



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

Processo n° 11330.000062/2007-81
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **2803-001.040 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 30 de setembro de 2011.
Matéria CP: AUTO DE INFRAÇÃO: GFIP. FATOS GERADORES.
Recorrente CONTRASTE ENGENHARIA E AUTOMOÇÃO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 28/02/2007

AUTO DE INFRAÇÃO – AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE TODOS OS FATOS GERADORES.

DECADÊNCIA PARCIAL. DAS FALTAS JUSTIFICADORAS DA MULTA. RECONHECIDA. DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. INEXISTÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADO EMPREGADO. POSSIBILIDADE.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do(a) relator(a), em relação as faltas justificadoras da infração e da aplicação da multa até a competência 10/2001, inclusive, devendo os valores relativos a estas competências serem excluídas do presente crédito, não acatando todas as demais teses da recorrente.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira – Relator.

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Amilcar Barca Teixeira Junior, Gustavo Vettorato, Wilson Antonio de Souza Correa.

Relatório

O presente Auto de Infração – AI DEBCAD 37.056.423-5, CFL.68, apresentar a empresa o documento a que se refere a Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, IV e parágrafo 3º, acrescentados pela Lei 9.528, de 10.12.97, com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, IV e parágrafo 5º, também, acrescentados pela Lei 9.528, de 10.12.97, combinado com o art. 225, IV e parágrafo 4º, do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, objetivando a aplicação de multa punitiva em razão do descumprimento do dever instrumental, referente ao período de apuração 06/1999 a 12/2005, conforme Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, de fls. 06 a 09.

O contribuinte foi cientificado do lançamento fiscal, em 13/03/2007, conforme, Folha de Rosto do Auto de Infração – FR, de fls. 01.

As faltas justificadoras da autuação estão descritas, no Relatório Fiscal da Aplicação da Multa – REFISC, de fls. 75 a 78, onde o período da multa vai de 01/2000 a 12/2005, não incluindo o 13º destes anos.

A empresa apresentou impugnação, em 28/03/2007, as fls. 226 a 238, tal impugnação foi acompanhada dos documentos, de fls. 239 a 248.

A impugnação fora considerada tempestiva, fls.251 e 252.

O órgão julgador de primeiro grau prolatou o Acórdão Nº 12-15.677 - 13ª Turma DRJ/RJOI, em 29/08/2007, conforme fls. 256 a 265, na qual o lançamento foi considerado procedente.

O sujeito passivo foi cientificado dessa decisão, em 27/12/2007, AR, de fls. 266.

O contribuinte interpôs recurso voluntário, recebido em 16/01/2008, de fls. 267 a 282, acompanhado dos documentos, de fls. 283 a 293.

As razões recursais em resumidíssima síntese são as seguintes.

Pressupostos de admissibilidade.

- Que o recurso é tempestivo.
- Que o depósito recursal é inconstitucional, segundo o STF e foi revogado pela MP 413/2008;

Preliminarmente.

- Que o artigo 45, da Lei 8.212/91 é inconstitucional, sendo assim nulo o prazo decadencial de 10 anos, sendo que o artigo 173, I, do CTN

fixa cinco anos, estando decadentes os fatos geradores ocorridos até 12/2001;

Mérito.

- Que o fiscal supôs que todas as contribuições não foram declaradas em GFIP, bem como supôs que os vários contratos de prestação de serviços encobriam vínculo empregatício;
- Que houve erro na contabilidade por parte da recorrente que registrou duas vezes relatório de horas, mas que tal erro foi corrigido;
- Que o auto é nulo, pois carece de decisão judicial que reconheça a recorrente como devedora, devendo ser julgado nulo o débito ante e re-ratificação do livros fiscais;
- Que a autoridade fiscal não tem atribuição, para avaliar a legalidade da contratação, sendo isto atribuição exclusiva do judiciário, que no exercício do poder de polícia não pode o fisco invadir a esfera de outro poder e decidir sem dilação probatória;
- Que a autoridade fiscal não tem atribuição, pois o parágrafo único do artigo 116 não é aplicável, por falta da lei determinadora do procedimento da desconsideração;
- Que a NFLD é nula, pois o agente fiscal usurpou competência da Justiça do Trabalho, que sem o provimento jurisdicional com a dilação probatória, acerca de vínculo empregatício não pode o fisco tachar a empresa de devedora, não estando presente os pressupostos legais tais como: abuso de direito;
- Que a desconstituição de personalidade jurídica é atribuição exclusiva do autoridade judiciária, não podendo ser feita por auditor fiscal, só sendo aplicável tal medida extrema na presença de ilícito, burla à lei;
- Que no presente caso não há relação empregatícia entre a recorrente e as empresas contratadas ou com os prestadores desta, não apenas atividade de autônomos, sem vínculo laboral;
- Que o ato administrativo possui relativa presunção de legitimidade, mas o fisco deve trazer ao lançamento substrato probatório;
- Requer ao final: a) acolhimento da preliminar de decadência; b) reforma da decisão *a quo*, julgando o crédito improcedente ou pelo menos com a exclusão das competências 01/2000 a 12/2002 devido a decadência.

O recurso foi considerado tempestivo, fls. 296.

Os autos subiram ao 2º Conselho de Contribuintes, fls. 296.

Processo nº 11330.000062/2007-81
Acórdão n.º **2803-001.040**

S2-TE03
Fl. 301

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme consta, fls. 296, e comprovam o, AR, de fls. 266, e a Petição Recursal, com carimbo de recepção do recurso, em 16/01/2008, fls. 267.

A recorrente não realizou o depósito recursal, tendo em vista que este foi extinto pelo MP 413/2008 convertida na Lei 11.727/2008.

Presentes os pressupostos de admissibilidade passo ao recurso.

Preliminares.

A decadência, embora, leve a julgamento de mérito deve ser apreciada antes das demais matérias por ser antecedente lógico, pois caso reconhecida de maneira parcial ou total pode inviabilizar o conhecimento das questões suscitadas, também, de forma parcial ou total.

A alegação de decadência encontra eco na legislação, uma vez que depois de proferida a decisão pela autoridade julgadora *a quo* o Supremo Tribunal Federal entendeu por editar a Súmula Vinculante N° 08/2008, abaixo transcrita:

Súmula Vinculante n° 8 “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5° 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”.

E conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal a Súmula de n° 8 tal norma vincula toda a Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la.

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.

No caso em estudo a questão é saber qual deve ser o marco inicial da decadência, ou seja, a contagem dar-se-ia pelo artigo 150, 4° ou 173, I, ambos do CTN. Aplica-se o primeiro no caso de antecipação de pagamento e o segundo em não havendo tal antecipação, conforme já definido pelo STJ, sendo a teoria mais aceita e que, também, adoto, como a seguir explicitada:

RECURSO ESPECIAL N° 970.947 SC (2007/0173291-6)

Esta Corte tem firmado o entendimento de que o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário pode ser estabelecido da seguinte maneira:

a) em regra, segue-se o disposto no art. 173, I, do CTN, ou seja, o prazo é de cinco anos, contado "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado";

b) nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo é de cinco anos, contado do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

No presente caso a meu ver a regra a ser aplicada é a do artigo 173, I, da Lei 5.172/66, pois estamos no campo do auto de infração por descumprimento de dever instrumental e neste caso não há antecipação de pagamento, pois se tivesse havido pagamento o crédito estaria extinto e não haveria o presente julgamento.

No presente caso aplicou-se o Precedente da Primeira Seção do STJ submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC - RESP 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 12.08.2009, DJe 18.09.2009), nos termos do artigo 62-A da Portaria MF/GM 256/2009 – Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

Desta forma, segundo explicitado pela agente autuante, no REFISC, de fls. 16 a 74, conforme supramencionado, as faltas justificadoras da infração estão neste consignadas e referem-se a período de 01/2000 a 12/2005, conforme Relatório Fiscal da Aplicação da Multa – REFISC, de fls. 75 a 78.

Contando-se a decadência pela regra do primeiro dia do exercício seguinte em que o crédito poderia ter sido lançado e compatibilizando esta com o prazo retroativo de cinco do MPF, que foi recebido, em 06/11/2006, para o período a ser fiscalizado, tem-se o marco inicial da decadência como sendo 07/11/2001, assim, as faltas ocorridas entre 01/2000 a 10/2001, inclusive, estão decadentes e não justificam a infração, devendo ser excluídas deste crédito.

O agente fiscal autuante não supôs nada muito pelo contrário demonstrou de forma clara e discriminada a sistemática da declaração de todas os fatos geradores em GFIP, bem como o acobertamento de pagamento de salários via suposta prestação de serviços por interpostas pessoas jurídicas, tudo conforme passagens a seguir transcritas.

2) Apuramos contribuições através nos lançamentos contábeis efetuados nas Contas: 3.01.02.01.0.00.046 - CUSTO DOS RECURSOS, 3.01.02.01.0.00.047 - CUSTO DE FERIAS E FOLGAS, 3.01.02.01.0.00.048 - CUSTO DE OCIOSIDADE e 3.01.02.01.0.00.049 - CUSTO DE BANCO DE HORAS, cujas contribuições foram lançadas A cota da NFLD DEBCAD N° 37.056.422-7, que da mesma forma do narrado no item anterior não foram levados a feito nas respectivas GFIP's, tudo a vista do "DEMONSTRATIVO DO DÉBITO ANEXO A NFLD DEBCAD N° 37.056.422-7", constituído de 27(vinte e sete) folhas, que passa a constituir-se em fls. 80/106 do presente relatório.

3) Arrola também o presente Auto de Infração contribuições apuradas com a lavratura de 80 (oitenta) NFLD's, cujos valores estão demonstrados no ANEXO I - Demonstrativo dos Valores Apurados, correspondentes a valores pagos por terceirização em desacordo com lei, onde restaram provados os fatos, indenés de dívidas, quanto ao vínculo empregatício dos ditos "micros empresários" com a Notificada em razão, dentre outros, pelos fatos a seguir narrados e demonstrados como: **3.1) Empregados devidamente registrados no quadro de**

funcionários da Notificada recebendo o piso mínimo da categoria profissional em folha de pagamento e complementando suas remunerações com a emissão de notas fiscais de serviços; 3.2) "Pessoas Jurídicas" recebendo Participação nos Lucros, modalidade de remuneração essa pertinente exclusivamente A categoria dos empregados na forma disposta pelo artigo 7º, inciso XI, da Constituição Federal, disciplinada pela Lei nº 10.101/2000, pagos em desacordo com os pressupostos da Lei Nº 10.101/2000, notadamente em seu Artigo 2º, Incisos I e II.

3.3) Prestadores de serviços cumprindo jornada de trabalho de oito horas, alguns com intervalo de uma hora para almoço conforme cláusula inserida no Anexo I do Contrato de Trabalho celebrado entre as partes e/ou marcação de cartão de ponto.

3.4) Prestadores de serviços recebendo "ajuda de custo" mensal e

3.5) Prestadores de serviços recebendo valores a título de alimentação e transporte.

As constatações e esclarecimentos continuam em muitos outros trechos do relatório todos com fulcro em vasto conteúdo probatório acostado nos respectivos autos e discriminados por meio de planilhas e com a anexação do relatório da notificação nº 37.056.421-9, as fls.79 a 92.

A autoridade fiscal em momento algum no REFISC, de fls. 16 a 74, fundamentou a caracterização da condição de segurado empregado na aplicação do artigo 116, parágrafo único da Lei 5.172/66.

O suposto erro na contabilidade carece de prova, pois é fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito comprovado do fisco, artigo 333, II da Lei 5.869/73 c/c o artigo 16, § 4º do Decreto 70.235/72.

Além do que, sobre o tema incide o artigo 147, § 1º da Lei 5.172/66.

A autoridade fiscal não verificou a legalidade da contratação, do contrato ou do negócio jurídico, pois isto não lhe compete, mas averigua e lança as contribuições devidas em razão da ocorrência do fato gerador e da presença dos requisitos da configuração de segurado obrigatório na categoria de empregado, nos termos do artigo 12, I, "a" da Lei 8.212/91 c/c o artigo 142 e c/c o artigo 149, ambos, da Lei 5.172/66.

Deve-se levar em conta também que não se registra na contabilidade horas de trabalho, pois isto não é fato contábil, uma vez que não gera alteração do patrimônio da empresa, talvez, os salários devidos pelas horas trabalhadas.

A autoridade fiscal em momento algum no REFISC, de fls. 16 a 74, fundamentou a caracterização da condição de segurado empregado na aplicação do artigo 116, parágrafo único da Lei 5.172/66, como já dito acima.

A fiscalização apenas vez averiguar se os elementos da alínea "a", do inciso I, do artigo 12 da Lei 8.212/91 estão presentes no caso concreto e nada mais. Aliás, a jurisprudência é assente quanto a competência da fiscalização previdenciária para empreender tal atividade.

TRIBUTÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – INSS – COMPETÊNCIA – FISCALIZAÇÃO – AFERIÇÃO – VÍNCULO EMPREGATÍCIO. 1. A autarquia previdenciária, por meio de seus agentes fiscais, tem competência para reconhecer vínculo trabalhista para fins de arrecadação e lançamento de contribuição previdenciária. 2. O acórdão recorrido decidiu manter a validade das NFLDs, com base em provas fáticas. Aferir a documentação que instruiu a causa, para efeito de análise do enquadramento de terceirizados como empregados, demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte em vista do óbice da Súmula 7/STJ. Recurso parcialmente conhecido e improvido.(RESP 200602188458, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, 13/10/2008)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INSS. FISCALIZAÇÃO DE EMPRESA. CONSTATAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO NÃO DECLARADO. COMPETÊNCIA. AUTUAÇÃO. POSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. I - Inexiste na espécie sub judice qualquer omissão, obscuridade ou contradição, apenas o intuito de rediscutir matéria já decidida, emprestando-lhe o efeito infringente. II - O acórdão embargado exarou o entendimento, já sufragado por ambas as Turmas componentes desta Primeira Seção, de que possui a autarquia previdenciária competência para, quando da fiscalização, averiguar a existência de vínculo empregatício e, diante da existência deste, proceder à autuação da empresa. III - O recurso especial em tela foi interposto em sede de apelação em mandado de segurança, no qual a discussão mestra se referia à competência do INSS para o reconhecimento da existência ou não de vínculo laboral. Assim, descabe o argumento do embargante de que este STJ teria laborado em supressão de instância, em face de os Julgadores Ordinários não terem ainda examinado se existentes ou não in casu os requisitos do art. 3º da CLT, configuradores de vínculo empregatício. Tal assertiva revela-se mais como tentativa de alterar o foco da questão jurídica efetivamente discutida nos autos, ainda mais porque tal verificação, por implicar em dilação probatória, sequer é compatível com a via mandamental. IV - Embargos de declaração rejeitados.(EDRESP 200600544830, FRANCISCO FALCÃO, STJ - PRIMEIRA TURMA, 18/12/2006)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ANULAÇÃO DE NFLD. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PREVISTA NO ART. 31 DA LEI Nº 8.212/91, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.711/98. CONSTITUCIONALIDADE. DEDUÇÃO DE DESPESAS NÃO COMPROVADAS. AUTÔNOMO. CARACTERIZAÇÃO DE RELAÇÃO DE EMPREGO. CABIMENTO. REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. 1. A jurisprudência é pacífica quanto à validade da alteração da sistemática de recolhimento das contribuições previdenciárias, levada a efeito pela modificação do art. 31 da Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 9.711/98. Precedentes, inclusive do STF. 2. A prestação de serviços contratada pela empresa enquadra-se como empreitada de mão de obra, hipótese em que também se aplica a substituição tributária, por força da disposição expressa do art. 31, § 4º, III, da Lei nº 8.212/91. 3. Impossibilidade de dedução dos gastos com materiais da base de cálculo da contribuição devida, em razão da falta de comprovação de tais despesas. 4. Nos termos do art. 33 da Lei nº 8.212/91, a fiscalização

previdenciária tem o poder de investigar e lançar a contribuição, caso reconheça que há relação de emprego e não de prestação de serviços autônomos, sendo que o reconhecimento do vínculo empregatício para fins de arrecadação e lançamento de contribuição previdenciária não implica reconhecimento de direitos decorrentes da relação empregatícia. 5. Presunção de legitimidade da notificação fiscal não ilidida pela parte autora. 6. Redução da verba honorária. Relativa simplicidade da tese jurídica debatida nos autos. Ausência de realização da fase de instrução. 7. Apelação parcialmente provida. (AC 200451010229441, Desembargador Federal ANTONIO HENRIQUE C. DA SILVA, TRF2 - QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, 25/03/2010) (os destaques são meus).

Desta forma, fica evidente que não há que se falar em aplicação da citada norma e muito menos em usurpação da competência da Justiça do Trabalho, pois não se trata de reconhecer vínculo empregatício para fins trabalhista, mas tão somente a existência dos requisitos da configuração do segurado obrigatório na categoria de empregado.

Mostra-se, também, evidente pelo que foi supramencionado que não ocorreu descaracterização da personalidade jurídica de ninguém. Apenas a fiscalização atuou com sua competência legal de investigar a relação entre o trabalhador e a autarquia previdenciária, enquadrando àquele na categoria que realmente se faz presente.

No entanto, ainda, que se fizesse necessário a desconsideração da personalidade jurídica das interpostas pessoas jurídicas na relação previdenciária, tal ocorrência seria possível, pois tal atribuição/competência não é exclusiva do judiciário

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - INOCORRÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO - VÍNCULO FAMILIAR - DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. 1. As hipóteses de configuração de litisconsórcio necessário estão no artigo 47 do CPC, o qual exige imposição de lei, ou a existência de vínculo natural, pela natureza da relação jurídica. 2. A base fática da demanda descarta a existência de liame entre os litisconsortes, de relevância para o desfecho da causa, sendo certo que o fato de pertencerem os litisconsortes a uma só família não os coloca na mesma relação jurídica discutida nos autos. 3. Examinada a lei aplicável à espécie, o CTN, o primeiro diploma do direito pátrio a consagrar a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, não se encontra, nas hipóteses do artigo 134 do CTN, determinação legislativa justificadora do litisconsórcio.= 4. Recurso especial provido.(RESP 200200625278, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, 27/09/2004)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS. - A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual,

com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída. - A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. - Recurso a que se nega provimento. (ROMS 200200942657, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, 08/09/2003) (grifos meus).

Além dos nossos tribunais a doutrina assim se posiciona.

Na primeira hipótese, a autoridade fiscal, autorizada expressamente pelo art. 142 do Código Tributário Nacional, identificará o sujeito passivo (contribuinte stricto sensu). A identificação do sujeito passivo, conforme prescrito no Código Tributário Nacional, significa encontrar aquele que realizou efetivamente o fato gerador. Se entre aquele que praticou o fato descrito em lei e a responsabilidade pelo tributo devido existe uma pessoa jurídica meramente formal, um anteparo, uma “proteção” do patrimônio individual, ela será afastada (ou desconsiderada).

Sustenta-se, portanto, que o Código Tributário Nacional já permite (sempre permitiu) o afastamento de anteparos, realidades meramente formais ou artificiais (realidades falsas), dificultadores da perfeita identificação do sujeito passivo. Com efeito, o art. 149, inciso VII do Código Tributário Nacional estabelece que o lançamento será efetuado e revisto de ofício quando se comprovar a presença, entre outros, de simulação. (destaques meus).

O art. 50 do novo Código Civil não é necessário, mas é útil à autoridade fiscal no momento de constituir, em certas circunstâncias, o crédito tributário. Não é necessário porque a autoridade pode apurar o crédito tributário contra o efetivo contribuinte (em sentido estrito) ou contra o responsável, valendo-se de autorizações presentes no Código Tributário Nacional para afastar a personalidade jurídica. É útil porque confirma, para a ordem jurídica brasileira como um todo e para o direito tributário em particular, a possibilidade da desconsideração ou afastamento da personalidade jurídica.¹

Ou seja, ainda, que nos autos tivesse ocorrido desconsideração de personalidade jurídica de interpostas pessoas, o que não ocorreu, pois assevera-se esta questão apenas *ad argumentandum tantum* em resposta ao questionamento da recorrente. Não haveria óbice que o agente fiscal no desempenho de seu mister promovesse tal aplicação, até porque no próprio PAF, abrir-se-ia a oportunidade de contestação de tal ocorrência. Mas nestes autos tal desconsideração não ocorreu, como alhures esclarecido.

O agente fiscal autuante deixou claro em várias passagens de seu REFISC, de fls. 16 a 74, que a recorrente por intermédio de outras empresas que supostamente prestam serviços a ela

¹ CASTRO, Aldemário Araújo. Aplicação no Direito Tributário da Desconideração da Personalidade jurídica Prevista no Novo Código Civil. Disponível em < <http://www.aldemario.adv.br/desconidera.pdf>>. Acesso em 24 set 2011.

remunera de forma disfarçada seus próprios funcionários e juntou as provas disso no lançamento respectivo, estando o ato administrativo do lançamento perfeito e acabado nos termos do artigo 142 c/c o 149, ambos, da Lei 5.172/66, conforme alguns trechos que transcrevemos.

9.3) As notas fiscais, abaixo discriminadas, por amostragem, comprovam que a contratada se presta para emitir notas fiscais de serviços para pessoas que não pertencem ao seu quadro societário tampouco mantém qualquer relação de trabalho com a mesma, como é o caso das notas fiscais que tiveram como beneficiário Rafael Santana Guimarães, empregado da Contraste Engenharia e Automação Ltda., ora Notificada, admitido em 03/02/2004, na função de Assistente Administrativo, FREE N° 000200008, conforme documentos de fls. 10.

11) As planilhas en-1 anexo, documentos de fls. 32/33, detalha com precisão as comissões recebidas pelo empregado Thiago Pinto dos Santos, no período de 11/2004 a 12/2005, somente no diz respeito ao cliente Brasil Telecom. Consigna-se, mais uma vez, que o referido empregado teve seu registro efetivado pela Contraste Engenharia e Automação Ltda em 08/03/2004, na função de Técnico Manutenção Equipamento de Informática, com o piso mínimo da categoria profissional, conforme mencionado neste relatório, cuja FREE N°000200018, constitui doc. de fls. 17 do presente relatório fiscal.

*5) O referido segurado é empregado regularmente registrado nos quadros da contratante Contraste Engenharia e Automação Ltda., admitido em 18/02/2002, na função de **Gerente Comercial** conforme **FREE N° 000100020**, que passa a compor As fls. 07 do presente relatório, e tendo constituído em 17/03/2005 a empresa **JGOMES PROCESSAMENTO DE DADOS LTDA**, documento de fls. 08, passando a partir da competência 05/2005 a emitir mensalmente e em ordem seqüencial notas fiscais por serviços de processamento de dados, caracterizando o trabalho exclusivo e habitual, bem como sua natureza o eventual e diretamente ligada a atividade fim da Notificada. (destaque do original)*

Assiste razão a recorrente ao dizer que entre ela e as supostas prestadoras de serviços não há relação laboral nem poderia por impossibilidade jurídica. Entretanto, a fiscalização deixou cristalizado que entre a recorrente e as pessoas físicas executoras dos trabalhos, existem interpostas pessoas jurídicas com o objetivo de desvirtuar a real relação jurídica entre a recorrente e aos trabalhadores pessoas físicas, uma vez que estes trabalhadores além de empregados recebem um valor por fora em Nota Fiscal de prestação de serviços das interpostas pessoas jurídicas.

A existência dos requisitos da configuração dos trabalhadores na categoria de segurados empregados é autoaferível, pois em verdade o agente fiscal lançador estabeleceu que aqueles que recebem pagamento via nota fiscal são, também, funcionários da recorrente e desempenham atividades específicas da recorrente, explicitando tal relação.

A ato administrativo nada mais fez do que apontar a realidade das coisas. O fiscal autuante em momento algum limitou a liberdade de escolha do tipo e forma societária, pois estas estão estabelecidas em lei artigo 1.039 a 1.092 da Lei 10.406/2002 e tais entidades já estavam constituídas e não se pode limitar o que já se esgotou. Nem tão pouco promoveu qualquer limitação a forma de associação das empresas, o fisco nada mais fez do que nos termos de suas atribuições legais estabelecer os parâmetros da existência da exação, com base no artigo 142, da Lei 5.172/66.

Toda a base jurídica da tributação que está sendo exigida está demonstrada nos autos não cabendo em se falar em exigência de tributo sem lei.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso, acatando a preliminar de decadência, que resulta em resolução do mérito para **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, em relação as faltas justificadoras da infração e da aplicação da multa até a competência 10/2001, inclusive, devendo os valores relativos a estas competências serem excluídas do presente crédito, não acatando todas as demais teses da recorrente.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.