



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

**Processo n°** 15956.720024/2011-28  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 2401-003.074 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 19 de junho de 2013  
**Matéria** DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES - CARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO  
**Recorrente** R.G. SERTAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO - GFIP. TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA - NÃO IMPUGNAÇÃO EXPRESSA - PARCELA DESCONTADA DOS SEGURADOS EMPREGADOS E CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS -- SELIC - MULTA.

A não impugnação expressa dos fatos geradores objeto do lançamento importa em renúncia e conseqüente concordância com os termos do AI de obrigação acessória e principal.

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

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO - INCRA - DISCUSSÃO JUDICIAL. - RENÚNCIA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA - NÃO CONHECIMENTO.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

**SOBRESTAMENTO - ARGUMENTO DE MATÉRIA OBJETO DE REPERCUSSÃO GERAL - NÃO COINCIDÊNCIA DE MATÉRIA**

A teor da portaria CARF n. 001 de 03 de janeiro de 2012, o procedimento de sobrestamento dos processos administrativos em trâmite no CARF, será aplicado na hipóteses em que houver sido determinado pelo STF, o sobrestamento de RE que versem sobre matéria idêntica aquela debatida na Suprema Corte. Observando-se que a discussão acerca das verbas indenizatórias versam sobre incidência para outro regime de previdência, incabível a interpretação de sobrestamento do feito.

INCONSTITUCIONALIDADE - ILEGALIDADE DE LEI E CONTRIBUIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

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

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

GLOSA DE COMPENSAÇÃO - MATÉRIA DISCUTIDA EM JUÍZO SEM TRANSITO EM JULGADO - IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO.

As hipóteses de compensação estão elencadas na Lei n.º 8.212/91, em seu artigo 89, dispondo que a possibilidade restringe-se aos casos de pagamento ou recolhimento indevidos. Não demonstrou o recorrente o recolhimento ou pagamento indevidos de contribuições previdenciárias, no presente caso.

Nos termos do art. 170-A do CTN, corroborando o entendimento do STJ (Súmula 212), é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. Para as compensações nas quais a empresa questiona em juízo, não ocorreu o trânsito em julgado.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade. II) Pelo voto de qualidade, dar provimento parcial ao recurso para excluir do lançamento as contribuições decorrente dos fatos geradores apurados nas contas 41100400012 e 41100200037. Vencidos os conselheiros Igor Araújo Soares, Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que davam provimento ao recurso.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

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

## Relatório

A presente Auto de Infração de Obrigação Principal, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo dos segurados (não descontada em época própria), parcela a cargo da empresa, incluindo as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, bem como a destinadas a terceiros, levantadas sobre os valores pagos aos segurados empregados e contribuintes individuais contratados por meio de empresa interposta de forma irregular. Considerando, que no presente processo encontram-se lançados 4 autos de infração, convém determinar os fatos geradores e contribuições descritos em cada um, conforme descritos nos respectivos relatórios fiscais:

1. DEBCAD 37.313.912-8: AI decorrente do descumprimento de obrigação tributária acessória de apresentar GFIP com os dados correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, infringindo o disposto no artigo 32, IV e § 5o. da Lei 8.212/91, acrescentado pela Lei 9.528/97, combinado com o artigo 225, IV e § 4o. do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999. Foi aplicada a multa no valor de R\$ 350.421,10 (trezentos e cinquenta mil, quatrocentos e vinte e um reais e dez centavos) fundamentada no artigo 32, § 5º, da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97 combinado com os artigos 284, II e 373 do Regulamento da Previdência Social RPS, e Portaria MPS/MF 333, de 29/06/2010 (DOU 30/06/2010).

2. – DEBCAD 37.336.632-9: AI decorrente do descumprimento de obrigação tributária principal. Lavrado por ter sido constatado que a autuada deixou de efetuar o recolhimento das contribuições previdenciárias a seu cargo incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados, inclusive aquela destinada ao financiamento dos benefícios em razão da incapacidade laborativa alíquota SAT/RAT (Lei 8.212/91, artigo 22, I e II) e sobre as remunerações dos contribuintes individuais (Lei 8.212/91, artigo 22, III), no montante de R\$ 3.070.203,69 (três milhões, setenta mil, duzentos e três reais e sessenta e nove centavos), incluindo o valor atualizado, juros e multas de ofício e de mora.

3. – DEBCAD 37.336.633-7: AI decorrente do descumprimento de obrigação tributária principal. Lavrado por ter sido constatado que a autuada deixou de efetuar o recolhimento das contribuições dos segurados empregados e contribuintes individuais, no montante de R\$ 741.081,13 (setecentos e quarenta e um mil, oitenta e um reais e treze centavos), incluindo o valor atualizado, juros e multa de mora.

4. – DEBCAD 37.336.634-5: AI decorrente do descumprimento de obrigação tributária principal. Lavrado por ter sido constatado que a autuada deixou de efetuar o recolhimento das contribuições destinadas a outras entidades e fundos – Terceiros (SalárioEducação, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE), incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados, no montante de R\$ 530.640,52 (quinhentos e trinta mil, seiscentos e quarenta reais e cinquenta e dois centavos), incluindo o valor atualizado, juros e multas de ofício e de mora.

Esclarece o Relatório Fiscal que foram lançadas as contribuições incidentes sobre a folha de pagamento da empresa RG Sertal Comércio e Prestação de Serviços Ltda EPP

(RG Sertal Serviços), tendo em vista que seus empregados estavam subordinados à autuada. Também foram lançadas as contribuições incidentes sobre pagamentos não comprovados apurados na contabilidade. Destaca, ainda que foram consideradas as contribuições recolhidas no CNPJ da RG Sertal Serviços.

Importante, destacar que a lavratura do AI deu-se em 25/04/2011, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 29/04/2011.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela notificada, fls. 7351 a 7547 em relação aos AI.

Foi exarada Decisão de Primeira Instância que confirmou a procedência do lançamento, fl. 7564 a 7579.

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS*

*Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008*

*INTIMAÇÃO. PROCURADOR.*

*As notificações e intimações devem ser endereçadas ao sujeito passivo no domicílio fiscal eleito por ele e não no endereço indicado pelo procurador.*

*DILAÇÃO PROBATÓRIA.*

*A dilação probatória fica condicionada à sua previsão legal e à necessidade a formação da convicção da autoridade julgadora.*

*DESCONSIDERAÇÃO DOS ATOS OU NEGÓCIOS JURÍDICOS PRATICADOS.*

*A autoridade administrativa possui a prerrogativa de desconsiderar atos ou negócios jurídicos eivados de vícios, sendo tal poder da própria essência da atividade fiscalizadora, consagrando o princípio da substância sobre a forma.*

*RECUSA OU SONEGAÇÃO NA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO. AFERIÇÃO INDIRETA.*

*Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida.*

*INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. ARGÜIÇÃO.*

*AFASTAMENTO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE. INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA.*

*A instância administrativa é incompetente para afastar a aplicação da legislação vigente em decorrência da argüição de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade.*

*SAT. RAT.*

*É devida a contribuição a cargo da empresa para o financiamento dos benefícios em razão da incapacidade*

*laborativa, incidente sobre o total das remunerações dos segurados empregados.*

**CONTRIBUIÇÃO INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO DOS SEGURADOS CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS.**

*É devida a contribuição da empresa incidente sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços.*

**SALÁRIO EDUCAÇÃO.**

*É devida a contribuição destinada ao Salário Educação, a qual encontra respaldo na legislação vigente.*

**SEBRAE.**

*É devido o adicional de contribuição ao SEBRAE pelas empresas contribuintes do SENAI e SESI.*

**INCRA.**

*É devida a contribuição ao INCRA, ainda que a empresa exerça atividade de natureza urbana.*

**MULTAS.**

*Verificado o não recolhimento das contribuições previdenciárias e, concomitantemente, a não declaração dessas contribuições em GFIP, aplica-se a partir da publicação da Medida Provisória 449/2008 a multa de ofício prevista no artigo 44, I da Lei 9.430/96, sem prejuízo de sua aplicação retroativa nas competências anteriores em que se mostre menos gravosa ao sujeito passivo.*

**Impugnação Improcedente**

**Crédito Tributário Mantido**

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 7583 a 7848. Em síntese, a recorrente traz as mesmas alegações da impugnação, quais sejam:

1. Necessária a reforma da decisão de primeira instância uma vez a recusa injustificada de dirigirem-se as intimações aos procuradores da recorrente. O art. 23 do Decreto 70.235/72, mencionado pelo próprio prolator, estabelece que a intimação deve ocorrer, inicialmente de forma pessoal, podendo ser recebida pelo mandatário ou preposto do sujeito passivo.
2. Não se sustentam as alegações do fisco no sentido de que empregados da RG Sertal Comércio e Prestação de Serviços (RG Sertal Serviços) – empresa optante do SIMPLES seriam, efetivamente, empregados da autuada, bem como, o lançamento pautado na premissa de que diversas despesas contabilizadas constituíam verbas salariais ou pagamentos a terceiros. Afirma, repetidas vezes, que não restaram comprovados tais fatos.

3. Na seqüência, enumera os elementos dos quais valeu-se a fiscalização para concluir que a impugnante teria constituído a RG Sertal Serviços, afirmando que muitos destes sequer foram comprovados, além de não serem aptos à comprovação do que pretende o fisco.
4. a constituição da RG Sertal Serviços por sócios da autuada e outras pessoas da mesma família demonstra que não houve qualquer intenção ilícita, caso em que tal situação não ocorreria, revelando a experiência que se a intenção fosse essa, seriam utilizadas pessoas sem vínculo de parentesco na constituição da nova empresa, com razão social e endereço diversos. De fato, existem laços entre as duas empresas, de natureza familiar e de parentesco entre seus sócios, mas não se pode concluir que finalidades ilícitas motivaram a constituição da RG Sertal Serviços;
5. a semelhança nos objetos sociais também não se presta à comprovação pretendida pelo fisco, o que se deve apenas ao fato de as empresas atuarem no mesmo ramo econômico o setor sucroalcooleiro o qual aliás, predomina na região de Sertãozinho; porém, há uma diferença essencial entre as empresas. Enquanto a RG Sertal Serviços é uma prestadora de serviços, a impugnante dedica-se à industrialização e comércio de equipamentos;
6. a apontada disparidade entre a receita bruta e a massa salarial de cada empresa em 2007 e 2008, além de não comprovada, não se presta a demonstração de que a RG Sertal Serviços foi constituída por interpostas pessoas, com finalidade ilícita, cabendo a mesma conclusão em relação aos fatos de: **(a)** ter sido nomeada uma mesma procuradora para atendimento da fiscalização, **(b)** a mesma pessoa ter recebido as intimações via postal, já que a fiscalização englobou as duas empresas e ambas são atendidas pelo mesmo escritório de contabilidade, além de compartilharem o mesmo espaço físico, o que não representa qualquer ilícito;
7. o fato do sócio da impugnante ter comparecido em algumas audiências em processos movidos contra a RG Sertal Serviços (em decorrência de vínculos familiares) não guarda relação lógica com a conclusão a qual chegou a fiscalização; a alegação de que o controle de ponto dos empregados da RG Sertal Serviços era feito pela impugnante não passa de mera suposição, calcada na premissa de que os empregados daquela atendiam efetivamente aos interesses desta, valendo o mesmo argumento em relação à suposição fiscal de que os empregados da RG Sertal Serviços estavam sob as ordens da impugnante, outra conclusão que não tem amparo em qualquer prova; pelo fato das duas empresas atuarem no mesmo segmento econômico, é comum a existência de pessoas que trabalham em uma delas, após ter trabalhado na outra.
8. Este argumento também não se presta a comprovar a conduta ilícita levantada pela fiscalização; diga-se o mesmo em relação à alegação fiscal de que as funções exercidas pelos empregados de ambas as empresas eram as mesmas, argumento incongruente, à medida que a RG Sertal Serviços é uma prestadora de serviços, enquanto a atividade da impugnante consiste na fabricação e comércio; ao contrário do que informou a autoridade lançadora, houve despesas salariais/trabalhistas da RG Sertal Serviços em 2007/2008. Pelo fato desta prestadora compartilhar a mesma estrutura física da impugnante, só esta arcava com os gastos com água, luz, telefone, etc., situação que a lei não veda; não restou comprovada a alegação de que a RG Sertal Serviços prestou serviços em 2007 e 2008 exclusivamente para a recorrente, fato que, ademais, não permite a conclusão a qual chegou a fiscalização.
9. Acrescenta que as notas fiscais anexas comprovam a prestação de serviços a outras empresas; também não se comprovou que a recorrente efetuou pagamentos a empregados da RG Sertal Serviços e tal fato em nada ampara o entendimento do fisco; não foi

provado que os trabalhadores da prestadora dividem o mesmo espaço físico com a impugnante. O que de fato ocorre é que os serviços são prestados pela RG Sertal Serviços nas dependências da impugnante, verificando-se o mesmo quando os serviços são prestados a outras empresas; quanto à padronização de uniformes, verifica-se quando os serviços são prestados no estabelecimento da impugnante e representa circunstância natural, em especial em relação aos EPI utilizados; o *site* da impugnante não individualiza a RG Sertal Serviços por se referir à autuada.

10. O fisco desconsiderou os vínculos dos empregados da RG Sertal Serviços, considerando os empregados da impugnante. No entanto, **a fiscalização não dispõe de competência para efetuar tal procedimento, vez que a norma anti elisiva contida no parágrafo único do artigo 116 do CTN não é autoaplicável.**
11. Quanto às **normas previstas na CLT** invocadas pelo fisco, não se aplicam ao caso pois, destinam-se à proteção dos empregados e, no caso, inexistiu qualquer prejuízo a estes (o SIMPLES não exime a empresa dos encargos previdenciários e trabalhistas).
12. A fiscalização **glosou diversas despesas lançadas na contabilidade** sob a premissa de que não foram suficientemente comprovadas. No entanto, não se pode considerar tais valores sujeitos à incidência tributária com base em meras presunções, sem a devida comprovação de que possuem a natureza jurídica atribuída pelo fisco, sob pena de violação do princípio da estrita legalidade tributária.
13. A cobrança do **SAT** representa ofensa às regras constitucionais pois, caracteriza a duplicidade de contribuição sobre a mesma base de cálculo (a folha salarial), além de contrariar os princípios da estrita legalidade (classificação de riscos que define a alíquota –por decreto) e da igualdade (definição da alíquota de acordo com a atividade preponderante da empresa, não as condições de trabalho verificadas efetivamente em relação a cada trabalhador).
14. São inexigíveis as **contribuições sobre a remuneração dos contribuintes individuais**, dada a inconstitucionalidade do artigo 22, III da Lei 8.212/91 e da Emenda Constitucional 20/1998. Não se pode exigir da empresa contribuição pelos serviços prestados por contribuintes individuais, pois, essa situação que não gera qualquer despesa à Seguridade Social. Trata-se, portanto, verdadeiramente de imposto disfarçado de contribuição, inconstitucional porque o produto de sua arrecadação não poderia estar vinculado ao financiamento da Seguridade Social (artigo 167, IV da CF).
15. Indevido o **Salário educação** vez que sua alíquota foi fixada por decreto, ofendendo ao disposto no artigo 97 do CTN.
16. É inexigível a contribuição ao **SEBRAE**, pois, a impugnante não é destinatária das atividades desenvolvidas por esta entidade, já que não se qualifica como microempresa ou empresa de pequeno porte.
17. Também não cabe a cobrança da contribuição ao **INCRA**, posto a recorrente não ser empresa de natureza rural. Portanto, não é destinatária das atividades desenvolvidas por este órgão, além do que, a contribuição ao INCRA caracteriza a superposição contributiva, sendo vedada a utilização da folha de salários como fonte global de custeio das atividades estatais.

18. É inexigível a **multa** aplicada vez que, conforme exposto, não houve infração praticada pela recorrente. Ainda que cabível fosse, a multa não pode ser mantida na forma como aplicada, com uma escala progressiva quando a infração é sempre a mesma (não pagamento). Assim, deveria ser a multa limitada a seu patamar inicial de 10%.
19. Além disso, em atenção ao disposto no artigo 106, II, “c” do CTN, ao menos deveriam ser consideradas as alterações decorrentes da Lei 9.528/97, ou, na improvável hipótese de não se entender pela relevação da multa, aplicável o disposto no artigo 112 do CTN dada a inquestionável boa fé da impugnante.
20. Por fim, pugna pela redução da multa (caso não seja excluída) em atendimento aos princípios da razoabilidade, vedação ao confisco, capacidade contributiva e legalidade.
21. Não podem ser cumuladas multa de mora e multa de ofício. Indevida a multa de mora já que o crédito tributário lançado está sujeito aos juros moratórios.
22. Ao final, pugna pelo acolhimento de suas razões, protestando pela produção de provas, realização de diligências, juntada de novos documentos, prova pericial e testemunhal e requerendo que as intimações sejam realizadas nas pessoas dos procuradores subscritores da peça impugnatória.

.A Delegacia da Receita Federal do Brasil, encaminhou o processo a este Conselho para julgamento.

É o relatório.

## Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

### **PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:**

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 1530. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

### **DAS QUESTÕES PRELIMINARES:**

#### **DA INTIMAÇÃO ENCAMINHADA AOS MANDATÁRIOS**

Quanto a este ponto, entendo que razão não assiste ao recorrente. Conforme descrito pela autoridade julgadora o encaminhamento dos atos correspondentes ao lançamento do crédito deve ser o domicílio eleito pelo sujeito passivo, sendo possível o encaminhamento seja pela via postal ou pessoalmente.

Aliás, nem mesmo haver-se-ia de alegar cerceamento do direito de defesa uma vez que o recorrente apresentou, de forma tempestiva os recursos pertinentes a contestação da totalidade do crédito. Dessa forma afastou a nulidade pretendida.

### **PRODUÇÃO DE PROVAS**

Da mesma forma, não vislumbro qualquer cerceamento do direito de defesa, uma vez que a empresa em duas ocasiões tiveram a oportunidade de se defender. O AI de obrigação acessória e os correlatos permitiram ao recorrente realizar as devidas impugnações, uma vez que não apenas no relatório fiscal, encontram-se descritos os fatos geradores, mas principalmente, quanto a apuração dos valores nos documentos DAD, DSD e relatório fiscal.

Essa produção de provas afronta os prazos inerentes ao processo tributário, uma vez que é dentro do prazo recursal é que a empresa dispõe de tempo hábil para demonstrar o cumprimento da legislação previdenciária.

Não assiste razão à recorrente quanto ao argumento de que teria havido cerceamento de defesa em função exíguo prazo e do elevado número de notificações. Os prazos no processo administrativo são peremptórios, não podendo ser alterado pelas partes, tampouco a administração pode alterá-los para que um determinado contribuinte, possa produzir novas provas. Assim, independentemente da quantidade de autuações lavradas, tal quantidade não tem o condão de alterar o prazo para apresentação de defesa administrativa.

O prazo para apresentação de impugnação é *ex lege*, e justamente para não ferir o princípio da isonomia, o prazo de 30 dias deve ser observado em qualquer caso.

Sendo aplicada a lei da forma como prevista, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa. O processo administrativo permite ao recorrente o amplo exercício do direito de defesa, como existiu no presente feito. Sendo obrigação da autoridade julgadora indicar todos os seus elementos de convicção, sejam documentos aos quais teve a

oportunidade de apreciar, ou mesmo descrever os elementos fáticos encontrados durante a auditoria e que o levaram a concluir pelo lançamento de contribuições.

Dessa forma, entendo que teve o recorrente a oportunidade de apreciar pontualmente todas as provas e testemunhos colhidas durante o procedimento fiscal, sendo-lhe permitido exercer o amplo exercício do direito de defesa com vistas a rebater com elementos probatórios e fáticos, se necessários, que as constatações são totalmente equivocadas.

Após apreciar detidamente a peça recursal, a decisão de primeira instância e até mesmo a impugnação apresentada, não identifico que o recorrente demonstrou que a empresa contratada, realmente exerciam o papel de prestadoras de serviços, empregadoras, exercendo o gerenciamento de seus empregados enquanto prestadores de serviços. Note-se que, conforme já mencionado anteriormente, não se funda o lançamento em apenas um elemento de convicção, mas um conjunto deles.

Quem mais poderia rebater os argumentos da auditoria, senão o próprio autuado, que poderia demonstrar a realização de contratos com as prestadoras, a contabilização devida das referidas contratações. Requerer de suas contratadas, cópia de sua contabilidade, e de todo o trâmite administrativo, para que assim, ficasse evidenciada a total ausência de ingerência da empresa RG SERTAL INDÚSTRIA NA RG SERVIÇOS.

### **DA PERÍCIA**

Da mesma forma, não vislumbro a necessidade de realização de perícia, toda a matéria probatória, consta dos autos, o auditor, não apenas indicou, como colacionou aos autos documentos, reclamatórias, declarações da própria recorrente, que demonstram como dava-se a contratação e prestação de serviços. Assim, plenamente possível ao recorrente impugnar os fatos geradores ora lançados, ou mesmo rebater os argumentos apresentados pelo auditor fiscal.

De acordo com o disposto no art. 9º, IV da Portaria MPAS n º 520/2004, são requisitos da perícia, nestas palavras:

*Art. 9º A impugnação mencionará:*

*I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;*

*II - a qualificação do impugnante;*

*III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;*

*IV - as diligências ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito.*

*§ 1º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:*

*a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*

*b) refira-se a fato ou a direito superveniente;*

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

§ 2º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.

§ 3º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pelo Conselho de Recursos da Previdência Social.

§ 4º A matéria de fato, se impertinente, será apreciada pela autoridade competente por meio de Despacho ou nas contrarrazões, se houver recurso.

§ 5º A decisão deverá ser reformada quando a matéria de fato for pertinente.

§ 6º Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

§ 7º As provas documentais, quando em cópias, deverão ser autenticadas, por servidor da Previdência Social, mediante conferência com os originais ou em cartório.

§ 8º Em caso de discussão judicial que tenha relação com os fatos geradores incluídos em Notificação Fiscal de Lançamento de Débito ou Auto de Infração, o contribuinte deverá juntar cópia da petição inicial, do agravo, da liminar, da tutela antecipada, da sentença e do acórdão proferidos.

No presente caso, não houve o preenchimento dos requisitos exigidos para realização da perícia, assim considera-se não formulado tal pedido. Desse modo, pode a autoridade julgadora indeferir o pleito da recorrente, sem ferir o princípio da ampla defesa. Nesse sentido, segue o teor do art. 11º da Portaria MPAS n.º 520/2004, que transcrevo para melhor esclarecer ao recorrente:

*Art. 11 A autoridade julgadora determinará de ofício ou a requerimento do interessado, a realização de diligência ou perícia, quando as entender necessárias, indeferindo, mediante despacho fundamentado ou na respectiva Decisão-Notificação, aquelas que considerar prescindíveis, protelatórias ou impraticáveis.*

*§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 9º.*

*§ 2º O interessado será cientificado da determinação para realização da perícia por meio de Despacho, que indicará o procedimento a ser observado.*

No mesmo sentido dispõe o Decreto n ° 70.235/1972 sobre o processo administrativo fiscal, sendo aplicado subsidiariamente no processo administrativo no âmbito do INSS, nestas palavras:

*Art. 17. A autoridade preparadora determinará, de ofício ou a requerimento do sujeito passivo, a realização de diligência, inclusive perícias quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.*

*Parágrafo único. O sujeito passivo apresentará os pontos de discordância e as razões e provas que tiver e indicará, no caso de perícia, o nome e o endereço do seu perito.*

*Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligência ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93)*

(...)

A Portaria MPAS n ° 520/2004 é a que regulamenta o processo administrativo fiscal no âmbito do INSS, conforme autorização expressa no art. 304 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n ° 3.048/1999 e alterações, nestas palavras:

*Art.304. Compete ao Ministro da Previdência e Assistência Social aprovar o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social, bem como estabelecer as normas de procedimento do contencioso administrativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e suas alterações.*

Como se percebe, a Portaria n ° 520 surgiu em virtude da previsão expressa no Regulamento da Previdência Social, que transferiu a competência para o Ministério da Previdência Social regulamentar a matéria. Dessa forma, está perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico. E como demonstrado, o assunto acerca de perícias e diligências está tratado da mesma maneira no Decreto n ° 70.235/1972.

No presente caso, a perícia é despicienda; pois toda a matéria probatória já consta nos autos. E com princípio basilar do direito processual, cabe à parte provar fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do Fisco. O lançamento foi realizado com base em documentação da própria recorrente e a notificação seguiu o procedimento previsto, não havendo qualquer nulidade a ser reconhecida.

É certo que o recorrente tem o direito de exercer seu amplo direito de defesa, tornando por base os valores ora lançados e os argumentos trazidos. Entendo que indeferimento de provas não foi infundado. Pelo contrário, o julgador, descreveu os motivos do indeferimento, sendo que o inconformismo do recorrente não anula o lançamento. Note-se que até o referido julgamento ou mesmo depois de proferido o acórdão recorrente não colacionou nenhuma outra prova capaz de tornar inócuo o lançamento realizado.

### **NULIDADE PELA NÃO COMPROVAÇÃO DE CRIAÇÃO ILÍCITA DA PRESTADORA**

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

Autenticado digitalmente em 27/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digital

mente em 30/09/2013 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, Assinado digitalmente em 27/08/2013 por ELAINE CRISTIN

A MONTEIRO E SILVA VIEIRA

Impresso em 04/10/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Ao contrário do que entendeu o recorrente o auditor não precisava provar que a empresa RG Serviços, tenha sido criada para unicamente reduzir encargos trabalhistas de forma ilícita. O que deve o auditor demonstrar é que embora exista uma empresa interposta, a execução e gerenciamento das atividades eram exercidos pela empresa notificada, face as conclusões obtidas pela análise contábil e financeira, bem como das situações presenciadas “in loco” pelo próprio agente fiscal e as descritas em reclamações trabalhistas.

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

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

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

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

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

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

Superadas as preliminares passo ao exame do mérito.

## **DO MÉRITO**

### **DA DEMONSTRAÇÃO DOS FATOS**

No recurso em questão, o contribuinte resumiu-se a atacar a validade do procedimento fiscal, quanto a caracterização da simulação, sem refutar, qualquer dos fatos geradores apurados em relação aos valores lançados seja à título de folha de pagamento ou valores apurados na contabilidade. Dessa forma, em relação aos fatos geradores objeto da presente notificação, como não houve recurso expresso aos pontos da Decisão de Primeira instância, quanto a esses fatos presume-se a concordância da recorrente com a decisão proferida. Uma vez que houve concordância, lide não se instaurou não há o que ser apreciado quanto a esses fatos. Assim, quanto aos levantamentos que descrevem rubricas, não houve, nem mesmo durante o procedimento fiscal a comprovação da regularidade de ditos valores,

*Consoante resposta e planilha da Autuada (anexo XVIII) constata-se que os documentos das despesas 41100300014(Servs. Pessoas Físicas),41100200028(Comissões P.Físicas),*

*41100200008(Comissões S/Vendas) , 41100200037(Lanches e Refeições) e 41100200027(Comissões P. Jurídica), deixaram de ser apresentados sob a argumentação que não foram localizados.Desse jeito, todas as contas de Comissões serão consideradas verbas salariais, a de Servs. PF como pagamentos a autônomos e a conta Lanches e Refeições como alimentação fora do PAT-Plano de Alimentação do Trabalhador.*

*No que se refere às contas 41100300008(Despesas Diversas) e 41100300013(Servs.*

*Prest. PJ), os lançamentos não comprovados serão classificados como pagamentos relativos a serviços prestados por pessoas físicas.*

*Com relação aos documentos das despesas com alimentação, a Autuada limitou-se a trazer algumas notas fiscais de refeições, as quais se encontravam desacompanhadas dos relatórios de despesas ou qualquer outro documento que possibilitasse informar a quem foi paga e por qual motivo a despesa foi realizada. Assim sendo, foram definidos como pagamentos fora do PAT-Plano de Alimentação do Trabalhador.*

*Importante se torna sublinhar que a Alimentação é uma rubrica inerente a segurados empregados, e quando fornecida pela empresa é um benefício. Entretanto, para que essa*

### **DA APRECIACÃO DA SIMULAÇÃO**

Na verdade o que se vislumbrou, conforme descrito pelo auditor, foi a simulação para que as empresas que prestavam os serviços pudessem se beneficiar do Sistema Simplificado de impostos – SIMPLES em um primeiro momento, mantendo o faturamento dentro dos limites da lei. Porém não é aceitável esse tipo de atitude, se constatado ter por objetivo distorcer a realidade dos fatos apenas como fim de lograr proveito, sem cumprir os preceitos legais. Foi isso, que buscou demonstrar o auditor, ao narrar as diversas situações encontradas na empresa em questão.

Ao contrário do que alega o recorrente, diversos foram os meios de prova, descritos, de forma alguma adotou o auditor presunção, mas tão somente, consubstanciado em fatos determinados pela aplicação do princípio da primazia da realidade, para descrever os fatos geradores. Realmente compete ao agente fiscal, o dever de provar, que a situação fática não refletia a realidade, o que, na opinião dessa relatora, houve por bem provar.

Novamente, quanto a alegação de demonstração de que a empresa foi criada de forma fraudulenta, note-se, que em nenhum momento a autoridade fiscal disse que as empresas encontravam-se irregulares e que dessa forma não poderiam mais funcionar. Pelo contrário, observa-se, conforme descrito no relatório fiscal, durante o procedimento de auditoria, constatou a fiscalização a existência de estabelecimentos que embora possuam CNPJ próprios, estão de fato, sob a administração das mesma pessoa. O que vislumbrou o auditor, conforme descrito no relatório fiscal, é a possibilidade de utilização indevida do Sistema simplificado, pela transferência de empregados, porém restou constatado que a subordinação e administração de fato continuou com a empresa notificada, dessa forma, não haveria a autoridade fiscal de demonstrar a criação fraudulenta.

## **DOS ELEMENTOS FÁTICOS APONTADOS PELA AUTORIDADE**

### **FISCAL**

*Prossegue discorrendo acerca dos motivos que levaram à conclusão de que os empregados da RG Sertal Serviços estavam, de fato, subordinados à atuada.*

*Informa que (a) a RG Sertal Serviços foi constituída em 2000 e instalouse no mesmo endereço da atuada, em prédio de propriedade desta; (b) desde o início de suas atividades foi optante do SIMPLES. Narra o histórico dos quadros societários das duas empresas indicando os laços de parentesco entre os sócios de ambas e concluindo pela identidade na administração das duas pessoas jurídicas; (c) destaca a identidade das atividades preponderantes de ambas as empresas; (d) em 2007 e 2008 verificouse discrepância entre a receita bruta e a massa salarial declarada em GFIP, evidenciandose na atuada uma despesa salarial muito pequena em relação à receita bruta e na RG Sertal Serviços o oposto, com despesas salariais muito superiores à receita bruta; (e) os termos para intimações das duas empresas, enviados pela fiscalização foram recebidos pela mesma pessoa, recepcionista registrada como empregada da RG Sertal Serviços; (f) ambas as empresas foram representadas perante a fiscalização durante o desenvolvimento do procedimento fiscal pela mesma pessoa, também registrada como empregada da RG Sertal Serviços; (g) constatouse a identidade de representação em juízo nas reclamações trabalhistas movidas em relação às duas empresas, tanto em relação aos advogados, quanto aos prepostos das empresas; (h) as folhas de ponto de trabalhadores registrados como empregados da RG Sertal Serviços, verificadas em ações trabalhistas, traziam em destaque o nome e CNPJ da atuada, fato que restou corroborado quando a fiscalização intimou as duas empresas a apresentarem o controle de horário de seus respectivos empregados; (i) foram encontrados nos processos trabalhistas cheques da atuada, assinados por seu sócio – Sr.*

*Antonio Roberto Gomides relativos a pagamentos feitos à empregados da RG Sertal Serviços; (j) existe identidade entre as funções dos empregados da autuada e da RG Sertal Serviços, verificandose que inúmeros trabalhadores mantiveram contratos de trabalho com as duas empresas, conforme quadro demonstrativo que elabora; (k) a RG Sertal Serviços só possui contabilizadas receitas decorrentes da prestação de serviços, quando seu objeto social inclui também a atividade de comércio; (l) suas despesas limitamse quase totalmente a folha salarial e respectivos encargos, não tendo sido encontradas despesas com energia elétrica, água, telefone, inerentes a qualquer atividade, sendo confirmado pela sócia da RG Sertal Serviços que esta não tinha despesas dessa natureza, também não possuindo máquinas, móveis, utensílios e ferramentas, verificandose situação oposta na autuada; (m) de acordo com as receitas lançadas na contabilidade, a RG Sertal Serviços prestou serviços apenas à autuada nos anos de 2007 e 2008; (n) o mesmo escritório prestava assessoria contábil às duas empresas, arcando apenas a autuada com as despesas com este escritório; (o) os empregados de ambas as empresas usavam o mesmo uniforme, trabalhando no mesmo local; (p) ao ser questionado pela fiscalização, o Sr. Antonio Roberto Gomides (sócio da autuada), informou que trabalhadores que usavam crachás da RG Sertal Serviços eram empregados da autuada; (q)*

*as dependências da RG Sertal Serviços limitavamse a uma sala separada do restante da área administrativa por duas paredes de vidro, na qual trabalhava a Sra. Sueli Azevedo Gomides, sua sócia; (r) no site da RG Sertal não é feita distinção entre as empresas, as pessoas ali informadas como contatos são empregados registrados em ambas as empresas, conforme quadro apresentado; (s) o controle de frequência dos empregados da RG Sertal Serviços era arquivado nas dependências da autuada, juntamente com os controles dos empregados desta.*

## DOS SÓCIOS DA EMPRESA DITAS COMO “PRESTADORAS DE SERVIÇOS”.

Quanto ao fato de que os sócios da prestadora serem distintos, mas vinculados por grau de parentesco, tenho que razão assiste em parte tanto ao fisco, quanto ao recorrente.

Realmente, a existência de grau de parentesco entre os sócios da notificada e da prestadora, POR SI SÓ, não seriam suficientes para determinar a vinculação entre as empresas e a consequente caracterização de simulação.

Todavia, não foi esse o único elemento trazido pelo auditor fiscal, mas apenas indicou aquela autoridade, que a existência de grau de parentesco é um dos elos, para determinar o direcionamento das atividades, senão vejamos:

*(a) a RG Sertal Serviços foi constituída em 2000 e instalou-se no mesmo endereço da autuada, em prédio de propriedade desta; (b) desde o início de suas atividades foi optante do SIMPLES. Narra o histórico dos quadros societários das duas empresas indicando os laços de parentesco entre os sócios de ambas e concluindo pela identidade na administração das duas pessoas*

*jurídicas; (c) destaca a identidade das atividades preponderantes de ambas as empresas;*

*(e) os termos para intimações das duas empresas, enviados pela fiscalização foram recebidos pela mesma pessoa, recepcionista registrada como empregada da RG Sertal Serviços; (f) ambas as empresas foram representadas perante a fiscalização durante o desenvolvimento do procedimento fiscal pela mesma pessoa, também registrada como empregada da RG Sertal Serviços; (g) constatou-se a identidade de representação em juízo nas reclamações trabalhistas movidas em relação às duas empresas, tanto em relação aos advogados, quanto aos prepostos das empresas;*

Importante observar que o recurso do recorrente em nada rebate pontualmente os argumentos aqui trazidos, buscando tão somente desqualificar o trabalho de auditoria, alegando tratar-se de presunção, o que discordo veementemente. De posse de todo o detalhamento exposto pela empresa poderia a mesma rebater ponto a ponto trazido pelo auditor fiscal, o que não o fez, razão porque deve ser mantido o lançamento, quanto a inclusão de todos os empregados da empresa “dita pelo recorrente como prestadoras de serviços”.

Quanto ao fato de que os prespostos da empresa, que representaram em juízo serem os mesmos, simplesmente alega o recorrente que esse fato não diz nada, que consubstancie o lançamento. Já nesse ponto, discordo do recorrente.

As pessoas jurídicas, são representada e dirigidas por seus sócios e seus prepostos. Como admitir que o fato do mesmo sócio ou preposto da empresa, representa-la em juízo não demonstre um gerenciamento único. Ora, é sabido que perante a justiça do trabalho, o preposto representa o reclamado, quando a empresa é o réu da ação trabalhista. Para isso, devem ser designadas pessoas que tenham conhecimento dos aspectos inerentes a atividade da empresa e especialmente ao desempenho profissional dos reclamantes.

Quanto a este ponto, entendo que este fato, narrado pelo auditor, demonstra, sim, conjugado com os demais que apreciaremos adiante, que a prestação de serviços dava-se de forma ilegal.

### **DA AUSÊNCIA DE CUSTOS OPERACIONAIS**

Quando uma empresa é criada no intuito de manter-se no mercado, se vislumbra uma organização, de modo que a mesma seja autossustentável. O auditor trouxe em seu relatório que a empresa possuía uma folha de pagamento incompatível com o seu faturamento, sendo que a tomadora (notificada), obtinha um faturamento expressivo, sem possuir quantitativo para isso.

O que ocorreu durante o procedimento fiscal, por meio de diversos elementos de prova, observados pontualmente e em loco (não por mera presunção) foi a constatação, por parte do auditor fiscal, de que não existiam realmente diversos empregadores, e sim, que as empresas criadas não assumiram verdadeiramente o poder de direção, estando todos os empregados vinculados enquanto trabalhadores a um único empregador, qual seja a empresa RG SERTAL INDUSTRIAL.

*Assim, descreveu o auditor em seu relatório quanto a ausência de autonomia financeira da prestadora: “ a(c) destaca a identidade das atividades preponderantes de ambas as empresas; (d) em 2007 e 2008 verificouse discrepância entre a receita bruta e a massa salarial declarada em GFIP, evidenciandose na autuada uma despesa salarial muito pequena em relação à receita bruta e na RG Sertal Serviços o oposto, com despesas salariais muito superiores à receita bruta;”*

Assim, não consigo identificar a nulidade apontada pelo patrono da recorrente. Não estamos falando diretamente de desconsideração de pessoa jurídica, mas observância dos princípios, por exemplo da primazia da realidade, onde valem mais os fatos que os documentos. Em restando demonstrado que o verdadeiro empregador era único, que o poder diretivo, era na verdade exercido pela RG SERTAL compete a fiscalização simplesmente proceder a vinculação das pessoas que lhe prestavam serviços enquanto segurados empregados e contribuintes individuais, para efeitos previdenciários. Busca-se identificar, quem era o responsável pelo “poder de direção”.

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

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

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

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

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

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

Documento assinado digitalmente em 24/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 27/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 30/09/2013 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, Assinado digitalmente em 27/08/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA

Impresso em 04/10/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

III - aplicar sanções; e

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

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

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

Destaco aqui as palavras do ilustre Ministro Maurício Godinho Delgado (Curso de Direito do Trabalho. Ed. LTR. 5º Edição, 2006, pág. 363-364), quando sendo identificada relação fática diversa da realidade, compete as autoridades públicas, cada uma em seu campo de atuação, proceder a correção das mesmas, e quando necessário proceder a aplicação das penalidades a ela inerentes.

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

Note-se, que as alegações de que o procedimento não poderia prosperar por não ter a autoridade realizado a devida fundamentação das contribuições, , ou mesmo impossibilitada a apresentação de novas provas, não lhe confiro razão. Não só o relatório fiscal se presta a esclarecer as contribuições objeto de lançamento, como também o DAD – Discriminativo analítico de débito, que descreve de forma pormenorizada, mensalmente, a base de cálculo, as contribuições e respectivas alíquotas. Sem contar, ainda, o relatório FLD – Fundamentos Legais do Débito que traz toda a fundamentação legal que embasou o lançamento. Não identifiquei por parte do recorrente demonstração de suficiência econômica e administrativa capaz de determinar a autonomia empresarial.

Quanto a suposta **simulação** entendo que logrou êxito a autoridade fiscal em demonstrar por meio dos relatórios, documentos, anexos as situações fáticas que o levaram a caracterizar para efeitos previdenciários, os segurados inicialmente contratados pela empresa interposta, como segurados da empresa notificada.

Assim, entendo que realizou o auditor devidamente o lançamento, tendo-o fundamentado na legislação que rege a matéria, qual seja: lei 8212/91, Decreto 3.48/99. Ressalto, que não apenas o auditor realizou de forma muito minuciosa as fundamentações e descrições necessárias para caracterizar a simulação, como a autoridade julgadora de 1ª instância ao rebater os mesmos argumentos apontados na defesa, destacou de forma detalhada os dispositivos legais, descritos no relatório FLD, que também fundamentaram o lançamento. Assim, razão não assiste ao recorrente.

Entendo que diversos são os fatos que devem ser considerados no lançamento em questão, nenhum deles tido de forma isolada. O que se nota é uma espécie de terceirização sim, conforme argumentou o próprio recorrente, já que menciona por diversas vezes o objeto da contratação da RG Serviços, contudo realizado de forma irregular, o que ensejou conforme preceitua o princípio trabalhista da Primazia da Realidade o vínculo entre os empregados da RG Serviços e RG Indústria.

*(j) existe identidade entre as funções dos empregados da autuada e da RG Sertal Serviços, - que inúmeros trabalhadores mantiveram contratos de trabalho com as duas empresas, conforme quadro demonstrativo que elabora;*

Conforme trazido pelo próprio recorrente, entendo perfeitamente cabível a especialização e descentralização de suas atividades, contudo, para tanto deve primeiramente observar parâmetros legais, para só em observando-os, valer-se de estratégias administrativas para busca da excelência. Todavia o que não se admite é contratar empresas, para que seus funcionários prestem serviços dentro do próprio estabelecimento da tomadora, **em sua atividade fim, com evidente confusão entre as funções exercidas**, visto que o auditor demonstrou em seus relatórios, por meio de entrevistas a empregados e sócios e diversos documentos a que teve acesso, que os mesmos prestam verdadeiramente serviços para empresa, sendo que o próprio sócio da empresa menciona que os empregados que utilizam os mesmos uniformes e crachás são na verdade seus empregados.

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

#### **Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade**

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

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

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

*V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.*

*VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.*

Ou seja, da análise da referida Súmula, nota-se que não merece guarida a contratação de outras empresas, na forma como realizado pela recorrente e demonstrado pela autoridade fiscal. Observa-se de pronto o item III da referida súmula que não admite, em regra, a contratação de serviços terceirizados para atividades fim do empreendimento, formando-se o vínculo diretamente com o tomados dos serviços. Ora, por si só esse argumento, demonstra quão equivocada estava sua pretensão de valer-se de empresas interpostas para executar sua atividade fim. E não merece guarida o argumento de que a súmula não seria aplicável no âmbito do direito previdenciário. Os termos da súmula 331 regulam atualmente no âmbito das empresas a contratação mediante empresa terceirizada, já que não existe legislação própria que abarque a matéria. Referida súmula, define critérios mínimos de uma terceirização correta, evitando que a empresa se valha desse instituto para maquiar vínculos de emprego, desrespeitando os direitos trabalhistas e previdenciários. Todavia, a competência da auditoria previdenciária resume-se a determinar vínculos para efeitos previdenciários, posto assim definir a lei 8212/91.

Assim, conforme dito, não extrapolou o auditor dos seus limites funcionais, não agiu dentro da competência do juiz do trabalho para determinar o pagamento de verbas trabalhistas pela notificada, mas tão somente “para efeitos previdenciários” constatou que as características da prestação de serviços, enquadravam os trabalhadores como empregados da autuada (tomadora).

*(h) as folhas de ponto de trabalhadores registrados como empregados da RG Sertal Serviços, verificadas em ações trabalhistas, traziam em destaque o nome e CNPJ da autuada, fato que restou corroborado quando a fiscalização intimou as duas empresas a apresentarem o controle de horário de seus respectivos empregados; (i) foram encontrados nos processos trabalhistas cheques da autuada, assinados por seu sócio – Sr. Antonio Roberto Gomides relativos a pagamentos feitos à empregados da RG Sertal Serviços;*

Aqui independente do fato de as empresas contratadas estarem ou não sob a égide do Sistema de Tributação SIMPLES, correto o posicionamento adotado de formação do vínculo para efeitos previdenciários, sempre que constatado que a tomadora dos serviços agia como verdadeira empregadora. Dessa forma, o argumento de que as empresas possuem registro na junta comercial, sendo optante pelo SIMPLES deveriam ser excluídas do lançamento não merece guarida, conforme já esclarecido.

### DAS DESPESAS PARA MANUTENÇÃO DA EMPRESA

Caso considerássemos a possibilidade de tratar-se de uma prestadora de serviços formal, dispondo-se não apenas a prestação de serviços para a autuada, como disponibilizando mão de obra no mercado, deveríamos encontrar autonomia econômica e administrativa, mas não é isso que identificamos na prática.

No pedido de apresentação de documentos e esclarecimentos realizados durante a auditoria ressalta a empresa que não possui contas de luz, água e despesas operacionais, sendo as mesmas arcadas pela tomadora. Mas, a questão vai mais longe, a empresa não possui patrimônio, nem mesmo contrato de prestação de serviços com a autuada. Destacou, ainda o auditor, que as funções exercidas possuíam identidade., para demonstrar ditas alegações elaborou a autoridade fiscal planilhas, não apenas destacando as despesas, como as funções exercidas. Assim, foram resumidos os fatos narrados:

*(i) foram encontrados nos processos trabalhistas cheques da autuada, assinados por seu sócio – Sr. Antonio Roberto Gomides relativos a pagamentos feitos à empregados da RG Sertal Serviços; (j) existe identidade entre as funções dos empregados da autuada e da RG Sertal Serviços, verificandose que inúmeros trabalhadores mantiveram contratos de trabalho com as duas empresas, conforme quadro demonstrativo que elabora; (k) a RG Sertal Serviços só possui contabilizadas receitas decorrentes da prestação de serviços, quando seu objeto social inclui também a atividade de comércio; (l) suas despesas limitamse quase totalmente a folha salarial e respectivos encargos, não tendo sido encontradas despesas com energia elétrica, água, telefone, inerentes a qualquer atividade, sendo confirmado pela sócia da RG Sertal Serviços que esta não tinha despesas dessa natureza, também não possuindo máquinas, móveis, utensílios e ferramentas, verificandose situação oposta na autuada; (m) de acordo com as receitas lançadas na contabilidade, a RG Sertal Serviços prestou serviços apenas à autuada nos anos de 2007 e 2008; (n) o mesmo escritório prestava assessoria contábil às duas empresas, arcando apenas a autuada com as despesas com este escritório;*

Ora, não há como acatar a autoria de uma empresa que traz em seu recurso que possui uma pesada despesa com salários e encargos trabalhistas, pois isso nós já sabíamos. Também desguarida de razão o argumento de que a empresa prestava serviços a terceiros. Pois, bem, se esse fato ocorreu, novamente quem arcava com o custo da prestação era a RG Indústria, posto que volto a dizer não existiam custos para manutenção da empresa. Assim , novamente comprovada a falta

Quanto a alegação de que não há provas de que os empregados vestiam os mesmos uniformes

### IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAR ATOS JURÍDICOS

Quanto a inexistência de relação direta entre a empresar SERTAL Serviços RG e as empresas contratadas e que segundo o recorrente seriam os empregadores, entendo que novamente não logrou êxito o recorrente em demonstrar a inexistência de relação. Alega em seu recurso a impossibilidade de desconsideração de ato ou negócios jurídicos,

Conforme já afastado em sede de preliminar, entendo que longe está o lançamento em questão de fundar-se em mera presunção. O que restou exhaustivamente descrito no relatório e pelo que se pode constatar da análise dos autos, é que a autoridade fiscal, buscou demonstrar que a empresa, dita como contratada como mera prestadora de serviço, em uma sistemática de planejamento tributário, eram na verdade fachada, posto que não se identificou a existência de comando gerencial, nem tampouco estavam os seus empregados a lhe prestar serviços verdadeiramente.

Entendo que diversos são os fatos que devem ser considerados no lançamento em questão, nenhum deles tido de forma isolada. O que se nota é uma espécie de terceirização *sim*, conforme argumentou o próprio recorrente, contudo realizado de forma irregular, o que ensejou conforme preceitua o princípio trabalhista da Primazia da Realidade o vínculo entre a exposto.

Conforme trazido pelo próprio recorrente, entendo perfeitamente cabível a especialização e descentralização de suas atividades, ou mesmo uma sistemática eficiente de planejamento tributário, para de forma lícita diminuir os encargos tributários. Todavia, para tanto deve primeiramente observar parâmetros legais, para só em observando-os, valer-se de estratégias administrativas para busca da excelência e diminuição de sua carga tributária. Não há como se admitir que a empresa se valha de contratar empresas, para que seus funcionários prestem serviços dentro do próprio estabelecimento da tomadora, **em sua atividade fim, com evidente confusão entre as funções exercidas**, visto que o auditor demonstrou em seus relatórios, diversos documentos a que teve acesso, é possível constatar que os serviços eram verdadeiramente prestados para empresa ISP, identificando que esta promove pagamentos dos funcionários, por meio de autorizações de pagamento, depósitos em conta corrente etc, bem como assina diversas rescisões contratuais

Com vistas a melhor identificar as irregularidades cometidas, basta-nos observar a Súmula 331 do TST, dispositivo hoje que regula a terceirização do Direito Trabalhista Brasileira, visto ausência de norma específica, vejamos:

#### ***Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade***

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

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

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

***V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993,***

*especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.*

*VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.*

Ou seja, da análise da referida Súmula, nota-se que não merece guarida a contratação de outra empresa, na forma como realizado pela recorrente e demonstrado pela autoridade fiscal. Observa-se de pronto o item III da referida súmula que não admite, em regra, a contratação de serviços terceirizados para atividades fim do empreendimento, formando-se o vínculo diretamente com o tomados dos serviços. Ora, por si só esse argumento trazido pelo próprio recorrente, demonstra quão equivocada estava sua pretensão de valer-se de empresas interpostas para executar sua atividade.

Aqui independente do fato de as empresas contratadas estarem ou não sob a égide do Sistema de Tributação SIMPLES, correto o posicionamento adotado de formação do vínculo para efeitos previdenciários, sempre que constatado que a tomadora dos serviços agia como verdadeira empregadora.

Ao contrário do que entende o recorrente não é apenas o juiz que pode determinar a existência de vínculo de emprego. quando apreciamos sob a ótica do direito previdenciário.

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

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

### **QUANTO A EXISTÊNCIA FÁTICA DA EMPRESA PRESTADORA**

Da mesma forma, não vejo o que a existência forma da empresa RG Serviços inviabilize a formação do vínculo de emprego, nos moldes como realizado o lançamento. Conforme já rebatido a empresa RG Serviços existe, e continuará a existir no mundo jurídico. O que não se aceita é que pelo fato de existir no papel, tenhamos que fechar os olhos, até mesmo deixando de aplicar o princípio da primazia da realidade ou da verdade material, para admitir que uma empresa, sem nem mesmo possuir capital social substancial, prestar serviços, sem equipamentos, e mobiliário suficientes para atender sua estrutura funcional. E não venha argumentar que na terceirização de atividades meio (o que não é o caso dos autos), os prestadores podem permanecer na tomadora, o que tenho conhecimento.

Porém é fato que a prestadora DEVE EXISTIR, não só formalmente, como faticamente, com estrutura própria, com estrutura gerencial (recursos humanos, contabilidade)

própria, e não passar a empresa tomadora dos serviços os encargos de gerenciamento das atividades. Entendo, que a formação do vínculo é possível, pelo simples contratação irregular de prestação de serviços em desconformidade com a súmula 331 do TST. Quanto mais, quando a narrativa fiscal, cuida de consubstanciar o lançamento em outros meios de prova, como no caso vertente.

### DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS

Por fim, entendo que os documentos apresentados pelo recorrente não servem como meio suficiente para desconstituir o lançamento, após a apreciação dos pontos trazidos pelo auditor fiscal e pelo recorrente.

### DO FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO IN NATURA

Importante apreciar o ato gerador "alimentação", assim descrito pelo auditor em seu relatório.

*Com relação aos documentos das despesas com alimentação, a Autuada limitou-se a trazer algumas notas fiscais de refeições, as quais se encontravam desacompanhadas dos relatórios de despesas ou qualquer outro documento que possibilitasse informar a quem foi paga e por qual motivo a despesa foi realizada. Assim sendo, foram definidos como pagamentos fora do PAT-Plano de Alimentação do Trabalhador.*

*Importante se torna sublinhar que a Alimentação é uma rubrica inerente a segurados empregados, e quando fornecida pela empresa é um benefício. Entretanto, para que essa parcela "in natura" não integre o salário-de-contribuição, esta deve ser fornecida de acordo com o PAT-Plano de Alimentação do Trabalhador (Lei nº 6.321/76 art. 3º), sendo irrelevante se o benefício é concedido a título gratuito ou a preço subsidiado.*

Assim, podemos separar duas contas descritas às fls. 162, 41100400012 (DESPESAS SANITÁRIA, CAFÉ E LANCHE) e 41100200037 (LANCHES E REFEIÇÕES), para tratar de forma diversa dos demais fatos geradores, considerando primeiramente, pela própria nomenclatura das contas, tratar-se de alimentação "in natura".

Neste ponto, embora entenda que a decisão de 1 instância encontra-se em perfeita consonância com os dispositivos legais, entendo existir uma questão nova que deve ser levado em consideração para o julgamento da referida verba, qual seja a publicação do Parecer PGFN/CRJ/Nº 2117/2011 da Procuradoria da Fazenda Nacional, aprovado pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda que ensejou a publicação do Ato Declaratório 03/2011, abaixo transcrito?

#### *ATO DECLARATÓRIO Nº 03 /2011*

*A PROCURADORA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da competência legal que lhe foi conferida, nos termos do inciso II do art. 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, tendo em vista a aprovação do Parecer PGFN/CRJ/Nº 2117 /2011, desta*

*Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelo Senhor Ministro*

*de Estado da Fazenda, conforme despacho publicado no DOU de 24.11.2011, DECLARA que fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante: nas ações judiciais que visem obter a declaração de que sobre o pagamento in natura do auxílio-alimentação não há incidência de contribuição previdenciária.*

*JURISPRUDÊNCIA: Resp nº 1.119.787-SP (DJe 13/05/2010), Resp nº 922.781/RS (DJe 18/11/2008), EREsp nº 476.194/PR (DJ 01.08.2005), Resp nº 719.714/PR (DJ 24/04/2006), Resp nº 333.001/RS (DJ 17/11/2008), Resp nº 977.238/RS (DJ 29/11/2007).*

*Brasília, 20 de dezembro de 2011.*

*ADRIANA QUEIROZ DE CARVALHO*

*Procuradora-Geral da Fazenda Nacional*

Face o exposto, considerando tratar-se de fornecimento de alimentação in natura, conforme descrito nos históricos das contas, entendendo aplicável o dito parecer, excluindo do lançamento as contribuições sobre os fatos geradores ali descritos

#### ILEGALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE

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

Dessa forma, quanto à inconstitucionalidade/ilegalidade na cobrança das contribuições previdenciárias à título de RAT e a destinada a terceiros, não há razão para a recorrente. Como dito, não é de competência da autoridade administrativa a recusa ao cumprimento de norma supostamente inconstitucional, razão pela qual são exigíveis as contribuições ora lançadas e a multa pela inadimplência.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Nesse sentido, entendo pertinente transcrever trecho do Parecer/CJ n.º 771, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 28/1/1997, que enfoca a questão:

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

*A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público.*

*Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.*

No mesmo sentido posiciona-se este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF ao publicar a súmula nº. 2 aprovada em sessão plenária de 08/12/2009, sessão que determinou nova numeração após a extinção dos Conselhos de Contribuintes, sendo impossível a aplicação das questões aduzidas pelo recorrente no presente recurso.

*SÚMULA N. 2*

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

Apenas para melhor esclarecer, considerando que no AI em questão, encontram-se lançados 4 AI (3 de obrigação principal: Patronal, Segurados e Terceiros) e um AIOP pelo ausência de informação em GFIP, resta-nos agora apreciar a aplicação da multa pelo descumprimento de obrigação principal, já que em relação a obrigação principal, a procedência da parcela patronal, enseja resultado idêntico as de Terceiros e Segurados. DEBCAD 37.336.632-9: AI , DEBCAD 37.336.633-7, DEBCAD 37.336.634-5: AI .

Com relação ao. DEBCAD 37.313.912-8: AI decorrente do descumprimento de obrigação tributária acessória de apresentar GFIP com os dados correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, infringindo o disposto no artigo 32, IV e § 5o. da Lei 8.212/91, acrescentado pela Lei 9.528/97, combinado com o artigo 225, IV e § 4o. do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999. Foi aplicada a multa no valor de R\$ 350.421,10 (trezentos e cinquenta mil, quatrocentos e vinte e um reais e dez centavos) fundamentada no artigo 32, § 5º, da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97 combinado com os artigos 284, II e 373 do Regulamento da Previdência Social RPS, e Portaria MPS/MF 333, de 29/06/2010 (DOU 30/06/2010).

Com relação a aplicação da autuação pela falta de informação em GFIP, ressalto, que a única insurgência do recorrente, foi inerente a multa aplicada, citando inclusive o seu caráter confiscatório, o que não venho a concordar.

Embora tenha o recorrente questionado o valor da multa aplicável de uma maneira geral, a mesma encontra-se dentro dos estritos limites legais para sua manutenção. Assim descreveu o agente autuante:

*Para a aplicação da penalidade menos severa, para as infrações com fato gerador anterior a 04/12/2008, de acordo com o contido na alínea “c” do inciso II do art. 106 do CTN, descrito acima, é do entendimento de que se deve proceder à comparação, para a mesma conduta, entre as penalidades da legislação posterior e anterior à Lei 11.941/09, tanto na aplicação da multa isolada, quando houver apenas descumprimento de obrigação acessória, quanto na aplicação da multa de ofício, quando ocorrer a sanção pecuniária pelo não pagamento do tributo devido. Importante enfatizar que, quando da comparação das multas para a aplicação da mais benéfica, deve-se excluir deste cálculo o valor devido referente às contribuições para outras entidades e fundos. Dessa forma, para*

*outras entidades e fundos, a multa a ser aplicada será sempre a multa de mora do inciso I do art. 35 (24%), já que não existe a obrigação de declarar o valor devido destas contribuições.*

*c. Neste procedimento fiscal deparamos com a seguinte situação: foram levantados valores na Folha de Pagamento dos empregados indevidamente registrados na empresa RG SERTAL COMERCIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA EPP e sobre os pagamentos não comprovados, valores que não declarados (GFIP). Para estas condutas infratoras se aplicariam as seguintes sanções, entre outras:*

*I. **Legislação Anterior à Lei 11.941/09:** multa de mora do inciso I do art. 35 (24%) em relação às contribuições previdenciárias mais a multa por descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 32, inciso IV e §§ 3º e 5º da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/1997 apresentar a empresa o documento a que se refere o art. 32 inciso IV da Lei nº 8.212 de 24/07/1991, com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias (CFL 68).*

*II. **Lei 11.941/09:** multa de ofício estabelecida pelo inciso I do art. 44 da Lei 9.430/96 (75%).*

*d. Na Planilha - Comparação Penalidades - AI Anterior Lei 11.941/2009 X Multa de Ofício De 75%, prevista na Lei 11.941/2009 e SAFIS – Comparação de Multas estão demonstrados por competência os valores das multas acima descritas e a comparação da legislação anterior e posterior. No presente caso, nas competências 01/2007 a 12/2007;01/2008 A 11/2008 verificou-se que a multa anterior à estipulada pela Lei 11.941/09 é mais benéfica ao contribuinte; na competência 13/2007 a multa atual Lei 11.941/09 é a mais benéfica; e foram aplicadas neste procedimento fiscal.*

*e. Para as infrações com fato gerador posterior a 04/12/2008 não há o que se falar em comparação de penalidades menos severa, pois nestes casos será aplicada a multa de ofício estabelecida pelo inciso I do art. 44 da Lei 9.430/96, instituído pela Lei 11.941/09 que alterou a Lei 8.212, de 24/07/1991.*

*Nas competências anteriores a 04/12/2008, ou seja, antes da vigência da MP 449/2008 transformada na Lei 11.941/09, o lançamento de ofício de contribuições não declaradas em GFIP reporta-se à legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador - Legislação anterior à MP 449/08 e o Auto de Infração de obrigações acessórias a ser aplicado é o do art. 32, inciso IV e § 9º da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, incluídos pela Lei 11.941/09, de 27/05/2009.*

*2. **Fundamentação Legal da Infração:** O procedimento da empresa acima descrito infringe o disposto no art. 32, IV, § 5º, da Lei 8.212/91, também acrescentado pela Lei 9.528, de 10/12/1997 combinado com o art. 225, IV, § 4º do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06.05.99.*

Face o exposto, restou esclarecido que observou, o auditor, a aplicação da norma mais benéfica ao recorrente, considerando com relação ao mérito, realmente não temos muito a fazer, posto que a procedência do AI de obrigação principal é diretamente relacionado aos de obrigação acessória.. Assim, como se determinou a procedência integral dos AIOP, identico tratamento será dado as obrigações acessórias.

Por todo o exposto o lançamento fiscal seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido nos termos da DN, haja vista que os argumentos apontados pelo recorrente, no que concerne a parte remanescente são incapazes de refutar a presente notificação.

### **CONCLUSÃO**

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para rejeitar as preliminares de nulidade e no mérito DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, para excluir do lançamento as contribuições decorrente dos fatos geradores apurados nas contas 41100400012 e 41100200037.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira