



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

Processo n° 19509.000195/2008-61
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2301-003.059 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de setembro de 2012
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO
Recorrente FRIGONOSTRO INDUÍSTRIA E COMÉRCIO DE CARNES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1992 a 28/02/1997

DECADÊNCIA TOTAL

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

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Havendo pagamento antecipado, aplica-se o disposto no artigo 150, § 4º do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Redator. Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Mauro José Silva, que davam provimento parcial ao recurso. Redator: Adriano Gonzáles Silvério. Sustentação oral: Aires Gonçalves. OAB: 1342/MS.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Bernadete de Oliveira Barros - Relator.

Adriano Gonzáles Silvério - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silvério, Bernadete de Oliveira Barros, Wilson Antônio de Souza Correa , Mauro José Silva, Leonardo Henrique Lopes

CÓPIA

Relatório

Trata-se de créditos previdenciários lançados contra a empresa acima identificada, referentes a contribuições devidas à Seguridade Social, correspondente à contribuição dos empregados e à da empresa (NFLD DEBCAD 35.201.215-3), e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão de maior incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos Riscos Ambientais do Trabalho — SAT (NFLD Debcad 35.201.093-2).

Conforme Relatório Fiscal (fls. 44 para a NFLD 35.201.093-2 e fls. 48 para a NFLD 35.201.215-3), os débitos se referem às contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados que prestaram serviços à empresa FRIPORÃ que, no entendimento da fiscalização, é a sucedida da notificada..

A autoridade lançadora informa que, apesar de intimada por meio de TIAD, a empresa sucedida não apresentou a documentação solicitada, motivo que levou a fiscalização a coletar os dados em outros documentos, como RAIS, RE, CAGED, movimento de admissão e demissão com a remuneração recebida, informada pela própria empresa, cópia das Guias de Recolhimento emitidas pelo sistema COGRPS, com valores de contribuições previdenciárias recolhidos e Cópias de documentos em Processos Trabalhistas.

O agente notificante expõe, a seguir, os motivos que o levaram a incluir, como responsáveis da empresa notificada, na condição de legítimos proprietários, os senhores FRANCISCO CLAUDINEI CAPUCI, e JOSÉ CLARINDO CAPUCI, bem como os elementos de convicção da ocorrência de uma sucessão dissimulada da empresa.

Junta relatório intitulado HISTÓRICO E PONTOS RELEVANTES DA AUDITORIA FISCAL para as duas NFLDs (fls. 75 e 80, respectivamente), por meio do qual narra os fatos que indicam a prática, em tese, de crime contra a ordem tributária, nos termos do art. 2, I, da Lei nº 8.137/90, ensejando a elaboração de "Representação Fiscal para Fins Penais", a ser encaminhada às autoridades competentes para a instauração das rotinas penais cabíveis.

A empresa notificada e os Srs FRANCISCO CLAUDINEI CAPUCI e JOSÉ CLARINDO CAPUCI, considerados pela fiscalização como co-responsáveis, apresentaram defesa, sendo que a FRIGOJOSTRO impugnou, ainda, o relatório denominado HISTÓRICO E PONTOS RELEVANTES DA AUDITORIA FISCAL .

O INSS, por meio Decisão-Notificação nº 06-421.4/064/2003 (fls. 435), referente à NFLD 35.201.093-2, e da Decisão-Notificação nº 06-421.4/054/2003 (fls. 446), referente à NFLD 35.201.215-3, julgou os lançamentos procedentes e a empresa notificada, inconformada com a decisão, apresentou recursos tempestivos (fls.443 e 486, respectivamente), alegando, em síntese, o que se segue.

Inicialmente, alega que os auditores fiscais não comprovaram, nos autos, que a constituição da suposta sucessora tenha sido derivada do resultado de fusão, transformação ou incorporação da suposta sucedida e, ao contrário, a recorrente comprova, por meio dos

documentos 01, 02 e 03, anexos ao presente recurso, que a suposta sucedida não é empresa extinta e não esta inativa, bem como a suposta sucessora não deu continuidade às atividades da suposta sucedida, sendo que não consta, no quadro societário da recorrente, nenhum sócio da suposta sucedida.

Afirma que o Complexo Industrial como o Fundo de Comércio da suposta sucedida não foram adquiridos pela recorrente e, sim, conforme relato dos próprios fiscais, os referidos bens foram adquiridos pela recorrente.

Salienta que a recorrente, no exercício de suas atividades, utilizava o Complexo Industrial na condição de arrendatária, por meio de contrato de arrendamento devidamente registrado em cartório, sendo que a sucessão arbitrariamente imposta à recorrente pelos AFPS não encontra amparo legal nos art. 132 e 133 do CTN.

Insurge-se contra a imposição de responsabilidade relativa à obrigação acessória correspondente a entrega dos documentos da Friporã, esclarecendo que a suposta sucedida foi intimada em endereço estranho a sua administração, como também diverso da sua sede e das suas filiais.

Esclarece que a recorrente não foi intimada para entregar documentos da suposta sucedida, restando patente que a obrigação acessória a ela atribuída deu-se de forma inquisitorial, deliberada ao bel prazer dos AFPS.

Entende que, também de forma arbitrária e inquisitorial, os Auditores atribuíram aos sócios e mandatários da recorrente a co-responsabilidade às obrigações previdenciárias da suposta sucedida, sendo que, após identificarem e relacionarem os verdadeiros responsáveis, procede-se de forma arbitrária envolvendo pessoas estranhas ao quadro societário da suposta sucedida.

Sustenta que os auditores, além de arbitrários, foram negligentes no procedimento administrativo, pois não deram seguimento às investigações na fiscalização da suposta sucedida e, de forma cômoda, impõe as obrigações previdenciárias à sucessora.

Finaliza requerendo o provimento total do recurso, com a declaração da improcedência da sucessão e das obrigações acessórias atribuídas à recorrente, bem como da improcedência da co-responsabilidade atribuída aos sócios e aos mandatários da recorrente.

O Sr. JOSÉ CLARINDO CAPUCI, considerado pela fiscalização como co-responsável, apresentou recurso alegando, em apertada síntese, ilegalidade da sucessão atribuída à suposta sucessora e que, em hipótese alguma, se pode admitir a sua co-responsabilidade nas obrigações da empresa FRIPORÃ, uma vez que a referida empresa não se encontra inativa e todos os seus verdadeiros responsáveis foram identificados e relacionados pelos auditores fiscais.

O Sr. FRANCISCO CLAUDINEI CAPUCI, também indicado no relatório de Co-responsáveis, apresentou recurso insurgindo-se contra a sucessão atribuída à FRIGONOSTRO e contra a sua co-responsabilização pelo débito que, conforme entende, foi atribuída de forma ilegal pela fiscalização.

Repete as alegações trazidas pela FRIGONSTRO em seu recurso e entende ser infundada a afirmação feita pelo fisco de que houve simulação para descaracterizar a sucessão e a responsabilidade tributária.

Afirma serem inverídicos os fundamentos em que os auditores envolvem o recorrente na acusação de simulação e de ilícito penal que, em tese, constitui crime contra a Seguridade Social, argumentando que, se houve crime, tal fato é da responsabilidade das pessoas que constam no seu contrato social, uma vez que no crime não há sucessão.

Defende-se contra os débitos lançados por meio das NFLDs 35.201.090-8, 35.201.087-8 e 35.201.088-6, bem como da acusação de descumprimento das demais obrigações acessórias, concluindo que a suposta empresa sucessora não pode ser responsabilizada pelo não cumprimento dessas obrigações.

Finaliza reiterando que o complexo industrial, bem como o fundo de comércio da suposta empresa sucedida, não foram adquiridos pela suposta empresa sucessora, não existindo, portanto, fundamentos legais ou fáticos para que o Recorrente continue arrolado como co-responsável as obrigações constantes da NFLD nº 35.201.093-2.

O Sr. ADEMIR FILAZ também apresentou recurso (fls. 498), repetindo basicamente as alegações trazidas pela empresa recorrente, da qual é sócio-gerente, e pelos outros considerados co-responsáveis,

O INSS apresentou suas contra-razões aos recursos, concluindo pela manutenção da decisão recorrida e a 4ª CAJ do CRPS, por meio dos Acórdãos 2345/2004 (fls. 555), e 2337/2004 (fls. 565) decidiu, por unanimidade, não conhecer do recurso por deserção.

Após a inscrição do débito em Dívida Ativa, a empresa recorrente entrou com AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA em face da União, requerendo que fossem admitidos os recursos administrativos interpostos, os quais foram rejeitados devido à ausência do prévio depósito recursal.

A Justiça Federal acatou o pedido da recorrente, declarando a nulidade das decisões administrativas que não conheceram dos recursos interpostos nos autos administrativos ali indicados.

Os autos foram encaminhados a esse Conselho, em cumprimento à determinação Judicial.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Bernadete de Oliveira Barros

Os recursos apresentados pela empresa notificada e pelos Srs. FRANCISCO CLAUDINEI CAPUCI e JOSÉ CLARINDO CAPUCI são tempestivos e todos os requisitos de admissibilidade foram cumpridos, não havendo óbice para seu conhecimento.

Os recursos apresentados pelo co-responsável, Sr. ADEMIR FILAZ não serão conhecidos, uma vez que o interessado não se manifestou em sede de defesa, e sim apenas a empresa notificada, representada pelo seu sócio.

É oportuno esclarecer que o contencioso administrativo fiscal só é instaurado mediante a apresentação de defesa tempestiva e, ainda que o referido co-responsáveis não integre o pólo passivo da notificação, não apresentou perante a primeira instância de julgamento qualquer questionamento, vindo a fazê-lo somente em sede recursal.

Dessa forma, entendo que encontra-se precluído o direito à discussão de matéria trazida de forma inovadora na segunda instância administrativa, em razão do que dispõe o art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, *in verbis*:

Art.17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante

Em relação aos demais recursos, impõe suscitar, inicialmente, questão relativa ao prazo decadencial, não trazida pelas recorrentes em suas peças recursais, mas que, por ser matéria de ordem pública, deve ser reconhecida de ofício.

Verifica-se que a fiscalização lavrou as presentes NFLDs com amparo na Lei 8.212/91 que, em seu art. 45, dispõe que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendendo que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, 'b' da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91,.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita abaixo:

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

Cumprе ressaltar que o art. 49 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, determina, no inciso I do § único,

que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. 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 plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; (g.n.)”

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, restaram extintos os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

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

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.).”

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

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, as autoridades administrativas devem se adequar ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”

O STJ pacificou o entendimento de que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

As NFLDs foram consolidadas em 12/07/2002, e suas cientificações ao sujeito passivo se deu em 22/07/2002.

Constata-se que, por qualquer regra do CTN, os levantamentos M02 e M03 encontram-se totalmente decadentes.

Para o levantamento M01, verifica-se que não consta que tenha havido adiantamento do tributo, tratando-se, portanto, de lançamento de ofício, caso em que se aplica o disposto no art. 173, do CTN, transcrito a seguir:

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

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

Dessa forma, considerando o exposto acima, constata-se que se operara a decadência do direito de constituição do crédito para os valores lançados até a competência 11/1996, inclusive 13º de 1992 a 1996, para ambas as NFLDs objeto do presente processo administrativo fiscal (Debcads 35.201.093-2 e 35.201.215-3).

Para a competência 12/1996, o tributo poderia ter sido recolhido em 01/1997, iniciando-se a contagem do prazo em 01/01/1998, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do dispositivo legal transcrito acima.

Nesse sentido, reconheço a decadência parcial do débito.

Os recursos apresentados contra as decisões do INSS, tanto pela empresa recorrente quanto pelas pessoas físicas consideradas pela fiscalização como co-responsáveis, serão analisados em conjunto, tendo em vista a semelhança das argumentações apresentadas.

Constata-se que todos os recorrentes insurgem-se contra a caracterização da sucessão realizada pela autoridade lançadora.

Sustentam, em síntese, que os auditores fiscais não comprovaram que a constituição da suposta sucessora tenha sido derivada do resultado de fusão, transformação ou incorporação da suposta sucedida.

Contudo, o que a fiscalização constatou foi a presença dos elementos que caracterizam a sucessão, quais sejam, empresas que desenvolvem o mesmo ramo de atividade, no mesmo endereço, com a transferência de fundo de comércio.

E, ao contrário do que sustenta as recorrentes, a autoridade fiscal não precisa comprovar a ocorrência de fusão, transformação ou incorporação da empresa sucedida para caracterizar a sucessão.

A sucessão de empresas é caracterizada pela aquisição, pela empresa sucessora, a qualquer título, de fundo de comércio ou estabelecimento industrial, e continuar a mesma exploração.

O art. 133, do CTN, estabelece que:

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

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

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

A fiscalização verificou que a empresa FRIGONOSTRO passou a funcionar no mesmo local em que até então funcionava a empresa Friporã,, utilizando exatamente das mesmas máquinas e equipamentos e de mesmos empregados, além de ter assumindo débitos por ela contraídos.

A própria empresa FRIGONOSTRO reconhece a mudança do pólo passivo da obrigação no processo trabalhista em que foi celebrado acordo entre a empregada da FRIPORÃ, Sra MEIRY LUCIANA MARTINS PERIGO, e a empresa recorrente, FRIGONOSTRO IND. E COM. DE CARNES LTDA, conforme comprovam documentos de fls 38 a 40.

Os outros documentos acostados aos autos pela fiscalização, extraídos de ações trabalhistas movidas por empregados da FRIPORÃ, corroboram a afirmação de que a FRIGONOSTRO é a sucessora da FRIPORÃ. (ex. fls. 41 e fls. 184).

Observa-se, da análise dos acordos trabalhistas juntados, que a empresa ora recorrente em nenhum momento nega, em juízo, que é a sucessora da Friporã, sempre figurando no pólo passivo das demandas trabalhistas dos ex-empregados da sucedida e fazendo acordos e arcando com o pagamento dos valores relativos a verbas salariais dos demandantes, referentes à época em que eram empregados da FRIPORÃ.

Da mesma forma, a fiscalização narra, e comprova os fatos narrados com **farta documentação, o histórico de aquisição e arrendamento do imóvel e todos os maquinários**

da unidade industrial da sucedida, ressaltando pontos que sinalizam uma simulação no negócio do arrendamento, como valor mensal muito abaixo da realidade e incompatível com a magnitude do empreendimento e o oferecimento à penhora, pelo Sr Francisco Claudinei Capuci, procurador e Gerente Administrativo e Financeiro do Frigonostro, de bens da unidade industrial, o que é, no mínimo, inusitado, uma vez que todos os bens, em princípio, deveriam pertencer aos arrendantes e locadores, e não aos locatários/arrendatários.

Observa-se que a própria notificada afirma, no item 2.2.5, de seu recurso (fls. 446), que “e sim, conforme relato dos próprios auditores constantes nos autos, os referidos bens foram adquiridos pela Recorrente”.

A fiscalização expôs, com muita clareza e riqueza de detalhes, juntando, inclusive, farta documentação comprobatória de suas afirmações, os motivos pelos quais entendeu que houve a simulação no arrendamento do parque industrial da sucedida pela sucessora.

Realmente, da análise dos fatos apresentados, verifica-se a existência de uma simulação no procedimento adotado pelos recorrentes.

Fatos como a confissão de dívida cumulada com dação em pagamento de todos os bens da Friporã, o arrendamento do parque industrial a valores irrisórios para a Frigonostro, a assunção de dívidas trabalhistas pela Frigonostro, a relação estreita entre os sócios da Friporã e as pessoas físicas que assumiram as dívidas desta e os mandatários da Frigonostro, e o curto espaço de tempo em que todo o negócio se realizou, corroboram a afirmação de que houve uma sucessão de fato.

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

O Código Civil Brasileiro de 2002 traz, no § 1º, do art. 167, as hipóteses em que fica configurada a ocorrência de simulação:

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

§ 1o Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

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

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

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

E, conforme demonstrado nos autos, a situação verificada pela auditoria fiscal se enquadra perfeitamente no dispositivo legal transcrito acima.

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

E, de acordo com o art. 118, inciso I do CTN, a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos.

Assim, em respeito ao Princípio da Verdade Material e pelo poder-dever de buscar o ato efetivamente praticado pelas partes, a Administração, ao verificar a ocorrência de simulação, pode superar o negócio jurídico simulado para aplicar a lei tributária aos verdadeiros participantes do negócio.

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

“Como é sabido, a Administração Tributária não tem nenhum interesse direto na desconstituição dos atos simulados, salvo para superar-lhes a forma, visando a alcançar a substância negocial, nas hipóteses de simulação absoluta. Para a Administração Tributária, como bem recorda Alberto Xavier, é desprecioso que tais atos sejam considerados válidos ou nulos, eficazes ou ineficazes nas relações privadas entre os simuladores, nas relações entre terceiros ou nas relações entre terceiros com interesses conflitantes. Eles são simplesmente inoponíveis à Administração, cabendo a esta o direito de superação, pelo regime de desconsideração do ato negocial, da personalidade jurídica ou da forma apresentada, quando em presença do respectivo “motivo” para o ato administrativo: o ato simulado”

Portanto, na presença de simulação, a auditoria fiscal tem o dever-poder de não permanecer inerte, pois tais negócios são inoponíveis ao fisco no exercício da atividade plenamente vinculada do lançamento, que no caso em tela encontra respaldo ainda no artigo 149, inciso VII do CTN que dispõe o seguinte:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

.....

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

Nesse sentido, por tudo que foi exposto, verifica-se que os auditores não foram nem arbitrários e muito menos negligentes, como quer fazer crer os recorrentes, uma vez que, nos termos dos normativos legais que tratam da matéria, o fisco não precisaria “dar seguimento às investigações na fiscalização da suposta sucedida”, já que, configurada a sucessão, a sucessora é a responsável pelos tributos devidos pela sucedida até à data do ato da sucessão.

Restou demonstrado, pela fiscalização, que os expedientes utilizados pela recorrente tinham por objetivo simular negócio jurídico, no qual a *intentio facti* se divorcia da *intentio iuris*, ou seja, a intenção das partes é uma, a forma jurídica adotada é outra.

As recorrentes afirmam, de forma inovadora em relação à defesa, que a empresa Friporã ainda se encontra em atividade, conforme documentos 01 e 02.

No entanto, cabe observar que o argumento acima não foi apresentado em sede de defesa, o que, nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, se consubstancia em matéria não impugnada, para a qual ocorreu a preclusão do direito de discussão.

Porém, ainda que não se considerasse ocorrida a preclusão, verifica-se, no caso presente, que a empresa não prova o alegado.

Os documentos juntados aos autos, às fls. 465/466, se referem a uma situação existente em 01/06/98, e não em 1999, quando da ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária.

E, segundo a fiscalização, o sócio-gerente da Friporã informou que essa empresa cessou suas atividades no mês de agosto de 1999.

Assim, pelo que foi trazido aos autos, tanto pela fiscalização quanto pela recorrente, entendo que restou caracterizada a sucessão, pois os elementos acima, presentes no caso em estudo, evidenciam a sucessão de fato, nos termos do art. 133, do CTN, e art. 242, da IN 70/2002, vigente à época do lançamento.

As recorrentes insurgem-se contra a imposição de responsabilidade relativa à obrigação acessória correspondente a entrega dos documentos da Friporã.

Entretanto, cumpre observar que o débito discutido no presente processo administrativo fiscal não foi lançado por descumprimento de obrigação acessória e, sim, por descumprimento da obrigação principal de recolher, ao INSS, as contribuições devidas à Previdência Social e aos Terceiros, incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados que prestaram serviços à empresa Friporã, sucedida da Frigonostrom, e informadas em GFIPs..

Quanto ao argumento de que a sucedida foi intimada em endereço estranho a sua administração, como também diverso da sua sede e das suas filiais, apesar de também tratar-se de matéria preclusa, uma vez que não foi trazida na impugnação, verifica-se que tal afirmação não invalida o labor fiscal, uma vez que a empresa sucedida recebeu as intimações em 01/06/2002, conforme AR de fls.23, e mesmo assim não apresentou a documentação solicitada pela fiscalização.

Em relação aos argumentos contrários aos débitos lançados por meio das NFLDs 35.201.090-8, 35.201.087-8 e 35.201.088-6, bem como de descumprimento das demais obrigações acessórias, entendo que o recorrente deve demonstrar seu inconformismo nos autos que discutem tais lançamentos, e não no presente processo, que discute a NFLD 35.201.218-8, lançada, reitera-se, por descumprimento de obrigação principal.

Da mesma forma, relativamente às alegações para afastar o ilícito penal que, em tese, constitui crime contra a Seguridade Social, cumpre esclarecer que a autoridade fiscal notificante não é titular da pretensão punitiva estatal, cabendo-lhe apenas representar ao órgão competente — no caso, ao Ministério Público Federal — a quem caberá tipificar o fato e oferecer ou não a denúncia.

Logo, o que é pertinente na Representação Fiscal para Fins Penais é tão-somente o relatório dos fatos e não a sua tipificação penal, devendo-se enfatizar, ainda, que o resultado da persecução penal não interfere no julgamento do processo administrativo fiscal, eis que distintos os seus objetos.

Os recorrentes insurgem-se ainda contra o relatório de co-responsáveis.

Entenderam que, também de forma arbitrária e inquisitorial, os Auditores atribuíram aos sócios e mandatários da recorrente a co-responsabilidade às obrigações previdenciárias da suposta sucedida, sendo que, após identificarem e relacionarem os verdadeiros responsáveis, procede-se de forma arbitrária envolvendo pessoas estranhas ao quadro societário da suposta sucedida.

Porém, a fiscalização constatou, e comprovou, que os Srs. FRANCISCO CLAUDINEI CAPUCI e JOSÉ CLARINDO CAPUCI que constam como procuradores da empresa são, na realidade, de os verdadeiros sócios da notificada.

O Sr. Francisco está registrado como “Gerente Administrativo e Financeiro da Frigonostro, e os proprietários formais, aqueles figuram no documento de constituição da empresa, são pessoas modestas e desprovidas de patrimônio, cujos atos se restringiram tão somente em apor suas assinaturas no contrato social, alterações contratuais, nas procurações e no contrato de arrendamento.

Já os procuradores são pessoas notoriamente conhecidas na referida atividade econômica, advindas de família tradicional e abastadas, sendo eles que assinam todos os documentos e praticando todos os atos imprescindíveis às atividades operacionais da indústria..

Os sócios formais, Srs. Ademir Filaz e Antônio Lourenço de Lima Neto, antes da constituição do Frigonostro, foram empregados, desempenhando atividades de pouca qualificação e baixa remuneração, percebendo um salário médio mensal de R\$309,00 e R\$400,34, respectivamente, tendo sido elevados da condição de trabalhador empregado para comerciante industrial, concorrendo com o montante de R\$150.000,00 para a abertura do empreendimento industrial "Frigonostro Ind. Com . de Carnes Ltda.

A fiscalização observou que a Frigonostro, cujas atividades industriais se deu em 11/2001, com um capital social de apenas R\$150.000,00, já registrou, no seu primeiro mês de atividade, o volume de compras em um valor total de R\$3.870.211,17, basicamente com aquisição de gado bovino para abate, sendo que em 12/2001 esse valor foi de R\$6.908.267,34, o que é totalmente incompatível com o capital social da empresa e a realidade econômica de seus sócios.

Os documentos relativos à aquisição de gado da principal fornecedora da recorrente, a Fazenda Paquetá, estão assinados por José Clarindo Capuci ou Francisco C. Capuci, e a Certidão de fls. 186, na qual o Sr Ademar Capucci figura como sócio-proprietário da reclamada, que no caso é a Frigonostro.

Por esse motivo, e pelos demais expostos pela fiscalização, no relatório denominado HISTÓRICO E PONTOS RELEVANTES DA AUDITORIA FISCAL, às fls. 51, entendo que os verdadeiros sócios da recorrente são FRANCISCO CLAUDINEI CAPUCI e JOSÉ CLARINDO CAPUCI, tendo a autoridade fiscal agido em conformidade com as norma legais ao incluí-los no relatório de Co-Responsáveis.

Todavia, em que pese a correção do labor fiscal, cumpre esclarecer que a inclusão do nome dos co-responsáveis é um dos requisitos necessários para a constituição do crédito.

O sujeito passivo que deve suporta o ônus contido na NFLD em tela é a própria empresa, sendo ela, em primeira análise, a responsável pelo crédito ora discutido, não

podendo se afirmar que sejam as pessoas arroladas no relatório de co-responsáveis, neste momento, o sujeito passivo da obrigação inadimplida.

Desse modo, a indicação dos sócios e administradores no anexo denominado de CORESP nada mais representa do que documento instrutório da NFLD, previsto na legislação previdenciária.

Como o art. 79, inciso VII, da Lei n.º 11.941/2009, revogou o art. 13 da Lei n.º 8.620/93, a simples indicação dos representantes legais da empresa por meio do CORESP não implica a sua inscrição de imediato em dívida ativa.

Registre-se que a lista nominal serve apenas como uma relação indicativa de representantes legais arrolados pelo fisco, já que posteriormente servirá de consulta para a Procuradoria da Fazenda Nacional.

Porém, para deixar claro que o fisco não pode incluir as pessoas físicas relacionadas no CORESP de pronto na certidão da dívida ativa, entendo que deva ser deixado consignado o provimento parcial do recurso, eis que necessário para o dispositivo final do julgado.

Nesse sentido e

Considerando tudo mais que dos autos consta,

VOTO por CONHECER DO RECURSO, para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, excluindo do débito, por decadência, os valores lançados até 11/96, inclusive, e para deixar claro que o rol de co-responsáveis é apenas uma relação indicativa de representantes legais arrolados pelo fisco, podendo servir, posteriormente, de consulta para a Procuradoria da Fazenda Nacional.

Bernadete de Oliveira Barros - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Adriano Gonzáles Silvério, Redator Designado

No caso dos autos, há divergência em relação ao prazo decadencial incidente.

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

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Verifica-se que a fiscalização lavrou a NFLD discutida com amparo na Lei 8.212, de 24 de julho de 1991 que, em seu art. 45, dispõe que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendendo que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, 'b' da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nº 5596664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8212/91.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 na respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita abaixo:

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

Cumprе ressaltar que o art. 62, da Portaria 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, determina, no inciso I do § único, que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

“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.

Parágrafo único. 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 plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou”

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, restaram extintos os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafo da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004, *in verbis*:

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

§1º A Súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.).”

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

Ademais, nos termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, as autoridades administrativas devem se adequar ao entendimento do STF, sob pena de responsabilidade pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”

Afastado, pois, o prazo previsto originalmente no citado artigo 45, cabe agora verificar o prazo aplicável, se aquele do 150, § 4º ou 173, inciso I, ambos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional.

Temos adotado a posição doutrinária e jurisprudencial no sentido de que havendo pagamento antecipado por parte do contribuinte, em relação ao fato gerador posto em discussão, deve incidir o prazo decadencial quinquenal previsto no mencionado artigo 150, § 4º. Nesse sentido a decisão proferida pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, na sistemática de recurso repetitivo, nos autos do Recurso Especial 973.733/SC, a qual deve ser atendida, por força do disposto no artigo 62-A Portaria 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o

mesmo inocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou

simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. *É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).*

3. *O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).*

5. *In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos impositivos ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.*

6. *Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuassem o lançamento de ofício substitutivo.*

7. *Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."*

No caso dos autos a autoridade fiscal, conforme se verifica no item 7 do Relatório Fiscal verificou durante o procedimento fiscalizatório os pagamentos efetuados mediante GPS, sendo todos considerados no levantamento. Assim afirmou a autoridade fiscal

no relatório fiscal: *“Emitimos e consideramos todas as Guias de Recolhimento existentes na Conta-Corrente.”*

Logo, divirjo parcialmente da posição adotada pela Ilustre Conselheira Relatora, pois a regra constante do artigo 150, § 4º do CTN deve incidir em todo o período, pois não há dúvidas de que houve pagamento antecipado do tributo.

Sabendo-se que na espécie o período verificado está compreendido entre janeiro de 1992 a fevereiro de 1997 e que a ora recorrente foi intimada da NFLD em 22/07/2002, verifica-se que está decaído todo o lançamento.

Ante o exposto, VOTO no sentido de CONHECER o recurso e DAR-LHE PROVIMENTO.