



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

Processo n° 11330.000066/2007-69
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **2803-001.041 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 30 de setembro de 2011.
Matéria CP: AUTO DE INFRAÇÃO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS EM GERAL.
Recorrente CONTRASTE ENGENHARIA E AUTOMOÇÃO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 28/02/2007

AUTO DE INFRAÇÃO – DEIXAR DE ARRECADAR MEDIANTE DESCONTO AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS.

DECADÊNCIA PARCIAL. DAS FALTAS JUSTIFICADORAS DA MULTA. RECONHECIDA. DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. INEXISTÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADO EMPREGADO. POSSIBILIDADE. EXCLUSÃO DA CAUSA DE MAJORAÇÃO DA MULTA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DA EXACERBAÇÃO.

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), acatando a preliminar de decadência em relação as faltas justificadoras da infração e da aplicação da multa até a competência 10/2001, inclusive, sem contudo promover alteração no valor da multa, pois basta uma falta subsistir para justificar a sanção, para no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, de ofício, para reconhecer que a majoração da multa em três vezes foi indevida, determinado a exclusão da majoração, como consta da fundamentação, afastando e não acatando todas as demais teses da recorrente, indeferindo o pedido de intimação para sustentação oral.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira – Relator.

Processo nº 11330.000066/2007-69
Acórdão n.º **2803-001.041**

S2-TE03
Fl. 113

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 37.076.649-0, CFL.59, deixar a empresa de arrecadar, mediante desconto das renumerações, as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos e do contribuinte individual a seu serviço, conforme previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 30, I, alínea “a”, e alterações posteriores e na Lei n. 10.666, de 08.05.03, art. 4º, *caput*, combinado com o art. 216, I, alínea “a” do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto 3.048, 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 quadro demonstrativo, itens 3 e 6 do Relatório Fiscal da Infração – REFISC, de fls. 16 a 28, onde a competência inicial é 01/2000 e a final é 12/2005, ainda, que forma intermitente.

A empresa apresentou impugnação, em 26/03/2007, as fls. 33 a 44, tal impugnação foi acompanhada dos documentos, de fls. 45 a 54.

A impugnação fora considerada tempestiva, fls.56 e 57.

O órgão julgador de primeiro grau prolatou o Acórdão Nº 12-14.456 - 13ª Turma DRJ/RJOI, em 19/06/2007, conforme fls. 59 a 68, na qual o lançamento foi considerado procedente.

O sujeito passivo foi cientificado dessa decisão, em 26/09/2007, AR, de fls. 69.

O contribuinte interpôs recurso voluntário, recebido em 22/10/2007, de fls. 70 a 92, acompanhada dos documentos, de fls. 93 a 107.

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;

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 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;
- Que não há relação de trabalho entre a recorrente e as “contratadas”, pois estas são pessoas jurídicas e nem como os seus sócios pessoas físicas, pois não estão presente os requisitos desta relação: habitualidade, exclusividade, subordinação e onerosidade;
- Que a não pessoalidade se caracteriza pelo fato dos serviços serem realizados por pessoas jurídicas e que a existência de notas fiscais sequenciais não demonstra a habitualidade, pois falta permanência e continuidade na prestação dos serviços, não estando presentes a dependência e a subordinação, pois as contratadas assumem sozinhas os riscos da atividade econômica e os contratos são de natureza civil-comercial e não trabalhista;
- Que a atividade de informática é dinâmica e exige a contratação de diversos seguimentos, sendo a locação de serviços realizada sem pessoalidade;
- Que o estabelecimento de diretrizes e premissas da prestação de serviços, não descaracteriza o contrato, não havendo vedação legal da contratação de uma empresa por outra, que a globalização a isso exige e que tal faz parte da autonomia da vontade e da liberdade de contratar;
- Que a conduta administrativa feriu de morte os princípios da liberdade de escolha do tipo e forma societária, pois estas podem se associarem da forma que quiseram para economizar tributos, sendo

que a separação de patrimônio do sócio e da sociedade deve ser garantida, inclusive em sede administrativa;

- Que em razão da liberdade e da globalização novas formas de organização devem ser admitidas, pois um tributo só é devido caso tenha ocorrido o fato gerador, no presente caso não há relação de emprego, assim não há contribuição previdenciária;
- Que num estado democrático submetido à legalidade não se pode exigir tributo sem lei;
- Requer ao final: a) deferimento do pedido de sustentação oral; b) acolhimento da preliminar de decadência com a aplicação do decisão do STJ; c) 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. 111.

Os autos subiram ao 2º Conselho de Contribuintes, fls. 111.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme consta, fls. 111, e comprovam o, AR, de fls. 69, e a Petição Recursal, com carimbo de recepção do recurso, em 22/10/2007, fls. 70.

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 28, conforme supramencionado, as faltas justificadoras da infração ocorreram da seguinte forma:

- 3) Valores lançados à cota da NFLD — Notificação de Lançamento de Débito DEBCAD N" 37.056.421-9 cujas remunerações pagas não sofrem o desconto da contribuição atinente contribuição do segurado e, por conseguinte, deixaram de ser arrecadadas pela ora Autuada, período de 01/2000 a 08/2001, de forma intercalada;
- 6) Neste item 6 e seus subitens reproduzirei por amostragem os lançamentos efetuados nas NFLD's, que arrolam contribuições mencionadas no item anterior que não foram objeto de arrecadação das respectivas contribuições, sendo aquelas consideradas não arrecadadas obtidas mediante o resultado da aplicação do percentual, conforme a faixa salarial, sobre a base de cálculo apurada, subtraída da contribuição consignada nas folhas de pagamentos apresentadas pela Empresa, resultando, assim, nas diferenças objeto deste Auto de Infração:
 - 6.1) NFLD 37.005.774-0 - Período Fiscal do Lançamento: 05/2003 A 12/2005.
 - 6.2) NFLD N°37.005.776-7 - Período Fiscal do Lançamento: 05/2001 A 12/2005.
 - 6.3) NFLD N° 37.005.779-1 - Período Fiscal do Lançamento: 06/2003 A 12/2005.
 - 6.4) NFLD N°: 37.005.780-5 - Período Fiscal do Lançamento: 06/2003 A 12/2005.
 - 6.5) NFLD N° 37.005.782-1 - Período Fiscal do Lançamento: 05/2001 A 12/2005.
 - 6.6) NFLD N° 37.005.787-2 – Período Fiscal do Lançamento: 08/2001 A 12/2005.
 - 6.7) NFLD N° 37.005.791-0 - Período Fiscal do Lançamento: 06/2003 A 12/2005.
 - 6.8) NFLD N° 37.005.799-6 - Período Fiscal do Lançamento: 10/2003 A 12/2005.
 - 6.9) NFLD N° 37.005.800-3 - Período Fiscal do Lançamento: 05/2003 A 04/2005.

- 6.10) NFLD Nº 37.005.807-0 - Período Fiscal do Lançamento: 08/2003 A 06/2005.
- 6.11) NFLD Nº 37.056.354-8 - Período Fiscal do Lançamento: 05/2003 A 06/2005.
- 6.12) NFLD Nº 37.056.401-4 - Período Fiscal do Lançamento: 09/2003 A 12/2005.

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.

No entanto, tal reconhecimento da decadência não altera o valor da multa aplicada, haja vista que tal multa tem valor fixo estipulado por lei e o número de faltas não é elemento desta quantificação, bastando a subsistência de uma única falta para justificar a aplicação da multa.

A autoridade fiscal em momento algum no REFISC, de fls. 16 a 28, fundamentou a caracterização da condição de segurado empregado na aplicação do artigo 116, parágrafo único da Lei 5.172/66.

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 concerto 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 desconsideração 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, se 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 28, que a recorrente por intermédio de outras empresas que supostamente prestam serviços a ela 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.

5) O presente Auto de Infração demonstra também que a Autuada deixou de arrecadar as respectivas contribuições dos segurados empregados sobre as remunerações pagas por terceirização em desacordo com a lei, notadamente sobre aquelas efetuadas aos seus empregados devidamente registrados que recebem o piso mínimo da categoria profissional em folha de pagamento, porém, complementam suas remunerações, base de cálculo contributiva previdenciária, com a emissão de notas fiscais de serviços, não sendo esses valores considerados para efeito do cálculo das contribuições do segurado empregado respeitado o limite máximo de contribuição conforme a seguir demonstrado.

6) Neste item 6 e seus subitens reproduzirei por amostragem os lançamentos efetuados nas NFLD's, que arrolam contribuições mencionadas no item anterior que não foram objeto de arrecadação das respectivas contribuições, sendo aquelas consideradas não arrecadadas obtidas mediante o resultado da aplicação do percentual, conforme a faixa salarial, sobre a base de cálculo apurada, subtraída da contribuição consignada nas folhas de pagamentos apresentadas pela Empresa, resultando, assim, nas diferenças objeto deste Auto de Infração: (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

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

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.

É perfeitamente compreensível que a atividade de informática seja dinâmica e exija a participação de diversos seguimentos para a devida configuração dos serviços e necessidades dos clientes. Mas isto não pode significar que a tomadora dos serviços possa disfarçar a relação com seus trabalhadores por meio das demais pessoas jurídicas que irão dinamizar a relação de mercado.

A globalização não pode servir de desculpa para o desrespeito as exigências legais. O estabelecimento de diretrizes, premissas e requisitos da relação de prestação de serviços nem foi abordado, pois ficou claro e evidente que os prestadores de serviços pessoas físicas que supostamente executavam as atividades para as prestadoras de serviços contratadas eram na realidade funcionários trabalhadores da tomadora dos serviços ora recorrente.

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.

De mais a mais toda a argumentação da desconsideração da personalidade jurídica e da inexistência dos requisitos da configuração do segurado na qualidade de empregados seria irrelevante nestes autos.

O presente Auto de Infração decorre de deixar a empresa de arrecadar, mediante desconto das remunerações, as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos e do contribuinte individual a seu serviço, conforme previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 30, I, alínea "a", e alterações posteriores e na Lei n. 10.666, de 08.05.03, art. 4º, *caput*, combinado com o art. 216, I, alínea "a" do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto 3.048, 06.05.99, conforme capitulado na Folha de Rosto do Auto de Infração – FR, fls. 01, pois os itens 6.1; período de 072003 a 12/2005, de forma intermitente, refere-se aos empregados propriamente ditos, sendo justificativa suficiente para a aplicação da presente sanção, ainda, que se excluísse tudo mais que dos autos consta.

Todavia, não se pode perder de vista que dentro do princípio da legalidade entabulado no artigo 37, *caput*, da CRFB/88, deve este órgão julgador nos termos do artigo 145, I da Lei 5.172/66 promover a devida adequação do fato a norma.

No Relatório Fiscal da Aplicação da Multa – REFISC, de fls. 29, o agente autuante aplicou a agravante do artigo 290, II, que permitiu a incidência do artigo 292, II, o qual por sua vez causou a gradação das multa, visando sua exacerbação em três vezes, ou seja, a multa foi majorada.

Entretanto, tal conduta não é consentânea com o que dos autos consta. O agente notificante diz: “Pelos fatos narrados, corroborados pela documentação mencionada no Relatório Fiscal do Auto de Infração, assevera-se de forma **peremptória** ter a Autuada, **em tese**, agido na forma prevista no inciso II, artigo 290...”, (grifo meu), ou seja, primeiro ele afirma que de forma categórica, terminante, decisiva a conduta do contribuinte enquadrou-se no dispositivo legal (pelo uso as expressão peremptório) e depois assevera que tal conduta, talvez possa ser, quem sabe tenha se amoldado ao texto legal (ao usar a expressão em tese) que se admite apenas no campo da dúvida, onde os fatos devem ser mais aprofundadamente averiguados.

Desta maneira, com estes esclarecimentos afastou a aplicação da agravante e do fator de aumento da multa em três vezes para fixá-la no mínimo legal para o tipo de autuação aplicada com ficou estabelecido no Relatório Fiscal da Aplicação da Multa – REFISC, de fls. 29, antes do agravamento desta.

Por último, indefiro o pedido de intimação para a realização de defesa oral. O RICARF em seu artigo 55, parágrafo único diz:

Art. 55. A pauta da reunião indicará:

I - dia, hora e local de cada sessão de julgamento;

II - para cada processo:

a) o nome do relator;

b) os números do processo e do recurso; e c) os nomes do interessado, do recorrente e do recorrido; e III - nota explicativa de que os julgamentos adiados serão realizados independentemente de nova publicação.

Parágrafo único. A pauta será publicada no Diário Oficial da União com 10 (dez) dias de antecedência e divulgada no sítio do CARF na Internet. (grifo meu).

Assim sendo, cabe a interessada diligenciar sobre o momento de utilização deste direito que não requer pedido ou qualquer outra exigência, mas apenas o comparecimento de pessoa legalmente autorizada a representar o interessado e manifestar-se pela sustentação.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso, acatando a preliminar de decadência em relação as faltas justificadoras da infração e da aplicação da multa até a competência 10/2001, inclusive, sem contudo promover alteração no valor da multa, pois basta uma falta subsistir para justificar a sanção, para no mérito **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, de ofício**, para reconhecer que a majoração da multa em três vezes foi indevida, determinado a exclusão da majoração, como consta da fundamentação, afastando e não acatando todas as demais teses da recorrente, indeferindo o pedido de intimação para sustentação oral.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.

Processo nº 11330.000066/2007-69
Acórdão n.º **2803-001.041**

S2-TE03
Fl. 125
