



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

Processo nº 11396.000846/2009-14
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-003.312 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de janeiro de 2013
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO
Recorrente EXPRESSO CIDADE FOZ TRANSPORTES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/1999 a 30/06/2005

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 -
INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE -
SIMULAÇÃO - REGRA GERAL - INCISO I ART. 173

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

No caso de lançamento por homologação, restando caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, deixa de ser aplicado o § 4º do art. 150, para a aplicação da regra geral contida no art. 173, inciso I do CTN.

CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA

Não há que se falar em nulidade por cerceamento de defesa ou ofensa ao devido processo legal se o lançamento obedeceu a todos os requisitos necessários à sua validade e o Relatório Fiscal e as demais peças dos autos demonstram de forma clara e precisa a origem do lançamento e a fundamentação legal que o ampara

PÓLO ATIVO - ALTERAÇÃO - INOCORRÊNCIA

A então Secretaria da Receita Previdenciária foi criada por lei para arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar as receitas previdenciárias, em nome do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS que continua sendo o destinatário destas receitas

RELAÇÃO JURÍDICA APARENTE - DESCARACTERIZAÇÃO

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

validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos

SUCESSÃO DE FATO - RESPONSABILIDADE SUCESSOR

O sucessor é responsável pelos tributos devidos pela sucedida na ocorrência de sucessão de fato, plenamente demonstrada

TAXA SELIC - APLICAÇÃO

Sobre as contribuições não recolhidas em época própria, incide a taxa de juros SELIC, conforme preceitua o art. 34 da Lei nº 8.212/1991

INCONSTITUCIONALIDADE

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais

SALÁRIO INDIRETO - AJUDA ALIMENTAÇÃO - *IN NATURA* - NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Não há incidência de contribuição previdenciária sobre os valores de alimentação fornecidos *in natura*, conforme entendimento contido no Ato Declaratório nº 03/2011 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial para reconhecer com fundamento no artigo 173, I do CTN a decadência de parte do período lançado e, quanto ao valor remanescente, para que seja excluída a parcela correspondente aos valores de alimentação "*in natura*".

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Ana Maria Bandeira- Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Thiago Taborda Simões e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

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

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 139/148), o presente crédito foi lançado contra a empresa Expresso Cidade Foz Transportes Ltda, por ter sido esta considerada sucessora da empresa TSP Transporte Salto de Pirapora Ltda e, nessa qualidade, responsável pelos débitos desta empresa com a Seguridade Social. Adiante passo a denominá-las como EXPRESSO e TSP.

A auditoria fiscal apresenta os elementos que a levaram à convicção de que teria ocorrido a sucessão, conforme segue.

Foi iniciada ação fiscal nas duas empresas em questão e o primeiro indício da relação havida entre as duas empresa, surgiu pelo fato da TSP, ser detentora do contrato de concessão de serviço público nº 124/96, de 08/05/1996, cujo objeto é a concessão da operação de transporte coletivo municipal de passageiros de Foz do Iguaçu PR, com vigência de 12 anos contados da data da assinatura do referido contrato.

Tal contrato foi aditivado em 10/09/2003 e este aditivo teve como objeto a transferência da concessão da TSP para EXPRESSO, que passou a constar do preâmbulo como concessionária e contratada, (anexo II).

Todos os empregados pertencentes ao quadro de funcionários da TSP, relacionados na planilha que compõe o anexo II, tiveram suas rescisões contratuais com data de demissão em 31/08/2004, sendo admitidos na EXPRESSO, em 01/09/2004.

Inicialmente constou nos Livros de Registro de Empregados desta empresa, data de admissão em 01/10/2004, mas por força da fiscalização do Ministério do Trabalho, a data de admissão de todos os empregados remanescentes foi retificada para 01/09/2004, inclusive com retificação do CAGED - Cadastro Geral de Empregados e Desempregados, tendo em vista que não houve interrupção da atividade operacional do transporte coletivo, objeto da concessão citada anteriormente, (anexo III).

Na transição dos empregados da TSP para EXPRESSO, houve um acordo celebrado entre as partes com a intermediação do sindicato da classe trabalhadora. Segundo informação do sócio gerente, todos os empregados da TSP seriam admitidos na EXPRESSO, com garantia de emprego por dois anos.

Embora os dirigentes do sindicato tenham confirmado o acordo, se negaram a apresentar cópia deles.

Foi verificada a existência de diversos comprovantes de pagamentos de acertos trabalhistas de empregados da TSP, que foram efetivamente pagos pela EXPRESSO.

O patrimônio físico da TSP era composto basicamente pela frota de ônibus, que operava nas linhas abrangidas pelo contrato de concessão 124/96

Esses veículos foram transferidos para a EXPRESSO tendo como intermediária a empresa F N Participações e Empreendimentos Ltda, CNPJ 05.554.322/0001-04.

Tais transferências foram feitas com valores muito aquém dos de mercado. Além disso, os sócios da FN Participações e Empreendimentos Ltda eram empregados da EXPRESSO e anteriormente da TSP, nos cargos de assistente administrativo e motorista.

O endereço da FN Participações e Empreendimentos Ltda era o mesmo do escritório de contabilidade responsável pela escrituração contábil da EXPRESSO e da TSP.

A auditoria fiscal verificou que relativamente aos anos base de 2003 e 2004, a FN Participações e Empreendimentos Ltda apresentou DIPJ – Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física com a informação “sem movimento”, quando deveria ao menos ter informado veículos adquiridos em 08/04/2003 e vendidos para EXPRESSO em 04/02/2004, bem como, no Patrimônio Líquido, os valores do capital.

A EXPRESSO foi constituída em 07/2003, a concessão da TSP para a EXPRESSO foi transferida em 09/2003, a frota de ônibus, com exceção de três veículos, foi transferida para a expresso em 11/2003, 02 e 03/2004, o alvará municipal de funcionamento foi obtido em 09/2004, como também a admissão dos empregados na EXPRESSO.

Foi verificada na documentação da EXPRESSO o pagamento de aluguel do imóvel que era sede da TSP, no mês 09/2004. Em 10/2004, a auditoria fiscal encontrou correspondências solicitando autorização para pagamento de despesas com reforma da “garagem antiga”, para devolução do imóvel. Tais despesas foram efetivamente pagas pela EXPRESSO.

A auditoria fiscal encontrou, nos movimentos de caixa da EXPRESSO, diversos pagamentos de valores correspondentes à aquisição de um veículo financiado em 24 parcelas no período de 10/03 a 09/05, financiamento este em nome da TSP junto a BV FINANCEIRA S/A, que continuou a ser pago pela EXPRESSO, conforme controle de pagamento das parcelas, (anexo VI).

Da análise dos atos constitutivos da EXPRESSO e da TSP, bem como outros documentos, verificou-se que há uma interligação evidente entre as empresas, seus sócios e empregados, conforme a auditoria fiscal demonstra detalhadamente.

Após várias alterações contratuais, a TSP permaneceu, apenas com um único sócio, que "em tese", foi utilizado como "laranja", tendo sido constituído um novo instrumento particular de sociedade limitada, dando aparência de uma nova empresa totalmente desvinculada da anterior, com a finalidade de se eximirem dos impostos e contribuições sociais devidos.

Diante dos fatos relatados, a auditoria fiscal concluiu ter havido a sucessão de fato entre as empresas TSP e EXPRESSO, sucedida e sucessora, respectivamente.

Constituem fatos geradores das contribuições lançadas, as remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais que prestaram serviços à empresa, bem como sobre a remuneração indireta, "salário in natura", referente ao fornecimento de cestas básicas aos segurados empregados, previsto em Acordos Coletivos de Trabalho e sem inscrição da sucedida no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT.

A autuada teve ciência do lançamento em 18/10/2005 e apresentou defesa (fls. 1586/1608), onde alega a nulidade do lançamento por preterimento do direito de defesa, em face da inaplicabilidade dos dispositivos legais utilizados em sua fundamentação.

Argumenta que a autuação tão somente descreve eventuais e "supostas" infrações de modo genérico, sem possuir elementos que possibilitem à Impugnante exercer seu direito de defesa.

Alega que não existe pertinência lógica entre os fatos afirmados e a legislação tida como suporte legal, restando evidente que o princípio do devido processo legal e da ampla defesa restaram prejudicados.

Entende que o ato administrativo deve preencher os requisitos gerais necessários à sua formação, dentre os quais desta a forma prescrita em lei que, segundo a autuada, não teria sido observado, levando à nulidade do lançamento.

Aduz a ilegitimidade do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e a necessária alteração do pólo ativo por força da Lei Federal nº 11.098/2005 resultante da conversão em lei da Medida Provisória nº 222/2004.

Alega que houve decadência de parte do lançamento.

Para a autuada, não se caracteriza a sucessão apontada pela auditoria fiscal.

O que teria ocorrido, foi o fato da Impugnante, ao ser convocada pelo Poder Público competente, no caso Município de Foz do Iguaçu, assumiu a exploração de atividade concedida, uma vez que o transporte público na cidade de Foz do Iguaçu estava caótico.

Afirma a autuada que é empresa completamente diversa da empresa TSP a qual explorava a concessão de transporte urbano do Município de Foz do Iguaçu e que inexistiu e inexistiu entre as duas empresas qualquer identidade societária, econômica, física e contábil.

Argumenta que o Município de Foz optou por repassar o serviço de transporte coletivo à Impugnante, sem que essa adquirisse a antiga exploradora, qual seja a TSP.

Apresenta como anexo documento intitulado de "Parecer Jurídico" que comprovaria que nunca houve aquisição por parte da Impugnante da empresa TSP, mas tão somente o recebimento da concessão do serviço público de transporte (doe. em anexo).

Considera óbvio que a autuada tenha se aproveitado do quadro de funcionários da TSP, porém, não de todos, mas tão somente daqueles que mostraram eficiência nos trabalhos desenvolvidos.

Alega que o fato de ter adquirido a frota de ônibus da TSP não caracteriza a sucessão e que ao assumir o serviço público a Impugnante necessitava de frota, sendo que a empresa F.N. possuía tais veículos.

Entende que se a empresa F.N. adquiriu tais veículos junto a TSP é um fato que não diz respeito à Impugnante sendo ainda irrelevante à esta, como também o fato de a empresa F. N. ter como sócios empregados seus e que também teriam sido empregados da TSP.

Questiona a liquidez do crédito em face da aplicação da taxa de juros SELIC e finaliza solicitando o acolhimento da impugnação.

Pela Decisão Notificação nº 14.421.4/0129/06 (fls. 1651 em diante), a autuação foi considerada procedente.

Contra tal decisão, a autuada apresentou recurso tempestivo, onde efetua a repetição das alegações de defesa.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

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

A recorrente apresenta preliminar de decadência que merece acolhida.

O lançamento em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991, que trata da decadência das contribuições previdenciárias da seguinte forma:

“Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.”

A constitucionalidade do dispositivo encimado sempre foi objeto de questionamento, seja no âmbito administrativo, como no caso em tela, seja no âmbito judicial.

Em sede do contencioso administrativo fiscal, em obediência ao princípio da legalidade e, considerando que o art. 45 da Lei nº 8.212/1991 encontra-se vigente no ordenamento jurídico pátrio, as alegações a respeito da constitucionalidade do citado artigo não eram acolhidas.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, negou provimento aos mesmos por unanimidade, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91.

Em decisão unânime, o entendimento dos ministros foi no sentido de que o artigo 146, III, ‘b’ da Constituição Federal, afirma que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária.

Na oportunidade, os ministros ainda editaram a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, a qual transcrevo abaixo:

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

É necessário observar os efeitos da súmula vinculante, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos, da Constituição Federal que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

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

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

Da análise do caso concreto, verifica-se que o lançamento em tela refere-se a período compreendido entre **06/1999 a 06/2005** e foi efetuado em **18/10/2005**, data da intimação do sujeito passivo.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

"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."*

Por outro lado, ao tratar do lançamento por homologação, o Códex Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

"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.*

.....

§ 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."*

Entretanto, tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o

prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Se, no entanto, o sujeito passivo não efetuar pagamento algum, nada há a ser homologado e, por consequência, aplica-se o disposto no art. 173 do CTN, em que o prazo de cinco anos passa a ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Para corroborar o entendimento acima, colaciono alguns julgados no mesmo sentido:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 173, I, E 150, § 4º, DO CTN.

1. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual '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'.

2. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação —que, segundo o art. 150 do CTN, 'ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa' e 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.

3. No caso concreto, o débito é referente à contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento."

(AgRg nos EREsp 216.758/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.4.2006)

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR.

SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), que é de cinco anos.

2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.

Omissis.

4. Embargos de divergência providos."

(EREsp 572.603/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005)

No caso em tela, ainda que existam alguns recolhimentos, trata-se de situação em que se caracteriza a conduta simulada da recorrente ao promover uma sucessão de fato, deixando a empresa anterior desprovida de qualquer bem para saldar o passivo tributário existente.

Julgados deste Conselho também se apresentam no mesmo sentido, ou seja, restando caracterizada nos autos a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, deixa de ser aplicado o § 4º do art. 150, para a aplicação da regra geral contida no art. 173, inciso I ambos do CTN.

Abaixo transcrevo, a título de exemplificação, as ementas de alguns acórdãos:

***"1º Conselho – 8ª Câmara
Recurso 146870 – Acórdão 108-09631***

Ementa: Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 1998

DECADÊNCIA. Para os tributos lançados por homologação, o início da contagem do prazo decadencial é o da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, nos termos do § 4º do artigo 150 do CTN. Configurados o dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial é realizada nos termos do art. 173, inciso I, do CTN"

***"1º Conselho – 7ª Câmara
Recurso 152994 – Acórdão 107-09311***

Ementa: Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1999, 2000 IRPJ. DECADÊNCIA.. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Nos lançamentos por homologação, a contagem do prazo decadencial, de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, não se aplica aos casos de dolo, fraude ou simulação; nesses casos, a contagem do prazo decadencial segue a regra geral prevista no art. 173, I, do CTN.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. DECADÊNCIA. FRAUDE. ART. 173, I, DO CTN. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 8212/91.

Em matéria de decadência, inclusive nos casos das contribuições sociais, a norma aplicável é o Código Tributário Nacional. Não pode a lei 8212/91, lei ordinária, veicular norma de decadência, afastando a regra expressa do CTN, formalmente lei complementar.

MULTA POR INFRAÇÃO QUALIFICADA.

A falta de escrituração de parte expressiva das receitas, reiteradamente, em todos os meses de dois anos-calendário consecutivos, demonstra ter a autuada agido com dolo, caracterizando o evidente intuito de fraude, que dá ensejo à aplicação da multa por infração qualificada, no percentual de 150%.”

Portanto, resta afastada a aplicação do § 4º do art. 150 para a aplicação do art. 173 inciso I, ambos do CTN.

Dessa forma encontra-se decadente o direito de constituição do crédito correspondente às contribuições até 11/1999, inclusive 13º salário.

Ainda em sede de preliminar, a recorrente alega nulidade do lançamento por preterimento do direito de defesa, em face da inaplicabilidade dos dispositivos legais utilizados em sua fundamentação e que não teria seguido a forma prevista em lei.

Não há razão no argumento.

Os elementos que compõem os autos são suficientes para a perfeita compreensão do lançamento, qual seja, contribuições patronais incidentes sobre os valores pagos a segurados empregados e contribuintes individuais que prestaram serviços à empresa TSP Transporte Salto de Pirapora Ltda da qual, a recorrente foi considerada sucessora.

A auditoria fiscal aponta os elementos que levaram à conclusão de que teria ocorrida a sucessão de fato. Além disso, toda a fundamentação legal que amparou o lançamento foi disponibilizada ao contribuinte conforme se verifica no relatório FLD – Fundamentos Legais do Débito que contém todos os dispositivos legais por assunto e competência.

Assim, entendo que o lançamento cumpre todos requisitos necessários à sua validade, não havendo que se falar em nulidade da notificação da autuação por ofensa a aos princípios da ampla de defesa e devido processo legal.

A recorrente alega a ilegitimidade do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e a necessária alteração do pólo ativo por força da Lei Federal nº 11.098/2005 resultante da conversão em lei da Medida Provisória nº 222/2004.

Melhor sorte não merece o argumento acima.

A lei nº 11.098/2005 criou a Secretaria da Receita Previdenciária, no âmbito do Ministério da Previdência Social, a quem atribuir as competências para arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar as receitas previdenciárias.

A referida lei em seu artigo 1º vigente à época do lançamento era claro no sentido de que as atribuições referidas no parágrafo anterior seriam realizadas em nome do Instituto Nacional do Seguro Social, destinatário das contribuições previdenciárias, conforme se verifica na transcrição abaixo:

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. (g.n.)

Portanto, a Lei nº 11.098/2005 apenas retirou do INSS a atribuição de realizar ele próprio a arrecadação, fiscalização, lançamento e normatização de receitas previdenciárias, passando tal tarefa à Secretaria da Receita Previdenciária, restando ao primeiro a realização dos procedimentos relativos à concessão de benefícios.

A recorrente argumenta que não existiu a sucessão tributária apontada pela auditoria fiscal.

Não é o que se verifica. Da análise dos elementos trazidos pela auditoria fiscal pode-se concluir que ocorreu a sucessão de fato.

Conforme se verifica, a empresa sucedida TSP não efetuava os recolhimentos das contribuições previdenciárias a seu cargo e sequer recolheu a integralidade das contribuições dos segurados, haja vista a ocorrência de lançamento destas contribuições, as quais foram objeto da NFLD 35.821.471-8, processo 11396.000801/2009-31, também objeto de relatoria desta Conselheira.

Segundo a recorrente, esta teria sido convocada pelo Poder Público competente, no caso Município de Foz do Iguaçu, a assumir a exploração de atividade concedida, uma vez que o transporte público na cidade de Foz do Iguaçu estava caótico. pelo Poder Público.

A questão relativa à situação do transporte público na cidade de Foz do Iguaçu mencionada pela recorrente é irrelevante para o deslinde da questão, como também o parecer jurídico juntado pela recorrente que segundo ela demonstraria a regularidade da transferência da concessão entre as empresas.

O referido parecer foi elaborado a pedido da recorrente, a fim de atender ao disposto na Lei nº 8.897/1995 que regulamenta as concessões e permissões, a qual exige para o caso de realização de transferência que se requeira a anuência prévia do órgão.

Assim, a EXPRESSO apresentou requerimento à Secretaria de Controle Interno e Negócios Jurídicos do Município de Foz de Iguaçu-PR, salientando possuir os requisitos legais exigidos, conforme cópia de folhas 1615/1616.

Infere-se, portanto, que a iniciativa da transferência da concessão da TSP para a EXPRESSO partiu das empresas e não da Municipalidade como quer fazer crer a recorrente.

Da leitura do referido parecer (fls. 1617/1620), depreende-se que ele limitou-se a informar que não haveria óbice à transferência da concessão da TSP para a EXPRESSO. Além disso, nada naquele documento comprovaria que nunca houve aquisição da TSP pela recorrente, conforme alegado.

Ao contrário, o parecer jurídico corrobora a situação verificada pela auditoria fiscal, conforme se pode observar do trecho abaixo:

Neste ponto interessante observar que a pretendente irá executar o contrato e prestar o serviço público de transporte coletivo, utilizando todos os equipamentos, técnicas e instalações já utilizados na prestação do serviço e promoveu a contratação de todos os empregados que já vinham desempenhando suas funções junto à empresa concessionária, o que evidencia que a execução do contrato não sofrerá qualquer tipo de alteração (g.n.)

A meu ver, o conjunto fático probatório apresentado pela auditoria fiscal é suficiente para caracterizar a sucessão de fato, senão vejamos.

- Todos os empregados da TSP foram transferidos para a EXPRESSO e não houve interrupção da atividade operacional de transporte coletivo. Sendo que os empregados tiveram garantia de emprego por dois anos conforme acordo firmado com o sindicato da categoria.
- Foi verificada a existência de diversos comprovantes de pagamentos de acertos trabalhistas de empregados da TSP, que foram efetivamente pagos pela EXPRESSO.
- O patrimônio físico da TSP era composto basicamente pela frota de ônibus, que operava nas linhas abrangidas pelo contrato de concessão 124/96 e esses veículos foram transferidos para a EXPRESSO tendo como intermediária a empresa F N Participações e Empreendimentos Ltda, cujos sócios eram empregados da EXPRESSO e anteriormente da TSP. Tais aquisições se deram por valores muito aquém do valor de mercado.
- O endereço da FN Participações e Empreendimentos Ltda era o mesmo do escritório de contabilidade responsável pela escrituração contábil da EXPRESSO e da TSP.
- A auditoria fiscal verificou que relativamente aos anos base de 2003 e 2004, a FN Participações e Empreendimentos Ltda apresentou DIPJ – Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física com a informação “sem movimento”, quando deveria ao menos ter informado veículos adquiridos em 08/04/2003 e vendidos para EXPRESSO em 04/02/2004, bem como, no Patrimônio Líquido, os valores do capital.
- A EXPRESSO foi constituída em 07/2003, a concessão da TSP para a EXPRESSO foi transferida em 09/2003, a frota de ônibus, com exceção de três veículos, foi transferida para a expresso em 11/2003,

02 e 03/2004, o alvará municipal de funcionamento foi obtido em 09/2004, como também a admissão dos empregados na EXPRESSO.

- Foi verificada na documentação da EXPRESSO o pagamento de aluguel do imóvel que era sede da TSP, no mês 09/2004. Em 10/2004, a auditoria fiscal encontrou correspondências solicitando autorização para pagamento de despesas com reforma da “garagem antiga”, para devolução do imóvel. Tais despesas foram efetivamente pagas pela EXPRESSO.
- A auditoria fiscal encontrou, nos movimentos de caixa da EXPRESSO, diversos pagamentos de valores correspondentes à aquisição de um veículo financiado em 24 parcelas no período de 10/03 a 09/05, financiamento este em nome da TSP junto a BV FINANCEIRA S/A, que continuou a ser pago pela EXPRESSO, conforme controle de pagamento das parcelas, (anexo VI).
- Da análise dos atos constitutivos da EXPRESSO e da TSP, bem como outros documentos, verificou-se que há uma interligação evidente entre as empresas, seus sócios que muitos dos quais empregados.
- Após várias alterações contratuais, a TSP permaneceu, apenas com um único sócio, que "em tese", foi utilizado como "laranja", tendo sido constituído um novo instrumento particular de sociedade limitada, dando aparência de uma nova empresa totalmente desvinculada da anterior, com a finalidade de se eximirem dos impostos e contribuições sociais devidos.

O Código Tributário Nacional traz em seu art. 133, o seguinte:

*Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, **por qualquer título**, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:*

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

A recorrente tenta em suas alegações dar uma aura de normalidade aos procedimentos que adota e que foram verificados pela auditoria fiscal, porém sem sucesso.

O que se evidencia é um mascaramento, sob a forma de um negócio ficto, que seria criar uma empresa nova para exercer as atividades realizadas pela precedente que não possui solvabilidade para honrar com o passivo tributário existente.

Tal conduta se revela verdadeira simulação.

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

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

§ 1o Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

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

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

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

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

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

Escudada no Princípio da Verdade Material e pelo poder-dever de buscar o ato efetivamente praticado pelas partes, a Administração, ao verificar a ocorrência de simulação, pode superar o negócio jurídico simulado para aplicar a lei tributária, aos verdadeiros participantes do negócio pois, de acordo com o art. 118, inciso I do CTN, a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos.

Assim, entendo que a auditoria fiscal, na presença de simulação não se obriga a permanecer inerte, pois tais negócios são inoponíveis ao fisco no exercício da atividade plenamente vinculada do lançamento.

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

“Como é sabido, a Administração Tributária não tem nenhum interesse direto na desconstituição dos atos simulados, salvo para superar-lhes a forma, visando a alcançar a substância negocial, nas hipóteses de simulação absoluta. Para a Administração Tributária, como bem recorda Alberto Xavier, é despidendo que tais atos sejam considerados válidos ou nulos, eficazes ou ineficazes nas relações privadas entre os simuladores, nas relações entre terceiros ou nas relações entre terceiros com interesses conflitantes. Eles são simplesmente inoponíveis à Administração, cabendo a esta o direito de

superação, pelo regime de desconsideração do ato negocial, da personalidade jurídica ou da forma apresentada, quando em presença do respectivo “motivo” para o ato administrativo: o ato simulado”

Não restam dúvidas de que todos os expedientes utilizados tinham por objetivo simular negócio jurídico, no qual a *intentio facti* se divorcia da *intentio iuris*, ou seja, a intenção das partes é uma, a forma jurídica adotada é outra;

Assim, verificada a ocorrência da sucessão, deve a sucessora arcar com os tributos de responsabilidade da sucedida.

A recorrente questiona a aplicação da taxa de juros SELIC como juros moratórios.

Cabe dizer que em obediência ao princípio da legalidade não cabe ao julgador no âmbito administrativo afastar a aplicação de dispositivo legal vigente no ordenamento jurídico sob o argumento de que ele seria inconstitucional

A impossibilidade acima decorre do fato ser o controle da constitucionalidade no Brasil do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la;

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repete inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juis Saraiva 21). (g.n.)”

A abstenção de manifestação a respeito de constitucionalidade de dispositivos legais vigentes é pacífica na instância administrativa de julgamento, conforme se verifica na decisão deste Conselho que decidiu por sumular a questão por meio da Súmula nº 02 publicada no DOU em 07/12/2010, por meio da Portaria CARF nº 49, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

O lançamento em questão também contempla contribuições sobre alimentação **in natura** fornecida aos empregados.

Segundo a auditoria fiscal, a recorrente forneceu cestas básicas aos segurados empregados, previsto em Acordos Coletivos de Trabalho e sem inscrição da sucedida no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT.

A recorrente efetuou pagamentos aos seus empregados a título de cesta básica sem contudo estar inscrita no PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador.

Contra o lançamento das contribuições incidentes sobre estes valores, a recorrente afirma que a jurisprudência dos Tribunais Pátrios é pacífica no sentido de que o fornecimento de alimentação não enseja a incidência de contribuição previdenciária ainda que a empresa não esteja inscrita no PAT.

Vale observar o Ato Delaratório nº 03/2011 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, publicado no D.O.U. de 22/12/2011, que dispõe o seguinte:

A PROCURADORA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da competência legal que lhe foi conferida, nos termos do inciso II do art. 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, tendo em vista a aprovação do Parecer PGFN/CRJ/Nº 2117 /2011, desta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, conforme despacho publicado no DOU de 24.11.2011, **DECLARA** que fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante:

"nas ações judiciais que visem obter a declaração de que sobre o pagamento in natura do auxílio-alimentação não há incidência de contribuição previdenciária".

Diante do citado ato, o fornecimento de cestas básicas, ou seja, alimentação **in natura** não integra o salário de contribuição independente de a empresa ter ou não efetuado adesão ao PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador

Assim, relativamente às contribuições incidentes sobre os valores fornecidos a título de cestas básicas, o lançamento deve ser desconstituído.

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

Voto no sentido de CONHECER do recurso e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para reconhecer a decadência até 11/1999 e para que sejam retirados os valores incidentes sobre alimentação **in natura** fornecida pela empresa.

É como voto.

Ana Maria Bandeira.