



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

Processo nº 13963.001000/2009-37
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-003.522 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de maio de 2014
Matéria DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES, SIMULAÇÃO
Recorrente IRMÃOS DA ROLT TRANSPORTES IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2008

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - SEGURADOS EMPREGADOS INCLUÍDOS EM FOLHA DE PAGAMENTO DE EMPRESA INTERPOSTA - PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE - COMISSÃO PAGA SOBRE O FRETE - CONSTATAÇÃO POR MEIO DE PROVAS MATERIAIS - PAGAMENTO POR FORA.

Além de ter indicado no relatório fiscal, qual seria a fundamentação para o lançamento por aferição da comissões sobre fretes, procedeu a autoridade fiscal a anexação de uma série de cópias, não apenas de reclamações trabalhistas (fls. 252 a 398), sentenças (ex: fl. 347, 373), termos de rescisão contratual, cópias de depoimentos de empregados junto ao Ministério Público do Trabalho (fls. 235 a 243) e Cópia de acertos de contas de motoristas (fls. 244 a 251), onde consta o pagamento de comissões da ordem de 10% do frete. Assim, não se trata de lançamento por mera presunção, mas consubstanciado numa série de documentos que demonstram adoção de práticas de pagamentos extra folha de pagamentos.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2008

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.

**INCONSTITUCIONALIDADE - ILEGALIDADE DA MULTA
PALIÇADA E TAXA SELIC - IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO**

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

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

APLICAÇÃO DE JUROS SELIC - MULTA - 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.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos: I) rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento; e II) no mérito, negar provimento ao recurso.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Carolina Wanderley Landim e Ricardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

O presente Auto de Infração de Obrigação Principal, lavrado sob o n.37.237.594-4, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela contribuições patronais e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (SAT/RAT), no período de 01/2006 a 12/2008.

Destaca-se que conforme descrito no relatório fiscal, fl. 42 e seguintes, o procedimento de auditoria em questão baseou no artigo 149 do CTN, isto é, na existência de simulação. Como resultado da análise documental e dos procedimentos de auditoria fiscal da Receita Federal do Brasil, ficou configurado os seguintes pontos:

1. A despeito da aparente distinção formal entre o sujeito passivo e as sete pessoas jurídicas abrangidas pelo procedimento fiscal, todas constituem única empresa, posto que exploram a mesma atividade econômica (transporte rodoviário de carga) com suas sedes sociais no mesmo imóvel, utilizando-se indistintamente da mesma frota de veículos e quadro de funcionários, sob gestão centralizada do verdadeiro empregador — Irmãos Da Rolt Transportes, Importação e Exportação Ltda, empresa administrada pelo Sr. Valdemiro Da Rolt..
2. Trata-se de fatos que configuram simulação de negócios, mediante a utilização de empresas interpostas, para usufruir indevidamente dos benefícios estabelecidos no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, instituído pela Lei nº9.317, de 05 de dezembro de 1996 e do Simples Nacional instituído através da LC-123/2006 com vigência a partir de 07/2007.
3. O emprego de simulação com evidente objetivo de elidir a contribuição previdenciária patronal retira a validade do ato formal, devendo prevalecer a real situação fática, com base no princípio da verdade material.
4. É inconcebível que o sujeito passivo, que congrega tal quantidade de trabalhadores, com faturamento acima dos parâmetros legais, tenha usufruído indevidamente dos benefícios instituídos pelo sistema simplificado. O tratamento tributário instituído pela lei 9.317/96, não é dirigido a empreendimento deste porte.
5. Finalmente, será encaminhada representação fiscal para fins penais ao Ministério Público Federal pela ocorrência, em tese, do crime de sonegação de contribuição previdenciária.

Além do sujeito passivo acima identificado foram também abrangidas pela auditoria fiscal as seguintes pessoas jurídicas:

- RMG Transportes Ltda ME
- RA Transportes Ltda ME

- Transportes e Reforma de Carretas Da Rolt Ltda ME
- ULIS Transportes Ltda ME
- FJB Transportes Ltda ME
- JCMF Transportes Ltda ME
- RPRM Transportes Ltda ME

Dando início ao procedimento fiscal o auditor conseguiu contatar a o R. Valdemiro Dal Rolt, administrador da empresa notificada, que disse desconhecer qualquer aspecto relacionado as empresas que prestavam serviços na empresa, responsabilizando-se apenas pela empresa notificada.

Foi mantido contato com o contador Sr. Pedro Rampinelli, que disse efetuar a contabilidade das empresas, mas recusou-se a passar os contatos dos sócios das demais empresas, responsabilizando-se por colher a assinatura dos sócios das mesmas, o que o fez em data posterior. Note-se que para a empresa RMG a assinatura foi realizada (em 2009) por pessoa não mais integrante da sociedade, conforme alteração contratual de 2004.

No relatório fiscal enfatiza a autoridade por meio de ampla e detalhada pesquisa, que os ditos sócios da empresas, constam apenas formalmente de suas constituições, sem contudo, ter qualquer participação efetiva, desconhecendo aspectos relacionados as mesmas. Vejamos alguns trechos do relato do auditor:

RMG Transportes

Rossi da Silva Gomes, Adailton da Silva Gomes e Denise da Silva Gomes , são filhos de Maria da Silva Gomes e conforme instrumentos contratuais teriam residência à rua Breno Cardoso, 753, no bairro São Luiz em Sombrio. Rossi integrou o quadro social da RMG Transportes Ltda ME na função de administrador (99%) no período de 04/1997 a 11/2004. Possui ainda registro de contratualidade com a Transportes Rodavan Ltda, onde teria exercido a função de auxiliar de escritório no período de 03/1994 a 01/1999, conforme registros do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS. Embora não abrangida pelo procedimento fiscal, a empresa Rodavan integra o grupo empresarial dos irmãos Da Rolt.

A Sra. Matilde confirma que realmente a sua sobrinha Denise da Silva Gomes com sua mãe Maria da Silva Gomes estão radicados nos EUA a mais de sete anos e que Denise até já casou por !A. Assegurou que a sobrinha Denise nunca foi empregada da Irmãos Da Rolt Transportes Importação e Exportação Ltda e muito menos ter participado, de fato, na condição de empresaria ou sócia de qualquer empresa no segmento de transportes de cargas. Casualmente, no momento, passa defronte à loja o Sr. Pedro Oclides Gomes, pai de Denise, que ainda permanece na cidade de Sombrio trabalhando em escritório de despachante — Despachante Gomes.

O Sr. Pedro ratificou as informações já transmitidas pela Sr. Matilde e destacou que esta situação, ou seja, a sua filha constar

como dona de empresa, deve ter sido manobra praticada pela transportadora dos Irmãos Da Rolt.

Marieta Borges de Barcelos e Fabio Juner Borges Barcelos são irmãos. Ocupam formalmente as funções de administradores. Este, desde 03/2001, junto à pessoa jurídica FJB Transportes Ltda ME com 50% do capital e aquela na RMG Transportes Ltda ME, desde 04/1997, com participação de 1% do capital. Consta ainda o registro de Fábio na condição de empregado da RMG Transportes Ltda ME, no período de 12/2000 a 02/2001 na função de auxiliar de escritório.

Rosângela Vieira, companheira de Fábio Juner Borges Barcelos, era menor e foi assistida por sua mãe Maria de Lourdes Carvalho Vieira quando da constituição da pessoa jurídica FJBTransportes Ltda ME, onde assume formalmente a condição de sócia cotista, com 50% na participação societária a partir de 03/2001. Em contato mantido em 24/08/2009 na sua própria residência no bairro Retiro da Unido na cidade de Sombrio, Rosângela Vieira declarou que desconhece qualquer aspecto relacionado com a empresa FJB Transportes Ltda ME, pois sempre se dedicou aos afazeres domésticos no seu lar e na criação dos seus filhos. Lembra que somente assinou os papéis de constituição da empresa, assistida por sua mãe. Por último destaca que o seu companheiro Fábio não divide com ela assuntos relativos a sua atuação junto aos Irmãos Da Rolt.

André de Souza Gonçalves protagoniza atuação polivalente. Figura na qualidade de sócio administrador das pessoas jurídicas RA Transportes Ltda ME com 99% do capital desde 04/2004 e na ULIS Transportes Ltda ME com 1% desde 02/2004. André assumiu a titulação da pessoa jurídica RA Transportes Ltda ME, no lugar do seu colega Rogério Alexandre Anastácio, que inicialmente lhe propôs o negócio. As condições e a maneira de gerir a empresa foram definidas por Valdemiro Da Rolt, conforme declaração feita pelo próprio André em depoimento prestado em 25/08/2009 Auditoria Fiscal, na Agência da Receita Federal do Brasil em Araranguá.

Venicio Almeida da Silva, morador da rua do Mercado Araras, s/n, no bairro Mato Alto em Sombrio, embora tenha feito parte do quadro social da pessoa jurídica Transportes e Reforma de Carretas Da Rolt Ltda, lapso de 03/1999 a 08/2000, na condição de cotista com 1% do capital, está registrado formalmente como empregado na função de mecânico, desde 01/09/1999 conforme anotação à fls. 47 (cópia anexa) do livro de registro de empregados nº 1.

Ulisses Marcon figura como administrador (99%) da pessoa jurídica Ulis Transportes Ltda ME no período de 09/1999 a 02/2004 e possui registro de vínculo empregatício com o sujeito passivo a partir de 02/2005 na função de mecânico, conforme Cadastro Nacional de Informações Social — CNIS.

João Manoel Fagundes com residência à rodovia BR-101, KM-423, estrada geral, Lagoa do Caverá, bairro Sanga da Toca 1,

em Araranguá, consta como sócio administrador (50%) da pessoa jurídica JCMF Transportes Ltda ME, juntamente com o Sr. Bento Costa Joaquim na função de sócio cotista, desde 12/2005. Está registrado como empregado da Irmãos Da Rolt Transportes Importação e Exportação Ltda, no período de 08/2004 a 01/2006 na função de lavador de caminhão, conforme anotado fls. 35 (cópia anexa) do livro de registro de empregados nº 1 apresentado à auditoria fiscal. Em 24/08/2009 foi realizada nova tentativa de contato com o Sr. João Manoel Fagundes, desta feita, na sede do sujeito passivo onde, conforme informações obtidas, continuava a trabalhar. Nesta oportunidade foram protagonizadas novas demonstrações a fim de obstaculizar o procedimento fiscal. O Sr. João Manoel Fagundes chegou a ser abordado no seu posto de trabalho (rampa — lavagem e lubrificação de caminhões), sem que os auditores soubessem de quem se tratava.

Posteriormente, por suas características (pessoa na faixa dos 40 anos, baixa estatura e peculiar marca próxima ao supercílio, entre outras), ficou claramente definida a sua identidade. Joao Manoel Fagundes, esquivando-se de contato, encaminha a auditoria para o Sr. Angelo Da Rolt, um dos irmãos de Valdemiro Da Rolt. O Sr. Angelo, fingindo indiferença, sugere que os auditores fiscais busquem informação junto ao setor administrativo da empresa. (...)Declaração categórica da moradora Mazilda Pereira Serafim⁴, vizinha defronte A residência, restaura a verdade dos fatos. Assegurou aos auditores que se tratava realmente da residência da família do Sr. Joao Manoel Fagundes. Alinhou as características físicas e afirmou que ele trabalha na Irmãos Da Rolt Transportes, Importação e Exportação Ltda. Destacou a moradora que o Sr. João Manoel Fagundes é um trabalhador incansável no sustento de sua família e que carrega na sua roupa, suja de graxa, a marca do seu trabalho. De fato o Sr. João Manoel Fagundes trabalha na chamada rampa, nos serviços de lavagem/lubrificação dos veículos da transportadora Da Rolt. A filha da vizinha Mazilda busca complementar as informações da mãe e esclarece que naquele dia, momento antes de ali chegarmos, o Sr. João Manoel Fagundes estava conversando com alguém numa caminhonete preta.

Bento Costa Joaquim seria outro sócio (cotista), com 50% do capital, da pessoa jurídica JCMF Transportes Ltda ME com atuação desde 12/2005. Apesar da impossibilidade/dificuldade alegada pelo contador do sujeito passivo, Sr. Pedro Rampinelli, conseguimos manter contato com o Sr. Bento. A entrevista ocorreu defronte a sua residência, no mesmo endereço⁵ da sede contratual da pessoa jurídica JCMF Transportes Ltda, conforme já ilustrado na foto constante em item próprio. Trata-se de pessoa modesta que, secundado por sua esposa, declarou categoricamente à auditoria fiscal que: Nunca foi dono ou fez parte de fato de qualquer empresa; Tinha conhecimento que a empresa constava em seu nome, porém nunca se considerou sócio de nada e também não recebeu nada por isto; Simplesmente assinava os papéis que lhe apresentavam; Acreditava que a sua parte na empresa teria sido transferida para o outro sócio, Sr. João Manoel Fagundes; Desde uns dois meses atrás está aposentado e que trabalhava para o sujeito

passivo na função de borracheiro e que ratificaria suas declarações em qualquer foro ou instância em que fosse chamado.

Renan Prudêncio José, 20 anos, e Raquel Pereira Matheus José, ambos residentes estrada geral s/n, bairro Lagoa do Cavera, em Araranguá, representam formalmente a pessoa jurídica RPRM Transportes Ltda ME, com 99% e 1% das cotas do capital social, a partir de 07/2007. Três meses depois, em 10/2007, Raquel Pereira Matheus • José foi registrada como auxiliar de escritório do sujeito passivo Irmãos Da Rolt Transportes Importação e Exportação Ltda, conforme fls. 25, cópia anexa, do livro de registro de empregados nº3. No dia 04/08/2007.

DOS LAUDOS E AMBIENTE DE TRABALHO

Os Laudos" Técnicos das Condições Ambientais do Trabalho — LTCAT's de 2009, identifica todo o grupo, ou seja, o sujeito passivo Irmãos Da Rolt Transporte Importação e Exportação Ltda e demais pessoas jurídicas abrangidas pelo procedimento fiscal que constituem uma só empresa, exatamente no mesmo estabelecimento, situado na cidade de Araranguá.

De resto, fica evidente a semelhança na estrutura dos documentos relativos as condições ambientais do trabalho bem como a atividade desenvolvida, endereço e funções envolvidas.

Quanto aos livros de registros de empregados, constatou-se que até os termos de abertura e encerramento dos livros referentes tanto ao sujeito passivo quanto as pessoa jurídicas RMG Transportes Ltda ME e FJB Transportes Ltda ME foram assinadas pelo próprio administrador da Irmãos Da Rolt, empresário Valdemir Da Rolt, sob designação de "procurador".

Ainda que na forma aparentam alguma distinção, a realidade demonstra que os trabalhadores laboravam num mesmo estabelecimento, dedicados a uma mesma atividade econômica, subordinados ao mesmo empregador. Concretamente, em outras palavras temos:

a) Idêntica atividade econômica: Tanto o sujeito passivo quanto as pessoas jurídicas abrangidas pelo procedimento fiscal, dedicam-se a mesma atividade econômica, qual seja, o transporte rodoviário de cargas — CNAE 49.30-2.

b) Mesmo endereço: A sede do sujeito passivo e demais pessoas jurídicas, é representada por um só estabelecimento, qual seja, a sede da empresa Irmãos Da Rolt Transportes Importação e Exportação Ltda, situada As margens da rodovia BR-101, s/n, altura do KM-423, bairro Sanga da Toca, na cidade de Araranguá/SC.

c) Uma só empresa ou empregador Todas as provas indicam a existência de um único empregador: Irmãos Da Rolt Transportes, Importação e Exportação Ltda, sujeito passivo do lançamento.

DA DECLARAÇÃO DO CONTADOR DA EMPRESA

Embora o contador Pedro Rampinelli possua o escritório de contabilidade no centro de Sombrio, dedica o período matutino aos afazeres contábeis do sujeito passivo e demais pessoas jurídicas abrangidas pelo procedimento fiscal, na própria sede da Irmãos Da Rolt Ltda em sala e com equipamentos próprios a este mister.

Também da mesma forma, indagado pela auditoria fiscal a respeito da configuração da empresa e o estreito relacionamento com as demais pessoas jurídicas, o contador demonstra visível desconforto. Chegou a ponto de declarar categoricamente que aquelas pessoas jurídicas não emitem qualquer tipo de documento. Possuem apenas as folhas de pagamentos e não auferem qualquer tipo de receita ou faturamento. Em resumo: Inexistira origem de recursos para suportar as despesas com a folha de pagamento. As pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES, que integram visceralmente o empreendimento Dal Rolt, não possuem caminhões próprios, sede social, nem tampouco faturamento pelos serviços prestados. Os conhecimentos de fretes são emitidos pelo sujeito passivo. Demonstração clara que as pessoas jurídicas subsistem apenas no papel e são utilizadas somente para abrigar os registros de vínculos empregatícios do sujeito passivo que, desta forma, vem obtendo indevidamente o tratamento tributário favorecido com a consequente sonegação de contribuições previdenciárias. Diante da manifesta ilegalidade da situação, o contabilista Pedro Rampinelli reconheceu sua resignação perante os fatos, justificando que apenas cumpre as determinações do empresário Valdemir Da Rolt. Confidenciou que estava com a saúde abalada a exigir doses diárias de comprimidos.

Evidente que não se trata de empresas distintas funcionando de "per si" e desenvolvendo cada qual a sua atividade na sede social respectiva. Estamos diante de um só empreendimento econômico a desenvolver a mesma atividade de transporte rodoviário de cargas, utilizando-se da mesma frota de caminhões, quadro comum de funcionários, sob a mesma administração de fato, na pessoa do empresário Valdemir Da Rolt. Em resumo, uma só empresa.

SÓCIOS LARANJAS X EMPRESAS FANTASMAS X PRIMAZIA DA REALIDADE:

RMG Transportes Ltda ME – foto fl. 62

Imóvel tipicamente residencial . Os atuais moradores e vizinhos residentes já há muito tempo no local declararam que ali nunca foi sede de qualquer empresa, nem tampouco no ramo de transportes . Observou -se que inexistente na parte dos fundos da residência qualquer tipo de edificação passível de abrigar sede de empresa.

RA Transportes Ltda ME - mesmo endereço onde está estabelecido o sujeito passivo.

Transportes e Reforma de Carretas Da Rolt Ltda - O cenário se repete. Também o mesmo endereço do sujeito passivo, apenas com a especificação de que ocupa o galpão ou pavilhão nº 2.

ULIS Transportes Ltda ME - Da mesma forma, trata-se de imóvel com característica residencial. A sala que aparece em primeiro plano, desocupada já há bastante tempo seria uma espécie de dormitório, conforme declaração prestada a auditoria fiscal pelo morador da residência que se vê ao fundo e que já foi ocupada, antigamente, pelo Sr. Ângelo Da Rolt, um dos sócios da empresa **Irmãos Da Rolt Transportes Importação e Exportação Ltda**. Aliás, a residência nos fundos é atualmente ocupada por empregado do sujeito passivo.

FJB Transportes Ltda – repete-se o endereço anterior, apenas com a supressão de sala. Outra encenação do jogo de faz de conta praticado à exaustão pelo sujeito passivo.

JCMF Transportes Ltda ME - Trata-se na verdade da residência do Sr. Bento Costa Joaquim, ex-empregado do sujeito passivo onde exercia a função de borracheiro. Hoje aposentado, prestou declaração à auditoria fiscal, objeto de relato anterior.

RPRM Transportes Ltda ME – É a pessoa jurídica de constituição mais recente, 23/07/2007, tendo por administrador contratual o sócio Renan Prudêncio José e sócia cotista a Sra. Raquel Pereira Matheus José, sua esposa e empregada do sujeito passivo **Irmãos Da Rolt Transportes, Importação e Exportação Ltda**, onde foi admitida 16 em 11/10/2007 para a função de auxiliar de escritório.

Como nas demais pessoas jurídicas abrangidas pelo procedimento fiscal, a constituição desta foi como mesmo objetivo — ser utilizada para abrigar formalmente os registros de contratos de trabalho do sujeito passivo, fracionar de forma simulada a folha de pagamento deste e continuar obtendo indevidamente o tratamento tributário favorecido instituído pela lei do SIMPLES, às custas do emprego de simulação.

Em 04/08/2009 a auditoria fiscal conseguiu contato pessoal com o administrador contratual da RPRM", Sr. Renan Prudêncio José. Pessoa ainda jovem, transmitiu espontaneidade e sinceridade durante a entrevista realizada. Lembrou que seu pai já conhecia o Sr. Valdemiro Da Rolt, e em contato com este, conhecido por Tola, numa barbearia, passa a freqüentar a sede da empresa **Irmãos Da Rolt**. Declara Renan que inicialmente passou a ajudar de maneira informal, sem carteira assinada, nos afazeres da oficina no interior da empresa, sob comando de Ângelo Da Rolt 18, conhecido por Angelin. Decorrido algum tempo, o Sr. Valdemiro lhe propôs negócio no sentido de abrir uma empresa em seu nome. Desempregado e com filha ainda pequena, vislumbrou na proposta a possibilidade real de melhorar sua situação. Aceitou-a, • portanto. Buscou definir a atuação da sua empresa como uma espécie de terceirização.

Evidentemente não se trata desta figura, terceirização, mormente na espécie in casu, mera intermediação de mão de obra, vedada a empresas optantes pelo sistema simplificado, caso da RMG Transportes Ltda ME.

Renan prossegue a narrativa: Declarou que tem conhecimento de que algo em torno de 38 (trinta e oito) motoristas estariam formalmente registrados na pessoa jurídica RPRM Transportes Ltda ME, mas que a empresa não é proprietária de nenhum veículo.

Nas suas palavras, o sócio contratual Renan informou que tira cerca de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) mensais e que sua atuação consiste em atender os motoristas, procurando resolver alguns problemas que possam surgir. Confessou que desconhece os aspectos documentais relativos a gestão da empresa.

Encerrado o encontro, o Sr. Renan nos conduziu até a sua residência - foto abaixo, definida também como sede social da pessoa jurídica RPRM Transportes Ltda ME. (foto 66)

DAS RECLAMATÓRIAS TRABALHISTAS (fl. 67 a 80)

A pluralidade no pólo passivo das demandas, relatos de unicidade empresarial ou grupo econômico, práticas simulatórias ou abusivas, além de pagamentos extrafolhas de comissões (10%) sobre o valor do frete, são temas recorrentes nas reclamações processadas perante a Vara do Trabalho de Ararangué, envolvendo o sujeito passivo e pessoas jurídicas abrangidas pelo procedimento fiscal.

"Na realidade, todas as demandadas atuam no ramo de transporte de cargas e pertencem ao mesmo grupo econômico, ou melhor, aos mesmos sócios. Estas pessoas físicas se acobertam sob uma pessoa jurídica, dificultando a descoberta de quem, na verdade, responde pelas obrigações da sociedade, causando embarço e confusão. O cede é que durante o contrato mantido pelo de cujus, quem sempre comandou e lhe deu ordens foi à mesma pessoa, Senhor Valdemiro Darolt, proprietário de fato das empresas, embora na CTPS do Reclamante, no período que abaixo reclamará, conste anotações com pessoas jurídicas diferentes".

Relatos acerca da unicidade empresarial, relação trabalhista extravagante e pagamento de comissões "por fora" estão presentes na reclamação nº 186/02 proposta pelo motorista Rodrigo da Costa Matos contra o sujeito passivo — primeira reclamada, pessoa jurídica FJB Transportes Ltda ME — segunda reclamada e os • representantes legais do sujeito passivo, pessoas físicas²¹.

quatro rés pertencem a mesma família; não se recorda para qual empresa trabalhou, apesar de haver anotação na CTPS; na prática todas as rés constituíam uma única empresa, operando no mesmo local, com a mesma atividade; todas as rés só tem um escritório e eram dirigidas pelos irmãos da família Da Rolt, entre os quais, o Sr. Tola (Valdemiro), Angelo, Nine (Valdemir) e Neca (Valdemar); o acerto com todos os caminhoneiros era feito

pelo Sr. Nino, também da família Da Rolt; () na CTPS era anotado salário fixo, mas a remuneração era somente a base de comissão de 10% sobre o valor do frete".

A reclamatória trabalhista nº 181/02 proposta pelo motorista Rubens Mello de Oliveira em face de FJB Transportes Ltda ME e Irmãos Da Rolt Transportes, importação e Exportação Ltda, sujeito passivo do lançamento ora relatado, versa igualmente sobre a unicidade da empresa e do indigitado pagamento de comissões "por fora".

Na esteira de outras demandas: utilização de empresas interpostas, comissões pagas • "por fora" e a introdução de testas de ferro na administração dos negócios do sujeito passivo, são causas em que se funda a reclamatória trabalhista nº 399/06, proposta pelo motorista Jovelino Gomes da Rosa contra RA Transportes Ltda ME e Irmãos Da Rolt Transportes, Importação e Exportação Ltda.

O trabalhador Valcirlei Casagrande, motorista, ingressou em 05/10/2006 com reclamatória trabalhista no 657/06 contra FJB Transportes Ltda ME e Irmãos Da Rolt Transportes, Importação e Exportação Ltda trazendo relatos de confusão entre as empresas e prática de pagamentos de comissões de 10% do frete bruto, fora da folha.

Constantino da Silva Caetano pleiteia a retificação da sua CTPS para incluir a remuneração de fato recebida, através de reclamatória trabalhista de no 568/08 de 04/08/2008 ajuizada contra FJB Transportes Ltda ME. Informa o reclamante:

"() foi contratado em 01.09.2004, para exercer a função de motorista, com término do pacto labora! em 18/10/2006, por iniciativa da empresa, sendo que as verbas rescisórias foram calculadas com base no valor anotado na CTPS e não no valor (extra-folha) efetivamente recebido pelo autor, havendo diferenças de valores no pagamento das referidas verbas.

(...) A remuneração pactuada era a base de comissões, no importe de 10%, que resultava uma remuneração média mensal de R\$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais), em toda a contratualidade. No entanto, a CTPS foi anotada com o valor de R\$ 658,00 (seiscentos e cinquenta e oito reais),

devendo ser retificada, informando a forma de recebimento de salário."

MANIFESTAÇÃO DE JUIZA DO TRT:

"Além disso, as reclamadas possuem o mesmo preposto, o mesmo procurador, ofereceram contestação conjunta e as citações de fls. 24 e 25 foram assinadas pela mesma pessoa que afirmou ser o sócio das demandadas, o que demonstra a relação havida entre elas. Dessarte, devem prevalecer as alegações do reclamante no sentido de que foi admitido em 20-02-2001, ou seja, em data anterior aquela anotada na sua CTPS (1º-6-2001),

e que prestou serviço a ambas as demandadas, pertencentes ao mesmo grupo econômico. Quanto a este último aspecto, como bem elucidado na sentença, o Sr. Valdomiro Da Rolt recebeu as duas citações iniciais de fls. 24/25 se dizendo sócio das empresas. De outro lado, o Sr. Rossi da Silva Gomes, na audiência de fl 26, foi o preposto nomeado pelas empresas para representá-las na audiência inicial (cartas de preposição de fls. 29 e 30). Além disso, o procurador das rés é o mesmo, tendo estas contestado a ação em pega Onica".

SUJEITO PASSIVO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Representação formulada pelo Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários do Vale do Araranguá, que noticia discriminação de trabalhador em virtude de ajuizamento de reclamatória trabalhista, não pagamento de férias e gratificação natalina e ausência do controle da jornada de trabalho, dá causa a instauração do inquérito civil público 39.2009.12.002/0 pela Procuradoria do Trabalho em Criciúma onde figura o sujeito passivo na condição de inquirido.

que teve audiência judicial no mês tal de 2009 em relação as reclamatórias acima, sendo cento que, logo a seguir a audiência, o depoente foi chamado no departamento de pessoal da empresa Irmãos Darolt Ltda, tendo sido comunicado pelo senhor Valdemiro Darolt de que deveria desistir da ação trabalhista sob pena de ser dispensado; que diante da "proposta" do empregador o depoente afirmou que não aceitaria a renúncia do seu direito de ação e que a empresa, se assim entendesse deveria demiti-lo; que ato contínuo o depoente foi demitido pelo senhor Valdemiro; que no mesmo dia dos fatos o depoente registrou a ocorrência em órgão da Polícia Judiciária; (.....) que a remuneração do depoente correspondia a 10% sobre o valor do frete contratado; (.....) que a CTPS do depoente, no último contrato, era assinada pela empresa tal, a qual integra o grupo Irmãos Darolt; que o acerto de contas era feito pela empresa Irmão Darolt Ltda; que mensalmente o depoente assinava recibo de pagamento no valor do piso salarial da categoria; que efetivamente sua remuneração correspondia ao comissionamento sobre os fretes observados os

PARTICIPAÇÃO DO SR. VALDEMIRO NA GESTÃO DAS DEMAIS EMPRESAS

Valdemiro Da Rolt — Administrador do sujeito passivo Irmãos Da Rolt Transportes, Importação e Exportação Ltda, pratica com frequência atos de verdadeira comunhão administrativa com as demais pessoas jurídicas abrangidas pelo procedimento fiscal, com as quais alega suposta distinção.

Quer assinando termos de rescisão de contrato de trabalho, notificando empregados a respeito de férias ou firmando contrato de experiência e declaração de opção do FGTS, dentre outros atos típicos da gestão administrativa. Aliás, não pode prosperar eventual alegação no sentido de que estaria atuando na condição de procurador.

De qualquer forma citamos, para ilustrar, a participação de Valdemiro Dal Rot assinando documentos como representante de outras pessoas jurídicas, com as quais alega não possuir qualquer vínculo. (VER TABELA FL. 89).

E mais: As informações de remessa da GFIP — Guia de Recolhimento do FGTS e Informações a Previdência Social relativas a cada uma das pessoas jurídicas abrangidas pelo procedimento fiscal estão registradas em nome de um só responsável— Irmãos Da Rolt Transportes, Importação e Exportação Ltda. O nome da pessoa designada para contato é invariavelmente Valdemiro Da Rolt.

CONTRATAÇÃO DE SEGURO COLETIVO –

Em 02 de maio de 2007 o sujeito passivo Irmãos Da Rolt Transportes, Importação e Exportação Ltda, através do seu administrador Waldemiro Da Rolt, celebrou com a Bradesco Vida e Previdência S/A contrato²⁵ de seguro coletivo de pessoas com as seguintes coberturas: Morte, morte acidental, auxílio emergencial e inclusão de cônjuge. O grupo segurável abrange todos os funcionários, sócios, diretores e gerentes do estipulante — Irmãos Da Rolt Transportes, Importação e Exportação Ltda e dos subestipulantes. Inusitadamente o sujeito passivo indicou como subestipulantes as seguintes pessoas jurídicas: Transportes Anva Ltda, Transportes Rodavan Ltda, RA Transportes Ltda ME, Ulis Transportes Ltda ME, RMG Transportes Ltda ME, Reforma de Carreta Da Rolt LtdaME, FJB Transportes Ltda ME e JCMF Transportes Ltda ME.

Ou seja, as pessoas jurídicas abrangidas pelo procedimento fiscal que integradas de fato ao sujeito passivo, constituem a unidade empresarial de Irmãos Da Rolt Transportes, Importação e Exportação Ltda.

EXAMES ADMISSIONAIS –

Os atestados de saúde ocupacional abaixo discriminados, ilustram sobremaneira a unidade do sujeito passivo. Embora os ASO's, relativos a exames admissionais e • demissionais sejam destinados a Irmãos Da Rolt Transportes, Importação e Exportação Ltda, referem-se a empregados com registros de contratualidade nas diversas pessoas jurídicas abrangidas pelo procedimento fiscal. Ou seja, o sujeito passivo providencia os exames médicos, adota as providências administrativas de praxe e distribui os empregados entre as diversas pessoas jurídicas, a fim de fragmentar a folha de pagamento, sonhando contribuições previdenciárias mediante obtenção indevida do tratamento tributário favorecido, instituído pela lei 9.317/96 — Lei do SIMPLES.

CANDIDATURA A VÍNCULO DE EMPREGO –

Derradeiras demonstrações da unidade empresarial do sujeito passivo podem ser verificadas nas informações prestadas (preenchimento obrigatório) pelos candidatos a emprego junto a

empresa Irmãos Da Rolt Transportes, Importação e Exportação Ltda.

MASSA SALARIAL X FATURAMENTO

Quando examinada de forma isolada a empresa Irmãos Da Rolt apresenta uma evolução coerente, tanto da massa salarial quanto no número de empregados e respectivo faturamento. No conjunto, ou seja, quando se apresenta a empresa na sua real dimensão, é flagrante o contraste dos valores em comparação com as demais pessoas jurídicas abrangidas pelo procedimento fiscal. Note-se que, com exceção da pessoa jurídica Transportes e Reforma de Carretas Da Rolt ME, as demais não declaram qualquer faturamento. Com efeito, o próprio contador Pedro Rampinelli afirmou categoricamente que elas não emitem mesmo qualquer documento fiscal. Fato absurdo já que teriam, em tese, que suportar com os encargos trabalhistas dentre os quais destacam-se os salários (massa salarial) abaixo discriminados. Como poderiam tais empresas serem responsáveis pelo pagamento de salários e ao mesmo tempo declararem que não auferem qualquer tipo de receita? O emprego da simulação e da fraude produz situações inusitadas. Mesmo quanto a pessoa jurídica Transportes e • Reforma de Carretas Da Rolt Ltda ME se observa flagrante contradição na relação entre os valores com encargos da massa trabalhista, que superam os da receita declarada.

CONCLUSÃO –

Repete-se a partilha: Empregados e respectivos encargos para as optantes do SIMPLES e faturamento resguardado para o verdadeiro empregador. A constituição e a existência meramente formais das pessoas jurídicas abrangidas pelo procedimento fiscal se destinam a: Servir de abrigo para registro da mão de obra e conseqüente encargo com a massa salarial, usufruindo indevidamente do tratamento tributário simplificado e favorecido do sistema SIMPLES, e resguardar o faturamento para o verdadeiro empregador — Irmãos Da Rolt Transportes, Importação e Exportação Ltda.

O que fica patente é que toda a movimentação de empregados ocorre dentro de uma • mesma empresa, ou seja, do sujeito passivo. Trata-se de um só empreendimento, perseguindo a mesma atividade econômica com a utilização da mão de obra integrada na unicidade da empresa Irmãos Da Rolt Transportes, Importação e Exportação Ltda.

Não pode prosperar eventual alegação no sentido de que as pessoas jurídicas referidas atuam como "empresa terceirizada". A pratica da terceirização é comum no mundo moderno e no Brasil não poderia ser diferente. As empresas buscam através desta técnica administrativa maior produtividade; diminuição de custos; respostas rápidas as mudanças no mercado; foco no seu negócio; descentralização de decisões; entre outras vantagens. Desde que não constatada a fraude, a terceirização é manifestação de moderna técnica competitiva, e para tanto, deve atender aos preceitos legais vigentes em nosso país. Foi observado anteriormente, no tópico dedicado as procurações,

que o empresário Valdemiro Da Rolt estaria atuando em nome de supostas terceirizadas, o que representaria verdadeiro paradoxo, já que a finalidade precípua da terceirização é justamente o foco no seu próprio negócio.

Além do mais, todos os requisitos do vínculo empregatício são identificados na relação entre aqueles trabalhadores formalmente registrados nas pessoas jurídicas abrangidas pelo procedimento fiscal, que realizam as atividades-fim do sujeito passivo, mediante subordinação e de forma permanente.

a) Pessoa física - os serviços são prestados pelos próprios trabalhadores que foram treinados para as atividades de transporte rodoviário de cargas, que se constituem em atividades típicas do objetivo social do sujeito passivo.

b) Não eventualidade - Os serviços prestados não são de natureza eventual eis que visam atender uma necessidade social permanente do sujeito passivo.

c) Subordinação - A própria natureza dos serviços e as condições em que são prestados não permitem garantir ao trabalhador a autonomia que afastaria o vínculo de subordinação ao sujeito passivo. Além do mais, a qualidade e o padrão dos trabalhos são definidos pelo sujeito passivo, responsável pelos seus serviços perante sua clientela. A subordinação se define independentemente da afirmação contrária das partes, ela se estabelece em função das próprias condições em que o trabalho é realizado.

d) Remuneração — Ocorre com o correspondente pagamento dos salários. A existência meramente formal das pessoas jurídicas abrangidas pelo procedimento fiscal, não tem o condão de garantir a inexistência de vínculo empregatício com o sujeito passivo. Não é suficiente para descaracterizar a relação de emprego, pois estão presentes os requisitos legais que estabelecem o vínculo.

A constatação pela Auditoria Fiscal da Receita Federal do Brasil de que determinados trabalhadores são empregados, não constitui invasão da Justiça do Trabalho. Mesmo porque a competência da Justiça do Trabalho consiste no julgamento de controvérsias entre empregados e empregadores decorrentes da relação de emprego, o que não se confunde com ato de fiscalização da Receita Federal do Brasil.

É aplicável também o princípio da primazia da realidade, que significa que os fatos relativos ao contrato de trabalho devem prevalecer em relação à aparência que, formal ou documentalmente, possam oferecer.

É lícito à Receita Federal do Brasil pesquisar a relação de trabalho para encontrar, na sua verdadeira configuração, a relação de emprego e cobrar a contribuição legalmente devida, pois a cogência das normas de ordem pública impede que se adote regime jurídico apenas formalmente, para frustrar os

objetivos nelas perseguidos, quando a prática da relação jurídica de direito material indica tratar-se de relação de emprego.

DAS PROCURAÇÕES

Pesquisa realizada junto aos cartórios de Sombrio e Araranguá redundou em várias procurações outorgadas por pessoas jurídicas abrangidas pelo procedimento fiscal e por seus representantes contratuais, transferindo poderes ao Sr. Valdemiro Da Rolt, administrador do sujeito passivo. Os mandados versam sobre representações perante estabelecimentos bancários e para a completa gestão das empresas outorgantes.

Os termos dos mandatos conforme amostragem abaixo, revelam a unicidade empresarial, onde o outorgado, representante legal do sujeito passivo, é o verdadeiro empregador. Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 10/09/2009, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 11/09/2009.

14. PAGAMENTO POR FORA DE COMISSÕES SOBRE O VALOR DO FRETE

Remunerar extrafolha os seus motoristas através de comissão de 10% (dez por cento)

sobre o valor dos fretes realizados, é prática antiga do sujeito passivo. O fato é sobejamente noticiado nas reclamações trabalhistas e ratificado em diversos depoimentos prestados a auditoria fiscal. Trata-se, infelizmente, de mecanismo perniciosamente incrustado no segmento de transportes de cargas, reconhecido pelos próprios profissionais que atuam no ramo. E pois, fato público e notório. Desta feita, entretanto, logramos êxito no desafio que imperava até então: A comprovação 410 material. Evidente que matéria relativa a remuneração extrafolha é eminentemente fático-probatória, posto que depende da comprovação ou não de pagamentos "por fora". No caso presente, a indigitada praxe fica comprovada a partir, principalmente, dos seguintes documentos abaixo descritos. 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) Acerto de Contas Irmãos Da Rolt: Tratam-se de relatórios que identificam os veículos e respectivos motoristas, data de saída e chegada da viagem. Contém ainda a discriminação das despesas (borracharia, agenciamento, outros serviços) e pedágios, valores de fretes e comissões (10% sobre o valor do frete). No final do extrato consta um campo destinado a assinatura do motorista que confirma o recebimento da comissão sobre o valor do frete. Conforme já reiteradamente manifestado ao longo do relatório, as comissões incidentes sobre o valor do frete, na alíquota de 10% (dez por cento) embora seja uma praxe do sujeito passivo já a muito tempo, são pagas em dinheiro e não figuram na folha de pagamento ou na contabilidade apresentadas a auditoria fiscal. Trata-se de remuneração

praticada por fora ou extrafolha, clássico exemplo de sonegação fiscal.

para Controle de Viagens: Trata-se de relatório juntado pelo motorista Antonio Claudino, apelido Tonhão, nos autos da reclamatória trabalhista nº 748/06 proposta contra RMG Transportes Ltda ME e Irmãos Da Roit Transportes, Importação e Exportação Ltda. O relatório destaca-se como importante elemento de prova. Intitulado Relatório para controle de Viagens Período de 01/12/2002 a 20/05/2003 — Laerte Da Rolt, foi emitido pelo próprio sujeito passivo Irmãos Da Rolt Transportes, Importação e Exportação Ltda no dia 19/05/2003 As 18:04 horas, através do Sistema de Controle de Frotas 2003 para o veículo placa LXV-8140, dirigido pelos motoristas Antonio Claudino (autor da demanda) e outro motorista de apelido Pedrão. O documento que contém mais de quinze colunas, revela minucioso controle das despesas e lucro incidentes sobre os fretes realizados. No caso do relatório sob análise, para o valor total do frete no período — R\$ 80.439,90, foi destacada uma comissão no valor total de R\$ 7.353,03. Aliás, a prática ilegal de pagamento "por fora" de comissões sobre o valor dos fretes continua, conforme ficou demonstrado no extrato acostado a procedimento perante a Procuradoria do Trabalho em Criciúma, examinado anteriormente.

DA BASE DE CÁLCULO DAS COMISSÕES — Diante do exposto, as bases de cálculo foram indiretamente aferidas a partir da receita mensal de prestação de serviços apurada com base nos conhecimentos de transportes (contas contábeis — 1170 a 1175 e 1185 — vendas de serviços de transportes) emitidos pelo sujeito passivo, deduzidas as despesas com selo pedágio (conta contábil 1635 - selo pedágio) e fretes realizados por terceiros (conta contábil 1406 - fretes e carretos de terceiros). Aos valores resultantes foi aplicada a alíquota de 10% (dez por cento) a título de comissão.

15. APURAÇÃO DO CRÉDITO — FATOS GERADORES - LEVANTAMENTOS

No auto de infração ora relatado, foram utilizados levantamentos, consoante quadro abaixo, tendo por fatos geradores:

a) **Levantamento SMP:** Referente remunerações pagas aos segurados empregados do sujeito passivo, cujos valores foram apurados através das folhas de pagamentos confeccionadas em nome das pessoas jurídicas abrangidas pelo procedimento fiscal, relativas ao período de janeiro/2006 a dezembro/2008, conforme em planilha anexa intitulada Demonstrativo do Salário de Contribuição, cujos valores mensais (totais) encontram-se registrados no Discriminativo Analítico de Débito — DAD, que figura como anexo do lançamento.

Levantamento COM: Relativo remunerações pagas por fora aos empregados do sujeito passivo, na função de motoristas, a título de comissões sobre o valor dos fretes realizados, cujos valores

foram apurados através dos conhecimentos de frete, relativos ao período de janeiro/2006 a dezembro/2008, conforme Discriminativo Analítico de Débito — DAD, que figura como anexo do lançamento.

16. DOLO, SONEGAÇÃO, FRAUDE E CONLUÍO Já no primeiro contato com o sujeito passivo, na pessoa do sócio administrador Valdemiro Da RoIt, por ocasião da coleta das assinaturas nos Termos de Início do Procedimento Fiscal, constatou-se o emprego de manobras a fim de encobrir a verdade dos fatos, revelada posteriormente no decorrer da ação fiscal. O representante do sujeito passivo em conluio com o contabilista buscou obstaculizar o exercício legal da atividade de fiscalização omitindo informações acerca da real configuração da sua empresa e do estreito relacionamento que mantinha com os sócios contratuais e das pessoas jurídicas abrangidas pelo procedimento fiscal.

Foram apurados basicamente dois levantamentos: COM – COMISSÕES e SMP – FOLHA EMPRESAS ABRANGIDAS.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 10/09/2009, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 11/09/2009.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela notificada, fls. 484 a 518. A impugnação, foi apresentada nos seguintes termos:

- o ceme da autuação fiscal, que tem como resultado a atribuição de responsabilidade à impugnante pelo pagamento das contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações pagas por terceiras empresas a trabalhadores considerados pe a fiscalização como empregados daquela, está adstrito basicamente a uma suposta simulação, que presumidamente teria o intuito de se furtao ao recolhimento das contribuições previdenciárias e sociais;

o auto de infração está focado em indícios e presunções improcedentes, posto que não há a identificação precisa do fato gerador da obrigação principal e que a contabilidade demonstra de maneira contrária a presunção fiscal de pagamento a terceiros das "ditas comissões de frete"; no entanto, mesmo que as conclusões sejam verdadeiras, não se caracterizam em prova cabal e irrefutável de que o vínculo empregatício, efetiva e concretamente, dava-se diretamente com a empresa autuada;

- no processo administrativo de lançamento tributário, o autor é o fisco, e a ele cabe a prova da alegação de ocorrência do fato gerador e da dimensão da base de cálculo, nada impedindo que o contribuinte alegue, na impugnação, que o fisco não comprovou a • ocorrência do fato gerador e, com base nisso, requeira o seu cancelamento;

é fundamental observar que, enquanto a prova deve ser definitiva, convencendo plenamente o :aplicador da lei,' a contra-prova basta ser suficiente para trazer de volta a dúvida acerca dos fatos alegados;

- a doutrina e a jurisprudência mais idôneas condenam o uso puro e simples de presunções jurídicas para efeitos de proceder ao lançamento de tributos. Ocorre a presunção quando por meios indiretos de prova, postos à disposição da fiscalização, constata-se determinado fato e deduz-se através dele a ocorrência de um outro fato que não se possa provar, mas que, ante sua relação direta e particular com o fato constatado, permita estabelecer um raciocínio da sua existência;

- o emprego das presunções legais no âmbito do direito tributário não pode ser feito de maneira aleatória e indiscriminada, a ponto de que sua aplicação acabe por implicar numa distorção das hipóteses de incidência previstas em lei e de suas correspectivas bases de cálculo;

- a fiscalização enaltece dois eventos como suscetíveis de ensejar a responsabilização da impugnante pelas contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações pagas por terceiras empresas, em face da confusão patrimonial e de pessoal, o que dificulta a individualização ou o que de fato pertence às respectivas unidades, fato este que macula o presente AI, o que pode redundar em débito incerto e inexigível.

- o primeiro deles é o fato de explorarem a mesma atividade econômica (transporte rodoviário de carga), com suas sedes sociais no mesmo imóvel, utilizando-se indistintamente da mesma frota de veículos e quadro de funcionários. O segundo é o fato de as sete empresas terem, simuladamente, o mesmo administrador, não configurando este acontecimento em si mesmo elemento suficiente para implicar na ligação e interdependência entre as empresas;

- assim, a simples relação de parentesco havida entre as pessoas físicas sócias das empresas, bem como a eventual identificação da pessoa física do administrador das mesmas não é elemento capaz de implicar na responsabilidade da impugnante por eventuais débitos de contribuições previdenciárias e sociais das terceiras empresas, afastando, via de consequência, a incidência ao caso em tela, conforme arts 8.212/91;

2º § 2º da CLT, e 30, IV, da Lei nº - questiona a inconstitucionalidade/ilegalidade da multa em face de seu caráter confiscatório, como também da aplicação da taxa SELIC aos tributos exigidos.

Ante o exposto, requer a nulidade do AI ou o cancelamento do lançamento, por já estar devidamente recolhido, como também a exclusão da representação fiscal para fins penais, uma vez que o lançamento é baseado em presunção.

A Decisão de 1 instância confirmou a procedência total do lançamento, fls.

526 a 541

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2008**AIOP - DEBCAD nº : 37..237.594-4 SIMULAÇÃO. EVASÃO FISCAL.*

A fiscalização atribuiu ao sujeito passivo as contribuições sociais que tiveram subsunção da hipótese de incidência ao fato material concretamente detectado. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

MATÉRIA INCONTROVERSA Pela regra do artigo 302 do CPC, artigo 17 do decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, torna-se incontroverso o fato declarado pelo autor e não contestado pelo impugnante.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI Não cabe à esfera administrativa apreciar inconstitucionalidade de dispositivo de lei, competência esta, reservada ao Poder Judiciário.

*Impugnação Improcedente**Crédito Tributário Mantido*

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 544 a 586. Em síntese, a recorrente em seu recurso alega o seguinte:

6. O objeto a desqualificação de fatos e o arbitramento de pagamento de comissão de fretes aos motoristas, e a conseqüente incidência da norma tributária, sobre tais fatos arbitrados e a constituição do crédito tributário de ofício pela autoridade fiscal, ou seja, todo crédito tributário constituído o acerca do arbitramento de pagamento de comissões sobre o frete.
7. Logo, a matéria objeto do recurso refere-se ao arbitramento, de pagamento de comissões sobre o frete para os motoristas, bem como a multa e juros correspondentes.
8. Inobstante o entendimento adotado pelo julgador no sentido de restar comprovado o pagamento de 10% (dez por cento) sobre o valor dos fretes realizados aos empregados, incidindo assim a contribuição previdenciária, tais fatos não ocorreram nem tão pouco foram comprovados pela autoridade fiscal no decorrer do procedimento fiscalizatório e na apresentação do relatório final de verificação fiscal a fls. 44 a 99, sendo impossível a admissibilidade deste entendimento como pressuposto de ocorrência do fato gerador da obrigação principal, conforme será demonstrado em item a seguir.
9. Não há nem relatório final, nem tampouco na decisão recorrida, a identificação precisa do fato gerador da obrigação principal, ou seja, além de utilizar-se da presunção simples (para inverter o ônus da prova), a autoridade fiscal tem o dever de identificar o fato gerador da obrigação tributária e, identificando-a, deve constar no relatório final para que seja dada oportunidade de ampla defesa e contraditório ao contribuinte, sujeito passivo do crédito tributário lançado de ofício.
10. Traça um paralelo com o art. 42 da lei 9430/96, embora destaque não possuir relação direta com o lançamento.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 19/06/2014 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 19/06/2014 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 05/08/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE

Impresso em 22/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

11. Desta forma, podemos afirmar que no relatório de folhas 50 a 105, não houve por parte do auditor fiscal identificação do fato gerador, apenas aplicou a inversão do ônus da prova, aplicando o percentual de 10% (dez por cento) sobre o faturamento, conforme fls. 86, para fins de arbitrar o referido valor tido como pago aos motoristas.
12. No relatório fiscal, folhas 92, afirma a autoridade fiscal que (—) as bases de cálculo foram indiretamente aferidas a partir da receita mensal de prestação de serviços apurada com base nos conhecimentos de transporte (contas contábeis 1170 a 1175 e 1185 - vendas de serviços de transportes) emitidos pelo sujeito passivo, (...). Aos valores resultantes foi aplicada a alíquota de 10% (dez por cento) a título de comissão(...):
13. Assim, conforme acima, fica evidenciado que houve a utilização de presunção por parte da autoridade fiscal, que, utilizando-se desta presunção fez nascer o fato imponible levando este a presunção de ocorrência do fato gerador dos tributos.
14. A presunção legal deve ser utilizada quando o contribuinte tenta ludibriar a autoridade fazendária, e a presunção existe para, no caso do Direito Tributário, inverter o ônus da prova, contudo não pode existir somente a presunção, esta deve coexistir com a ocorrência do fato gerador, que é o fato imponible disposto na legislação. Em outras palavras a mera presunção legal em lei não indica ocorrência do fato gerador, apenas a possibilidade do fisco presumir que tal fato ocorrido é fato gerador de tributo.
15. Outrossim a, decisão ora recorrida não demonstra a ocorrência do fato gerador, pois apenas reiterou o que fora exposto na verificação fiscal. Contudo, a autoridade administrativa não faz prova da ocorrência do fato gerador,
16. A autoridade fiscal relacionou a fls 73 a 86, um gama de informações em processos do âmbito trabalhista, contudo, tais fatos, em quase • sua totalidade, são de processos que tramitaram antes da data de início dos procedimentos de fiscalização e, portanto, não podem ser usados como prova fático-probatória de ocorrência de fatos geradores.
17. No âmbito do processo trabalhista, é notório que o demandante sempre relaciona fatos que não condizem com a realidade dos fatos, cabendo ao juízo do processo a constatação dos fatos elencados e foram esses fatos que foram destacados pela autoridade fiscal para desconsiderar a necessidade de identificação de pagamento de comissão, ou seja, o fato gerador.
18. A natureza da multa moratória fiscal tem um perfil nitidamente sancionatório, isto é, visa a punição, e não o ressarcimento como leva a crer o seu rótulo. Assim, por óbvio, a mora do devedor provoca danos ao patrimônio do credor, do Fisco em se tratando de tributos, que devem ser indenizados.
19. A imposição da penalidade de 100% é absolutamente imprópria, pois configura confisco, o que é expressamente refutado pela Constituição Federal de 1988. Assim, a previsão dessa multa em percentual tão elevado configura ato legislativo da mais absoluta inconstitucionalidade, eivando-se, por conseguinte, a sua aplicação do mesmo vício.
20. Resta claro que a taxa SELIC não pode ser exigida na composição dos débitos tributários.
21. Face ao exposto, requer o Contribuinte a este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais que seja conhecido e provido o presente Recurso, para reformar a

decisão proferida pela 5ª Turma de Julgamento, para o fim de cancelar os Autos de Infração, face à improcedência dos mesmos.

Foi realizado desmembramento do débito, tendo em vista a apresentação de recurso parcial, para inclusão da parte do lançamento em parcelamento especial da lei 11.941/09.

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

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 595. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

Entendo que no procedimento em questão a AUTORIDADE FISCAL EM IDENTIFICANDO a condição de vínculo empregatício com empresa que simulou a contratação por intermédio de empresas interpostas, procedeu o auditor fiscal ao redirecionamento do vínculo empregatício para efeitos previdenciários na empresa autuada, que era a verdadeira empregadora de fato, assumindo gerenciamento direto ou indireto de todos os segurados. Contudo, embora, tenha sido o cerne da autuação, não há o que ser apreciado sobre a questão considerando, não ter o recorrente impugnado a matéria, pelo contrário, procedeu-se ao desmembramento do débito considerando a adesão a parcelamento especial.

Vejam, o termos do próprio recurso:

Gize-se que os demais créditos constituídos de ofício correspondente ao arbitramento de "simulação na atuação das pessoas jurídicas abrangidas" serão parcelados na legislação pertinente ao assunto.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO

Destaca-se, ainda em sede de preliminar que o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, **nulidade por cerceamento de defesa**, ou ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, tampouco pela falta de fundamentação legal. Destaca-se que todos os passos necessários a realização do procedimento: encontram-se devidamente descritos no processo, inclusive com encontram-se anexados os respectivos termos que não apenas demonstram a regularidade do procedimento, como as devidas intimações, Quando do encerramento do procedimento, foram entregues ao recorrentes os relatórios e documentos descrevendo os fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do AI ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes.

Note-se, que as alegações de que o procedimento não poderia prosperar por não ter a autoridade realizado a devida identificação do fato gerador, baseando-se em presunções, 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 mensalmente, a base de cálculo apuradas por meio da aferição indireta, as contribuições e respectivas alíquotas.

Merece destaque, ainda, o fato de além de ter indicado no relatório fiscal, qual seria a fundamentação para o lançamento por aferição da comissões sobre fretes, procedeu a autoridade fiscal a anexação de uma série de cópias, não apenas de reclamações trabalhistas (fls. 252 a 398), sentenças (ex: fl. 347, 373), termos de rescisão contratual, cópias de depoimentos de empregados junto ao Ministério Público do Trabalho (fls. 235 a 243) e Cópia de acertos de contas de motoristas (fls. 244 a 251), onde consta o pagamento de comissões da ordem de 10% do frete.

Ora, não se trata de lançamento por mera presunção, mas consubstanciado numa série de documentos que demonstram adoção de práticas de pagamentos extra folha de pagamentos.

Vejamos, trecho do relatório fiscal:

14. PAGAMENTO POR FORA DE COMISSÕES SOBRE O VALOR DO FRETE Remunerar extrafolha os seus motoristas através de comissão de 10% (dez por cento) sobre o valor dos fretes realizados , é prática antiga do sujeito passivo . O fato é sobejamente noticiado nas reclamações trabalhistas e ratificado em diversos depoimentos prestados a auditoria fiscal. Trata -se, infelizmente , de mecanismo perniciosamente incrustado no segmento de transportes de cargas , reconhecido pelos próprios profissionais que atuam no ramo . É pois , fato público e notório . Desta feita, entretanto , logramos êxito no desafio que imperava até então : A comprovação material . Evidente que matéria relativa a remuneração extrafolha é eminentemente fático-probatória , posto que depende da comprovação ou não de pagamentos "por fora". No caso presente, a indigitada praxe fica comprovada a partir, principalmente, dos seguintes documentos abaixo descritos . Embora já tenham sido comentados anteriormente, enfatizamos:

a) Acerto de Contas Irmãos Da Rolt : Tratam -se de relatórios que identificam os veículos e respectivos motoristas, data de saída e chegada da viagem . Contém ainda a discriminação das despesas (borracharia , agenciamento , outros serviços) e pedágios, valores de fretes e comissões (10% sobre o valor do frete). No final do extrato consta um campo destinado a assinatura do motorista que confirma o recebimento da comissão sobre o valor do frete. Conforme já reiteradamente manifestado ao longo do relatório , as comissões incidentes sobre o valor do frete, na alíquota de 10% (dez por cento) embora seja uma praxe do sujeito passivo já a muito tempo, são pagas em dinheiro e não figuram na folha de pagamento ou na contabilidade apresentadas a auditoria fiscal. Trata-se de remuneração praticada por fora ou extrafolha, clássico exemplo de sonegação fiscal.

b) Relatório para Controle de Viagens : Trata-se de relatório juntado pelo motorista Antonio Claudino, apelido Tonhão, nos autos da reclamação trabalhista nº 748/06 proposta contra RMG Transportes Ltda ME e Irmãos Da Roit Transportes, Importação e Exportação Ltda. O relatório destaca-se como importante elemento de prova. Intitulado Relatório para controle de Viagens Período de 01/12/2002 a 20/05/2003 — Laerte Da Rolt, foi emitido pelo próprio sujeito passivo Irmãos Da Rolt Transportes, Importação e Exportação Ltda no dia 19/05/2003

às 18:04 horas, através do Sistema de Controle de Frotas 2003 para o veículo placa LXV-8140, dirigido pelos motoristas Antonio Claudino (autor da demanda) e outro motorista de apelido Pedrão. O documento que contém mais de quinze colunas, revela minucioso controle das despesas e lucro incidentes sobre os fretes realizados. No caso do relatório sob análise, para o valor total do frete no período — R\$ 80.439,90, foi destacada uma comissão no valor total de R\$ 7.353,03. Aliás, a prática ilegal de pagamento "por fora" de comissões sobre o valor dos fretes continua, conforme ficou demonstrado no extrato acostado a procedimento perante a Procuradoria do Trabalho em Criciúma, examinado anteriormente.

É sabido que parcela de remuneração auferida por empregado, independentemente da denominação ou rubrica que lhe for atribuída, integra o salário de contribuição por expressa determinação legal nos termos do artigo 28, inciso I da Lei 8.212/91:

Assim, identificando a prática de pagamento por fora, simplesmente, aferiu o auditor indiretamente a base de cálculo com base nas contas contábeis, que demonstram o valor do faturamento com os fretes.

Quanto ao argumento de que as reclamações trabalhistas não seriam do período englobado no lançamento, razão pela qual não poderiam consubstanciar o lançamento, não acato os argumentos do recorrente. Observa-se primeiramente, que em todos os documentos apresentados, consta por parte dos trabalhadores o recebimento de frete por comissionamento da ordem de 10%. (por fora) Isso por si só, já seria o suficiente, no meu entender para consubstanciar o lançamento realizado, contudo, ainda merece destaque que existem sim reclamações contemporâneas ao lançamento, conforme verifica-se a folha 308, 335, 359, 383, 386 etc)

Ou seja, entendo totalmente infundados os argumentos trazidos pelo recorrente, posto que não pautou-se o lançamento em mera presunção, pelo contrário CONSTATOU a autoridade fiscal a prática de simulação (RECONHECIDA PELO RECORRENTE AO NÃO RECORRER DA QUESTÃO), bem como de pagamentos extra folha. Note-se que o recurso do recorrente, mesmo após enfrentada a questão pelo julgador de primeira instância, não trouxe qualquer novo elemento capaz de alterar a decisão proferida, limitando-se a repetir suas alegações.

Assim, entendo correto o procedimento adotado pela autoridade fiscal, afastando a pretensa nulidade argüida pelo recorrente.

DO MÉRITO

Quanto a mérito em si do lançamento, em relação aos fatos geradores, não há mais o que apreciar. As preliminares enfrentadas acabaram por abordar a questão meritória trazida pelo recorrente, qual seja a inexistência do fato gerador. Ao restar enfrentada a questão de comprovação material dos pagamentos de fretes por fora, procedente o lançamento em relação ao mérito.

QUANTO A MULTA IMPOSTA

Em relação ao questionamento acerca do caráter confiscatório da multa, observamos, que o item 5 do relatório fiscal, foi muito esclarecedor em relação a multa aplicada.

Conforme descrito no referido relatório, a multa originalmente prevista era a do art. 35 da Lei n° 8.212/1991: No caso, 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, sendo que o fato de entender que a verba não constituiria salário de contribuição não é argumento válido para afastar a penalidade.

O art. 35 da Lei n° 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 reparcèlement, 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 reparcèlement 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)

Contudo, também como enfatizado pelo auditor, não só a ausência de recolhimento ensejava a aplicação de multa moratória, mas a ausência de informação em GFIP ensejava aplicação de multa, pelo descumprimento de obrigação acessória.

Contudo, no que tange ao cálculo da multa, é necessário tecer algumas considerações, face à edição da referida MP 449, convertida na lei 11.941. A citada MP alterou a sistemática de cálculo de multa por infrações relacionadas à GFIP.

Para tanto, a MP 449/2008, inseriu o art. 32-A, o qual dispõe o seguinte:

“Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas:

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e

II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo.

§ 1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso II do caput deste artigo, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo fixado para entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, a data da lavratura do auto de infração ou da notificação de lançamento.

§ 2º Observado o disposto no § 3º deste artigo, as multas serão reduzidas:

I – à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício; ou

II – a 75% (setenta e cinco por cento), se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação.

§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de:

I – R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária; e

II – R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos.”

Entretanto, a MP 449, Lei 11.941/2009, também acrescentou o art. 35-A que dispõe o seguinte,

“Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.”

O inciso I do art. 44 da Lei 9.430/96, por sua vez, dispõe o seguinte:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata “

Com a alteração acima, em caso de atraso, cujo recolhimento não ocorrer de forma espontânea pelo contribuinte, levando ao lançamento de ofício (como no presente caso), a multa a ser aplicada passa a ser a estabelecida no dispositivo acima citado, qual seja, aplicação de multa de ofício de 75%.

Contudo, ao observar o auditor a ausência de pagamento e ausência de informação em GFIP, procedeu ao auditor ao comparativo da antiga legislação com a atual, de forma, que se aplicasse a multa mais benéfica ao contribuinte.

Assim, na planilha as fls. 35, o auditor detalha competência a competência qual a multa seria mais favorável ao recorrente, pois que a aplicação da multa pela ausência e GFIP e a multa de ofício ensejariam *bis in idem*.

Considerando o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106. inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, há que se verificar a situação mais favorável ao sujeito passivo, face às alterações trazidas.

Nesse sentido, entendo que a multa imposta, obedeceu a legislação pertinente, não havendo caráter confiscatório na sua aplicação, posto o estrito cumprimento dos ditames legais. Também entendo que, o fato de ter reconhecido a simulação pela contratação de empresas interpostas, (FATO GERADOR não contestado, objeto de desmembramento para parcelamento, também enseja procedência da multa imposta.)

APLICAÇÃO DA TAXA SELIC

Com relação à cobrança de juros está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei n.º 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.

Nesse sentido já se posicionou o STJ no Recurso Especial n.º 475904, publicado no DJ em 12/05/2003, cujo relator foi o Min. José Delgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COBRANÇA DE JUROS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. A averiguação do cumprimento dos requisitos essenciais de validade da CDA importa o revolvimento de matéria probatória, situação inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. No caso de execução de dívida fiscal, os juros possuem a função de compensar o Estado pelo tributo não recebido tempestivamente. Os juros incidentes pela Taxa SELIC estão previstos em lei. São aplicáveis legalmente, portanto. Não há confronto com o art. 161, § 1º, do CTN. A aplicação de tal Taxa já está consagrada por esta Corte, e é devida a partir da sua instituição, isto é, 1º/01/1996. (REsp 439256/MG). Recurso especial parcialmente conhecido, e na parte conhecida, desprovido.

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 NFLLD, em consonância com o prescrito na legislação previdenciária.

Nesse sentido, dispõe a Súmula nº 03, do CARF: “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.”

INCONSTITUCIONALIDADES APONTADAS

Ademais, mesmo tange a argüição de inconstitucionalidade de legislação previdenciária que dispõe sobre o recolhimento de contribuições, frise-se que incabível seria sua análise na esfera administrativa. Não pode a autoridade administrativa recusar-se a cumprir norma cuja constitucionalidade vem sendo questionada, razão pela qual são aplicáveis os prazos regulados na Lei nº 8.212/1991.

Dessa forma, quanto à ilegalidade/inconstitucionalidade na multa imposta, não há razão para a recorrente. Como dito, não é de competência da autoridade administrativa a recusa ao cumprimento de norma supostamente inconstitucional, razão pela qual são exigíveis a aplicação da taxa de juros SELIC, e a multa pela inadimplência conforme o fez a autoridade fiscal.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Nesse sentido, entendo pertinente transcrever trecho do Parecer/CJ nº 771, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 28/1/1997, que enfoca a questão:

Cumprе ressaltar que o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Ora, essa assertiva não quer dizer que a administração não tem o dever de propor ou aplicar leis compatíveis com a Constituição. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei, porque o seu destinatário entende ser inconstitucional, quando não há manifestação definitiva do STF a respeito.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

No mesmo sentido posiciona-se este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF ao publicar a súmula nº. 2 aprovada em sessão plenária de 08/12/2009, sessão que determinou nova numeração após a extinção dos Conselhos de Contribuintes.

SÚMULA N. 2

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

Por todo o exposto o lançamento fiscal seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido nos termos acima expostos, haja vista que os argumentos apontados pelo recorrente são incapazes de refutar em sua totalidade o lançamento.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento e no mérito voto por NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.