personalidade jurídica da empresa Fábrica de acolchoados Maringá e 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA, mas tão somente considerou que os seus empregados, na verdade prestavam serviços para a FA MARINGÁ, conforme descrito no relatório fiscal, senão vejamos:

CONSIDERAÇÃO DOS SEGURADOS EMPREGADOS ARTIFICIALMENTE CONTRATADOS PELA EMPRESA 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA, COMO SENDO, DE FATO, EMPREGADOS DA EMPRESA F A MARINGÁ LTDA.

3 - Durante a ação fiscal que originou a presente notificação, constatou-se, por meio da análise documental e dos procedimentos de auditoria-fiscal que a empresa 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA, embora possua inscrição (CNPJ) própria e sócios aparentemente distintos, está, de fato, sob a administração das pessoas pertencentes à empresa F A Maringá Ltda.

4 - Adotando o critério de "terceirização" da mão-de-obra com a inscrição da 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA, no Simples, conspirou para o resultado, qual seja, do não pagamento de contribuições devidas à Previdência Social.

5 - Esta notificação diz respeito unicamente das contribuições das empresas (patronais) incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados contratados de maneira interposta pela empresa Fábrica de Acolchoados Maringá Ltda, segurados estes considerados como estando diretamente a serviço da empresa F A Maringá Ltda, sendo as remunerações aferidas pelos valores constantes nas folhas da empresa 3 W Lamfer Indústria e Comércio de Confecções Ltda.

6 - O desmembramento da empresa em outras sociedades empresariais permitiu a empresa F A Maringá L (la, pessoa jurídica de fato beneficiada, mas que tem o faturamento impeditivo à opção pelo SIMPLES, usufruir indevidamente do tratamento tributário simplificado e favorecido pela Lei n.º 9.317/96 (Lei do SIMPLES), que instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte SIMPLES, criando estratégias para beneficiar-se irregularmente do SIMPLES.

No que diz respeito a coincidência de endereços afirma o recorrente que todas as empresas estão efetivamente instaladas em barracões, num mesmo espaço físico, fato este mencionado pelo auditor em sua informação fiscal. Note-se que as informações ou mesmo fotos anexadas não tem o condão de desnaturar o lançamento. Conforme descrito pela autoridade fiscal em seu relatório:

c) Dirigindo-se ao local, constata-se que os endereços Rua Rubens Sebastião Marin e Avenida Colombo se referem ao



mesmo local, pois ao lado e paralelo à Avenida Colombo situa-se a Rua denominada de Rubens Sebastião Marin, separadas ambas por apenas um estreito canteiro. Portanto, em frente à calçada das empresas está a Rua Rubens Sebastião Marin, em seguida existe um canteiro e contínuo está a Avenida Colombo.

d) A referência nos endereços relacionados na "PLANILHA IX - Cadastro de Empresas, em anexo, de "Blocos" não foi confirmada quando em visita ao local, estando as empresas situadas no mesmo endereço.

O grande ponto que merece ser apreciado é a “confusão de funções” exercidas pelos empregados das empresas que acabaram para efeitos previdenciários sendo considerados empregados da recorrente. Entendo desnecessário apreciar ponto a ponto dos argumentos do recorrente, tendo em vista que a decisão notificação os rebateu, pontualmente. Note-se que dentro de sua competência profissional, procedeu a autoridade fiscal a verificação física dos empregados trabalhando entre os dias 21 e 22/02/2006. Dessa verificação entendo que existem pontos que demonstram cabalmente a fundamentação do lançamento em questão, quais sejam:

Para os trabalhos de verificação foi considerada relação de trabalhadores empregados fornecidos pela próprio setor de RH, que conforme descrito pelo auditor é único para as 4 empresas. Foram também constatados:

A empresa 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA, cede trabalhadores para a FA Maringá.

O chefe de produção da Fabrica de Acolchoados, durante a verificação encontrava-se trabalhando para FA Maringá.

Em entrevista a empregados da área administrativa da FA, os mesmos destacaram que prestavam serviços ao grupo, que trabalham para as 4 empresas;

As empresa Fábrica de Acolchoados, 3W e CN Ingá não possuem trabalhadores que façam a contabilidade, ou responsáveis pelo RH, financeiro ou cobrança. Acrescenta que o empregado da FA MARINGÁ sr. Alcino, é sócio da Fábrica de Acolchoados e faz a contabilidade das demais.

Foram relacionados diversos empregados, que declararam prestar serviços a 4 empresas, nas funções de recepcionista, auxiliar de cobrança, mecânico, informática, auxiliar de escritório, analista de custo, assistente de produção. Ressalte-se que o auditor inclusive nominou cada um dos entrevistados. (Destaca-se aqui, que a apresentação de declarações da empresa *a posteriori*, não desnaturam a situação encontrada na empresa pelo auditor, uma vez que o “poder de coerção”, diga-se implícito entre a figura do empregado e do empregador, acaba por fazer com que empregado nunca se manifeste “frente ao empregador” em desfavor desse, posto o “medo” de ser punido.)

No mesmo sentido prestou o auditor informações acerca da verificação física na 3W, onde encontrou diversos empregados prestando serviços diversos que não eram bordar.

Ocorreram migrações de diversos empregados de uma empresa para outra..

A empresa Fábrica de Acolchoados trabalhou exclusivamente à FA em 2002 a 2004.

Em relação a empresa 3W demonstrou de forma objetiva a autoridade fiscal que o incremento de custo com a folha de salários é inconsistente com o faturamento bruto da empresa, chegando no ano de 2005 a representar 107% do faturamento.

Absorção de custos pela empresa FA Maringá com energia, água, esgoto, telefone e refeições das outras 3 empresas, conforme descrito no relatório fiscal.

Nos anos de 1999 a 2005 não foram observados lançamentos de custos de aluguel e que ao ser indagado a respeito o Sr. Luiz Fernando, atual sócio gerente da FA MARINGÁ, concordou verbalmente que de fato nunca houve qualquer pagamento de aluguel da 3W para FA Maringa.

Conforme descrito Às fls. 117 a empresa FA Maringá, arcou com o custo de refeições em número muito superior a de seus empregados registrados. Observou-se conforme os relatórios que os empregados usufruíam espaços físicos de refeitórios idênticos.

Conclui o auditor à fl. 119, todos os elementos que entendeu serem suficientes para caracterizar a existência de vínculo entre os empregados da Fábrica de Colchões, 3W Lamfer e CN Ingá, fatos esses que entendo serviram para fundamentar o lançamento em questão.

Apenas no intuito de esclarecer os pontos descritos acima de forma sucinta, transcrevo trecho da informação fiscal, em que encontram-se narradas as irregularidades encontradas durante a verificação física, senão vejamos (fls. 103):

IV - O Sr. Manoel Antônio Neto, chefe de produção contratado pela Fábrica de Acolchoados Maringá Ltda, encontrava-se, no dia 22/02/2006, trabalhando na F A Maringá Ltda (filial), e afirmou que presta serviço em qualquer dos quatro estabelecimentos, conforme a necessidade.

V - A folha de pagamento da F A Maringá Ltda (matriz) de 01/2006, trazia quinze trabalhadores, sendo que quatro trabalhadores estavam afastados com benefícios previdenciários, dois não foram encontrados, e o restante, basicamente, são trabalhadores da área administrativa ligados aos serviços de contabilidade, recursos humanos ou cobrança. Estes últimos prestaram as seguintes declarações durante o trabalho de verificação física do dia 21/02/2006: "que trabalha para o grupo todo ", "que trabalha sem lugar fixo ", "que trabalha para as quatro empresas ", que presta serviços a todas ", "que faz a contabilidade da CN Ingá Indústria do Vestuário Ltda, 3W Lamfer Indústria e Comércio de Confecções Ltda., Fábrica de Acolchoados Maringá Ltda ".

VI - Por oportuno informar-se que as empresas CN Ingá Indústria do Vestuário Ltda., 3W Lamfer Indústria e Comércio de Confecções Ltda e Fábrica de Acolchoados Maringá Ltda., não possuem trabalhadores que façam a contabilidade, ou que sejam responsáveis pelo setor de recursos humanos, financeiro ou cobrança. demonstrando uma

administração geral única. Todas as empresas utilizam mão de obra dos mesmos trabalhadores administrativos. contratados

pela F A Maringá Ltda para a realização de serviços de contabilidade, recursos humanos, financeiro e cobrança. Acrescente-se que o Sr. Alcino Valêncio de Almeida é empregado na função de Contador na empresa F A Maringá Ltda, sócio gerente na empresa Fábrica de Acolchoados Maringá Ltda., e presta serviços contábeis também para as empresas CN Ingá Indústria do Vestuário Ltda e 3W Lamfer Indústria e Comércio de Confecções Ltda.

VII - Na relação de empregados registrados na empresa F A Maringá (matriz) utilizada nos serviços de verificação física, realizados em 21/01/2006, não foram encontradas pessoas trabalhando com produção. Na matriz: da F A Maringá Ltda., consta a existência de três empregados na função de costureiros em geral, estes, conforme informações do setor de recursos humanos estavam afastados em gozo de benefícios previdenciários, portanto não foram encontrados empregados ligados à produção na matriz da F A Maringá Ltda., na verificação física de 21/02/2006. Informa-se que as filiais da empresa F A Maringá Ltda., possuem trabalhadores vinculados à produção ou comércio.

Com relação as despesas de água, luz e aluguel, importante para esclarecimento, novamente trazer a baila o descrito pela autoridade fiscal, em seu relatório (fls. 114)

43) Nos documentos contábeis Livros Diários das quatro empresas foi verificado que certos custos ou despesas como energia elétrica, água e esgoto, e contas de telefone em determinados períodos são contabilizadas somente na empresa F A Maringá Ltda. Esta foi, ao longo do tempo, assumindo estes custos e ou despesas das outras empresas.

Ainda com relação a ditas contabilizações ressalte-se que, conforme já descrito na DN, a Auditoria Fiscal descreveu como era feita a contabilização desses gastos pela empresa 3W Lamfer Indústria e Comércio Ltda, relativamente aos anos de 1999,2000,2001, 2002 e 2003, citando inclusive as contas contábeis que foram utilizadas. Em alguns anos há contabilização de despesas com água e esgoto, energia elétrica e telefone. Noutro, apenas as despesas com água e esgoto. Noutro apenas com energia elétrica. Nos anos de 2004 e 2005 não foram observados nenhum lançamento com custos ou despesas de água, esgoto, energia elétrica e telefone. Diz que de 1999 a 2005 não foram observados o registro de custos ou despesas com aluguel. Prossegue dando outras informações a respeito para no final informar que a 3W Lamfer Indústria e Comércio de Confecções Ltda sempre ocupou imóveis pertencentes a F A Maringá Ltda., mas, contabilmente, nunca registrou o pagamento de aluguel.

Quanto ao fato de que o auditor agiu com excesso de poder ao descaracterizar o alvará de localização, novamente, como já afastado pela autoridade julgadora, entendo que não houve descaracterização pela autoridade fiscal, mas tão somente identificar que as empresas encontravam-se situados no mesmo endereço. Entretanto, como se observa, até mesmo nos citados Alvarás, as empresas se confundem no endereço, com o números de blocos e de datas idênticos ou análogos (fls. 2.781 a 2.784 dos autos). Por exemplo: o endereço da Fábrica de Acolchoados Maringá Ltda é Rua Rubens Sebastião Marin 1.414 lotes 4-B / 4 / 3 / 3 A-I (fls. 2.783) e o endereço da 3W Lamfer Indústria e Comércio de Confecções Ltda é Rua Rubens Sebastião Marin, 1.414, datas 4-B /4/3/3 A-I (fls. 2.784). Ambas da Zona 36, da Quadra 000, da Data 004.

Ainda com relação a diversas inconsistências no lançamento fiscal, transcrevo abaixo os termos da decisão notificação que enfrentou todos os pontos, tendo o recorrente resumido-se a novamente citá-los.

Por outro lado, com referência ao cadastro societário das empresas, constata-se às fls. 132, que a afirmação de que nas fls. 03 e 04 somente consta a descrição dos RG e não os nomes e demais dados não é correta. Isto porque se tem ali as seguintes planilhas:

A - Cadastro Societário das Empresas I - com o nome da empresa, CNPJ, Qualificação, Relação, Nome do Responsável, Identificador, Capital Social (%), e Capital Social (R\$) - esta planilha tem apenas 01 folha;

B - Cadastro Societário das Empresas II - com o nome da empresa, Qualificação, Relação, Nome do responsável, Identificador, Filiação-Pai, Filiação-mãe, e Carteira de Identidade - esta planilha tem apenas 2 folhas;

C - Cadastro Societário das Empresas m - com o nome da empresa, Data do início, Data do fim, Qualificação, Relação, Nome do responsável, Identificador, Capital social (%) e Capital social (R\$) - esta planilha tem apenas 2 folhas.

Portanto, verifica-se que a empresa equivocou-se nessa argumentação.

A Planilha I (fls. 137) refere-se aos trabalhadores que migraram da F A Maringá Ltda para a Fábrica de Acolchoados Maringá Ltda e 3 W Lamfer Indústria e Comércio de Confeccões Ltda

Nessa Planilha a Fiscalização informa que houve demissões e subseqüentes admissões nas mesmas funções ou em funções correlatas, muitas delas tendo ocorrido sem o intervalo de um único dia (fls. 108). E, comprovando isso, na Planilha a Fiscalização coloca a data de demissão de uma empresa e de admissão na outra, sendo que a fonte são os próprios arquivos fornecidos pelas empresas.

A notificada argumenta, mas não traz nenhuma prova em contrário.

Trata a Impugnante da Planilha II e diz que a 3W Lamfer Indústria e Comércio de Confeccões Ltda., teve anos que fechou o balanço com prejuízos, mas que de 1999 para trás e de 2006 em diante deu lucro. Tal afirmação da empresa só veio confirmar o que disse a Fiscalização em seu Relatório. Portanto, deixa-se de tecer outros comentários a respeito.

Com referência à Planilha m, a informação da empresa de que a F A Maringá Ltda tem a Fábrica de Acolchoados Maringá como seu industrializado e que não existe impedimento legal para a Fábrica de Acolchoados Maringá Ltda possuir um cliente de grande peso em nada altera o presente lançamento.



Interessante a informação da Auditoria Fiscal de que (fls. 1 09):

37) Em anexo a "PLANILHA 111" demonstrando o total do faturamento da empresa Fabrica de Acolchoados Maringá Ltda. com a emissão de Notas Fiscais códigos 5.13 e 5.124. Foram observadas nas Demonstrações do Resultado do Exercício - DRE do ano de 2002 a 2005, também anexas. Na conta "RECEITA BRUTA DE VENDAS E SERVIÇOS" o valor indicado é o mesmo constante do somatório anual constante na "PLANILHA JIr. o que indica a prestação de serviços com exclusividade para as empresas F A Maringá Ltda e CN Ingá Indústria do Vestuário Ltda.

Neste item, a simples conclusão que a empresa chega é a seguinte (fls.660):

Ou seja, a F A Maringá Ltda não é dependente da 3W Lam/er e da Fábrica de Acolchoados Maringá, pois se estes não industrializarem, outros o farão.

Da mesma forma, quando a Impugnante trata sobre a Planilha IV. Não há qualquer observação que possa desmerecer o trabalho da Auditoria Fiscal. As ponderações apresentadas pela empresa são frágeis e insuficientes para demonstrar qualquer equívoco da Fiscalização.

Sobre a Planilha IV, informa o Auditor Fiscal (fls.III):

Em anexo "PLANILHA IV", que está vinculada com tabela acima, traz a totalidade da amostragem feita, indicando em especial a quase exclusividade com que a 3W Lamfer Indústria e Comércio de Confecções Ltda, prestou, e ainda vem prestando, serviços a F A Maringá Ltda e CN Ingá Indústria do Vestuário Ltda e os pouquíssimos serviços prestados para outras empresas de fora, basicamente bordados.

Os serviços de bordados utilizam pouquíssima mão de obra. No serviços de verificação física realizado no dia 21/02/2006, de J 83 funcionários registrados na 3W Lam/er Indústria e Comércio de Confecções Ltda apenas 9 encontravam-se trabalhando com máquinas bordadeiras.

Os J 44 empregados restantes do pessoal da 3 W Lamfer Indústria e Comércio de Confecções Ltda, estavam a serviço, quase que exclusivamente para a CN Ingá Indústria do Vestuário Ltda e a F A Maringá Ltda, já que os serviços dos demais funcionários estavam trabalhando em outras máquinas e funções não ligadas aos serviços de bordados. Estes realizam serviços de facção/costura de mercadorias destinadas aos tomadores de serviços da F A Maringá Ltda e a CN Ingá Indústria do Vestuário Ltda.

Diz a notificada que não existe nenhum dispositivo legal que impeça a 3W Lamfer de industrializar em grande quantidade para a F A Maringá Ltda e que o faturamento não é requisito para configuração de interposição de pessoas jurídicas. Tais argumentos somente servem para corroborar a posição fiscal.

Ao tratar da Planilha V a empresa diz que o Auditor Fiscal está se arvorando como técnico de custo. Que a estratégia da gestão da empresa não é passível de fiscalização pelo INSS.

o que se observa é que nessa Planilha (fls.169) a fiscalização, através dos dados obtidos nos documentos da empresa, trata de detalhes relativos à relação Custo de Mão de Obra com a Produção pelo Faturamento, nos anos de 1999 a 2003, relativamente à empresa 3W Lamfer Indústria e Comércio de Confecções Ltda.

Dando maior esclarecimento, às fls. 114, a Fiscalização informa que o faturamento bruto entre 1999 e 2005 cresceu apenas 36,50%, enquanto os custos com a mão de obra da produção cresceram 454,60%. Que em 2005 o custo com folha de pagamento ligados à produção foi maior que o faturamento bruto.

A Impugnante não demonstra que os dados apresentados pela Fiscalização estejam incorretos.

A Auditoria Fiscal mais adiante faz uma pertinente observação (fls.114):

o limite de faturamento anual para opção pelo SIMPLES era de R\$1.200.000,00 até 2005. Em 2006 passou para R\$2.400.000,00. Observa-se o "cuidado" que a administração teve com o faturamento registrado na contabilidade da empresa 3 W Lamfer Indústria e Comércio de Confecções Ltda, que beirou a exclusão de 2003 a 2005. Em qualquer destes anos se o limite legal fosse ultrapassado a empresa passaria a ter o regime de tributação normal no exercício seguinte com recolhimento de previdência social sobre a folha de pagamento.

Diz a notificada que a Planilha VI-A (fls. 170) trata dos alimentos vendidos pela empresa Rosa Finco Munhoz, comprados pela F A Maringá e pela 3W Lamfer Diz que a F A Maringá compra alimentos para os seus funcionários e que a 3W Lamfer para os seus. Diz que a F A Maringá Ltda possui filiais, portanto vários funcionários conforme o levantamento fiscal e que nada impede que a matriz compre alimentação para as filiais e vice-versa.

Sobre o assunto em questão diz a Auditoria Fiscal (fls. 116):

49) A partir de 03/2001, foi observada a emissão, semanalmente, de Notas Fiscais para a empresa F A Maringá Ltda (matriz). Nas Notas Fiscais está sempre discriminado um número de refeições muito acima daquilo que seria possível tendo como parâmetro o número de empregados da empresa F A Maringá Ltda (matriz).

50) No refeitório existente junto às empresas que funcionam na Av. Colombo n. (J 1.414, no período compreendido entre 03/04/2006 e 07/04/2006, verificou-se a utilização para cada dia de duas listas de trabalhadores. Uma maior com trabalhadores da 3W Lamfer e outra menor com trabalhadores da F A (matriz)

em conjunto com os trabalhadores da Fábrica de Acolchoados Maringá Ltda. Estão anexas as cópias das listas de trabalhadores que fizeram refeição, no refeitório único existente. As refeições servidas são em horário de almoço. Conforme constatado, não há o fornecimento de café da manhã, lanche à tarde ou jantar.

Os documentos apresentados pela notificada a partir das fls. 746 (documento 009) não trazem uma informação precisa que possa contrariar de forma absoluta a informação fiscal. Veja-se, por exemplo, que na planilha de fls. 747, consta que no mês de dezembro de 1999 as cinco filiais da F A Maringá tinham 290 funcionários. Entretanto, a empresa colacionou aos autos apenas os CAGEDs (mês de referência dezembro/1999) dos CNPJ 79.124.079/0007-08, 79.124.079/0002-01 e 79.124.079/0001-12. Por outro lado, os Acordos Coletivos Banco de Horas (documento 010) não tratam dos alimentos vendidos pela empresa Rosa Finco Munhoz.

Sobre a Planilha VII, a Impugnante se limita a dizer que se verifica que a CN Ingá é um cliente da 3W Lamfer e da Fábrica de Acolchoados Maringá Ltda.

Com respeito a essa Planilha, às fls. 110 a Fiscalização relata:

39) Foram analisadas as Notas Fiscais de Entrada da Empresa CN Ingá Indústria do Vestuário Ltda. Em especial as de códigos 1.13 (industrialização efetuada por outras empresas) e 1.124 (industrialização efetuada por outra empresa). Conforme demonstrado na Planilha VII, em anexo, a empresa CN Ingá Indústria do Vestuário Ltda, utilizou-se da mão de obra das empresas 3W Lamfer Indústria e Comércio Ltda, e Fábrica de Acolchoados Maringá Ltda. A empresa CN começou suas atividades no ano de 2000. De 2000 a 2004, utilizou-se dos empregados da empresa 3W Lamfer Indústria e Comércio Ltda. No ano de 2005, além desta, utilizou-se dos empregados da Fábrica de Acolchoados Maringá Ltda para produção dos produtos que vende. Os Balanços Patrimoniais de 2001 em diante, da empresa CN apresenta em seu ativo máquinas e equipamentos industriais e veículos, contudo nunca teve trabalhadores em sua folha que utilizassem estes equipamentos ou veículos.

Estas são informações que, somando-se às anteriores, servem para fortalecer ainda mais a posição assumida pela Fiscalização nesta Notificação.

Sobre as Planilhas VIII diz a notificada que retrata os funcionários em sua respectiva empresa e a Planilha IX o que está no contrato social. Deixa-se de tecer comentários a respeito porque nada apresentam que possa alterar o levantamento fiscal.

Ressalte-se que estamos tratando de diversas irregularidades apontadas pela autoridade fiscal, rebatidas pela recorrente, porém que em sua totalidade não são capazes de refutar o lançamento pelas razões expostas acima.

Quanto ao questionamento acerca da aplicação de correção monetária, note-se que no lançamento em questão não há o que se apreciar, visto a incidência apenas de taxa SELIC e MULTA MORATÓRIA. Com relação à cobrança de juros está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei nº 8.212/1991, abaixo transcrito, desse modo foi correta a aplicação do índice pela autarquia previdenciária:

Art.34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento.

Conforme descrito acima, a multa moratória é bem aplicável pelo não recolhimento em época própria das contribuições previdenciárias. Ademais, o art. 136 do CTN descreve que a responsabilidade pela infração independe da intenção do agente ou do responsável, e da natureza e extensão dos efeitos do ato.

O art. 35 da Lei nº 8.212/1991 dispõe, nestas palavras:

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 pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99)

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 pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) quatorze por cento, no mês seguinte; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

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 pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).



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 pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

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 9.876/99).

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

a) sessenta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) setenta por cento, se houve parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) oitenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

d) cem por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

§ 1º Nas hipóteses de parcelamento ou de reparcelamento, incidirá um acréscimo de vinte por cento sobre a multa de mora a que se refere o Caput e seus incisos. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 2º Se houver pagamento antecipado à vista, no todo ou em parte, do saldo devedor, o acréscimo previsto no parágrafo anterior não incidirá sobre a multa correspondente à parte do pagamento que se efetuar. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 3º O valor do pagamento parcial, antecipado, do saldo devedor de parcelamento ou do reparcelamento somente poderá ser utilizado para quitação de parcelas na ordem inversa do vencimento, sem prejuízo da que for devida no mês de competência em curso e sobre a qual incidirá sempre o acréscimo a que se refere o § 1º deste artigo. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 4º Na hipótese de as contribuições terem sido declaradas no documento a que se refere o inciso IV do art. 32, ou quando se tratar de empregador doméstico ou de empresa ou segurado dispensados de apresentar o citado documento, a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos será reduzida em cinquenta por cento. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.876/99)

Não tendo o contribuinte recolhido à contribuição previdenciária em época própria, tem por obrigação arcar com o ônus de seu inadimplemento. Caso não se fizesse tal exigência, poder-se-ia questionar a violação ao princípio da isonomia, por haver tratamento

similar entre o contribuinte que cumprira em dia com suas obrigações fiscais, com aqueles que não recolheram no prazo fixado pela legislação.

Dessa forma, não há que se falar em excesso de cobrança de juros, estando os valores descritos na NFLD, em consonância com o prescrito na legislação previdenciária.

Por fim, quanto a possibilidade de aproveitamento dos recolhimentos realizados pela 3W Lamfer no levantamento em questão, entendo não ser possível atender o pleito do recorrente. Os recolhimentos, conforme observa-se no relatório fiscal, foram realizados em CNPJ diverso da empresa notificada, o que inviabiliza o seu aproveitamento. Entendo que atender esse pleito implicaria na descon sideração da personalidade jurídica da empresa eW Lamfer, o que já restou inclusive afastado em sede de preliminar. Não estou dizendo que deva a empresa ser cobrada em duplicidade, mas em identificando que “de fato” o vínculo de emprego deu-se com a empresa FA MARINGA, indevidos os recolhimentos realizados na empresa interposta.

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

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para, rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para que se exclua do lançamento, face a aplicação da decadência quinquenal, as contribuições até a competência 11/2001, inclusive 13. salário, e no mérito voto por NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Sala das Sessões, em 18 de agosto de 2010



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA – Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Igor Araújo Soares, Redator Designado

Em que pese o nobre entendimento da eminente relatora, sempre bem fundamentado, tenho que na análise do presente recurso, subsiste situação peculiar, a qual merece ser considerada apenas quanto à conclusão da votação.

Conforme minuciosamente relatado, a recorrente teve contra si lavrada NFLD em face da fiscalização ter apurado que esta se utilizava de empresas interpostas, todas incluídas no SIMPLES, para a contratação de segurados empregados e diminuição de carga tributária, sendo que o vínculo de tais segurados com as empresas utilizadas para interposição fora desconsiderado e redirecionado faticamente para a recorrente.

No caso dos autos, a empresa utilizada na interposição foi a 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA, de modo que a recorrente fora responsabilizada pelo recolhimento das contribuições sociais parte dos empregados desta empresa.

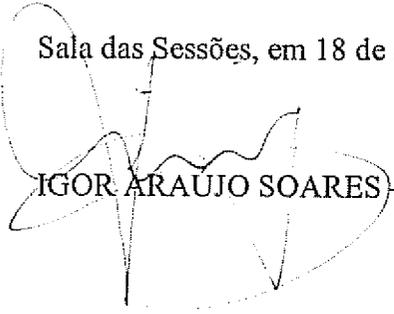
É de bom tom esclarecer que o presente voto vencedor não diverge dos fundamentos utilizados pela nobre relatora no tocante a análise das matérias relativas ao mérito do recurso voluntário sob exame, ao contrário, inclusive os adota. Entretanto, ao ver deste julgador, resulta situação necessária de manifestação deste Eg. Conselho para se evitar e até mesmo prevenir a administração da realização de atos de cobrança ou procedimentos internos que possam vir a ser questionados posteriormente pelo contribuinte, inclusive o *bis in idem*.

Resta patente, portanto, para que se evite qualquer alegação no sentido do excesso ou mesmo de cobrança a maior de contribuições sociais lançadas na presente NFLD, que deverão ser abatidos nos valores lançados, todos os recolhimentos de contribuições da parte dos segurados, em seus valores originais e que efetivamente tinham sido efetuados pela empresa 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.

Ante o exposto, peço vênias a nobre e eminente relatora para, apenas quanto a conclusão, votar no sentido do **PARCIAL PROVIMENTO** do recurso, somente para que do montante lançado, sejam abatidos os valores, parte dos empregados, efetivamente já recolhidos pela empresa 3W LAMFER INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA, com base no regime de tributação do SIMPLES, conforme a fundamentação supra.

É como voto.

Sala das Sessões, em 18 de agosto de 2010


IGOR ARAÚJO SOARES – Redator Designado

Declaração de Voto

Conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira

Não obstante as sempre bem fundamentadas razões da ilustre Conselheira Relatora, peço vênua para manifestar entendimento divergente, por vislumbrar na hipótese vertente conclusão diversa da adotada pela nobre julgadora, quanto nulidade abaixo delineada, como passaremos a demonstrar na presente Declaração de Voto.

PRELIMINAR NULIDADE LANÇAMENTO – NECESSIDADE ATO DECLARATÓRIO SRF PARA EXCLUSÃO DAS EMPRESAS DO SIMPLES

Preliminarmente, assevera a recorrente que a Lei nº 9.317/96, e posteriores alterações, que disciplina o regime de tributação do SIMPLES, inclusive as formas e procedimentos de exclusão, c/c a legislação previdenciária, especialmente artigo 282 da IN INSS nº 100/2003, estabelecem que a empresa somente será excluída mediante Ato Declaratório, após o devido exercício da ampla defesa e do contraditório da contribuinte, em observância ao processo tributário administrativo competente, o que não se vislumbra na hipótese dos autos.

Em outra via, a ilustre autoridade lançadora, o julgador recorrido e, bem assim, a relatoria, entenderam que o presente lançamento não depende de ato de exclusão do SIMPLES das empresas desconsideradas, tendo em vista que aludido procedimento se deu objetivando a exigência de contribuições previdenciárias, não surtindo qualquer efeito na constituição da pessoa jurídica propriamente dita.

Não obstante as substanciosas razões de fato e de direito ofertadas pela fiscalização e autoridades julgadoras em defesa da manutenção da exigência fiscal em comento, defendemos que os argumentos da contribuinte merecem prosperar, como demonstraremos ao longo desse arrazoado.

A rigor, nosso entendimento anterior convergia com a pretensão fiscal. No entanto, após melhor estudo a respeito do tema, especialmente com arrimo na jurisprudência deste Colegiado e legislação específica, firmamos novo posicionamento no sentido da exigibilidade da emissão de Ato Declaratório de exclusão do SIMPLES como condição *sine qua non* ao lançamento a partir da desconsideração da personalidade jurídica de empresas enquadradas naquele regime de tributação, senão vejamos.

Primeiramente, não vislumbramos a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa, tão somente para fins de exigência de contribuições previdenciárias, mantendo-a na condição de optante do SIMPLES, em relação a outras obrigações tributárias e/ou comerciais.

Com efeito, o SIMPLES se apresenta como um regime de tributação diferenciado, destinado às empresas que se enquadram nos requisitos legais estabelecidos pela Lei nº 9.317/1996 e posteriores alterações, de maneira que aquelas pessoas jurídicas deverão recolher os tributos devidos de forma unificada, com base no respectivo faturamento.

Afora, a contribuição previdenciária relativa à parte do empregado, as outras exigências patronais deverão ser recolhidas juntamente com os demais tributos, unificadamente.

Assim, uma vez desenquadrada do SIMPLES, a empresa passará a promover os recolhimentos dos tributos devidos, na forma das demais pessoas jurídicas não optantes por aquele regime de tributação.

Na esteira desse raciocínio, não há como desconsiderar o enquadramento da empresa no SIMPLES, para fins previdenciários, mantendo-a como optante daquele regime de tributação em relação às demais obrigações tributárias e comerciais, mesmo porque as contribuições previdenciárias ora exigidas devem ser pagas juntamente com os demais tributos devidos, com base no faturamento da empresa.

Prevalecendo o entendimento da fiscalização, o que se admite apenas por amor ao debate, indaga-se: 1) A partir do lançamento fiscal, qual o procedimento que a empresa deverá adotar ao recolher os seus tributos? 2) Deverá recolher as contribuições previdenciárias ora lançadas com base na folha de pagamento e os demais tributos a partir do faturamento mensal? 3) Continuará a recolher todos os tributos com base no faturamento mensal, ou nenhum deles nesta indumentária?

Observa-se que pretender excluir a empresa optante do SIMPLES, tão somente para efeito das contribuições previdenciárias, em verdade é um evidente atropelo às normas legais específicas que regulamentam aquele regime de tributação.

Dessa forma, ou a empresa encontra-se perfeitamente enquadrada no SIMPLES, devendo contribuir na forma da legislação de regência, ou não observa os requisitos para tanto, impondo a sua exclusão daquele regime de tributação, devendo surtir efeitos relativamente a todos tributos devidos e não somente para as contribuições previdenciárias, como pretende a fiscalização nestes autos.

No caso *sub examine*, em síntese, entenderam os ilustres fiscais que houve fracionamento simulado de empresas, onde estabelecimentos “filiais” eram tratados como prestadores de serviços, com o intuito de obtenção de tratamento favorecido pela inscrição no SIMPLES.

Considerando a ocorrência de simulação na constituição do quadro societário das pessoas jurídicas “prestadoras de serviços”, bem como uma administração unificada de todas as empresas pelos sócios da notificada, os auditores fiscais efetuaram o lançamento de contribuições sociais *sub examine*.

Ocorre que, as empresas cuja personalidade jurídica foi desconsiderada foram constituídas em observância das normas legais e trâmites exigidos pela legislação de regência, estando sujeitas ao regime de tributação do SIMPLES, recolhendo, assim, os tributos de forma unificada, conforme amplamente demonstrado no Relatório Fiscal.

Tal fato é de extrema importância, tendo em vista que a forma unificada de pagamento de tributos do SIMPLES engloba as contribuições a cargo da empresa (artigo 22 da Lei 8.212/91 e LC 84/96), conforme se verifica do artigo 3º, § 1º, alínea “f”, da Lei nº 9.317/96, *in verbis*:

“Art. 3º A pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, na forma do art. 2º, poderá optar pela inscrição no Sistema Integrado de

Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

§ 1º A inscrição no SIMPLES implica pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições:

f) Contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que tratam a Lei Complementar nº 84, de 18 de janeiro de 1996, os arts. 22 e 22A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 e o art. 25 da Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994.”

Ora, se aquelas pessoas jurídicas estavam recolhendo pelo SIMPLES, as contribuições a cargo da empresa discriminadas no artigo 22 da Lei nº 8.212/91, e se o objeto da presente NFLD são tais contribuições, excluindo-se a parte dos empregados, não pode prosperar tal lançamento sob pena de se cobrar duas vezes os mesmos tributos.

Ressalte-se, que o fato ensejador do presente lançamento foi descon sideração da personalidade jurídica de referidas empresas, desenquadrando-as do SIMPLES, com o fito de se exigir as contribuições previdenciárias em epígrafe. Entrementes, as pessoas jurídicas descon sideradas estão inscritas no SIMPLES, e recolhem sobre a receita bruta da empresa e não sobre a folha de pagamento nos termos do artigo 5º da Lei nº 9.317/96, *in verbis*:

“Art. 5º O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, será determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal auferida, dos seguintes percentuais”

Impende destacar que a autoridade fiscal, ao promover o lançamento das contribuições descon siderando a personalidade jurídica das empresas retromencionadas e, por conseguinte, afastando o sistema de pagamento unificado do SIMPLES, malferiu o disposto no artigo 15, § 3º, da Lei nº 9.317/1996, o qual estabelece que somente a Secretaria da Receita Federal tem competência para excluir, de ofício, pessoas jurídicas daquele regime de tributação, *in verbis*:

“Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

[...]

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.”

A própria Instrução Normativa INSS/DC nº 100, de 18 de dezembro de 2003, vigente à época, reconhece em seu artigo 277 que a exclusão de ofício só será efetuada pela Secretaria da Receita Federal, como segue:

“Art. 277. A exclusão do SIMPLES dar-se-á por opção da pessoa jurídica, mediante comunicação à Secretaria da Receita Federal (SRF), ou de ofício pela SRF.”

Aliás, com mais especificidade, a IN nº 100/2003, ao tratar da matéria nos artigos subseqüentes, prescreve quais os efeitos da exclusão da empresa do SIMPLES, para fins previdenciários, senão vejamos:

Art. 278. A exclusão do SIMPLES surtirá efeito em relação às obrigações previdenciárias:

I - a partir do ano-calendário subseqüente ao da exclusão, quando se der por opção da pessoa jurídica;

II - para as pessoas jurídicas enquadradas nas hipóteses dos incisos III a XVII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, que tenham optado pelo SIMPLES até 27 de julho de 2001, a partir:

a) do mês seguinte àquele em que se proceder a exclusão, quando efetuada em 2001;

b) de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada após esta data

III - para as pessoas jurídicas enquadradas nas hipóteses dos incisos III a XVII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, que tenham optado pelo SIMPLES após 27 de julho de 2001, a partir do mês subseqüente àquele em que incorrida a situação excludente;

IV - a partir do início de atividade da pessoa jurídica, se o valor acumulado da receita bruta no ano-calendário de início de atividade for superior ao estipulado para a opção;

V - a partir do ano-calendário subseqüente àquele em que foi ultrapassado o valor limite da receita bruta no ano-calendário, estipulado para opção, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996;

VI - a partir de 1º de janeiro de 2001, para as pessoas jurídicas inscritas no SIMPLES até 12 de março de 2000, na hipótese de que trata o inciso XVII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996.

Art. 279. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir da data em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação e de arrecadação aplicáveis às empresas em geral " (grifamos)

Extrai-se precisamente das normas legais encimadas que as empresas optantes pelo SIMPLES somente serão excluídas desse regime de tributação após Ato Declaratório da então Secretaria da Receita Federal (artigo 15, § 3º, da Lei nº 9.317/1996, c/c artigo 277 da IN nº 100), passando a surtir efeitos, para fins previdenciários, "a partir da data em que se processarem os efeitos da exclusão às normas de tributação e de arrecadação aplicáveis às empresas em geral".

As determinações contidas nos dispositivos legais supra não implicam dizer que a então Secretaria da Receita Previdenciária não poderia fiscalizar as empresas optantes pelo SIMPLES. Ao contrário!

Incumbia, igualmente, ao INSS fiscalizar empresas inscritas no SIMPLES. No entanto, caso constatasse alguma irregularidade nos requisitos do regime de tributação, somente lhe competia representar à Secretaria da Receita Federal e não desconsiderar de ofício

a inscrição, ainda que por via transversa (desconsideração da personalidade jurídica), como se verifica do artigo 15, § 4º, da Lei nº 9.317/96, que assim prescreve:

“§ 4º Os órgãos de fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social ou de qualquer entidade conveniente deverão representar à Secretaria da Receita Federal se, no exercício de suas atividades fiscalizadoras, constatarem hipótese de exclusão obrigatória do SIMPLES, em conformidade com o disposto no inciso II do art. 13.”

Por seu turno, a Instrução Normativa INSS/DC nº 100 dispõe no mesmo sentido:

“Art. 282. Constatada a ocorrência de qualquer hipótese de vedação ou de exclusão obrigatória do SIMPLES, prevista na Lei 9317 de 1996, será emitida a Representação Administrativa (RA), conforme previsto no art. 633, que será encaminhada à Secretaria da Receita Federal (SRF) circunscricionante da empresa.”

Sendo assim, não há como desconsiderar as contribuições recolhidas de forma unificada pelo SIMPLES, antes da exclusão ser declarada pela Secretaria da Receita Federal. A própria IN INSS/DC nº 100, em seu artigo 278, vincula os efeitos em relação as obrigações previdenciárias à declaração de exclusão do SIMPLES, como demonstrado acima.

Verifica-se, que os procedimentos para exclusão das empresas optantes pelo SIMPLES encontram-se previstos em Lei específica (9.317), bem como em Instruções Normativas, as quais vinculam as autoridades fiscais. Vê-se, pois, que a própria autoridade fazendária arquitetou os procedimentos a serem adotados por ocasião da exclusão das pessoas jurídicas daquele regime de tributação e, bem assim, os seus efeitos, não podendo a fiscalização atropelá-los com o fito de se exigir tributos, sob pena de nulidade do feito, como se vislumbra no caso vertente.

A jurisprudência administrativa não discrepa desse entendimento, exigindo, primeiramente, a exclusão da empresa do SIMPLES, para eventual e posterior lançamento dos tributos devidos decorrentes do Ato Declaratório, consoante se positiva dos Acórdãos com suas ementas abaixo transcritas:

“Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/03/1999 a 30/04/2004.

Ementa: DIFERENÇAS DE CONTRIBUIÇÃO ENTRE O VALOR DEVIDO E O EFETIVAMENTE RECOLHIDO. EXCLUSÃO DO SIMPLES. DECADÊNCIA. 1. O prazo decadencial para o lançamento de contribuições previdenciárias é de 10 anos, conforme previsto no art. 45 da Lei nº 8.212, de 24/07/1991. 2. Uma vez excluída em definitivo a empresa do SIMPLES cessam os efeitos do programa, sendo plenamente exigível a contribuição social previdenciária na forma da legislação previdenciária vigente” (Quinta Câmara do Segundo Conselho – Recurso nº 141.820 – Acórdão nº 205-00.599, Sessão de 08/05/2008 – Rel. Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes – Unânime na parta destacada) (grifamos)

“IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ - EXERCÍCIOS: 2001, 2002, 2003 e 2004

SIMPLES - EXCLUSÃO DE OFÍCIO - ATO DECLARATÓRIO - Nos termos da lei de regência, a não expedição de ato declaratório de exclusão do SIMPLES por parte da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, obsta o exercício do contraditório e da ampla defesa, devendo-se declarar nulo o lançamento, por vício de forma.” (Quinta Câmara do Primeiro Conselho – Recurso nº 148.515 – Acórdão nº 105-16.756, Sessão de 07/11/2007 – Rel. Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães – Unânime)

“SIMPLES – EXCLUSÃO – PRECLUSÃO – Apesar de a exclusão do simples ser ato necessário para o lançamento, a realização deste não reabre o contraditório acerca do ato de exclusão que se consumou pela preclusão. [...]” (Terceira Câmara do Primeiro Conselho – Recurso nº 148.817 – Acórdão nº 103-23.265, Sessão de 07/11/2007 – Rel. Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes – Unânime) (grifamos)

“ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES

Ano-calendário: 2001

EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES. ARBITRAMENTO DO LUCRO - Por falta de amparo legal, é incabível o arbitramento do lucro no caso de empresa optante pelo Simples sem que tenha ocorrido o indispensável procedimento legal de exclusão do sujeito passivo do mencionado regime de tributação simplificado.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. - PIS - COFINS – CSLL. Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.” (Terceira Câmara do Primeiro Conselho – Recurso nº 153.603 – Acórdão nº 103-23.617, Sessão de 12/11/2008 – Rel. Conselheiro Antonio Bezerra Neto – Unânime) (grifamos)

“OMISSÃO DE RECEITAS - LUCRO ARBITRADO - EXCLUSÃO DO SIMPLES. Não havendo comprovação de que a contribuinte tenha sido excluída do SIMPLES com efeitos a partir do ano-calendário a que se refere o lançamento, incabível o arbitramento do lucro.

TRIBUTAÇÃO DECORRENTE. Aplica-se às exigências decorrentes, o mesmo tratamento dispensado ao lançamento da exigência principal, em razão de sua íntima relação de causa e efeito.” (Sétima Câmara do Primeiro Conselho – Recurso nº 154.027 – Acórdão nº 107-08.904, Sessão de 28/02/2007 – Rel. Conselheira Albertina Silva Santos de Lima - Unânime) (grifamos)

A rigor, o entendimento firmado neste Colegiado defende que inexistente a necessidade do trânsito em julgado do processo decorrente do Ato Declaratório de exclusão do SIMPLES para a lavratura de notificação fiscal/lançamento, podendo os dois processos terem

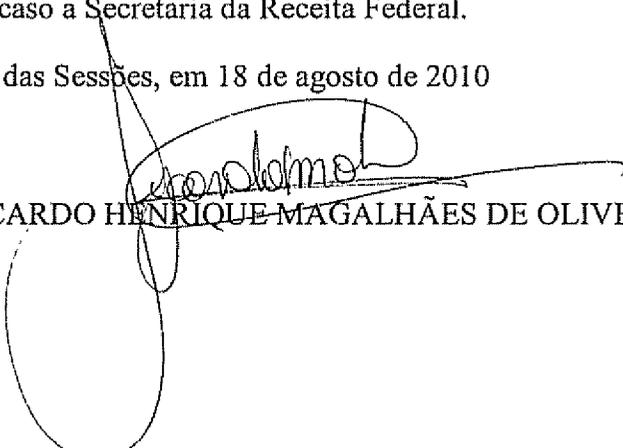
seguimento concomitantes, objetivando, inclusive, evitar a decadência dos tributos devidos. No entanto, exige-se, sim, que primeiramente seja emitido o Ato Declaratório de exclusão, senão vejamos:

“LANÇAMENTO DE OFÍCIO – ARGÜIÇÃO DE NULIDADE – DECISÃO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES – CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – DESNECESSIDADE – É desnecessário que o Fisco percorra todas as instâncias administrativas com o processo de exclusão do SIMPLES para só então, com a decisão final desfavorável ao contribuinte, proceder ao lançamento de ofício. A tramitação conjunta dos processos de exclusão do SIMPLES e do auto de infração evita a ocorrência da decadência tributária. [...]” (Oitava Câmara do Primeiro Conselho – Recurso nº 138.118 – Acórdão nº 108-08.231, Sessão de 16/03/2005 – Rel. Conselheiro José Carlos Teixeira da Fonseca – Unânime)

“PRELIMINAR – EXCLUSÃO DO SIMPLES – MOMENTO E FORMA DO LANÇAMENTO – Ainda que a discussão administrativa relativa à exclusão - da interessada do SIMPLES não tenha se encerrado, inexistente qualquer impedimento ao exercício do poder-dever do Fisco de proceder ao lançamento do montante devido, sem os benefícios do regime declarado, na forma do art. 142 do CTN. [...]” (Oitava Câmara do Primeiro Conselho – Recurso nº 149.331 – Acórdão nº 108-09.416, Sessão de 13/09/2007 – Rel. Conselheiro José Carlos Teixeira da Fonseca – Unânime)

Por tais razões, verifica-se a nulidade do procedimento adotado na presente NFLD, porquanto houve o lançamento de contribuições sociais englobadas pelo pagamento unificado do SIMPLES, antes mesmo da declaração de exclusão das empresas inscritas pelo órgão competente, no caso a Secretaria da Receita Federal.

Sala das Sessões, em 18 de agosto de 2010


RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA - Conselheiro



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO**

Processo nº: 11176000368200767
Recurso nº: 151.406

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2401-01.318

Brasília, 23 de setembro de 2010

ELIAS SAMPAIO FREIRE
Presidente da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

- Apenas com Ciência
- Com Recurso Especial
- Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional