



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

Processo nº 13971.723074/2013-13
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-004.926 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 5 de julho de 2017
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente TRANSPORTADORA OCIANI LTDA. E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2012

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. IMPROCEDÊNCIA.

No curso do procedimento fiscal, o sujeito passivo teve diversas oportunidades de apresentar documentos e esclarecimentos à fiscalização. Ademais, a fase litigiosa do procedimento administrativo somente se instaura com a impugnação do sujeito passivo ao lançamento já formalizado. Não há que se falar em cerceamento de defesa quando o contribuinte tem acesso a todas as informações necessárias à compreensão das razões que levaram à autuação, tendo apresentado impugnação e recurso voluntário em que combate todos os fundamentos do auto de infração. Considerando a extensa e detalhada Impugnação bem como o recurso apresentado pela recorrente, restou comprovado o exercício do contraditório e da ampla defesa sendo, portanto, improcedentes as alegações de cerceamento do direito de defesa e de nulidade do procedimento fiscal.

NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO COMPROVADA A INCOMPETÊNCIA DO ÓRGÃO DE JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

As Delegacias da Receita Federal julgam processos relativos aos contribuintes circunscritos às unidades da Secretaria da Receita Federal, observando-se a matéria em julgamento. Vale dizer, as DRJ's possuem competência material e territorial, conforme disciplinado em ato próprio.

FALTA DE CIÊNCIA PRÉVIA E DE PRESENÇA DE ADVOGADO. JULGAMENTO PELA DRJ. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

Consoante regra o art. 25 do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pela MP nº 2.158-35/01, os julgamentos de primeira instância do contencioso tributário federal serão realizados no âmbito das DRJ, órgãos de deliberação interna, sem a participação das partes ou previsão de ciência prévia da data da sessão, sem que isso acarrete prejuízo à defesa, à qual é conferida a devida oportunidade de formular suas razões e carrear provas, motivo pelo qual não há falar em nulidade.

NULIDADE DA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA.

O julgador não está obrigado a rebater todos os argumentos trazidos no recurso, nem a esmiuçar exaustivamente seu raciocínio, bastando apenas decidir fundamentadamente, entendimento já pacificado neste Conselho. Hipótese em que o acórdão recorrido apreciou de forma suficiente os argumentos da impugnação e as provas carreadas aos autos, ausente vício de motivação ou omissão quanto à matéria suscitada pelo contribuinte, não há que se falar em nulidade do acórdão recorrido.

ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS PREVIAMENTE À PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL. IMPROCEDÊNCIA.

Por meio do Regimento Interno da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (Portaria MF nº 36, de 24 de janeiro de 2014) estabeleceu-se que à Coordenação do Contencioso Administrativo Tributário compete coordenar as atividades relativas à representação da Fazenda Nacional no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Nesse sentido, a atuação da referida coordenação está adstrita à defesa de lançamentos de créditos tributários realizados por auditores fiscais, à apresentação de contrarrazões a recursos do contribuinte, à realização de sustentações orais, à elaboração de memoriais e à interposição de recursos perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e a Câmara Superior de Recursos Fiscais.

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. LOCAL DA LAVRATURA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 6.

É legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte.

RETENÇÃO E APREENSÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS.

O art. 35 da Lei nº 9.430, de 1996, possibilita ao Fisco o poder de reter e apreender livros e documentos, não sendo necessária ordem judicial para tanto.

TERMO DE INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL. PRORROGAÇÕES. NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL NÃO CONFIGURADA.

De acordo com a Portaria RFB nº 11.371/2007, o Mandado de Procedimento Fiscal é emitido exclusivamente de forma eletrônica e a ciência do sujeito passivo se dá por meio da internet através do código de acesso informado no termo de início do procedimento fiscal. Deste modo, cabia à Recorrente acessar as informações relativas à fiscalização, por meio do código de acesso disponibilizado pela Secretaria da Receita Federal, não podendo alegar

desconhecimento sobre os fatos fiscalizatórios, tampouco nulidade do procedimento.

COMPENSAÇÃO. RECOLHIMENTOS EFETUADOS AO SIMPLES.

A compensação de créditos recolhidos ao Simples Nacional somente é possível com débitos da própria empresa e quando se tratar de compensação de ofício oriunda de deferimento em processo de restituição ou após a exclusão da empresa do Simples Nacional.

AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NÃO INCIDÊNCIA CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. JURISPRUDÊNCIA UNÍSSONA. RECURSO REPETITIVO STJ. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.

Em face da natureza eminentemente não remuneratória da verba denominada Aviso Prévio Indenizado, na forma reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº 1.230.957/RS, julgado sob a indumentária do artigo 543-C, do CPC, o qual é de observância obrigatória por este Colegiado nos termos do artigo 62, § 2º, do RICARF, não há se falar em incidência de contribuições previdenciárias sobre aludida rubrica, impondo seja rechaçada a tributação imputada. **Entretanto, nos presentes autos não houve lançamento referente à Aviso Prévio Indenizado, logo não há que se falar em exclusão dessa rubrica.**

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA DE 150%.

Restando configurado um dos elementos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, o percentual da multa de que trata o inciso I, do artigo 44, da Lei n.º 9.430/1996 deverá ser duplicado.

SÓCIO ADMINISTRADOR. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. CONFIGURAÇÃO. SUJEIÇÃO PASSIVA.

Constatada uma das situações de fato previstas no caput do art. 135 do Código Tributário Nacional, impõe-se à responsabilização do sócio administrador da empresa pelo crédito tributário constituído.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Resta preclusa qualquer alegação sobre a matéria, já que não foram apresentados Recursos Voluntários pelos sócios, não sendo lícito à Recorrente postular direitos em nome de Terceiros.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 13971.723074/2013-13
Acórdão n.º **2401-004.926**

S2-C4T1

Fl. 2.856

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade, em conhecer do recurso e rejeitar a preliminar de nulidade. No mérito, por maioria, negar provimento ao recurso. Vencida a relatora e os conselheiros Carlos Alexandre Tortato e Rayd Santana Ferreira que davam provimento parcial para que fosse aproveitado os montantes pagos de forma unificada sob o regime do Simples Nacional. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Claudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez. Processo julgado em 5/7/17, às 8:30.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier Lazarini - Presidente

(assinado digitalmente)

Luciana Matos Pereira Barbosa - Relatora

(assinado digitalmente)

Designada Claudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez – Redatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Miriam Denise Xavier Lazarini, Claudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez, Cleberson Alex Friess, Luciana Matos Pereira Barbosa, Carlos Alexandre Tortato, Francisco Ricardo Gouveia Coutinho e Rayd Santana Ferreira. Ausente a conselheira Andréa Viana Arrais Egypto.

Relatório

Contra a empresa em epígrafe foi lavrado, em 24/09/2013, o Auto de Infração (DEBCAD 37.331.835-9) no valor total de R\$ 458.984,29 (quatrocentos e cinquenta e oito mil e novecentos e oitenta e quatro reais e vinte e nove centavos) consoante se observa às fls. 883/884.

Referido Auto de Infração (AI) foi lavrado em cumprimento do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) n.º 0920400.2013.00093, com abrangência sobre as competências de 1/2008 a 12/2011, inclusive 13º salário, para apurar as contribuições sociais incidentes sobre a remuneração paga aos segurados empregados e contribuintes individuais. O início do procedimento ocorreu em 10/4/2013, mediante notificação pessoal, ao sujeito passivo, do Termo de Início de Procedimento Fiscal (TIPF), folhas 3 e 4.

Para melhor compreensão da matéria, necessário se faz transcrever trechos do Relatório Fiscal (fls. 898/950), segundo o qual:

2. Em auditoria realizada na empresa Transportadora Ociani Ltda. e, concomitantemente, na empresa Transportes Gasparzinho Ltda. EPP, abaixo qualificada, constatou-se que a autuada alocou parte de seus trabalhadores (empregados e contribuintes individuais) em uma empresa de fachada (Gasparzinho), de forma a burlar a legislação fiscal, com o intuito de esconder a ocorrência de fato gerador da contribuição previdenciária.

3. Verificou-se que os segurados formalmente registrados na Gasparzinho são, verdadeiramente, empregados da Ociani, pois respondem a uma cadeia única de comando, visto que só há uma estrutura organizada e não duas. Com este procedimento, a autuada, que apurou Lucro Real no período analisado, omitiu a ocorrência de fato gerador da cota patronal da contribuição previdenciária (inclusive o RAT) e a destinada a Outras Entidades, incidentes sobre a massa salarial dos segurados empregados e contribuintes individuais registrados na microempresa mencionada, uma vez que a mesma é optante do SIMPLES NACIONAL.

4. Os dados relacionados a fatos geradores, base de cálculo e os valores das contribuições previdenciárias lançadas neste processo fiscal deveriam ter sido declarados à Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, através das Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social – GFIP. Entretanto, o sujeito passivo deixou de cumprir com a obrigação tributária acessória descrita acima. Adicionalmente, a Ociani não recolheu aos cofres públicos a contribuição previdenciária patronal, objeto da presente autuação (AI nº 37.331.835-9). A contribuição destinada às

Outras Entidades foi objeto de outro AI, integrante do Processo Administrativo Fiscal nº 13971.723075/2013-59.

5. A GFIP tem previsão legal no inciso IV do artigo 32 da Lei 8.212/91 e consiste em documento de apresentação obrigatória por parte do sujeito passivo, através do qual este deve declarar à RFB, na forma, prazo e condições estabelecidas por esse órgão, dados relacionados a fatos geradores, base de cálculo e valores devidos das contribuições previdenciárias.

6. O documento citado acima tem importância crucial, na medida em que a declaração nele contida constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência do crédito tributário, e suas informações compõem a base de dados para fins de cálculo e concessão dos benefícios previdenciários (§ 2º, do artigo 32, da Lei 8.212/91).

7. Importante dizer que estão abrangidos no presente lançamento apenas as contribuições devidas, não recolhidas e NÃO DECLARADAS pelo sujeito passivo nas GFIP, pois as contribuições não recolhidas pela empresa, mas declaradas em GFIP, constituem objeto de cobrança automatizada realizada pela RFB, não sendo estas abrangidas pelos lançamentos de ofício realizados pela Auditoria do mencionado órgão federal.

8. A fiscalizada opera no ramo de transporte rodoviário de cargas em geral, prestação de serviços de logística e armazém geral.

Período de lançamento

9. O lançamento abrange o período de 01/2009 a 12/2012, inclusive os décimos - terceiros salários.

[...]

11. O presente lançamento está intrinsecamente relacionado à sonegação de contribuições previdenciárias pelo sujeito passivo, mediante prática fraudulenta à legislação do SIMPLES Federal (Lei nº 9.317/96) e do SIMPLES Nacional (Lei Complementar nº 123/2006).

[...]

23. E é exatamente em razão desta incomparável vantagem econômica, no tocante ao recolhimento de tributos, que, em que pese às Leis instituidoras dos aludidos sistemas trazerem em seu bojo o conceito legal de microempresa e empresa de pequeno porte, várias empresas não enquadradas legalmente nas referidas categorias empresariais vêm buscando a todo o custo formas de burlar a legislação e de se revestirem destas espécies de pessoas jurídicas.

24. Estas empresas assim procedem com o inequívoco objetivo de serem favorecidas com os benefícios fiscais proporcionados

pelos sistemas tributários diferenciados, anteriormente mencionados, instituídos e destinados único e exclusivamente em favor das verdadeiras microempresas e empresas de pequeno porte.

25. Como se sabe, a legislação do SIMPLES, tanto do revogado SIMPLES FEDERAL como do vigente SIMPLES NACIONAL, adotaram o montante da Receita Bruta auferido pelas empresas como critério para o enquadramento das pessoas jurídicas nos conceitos legais de microempresas e empresas de pequeno porte.

26. Diante disto, diversas empresas, no intuito de driblar estes limites, fragmentam-se o quanto necessário em novas pessoas jurídicas (que optam pelo SIMPLES), não raro apenas no papel (portanto, “empresas” fictícias), como ocorrido no presente caso concreto, faturando através delas apenas montantes que não ultrapassem os limites estabelecidos na LEGISLAÇÃO DO SIMPLES.

27. Finalmente, implementam mais uma ‘maldade’ do pacote, qual seja, a administração destas empresas (as originais, existentes de fato), obviamente, providenciam para que boa parte de seus empregados se mantenha registrada nos CNPJ das “empresas” fictícias criadas e desse modo deixam de recolher valores elevadíssimos correspondentes às contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações destes empregados (cota patronal).

28. Por oportuno, ressaltamos que através da utilização destes artifícios a Ociani, vem, há muitos anos, inserindo a maior parte de sua folha de pagamento na Gasparzinho, empresa fictícia optante pelo extinto SIMPLES FEDERAL e pelo vigente SIMPLES NACIONAL, atingindo, assim, altos níveis de sonegação.

HISTÓRICO

29. A Ociani iniciou as atividades em 06/11/1981, em Gaspar/SC. A sociedade era formada por Oswaldo Krauss, atual sócio da Gasparzinho, dois irmãos e sua esposa. O objeto social era o transporte de cargas em geral. A sede era situada à Rua Geral, nº 68, Belchior Central, Gaspar/SC. Em 1986 a sociedade passou a ser integrada apenas pelo Sr. Oswaldo, esposa e o filho Eduardo Roberto Krauss. No período o Sr. Oswaldo detinha 50% das cotas e o restante era dividido igualmente entre a Sra. Ana Oechsler Krauss e Eduardo.

30. Em 1996 retiraram-se da sociedade Sr. Oswaldo e a Sra. Ana, dando lugar aos filhos Jaison Eduardo Krauss, Carlos Alberto Krauss e Everson Delberto Krauss. No mesmo ano, conforme registros constantes do cadastro da RFB, Sr. Oswaldo fundou a empresa Belchior Prestadora de Serviços Ltda. ME, também sediada em Gaspar/SC, da qual detinha 50% das cotas. Ainda conforme os registros constantes do cadastro da RFB, a

empresa recém criada manteve-se inativa ao menos desde do ano-calendário de 1999.

31. No ano de 2001, mediante a terceira alteração contratual, os irmãos Eduardo e Everson retiraram-se do quadro societário da Ociani que passou a ser integrado somente por Jaison e Carlos Alberto, situação que não se modificou até o presente momento. Na mesma ocasião a empresa alterou o seu endereço para a Rua Ari Barroso, nº 1.002, Itoupavazinha, Blumenau/SC (endereço atual). Eduardo e Everson, egressos da sociedade, fundaram, em sequência, juntamente com o irmão caçula Jefferson Luis Krauss, a empresa Transportes Rodojato Ltda.

32. No quadro que se segue apresenta-se um histórico do quadro societário da autuada, com os dados a partir do ano de 1986 (primeira alteração contratual). O Contrato Social e as Alterações Contratuais da Ociani constam do DOC 11.

[...]

33. A Gasparzinho iniciou as atividades em 01/09/2004. O objeto social era o transporte de cargas em geral. A sede era situada à Rua Ari Barroso, nº 1051, Salto do Norte, Blumenau/SC. Os sócios eram o Sr. Oswaldo e duas de suas noras, Kátia, esposa de Eduardo, e Rita, esposa de Carlos Alberto. A Participação do Sr. Oswaldo no capital da sociedade era de 98% das cotas. Desde o início a empresa optou pela tributação no SIMPLES FEDERAL.

34. Na Primeira Alteração Contratual, houve alteração do endereço da sede para Rua Ari Barroso, nº 1051 – Fundos. Já na Segunda Alteração, em 13/07/2005, o endereço foi alterado para a Rua José Patrocínio dos Santos, nº 2875, sala 01, bairro Belchior Central, CEP 89110-000, Gaspar – SC.

35. Na Terceira Alteração, em 19/04/2007, Kátia retirou-se da sociedade. Na Quarta Alteração, ocorrida em 07/10/2010, Rosemery ingressou na sociedade no lugar de Rita. Rosemery é esposa de Everson.

36. Na Quinta Alteração, em 06/06/2011, ocorreu nova alteração do endereço da sede social, que passou à Rua Helena Herkenhoff, nº 53, sala 01, bairro Velha, Blumenau. Este é o endereço residencial do Sr. Oswaldo, constante do cadastro da RFB e do próprio Contrato Social. No quadro abaixo consta histórico do quadro societário da Gasparzinho. Contrato Social e Alterações da Gasparzinho integram o DOC 17.

[...]

ESTRUTURA ADMINISTRATIVA E ORGANIZACIONAL ÚNICA

37. Como mencionamos anteriormente, a Gasparzinho tinha como endereço sede de seu único estabelecimento a residência do Sr. Oswaldo, na Rua Helena Herkenhoff, nº 53, Velha

Central, Blumenau/SC. O local foi objeto de diligência, realizada no dia 12/08/2013, pelos Auditores Fiscais Murilo Cuba Netto e Everaldo Back. Foram realizados registros fotográficos (constantes do DOC 36) onde se evidencia a ausência de estrutura para abrigar sequer um pequeno caminhão. Também não havia qualquer placa ou inscrição identificativa da Gasparzinho. A campainha foi tocada diversas vezes sem que houvesse qualquer resposta. Na ocasião foi entrevistado o Sr. Edwin Reiter, vizinho, morador da casa ao lado, de número 67 da Rua Helena Herkenhoff. O Sr. Edwin relatou que não tinha conhecimento do funcionamento de uma transportadora no endereço ao lado e que conhecia o Sr. Oswaldo Krauss, com quem não teria intimidade. O fato foi registrado no Termo de Constatação nº 1 (DOC 35). A Gasparzinho apresentou comprovante de residência do seu sócio, uma conta de luz constante do DOC 22, a qual comprova que o Sr. Oswaldo reside no endereço citado.

38. Em diligências realizada na sede da Ociani em Blumenau, constatou-se a existência de um estrutura administrativa responsável pelo controle das atividades da fiscalizada e da Gasparzinho. Na visita realizada no dia em que se deu ciência do Termo de Início de Procedimento Fiscal (18/04/2013) foram reunidos documentos e tomados depoimentos os quais demonstram claramente que o controle das atividades da Gasparzinho é feito diretamente pela Ociani. Mais que isto, trata-se de fato de uma única organização com controle da família Krauss, sobretudo dos irmãos Jaison, Carlos Alberto (sócios da Ociani), Everson e Jefferson.

Entrevistas realizadas em 18/04/2013 (DOC 02)

39. Em depoimento dado por Daiana Francine Sonntang, Analista de RH, registrada na Ociani, a segurada informou ser responsável pelo RH da empresa. Relatou que, entre outras atribuições, realiza a transmissão da GFIP da Ociani, Gasparzinho, Transportes Rodojato (sociedade de Everson e Eduardo, sediada em Gaspar/SC) e Operações Rio 2007 (empresa de Jefferson e sócio externo à família 12, sediada no Rio de Janeiro/RJ). Relatou ainda que representa as mesmas empresas (exceto a Operações Rio) junto ao Sintroblu13 quando das rescisões de contratos de trabalho, e ainda, que a guarda das fichas de registros dos empregados das referidas empresas, exceto as da sediada no Rio de Janeiro, é feita naquele estabelecimento (Ociani). Ressalta-se que foram realizados registros fotográficos do arquivo com as pasta funcionais dos trabalhadores da Ociani, Gasparzinho e Rodojato (DOC 45).

40. Mailton Lauro Ferreira, encarregado de carga e descarga registrado na Ociani, informou que compõem a sua equipe os seguintes funcionários: Sandro, Manuel, Joaquim e Antônio. Embora não tenha dado os sobrenomes dos referidos empregados, não há registros de empregados com estes nomes

na Ociani na GFIP da competência 04/2013. Ao contrário, na Gasparzinho constam os seguintes empregados na mesma competência:

[...]

41. Mailton ainda relatou que seu chefe imediato é o Everson e que não saberia informar quem seriam os proprietários da Ociani, mas que Jaison e Everson respondiam pela empresa.

42. Zeina Viviane Peixe, auxiliar administrativa, registrada na Ociani, informou que trabalha no SAC14 e que quando da sua admissão na empresa, em março de 2012, entregou currículo ao Jefferson que o encaminhou para a Eliete15, tendo esta realizado a sua contratação.

43. Jefferson L. Krauss também prestou informações na ocasião. Relatou que é sócio da empresa Operações Rio e que é responsável pelo setor financeiro das empresas Ociani, Rodojato e Operações Rio.

44. Danyelle Rocha Santos, auxiliar administrativa, atuante no financeiro da Ociani, informou que os “donos” da empresa seriam o Sr. Oswaldo e sua esposa e seu chefe imediato, Jefferson Krause. Já Katlin Kamer, auxiliar de escrita fiscal, registrada na Ociani, relatou que os “donos” da empresa seriam o Sr. Oswaldo e os cinco filhos. Também informou que Jefferson é o seu chefe imediato.

Lista de ramais, relação de motoristas e aniversariantes do mês

45. Na mesma ocasião em que foram tomados os depoimentos acima mencionados, a fiscalização teve acesso a alguns documentos, comuns no dia a dia de qualquer empresa, como a lista de ramais e a relação de aniversariantes do mês. Cópias destes documentos compõem os DOC 04 e 06, respectivamente.

[...]

49. Outro documento a que teve acesso a fiscalização, por ocasião da diligência às instalações da Ociani, no dia 18/04/2013, foi uma relação de motoristas, apresentada pelo encarregado de carga e descarga da Ociani, Mailton Lauro Ferreira, constante do DOC 05, onde mais uma vez figuram funcionários formalmente registrados na Gasparzinho. Apenas a título de exemplo citamos, dentre os dez primeiros da lista constante da figura 3, sete são registrados na Gasparzinho: Deivid Spindola Ferreira, Anderson Andrieti, Jures Cláudio Claudino, Joel Tamasia, Edson Pila Souza e Jauri Evaristo.

[...]

50. Constatou-se, na análise de diversos documentos, a seguir detalhados, que a gestão de RH dos empregados formalmente registrados na Gasparzinho, cabia à Ociani, por intermédio da

funcionária Eleiete Demarch e, mais recentemente, pela funcionária Daiana Sonntang, pois vejamos.

51. O relatório de folha de pagamento da Gasparzinho apresentado à fiscalização (DOC 18 e 33), foi emitido pelo programa (software) de folha de pagamento da Ociani, pela usuária Daiana e contém as referidas inscrições no rodapé do relatório, como pode ser observado na figura 4, a seguir disposta.

[...]

CONCLUSÕES

84. De todo exposto extrai-se que os segurados registrados como empregados da Gasparzinho, optantes do SIMPLES NACIONAL, são na realidade empregados da autuada, empresa de administração familiar, que utilizou-se de um artifício bastante conhecido que foi a alocação de empregados em empresa fictícia com vistas a ocultar do Fisco a ocorrência de fato gerador da contribuição previdenciária. Esta auditoria reuniu diversos elementos comprobatórios que demonstram, em seu conjunto, e de forma irrefutável, que a empresa Transportes Gasparzinho Ltda. é uma ficção e que a real empregadora da mão de obra formalmente alocada nela é a Ociani.

85. Os elementos de convicção dos fatos acima citados encontram-se vastamente relatados no corpo desta peça e documentados, mediante os chamados DOC, integrantes deste processo administrativo. Passamos a relembrar alguns desses principais elementos comprobatórios:

a) A autuada é uma empresa de administração familiar. O Sr. Oswaldo e esposa foram sócios fundadores. Quatro de seus cinco filhos já tiveram passagem pelo quadro societário. Atualmente Jaison e Carlos Alberto Krauss são os sócios, mas dois outros filhos têm participação administrativa: Everson e Jefferson Krauss. O Sr. Oswaldo, aparentemente, está afastado da administração, mas tem grande identificação com a empresa e alguns dos seus empregados entendem que ele e a esposa ainda são donos do negócio;

b) A “empresa” Transportes Gasparzinho Ltda. tem como sede de seu único estabelecimento a residência do seu sócio, os Sr. Oswaldo;

c) A referida “transportadora” tem apenas um caminhão e uma centena de trabalhadores²⁰ registrados com cargos relacionados à atividade de transporte de armazenagem de mercadorias. Não há registros de custos e despesas necessários ao desenvolvimento das atividades;

d) O Sr. Oswaldo, sócio administrador da Gasparzinho, afirma ser responsável por todas as atividades administrativas da “empresa”, no entanto, há diversos elementos comprobatórios de que estas atividades, sobretudo a gestão de recursos humanos, eram realizada pela Ociani;

e) A autuada foi a única cliente da Gasparzinho no período em análise. É uma transportadora que conta com uma frota de aproximadamente sessenta veículos, mas pouquíssimos funcionários com cargos relacionados à sua atividade fim. Inversamente à Gasparzinho, conta com estrutura administrativa bem estabelecida.

TERCEIRIZAÇÃO ÍLICITA

86. Como foi amplamente demonstrado neste relatório, Gasparzinho mantinha empregados nela FORMALMETE registrados a serviço da autuada, esta que, de fato, era a real empregadora da mão-de-obra alocada nas “empresa” optante do SIMPLES. Verifica-se a ocorrência de uma terceirização ilícita da mão-de-obra.

87. O fenômeno da terceirização, válido em face das normas de proteção ao trabalho, não consiste no mero fornecimento de mão-de-obra para a execução de serviços essenciais da empresa tomadora. Ao contrário, somente se admite a contratação da empresa terceirizada para a prestação de serviços ligados a atividade-meio do tomador e, ainda assim, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta, nos termos do entendimento jurisprudencial consubstanciado nos incisos I e III do Enunciado 331 do TST.

[...]

DA CARACTERIZAÇÃO DOS EMPREGADOS

89. Como foi amplamente demonstrado neste relatório, a autuada alocou grande parte da sua mão de obra em uma empresa fictícia de forma a se beneficiar indevidamente das benéficas do SIMPLES. A administração do pessoal e dos recursos eram integralmente realizados pela autuada. Portanto, os segurados formalmente registrados na Gasparzinho, de fato, estão subordinados juridicamente ao comando único emanado da administração da Ociani, que assumiu os riscos da atividade econômica, que detém o poder de mando, de decisão, financeiro e econômico. O empregado coloca-se à disposição do empregador, dele recebendo ordens. A subordinação decorre do poder do empregador em dirigir e comandar a execução da obrigação pelo empregado; controlar o cumprimento dessa obrigação; aplicar penas disciplinares (advertência, suspensão, dispensa) quando o empregado não satisfaz, devidamente, a prestação a que se obrigou, ou se comporte de modo incompatível com a confiança, que está na base do contrato.

90. A fiscalização constatou que a autuada era, em última análise, a responsável pela prática dos atos relacionados à administração de pessoal, desde a seleção do pessoal a ser contratado, demissão, pagamento de verbas salariais e benefícios. Foram juntadas provas documentais destes atos, constantes dos DOC acostados, de forma que sua ocorrência pode ser facilmente constatada. Tais fatos foram relatados e demonstrados no corpo deste relatório. Configura-se, desta forma, a pessoalidade na prestação dos serviços desempenhados por estes segurados.

91. A remuneração dos segurados empregados e empresários das empresas fictícias encontra-se registrada em folha de

pagamento, ainda que a formalização dos vínculos empregatícios aconteça por intermédio de outra pessoa jurídica (Gasparzinho), o ônus do pagamento, inclusive dos encargos decorrentes, recaía em última análise, sobre a autuada, conforme o visto e revisto neste Relatório. Desta forma, fica configurada a onerosidade, presente entre os pressupostos do vínculo empregatício.

92. Foi demonstrado, ainda, que a prestação de serviços dos referidos segurados era não eventual, tendo em vista que estes desempenhavam suas atividades de forma contínua, sob o comando da autuada, restando configurada a continuidade. 93. A jornada de trabalho é diária, definida pela autuada, sendo por ela controlada mediante ponto, caracterizando a “não-eventualidade”. 94. Diante de todo o exposto, conclui-se que a Ociani é a real empregadora dos segurados formalmente registrados nas empresas de fachada e, portanto, a responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e as destinadas a Outras Entidades incidentes sobre as remunerações dos referidos funcionários.

Demais disso, a fiscalização entendeu pela responsabilidade solidária dos sócios administradores e aplicou a multa qualificada, pois, segundo descrição dos fatos e enquadramento legal, restou comprovada, no presente caso, em relação à falta de recolhimento da cota patronal da contribuição previdenciária, a incidência, sobre a remuneração dos trabalhadores formalmente registrados nas empresas fictícias Gasparzinho, da multa em seu percentual duplicado, 150%, por restar caracterizada a prática de sonegação e conluio, conforme artigos 71 a 73 da Lei n.º 4.502/64.

Devidamente cientificados do Auto de Infração em 27/09/2013 (fls. 952/957), a Recorrente apresentou impugnação em 25/10/2013, através de procurador habilitado (fl. 206), com razões às fls. 1.190 a 1.329. Alega, em síntese, que:

Das Preliminares.

2.1 - Encaminhamento dos Autos para a Procuradoria da Fazenda Nacional

Diante das inovações legislativas, e pelo fato de que o lançamento tributário foi efetuado em desacordo com diversas matérias e julgados do STF e do STJ, requer a Impugnante a intimação da Procuradoria da Fazenda Nacional para, querendo, apresentar manifestação, antes do julgamento por este órgão administrativo, nos termos do art. 19, §§ 4º, 5º e 7º da Lei nº 10.522/2002.

2.2 - Nulidade do Auto de Infração por Violação às Atribuições da Fiscalização Tributária no Ato da Auditoria

Quanto às questões de direito, é preciso compreender que a auditoria violou regras basilares que se referem ao próprio ato de fiscalização, notadamente frente ao art. 194 do CTN, o Decreto nº 70.235/1972 e o Decreto nº 7.574/2011. Isso ocorreu porque, conforme constam dos documentos integrantes do procedimento de fiscalização (documento 25), a auditoria não se desenvolveu nos termos pontuados pela

legislação ora citada, mas apenas para angariar alguns documentos que foram apresentados de forma a fundamentar um entendimento de que há terceirização irregular. Essa não é a função da Fiscalização Tributária e não poderia a auditoria ser efetuada da forma como o foi.

A atuação da Fiscalização Tributária deve ser efetuada com a orientação aos sujeitos passivos. É fato inegável que as normas gerais de Direito Tributário acarretam uma série de inconvenientes a esses sujeitos, pois nem sempre são estruturadas de forma clara e simplificada. O próprio CTN, no Livro Segundo (arts. 96 ao 218) contém uma série de dispositivos cuja extensão e significado ainda são questionados no Poder Judiciário e geram inúmeras dúvidas. Portanto, nada mais adequado do que a Fazenda Pública prestar auxílio ao sujeito passivo, lhe informando seu posicionamento sobre dispositivos que poderiam gerar inconvenientes na aplicação das regras inerentes ao cumprimento das obrigações tributárias (principal e acessória).

Portanto, como não houve correta investigação dos motivos de fato que levaram as sociedades empresárias ora mencionadas a se estruturar da forma como estão, houve violação, por parte da Fazenda Pública, ao art. 194 do CTN, razão pela qual o auto de infração merece ser anulado.

2.3 - Violação aos Poderes de Fiscalização

No caso em tela, o Poder Executivo fez a regulamentação das disposições externadas no CTN mediante uma legislação processual bastante complexa, que foi compilada mediante a edição do Decreto nº 7.574/2011.

Portanto, firme no princípio da legalidade, a Fiscalização Tributária federal deverá atentar para as disposições do CTN e do Decreto nº 7.574/2011, sob pena de invalidação dos atos por se ter ampliado poderes que não estão previstos nas disposições normativas.

Não foi o que se verificou na auditoria aferida. Houve violações aos direitos da Impugnante, com o lançamento de ofício formalizado mediante prova colhida de forma ilegal.

O posicionamento jurisprudencial que se firmou tanto no STJ quanto no STF é o de que não há possibilidade da fiscalização, mesmo com intervenção da autoridade policial (art. 200 do CTN), possa apreender documentos sem autorização judicial.

São conferidos à fiscalização os poderes para realização de quaisquer diligências, no interior da empresa, exceto a apreensão de documentos sem autorização judicial.

Conforme se depreende do documento 25, em diversas oportunidades a Impugnante foi compelida a entregar livros e documentos fora do estabelecimento empresarial. Essa é uma prática reiterada das Fiscalizações Tributárias, que exige a entrega de documentos e informações fora da sede social, sob pena de agravamento das multas ou até mesmo de caracterização de embaraço à fiscalização. No caso em tela essa situação foi aferida em diversas oportunidades, tudo documentado conforme se demonstra com precisão no procedimento de fiscalização. As provas que foram produzidas

fora do estabelecimento empresarial, portanto, devem ser consideradas provas obtidas por meios ilícitos, diante da afronta ao art. 195 do CTN. Dessa forma, é indispensável que se declarem nulos todos os documentos que foram analisados pela Fiscalização Tributária fora da sede do estabelecimento empresarial.

Como se pode observar, quase todos os documentos foram analisados fora do local sede da Impugnante, razão pela qual não conferem sustentação e validade ao auto de infração ora combatido. Por conseguinte, a nulidade do auto de infração é medida que se impõe, o que desde já se requer.

2.4 - Nulidade do Auto de Infração por Falta de Requisito Indispensável de Validade do TIAF

No caso em tela, o TIAF ficou silente quanto ao referido prazo, nada mencionando a esse respeito. Portanto, é nulo o referido documento, anulando, por conseguinte, todos os atos de fiscalização, inclusive o auto de infração.

O prazo inicial para os procedimentos fiscalizatórios é determinado em 60 (sessenta) dias, podendo ser renovado por sucessivos períodos. No caso em tela, o TIAF foi entregue em 10.04.2013 e a fiscalização deveria ter sido concluída em 09.08.2013. Poderia ter ocorrido a renovação desse prazo, mas a Impugnante nunca foi intimada dessa prorrogação, o que torna nula a fiscalização deflagrada pela autoridade fiscalizadora.

[...]

O Termo de Ciência da Continuidade do Procedimento Fiscal externado nas fls. 485 do procedimento de fiscalização não é válido exatamente porque não informa qual o prazo em que a auditoria será finalizada, violando diretamente as disposições do dispositivo legal acima transcrito.

A obrigação de manter um prazo mínimo e máximo para conclusão dos trabalhos dos Auditores Fiscais está previsto no art. 196 do CTN, cuja redação assim se apresenta:

O documento de fls. 485 do procedimento de fiscalização não está firmado por pessoa habilitada a tanto, sendo certo que na data aposta do referido documento, a fiscalização tinha plena ciência de quem eram os representantes legais, já havia se apossado dos atos constitutivos e sabia da nulidade que estava sendo praticada. Mesmo assim persistiu no erro.

Quando não houver prorrogação do prazo de fiscalização e o Auditor Fiscal continuar os procedimentos, há verdadeira nulidade, eis que estará atuando sem poderes para tanto, conforme especificam com precisão os dispositivos legais acima transcritos.

E importante salientar que o procedimento de fiscalização foi iniciado em 10.04.2013 e finalizou com a lavratura do auto de infração entregue à Impugnante em 27.09.2013. Para que seja dada validade ao procedimento de fiscalização, a legislação processual tributária exige que o Auditor Fiscal tenha autorização para tanto. Não é o que se observa no caso em tela. Os

trabalhos de auditoria e fiscalização iniciaram com vício no TIAF, pois não indicaram o prazo para sua conclusão. Não satisfeito com a irregularidade, em junho fora expedido termo de prorrogação (fls. 488 do documento 25) que foi entregue à pessoa não habilitada para representar a Impugnante. E mesmo que se entenda que o referido termo de prorrogação cumpre com sua função, ainda assim não trouxe o prazo para conclusão dos trabalhos. E se, ainda com todas essas violações, o referido termo for considerado válido, há violação aos dispositivos acima transcritos porque extrapolou o prazo de 60 dias. Enfim, por mais que se queira dar validade ao procedimento de fiscalização, há inegável desleixo por parte da autoridade fiscalizadora, que não cumpriu com as exigências legais.

Some a toda essa questão o fato de que em setembro de 2013 a cidade de Blumenau ter passado por mais uma enchente. Esse evento não causou muita destruição à cidade, mas diante dos alertas das autoridades, muitos cidadãos retiraram previamente seus pertences para evitar as perdas que comumente são acarretadas à população desta cidade. Com isso, diversos colaboradores da Impugnante foram liberados para cuidar de suas famílias e a cidade parou por praticamente uma semana. Os prejuízos com situações como essas são evidentes e causam redução no faturamento. Aliado a todas essas intempéries, a Impugnante ainda precisou dar atenção à Fiscalização Tributária que se fez presente em diversas ocasiões sem autorização para tanto, pois os prazos do TIAF e do termo de prorrogação já haviam expirado.

Portanto, não havendo cumprimento das determinações externadas no art. 33 do Decreto nº 7.574/2011 e no art. 196 do CTN, resta declarar a nulidade do TIAF e, por conseguinte, de todo o procedimento de fiscalização.

3 - RAZÕES DE FATO QUE TOLHEM DE VALIDADE O AUTO DE INFRAÇÃO ORA COMBATIDO E OS DOCUMENTOS COLHIDOS NO PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO (DOCUMENTO 25)

Acaso não haja acolhimento de nenhuma das preliminares, a Impugnante demonstra que apenas com a análise da situação de fato é possível encontrar irregularidades na constatação narrada pela auditoria e demonstrar que a nulidade do auto de infração é medida necessária.

Como será demonstrado nos próximos itens, a auditoria parte de premissa equivocada, constituída mediante opinião desprovida do indispensável substrato probatório.

3.1 - Inexistência de "Empresa de Fachada"

O Relatório Fiscal (fls. 898/950 do documento 25) concluiu, indevidamente, que a Impugnante teria constituído uma sociedade empresária "de fachada" para alocar parte de seus funcionários. Ainda narra que o objetivo da constituição dessa suposta sociedade irregular seria [...] burlar a legislação fiscal, com o intuito de esconder a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária.

Essas premissas não são verdadeiras. A sociedade empresária Transportes Gasparzinho Ltda. EPP. não foi constituída com o objetivo descrito no Relatório Fiscal. O objetivo e fundamento de consumo da referida

sociedade está demonstrado em todas as entrevistas realizadas com os sócios tanto da sociedade referida quanto da Impugnante.

As sociedades da família Krauss não possuem a mesma linha de comando, não estão sediadas no mesmo local e não operam com o mesmo objeto social, são distintas, tendo sido constituídas dessa forma através dos motivos acima declinados.

O Relatório Fiscal quer fazer crer que pelo fato dos sócios serem membros da mesma família, então teriam burlado a fiscalização tributária. As entrevistas, contudo, demonstram o contrário. As informações colhidas também demonstram posicionamentos diversos daquela conclusão oportunizada pelo Relatório Fiscal. A análise de determinados fatos isolados não pode ser dissociada do contexto fático, sob pena de se atingir objetivo diverso daquele esperado pela sociedade.

Assim, pelos documentos acostados à presente impugnação bem como pelos depoimentos dos sócios colhidos nas entrevistas (documento 25), fica demonstrado que a realidade narrada até este momento é a que representa a verdade dos fatos. Por conseguinte, as conclusões do Relatório Fiscal não são válidas e nem verdadeiras, eis que ficou comprovado nesta defesa que:

a) a sociedade empresária Transportes Gasparzinho Ltda. EPP. não é e nunca foi "empresa de fachada", tendo sido constituída por força das divergências de opinião entre pai e filhos, sendo administrada exclusivamente pelo Sr. Osvaldo, sem interferência dos respectivos filhos; b) a Impugnante é sociedade empresária administrada por Jaison e Carlos (irmãos), sem interferência, do Sr. Osvaldo. Aliás, a divergência de opiniões é que foi o fator fundamental de constituição das sociedades, já que os membros da família não mais conseguiam trabalhar com o mesmo objeto social. Diante dos fatos e argumentos ora apresentados, está demonstrado com precisão que entre a Impugnante e a sociedade empresária Transportes Gasparzinho Ltda. EPP. não há mesma sede, objeto e linha de comando. Por conseguinte, o auto de infração não tem como subsistir, devendo ser anulado, o que desde já se requer.

3.2 - Período do Lançamento de Ofício

O auto de infração foi recebido em 27.09.2013. O período de auditoria e de lançamento abrangeu as competências de 01/2008 a 12/2008 (fls. 901 do procedimento de fiscalização — documento 25). No caso em tela, conforme esclarecido no item 3.1, não houve dolo na constituição da sociedade empresária Transportes Gasparzinho Ltda. EPP., pois os fatos apresentados são claros e preciso no intuito de demonstrar os motivos e a forma de constituição da referida sociedade. O prazo, assim, para constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício deve ser efetuado pela regra do art. 150, § 4º do CTN, já que houve pagamento do tributo nas competências 01/2008 a 12/2008.

Conforme ficará esclarecido com mais precisão de fundamentos jurídicos no item 4, no caso dos autos há extinção do crédito tributário pela decadência, conforme previsão do art. 156, inciso V do CTN.

3.3 - Inexistência de Prática Fraudulenta e de Sonegação de Contribuições Previdenciárias

Os documentos anexados à presente defesa, aliados às provas colhidas na auditoria, demonstram que não ocorreu a prática de nenhuma atividade fraudulenta, tampouco a sonegação de quaisquer tributos.

As ásperas acusações efetuadas no Relatório Fiscal não se coadunam com a idoneidade tributária da Impugnante, que sempre amou se forma lícita, cumprindo com seus desígnios sociais. Não há, por essa razão, intuito de fraude ou de sonegação de contribuições previdenciárias na atuação da Impugnante.

3.4 - Nulidade de Prova: Entrevistas com Colaboradores e Terceiro

Um dos elementos de prova que está demonstrado no Relatório Fiscal se refere à entrevistas com terceiros. Os entrevistados não possuem vínculo direto com a administração das sociedades referidas nesta defesa. Essas provas são nulas, conforme se analisa neste item.

3.5 - Impropriedade do Uso da Lista de Ramais, Relação de Aniversariantes e Colaboradores

A Impugnante efetivamente terceirizou parte de sua produção contratando a Transportes Gasparzinho Ltda. EPP., especialmente nos momentos em que havia maior demanda e não se encontrava mão de obra disponível no mercado local de trabalho. Essa prática, contudo, não viola qualquer disposição legal e é, inclusive, prática utilizada pela RFB que terceiriza serviços como limpeza, segurança e atendimento. Como se pode verificar, a prática da terceirização, nesse caso, também é lícita.

3.6 - Inviabilidade das Ações Trabalhistas como Prova nestes Autos

Essas provas não são admissíveis. Primeiro porque em nenhuma das ações houve sentença condenatória determinando que a terceirização era ilícita. Segundo porque a auditoria está utilizando como verdade absoluta pedidos que foram efetuados pelos autores daquelas ações e que demonstram a inexistência de qualquer ilícito. Terceiro porque para a relação de emprego (que é diversa da relação tributária) o tomador e o prestador do serviço são subsidiariamente responsáveis pelo adimplemento do crédito trabalhista.

Ademais, as informações prestadas pelos interrogados nas fls. 6/12 acima mencionadas são conflitantes. A única conclusão que se pode obter dos documentos referidos é de que não havia um comando único entre a Impugnante e Transportes Gasparzinho Ltda. EPP.

Portanto, não há como se utilizar ações trabalhistas cujo mérito não foi apreciado para demonstrar a suposta prática de ilícitos tributários (que na verdade jamais ocorreram).

3.7 - Procuração Outorgada a Carlos Alberto Krauss

Por si só, a existência de Procuração não demonstra que havia o efetivo exercício da administração pelo outorgado. De outra sorte, o Sr. Carlos ainda esclareceu os motivos da existência dessa procuração. Os esclarecimentos foram efetuados na entrevista.

Segundo consta do relato do Sr. Carlos, na ocasião da outorga dos poderes o Sr. Osvaldo passava por sérios problemas de saúde e, por essa razão, temerosos de que o procedimento cirúrgico poderia não restar exitoso (total ou parcialmente), haveria necessidade de ter alguém que pudesse honrar com o pagamento dos salários (principal preocupação do Sr. Osvaldo).

O que merece atenção especial é o fato de que em nenhum momento houve a produção de documento ou até mesmo de mera alegação de que o Sr. Carlos administrava a sociedade Transportes Gasparzinho Ltda. EPP. A auditoria não juntou um cheque, um cartão de banco ou qualquer documento comercial ou fiscal assinado pelo Sr. Carlos.

E o mais importante: a auditoria apurou crédito tributário, nestes autos, referente ao período 01/2008 a 13/2008; a procuração é de 2012. Assim, não há prova alguma e nem indícios de que o Sr. Carlos efetivamente administrou a sociedade referida.

3.7 - Prestação de Serviços com Exclusividade

Sustenta que não há irregularidades na forma como a terceirização (lícita) realizada entre as sociedades mencionadas.

3.8 - Inadequação da Via Eleita com a Apresentação de Informações sobre Faturamento, Número de Empregados, Mass a Salarial, Despesas e Frota

O Relatório Fiscal trouxe informações falaciosas e tendentes a deturpar a realidade que foi minudentemente avaliada pela auditoria. Quando o referido documento menciona que o faturamento da Impugnante é maior do que o da sociedade Transportes Gasparzinho Ltda. EPP., mesmo com menor número de funcionários, há notória violação às questões de fato, pois não se atentou para a forma de atuação de ambas as sociedades. Mas a Impugnante esclarece o tema, suprimindo a falta acarretada pelo Relatório Fiscal.

Como já dito, a Impugnante, pode determinação de seus sócios, labora com o transporte de cargas para longas distâncias, bem como realiza parte da distribuição das mercadorias nas localidades próximas ao destino. A auditoria realizada sabia dessas informações, com precisão, pois teve amplo acesso a todos os documentos, inclusive ao ativo imobilizado.

Com relação às despesas e às frotas, como ambas as sociedades laboram em áreas diversas do ramo de transporte, é evidente que há diferentes bens constituindo o ativo imobilizado, sendo que esta prática não acarreta quaisquer máculas ou irregularidades.

Portanto, a narrativa externada no Relatório Fiscal quanto ao tema ora posto não merece acolhida para fins de dar sustentabilidade à manutenção do auto de infração, que merece ser anulado.

3.9 - Funcionários com Atividades Administrativas

Como já comprovado em mais de uma oportunidade durante esta peça de defesa, as duas sociedades laboram em áreas diversas. A atividade da Impugnante é transportar a mercadoria, recebendo-a do cliente em uma cidade e levando-a até outra localidade previamente determinada. A sociedade empresária Transportes Gasparzinho Ltda. EPP., por sua vez, atua em parte desse processo de transporte, viabilizando a carga e descarga das mercadorias na cidade de Blumenau. Por essa razão, não precisa manter uma estrutura administrativa complexa e nem uma sede social com diversos funcionários. A maior parte das funções administrativas é concentrada na

pessoa do Sr. Osvaldo. O restante da parte burocrática é realizado pela assessoria e consultoria contábil.

Eventualmente há necessidade de solicitar um auxílio ao departamento de Recursos Humanos da Impugnante, o que foi efetuado em tão raras ocasiões que poucas foram as menções dessa prática pelo Relatório Fiscal.

Assim, a narrativa apresentada pela auditoria não se coaduna com a realidade vivenciada e nem com os documentos que foram analisados durante o trâmite dos trabalhos.

3.10 - Conclusões Apresentadas no Relatório Fiscal

Após toda a narrativa apresentada pela auditoria (impugnada nos itens 3.1 a 3.9 desta peça), houve a conclusão indevida de que a família Krauss, por ter relações comerciais entre, as suas respectivas sociedades empresárias, pratica terceirização ilícita e constitui empresa fictícia.

Atuando desse modo, a auditoria deturpa os fatos e traz ao procedimento de fiscalização apenas parte da realidade fática, o que evidencia o intuito de constituir crédito tributário pelo lançamento de ofício e não o de verificar o fato jurídico para aferir se é gerador ou não de tributo.

Desse modo, incide a auditoria em diversas violações legais, tais como as externadas em dispositivos do CTN e do Decreto nº 7.574/2011.

3.11 - Aplicação da Multa Qualificada em seu Percentual Máximo

No caso dos autos, diante de toda a narrativa efetuada no Relatório Fiscal, houve a imposição de multa no percentual de 150%, mediante a constituição de multa de ofício qualificada nos termos do art. 35-A da Lei nº 8.212/1991 e no art. 44, inciso I e § I o da Lei nº 9.430/1996.

É evidente que as duas sociedades envolvidas neste auto de infração não praticaram ilícito doloso tributário. O único fato que foi considerado para a aplicação da penalidade e principalmente da suposta conduta dolosa foi o de sócios de ambas as sociedades são membros da mesma família.

Portanto, não ficou evidenciado o dolo, o que tolhe de validade a imposição de multa de ofício no percentual aferido.

3.12 - Solidariedade dos Sócios-Administradores pelo Adimplemento de Obrigações Tributárias da Impugnante

Quer fazer crer a auditoria que se deve responsabilizar solidariamente os sócios-administradores pelo crédito tributário lançado de ofício. O que se fez foi uma verdadeira desconsideração da personalidade jurídica administrativa, mas sem a observância dos requisitos necessários. Na realidade, o Relatório Fiscal tenta repriminar o já declarado inconstitucional art. 13 da Lei nº 8.620/1993, que foi expurgado do ordenamento jurídico através de decisão do STF na análise do Recurso Extraordinário nº 562.276/PR (julgamento nos termos do art. 543-B do CPC).

Portanto, é inegável que não há como responsabilizar solidariamente os sócios-administradores pelos débitos tributários da sociedade.

3.13 - Prática de Crime Contra a Ordem Tributária e a RFFP

Mesmo que houvesse, em tese, a tipicidade em relação ao crime previsto no art. 337-A do CP, ainda assim não é permitido ao Auditor Fiscal enviar a RFFP para o MPF, por força do art. 83, caput da Lei nº 9.430/1996. A violação a essa determinação enseja, em tese, a prática do crime previsto no art. 316, § 1º do CP. Assim sendo, a eventual prática de crime contra a ordem tributária somente poderá ser objeto de RFFP após o término do presente processo administrativo.

4 - FUNDAMENTOS DE MÉRITO

4.1 - Utilização de Presunções e Ficções Jurídicas e o Procedimento de Lançamento do Crédito Tributário

No caso dos autos é notório que a auditoria efetuada na Impugnante se utilizou de presunções e ficções jurídicas para fins de lançar o tributo mediante auto de infração. Essa prática é vedada pela legislação, pois a obrigação tributária é ex lege, ou seja, tem seus limites, requisitos e minúcias previstas na legislação. É nesse sentido que se manifesta o art. 3º do CTN.

Como é possível observar a análise perfilhada nos itens 2 e 3, a auditoria partiu de uma falsa premissa, não analisando a questão de fato, não verificando o histórico de cada uma das sociedades e nem apreciando com acuidade as informações que foram apresentadas nas entrevistas. A ausência de um Relatório Fiscal dificulta a defesa, pois não se tem como entender qual o fundamento utilizado para a lavratura do auto de infração. Os documentos colhidos e apresentados pelo procedimento de fiscalização não são suficientes a corroborar um lançamento de ofício da forma como efetuado.

Por essa razão, é possível presumir que a auditoria constituiu o crédito tributário através de presunções e ficções jurídicas. Ao invés de buscar a verdade real, a auditoria se concentrou em alguns fatos que, se analisados isoladamente, lhe eram favoráveis, explorou esses fatos e lavrou o auto de infração.

A forma com a qual a família Krauss passou a explorar o ramo de transportes foi esclarecida nas entrevistas. Se os irmãos não conseguem mais trabalhar juntos e se cada um possui clientes diversos, patrimônio e sede sociais diversas, não há como obrigá-los a atuarem sob a mesma sociedade, notadamente porque não há affectio societatis.

4.2 - Dedução dos Valores Pagos a Título de SIMPLES pela Sociedade Empresária Transportes Gasparzinho Ltda. EPP.

O auto de infração merece ser anulado, pois contém valores lançados que já foram recolhidos, em parte, a título de SIMPLES. No caso em tela, a auditoria incluiu como base de cálculo da contribuição previdenciária descrita no art. 22 da Lei nº 8.212/1991, o valor integral das remunerações

pagas aos colaboradores da sociedade empresária Transportes Gasparzinho Ltda. EPP.

No entanto, esta última sociedade efetuou recolhimentos a título de SIMPLES, desde o ano de 2004. Dessa forma, houve inegável tributação em duplicidade, pois se está tributando o mesmo fato gerador mediante dois regimes tributários distintos: SIMPLES e lucro real.

Como não se encontram, no procedimento de fiscalização, no auto de infração ou em qualquer outra planilha do documento 25 a dedução dos valores já recolhidos, o lançamento de ofício contém valores que já foram adimplidos, razão pela qual deve ser anulado.

4.3 - Constituição da Base de Cálculo da Contribuição Previdenciária Patronal Lançada de Ofício

Caso não haja acolhimento de nenhuma das causas de nulidade do auto de infração, as quais foram demonstradas nos itens anteriores desta peça de defesa, é preciso reduzir o valor do lançamento tributário, pois na base de cálculo se presume que foram inseridos montantes indevidos.

Basicamente é possível compreender que foram inseridos na base de cálculo da contribuição previdenciária patronal o montante da integralidade dos valores pagos aos colaboradores, sem precisar se a natureza desses pagamentos fora de verbas indenizatórias ou remuneratórias.

Como é notório, somente as verbas remuneratórias integram a base de cálculo do tributo descrito no art. 22 da Lei nº 8.212/1991, sendo que os montantes indenizatórios devem ser excluídos da respectiva base impositiva.

4.3.1 - Base de Cálculo do Salário-de-Contribuição

O sistema previdenciário foi redesenhado através da EC nº 20/1998, sendo definido como contributivo e atuarial. Desse modo, somente os valores que se incorporam para fins de aposentadoria é que podem ser incluídos na base de cálculo da contribuição previdenciária.

Não há dúvidas de que o salário decorre apenas da contraprestação de serviço pactuado, não comportando a inclusão de verbas indenizatórias. Assim, a autorização do art. 195, inciso I da CF/1988 impede o legislador ordinário de instituir contribuição social cuja base de cálculo seja verba indenizatória e veda, da mesma forma, que a RFB inclua, na base de cálculo da contribuição previdenciária, as seguintes verbas que inegavelmente têm caráter indenizatório:

4.3.2 — Terço Constitucional de Férias

O entendimento firmado pelo STF é o de que o terço constitucional de férias não representa uma verba de natureza remuneratória, mas sim indenizatória. E a conclusão a que chega o Pretório Excelso está calcada no fato de que ao término do prazo de doze meses o empregado tem direito a um descanso pelo período de trinta dias. Para poder usufruir adequadamente a esse descanso

(direito constitucionalmente assegurado) lhe é garantido um reforço nos valores recebidos, ou seja, um terço acrescido ao salário.

A jurisprudência tem sedimentado o entendimento de que não incide contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, conforme posicionamento pacificado também no STJ.

4.3.3 - Auxílio-Doença

O valor pago a título de auxílio-doença não tem natureza remuneratória (salarial), mas apenas indenizatória, não podendo integrar a base de cálculo da contribuição instituída com base no art. 195, inciso I, da CF/1988.

4.3.4 - Abono Assiduidade e Folgas Não Gozadas

O empregado tem direito a usufruir folgas, direito este que integra o seu respectivo patrimônio. Caso não exercido tal direito, por qualquer razão, no tempo, modo e forma estabelecidos em lei ou convenção, há o pagamento desse direito em pecúnia, como ocorrem com diversos colaboradores da impugnante e da sociedade empresária Transportes Gasparzinho Ltda. EPP., consoante documentos colhidos e apresentados no procedimento de fiscalização (documento 25).

Nessas circunstâncias, o pagamento se refere a uma indenização pela inexistência do direito às folgas. O valor pago tem o objetivo de reparar um dano que fora causado (trabalhar durante o período em que tinha direito à folga). O mesmo ocorre com o chamado abono assiduidade, eis que quando não exercidas as ausências, há possibilidade do pagamento de um valor que tem natureza eminentemente indenizatória.

A jurisprudência tem sedimentado o entendimento de que não incide contribuição previdenciária sobre o valor pago a título de abono-assiduidade e folgas não gozadas, conforme posicionamento pacificado no STJ.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado em relação à licença-prêmio não usufruída e posteriormente indenizada. A jurisprudência tem se manifestado no sentido de que não incide contribuição previdenciária sobre o valor pago a título de licença-prêmio não gozada, conforme posicionamento pacificado do STJ.

4.3.5 - Auxílio-Creche

Como o mencionado auxílio tem o condão de ser um direito social, em prol do empregado, o reembolso ou pagamento em pecúnia diretamente ao mesmo corresponde a uma indenização, conforme já reiterado pelo posicionamento jurisprudencial.

Sendo indenização, não cabe a incidência de contribuição previdenciária sobre o mesmo. E por essa razão que a jurisprudência tem sedimentado o

entendimento de que não incide contribuição previdenciária sobre o valor pago a título de auxílio-creche, conforme posicionamento pacificado do STJ.

4.3.6 - Ajuda de Custo

No caso dos autos a ajuda de custo não é paga com habitualidade, mas sim de modo esporádico, razão pela qual em algumas ocasiões determinados empregados recebem estes valores.

Tais verbas correspondem a verdadeira indenização, como tem sido o posicionamento pacificado do STJ.

4.3.7 - Auxílio Babá e Auxílio Combustível

A jurisprudência tem sedimentado o entendimento de que não incide contribuição previdenciária sobre o valor pago a título de auxílio-babá e auxílio combustível, eis que tais valores têm natureza eminentemente indenizatória.

Nesse sentido está consolidado o posicionamento jurisprudencial, através dos julgados proferidos pelo STJ.

4.3.8 - Gratificação Semestral

A gratificação semestral é considerada um direito social, por força do disposto no art. 7º, inciso XI da CF/1988. Por essa razão, não é salário. A natureza jurídica da gratificação é indenizatória, logo, não há incidência da contribuição previdenciária.

A jurisprudência tem sedimentado o entendimento de que não incide contribuição previdenciária sobre o valor pago a título de gratificação semestral, conforme posicionamento pacificado do STJ.

4.3.9 - Ressarcimento pela Utilização de Ferramentas Própria

O ressarcimento pecuniário pela utilização de ferramentas próprias tem natureza eminentemente indenizatória, porquanto não se trata de salário e nem de verba que se assemelhe ao mesmo.

Nesse sentido, a jurisprudência tem sedimentado o entendimento de que não incide contribuição previdenciária sobre o valor pago a título de ressarcimento de despesas pela utilização de ferramentas próprias, conforme posicionamento pacificado do STJ.

4.3.10 - Férias e Salário-Maternidade

O montante das férias, usufruídas ou não, não podem sofrer incidência da contribuição previdenciária prevista no art. 22, inciso I da Lei nº 8.212/1991. A legislação tributária não pode alterar a natureza jurídica indenizatória do

valor pago a título das férias, já que o empregado, ao receber o valor, não presta serviço de qualquer natureza.

A questão ora apresentada é fruto de inovação prevista no STJ, que passou a decidir, a partir de fevereiro de 2012, nos termos que abaixo seguem:

A natureza do salário-maternidade e das férias é efetivamente indenizatória, razão pela qual a não incidência da contribuição previdenciária é medida que se impõe.

4.3.11 - Adicional de Horas Extras

A celeuma travada até o presente momento também encontra amparo em relação à ilegalidade e inconstitucionalidade de incidência da contribuição previdenciária sobre as horas extraordinárias.

Sobre o assunto, o STF já se posicionou em diversas ocasiões, sendo que a decisão abaixo ementada representa o firme entendimento da Corte, no sentido de ser vedada a incidência de contribuição previdenciária sobre o valor das horas extraordinárias.

4.3.12 - Vale-Transporte pago em Pecúnia

O vale-transporte pago em pecúnia pela Impugnante é montante que não deve integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária lançada, por expressa determinação do Plenário do STF.

4.3.13 - Aviso Prévio Indenizado

Também é considerada verba indenizatória o aviso prévio indenizado. Por esta razão deve ser excluído da base de cálculo da contribuição previdenciária, nos termos do entendimento jurisprudencial assim firmado.

4.3.14 - Adicional Noturno

Sendo a natureza jurídica do adicional noturno uma verdadeira compensação (indenização), não pode incidir sobre a base de cálculo da contribuição previdenciária patronal.

4.3.15 - Adicional de Insalubridade

Assim como as verbas acima descritas, o adicional de insalubridade não pode integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária, eis que sua natureza jurídica é eminentemente indenizatória e não remuneratória.

4.3.16 - Adicional de Periculosidade

O adicional de periculosidade segue a mesma linha de natureza jurídica que o adicional de insalubridade, conforme reiterado entendimento firmado pela jurisprudência. Sendo de natureza indenizatória, não deve integrar a base de cálculo do tributo previsto no art. 22 da Lei nº 8.212/1991.

4.3.17 - Salário Família

O salário família é benefício de natureza previdenciária, pago pelo empregador ao empregado, nos termos do art. 7º, inciso XII da CF/1988, com regulamentação pelo Decreto nº 3.048/1999 (art. 81).

O art. 31 do Decreto nº 3.048/1999 determina que o valor do salário família não poderá ser utilizado para cálculo da renda mensal dos benefícios de prestação continuada. Diante dessas disposições legais, é possível concluir que o salário família não é montante remuneratório, mas apenas indenizatório tendente a cumprir com relevante função social, conforme previsão constitucional. Dessa forma, não pode integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária patronal.

4.3.18 - Décimo Terceiro Salário Proporcional

Os Tribunais pátrios já decidiram em várias oportunidades que o décimo terceiro salário proporcional representa verba de natureza indenizatória.

Recentemente os TRFs da 4ª e 5ª Regiões se manifestaram no sentido de excluir o valor do décimo terceiro salário proporcional da base de cálculo das contribuições previdenciárias.. Portanto, conforme o recente e reiterado posicionamento jurisprudencial, o valor pago a título de décimo terceiro salário proporcional deve ser excluído da base de cálculo da contribuição previdenciária patronal, prevista no art. 22 da Lei n.º 8.212/1991.

4.4 - Responsabilidade Tributária dos Sócios

A prática de conferir responsabilidade tributária solidária entre a sociedade e os sócios é vedada pelo ordenamento jurídico e representa uma reprimenda do já declarado inconstitucional art. 13 da Lei n.º 8.620/1993.

A exegese acerca da expressão "infração de lei" tem como melhor entendimento a infração da legislação comercial ou civil, excluindo-se a tributária. A infração mencionada pelo dispositivo acima transcrito não pode ser entendida como infração às disposições legais tributárias, porque tal interpretação levaria à responsabilização solidária e ilimitada de todos os sócios, diretores e acionistas de quaisquer pessoas jurídicas, sendo estas de Direito Público ou Privado. Enfim, o simples e mero não recolhimento do tributo não é fato que pode ser utilizado para poder redirecionar qualquer lide (judicial ou administrativa) aos sócios, diretores ou administradores da sociedade, conforme pacífico entendimento do STJ.

O primeiro requisito que se encontra, para responsabilização dos diretores, é a existência do dolo ao afrontar o Estatuto Social ou as determinações dos textos do Direito Positivo que regem as operações mercantis.

O dolo não se presume. O dolo deve ser comprovado, de plano, pela autoridade fiscalizadora, no Relatório Fiscal (inexistente no caso dos autos).

Como não se encontram presentes nenhum desses elementos, desde já não haveria como atribuir qualquer responsabilidade ao sócio. Esta é a orientação da jurisprudência, há longa data, dominante nos Tribunais Superiores.

Somente com a demonstração de afronta à lei, ao contrato social ou estatuto, devidamente resguardado o direito ao contraditório e ampla defesa, poderá haver um redirecionamento dos débitos para o sócio administrador ou acionista, o que, de fato, não ocorreu no caso em tela.

Portanto, demonstrado ficou o entendimento jurisprudencial unânime no sentido de que não há nenhuma evidência probatória capaz de legitimar a inclusão dos sócios-administradores da Impugnante como responsáveis solidários pelo adimplemento do crédito tributário proveniente do lançamento ora combatido.

4.6 - Redução da Multa Qualificada

Pelo que se depreende do auto de infração, a multa aplicada foi de 150%, ou seja, o percentual máximo. Esse percentual é incompatível com a realidade fática e viola flagrantemente as normas jurídicas que disciplinam o tema. Isso ocorre porque a majoração da multa além do percentual mínimo deve ser justificada, o que não ocorreu no caso em tela, diante da inexistência de Relatório Fiscal.

A multa ora imputada à Impugnante é formal, possuindo caráter de penalização. Em nenhuma hipótese esta multa poderá ser entendida como uma forma de indenização referente à mora. Este é o posicionamento exarado pelo Judiciário e muito bem discernido pelo eminente Sacha Calmon Navarro Coelho, que transcreve parte de decisão judicial, conclusiva para o deslinde da controvérsia:

Desse modo, exigir a multa ora combatida corresponde a verdadeiro enriquecimento sem causa, ocasionado pela afronta à CF/1988, em especial no que diz respeito ao princípio do não efeito confiscatório (art. 150, inciso IV).

Assim sendo, não há como acolher a multa aplicada no percentual previsto na no auto de infração, sendo necessária a sua redução, neste momento, aos percentuais mínimos previstos em lei.

A pena aplicada à Impugnante possui caráter nitidamente confiscatório. A multa exigida tem o caráter nitidamente punitivo. Mesmo que outra denominação lhe seja dada, punitiva é sua única característica.

4.5 - Envio da RFFP para o MPF

No caso em tela é necessário rever o ato praticado pelo Auditor Fiscal, eis que o mesmo declara no Relatório Fiscal que já elaborou o RFFP. O documento não pode ser encaminhado ao MPF antes do término deste processo administrativo, sob pena de incidência do funcionário público no crime tipificado no art. 316, § I o do CP.

Portanto, a Impugnante requer que o Auditor Fiscal seja intimado a não encaminhar para a RFFP para o MPF, conforme ponderações legais acima oportunizadas.

5 – PEDIDOS

Diante do exposto, requer:

a) recebimento da presente, bem como dos documentos que seguem anexos com intimação da Procuradoria da Fazenda Nacional para, querendo, possa se manifestar sobre o feito, diante das decisões das matérias arguidas nesta defesa constantes em decisões do STJ (art. 543-C do CPC) e do STF (art. 543-B do CPC), conforme determinação do art. 19, §§ 5º e 7º da Lei nº 10.522/2002 com as alterações da Lei nº 12.844/2013;

b) declaração da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, inciso III do CTN, permitindo a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa em favor da Impugnante;

c) preliminarmente, a anulação do auto de infração e, por conseguinte, do lançamento tributário de ofício, externado no procedimento de fiscalização anexo (documento 25), pelos seguintes motivos:

c.1) violação ao art. 194 do CTN (fundamentação no item 2.2);

c.2) violação ao art. 195 do CTN (fundamentação no item 2.3);

c.3) irregularidades formais do auto de infração, violando, assim, o art. 196 do CTN e art. 33, § 3º do Decreto nº 7.574/2011 (fundamentação no item 2.4);

d) não sendo acolhidos nenhum dos pedidos preliminares, requer, no mérito, a declaração de nulidade do auto de infração constante do lançamento tributário de ofício, formalizado mediante o procedimento de fiscalização anexo (documento 25), pelo motivo de utilização de ficções e presunções para constatação da situação fática, violando as disposições do art. 3º do CTN c arts. 5º, inciso II e 150, inciso I da CF/1988 (fundamentação no item 4.1);

e) não sendo acolhidos totalmente quaisquer dos pleitos externados nos itens "c" e "d", requer, sucessiva e subsidiariamente:

e.1) redução da multa aplicada, para percentual inferior a 25%, nos termos do entendimento firmado pelo STF e de acordo com as disposições do art. 112 do CTN (fundamentação no item 4.2); e.2) recálculo do auto de infração para excluir da base de cálculo da contribuição previdenciária patronal (art. 22 da Lei nº 8.212/1991), as verbas indenizatórias arroladas no item 4.3 desta peça, assim arrolados: terço constitucional de férias, auxílio-doença, abono assiduidade e folgas não gozadas, licença prêmio não gozada, auxílio creche, auxílio escolar, ressarcimento de despesas pela utilização de ferramentas próprias, ajuda de custo, auxílio combustível, gratificação semestral, férias usufruídas, adicional de horas extras, aviso prévio indenizado, adicional noturno, adicional de insalubridade, adicional de periculosidade, salário família, aviso prévio e décimo terceiro salário proporcional; e.3) sejam anulados os Termos de Responsabilização Solidária dos sócios administradores da Impugnante, nos termos do remansoso posicionamento jurisprudencial, bem como da exegese do art. 135, inciso III do CTN (fundamento no item 4.4);

f) intimação do Auditor Fiscal que lavrou o auto de infração para que não encaminhe RFFP ao MPF até o término deste processo administrativo, nos termos do art. 83, caput da Lei nº 9.430/1996, advertindo-o de que a violação

ao dispositivo acarreta, em tese, a prática do crime previsto no art. 316, § I o do CP;

g) o Procurador que esta subscreve manifesta interesse em se fazer presente na data do julgamento desta Impugnação, razão pela qual requer a intimação da data da sessão de forma pessoal, sendo possível o envio de correspondência física para o endereço constante na Procuração ou mediante correspondência eletrônica a ser encaminhada para gustavo@fvaadvogados.adv.br;

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Salvador (BA) lavrou Decisão Administrativa textualizada no Acórdão nº **15-35.348 da 7ª Turma da DRJ/SDR**, às fls. 2.517/2.548, julgando procedente o lançamento e mantendo o crédito tributário em sua integralidade. Recorde-se:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

*CONTRIBUIÇÃO PATRONAL. REMUNERAÇÃO DE
SEGURADOS EMPREGADOS E CONTRIBUINTES
INDIVIDUAIS.*

São devidas as contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais que prestam serviços à empresa.

SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO.

Para custeio dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (RAT).

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

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

MPF. PRORROGAÇÃO DE PRAZO.

A intimação, após a expiração do prazo inicial do MPF, exigindo a exibição de documentos por parte da empresa submetida a procedimento fiscal, demonstra tacitamente a continuidade dos trabalhos, sendo desnecessário que do ato conste menção expressa à prorrogação haja vista a possibilidade de controle do sujeito passivo pelo sítio eletrônico da Receita Federal do Brasil.

NÃO SUSPENSÃO DO PROCESSO DE LANÇAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário protege o devedor contra atos de cobrança da autoridade administrativa, mas não impede o lançamento que, nos termos do Código Tributário Nacional, é atividade vinculada e obrigatória.

ÔNUS DA PROVA. ALEGAÇÃO DESACOMPANHADA DE PROVA.

Cabe ao impugnante trazer juntamente com suas alegações impugnatórias todos os documentos que dêem a elas força probante.

SÓCIO ADMINISTRADOR. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. CONFIGURAÇÃO. SUJEIÇÃO PASSIVA.

Constatada uma das situações de fato previstas no caput do art. 135 do Código Tributário Nacional, impõe-se à responsabilização do sócio administrador da empresa pelo crédito tributário constituído.

CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA.

Não é confiscatória a multa exigida nos estritos limites do previsto em lei para o caso concreto, não sendo competência funcional do órgão julgador administrativo apreciar alegações de ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação vigente.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA DE 150%.

Sempre que restar configurado pelo menos um dos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, o percentual da multa de que trata o inciso I, do artigo 44, da Lei n.º 9.430/1996 deverá ser duplicado.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

A Recorrente e os demais interessados foram cientificados da decisão de 1ª Instância no dia 23/05/2014, conforme Avisos de Recebimento às Fls. 2.550; 2.552 e 2.554.

Inconformada com a decisão exarada pelo órgão julgador *a quo*, a Recorrente interpôs **Recurso Voluntário** às fls. 2.556/2.428, com as seguintes considerações:

“[...]

Por acórdão proferido pela 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Salvador (BA), a Impugnação interposta pelo Recorrente foi julgada improcedente e o lançamento de ofício constituído mediante Auto de Infração foi integralmente mantido.

A decisão foi proferida mediante julgamento secreto e sem a prévia intimação do Recorrente ou de seu Procurador, mesmo diante de requerimento expresso para tanto.

Pugna pela declaração de nulidade do Auto de Infração objeto desta discussão, conforme razões que seguem abaixo.

PRELIMINARMENTE

2.1 - Nulidade da Decisão por Notório Cerceamento de Defesa

Inicialmente cumpre esclarecer que desde a data da lavratura do Auto de Infração o Procurador que esta subscreve vem adotando todas as posturas necessárias para que tenha acesso aos autos em formato eletrônico.

Apesar de diversas diligências terem sido efetuadas diretamente à Delegacia de Blumenau/SC, até o presente momento se alega que há problemas no cadastramento de Advogados para ter acesso aos autos no formato administrativo.

Por essa razão, há notório cerceamento de defesa no caso em tela, pois o Advogado que está efetuando os procedimentos de defesa do Recorrente até o presente momento não tem acesso aos autos no formato eletrônico, mesmo com procuração física apresentada juntamente com a Impugnação.

Mais grave do que esse cenário é fato de que o Recorrente também não tem acesso aos autos eletrônicos, simplesmente porque há dificuldades em permitir o acesso do mesmo às referidas informações.

É preciso elucidar que tanto o Recorrente quanto o Advogado que esta subscreve possuem Certificação Digital e têm acesso ao e-CAC, mas por uma situação ainda não esclarecida por parte da própria Receita Federal do Brasil, até o momento ambos não tiveram acesso a qualquer processo administrativo em formato eletrônico.

A demonstração do alegado pode ser facilmente detectada com a consulta aos processos administrativos que estão cadastrados em nome do Procurador e do próprio Recorrente, além do documento que segue anexo.

Diante do exposto, provado que o Advogado devidamente habilitado nos autos não tem acesso à íntegra do processo digital, requer a nulidade do julgamento proferido pela 7ª Turma da Delegacia de Salvador (BA), determinando à Delegacia de Blumenau/SC que inclua o Advogado Gustavo Nascimento Fiuza Vecchietti (OAB/SC 15.422) como Procurador do Recorrente para o presente processo administrativo e, ato seguinte, lhe conceda o prazo de 30 (trinta) dias para oportunizar a defesa administrativa (Impugnação).

2.2 - Nulidade da Decisão por Violação ao Devido Processo Legal - Instituição de Tribunal de Exceção

Não acolhido o pleito formulado no item 2.1, ainda há outra nulidade flagrante no julgado que ora se pede a nulidade ou a reforma: instituição de Tribunal de Exceção sem competência para processar e julgar o feito.

O Recorrente tem domicílio fiscal em Blumenau/SC, o que é confirmado e declarado pelo próprio julgado de primeiro grau. O processo de fiscalização ocorreu igualmente na cidade de Blumenau e todos os atos processuais foram praticados na referida localidade.

O Anexo IV à Portaria RFB nº 1.403/2013 (documento anexo) demonstra que em Florianópolis/SC há Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, sendo que naquela localidade há 6 (seis) Turmas, com jurisdição sobre o Estado de Santa Catarina.

Portanto, a competência para processamento e julgamento do presente feito deve ser efetuada perante a DRJ com competência definida pelo domicílio fiscal do Recorrente. O Regimento Interno da RFB não permite o redirecionamento da Impugnação interposta pelo Recorrente a qualquer uma das DRJs existentes.

O art. 233, caput, da Portaria MF nº 203/2012 não autoriza o redirecionamento do julgamento da Impugnação a qualquer uma das DRJs. Os dispositivos seguintes (especialmente os arts. 234 a 239) igualmente não esclarecem que a Impugnação poderá ser redirecionada a qualquer uma das DRJs, por conveniência ou qualquer outro motivo elencado pela RFB.

Portanto, o que se verifica no caso em tela é o julgamento da Impugnação do Recorrente por um órgão colegiado distante do domicílio fiscal e sem justificativa ou dispositivo autorizador que lhe atribua competência para tanto.

Há, no caso em tela, verdadeira instituição de Tribunal de Exceção, vedado pela CF/1988 (art. 5º, inciso XXXVII).

Por essa razão, o Recorrente pugna pela nulidade do julgamento efetuado pela 7ª Turma da DRJ de Salvador (BA), requerendo, ainda, o encaminhamento dos autos à DRJ de Florianópolis (SC) para apreciação e julgamento dos pedidos externados na Impugnação.

2.3 - Nulidade da Decisão por Violação aos Princípios do Contraditório e da Ampla defesa

Não sendo acolhidos os pleitos externados nos itens 2.1 ou 2.2, o Recorrente demonstra que ainda há nulidade no julgado proferido pelo órgão de primeiro grau.

O Procurador do Recorrente, apesar de não ter acesso aos autos do processo eletrônico (já provado no item 2.1), fez requerimento expresso na Impugnação para que pudesse acompanhar as discussões do Colegiado e apresentar razões de defesa mediante sustentação oral. Ainda requereu que fosse intimado da data do julgamento com razoável antecedência.

O pedido não foi acolhido. O Recorrente ou seu Procurador não foram intimados da data do julgamento, mesmo que o fossem, não poderiam participar das discussões do órgão colegiado e, ainda, não lhe foi oportunizada a participação nas discussões através de apresentação de memoriais ou sustentação oral.

A situação discutida nesse momento enseja notória violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e, igualmente, do devido processo legal.

No Estado Democrático de Direito não há cabimento para julgamentos secretos, especialmente por parte de órgão vinculado ao Poder Executivo Federal. O art. 37, caput, da CF/1988 é taxativo ao elencar que os órgãos públicos obedecerão aos princípios da legalidade e ao da publicidade (dentre outros).

Ainda cumpre salientar que o art. 133 da própria CF/1988 dispõe que o Advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão. A Lei nº 8.906/1994 prevê, no art. 7º, os direitos do Advogado, sendo que o inciso X assim dispõe:

[...]

Não existem dispositivos legais que violem as determinações acima elencadas, ou seja, não há normas que permitam às DRJ vedarem o acesso aos Advogados devidamente constituídos em processos administrativos.

Além desses argumentos, em todos os julgamentos onde houver discussão (tal como no presente) mediante órgão colegiado, a intervenção do Advogado é um direito assegurado por Lei Nacional (Lei nº 8.906/1994), além de ter suporte no Texto Constitucional (art. 133 da CF/1988).

Por todas essas razões, não é possível que o ordenamento jurídico pátrio consagre violações aos direitos dos cidadãos para permitir julgamento secreto de ato tão relevante quanto a incidência tributária mediante lançamento de ofício. Nenhum julgamento poderá ser secreto, especialmente para o Advogado que está constituído no feito. Essa é a exegese do Decreto nº 70.235/1972, da Lei nº 8.906/1994 e da CF/1988.

Assim sendo, o Recorrente pugna para que a decisão de primeiro grau seja anulada e outro julgamento seja proferido, com intimação do Recorrente e/ou de seu Procurador e que este último possa participar da sessão, oportunizando razões mediante sustentação oral, nos termos da legislação já enaltecida.

3 - NO MÉRITO

3.1 - Análise dos Fatos e das Provas que Norteiam a Discussão

Através da narrativa entabulada nas fls. 2.518/2.523, o Relator apresentou os fatos que motivaram a decisão da Turma quanto ao mérito dos pedidos formulados na Impugnação.

Como se pode perceber, não houve uma apreciação das provas e dos argumentos jurídicos oportunizados no processo de fiscalização. O que se percebe é uma análise fática do colegiado com notória incompatibilidade às determinações processuais, entabuladas nos Decretos nºs 70.235/1972 e 7.574/2011.

Os arts. 63 e 65 do Decreto nº 7.574/2011 exigem que o julgador deva apreciar livremente a prova, mediante motivação para tanto. Isso não ocorreu no caso em tela.

Como se pode perceber, os inúmeros fatos que foram apresentados nos autos pela Impugnação não foram sequer combatidos ou considerados. Se a Turma entende que os mesmos não são verdadeiros, deveria ter declarado essa situação e explicado os motivos. Da mesma forma, quando analisou as provas colhidas durante o ato de fiscalização, era necessário analisar as provas apresentadas tanto pela fiscalização quanto pelo contribuinte.

O que se efetuou nos presentes autos foi uma completa e total ausência quanto à análise dos fatos e das provas apresentadas pelo Recorrente. O acórdão limitou-se a adotar toda a postura entabulada no suposto relatório fiscal do qual o Recorrente não teve acesso e indeferir os argumentos jurídicos do Recorrente.

Não houve análise dos fatos oportunizados na Impugnação e nem fundamentação sobre a análise das provas que estão delineadas com a Impugnação. O que se verifica é a notória intenção de manter a integralidade do auto de infração, ignorando por completo as alegações e os relevantes fatos narrados e oportunizados na Impugnação. Por essa razão, a decisão da 7ª Turma da Delegacia de Salvador deve ser declarada nula.

A fim de elucidar a questão e demonstrar a veracidade e propriedade das razões que acomete o Recorrente, os fatos que norteiam a verdade real sobre o tema posto são elucidados nas próximas linhas.

Como será demonstrado nos próximos itens, a fiscalização partiu de premissa equivocada, constituída mediante opinião desprovida do indispensável substrato probatório.

O Relatório Fiscal (fls. 898/950) concluiu, indevidamente, que o Recorrente teria constituído uma sociedade empresária de “fachada” para alocar parte de seus funcionários. Ainda narra que o objetivo da constituição dessa suposta sociedade irregular seria [...] burlar a legislação fiscal, com intuito de esconder o fato gerador da contribuição previdenciária.

Essas premissas não são verdadeiras. A sociedade empresária Transporte Gasparzinho Ltda. EPP, não foi constituída com o objetivo descrito no Relatório Fiscal. O objetivo e fundamento de constituição da referida sociedade está demonstrado em todas as entrevistas realizadas com os sócios tanto da sociedade referida quando do Recorrente.

Para demonstrar a impropriedade da conclusão obtida no suposto Relatório Fiscal do qual o Recorrente não teve acesso, é preciso esclarecer qual a forma de atuação de cada uma das empresas da família Krauss. A auditoria tinha conhecimento da verdade dos fatos e, de forma pouco louvável, manteve uma linha de conclusão completamente diversa da coerência ventilada nas provas colhidas.

O Recorrente e a sociedade Transportes Gasparzinho Ltda. EPP. são constituídas por sócios que possuem vínculo de parentesco. Além dessas sociedades, ainda há outras duas que são de propriedade de membros da família Krauss, que não possuem relevância com o caso em tela.

Em 1981 o Sr. Osvaldo Krauss iniciou a atuação no ramo de transportes, sendo sócio do Recorrente juntamente com sua esposa e dois irmãos. Na época, o Sr. Osvaldo possuía cinco filhos que não mantinham idade para gerenciar a sociedade. A maior parte deles já trabalhava na área do transporte, apesar de serem jovens.

À medida que os filhos do Sr. Osvaldo foram atingindo a maioridade e diante da atuação na sociedade empresária Transportadora Ociani Ltda., passaram a opinar sobre a forma de administração. A família sempre se manteve unida, gerindo a sociedade da forma mais adequada possível.

Ao longo dos anos, os problemas no setor de transportes foram se diversificando e acarretando divergências de opinião entre os irmãos. Dentre os maiores problemas que existem na área do transporte, a CNT arrolou os seguintes:

- a) precária condição das rodovias brasileiras;*
- b) falta de investimento e de financiamento para a troca da frota;*
- c) elevado custo operacional, especialmente em relação ao combustível;*
- d) acentuado nível de acidentes;*
- e) elevado custo dos demais insumos;*
- f) dificuldade de angariar mão de obra, especialmente para condução de veículos para o transporte à longa distância.*

Todos os problemas que foram descritos acima estão comprovados mediante estudos desenvolvidos pela CNT cujas menções foram acostadas à Impugnação.

O principal descontentamento existente entre os membros da família Krauss ocorreu em relação à dificuldade de transporte à longa

distância. Tanto o Sr. Osvaldo quanto os filhos foram motoristas e conduziram cargas para diversas localidades do país. Era comum que as viagens durassem mais de 30 dias, sendo que no início, o Sr. Osvaldo e o Sr. Carlos chegavam a ficar até 90 dias viajando. Essa situação acarreta prejuízos diretos e imediatos com a família, que foi o principal motivo pela mudança de atuação na sociedade.

A ausência do lar somada aos problemas já citados acima fez com que os irmãos, entre si, e o pai, comesçassem a repensar a forma de atuação no ramo de transportes. A maior problemática foi a de que quatro opiniões diversas surgiram e a família não mais se entendia.

Por essa razão, entre o final da década de 1990 e o início do ano 2000 a família resolveu separar os ramos de atividade. Todos esses fatos estão provados nos autos, especialmente quanto às entrevistas que foram conduzidas pela autoridade fiscalizadora. Quatro formas de atuação no mercado de transportes, então, surgiram e cada grupo seguiu cursos diversos. A família se separou e começou a atuar da seguinte forma:

a) Carlos e Jaison passaram a atuar com o transporte de longa distância e a distribuição de cargas em determinadas cidades, tendo a sede social em Blumenau/SC;

b) Jefferson, juntamente com outro sócio que não é membro da família, passou a explorar a distribuição de cargas nas imediações da cidade do Rio de Janeiro;

c) Eduardo e Everson, não tendo interesse em viajar e nem em montar uma estrutura para atendimento a vários clientes, receberam a oferta de uma grande rede de supermercados da região de Blumenau/SC e passaram a trabalhar exclusivamente para esse cliente, efetuando o transporte de cargas do gênero supermercadista, na região do Vale do Itajaí;

d) o Sr. Osvaldo, não tendo mais idade para viajar e nem para conduzir veículos, juntamente com sua nora, passaram a explorar o fornecimento o transporte local de cargas, bem como a mão de obra para carga e descarga das mercadorias. O mercado, contudo, possuía (e ainda possui) uma carência incomensurável de mão de obra para atuar seja na área de condução dos veículos, seja para proceder à carga e descarga de mercadorias, além das entregas locais. Por ter experiência acentuada e ter sido condutor de veículos pesados por muitas décadas, o Sr. Osvaldo é pessoa que conhece muitos profissionais do ramo de transportes. Sua facilidade em contatar profissionais dessa área, aliado à idoneidade e credibilidade, fazem com que muitos com este queira trabalhar. E desse modo, se verificou, a partir de 2004, que este poderia suprir a demanda do mercado nesse segmento. Portanto, esse foi o fundamento para a constituição dessa

sociedade empresária, no ano de 2004. Essa assertiva, por si só, já demonstra que não é possível sustentar as afirmações efetuadas no eventual e inexistente Relatório Fiscal.

As sociedades da família Krauss não possuem a mesma linha de comando, não estão sediadas no mesmo local e não operam com o mesmo objeto social. São distintas, tendo sido constituídas da forma e pelos motivos acima declinados. Alegar algo de forma diversa é utilizar silogismo, deduções e presunções sem o competente instrumento probatório adequado. Foi exatamente nessa linha de raciocínio que o Relatório Fiscal e o julgamento de primeiro grau se consolidaram: utilizaram presunções e ficções jurídicas em detrimento da robusta prova produzida nos autos.

Em relação ao Recorrente e à sociedade empresária Transportes Gasparzinho Ltda. está claro pela prova colhida nos autos que:

a) há duas sedes distintas, que não são vizinhas e estão distantes vários quilômetros uma da outra;

b) a linha de comando é diversa, sendo que o quadro societário é distinto e as áreas de atuação são diversas. Aliás, é possível verificar que em nenhum momento há qualquer elemento de prova no procedimento de fiscalização (documento 25) que demonstre haver uma mesma linha de comando. Essa conclusão representa a opinião pessoal do auditor que não está fundamentada em elementos probatórios hábeis. Isso fica provado porque O AUDITO NUNCA MENCIONOU QUEM EXERCIA O COMANDO ÚNICO, APENAS SE LIMITANDO A, GENERICAMENTE, ALEGAR QUE HAVIA "COMANDO ÚNICO"! Mas quem teria exercido esse comando? Essa indagação não foi respondida pelo Relatório Fiscal. E não há qualquer documento no procedimento de fiscalização quanto àquele que supostamente seria o detentor do poder de comandar ambas as sociedades. E evidente que essa inexistência de único comando não foi provada porque não há comando único das sociedades. Cada uma possui sócios distintos que administram os seus respectivos objetos sociais. Portanto, ao Relatório Fiscal faltou essa prova e sobraram alegações fáticas desprovidas de comprovação.

O Auditor quis apresentar a solução para um problema de família que já ocorria há mais de uma década: instituir uma ordem de comando único; o Auditor esperava conseguir o que nem mesmo o Sr. Osvaldo e sua esposa conseguiram, ou seja, amenizar a situação conflituosa entre os irmãos durante todos esses anos.

Senhores Julgadores, o Auditor não tem provas de que havia uma cadeia única de comando porque nunca existiu essa situação. Ademais, as empresas foram instituídas desta forma exatamente porque os pais não conseguiram manter a ordem e a paz na família e os irmãos não

conseguem trabalhar sob uma única ordem de comando. ISSO ESTÁ CLARO E PROVADO COM VÁRIOS DEPOIMENTOS E DIVERSOS DOCUMENTOS. ESSAS PROVAS FORAM CONSIDERADAS COMPLETAMENTE INEXISTENTES PELO JULGAMENTO DE PRIMEIRO GRAU E SEQUER FORAM MENCIONADAS NO ACÓRDÃO. O JULGAMENTO QUE SE PEDE A NULIDADE FOI FIRMADO EM PREMISSAS TOTALMENTE FALACIOSAS E EM PROVAS INEXISTENTES.

O suposto comando único das empresas, alegado pelo Auditor, não foi identificado, sequer no inexistente Relatório Fiscal. E não há qualquer documento no procedimento de fiscalização quanto àquele que supostamente seria o detentor do poder de comandar ambas as sociedades. É evidente que essa inexistência de único comando não foi provada porque não há comando único das sociedades. Cada uma das sociedades possui sócios distintos que administram os seus" respectivos objetos sociais. Portanto, ao inexistente Relatório Fiscal faltou essa prova e sobraram alegações fáticas desprovidas de comprovação.

É preciso frisar, e repetir detidamente, que os sócios e os objetivos sociais de ambas as sociedades são diversos. Essa demonstração ficou enaltecida com as entrevistas realizadas pelos sócios e demonstrado com a vasta documentação angariada no procedimento de fiscalização.

Nas fls. 131/173 estão acostados o ato constitutivo e as alterações da sociedade empresária Transportes Gasparzinho Ltda. EPP. Estes documentos demonstram que a referida sociedade foi constituída em 01.09.2004 tendo dois objetos sociais:

- a) transporte rodoviário de cargas em geral;*
- b) serviços de carga e descarga em geral.*

A referida sociedade possuía no quadro societário o Sr. Osvaldo Krauss e suas noras Kátia Simone Mannrich e Rita de Cássia de Oliveira Krauss, estas últimas que realizavam pequenos serviços burocráticos e administrativos. O que se constata, portanto, é que tanto o objeto social quanto os sócios e a sede da referida sociedade sempre foram diversos dos elementos de empresa do Recorrente.

Essa constatação é suficiente para demonstrar que a sociedade empresária Transportes Gasparzinho Ltda. EPP. foi constituída por sócios diversos do Recorrente e para atuar em ramo de atividade que não se confunde com o deste.

O Relatório Fiscal quer fazer crer que pelo fato dos sócios serem membros da mesma família, então teriam burlado a fiscalização tributária. A mesma exegese foi adotada pelo julgamento de primeiro

grau. As provas colhidas nos autos (especialmente as entrevistas com os envolvidos e com diversos colaboradores), contudo, demonstram o contrário. As informações colhidas também demonstram posicionamentos diversos daquela conclusão oportunizada pela fiscalização. A análise de determinados fatos isolados não pode ser dissociada do contexto fático, sob pena de se atingir objetivo diverso daquele esperado pela sociedade.

O que se verificou no caso em tela é que desde a primeira intervenção a intenção da auditoria sempre foi a de lavrar auto de infração, a qualquer custo e mesmo que sem provas cabais. Essa realidade fica demonstrada com a forma de apresentação dos documentos e dos fatos, pois diversas informações não foram abordadas e restaram ausentes nas manifestações da fiscalização. Essas informações, tais como as ora apresentadas, representam o contexto integral e não apenas fatos ou documentos isolados que podem levar a uma incorreta conclusão da situação.

Assim, pelos documentos acostados à Impugnação e ao presente Recurso Ordinário, bem como pelos depoimentos dos sócios colhidos nas entrevistas e nos depoimentos dos demais colaboradores, fica demonstrado que a realidade narrada até este momento é a que representa a verdade dos fatos. Por conseguinte, as conclusões da fiscalização e do julgamento de primeiro grau não são válidas e nem verdadeiras, eis que a verdade real é de que:

a) a sociedade empresária Transportes Gasparzinho Ltda. EPP. não é e nunca foi "empresa de fachada", tendo sido constituída por força das divergências de opinião entre pai e filhos, sendo administrada exclusivamente pelo Sr. Osvaldo, sem interferência dos respectivos filhos;

b) o Recorrente é sociedade empresária administrada por Jaison e Carlos (irmãos), sem interferência do Sr. Osvaldo. Aliás, a divergência de opiniões é que foi o fator fundamental de constituição das sociedades, já que os membros da família não mais conseguiam trabalhar com o mesmo objeto social.

Outra informação muito pertinente e que tem notória interferência na situação oportunizada à Vossas Senhorias é que tão logo houve a lavratura dos autos de infração, a autoridade fiscalizadora cancelou sumariamente o CNPJ de Transportes Gasparzinho Ltda. EPP., por entender que nem as Impugnações protocolizadas eram suficientes a manter o efeito suspensivo. Na ocasião, a autoridade referida adotou o procedimento por entender que a sociedade em questão era uma "empresa de fachada".

Irresignada com a decisão (arbitrária e fundada em fatos totalmente inverídicos), a referida sociedade impetrou mandado de segurança

perante o Juízo Federal de Blumenau, que declarou a inadmissibilidade de cancelamento do CNPJ respectivo, ou seja, validou a existência da referida sociedade. A partir da decisão (liminar e sentença), a RFB. sequer deflagrou processo administrativo para cancelamento do CNPJ, ou seja, aceitou os fatos de que a sociedade empresária Transportes Gasparzinho Ltda. EPP. é sociedade válida e não possui qualquer irregularidade quanto à sua constituição ou ao desenvolvimento do seu objeto social. A decisão judicial é esclarecedora e as peças processuais pertinentes se encontram nos documentos anexos, além de serem integrantes dos autos do Mandado de Segurança nº 5014005-52.2013.404.7205 (consulta disponível em www.jfsc.jus.br).

Diante dos fatos e argumentos ora apresentados, está demonstrado com precisão que entre o. Recorrente e a sociedade empresária Transportes Gasparzinho Ltda. EPP. não há mesma sede, não há mesmo objeto e, igualmente, não há e nunca houve mesma linha de comando. Por conseguinte, o auto de infração não tem como subsistir, devendo ser anulado, porquanto não há provas para a sua subsistência.

3.2 - Encaminhamento dos Autos Previamente à Procuradoria da Fazenda Nacional

O acórdão julgou improcedente o pedido de encaminhamento dos autos à Procuradoria da Fazenda Nacional, nos termos do art. 19 da Lei nº 10.522/2002. Segundo entendeu o julgado, o dispositivo referido não tem relação com o processo administrativo, não sendo necessária e nem possível o encaminhando dos autos ao órgão referido, pois o mesmo não integra a estrutura da Receita Federal do Brasil.

Pede-se licença para divergir de forma veemente do entendimento firmado na decisão. Isso porque a legislação determina claramente que é necessário evitar prejuízos à União Federal com decisões administrativas que conflitem com o entendimento jurisprudencial pacificado pelos Tribunais Superiores (STJ e STF especificamente). Para tanto, há necessidade de manifestação do órgão de defesa judicial da Fazenda Nacional.

Em 2013 a Lei nº 12.8448 alterou o art. 19 da Lei nº 10.522/20029 , determinando que a Receita Federal do Brasil deve reproduzir em suas decisões o entendimento firmado pela jurisprudência do STJ e do STF, quando verificadas as circunstâncias dos arts. 543-B e 543-C do CPC. Da mesma forma, deverá ocorrer a revisão de ofício do lançamento tributário quando o crédito já lançado de ofício estiver em desacordo com o entendimento jurisprudencial acima firmado. A questão mais relevante do dispositivo é a determinação no seu § 4o que determina a constituição de crédito tributário pela órgão fiscalizador nos casos que menciona. A redação do dispositivo está assim estruturada:

[...]

As disposições integrantes da nova legislação processual, veiculadas por lei ordinária, devem ser precedidas de manifestação por parte da Procuradoria da Fazenda Nacional.

Diante das inovações legislativas, e pelo fato de que o lançamento tributário foi efetuado em desacordo com diversas matérias e julgados do STF e do STJ, a intimação da Procuradoria da Fazenda Nacional era indispensável para o regular processamento do feito, conforme previsto no art. 19, §§ 4º, 5º e T da Lei nº 10.522/2002.

Diante da improcedência do pedido, o julgamento a quo deve ser anulado para que haja intimação da Procuradoria da Fazenda Nacional a fim de, querendo, se manifestar sobre a Impugnação e, somente após transcorrido o prazo para manifestação, novo julgamento ser efetuado.

[...]”

No mais, tece extenso arrazoadado reprisando os mesmos argumentos lançados em sua peça de impugnação, e, ao final, requer:

“4 – PEDIDOS

Ex positis, requer:

a) preliminarmente, seja declarada a nulidade da decisão proferida pela 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Salvador (BA), nos presentes autos, diante:

a.1) do cerceamento de defesa proveniente da vedação de acesso aos autos pelo Recorrente e seu Procurador (fundamentação no item 2.1);

a.2) deferido o pleito anterior, seja determinando à Delegacia de Blumenau/SC que inclua o Advogado Gustavo Nascimento Fiúza Vecchietti (OAB/SC 15.422) como Procurador do Recorrente para o presente processo administrativo e, ato seguinte, lhe conceda o prazo de 30 (trinta) dias para oportunizar nova defesa administrativa - Impugnação - (fundamentação no item 2.1);

a.3) da falta de competência jurisdicional para julgamento do feito pela Delegacia de Salvador (BA) (fundamento no item 2.2);

a.4) deferido o pleito anterior, sejam os autos remetidos para julgamento na Delegacia de Florianópolis (SC) (fundamento no item 2.2);

a.5) do cerceamento de defesa, com notória violação aos princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, legalidade,

publicidade e de negativa de vigência das prerrogativas e direitos do Advogado devida e regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, por força do julgamento secreto proferido pela 7ª Turma da Delegacia de Salvador (BA) (fundamento no item 2.3);

a.6) deferido o pleito anterior, seja designado novo julgamento de primeiro grau, com intimação do Recorrente e/ou de seu Procurador, e que este último possa participar da sessão, oportunizando razões mediante sustentação oral, nos termos da legislação já enaltecida;

a.7) nulidade do auto de infração por inexistência de juntada pela fiscalização tributária do Relatório Fiscal ou, sucessivamente, a baixa dos autos em diligência para que se designe perícia no arquivo 13971723076201302_COPIA_3D3D3D8.zip que foi entregue pela fiscalização ao Recorrente (arquivo a ser disponibilizado pelo Recorrente à perícia quando solicitado) como a íntegra do processo de fiscalização, para aferir a veracidade das assertivas pontuadas nesta peça recursal;

b) no mérito:

b.1) nulidade do auto de infração, diante da inexistência de provas que confirmem a narrativa efetuada pela fiscalização, pela ausência de fundamentação da decisão em relação às provas e aos pedidos formulados na Impugnação e diante da utilização de presunções e ficções jurídicas vedadas pela legislação (fundamentação externada no item 3.1);

b.2) seja declarada a nulidade do julgamento a quo, diante da falta de intimação da Procuradoria da Fazenda Nacional para se manifestar sobre o feito, nos termos do art. 19, §§ 4º, 5º e 7º da Lei nº 10.522/2002 (fundamento no item 3.2);

b.3) deferido o pleito "b.2", seja a Procuradoria da Fazenda de Blumenau/SC intimada para, querendo, se manifestar nos presente feito e, ato seguinte, encaminhados os autos para julgamento pela autoridade competente (fundamento no item 3.2);

b.4) nulidade do auto de infração, e do julgado de primeiro grau, por violações aos poderes e limites da fiscalização (fundamentos no item 3.3);

b.5) seja declarada a nulidade do auto de infração diante do não cumprimento das determinações externadas no art. 33 do Decreto nº 7.574/2011 e no art. 196 do CTN quanto aos prazos de cumprimento dos trabalhos da fiscalização (fundamento no item 3.4);

b.6) seja declarada a nulidade do auto de infração, com reforma da decisão de primeiro grau, por não ser possível utilizar-se de ficções e

presunções em contrariedade à prova produzida nos autos, com a consequente nulidade do lançamento com fundamento no art. 3º do CTN e nos arts. 5º, inciso II e 150, inciso I da CF/1988 (fundamento no item 3.5);

b.7) caso mantido o auto de infração:

b.7.1) que sejam deduzidos dos valores, os numerários que já foram pagos a título de SIMPLES, haja vista a identidade dos fatos jurídicos tributários (fundamentação no item 3.6);

b.7.2) seja reduzida a base de cálculo das contribuições previdenciárias, com a exclusão da incidência tributária sobre as seguintes verbas (fundamentos no item 3.7):

b.7.2.1) terço constitucional de férias;

b.7.2.2) auxílio-doença;

b.7.2.3) abono assiduidade e folgas não gozadas;

b.7.2.4) licença-prêmio não gozada;

b.7.2.5) auxílio-creche;

b.7.2.6) auxílio-escolar;

b.7.2.7) ressarcimento de despesas pela utilização de ferramentas próprias

b.7.2.8) ajuda de custo;

b.7.2.9) auxílio-babá;

b.7.2.10) auxílio combustível;

b.7.2.11) gratificação semestral;

b.7.2.12) férias usufruídas;

b.7.2.13) adicional de horas extras;

b.7.2.14) aviso prévio indenizado;

b.7.2.15) adicional noturno;

b.7.2.16) adicional de insalubridade;

b.7.2.17) adicional de periculosidade;

b.7.2.18) salário família;

b.7.2.19) aviso prévio;

b.7.2.20) décimo terceiro salário proporcional;

b.8) seja determinada a redução da multa qualificada para o percentual mínimo (fundamentos no item 3.8);

c) havendo o acolhimento total ou parcial dos pleitos acima externados ou não sendo os mesmos acolhidos, requer, ainda, a declaração de nulidade dos termos de responsabilização solidária dos sócios-administradores do Recorrente, por não ter sido provado o dolo e nem ter ocorrido quaisquer das situações previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964 (fundamentos no item 3.9);

d) requer a intimação do Recorrente ou de seu Procurador para que se façam presentes na sessão de julgamento, inclusive declarando, desde já, o intuito de apresentar defesa mediante sustentação oral;

e) por fim, requer o recebimento do presente, bem como dos documentos acostados e o julgamento de todos os pleitos ora apresentados com o consequente conhecimento e provimento do presente recurso para o especial fim de que sejam deferidas as preliminares com a consequente:

e.1) baixa dos autos em diligência para perícia no arquivo 13971723076201302_COPIA_3D3D3D8.zip, ou a imediata declaração de nulidade do auto de infração por não ter sido disponibilizado ao Recorrente o Relatório Fiscal;

e.2) nulidade da decisão de primeiro grau;

e.3) envio dos autos à Delegacia de Blumenau/SC;

e.4) renovação do prazo de 30 (trinta) dias para que o Recorrente possa apresentar nova Impugnação;

e.5) após a apresentação da Impugnação, seja a Procuradoria da Fazenda Nacional de Blumenau/SC intimada para, querendo, se manifestar a respeito destes autos;

e.6) com ou sem manifestação da Impugnação, sejam os autos remetidos para julgamento pela Delegacia de Florianópolis/SC;

e.7) tão logo haja pauta para julgamento no referido órgão julgador, seja o Recorrente e/ou seu Procurador intimados da referida data e também para acompanhamento do julgamento, manifestando, desde já, o interesse em apresentar sustentação oral;

Processo nº 13971.723074/2013-13
Acórdão n.º **2401-004.926**

S2-C4T1

Fl. 2.900

e.8) não sendo acolhidas as preliminares, sejam declarada a nulidade do auto de infração ou a redução dos valores conforme pleiteado acima.”

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Luciana Matos Pereira Barbosa – Relatora

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1.1. DA TEMPESTIVIDADE

A Recorrente e os demais interessados foram cientificados da r. decisão em debate no dia 23/05/2014 conforme Avisos de Recebimento às Fls. 2.262; 2.264 e 2.266, e o presente Recurso Voluntário foi apresentado, TEMPESTIVAMENTE, no dia 23/06/2014, razão pela qual CONHEÇO DO RECURSO já que presentes os requisitos de admissibilidade.

2. DAS PRELIMINARES DE NULIDADE

2.1 DA NULIDADE DA DECISÃO CERCEAMENTO DE DEFESA

A Recorrente suscita a preliminar acima descrita ao fundamento de que desde a data da lavratura do Auto de Infração o seu Procurador regularmente constituído vem adotando todas as posturas necessárias para que tenha acesso aos autos em formato eletrônico.

No entanto, apesar de diversas diligências efetuadas diretamente à Delegacia de Blumenau/SC, alega que há problemas no cadastramento de Advogados para ter acesso aos autos no formato administrativo.

E por essa razão, entende que há cerceamento de defesa no caso em tela, pois o Advogado que está efetuando os procedimentos de defesa da Recorrente até o momento de apresentação do recurso voluntário não tem acesso aos autos no formato eletrônico, mesmo com procuração física apresentada juntamente com a Impugnação.

Entendo que o inconformismo não merece acolhida.

Com efeito, durante a ação fiscal não se faz ainda presente nessa fase procedimental, investigatória, o princípio do contraditório e da ampla defesa, o qual somente passa a ser obrigatoriamente observado na fase processual administrativa, que é inaugurada com a apresentação da peça impugnatória.

De outra banda, não incorre em cerceamento do direito de defesa do Autuado o lançamento tributário cujo Relatório Fiscal e demais relatórios complementares descrevem, de maneira clara e precisa, os fatos jurídicos apurados, os procedimentos de Fiscalização, a motivação do lançamento, os dispositivos legais violados, a matéria tributável e seus acréscimos legais, bem como os fundamentos legais que lhe dão esteio jurídico.

Nesse sentido, observa-se que a após ser notificada do Auto de Infração em comento, a ora Recorrente apresentou sua extensa e detalhada defesa de 117 páginas (Impugnação de fls. 986/1.103), rebatendo todos os argumentos lançados no Auto de Infração.

Ademais, após o julgamento de primeira instância, a Recorrente e os demais interessados (sócios administradores) foram devidamente cientificados da decisão no dia 23/05/2014, conforme Avisos de Recebimento às Fls. 2.262; 2.264 e 2.266, e, mais uma vez, tiveram acesso à todas as informações necessárias à compreensão das razões que levaram à manutenção do crédito tributário, tendo apresentado recurso voluntário de 160 laudas em que combate todos os fundamentos da decisão.

Diante do exposto, entendo que restou comprovado o exercício do contraditório e da ampla defesa, motivo pelo qual voto por negar provimento à alegada nulidade por cerceamento de defesa.

2.2 - NULIDADE DA DECISÃO POR VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL - INSTITUIÇÃO DE TRIBUNAL DE EXCEÇÃO

Afirma a Recorrente que o seu domicílio fiscal é na cidade de Blumenau/SC, o que é confirmado e declarado pelo próprio julgado de primeiro grau. Sustenta que o processo de fiscalização ocorreu igualmente na cidade de Blumenau/SC e todos os atos processuais foram praticados na referida localidade.

Discorre no sentido de que o Anexo IV à Portaria RFB nº 1.403/2013 demonstra que em Florianópolis/SC há Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, sendo que naquela localidade há 6 (seis) Turmas, com jurisdição sobre o Estado de Santa Catarina.

Nesse sentido, entende que a competência para processamento e julgamento do presente feito, em primeira instância, deveria ter ocorrido perante a DRJ com competência definida pelo domicílio fiscal do Recorrente.

Sustenta que há, no caso em tela, verdadeira instituição de Tribunal de Exceção, vedado pela CF/1988 (art. 5º, inciso XXXVII). Por essa razão, a Recorrente pugna pela nulidade do julgamento efetuado pela 7ª Turma da DRJ de Salvador (BA), requerendo, ainda, o encaminhamento dos autos à DRJ de Florianópolis (SC) para apreciação e julgamento dos pedidos externados na Impugnação.

No tocante à nulidade aventada, entendo que não assiste razão ao Recorrente.

Cumpre destacar que as Delegacias da Receita Federal de julgamento julgam processos relativos aos contribuintes circunscritos às unidades da Secretaria da Receita Federal, observando-se a matéria em julgamento. Vale dizer, as DRJ possuem competência material e territorial, conforme disciplinado em ato próprio.

Nesse sentido, a portaria RFB 1.006/2013, vigente na data em que foi proferida a decisão recorrida, disciplinava a competência, territorial (circunscrição) e por matéria, das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ), relacionando as matérias de julgamento por Turma. No Anexo I da referida Portaria há a indicação da “localização” das DRJ, da “circunscrição territorial” e das “matérias”. Consta do referido Anexo que tanto as DRJ de Santa Catarina/SC quanto as DRJ/BA possuem competência para o julgamento da matéria afeta à contribuições sociais previdenciárias, em suas respectivas circunscrições.

Com base nessas considerações, rejeito a preliminar de nulidade do julgamento efetuado pela 7ª Turma da DRJ de Salvador (BA).

2.3 - NULIDADE DA DECISÃO POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Ainda em sede de preliminar, a Recorrente sustenta que conquanto tenha feito requerimento expresso na Impugnação para que o seu advogado pudesse acompanhar as discussões do Colegiado e apresentar razões de defesa mediante sustentação oral, tal pleito sobrou negado pela Turma julgadora de primeira instância.

Com essas considerações, pugna para que a decisão de primeiro grau seja anulada e outro julgamento seja proferido, com intimação do Recorrente e/ou de seu Procurador e que este último possa participar da sessão, oportunizando razões mediante sustentação oral, nos termos da legislação já enaltecida.

Em que pese o seu esforço, não prospera o arrazoadado da Recorrente.

Alegações do gênero vêm sendo seguidamente repelidas pelo julgante, vide, ilustrativamente, a AC nº 504986261.2014.04.7000/PR, j. 16/09/2015 pelo TRF da 4ª Região, e a AMS 11119 SP 0011119-25.2007.4.03.6100, j. 05/09/2013 pelo TRF da 3ª Região.

Isso porque, o artigo 25, inciso I, do Decreto nº 70.235/72, com redação dada pela MP nº 2.15835/01, definiu que as Delegacias de Julgamento da Receita Federal são órgãos de deliberação interna, da qual participam somente os julgadores e não representantes das partes, não havendo tampouco previsão legal para que estas sejam intimadas previamente das sessões decisórias.

Portanto, não vislumbro razões para modificar a decisão de origem também quanto a esse ponto.

3. DO MÉRITO

3.1. Análise dos Fatos e das Provas que Norteiam a Discussão

A Recorrente sustenta que quando do julgamento de primeira instância não houve uma apreciação das provas e dos argumentos jurídicos oportunizados no processo, e que os inúmeros fatos que foram apresentados nos autos pela Impugnação não foram sequer combatidos ou considerados.

Informa que a sociedade empresária Transportes Gasparzinho Ltda. EPP não foi constituída com objetivo ilícito, e que o objetivo e fundamento de constituição da referida sociedade está demonstrado em todas as entrevistas realizadas com os sócios tanto da sociedade referida quanto do Recorrente.

Nega uma cadeia única de comando porque nunca existiu essa situação e que isso está claro e provado com vários depoimentos e diversos documentos.

Alega que essas provas foram desconsideradas pelo julgamento de primeiro grau e sequer foram mencionadas no acórdão. Assim, pretende a nulidade da decisão de primeiro grau, eis que, segundo a recorrente, teria sido firmada em premissas totalmente falaciosas e em provas inexistentes.

Contudo, razão não lhe assiste. É que a decisão recorrida enfrentou o tema em debate e concluiu que a Recorrida e a Transporte Gasparzinho Ltda. EPP atuavam sob a mesma direção com o único propósito de obter a redução da sua carga tributária, neste caso para as contribuições sociais patronais. Confira-se:

“[...]”

Da análise da defesa apresentada, depreende-se que toda irresignação da impugnante gira em torno do fato de ter sido desconsiderada, unicamente para fins tributários e previdenciários, a constituição da empresa Transportes Gasparzinho Ltda. EPP, CNPJ 06.981.844/0001-47, optante pelo SIMPLES, que presta serviços, exclusivamente, para a autuada Transportadora Ociani Ltda., CNPJ n.º 75.785.675/0001-92. Como consequência, a defesa se insurge contra as contribuições sociais lançadas em nome da autuada.

Da leitura do Relatório Fiscal podemos citar subsidiariamente a este caso o Código Civil, para abrigar a impecável conduta da autoridade fiscal que revelou, mediante juntada de documentos, a ocorrência de simulação, via interposição de pessoas, consoante art. 167 do Código Civil, in fine:

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

Consoante Relatório Fiscal, os fatos geradores das contribuições sociais, cota patronal atinente às contribuições previdenciárias decorrem das remunerações pagas, devidas ou creditadas, a segurados do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), por serviços prestados efetivamente à empresa autuada, mas que, formalmente, encontravam-se registrados na empresa Transportes Gasparzinho Ltda. EPP.

A fiscalização demonstra, detalhadamente, no mencionado Relatório Fiscal e nos documentos juntados que a autuada, no período de 1/2009 a 12/2012, simulou a contratação de empregados por interposta pessoa jurídica, a Transportes Gasparzinho Ltda. EPP, com o objetivo de se eximir ou reduzir o pagamento de contribuição previdenciária, já que esta prestadora de serviço, por ser optante do SIMPLES, concentraria menor carga tributária, sobretudo referente às contribuições sociais. E isso é fato cabalmente demonstrado, pela robusta colação probatória trazida aos autos do processo administrativo tributário, logo, não há falar em presunção.

Nesse compasso, para demonstrar cabalmente os atos simulados, perpetrados pela autuada, citaremos, apenas a título de exemplo, as principais causas que levaram o fisco a concentrar e considerar a Transportadora Ociani Ltda. e solidários, como responsáveis tributários pelas contribuições sociais surgidas das prestações de serviço pactuadas formalmente perante a Transportes Gasparzinho Ltda. EPP.

a) A autuada é uma empresa de administração familiar. O Sr. Oswaldo e esposa foram sócios fundadores (fl. 915). Quatro de seus cinco filhos já tiveram passagem pelo quadro societário. Atualmente Jaison e Carlos Alberto Krauss são os sócios, mas dois outros filhos têm participação administrativa: Everson e Jefferson Krauss (Doc. 11, às folhas 42 a 112). O Sr. Oswaldo, aparentemente, está afastado da administração, mas tem grande identificação

com a empresa e alguns dos seus empregados entendem que ele e a esposa ainda são donos do negócio (Doc. 2, às folhas 5 a 12);

b) A Transportes Gasparzinho Ltda. tem como sede de seu único estabelecimento a residência do seu sócio, o Oswaldo (Doc. 36, às folhas 672 a 676);

c) A Transportes Gasparzinho Ltda. tem apenas um caminhão e uma centena de trabalhadores registrados com cargos relacionados à atividade de transporte de armazenagem de mercadorias (Doc. 19, às folhas 458 a 459). Não há registros de custos e despesas necessários ao desenvolvimento das atividades;

d) O Oswaldo, sócio administrador da Gasparzinho, afirma ser responsável por todas as atividades administrativas da "empresa", no entanto, há diversos elementos comprobatórios, juntados aos autos, de que estas atividades, sobretudo a gestão de recursos humanos, eram realizadas pela Ociani (Doc. 18 e 33, às folhas 177 a 457 e 535 a 656); e

e) A autuada foi a única cliente da Gasparzinho no período em análise. É uma transportadora que conta com uma frota de aproximadamente sessenta veículos (Doc. 13, às folhas 121 a 125), mas pouquíssimos funcionários com cargos relacionados à sua atividade fim. Inversamente à Gasparzinho, conta com estrutura administrativa bem estabelecida. Como foi amplamente demonstrado no Relatório Fiscal, Gasparzinho mantinha empregados nela formalmente registrados a serviço da autuada, esta que, de fato, era a real empregadora da mão-de-obra alocada na "empresa" optante do SIMPLES. Verifica-se a ocorrência de uma terceirização ilícita da mão-de-obra.

Assim, ao afastar os anteparos e os negócios jurídicos artificiais, a autoridade lançadora pode constatar os fatos geradores praticados por este sujeito passivo, efetuando os lançamentos correspondentes, consoante prevê toda a legislação pertinente, conforme veremos.

[...]

No caso sob análise, entendo que restou cabalmente demonstrado pelo fisco, que o único propósito que conduziu o sujeito passivo a efetivar o conjunto de atos e negócios jurídicos desencadeados a partir da constituição da empresa Transportes Gasparzinho Ltda. EPP, praticamente sob a mesma administração da autuada, sob a mesma condução gerencial, para executar as mesmas atividades, foi pura e simplesmente a intenção de obter a redução da sua carga tributária, neste caso para com as contribuições sociais patronais.

As provas diretas e indiretas anexadas ao processo administrativo pela autoridade autuante comprovam de forma insofismável, que, apesar da existência formal da Transportes Gasparzinho Ltda. EPP, esta se caracterizava pela mais completa confusão funcional, administrativa, patrimonial e contábil, o que demonstra o acerto do Fisco em apurar as contribuições sociais em um único empreendimento cuja atividade finalística, era e continua sendo os serviços de transportes.

[...]

Os fatos, já delineados acima e pormenorizados no Relatório Fiscal do presente AI, comprovados pelo Fisco, em seu conjunto, são suficientes para demonstrar de forma irrefutável, a unicidade do empreendimento.

[...]

Deste modo, devemos aplicar à relação previdenciária 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, o que se encontra em vigor na presente situação.

*A auditoria não quis a desconsideração da personalidade jurídica da empresa Transportes Gasparzinho Ltda. EPP, porque ao verificar que na prestação de serviços realizados pelas pessoas físicas estavam presentes os elementos que caracterizam a relação de emprego, quais sejam pessoalidade, não-eventualidade, subordinação no trabalho e remuneração, efetuou o lançamento das contribuições sociais incidentes sobre as respectivas remunerações, considerando, frise-se, para efeitos previdenciários, que **as pessoas físicas prestaram serviços, efetivamente, para a atuada na qualidade de segurados empregados. Valendo ressaltar que muitos dos segurados empregados já estavam qualificados e registrados pela empresa Transportes Gasparzinho Ltda. EPP.***

Desta forma, permaneceu a relação jurídica existente entre os sócios, uma vez que a sociedade regularmente constituída, somente se desfaz nos termos do Código Civil. No entanto, quanto à incidência das contribuições previdenciárias e sociais, a situação fática constatada pela fiscalização prevalece sobre as disposições formais inseridas nos contratos de natureza civil, firmados entre a atuada e a prestadora de serviços.

As evidências trazidas aos autos demonstram que não se está diante de duas empresas, mas, sim, de apenas uma, que promoveu o desmembramento (no papel) de suas atividades, caracterizando simulação, nos termos do art. 167, §1º, do Código Civil (Lei nº 10.406/2002):

[...]

Por tudo, restou demonstrada a intenção da atuada de expor uma falsa verdade no intuito de ludibriar o fisco. A aparência de duas empresas atuando de forma autônoma e independente, inclusive no que diz respeito às informações prestadas a órgãos públicos — apresentação das declarações pertinentes, enquadramento cadastral adotado, contratos sociais, cadastros em órgãos públicos, elaboração das respectivas folhas de salários, entrega de GFIP, escriturações fiscal e contábil independentes, contratações de empregados feitas por cada uma das empresas, permitiu que uma delas optasse pelo sistema instituído pela lei do Simples, importando em redução no recolhimento da carga tributária, uma vez que recebeu tratamento tributário favorecido, ocasionando evasão fiscal.” (grifei)

Processo nº 13971.723074/2013-13
Acórdão n.º **2401-004.926**

S2-C4T1

Fl. 2.907

Verifica-se, portanto, que a lide foi solvida nos limites necessários e com a devida fundamentação, coerência e clareza, ainda que sob ótica diversa daquela almejada pela Recorrente.

Ademais, não custa lembrar que, mesmo consoante o artigo 31 do Decreto nº 70.235/72, o julgador administrativo não está obrigado a rebater cada questão levantada pelo contribuinte quando a fundamentação delineada seja suficiente para embasar a decisão. Isso porque, se a fundamentação embasa a decisão, obviamente o julgador apreciou as demais teses e delas discordou. Recorde-se:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA.

O julgador administrativo não está obrigado a rebater todas as questões levantadas pela parte, mormente quando os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

(CARF, 2ª Seção de Julgamento, 2ª Câmara/1ª Turma Ordinária, Acórdão nº 2201-002.671, Relator. Conselheiro Francisco Marconi de Oliveira, Data da Sessão 11/02/2015)

Portanto, a Recorrente pode discordar do teor da decisão, mas não tem razão quanto à alegada nulidade, pois o acórdão recorrido está motivado e atende ao princípio da persuasão racional do julgador.

3.2. Encaminhamento dos Autos Previamente à Procuradoria da Fazenda Nacional

A Recorrente se insurge contra o acórdão *a quo*, ao argumento de que este julgou improcedente o pedido de encaminhamento dos autos à Procuradoria da Fazenda Nacional, nos termos do art. 19 da Lei nº 10.522/2002.

Pretende a anulação do julgamento de primeira instância para que haja intimação da Procuradoria da Fazenda Nacional a fim de, querendo, manifestar-se sobre a Impugnação e, somente após transcorrido o prazo para manifestação, novo julgamento ser efetuado.

Sem razão.

Nos termos da Lei Complementar nº 73/93, artigo 12, compete à Procuradoria da Fazenda Nacional representar a União nas causas de natureza fiscal, assim consideradas, dentre outras, as relativas a decisões de órgãos do contencioso administrativo fiscal.

Por meio do Regimento Interno da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (Portaria MF nº 36, de 24 de janeiro de 2014) estabeleceu-se que à Coordenação do Contencioso Administrativo Tributário compete coordenar as atividades relativas à representação da Fazenda Nacional no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Nesse sentido, a atuação da referida coordenação está adstrita à defesa de lançamentos de créditos tributários realizados por auditores fiscais, à apresentação de contrarrazões a recursos do contribuinte, à realização de sustentações orais, à elaboração de memoriais e à interposição de recursos perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e a Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Portanto, não vislumbro motivos para que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional seja notificada para manifestar-se sobre a impugnação apresentada pelo contribuinte.

3.3. Violação às Atribuições da Fiscalização Tributária - Excesso de Poderes e Utilização de Presunções e Ficções Indevidas

Sustenta a Recorrente que a auditoria realizada no processo de fiscalização violou regras basilares que se referem ao próprio ato de fiscalização, notadamente frente ao art. 194 do CTN, o Decreto nº 70.235/1972 e o Decreto nº 7.574/2011. Segundo ela, isso teria ocorrido porque, conforme constam dos documentos integrantes do procedimento de fiscalização, referida auditoria não se desenvolveu nos termos pontuados pela legislação ora citada, mas apenas para angariar alguns documentos que foram apresentados de forma a fundamentar um entendimento de que há terceirização irregular.

Afirma que essa não é a função da Fiscalização Tributária e não poderia a auditoria ser efetuada da forma como o foi.

Prossegue no sentido de que a *“auditoria não poderia ter se desenvolvido da forma como apresentado no processo de fiscalização. O que se verificou mediante o ato de fiscalização foi a violação às normas que disciplinam a relação de incidência tributária para que se permitisse a organização de documentos e ‘entrevistas’ voltadas especificamente à lavratura do auto de infração. Tamanho foi o desleixo com os direitos e garantias fundamentais que nenhuma importância foi conferida a um dos mais importantes requisitos do auto de infração: o Relatório Fiscal”*.

Narra que *“a auditoria não teve o intuito de aferir quais os motivos da família Krauss ter assumido postura diversa em cada uma das sociedades empresárias. Tampouco foi objeto de investigação os problemas que norteiam o setor de transportes e que culminaram na forma de atuação tanto do Recorrente quanto da sociedade empresária Transportes Gasparzinho Ltda. EPP”*.

Ademais, sustenta que é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que não há possibilidade da fiscalização, mesmo com intervenção da autoridade policial (art. 200 do CTN), possa apreender documentos sem autorização judicial, o que não teria sido observado na espécie, pois, em várias ocasiões, a Recorrente foi compelida a entregar livros e documentos fora do estabelecimento empresarial.

Por fim, conclui que não houve correta investigação dos motivos de fato que levaram as sociedades empresárias ora mencionadas a se estruturar da forma como estão, e, portanto, houve violação ao art. 194 do CTN por parte da Fazenda Pública, razão pela qual entende que o auto de infração merece ser anulado.

Sobre o tema, assim se pronunciou a DJR de origem:

“Como já relatado no tópico anterior a fiscalização se pautou dentro dos limites da absoluta legalidade, logo, não há falar em excesso de poderes ou violação de direitos, haja vista que a todo momento, no procedimento fiscal, os sujeitos passivos tinham conhecimento do que estava sendo requerido, analisado e auditado, prova disso são as notificações e termos assinados e anexados aos autos (fls. 3/4, 30/31, 488, 490, 492/493, 533/534, 671 etc.).

Ademais, os poderes conferidos à administração tributária autorizam os agentes fiscais proceder a fiscalização tanto em pessoas físicas quanto em pessoas jurídicas, contribuintes ou não, mesmo que se trate

de entidade imune ou isenta. Logo, os atos fiscalizatórios decorrem da faculdade outorgada pela Constituição Federal às pessoas políticas quanto à instituição de tributos. Isso justifica e fundamenta todos os atos praticados pela fiscalização, durante o procedimento fiscal, por serem traduzidos como um poder-dever, cometido às entidades impositoras, necessário à busca do fato imponível e da contribuição previdenciária sonegada.

Demais a mais, das alegações lançadas na defesa, deduz-se que os sujeitos passivos fazem confusão quanto à nulidade pelo AI ter sido lavrado fora da repartição, cabe esclarecer que o Decreto n.º 70.235/1972, em seu art. 10, dispõe:

‘Art. 10 - O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta e conterà obrigatoriamente:

(...)

II - o local, a data e a hora da lavratura;’

Como se verifica na cabeça do art. 10 acima citado, o AI deve ser lavrado no local da verificação da falta, o que não significa no estabelecimento do contribuinte ou outro local onde a falta foi praticada, mas sim onde foi constatada.

Dispondo-se dos elementos suficientes para caracterizar a infração e formalizar o lançamento, o AI pode ser lavrado dentro da própria repartição fiscal, o que não constitui irregularidade e não é motivo para nulidade do lançamento.

Não há que se confundir a confecção do AI (processamento de informações), que é um procedimento material, desprovido de qualquer efeito jurídico apriorístico, com lavratura de AI, procedimento formal e produtor de efeitos jurídicos previstos em lei. Caso contrário, o agente seria obrigado a levar seu computador e sua impressora até a sede da empresa ou na residência do contribuinte e lá processar as informações e imprimir o AI. Não há efeito jurídico que se possa extrair de tal raciocínio.

Assim, local da verificação da falta não significa local onde a falta foi praticada, mas sim onde foi constatada. O local de verificação da falta está vinculado ao conceito de circunscrição, para prevenir a fiscalização ou prorrogar a competência.

Ressalte-se que esse entendimento já é sedimentado administrativamente, inclusive com Súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, cito:

Súmula CARF nº6: É legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte.” (grifei).

Analizando as razões acima expostas, não vislumbro motivo para modificá-las, razão pela qual acolho-as integralmente como fundamentos de decidir.

E acrescento. A interpretação pretendida pela Recorrente a respeito do tema seria que o Auto de Infração, obrigatoriamente, deveria ser lavrado “no local em que realizada a falha”, o que, por outro lado, efetivamente não se apresenta como a mais adequada.

Na verdade, o artigo 10 do Decreto nº 70.235/72 possibilita que o agente competente, assim que identificada a falta cometida pelo contribuinte, possa, imediatamente, promover o lançamento, não sendo necessário a sua localização física no estabelecimento do contribuinte faltoso. Por certo, a adequada interpretação aponta no sentido diametralmente oposto àquele pretendido pela Recorrente, não podendo aqui, portanto, de forma alguma ser admitido.

Por fim, sobre a alegada impossibilidade do Fisco reter e/ou apreender documentos sem ordem judicial, melhor sorte não socorre à Recorrente.

Dispõe o artigo 35 da Lei nº 9.430, de 1996 que “Os livros e documentos poderão ser examinados fora do estabelecimento do sujeito passivo, desde que lavrado termo escrito de retenção pela autoridade fiscal, em que se especifiquem a quantidade, espécie, natureza e condições dos livros e documentos retidos”.

É de se acrescentar, ainda, que a legislação tributária nacional permite o acesso dos órgãos de fiscalização aos livros e documentos das empresas responsáveis pelo recolhimento de tributos, não sendo estes objetos sigilosos, conforme orientação do art. 195 do Código de Trânsito Nacional.

Dessa forma, não há ilegalidade na apreensão dos livros e documentos contábeis durante o procedimento fiscalizatório, sendo que tal conduta prescinde de autorização judicial. A jurisprudência comparece nesse sentido. Confira-se:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRECLUSÃO. NULIDADE DA PROVA. APREENSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS INDEPENDENTE DE MANDADO JUDICIAL. PRECEDENTES DO STJ. APREENSÃO DE DOCUMENTOS PELA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 3. Não há ilegalidade na apreensão de documentos e livros relacionados à atividade de pessoa jurídica por autoridades fiscais, ainda que sem o respectivo mandado judicial. Precedentes. (...) (STJ, 6ª Turma, HC 307.483/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, julgado 09/08/2016, DJe 23/08/2016)

Em conclusão, tendo sido observadas as previsões da legislação de regência e os princípios norteadores da atuação da Administração Pública, e, ainda, observados os demais direitos e garantias do cidadão contribuinte, também nesta parte, não merece reparo o procedimento da Autoridade Autuante não devendo, pois, prosperar o intentado pela Recorrente.

3.4. Nulidade do Auto de Infração por Ausência de Requisito Fundamental no TIAF

Aqui, novamente a Recorrente alega nulidade do procedimento fiscalizatório. Dessa vez, sustenta que o TIAF não possuía os requisitos necessários à sua validade, pois o TIAF foi entregue em 10/04/2013 e a fiscalização deveria ter sido concluída em 09/08/2013. Afirma que poderia ter ocorrido a renovação desse prazo, mas a Recorrente nunca foi intimada dessa prorrogação, o que torna nula a fiscalização.

Em relação à alegação de nulidade da lavratura fiscal por suposta violação ao procedimento fiscal, no que tange à ciência do contribuinte quanto ao término do procedimento fiscal fora da vigência do MPF, tal argumento não procede.

De proêmio, cumpre esclarecer que de acordo com o artigo 4º da Portaria RFB Nº 3014, de 29 de junho de 2011, vigente à época em que ocorreu o procedimento fiscalizatório, o Mandado de Procedimento Fiscal é emitido exclusivamente de forma eletrônica e a ciência do sujeito passivo se dá por meio da internet através do código de acesso informado no termo de início do procedimento fiscal.

Consta dos autos, que o contribuinte foi devidamente cientificado em 10/04/2013 quanto ao início do procedimento fiscal (fls. 3/4). Em consulta ao sítio eletrônico da Receita Federal do Brasil, ao consultar a existência do MPF, digitando-se o CNPJ do contribuinte, juntamente com o código de acesso n.º 13200042, tem-se o histórico do MPF, verificando-se que o mesmo foi prorrogado até 4/12/2013. O procedimento fiscal foi encenado por meio do Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal (TEPF), folha 962, em 27/9/2013, com ciência pessoal do sujeito passivo.

Dessa forma, verifica-se que tanto a lavratura do TEPF como a ciência pelo sujeito passivo se deram na vigência do MPF, isto é, antes de 4/12/2013.

O encerramento do procedimento fiscal não se dá com a mera consolidação administrativa do crédito tributário, mas sim pela ciência do sujeito passivo quanto ao TEPF, que, à semelhança do Termo de Início do Procedimento Fiscal (TIPF), visa dar segurança jurídica ao contribuinte quanto aos limites da atividade administrativa, em cumprimento ao disposto no artigo 196, do Código Tributário Nacional (CTN).

Assim, somente com a ciência do sujeito passivo quanto ao encerramento do procedimento fiscal é que se tem a conclusão deste, de maneira que se torna irrelevante a data na qual houve a lavratura material do documento de encerramento.

Dessa maneira, considerando os preceitos trazidos pela Portaria RFB n.º 3014/2011, o MPF somente se extinguiu quando da ciência do contribuinte quanto ao TEPF, que ocorreu em 27/9/2013, simultaneamente à ciência das lavraturas fiscais.

Processo nº 13971.723074/2013-13
Acórdão n.º **2401-004.926**

S2-C4T1

Fl. 2.913

Logo, não resta dúvida que a ciência do contribuinte quanto ao encerramento do procedimento fiscal ocorreu na plena vigência do MPF.

Deste modo, cabia à Recorrente acessar as informações relativas à fiscalização, por meio do código de acesso disponibilizado pela Secretaria da Receita Federal, não podendo alegar desconhecimento sobre os atos fiscalizatórios, tampouco nulidade do procedimento.

3.5. Utilização de Presunções e Ficções Jurídicas pela Fiscalização Tributária

A contribuinte alega que no caso dos autos é notório que a auditoria efetuada se utilizou de presunções e ficções jurídicas para fins de lançar o tributo mediante auto de infração, e que tal prática é vedada pela legislação.

Se insurge no sentido de que *“Como é possível observar a análise perflhada nos itens 2 e 3, a auditoria partiu de uma falsa premissa, não analisando a questão de fato, não verificando o histórico de cada uma das sociedades e nem apreciando com acuidade as informações que foram apresentadas nas entrevistas. Os documentos colhidos e apresentados pelo procedimento de fiscalização não são suficientes a corroborar um lançamento de ofício da forma como efetuado, especialmente quanto à questão de definição do dolo”*. (grifei).

Entretanto, não vislumbro a alegada presunção por parte da fiscalização.

Ao revés, compulsando o Relatório Fiscal (fls. 904/955) e documentos que o acompanham, verifica-se que a Auditoria demonstra, detalhadamente que a autuada, no período de 1/2009 a 12/2012, simulou a contratação de empregados por interposta pessoa jurídica, a Transportes Gasparzinho Ltda. EPP, com o objetivo de se eximir ou reduzir o pagamento de contribuição previdenciária, já que esta prestadora de serviço, por ser optante do SIMPLES, concentraria menor carga tributária, sobretudo referente às contribuições sociais.

E isso é fato cabalmente demonstrado, pela robusta colação probatória trazida aos autos do processo administrativo tributário, logo, não há falar em presunção.

3.6. Abatimento dos Valores Pagos a Título de Simples

A recorrente pretende o abatimento dos valores pagos a título do SIMPLES NACIONAL. Sustenta que no caso dos autos o lançamento desconstituiu a contabilidade, entendendo que a sociedade empresária Transportes Gasparzinho Ltda. EPP. (que estava no SIMPLES) não existe e os tributos são devidos pelo Recorrente (tributado pelo lucro real). No entanto, em nenhum momento houve abatimento dos valores que efetivamente foram pagos a título de SIMPLES.

A DRJ negou provimento com as seguintes considerações:

“No Simples Nacional estão incluídos os seguintes impostos e contribuições: Federais: Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), Contribuição para o PIS/PASEP e Contribuição para a Seguridade Social; Estaduais: Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS); e Municipais: Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS).

O ingresso de empresa no Simples Nacional implica o recolhimento mensal por meio de Documento de Arrecadação do Simples Nacional (DAS).

O recolhimento da contribuição dos segurados empregados e contribuintes individuais é efetuado mediante Guia de Recolhimento da Previdência Social (GPS).

Ocorre que consoante o parágrafo 10, do art. 21, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Simples Nacional), os créditos apurados no Simples Nacional não poderão ser utilizados para extinção de outros débitos para com as Fazendas Públicas, salvo por ocasião da compensação de ofício oriunda de deferimento em processo de restituição ou após a exclusão da empresa do Simples Nacional.

Reforça este entendimento o disposto no §60, do art. 44, da Instrução Normativa RFB n.º 900, de 30 de dezembro de 2008, a seguir reproduzido:

Instrução Normativa RFB n.º 900, de 30 de dezembro de 2008. Art. 44. (..)

§ 6º É vedada a compensação de contribuições previdenciárias com o valor recolhido indevidamente para o Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006, e o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples), instituído pela Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

Diante do exposto, está claro que os valores recolhidos para o Simples não podem ser compensados com os valores apurados pela fiscalização neste processo".

Entretanto, com a devida venia ao entendimento firmado pela instância *a quo*, entendo que nesse particular razão assiste à Recorrente.

Diz a Súmula CARF nº 76:

“Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.”

Sendo assim, entendo que devem ser deduzidos da base de cálculo das contribuições lançadas os percentuais sobre os montantes pagos de forma unificada sob o regime simplificado.

Apenas para ilustrar, esclareço que em relação às contribuições destinadas a Outras Entidades e Fundos, não há que se falar em dedução de recolhimentos efetuados, uma vez que as empresas que aderiram ao SIMPLES NACIONAL não recolhem tributação a terceiros.

3.7. Das Contribuições Previdenciárias

A Recorrente questiona a incidência de contribuições sobre auxílio terço constitucional de férias, auxílio-doença, abono assiduidade e folgas não gozadas, licença prêmio não gozada, auxílio-creche, auxílio-escolar, ressarcimento de despesas pela utilização de ferramentas próprias, ajuda de custo, auxílio-babá, auxílio-combustível, gratificação semestral, férias usufruídas, adicional de horas extras, **aviso prévio indenizado**, adicional noturno, adicional de insalubridade, adicional de periculosidade, salário família, aviso prévio, décimo terceiro salário proporcional. Cita jurisprudência sobre cada item.

A DRJ negou provimento ao pedido por entender que o parágrafo 9º, do art. 28, da Lei n.º 8.212/91 enumera taxativamente, as parcelas que não integram o salário de contribuição. Sendo assim, não deveria ser excluído da base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça tem feito uma interpretação mais abrangente da referida norma ao admitir a exclusão de certas parcelas ainda que não estejam expressamente previstas no dispositivo legal mencionado. Tal posicionamento está consubstanciado no julgamento do Recurso Especial nº 1.230.957/RS, julgado sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, no qual reconheceu a natureza do aviso prévio indenizado, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DISCUSSÃO A RESPEITO DA INCIDÊNCIA OU NÃO SOBRE AS SEGUINTE VERBAS: TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS; SALÁRIO MATERNIDADE; SALÁRIO PATERNIDADE; AVISO PRÉVIO INDENIZADO; IMPORTÂNCIA PAGA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA.

[...]

2.2 Aviso prévio indenizado.

*A despeito da atual moldura legislativa (Lei 9.528/97 e Decreto 6.727/2009), **as importâncias pagas a título de indenização, que não correspondam a serviços prestados nem a tempo à disposição do empregador, não ensejam a incidência de contribuição previdenciária.** A CLT estabelece que, em se tratando de contrato de trabalho por prazo indeterminado, a parte que, sem justo motivo, quiser a sua rescisão, deverá comunicar a outra a sua intenção com a devida antecedência. Não concedido o aviso prévio pelo empregador, nasce para o empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço (art. 487, § 1º, da CLT). **Desse modo, o pagamento decorrente da falta de aviso prévio, isto é, o aviso prévio indenizado, visa a reparar o dano causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima***

estipulada na Constituição Federal (atualmente regulamentada pela Lei 12.506/2011). Dessarte, não há como se conferir à referida verba o caráter remuneratório pretendido pela Fazenda Nacional, por não retribuir o trabalho, mas sim reparar um dano. Ressalte-se que, "se o aviso prévio é indenizado, no período que lhe corresponderia o empregado não presta trabalho algum, nem fica à disposição do empregador. Assim, por ser ela estranha à hipótese de incidência, é irrelevante a circunstância de não haver previsão legal de isenção em relação a tal verba" (REsp 1.221.665/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 23.2.2011).

[...]

(STJ, 1ª Seção, REsp 1230957/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 26/02/2014, DJe 18/03/2014)

E, de acordo com o artigo 62, § 1º, inciso II, "b" da Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015 (RICARF):

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

b) Decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-B ou 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), na forma disciplinada pela Administração Tributária;

Entretanto, nos presentes autos não houve lançamento referente à Aviso Prévio Indenizado, logo não há que se falar em exclusão da base de cálculo sobre essa rubrica, mantendo-se, assim, o levantamento sobre as demais.

3.8. Da Multa de Ofício Qualificada em 150%

A Recorrente se opõe a multa qualificada pelo Fisco. Entende que caso dos autos não há qualquer prova demonstrando as alegações fáticas pontuadas pela fiscalização.

A imposição da multa foi justificada pela Autoridade Lançadora por meio de relatório fiscal minudente, onde constatou a prática de sonegação e conluio, conforme artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64. Confira-se:

98. A aplicação da multa de ofício tem regulação prevista na Lei 9.430/96, conforme art. 44. O inciso II deste dispositivo, com a redação alterada pela Lei 11.488 de 15/06/2007, transcrito a seguir, assim determina sobre a aplicação da multa de ofício:

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; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007).

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007).

99. Os artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64 assim dispõem:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72. (grifos nosso).

100. Devemos então verificar se os fatos anteriormente narrados, que detalham a conduta da autuada, se encaixam em alguma das definições de evidente intuito de fraude, que estão estampadas nos artigos 71, 72 e 73, acima transcritos. Em caso positivo, de se aplicar a multa qualificada. Ou seja, não cabe aqui avaliar de forma subjetiva se a conduta foi claramente ou evidentemente uma fraude ou não. A avaliação deve ser objetiva, verificando se a conduta se encaixa ou não em algum dos dispositivos citados. E a nova redação do dispositivo deu fim a toda essa discussão.

101. Numa análise objetiva dos fatos aqui apurados frente aos dispositivos legais em comento, não há como não deixar de enquadrar a conduta acima descrita nas definições contidas na Lei 4.502/64, já transcrita. A sonegação, conforme citado artigo, apresenta as seguintes exigências:

- Uma ação ou omissão; e*
- Que esta ação ou omissão seja dolosa; e*
- Que ela impeça ou retarde o conhecimento pelo Fisco:*

o da ocorrência do fato gerador; ou

o da natureza do fato gerador; ou

o das circunstâncias materiais do fato gerador.

Já a fraude caracteriza-se por:

- Uma ações ou omissão; e*
- Que esta ação ou omissão seja dolosa; e*
- Que ela impeça ou retarde a ocorrência do fato gerador, de forma a reduzir o montante do tributo devido; ou*
- Que ela exclua ou modifique as características essenciais do fato gerador, de forma a reduzir o montante do tributo devido.*

102. Incorrendo o contribuinte em uma das duas situações acima, de se aplicar a multa qualificada.

103. Assim, o contribuinte, ao registrar seus empregados em empresa fictícia com o propósito de se beneficiar indevidamente da tributação reduzida oferecida pelo SIMPLES, praticou, de forma inequívoca, uma ação dolosa, ou seja, intencional e consciente, a qual claramente retardou o conhecimento dos fatos por parte do Fisco, além das reais circunstâncias materiais do fato gerador. Ademais, houve a modificação de característica essencial do fato gerador, uma vez que os montantes da Contribuição Previdenciária devidos foram reduzidos, uma vez que tiveram a tributação na forma do SIMPLES.

104. A Ociani não praticou estes atos de forma involuntária, ou incorreu em erro em sua conduta. Restou caracterizada a atitude dolosa. Desta forma, a conduta sob análise amolda-se às hipóteses previstas nos artigos da Lei 4.502/64 acima citados.

105. A multa qualificada é aplicável somente no período de vigência da MP 449, ou seja, 12/2009 em diante. Desta forma,

[...]

119. Trazendo a linha argumentativa acima descrita para o caso em tela, temos a situação, já anteriormente exposta, que atesta a clara intenção do contribuinte em reduzir o valor de tributo, através do uso de empresa de fachada e a opção ao SIMPLES. A Ociani, objetivando elidir o pagamento de da Contribuição Previdenciária, decidiu, de forma consciente, registrar formalmente a sua mão de obra em empresa fictícia beneficiada com a opção ao mencionado regime simplificado de tributação. Não que a empresa não possa terceirizar parte de suas atividades a prestadoras de serviços beneficiadas pelo SIMPLES. Não é esta a nossa argumentação, mas para aproveitar esta “brecha” na legislação, deveria observar alguns mínimos requisitos, como a contratação de empresas regularmente constituídas (de forma autônoma), independentes nos aspectos patrimoniais e operacionais em relação a contratante, que o objeto do contrato não esteja inserido dentro dos seus próprios objetivos sociais e, principalmente, que não haja subordinação dos empregados da contratada perante a contratante.

Ora, em que pese o esforço da Recorrente para tentar justificar a sua conduta, não vislumbro, no caso em apreço, razões para modificar a aplicação ou até mesmo a redução da multa em destaque.

Diante do exposto, portanto, deve ser declarada procedente a aplicação da multa qualificada de 150% prevista no artigo 44, inciso I e §1º, da Lei n.º 9.430/1996.

3.9. Da responsabilidade dos sócios

A Recorrente pretende a reforma do julgado para excluir a responsabilidade solidária imputada aos sócios. Entende que não há nenhuma evidência probatória capaz de legitimar a inclusão dos sócios-administradores do Recorrente como responsáveis solidários pelo adimplemento do crédito tributário proveniente do lançamento ora combatido.

Entretanto, entendo que a irresignação não merece prosperar.

Primeiramente por restar preclusa a matéria, já que não foram apresentados Recursos Voluntários pelos sócios, não sendo lícito à Recorrente postular direitos em nome de Terceiros.

Noutro giro, apenas por amor ao debate, passo a argumentar ainda que conforme amplamente demonstrado acima (e detalhadamente descrito no relatório fiscal), os sócios-administradores, JAISON EDUARDO KRAUSS e CARLOS ALBERTO KRAUSS, durante a administração da Ociani, objetivando elidir o pagamento da Contribuição Previdenciária, decidiram, de forma consciente, registrar formalmente a sua mão de obra em empresa fictícia beneficiada com a opção ao regime simplificado de tributação.

As condutas foram todas praticadas conscientemente. A alocação da própria mão de obra em empresa de fachada, criada com único intuito de se elidir da cobrança da Contribuição Previdenciária, foi um ato consciente e voluntário.

Assim, o contribuinte, ao registrar seus empregados em empresa fictícia com o propósito de se beneficiar indevidamente da tributação reduzida oferecida pelo SIMPLES, praticou, de forma inequívoca, uma ação dolosa, ou seja, intencional e consciente, a qual claramente retardou o conhecimento dos fatos por parte do Fisco.

Frente aos fatos acima narrados, não resta dúvida de que as pessoas físicas participaram da irregularidade tributária e tinham interesse comum na situação que constituiu o fato gerador dos tributos ora exigidos neste processo, sendo certo, no meu entender, o enquadramento como responsáveis solidários.

Portanto, mantenho a decisão também quanto a este ponto.

Processo nº 13971.723074/2013-13
Acórdão n.º **2401-004.926**

S2-C4T1

Fl. 2.922

3. CONCLUSÃO:

Pelos motivos expendidos, **CONHEÇO** do Recurso Voluntário da recorrente para, rejeitar as preliminares arguidas, e, no mérito, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, nos termos do relatório e voto.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luciana Matos Pereira Barbosa.

Voto Vencedor

Conselheira Claudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez –
Redatora Designada

Com a *maxima venia*, divirjo da Relatora quanto aos recolhimentos efetuados na sistemática do Simples Nacional.

Segundo relatado, a recorrente entende que devem ser abatidos os valores recolhidos pela Transportes Gasparzinho Ltda. EPP a título de contribuição patronal previdenciária do montante exigido nestes AIs, ainda que na sistemática do Simples.

A teor do §10, do art. 21, da Lei Complementar nº 123, de 2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Simples Nacional), os créditos apurados no Simples Nacional não poderão ser utilizados para extinção de outros débitos para com as Fazendas Públicas, salvo por ocasião da compensação de ofício oriunda de deferimento em processo de restituição ou após a exclusão da empresa do Simples Nacional. Nesse sentido, a Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11, disciplina:

Art. 119. A compensação dos valores do Simples Nacional recolhidos indevidamente ou em montante superior ao devido, será efetuada por aplicativo disponibilizado no Portal do Simples Nacional, observando-se as disposições desta Seção. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, §§ 5º a 14) (Redação dada pelo(a) Resolução CGSN nº 129, de 15 de setembro de 2016)

...

§ 5º Os créditos apurados no Simples Nacional não poderão ser utilizados para extinção de outros débitos junto às Fazendas Públicas, salvo quando da compensação de ofício oriunda de deferimento em processo de restituição ou após a exclusão da empresa do Simples Nacional. (Lei Complementar nº123, de 2006, art. 21, § 10)

(grifei)

No caso, não se está diante de processo de restituição e tampouco de exclusão do Simples Nacional. Logo, não cabe a aplicação da compensação prevista na Resolução CGSN nº 94 e na Súmula CARF nº 76, citada pela Relatora.

Cabe destacar ainda que está sendo pleiteada a compensação (abatimento) de supostos créditos de uma outra empresa, Transportes Gasparzinho Ltda. EPP, com débitos da

empresa autuada, o que não é possível, pois a compensação somente pode ser realizada entre débitos e créditos do mesmo contribuinte.

Essa é a inteligência que se extrai do CTN, art. 170:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

Portanto, incabível a compensação (abatimento) pleiteada pelo Recorrente.

Pelo exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Claudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez.