



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

Processo n° 14485.000207/2007-78
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 2403-002.806 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de novembro de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrentes ABS - ADVANCED BUSINESS SOLUTIONS LTDA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2000 a 30/06/2006

PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. NOTIFICAÇÃO VÁLIDA. APERFEIÇOAMENTO. MOTIVAÇÃO COMPLEMENTAR POR DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. AFERIÇÃO INDIRETA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL-MPF EXTINTO. IMPEDIMENTO DA AUTORIDADE AUTUANTE. VERDADE MATERIAL. VÍCIO MATERIAL. NULIDADE.

A súmula nº 99 do CARF, implica observar que, uma vez adimplidas outras quaisquer rubricas as quais a autuada, no mesmo período, teve por obrigação, à parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração em análise, **mesmo que não tenha sido incluída** na base de cálculo do recolhimento das referidas competências, aplica-se a regra decadal prevista no art. 150, § 4º, do CTN para as contribuições previdenciárias.

Na hipótese de nova notificação do lançamento, esta restará aperfeiçoada e válida na data referida.

Descabe às instâncias de julgamento complementar motivação do lançamento.

O procedimento de aferição indireta exige motivação sustentável bem como fundamentação legal. Ausentes os requisitos implica cerceamento de defesa.

Na forma do Parágrafo único do art. 16 da Portaria MPS/SRP Nº 3.031, de 16 de dezembro de 2005, extinto o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, na emissão do novo MPF, não poderá ser indicado o mesmo servidor responsável pela execução daquele.

É um princípio específico do processo administrativo.

Se o vício estiver instalado na produção do conteúdo do lançamento, em sua **dinâmica, é caso de nulidade por vício material.**

A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em preliminar:

a) por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário para reconhecer a decadência das competências até 06/2003, com base a regra do art. 150, § 4º do CTN. Vencidos os conselheiros Paulo Maurício Monteiro Pinheiro e Carlos Alberto Mees Stringari, que com base no mesmo artigo, consideram decadentes as competências até 02/2002

b) Por unanimidade de votos, decretar a nulidade do lançamento, pelo reconhecimento do vício material. Votaram pelas conclusões os conselheiros Paulo Maurício Monteiro Pinheiro e Carlos Alberto Mees Stringari.

c) Por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício.

CARLOS ALBERTO MEES STRIGARI - Presidente.

Ivacir Júlio de Souza - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari , Ivacir Julio de Souza, Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro Marcelo Magalhães Peixoto, Elfas Cavalcante Lustosa Aragão Elva e Jhonatas Ribeiro da Silva

Relatório

Li o Relatório a quo, compulsei com os autos e , com grifos de minha autoria, abaixo, o transcrevo na íntegra:

*"Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.015.573- 4, lavrada contra a empresa acima identificada que, de acordo com o Relatório Fiscal de fls. 191/202, refere-se a contribuições sociais devidas à **Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração paga à prestadores de serviço (consultores), enquadrados pela Fiscalização como segurados empregados, no período de 05/2000 a 06/2006, correspondentes a contribuições dos segurados, da empresa, do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho - RAT, e de terceiros (INCRA, SALÁRIO EDUCAÇÃO, SENAC, SESC e SEBRAE), no valor de R\$ 21.962.647,99 (vinte e um milhões, novecentos e sessenta e dois mil, seiscentos e quarenta e sete reais e noventa e nove centavos), consolidado em 23/03/2007.***

2. O referido relatório fiscal informa, ainda, em síntese que:

INFORMAÇÕES INICIAIS

2.1. No cálculo das contribuições dos segurados foi respeitado o limite máximo por competência quando foi possível identificá-los (levantamento DPJ), e utilizada a alíquota de 8% para aqueles não identificados (levantamento CNN).

2.2. A empresa, no período de 07/1999 a 07/2004, em razão de sua atividade principal, enquadrava-se no CNAE 72.109 (consultoria em sistemas de informática) e, a partir de 08/2004, no CNAE 72.206 (desenvolvimento de programas de informática).

APURAÇÃO DO DEBITO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

2.3. A contratação dos consultores foi feita por meio de **dois tipos básicos de contrato: contrato de prestação de serviços, denominado contrato tipo I, e, contrato de parceria para prestação de serviços, contrato tipo II.**

2.4. **Da análise destes contratos com outros documentos apresentados, constatou-se que a relação de trabalho existente entre a fiscalizada e os consultores apresenta os requisitos necessários para caracterizá-la como uma relação de emprego, visto que estão presentes o trabalho remunerado, a não eventualidade, a exclusividade (na maioria dos casos), a habitualidade, a pessoalidade e a subordinação.**

2.5. Os serviços contratados, **basicamente de consultoria** em informática constituem função necessária ao desenvolvimento das atividades normais da empresa caracterizando-os desta forma como de natureza não eventual. As tarefas realizadas pelos consultores fazem parte da política administrativa-produtiva/econômica da empresa.

2.6. A fiscalizada é responsável pela divisão técnica e pelo desenvolvimento dos serviços e produtos perante terceiros bem como da análise e aprovação das bases de preços e recebimentos dos serviços (contrato tipo I), caracterizando, assim, o trabalho subordinado.

Nos contratos tipo II, também se constata a subordinação, pois, a fiscalizada obriga-se a fornecer à contratada todas as informações técnicas e outras necessárias para o bom desenvolvimento de seus serviços.

2.7. A fiscalizada foi intimada a apresentar contratos de prestação de serviços celebrados pelas parcerias (ABS + parceiros) com terceiros através do TIAD emitido em 14/02/07 (fls. 183). Foram apresentados alguns contratos cuja análise permitiu verificar que os “parceiros” não fazem parte da contratação com terceiros.

2.8. A fiscalizada confirmou, verbalmente, que não existe prestação de serviços diretamente pelas parcerias. A ABS faz a contratação com terceiros e o serviço é executado em conjunto com os parceiros e consultores. Portanto, os contratos de parceria (tipo II) são, na realidade, do mesmo tipo dos contratos de prestação de serviços (tipo I) sendo a ABS responsável pela contratação e pela direção técnica, estando implícita a subordinação.

2.9; Não se trata de prestação de serviços com cessão de mão-de-obra, como se poderia pensar à primeira vista. No banco de dados da Previdência Social não consta que estas empresas possuam empregados registrados e também não constam recolhimentos de contribuições sobre salários.

2.10. Os contratos de prestação de serviços (tipo I) contêm cláusula que determina que a prestação de serviços será realizada exclusivamente pelos sócios, sem a colaboração de terceiros ou contratados a qualquer título, caracterizando a pessoalidade.

2.11. Verificou-se que boa parte das empresas foi aberta aproximadamente na mesma época em que iniciaram a prestação de serviços à empresa notificada, e emitiram notas fiscais em seqüência numérica e ordem cronológica com valores mensais próximos, demonstrando que tais empresas prestaram serviços de maneira habitual e exclusiva (na maioria dos casos) à notificada. Mesmo aquelas abertas anteriormente emitiram notas seqüenciais e com valores mensais próximos.

2.12. Em anexo (fls. 203/205), encontra-se “planilha consultores”, contendo o nome, data de abertura, data de emissão da primeira nota das empresas incluídas nesta notificação. **Destaca-se que cerca de 40% delas emitiram a**

*primeira nota em aproximadamente 2 meses após a sua constituição (empresas em negrito na planilha). A planilha também contém informação das empresas para as quais a fiscalizada não apresentou os contratos de prestação de serviços e aquelas para as quais a fiscalizada não apresentou nenhum documento (indicação (***) na coluna data de abertura).*

2.13. Pela não apresentação de contratos de prestação de serviços a empresa foi autuada em 19/03/2007.

2.14. Os contratos celebrados são por tempo indeterminado e as remunerações são mensais/por dia/por hora. Portanto, os prestadores foram contratados para realizar tarefas no presente e no futuro (prazo indeterminado). O tempo de duração indeterminado e a forma pagamento (mês/dia/hora) são típicos da relação de emprego, na qual o contratado sob subordinação do contratante fica à disposição para realizar tarefas por este designadas seja na própria empresa ou em qualquer outra onde esta desenvolva algum projeto. Uma empresa prestadora de serviço, em geral, é contratada para realizar um determinado serviço num local previamente estabelecido, por determinado prazo e por um valor global definido.

ANÁLISE DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS

2.15. Constatou-se, a partir da análise da documentação apresentada, que a empresa faz empréstimos aos seus consultores, reembolsos de viagens, transporte, estadias e cursos (fls. 206/208).

2.16. A empresa foi intimada a apresentar comprovantes de lançamentos realizados no diário e deixou de apresentá-los ou apresentou-os de forma incompleta sem especificar, dentre outros, as pessoas que eram reembolsadas. Também não apresentou e nem explicou os diversos lançamentos constantes dos balancetes a título de empréstimo, financiamentos e adiantamentos a várias pessoas físicas.

2.17. A empresa deduz do pagamento efetuado a seus consultores e recolhe os seguintes tributos: IRRF, PIS, COFINS e CSLL (relação de fls. 209/210). No entanto, com exceção do IRRF, o recolhimento dos outros tributos é de competência da empresa prestadora de serviço. Este procedimento demonstra que a fiscalizada assume a responsabilidade fiscal de seus consultores, fato que não é normal numa relação entre tomador e prestador de serviços.

2.18. A empresa oferece diversas facilidades aos seus "consultores", dentre as quais: correio eletrônico e plano de saúde (fls. 211/214); celulares corporativos a seus gerentes (fls. 215/216), contendo nome de diversos gerentes dentre os quais destaca-se Luiz Moutinho e Nelson Kovacs, denominados pela fiscalizada de consultores; empréstimos aos consultores (fls. 217/218).

2.19. *A empresa fez alguns pagamentos diretamente Sr. Ezequiel T. Belchior (consultor) sócio da empresa Bureau Impacto. Em anexo (fls. 219) cópia do livro diário de um dos pagamentos.*

ANÁLISE DOS DOIS TIPOS BÁSICOS DE CONTRATOS

2.20. *Neste subitem 2.3 (fls. 195/197), apresenta-se uma análise detalhada dos dois tipos básicos de contratos, tomando-se por base o contrato celebrado com a empresa A. C. Gancho (fls. 220/225) (tipo I) (subitem 2.3.1 (fls. 195/ 196)) e contrato de parceria celebrado com a Kovacs Wollers & Confessori Consultoria em Informática (fls. 226/241) (tipo II) (subitem 2.3.2 (fls. 196/197)) com a finalidade de demonstrar os requisitos' básicos que caracterizam o vínculo empregatício existente entre a fiscalizada e os consultores, tais como personalidade, não eventualidade, prazo do contrato/onerosidade, subordinação (direção técnica, jurídica e financeira dos serviços prestados), habitualidade e exclusividade.*

2.21. ***Ressalta-se que a empresa apresentou declaração por escrito (fls. 242), através de seu procurador que os contratos são basicamente do mesmo tipo (padrão) aos dez apresentados inicialmente, nos quais foram identificados os dois tipos básicos citados anteriormente.***

CONSIDERAÇÕES FINAIS

2.22. ***Os sócios da empresa ora fiscalizada são também sócios da empresa Pimentel Consultores Associados, fiscalizada pelo mesmo auditor fiscal, sendo ressaltado que a tentativa de descaracterizar a relação de emprego dos consultores também foi verificada na outra empresa. Durante a fiscalização da Pimentel foi diligenciada a empresa do consultor Amilton Agostinho da Costa, sócio da empresa Ledata Consultoria que forneceu depoimento por escrito (fls. 245/246), no qual pôde-se verificar que os chamados consultores são, na realidade, empregados da fiscalizada.***

DA DESCONSIDERAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS

2.23. *Neste tópico (fls. 198/200), a Fiscalização conclui, com base na documentação apresentada pela empresa, que os prestadores de serviço (consultores/parceiros) apresentam relação de emprego com a fiscalizada, sendo assim desconsideradas as pessoas jurídicas e os valores pagos considerados salários.*

2.24. ***Ressalta-se que os fatos constatados confirmam denúncia feita ao Ministério Público do Trabalho (fls. 247), da qual se transcreve às fls. 198 os seguintes trechos:***

“Os contratados através de empresas fictícias mesmo morando na capital são forçados a abrir uma empresa de informática criada em Poá ou outro pequeno município... utilizam-se de um contrato de parceria para prestação de serviços com cláusulas nulas e abusivas... ”

COMENTÁRIOS A RESPEITO DE DESCONSIDERAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA

2.25. *Esclarece-se às fls. 199 que a desconsideração da personalidade jurídica não representa desconstituição da pessoa jurídica, e sim não reconhecê-las como tal no tocante à contribuição previdenciária, considerando, assim, como salário de contribuição, os pagamentos efetuados a estas sociedades fictícias.*

2.26. *A relação de emprego configura-se mais pela realidade fática do que pelos elementos formais. Neste sentido, transcreve-se às fls. 199/200 a ementa do Parecer/CJ nº 1652/99 da Consultoria Jurídica do MPAS e doutrina.*

DOS VALORES INCLUÍDOS NESTA NFLD

2.27. *Neste item (fls. 200/201), encontra-se a descrição dos anexos Discriminativo Analítico de Débito - DAD e Relatório de Lançamentos - RL, Fundamentos Legais do Débito - FLD, bem como, do procedimento fiscal realizado na empresa no tocante à verificação da contabilidade, à solicitação de documentos por meio de Termos de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD e à apuração dos valores nos levantamentos DPJ (Desconsideração de Pessoa Jurídica) para os lançamentos corretamente identificados nos livros diário e CDD (Cons Diversos Diário/balancete) para os valores pagos a título de notas fiscais - consultores diversos lançados de forma agregada na contabilidade.*

2.28. *O item 5 (fls. 201) cita outros documentos integrantes da NFLD. Já o item 6 (fls. 201/202) discrimina os documentos emitidos na ação fiscal.*

DA IMPUGNAÇÃO

3. *A empresa, tempestivamente, apresentou a impugnação de fls. 326/391, aditada em 10/05/2007, por meio do protocolo nº 35554.001623/2007-01 de fls. 2193/2197, juntamente com os documentos de fls. 392/2188 e fls. 2198/2306 (8ª Alteração contratual, procuração, GPS, declarações, rescisão de contrato de locação, planilha e notas fiscais, comprovantes de CNPJ, contratos, correspondências eletrônicas, projeto de informática, rel. de cód. CNAE, protocolos relativos a MPF), conforme despachos de fls. 325 e 2192, com as seguintes alegações em síntese:*

3.1. *Apresenta um resumo da NFLD às fls. 327 e alega sua improcedência, uma vez que a mesma não corresponde à realidade dos fatos, não havendo relação de emprego entre a notificada e os prestadores de serviço, bem como as bases de cálculo extrapolam as remunerações efetivamente recebidas por estes prestadores.*

3.2. *Afirma que a NFLD encontra-se eivada de vícios insanáveis, omissões e contradições que a tornam nula nos termos da lei.*

*PRELIMINARMENTE**Dos vícios FORMAIS DA NFLD**Do CÓDIGO CNAE*

3.3. Entende que o CNAE 72206 não poderia ter sido utilizado no lançamento, pois, foi desativado conforme tabela anexa. E que o código correto a ser considerado é o constante do cartão de CNPJ da Notificação, 62.01-5-00 (atividade econômica principal desenvolvimento de programas de computador sob encomenda) e 62.04.0-00 (atividade econômica secundária - consultoria em tecnologia da informação) cuja alíquota de ambos é 1% e de acordo com o Anexo V do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99, alterado pelo Decreto nº 6.042/2007) (doc. 13 - fls. 2125/2176).

3.4. No entanto, declara que sua atividade preponderante sempre foi a de consultoria em tecnologia da informação (62.04.0-00) conforme demonstrado pelos documentos juntados na defesa da NFLD nº 37.015.571-8.

3.5. Afirma que a utilização errada de código de atividade preponderante, além de erro formal, implica num débito maior que o devido, uma vez que todo o cálculo foi feito com a alíquota RAT de 2% ao invés de 1%.

3.6. Entende que este equívoco da Fiscalização afronta o art. 11, II e III do Decreto nº 70.235/72, ocasionando cerceamento de defesa, o que torna nula a NFLD.

ALÍQUOTA APLICADA

3.7. Afirma que a Fiscalização não esclareceu se a alíquota aplicada de 8% nos casos em que não foi possível identificar os segurados respeitou o limite máximo do salário de contribuição.

3.8. Declara que: “Ademais, o Sr. Fiscal não demonstra no Demonstrativo Analítico de Débito o cálculo e levantamento dos casos em que não conseguiu identificar os segurados (“CNN”). Houve cerceamento de defesa, em virtude de vício relativo à deficiente descrição fática, por não terem sido objetivamente relacionados, descritos e discriminados os lançamentos CNN.”

A -. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

3.9. Contesta que não tenha apresentado toda a documentação solicitada por meio de TIAD. Aliás, declara que a mesma foi colocada à disposição da Fiscalização no endereço da Impugnante, conforme protocolos de entrega de documentos (doc. 14 - fls.2177/2188). Não obstante, a Fiscalização arbitrou valores sem base fática e sem fundamento legal em total afronta ao art. 148 do CTN c/c art. 33, §§ 1º ao 3º e 6º da Lei nº 8.212/91.

3.10. Esclarece que tais dispositivos legais tratam de uma modalidade de lançamento de ofício por arbitramento. Porém, cabe ao Fisco comprovar, ainda que mediante indícios, a

da presente notificação, como remunerações de outras empresas não constantes da lista (que correspondem a grande maioria do valor das contribuições)”, o que invalida o lançamento.

3.20. Afirma que os valores lançados contabilmente como “Diversos”, tidos como salários pelo Auditor, equivalem ao total de despesas incorridas na competência do respectivo lançamento. No entanto, tais valores “correspondem a vários e diversos pagamentos incorridos, sendo certo que a grande maioria deles não é objeto da presente notificação”.

3.21. Reitera que a base de cálculo não retrata a realidade dos fatos, sendo inclusive desproporcional ao faturamento e resultado anual da Notificada.

3.22. Alega a falta de prova inequívoca que embase o débito, o que implica em vício e ilegalidade-. Neste sentido, transcreve a Súmula 473 do STF às fls. 344.

3.23. Ressalta que parte do débito apurado pela Fiscalização decorre de procedimento por aferição indireta e parte por arbitramento, sem, no entanto, apresentar a respectiva fundamentação legal destes procedimentos.

3.24. Discorre às fls. 345 sobre o princípio da oficialidade e transcreve às fls. 345/346 decisões do Conselho de Contribuintes e doutrinas neste sentido.

3.25. Conclui que a Fiscalização não tendo examinado devidamente in loco as provas efetivas, pois, jamais compareceu na empresa, baseando-se apenas em presunções, configurou a ilegalidade e insubsistência do lançamento.

DO RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM DUAS EMPRESAS PELO MESMO PERÍODO

3.26. Alega que parte das empresas objeto da presente NFLD também o são da autuação feita, em novembro de 2006, pelo mesmo auditor na empresa Pimentel Consultores Associados (“Pimentel”), ou seja, a Fiscalização pretende reconhecer o vínculo dessas empresas com a Pimentel e com a Notificada. Destarte, questiona como seria possível identificar os requisitos do vínculo empregatício (exclusividade, habitualidade, pessoalidade e subordinação) com relação a ambas as empresas no mesmo período.

3.27. Apresenta às fls. 347/348 relação de prestadores de serviço que afirma ser objeto de ambas as “autuações”, sendo que este fato apenas reforça a falta de fundamentação e ilegalidade do ato administrativo praticado pelo Fisco, bem como a inexistência de elementos suficientes para verificação do vínculo empregatício.

DO RELATÓRIO APRESENTADO PELO SR. AUDITOR FISCAL

3.28. Cita às fls. 348/350 as alegações contidas no relatório fiscal para apuração do débito pela desconsideração da personalidade jurídica de grande parte de empresas que

prestaram serviços à Notificada. E que tais alegações decorreram da análise de parte da documentação da Notificada, não passando de suposições, visto que não é possível concluir que todas as 124 empresas listadas possuem relação de emprego com a Notificada.

3.29. Esclarece que o reconhecimento de vínculo empregatício deve ser analisado, cuidadosamente, e, por essa razão, entende que tal reconhecimento deva ser feito pela Justiça do Trabalho.

3.30. Destaca às fls. 351/366 trechos do relatório' fiscal, argumentando, em sentido contrário, as considerações feitas pela Fiscalização, tais como:

a) O fato de a empresa reter tributos (IRRF, PIS, COFINS e CSLL) de seus prestadores decorre da legislação tributária conforme estabelecido no art. 30 da Lei nº 10.833/2003, transcrito às fls. 351/352 e, portanto, não demonstra qualquer relação de emprego entre a Notificada e estes prestadores. Ademais, ressalta que as empresas prestadoras recolheram suas obrigações previdenciárias conforme guias de recolhimento (Doc. 3 - fls. 403/1581). -

3.31. Afirma que a Fiscalização concluiu pela relação de emprego pela simples leitura dos contratos de prestação de serviços, sem ter presenciado a forma de prestação do serviço, o horário de trabalho dos consultores, se estes prestaram serviços para outras empresas, enfim, elementos essenciais para a configuração do vínculo empregatício.

b) A alegação de que “a Notificada era responsável pela contratação e pela direção técnica dos serviços contratados, estando implícita a subordinação” (fls. 352) é inaceitável, pois, a subordinação não pode estar implícita, mas deve ser comprovada o que não ocorreu no caso concreto. Ademais, a Fiscalização nunca compareceu no estabelecimento da Notificada não verificando assim a situação fática da relação de prestação de serviços conforme se comprova com base na declaração feita pelo administrador do Condomínio no qual a Notificada mantinha estabelecimento comercial até início de março de 2007 (doc. 04 - fls. 1583/1585).

c) O fato de parte das empresas prestadoras de serviço terem sido constituídas, aproximadamente, na mesma data da prestação de serviços, emitindo suas notas fiscais em seqüência numérica, em ordem cronológica e com valores mensais próximos (fls. 353/359), não pode ser critério para reconhecimento de vínculo empregatício, já que se assim fosse a empresa deveria deixar de contratar empresas recém constituídas, pois, do contrário, criaria a aparência de que elas foram constituídas para mascarar uma relação de emprego.

3.32. Ademais, analisando-se as notas fiscais emitidas pelas empresas selecionadas pela Fiscalização é possível verificar que muitas delas foram emitidas sem seqüência, com valores mensais completamente diferentes e emitidas meses ou anos depois da

sua constituição, bem como, muitas empresas emitiram poucas notas o que evidencia o curto período de prestação de serviço à Notificada.

3.33. Questiona ainda qual foi o critério utilizado pela Fiscalização para desconstituir essas empresas ou aquelas que não constam da lista de empresas selecionadas (TIAD de 09/02/2007 - fls. 175/177), mas que estão no anexo Relatório de Lançamentos - RL, pois, apenas em relação a estas últimas foram solicitados os respectivos contratos de prestação de serviços.

3.34. Apresenta quadros às fls. 356/358, que relacionam empresas que emitiram menos de 10 notas fiscais (alega que o auditor informou, verbalmente, que as empresas que tivessem emitido até 10 notas à Notificada não teriam no entender dele vínculo com ela), frisando que muitas emitiram apenas 1 ou 2 notas, bem como aquelas que emitiram notas fiscais fora de seqüência numérica.

3.35. Junta à presente impugnação quadro demonstrativo dos valores mensais das notas fiscais, emitidas pelos prestadores, acompanhado dessas notas (doc. 05 - fls. 1586/1823), “o que demonstra grande oscilação decorrente da efetiva prestação de serviços no período de pagamento, com mais ou menos horas apontadas”.

3.36. Ressalta que muitas empresas foram constituídas antes da abertura ou constituição da Notificada (22/06/1999) conforme quadro às fls. 359 e Cartões de CNPJ em anexo (doc. 06 - fls. 1824/1841).

***3.37. Por fim, afirma que:** “Ademais, se para o Fiscal a emissão da primeira nota fiscal serviu de critério para caracterizar vínculo de emprego, logo conclui-se que a emissão da 65” ou 57* ou 34” ou 208 ou 1098 ou 9” nota fiscal para a Notificada não pode caracterizar vínculo com ela, como fez o Fiscal.”*

d) O fato de as empresas contratadas para prestação de serviços não possuírem empregados (fls. 359/360) não revela vínculo empregatício, pois, do contrário, seriam empregados de todos os tomadores de serviços delas de acordo com o raciocínio da Fiscalização.

3.38. Houve uma generalização, já que muitas delas são sólidas e conhecidas no mercado, dispondo de empregados.

*3.39. Ressalta que, no Doc. 07 (fls. 1842/1894), se verifica que as prestadoras de serviço **não tinham exclusividade com a Notificada e prestavam serviço para outras empresas**, conforme notas fiscais emitidas por elas a outras tomadoras de serviço.*

3.40. Notas emitidas seqüencialmente decorrem do tempo e da especialização do projeto.

3.41. Destaca que o Brasil apresenta inúmeras empresas que não possuem empregados e operam apenas com seus sócios conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

e) A alegação de que a subordinação pôde ser identificada pela redação do contrato de prestação de serviços (fls. 360/361) não tem cabimento, pois, é inerente que o contratante deve direcionar o trabalho contratado, estipular prazo para a sua execução, fornecer informações sobre os procedimentos e produtos utilizados na execução do serviço. Ademais, apenas o contrato não é suficiente para concluir que os prestadores de serviço ficavam à disposição da Notificada, que cumpriam horário de trabalho e ordens de empregados da Notificada, elementos essenciais para caracterizar a subordinação. Í) A forma de pagamento dos serviços prestados, utilizada para caracterizar o vínculo empregatício (fls. 361/362), também é descabida, primeiramente, porque a Fiscalização não identificou a forma de pagamento, citando as três e únicas existentes.

3.42. Declara que: “numa relação de emprego a única e exclusiva forma de pagamento é salário pago mensalmente. O que não ocorreu. Aliás, ao contrário do alegado pelo Sr. Fiscal, que muitos dos contratos de prestação de serviço determinava o pagamento do serviço por hora, conforme cópia anexa de parte dos referidos contratos (Doc. 08).” (fls. 1895/2079).

3.43. Afirma que: “O valor da remuneração paga aos prestadores de serviços variava mês a mês, projeto a projeto, dependendo do número de horas que eram apontadas pelos próprios prestadores.”

3.44. Declara que: “Não há nos autos qualquer documento que comprove que os “consultores” ficavam a disposição da Notificada, o que o Fiscal faz são suposições e generaliza tal fato para todos os prestadores de serviço, o que não pode ser admitido para o reconhecimento de vínculo.”

g) O fato de o serviço ser prestado pessoalmente pelo titular ou sócio da empresa prestadora de serviços, bem como, o pagamento ser feito diretamente ao sócio não pode configurar relação de emprego (fls. 362/363), pois, como já dito anteriormente inúmeras empresas não apresentam empregados, fato previsto inclusive pela legislação previdenciária. Além disso, o pagamento era feito conforme instruções recebidas da contratada.

h) No tocante aos empréstimos e reembolsos (fls. 363), alega que tal procedimento é autorizado pelo regulamento do Imposto de Renda, sendo que as despesas incorridas na prestação de serviços devem ser reembolsadas pelo tomador de serviços, uma vez que as mesmas não estão incluídas no valor do serviço conforme contratado pelas empresas. E que, em termos legais, “as despesas operacionais permitem reembolso a prestadores de serviços da empresa, desde que ajustadas no contrato, como no caso, e devidamente comprovado por documentos que detalhe suficientemente a efetividade do gasto reembolsado”.

*3.45. Além disso, não se tratam de empréstimos, mas sim de adiantamentos com o escopo de viabilizar aos pequenos **empresários** verbas necessárias para prestação do serviço.*

i) Não procede a alegação de que não tenha apresentado documentação (fls. 363/365), pois, levou até o Fiscal a quase totalidade dos documentos solicitados, sendo que a outra parte ficou à disposição da Fiscalização para análise in loco conforme comprovam os protocolos de entrega de documentos (Doc. 09 - fls. 2080/2092).

3.46. Contesta o valor da NFLD, já que a Fiscalização deixou de analisar parte da documentação, preferindo lançar valores como os lançamentos "Diversos" em sua totalidade, os quais poderiam ser verificados pela análise das respectivas notas fiscais que se encontravam à disposição no endereço da Notificada em Poá até o dia 28 de fevereiro, data que o Fiscal determinou para encerrar a fiscalização (Doc. 10 - fls. 2093/2096). Além disso, informou o telefone dos sócios da Notificada para agendamento, a qualquer momento, da análise de qualquer documento referente à fiscalização (doc. 9 - fls. 2080/2092).

3.47. O motivo pela não apresentação de todos os contratos de prestação de serviço deve-se ao fato de que alguns deles eram tácitos o que não é defeso, pois, não existe proibição em se contratar de maneira verbal. Neste sentido, apresenta jurisprudência às fls. 365.

*j) No tocante ao depoimento do Sr. Amilton Agostinho da Costa, sócio da empresa Ledata Consultoria (fls. 365), **prova emprestada da Fiscalização feita na Pimentel Consultores Associados**, alega que o mesmo foi induzido em suas respostas pelo Auditor Fiscal de forma a caracterizar a relação de emprego, pois, da análise de suas notas fiscais verifica-se que as mesmas não apresentam seqüência numérica e que seus valores mensais são completamente diferentes, **afastando os critérios da relação de emprego do próprio fiscal.***

3.48. A Notificada apresenta declaração de outros prestadores de serviço (Doc. 11 - fls. 2097/2101) que servem de testemunha da real prestação de serviço havida entre as partes, qual seja relação comercial e não de subordinação.

3.49. Destaca que: "a contratação de pessoas jurídicas, prestadoras de serviços notadamente nas áreas técnicas e operacional, esta previsto e autorizado em Convenção Coletiva de Trabalho, firmada entre o SPEROSP e o SINDPD".

3.50. Comenta, ainda, às fls. 366/367 sobre a desproporcionalidade entre o montante do débito e o faturamento versus 0 resultado anual obtido pela Notificada no mesmo período.

DOS FATOS

3.51. Discorre às fls. 367/368 sobre seu objeto social de prestação de serviços de consultoria e assessoria na área de informática, como atividade preponderante, e o desenvolvimento de sistemas e programas de computador (software) específicos, mediante a contratação de terceiros conforme contrato social (Doc. 1 - fls. 392/400). E que para a execução de projetos de grande complexidade, como por exemplo, o Doc. 12 (fls.

2102/2124), que são específicos e diversificados para cada cliente e com prazos preestabelecidos, necessita, assim, de mão de obra específica e especializada, motivo pelo qual seu quadro de pessoal não é suficiente para esta demanda, vindo, assim, a buscar no mercado empresas que possuem profissionais especializados.

3.52. Declara que as empresas contratadas têm “vida própria”, muitas já existiam antes mesmo da contratação pela Notificada e prestam serviços a outras empresas (Doc. O7 - fls. 1842/1894).

3.53. Afirma que a Fiscalização de maneira superficial e genérica concluiu que mais de 124 prestadores de serviço apresentam relação de emprego com a Notificada, sem qualquer critério ou fundamento legal. Entretanto, caberia analisar a situação existente em cada caso isolado, devendo a relação de emprego ser reconhecida pela autoridade competente, para, posteriormente, serem apuradas as bases de cálculo das contribuições. E que o reconhecimento de vínculo empregatício feito por presunção dificulta a defesa. Aliás, a desconsideração de pessoa jurídica e relação de emprego, não se presumem, devem ser comprovadas.

3.54. Discorre sobre presunção às fls. 369 e entende que, no presente caso, a presunção é tão ampla que não há a correlação lógica entre a “aparência” apontada pelo Fiscal e a realidade que ele tenta impor em seu relatório

3.55. Reitera às fls. 369/370 que a Fiscalização induziu prestadores de serviços a prestarem depoimentos que transparecessem haver uma relação de emprego entre eles e a Pimentel Consultores Associados.

3.56. Esclarece que a administração fiscal ao apurar uma denúncia não pode partir do pressuposto de que a pessoa jurídica é culpada conforme exposto às fls. 370/371.

Do MÉRITO

3.57. Declara que os serviços contratados pela Notificada consistem em consultoria em informática, prestado por pessoas jurídicas, prática essa reconhecida pela legislação previdenciária.

3.58. Entende que o fato gerador pretendido pela Fiscalização não pode ser verificado no presente caso.

3.59. Afirma que a NFLD é fundamentada nos artigos 20, 12, I e VI e 28, I e parágrafos da Lei nº 8.212/91, transcritos, parcialmente, às fls. 372. 3.60. Alega que os prestadores de serviço, pessoas jurídicas constituídas na forma da lei, não são empregados da Notificada, não havendo fundamento legal que embase a desconsideração das mesmas.

3.61. *Reitera que cabe à Justiça do Trabalho, na análise do caso concreto, aplicar a desconsideração da pessoa jurídica e não ao Auditor Fiscal da Previdência Social.*

DA TERCEIRIZAÇÃO

3.62. *Discorre às fls. 373/374 sobre a terceirização relacionada ao seu objeto social e que a Fiscalização desconsiderou esta realidade, apesar da legislação trabalhista reconhecer esta modalidade conforme Súmula 331 do TST, que autoriza a contratação de prestadores de serviço por meio de empresas terceirizadas, desde que não existentes de forma concomitante os requisitos da relação de emprego, quais sejam: pessoalidade, subordinação, habitualidade (exclusividade) e onerosidade.*

3.63. *Alega que a terceirização realizada pela Notificada jamais configurou fraude, mas apenas utilizou-se de mão de obra específica para o desenvolvimento de partes dos projetos contratados pelos clientes, não sendo observado qualquer requisito ensejador do reconhecimento de vínculo empregatício.*

DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ESPECIALIZADOS

3.64. *Reitera às fls. 375 que a NFLD decorre de meras presunções, aduzindo a prática de fraude aos supostos contratos de prestação de serviços, sem trazer prova fática e contundente da irregularidade alegada. Porém, em Direito, as fraudes não são objeto de presunções, mas de provas concretas e inequívocas.*

3.65. *Alega que o número de prestadores é irreal e irrelevante, pois, nem todos prestavam serviços de forma simultânea e não fazem prova das suposições feitas pela Fiscalização.*

3.66. *Declara que os consultores exerciam suas atividades de forma impessoal, não se verificando os requisitos do art. 3º da CLT.*

3.67. *Afirma que o Auditor sequer esteve na empresa Notificada para apurar suas alegações, tampouco obteve qualquer informação/documentos das empresas de prestação de serviços contratadas capaz de comprová-las.*

3.68. *Ressalta que toda a fiscalização foi feita mediante solicitação de documentos os quais eram levados diretamente ao Auditor Fiscal.*

3.69. *Afirma que meras suposições de ilícito trabalhista exigem demonstração robusta e cabal conforme entendimento exarado no Precedente Administrativo nº 56, aprovado pelo Ato Declaratório nº 06/2002 do Diretor do Departamento de Fiscalização do Trabalho (fls. 376).*

3.70. *Afirma que a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais é incisiva em apontar a ilegalidade da autuação administrativa e da caracterização de vínculo empregatício quando houver a configuração da existência de contrato de prestação de serviços previsto em lei (fls. 376).*

3.71. Isto posto, entende que a NFLD ,é nula, diante da ilegalidade em razão da falta de provas concretas da invalidade dos contratos de prestação de serviços.

3.72. Discorre às fls. 376/377 sobre desconsideração da personalidade jurídica das empresas prestadoras de serviço que deve ser feita com cautela pela Justiça do Trabalho e fundada em provas inequívocas. Cita, ainda, o art. 50 do Novo Código Civil.

3.73. Reitera que sua relação com seus prestadores de serviço sempre foi comercial. Os prestadores são pessoas jurídicas independentes e sem vínculo com a Notificada, prestando serviços também para outras empresas, prática comum no ramo de atividade de desenvolvimento de programas de informática, sendo tal alegação confirmada pelo simples fato de que a Notificada nunca foi processada judicialmente na esfera do trabalho pelos seus prestadores de serviço.

3.74. Conclui que a contratação de pessoa jurídica confere maior liberdade ao prestador e propicia às empresas a contratação de serviços em áreas específicas como para o desenvolvimento de trabalho intelectual, prática comum na área de desenvolvimento de sistemas.

3.75. Reitera que inexistente relação de emprego entre a Notificada e os empregados de seus prestadores de serviço, não procedendo a desconsideração da pessoa jurídica, seja pela falta de comprovação das alegações, seja pela falta de fundamentação legal que autorize o reconhecimento do vínculo em questão.

DA INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA O RECONHECIMENTO DO VINCULO EMPREGATÍCIO NA NFLD

3.76. Cita às fls. 378 os requisitos necessários para o reconhecimento do vínculo empregatício e entende que pela leitura da NFLD inexistem de forma cumulativa tais requisitos. Para demonstrar o alegado, analisa os requisitos (pessoalidade, habitualidade (exclusividade), onerosidade e subordinação) às fls. 379/390, transcrevendo partes do relatório fiscal, argumentando, em sentido contrário, as considerações feitas pela Fiscalização, citando legislações, contratos de prestação de serviços, doutrinas e jurisprudências.

DOS PEDIDOS

3.77. Diante do exposto, em sede preliminar, requer a decadência do período de 05/2000 a 12/2001, a incompetência da administração previdenciária para declarar relação de emprego, a desconstituição da NFLD. No mérito, requer a declaração da nulidade da NFLD com seu conseqüente cancelamento.

3.78. *Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial, através de prova documental complementar, bem como, provas testemunhal e pericial.*

DO ADITAMENTO DE DEFESA

3.79. *Faz um resumo da NFLD às fls. 2193/2194 e, em complemento à defesa apresentada anteriormente, apresenta novos documentos às fls. 2198/2306 (declarações, notas fiscais e GPS) a fim de demonstrar suas alegações.*

3.80. *Destaca os documentos de algumas empresas citadas às fls. 2194, reiterando que a Fiscalização não se ateve à realidade dos fatos da prática de prestação de serviços havida entre a Notificada e as empresas contratadas, fundando-se em presunções de vínculo empregatício e de forma generalizada.*

3.81. *Reitera que a NFLD é nula, diante da falta de provas concretas e que toda a documentação apresentada pela Notificada afasta de vez qualquer suspeita de que a relação entre ela e seus prestadores era de emprego.*

3.82. *Transcreve jurisprudência do TRT da 2ª Região às fls. 2196.*

3.83. *Por fim, ratifica os pedidos formulados anteriormente.*

DA PRIMEIRA DE DILIGÊNCIA FISCAL

4. *Na data de 30/10/2007, foram os autos baixados em diligência fiscal, por meio do despacho de fls. 2.311/2.329, para as seguintes providências:*

CONCLUSÃO

26. *Diante do exposto, sugerimos o encaminhamento do presente ao Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, notificante, Artur Bademian, matrícula nº 1.179.938, para verificar, atentamente, as alegações da Impugnante às fls. 326/391 e fls. 2193/2197 e documentos de fls. 392/2188 e fls. 2198/2306, bem como, as considerações feitas acima, prestando os esclarecimentos e adotando as providências seguintes, no tocante à presente NFLD:*

26.1. *Emitir, em duas vias, Relatório Fiscal Substitutivo com a descrição clara dos levantamentos constantes da presente NFLD, com a justificativa para a adoção do procedimento de aferição indireta e da utilização da alíquota de 8% para o cálculo das contribuições dos segurados, esclarecendo, ainda, neste caso, a respeito do limite máximo do salário de contribuição, com a correspondente fundamentação legal e o correspondente auto de infração lavrado.*

26.2. *Com relação aos itens 6 a 10 acima, verificar as considerações feitas, demonstrando, mensalmente, a partir da competência 08/2004, o enquadramento da empresa no CNAE 72.206, bem como, indicar as providências cabíveis no tocante ao enquadramento feito no levantamento "CDD" para o período*

de 06/2003 a 07/2007. Em caso de retificação, elaborar planilha ("DE - PARA").

26.3. No tocante às alegações da Impugnante, aos documentos por ela apresentados e às considerações feitas nos itens 14 a 17 e 23 acima, manifestar-se, conclusivamente, se existe alguma retificação a ser feita no presente lançamento fiscal, especialmente, no tocante às GPS apresentadas com relação às contribuições dos segurados apuradas e em relação aos prestadores de serviços, considerados pela Fiscalização como segurados empregados. Em qualquer caso, justificar a manutenção ou a retificação do lançamento, apontando e/ou anexando documentos que amparem o pronunciamento fiscal. E, em caso de retificação, elaborar planilha ("DE - PARA").

26.4. Quanto aos itens 19 e 20, esclarecer as disposições contidas no relatório fiscal em confronto com o disposto no art. 30 da Lei nº 10.833/2003.

26.5. No tocante aos itens 21 e 22, verificar e manifestar-se, conclusivamente, sobre a alegação feita pela Impugnante e, em caso de necessidade, emitir, em duas vias, nova planilha contendo as empresas incluídas na presente notificação ("planilha consultores"). Processo nº 14485000207/2007-78 DR_j;spo; Acórdão n.º 16-19.555 Fls. 2.838

4.1. Em atendimento, foi emitida a Informação Fiscal de fls. 2.333/2.340, bem

1.1 Alegação de vício formal

(fls. 327 à 329). Inicialmente cabe destacar que a Lei 6.402/2007 foi publicada em data posterior à ocorrência dos fatos geradores em questão (período de apuração do crédito 05/2000 à 06/2006).

A alegação da fiscalizada de que o CNAE 72206 está desativado e não poderia ser usado não tem fundamento visto que a Lei 6.402/2007 não atinge fatos gerados de contribuição previdenciária ocorridos antes da sua publicação.

A utilização da alíquota "RA T" no percentual de 2%, a partir 08/2004, se deve aos seguintes fatos: na alteração contratual de 26/07/2004 consta, dentre as atividades exercidas, que o objeto social da fiscalizada é o desenvolvimento de sistemas e programas de computador (CNAE 72.206) e no cartão CNPJ consta como atividade preponderante o desenvolvimento de programas de computador por encomenda. No período de 06/2003 à 07/2004 foi utilizada, incorretamente, a alíquota "RAT" 2% quando o correto seria 1% visto que foi considerada, neste período, como atividade preponderante o CNAE

72.109 conforme destacado no subitem 1.5 do relatório fiscal (fls. 191). Por outro lado, tendo em vista que a legislação vigente à época de ocorrência dos fatos geradores (conforme destacado - no item 6 de fls. 2.325) prevê que atividade

preponderante é aquela que ocupa o maior número de segurados empregados e que não foi possível, durante a ação fiscal, chegar-se a uma conclusão de qual atividade utilizou-se do maior número de segurados, conclui-se que a alegação da fiscalizada contida no penúltimo parágrafo de fls 328 deve ser aceita.

Pelo exposto no parágrafos anteriores considero que a atividade preponderante exercida pela fiscalizada durante todo o período (05/2000 a 06/2006) foi a consultoria em sistemas de informática e que a alíquota "SA T/RAT" a ser utilizada é de 1% Em anexo. fls. 2360, Planilha de Correção - A contendo as competências e os levantamentos para os quais devem ser alteradas as alíquotas de 2% para 1 % .

1.2 Alíquota aplicada / ausência de fundamentação legal Úls. 329 à 333).

Inicialmente cabe destacar que no relatório fiscal subitem 1.3 Úls. 191) houve um erro de digitação; onde consta " levantamento CNN " leia-se "levantamento CDD"

Esclarecimentos a respeito da utilização da alíquota de 8% : A partir de 2003 a fiscalizada lançou, nos livros diário, as despesas com os consultores de maneira agrupada. Os lançamentos foram feitos sem especificar quais eram os consultores favorecidos e nem quais foram as notas fiscais emitidas pelos consultores. > A fiscalizada foi intimada, através do T IAD emitido em 13/12/06 179), a detalhar estes lançamentos (notas fiscais diversas -consultores) apresentando planilha contendo a relação dos prestadores acompanhada dos respectivos contratos e notas fiscais de serviço. Na data aprazada a fiscalizada não os apresentou argumentando que o volume de documentos era enorme e que necessitaria de mais tempo para disponibiliza-los. Foi concedido um prazo até 10/03/07 (cerca de 3 meses) e novamente os documentos não foram disponibilizados motivo pelo qual foi emitido novo TIAD em 15/03/07 (fls. 186). Na data aprazada (19/03/07) a fiscalizada não atendeu a solicitação sendo por este motivo autuada (AI 37.015.575-0) e os valores lançados a título de notas fiscais diversas - consultores considerados integralmente como salários.

A alegação de que todos a documentação foi colocada a disposição não é verdadeira, caso fosse não haveria necessidade de se solicitar maior prazo conforme detalhado abaixo:

Durante a ação fiscal foi solicitado, por parte da fiscalizada, à chefia de fiscalização maior prazo para apresentação de documentos. A solicitação foi negada, tendo em vista que o procedimento já estava em andamento a cerca de 06 meses.

Inconformada, a fiscalizada ajuizou Mandado de Segurança solicitando maior prazo (em anexo, fls. 2341 à 2344)

Os procedimentos, meramente protelatórios, (mandado de Segurança, Alteração de endereço sem a devida comunicação e a negativa em disponibilizar os documentos faltantes na Agência

da Previdência) foram relatados, verbalmente, à chefe de fiscalização que determinou o encerramento da ação fiscal .

Tendo em vista a não apresentação dos documentos solicitados, os valores lançados nos livros diário e ou balancetes. a título de despesas de terceiros consultores foram considerados integralmente como salários e foi utilizada a alíquota mínima de 8% para o cálculo da contribuição que deveria ser descontada do segurado .

Não foram respeitados os limites máximos do salário de contribuição devido a impossibilidade de se determinar quantos e quais foram os valores pagos a cada consultor.

Os valores arbitrados lançados através do levantamento CDD apurados por aferição indireta (conforme descrito acima) foram realizadas com base na seguinte fundamentação legal .'

(--)

1.3 Ilegalidade da Autuação (fls. 341) Referente à data constante no relatório fiscal cabe destacar que houve erro de digitação onde consta 23/12/2006 leia-se 23/03/2007. Quanto as datas citadas pela fiscalizada (“” falta de bom senso “”) cabe esclarecer o seguinte

A fiscalização não iniciou-se em 17/11/2006 e sim em 20/06/2006 (data de assinatura do MPF 09299298 emitido em 11/04/2006, 2345).

Durante a ação fiscal ocorreu, apesar dar regular solicitação uma não prorrogação do MPF (09299298C03,fls 2346) que foi automaticamente cancelado. Foi, então, gerada uma nova ação fiscal e prontamente colhida a assinatura da empresa no novo MPF (09356208FOO) em 17/11/06 .Observar que o MPF anterior tinha validade até 21/11/06.

logo. em nenhum momento a fiscalização foi interrompida ou foi realizada sem cobertura de um MPF

1.4 Reconhecimento de vínculo empregatício com duas empresas no mesmo período Úls. 346)

O fato de alguns consultores terem trabalhado nas empresas Pimentel e ABS no mesmo período é irrelevante para descaracterizar o vínculo empregatício . Observe-se que as empresas citadas, ambas por mim fiscalizadas, pertencem aos mesmos sócios e utilizam-se da contratação de "PJs" com intuito de descaracterizar a relação de trabalho existente entre elas e seus "consultores".

1.5. Do relatório apresentado pelo Sr.Auditor Fiscal (fls. 351).

As afirmações constantes dos parágrafos 3 e 4 do item 2.2 do relatório fiscal devem ser desconsiderados tendo em vista o artigo 30 da Lei 10.833/2003 . Cabe ressaltar .entretanto , que o

desconhecimento da legislação , conforme citado pela fiscalizada. é explicável visto que trata-se de legislação que não se refere à ex-Secretaria da Receita

Previdenciária .

1.6 Do relatório apresentado pelo Sr .Auditor Fiscal (fls. 352).

As guias de recolhimentos constantes do (DOC. 3) , fls. 404 à 1581 referem-se a contribuições previdenciárias incidentes pagamentos efetuados à contribuintes individuais (retirada Pró-Labore dos sócios) ou recolhimentos efetuados por contribuintes individuais facultativos (GPS código 1007 ° fls. 743 à 742) e não contribuições incidentes suas operações e folhas de pagamento conforme afirma a fiscalizada no parágrafo segundo de fls. 352. Q(--)

1.7 Do relatório apresentado pelo Sr.Auditor Fiscal Úls. 353).

(--)

A alegação de que nunca compareci ao estabelecimento é verdadeira.

Ocorre que a empresa tinha sua sede em São Paulo ,(local onde se encontrava a documentação) a despeito de constar no cadastro a cidade de Poá . Desde início da ação fiscal a fiscalizada se dispôs a apresentar os documentos na Agência do INSS em Suzano. Observe-se a observação "in loco" seria de pouca valia visto que os valores lançados referem-se em sua totalidade a épocas passadas, além disso os "consultores" que, porventura, ainda prestem serviços estão, em sua maioria , distribuídos em diversos projetos de clientes da fiscalizada

6--)

1.8 Do relatório apresentado pelo Sr.Auditor Fiscal (fls. 355)

(..).

Na relação apresentada (" quantidades emitidas'Q em fls. 356. 357 e

358 constam diversas empresas que não deveriam ter sido incluídas napresente notificação Uoram incluídas indevidamente) e por este motivo serão excluídas .

Obs : da referida relação não foram excluídas as seguintes empresas .

Ives Cons de Informática; Stamper informática. Morelli & Franchini , DG Sistemas; Pfister Consulting ; Inforuiz Asses; T MZ Soluções;

Ailson e Freitas Serviços; DG System ; MH Com e Serviços e Santos M A Infonnática

Da relação (" seqüência de NFs emitidas 'Q de fls. 358 foram excluídos os seguintes consultores : EAC Sistemas. Mazzeo Equip .° MBG Informática, Provedor Com. ReliefWork e Sevcom

Empresarial. Em anexo. fls. 2347 ,Planilha Consultores-substitutiva contendo a relação dos consultores que foram mantidos na presente notificação.

1.9 Do relatório apresentado pelo Sr .Auditor Fiscal Úls. 360 Neste item a fiscalizada apresentou notas fiscais referentes ao consultor Kovacs Wohlers (Doc. 07) . Analisando-se a documentação apresentada verifica-se que as notas foram emitidas em períodos posteriores(excetos aquelas emitidas entre 12/2003 à 03/2005) aos considerados nesta notificação . Ainda assim verifica-se que a maioria delas foi emitida em favor da fiscalizada ou da Pimentel (outra empresa pertencente aos mesmos sócios) . Sendo assim considero que a apresentação destes documentos não altera minha convicção de que a relação existente entre o consultor e a fiscalizada é de emprego. (..) 1.11 Do relatório apresentado pelo Sr.Auditor Fiscal (Os. 365).

Durante a ação fiscal na empresa Pimentel (mesmos sócios) houve a necessidade de se diligenciar alguns consultores tendo em vista a não apresentação por parte da fiscalizada dos contratos firmados entre ela e seus consultores . Houve emissão de intimações solicitando a apresentação de documentos e ou declarações, por escrito a respeito da prestação dos serviços .

Nao houve nenhum induzimento nas declarações prestadas. A solicitação de esclarecimentos foram feitas regularmente através de T IADs e esclarecido que em caso de não apresentação dos documentos solicitados a empresa seria autuada _ Observe-se que a maioria dos prestadores não compareceram pessoalmente ,enviaram "boys " do escritório de contabilidade com procurações (como poderia haver induzimento).

Alguns depoimentos foram realmente desconsiderados visto que nao refletiam a realidade dos fatos . Os prestadores, em geral através dos procuradores, disseram informalmente, que seus clientes não poderiam dar nenhuma declaração comprometedora visto que ainda trabalhavam na fiscalizada e ou nunca mais conseguiriam trabalhar em empresa do setor de consultoria.

Pelo motivo exposto no parágrafo anterior a apresentação de declarações de prestadores de serviço (Doc. 11) é irrelevante .

(---)

3- Retificação de lançamento

Tendo em vista as alterações efetuadas (utilização de alíquota RAT no valor de 1% para todo o período e a exclusão de parte dos consultores) faz-se necessário a retificação .dos lançamentos contidos na presente notificação .

Em anexo , fls. 2360, PLANILHA 'DE CORREÇÃO - A contendo as alterações necessárias para correção da alíquota RAT . e nas fls. 23 61 à 2363 PLANILHA DE CORREÇÃO B contendo as alterações necessárias para a correção dos salários de

contribuição (SC) e da contribuição que deveria ser descontada do segurado (CS)

DA SEGUNDA DILIGÊNCIA FISCAL

5. Em razão de alguns equívocos na resposta da fiscalização à primeira diligência, foram os autos novamente baixados, para as seguintes providências (Despacho nº100 - 13" Turma da DRJ/SP1 de fls. 2.367/2.372):

CONCLUSÃO

1 7. (..)

1 7.1 .Elaborar planilha contendo a relação das empresas excluídas do presente lançamento fiscal, informando ainda, para cada empresa, o(s) motivo(s) determinante(s) para sua exclusão

1 7.2. Verificar e informar, no tocante às GPS apresentadas (doc. 3 -fls. 403/1581) se há alguma retificação a ser feita com relação às contribuições dos segurados apuradas na presente NFLD. Em caso negativo justificar e fundamentar. E, em caso de retificação, elaborar planilha ("DE - PARA ").

17. 3.Elaborar planilha contendo os nomes das pessoas física (consultores), suas respectivas remunerações e as contribuições por elas devidas, juntamente, com a respectiva empresa lançada na presente NF LD e, em caso de impossibilidade, justificar e fundamentar.

Em qualquer caso, verificar e informar se há alguma retificação ou necessidade de lançamento complementar, especialmente, em relação às contribuições dos segurados apuradas. Além disso, em qualquer caso, demonstrar a composição do número de segurados (NC) utilizado na "Planilha Cálculo CS " (fls. 2359) nas diversas competências.

17.4. Verificar os cálculos efetuados, elaborando, por competência, planilha contendo as empresas descaracterizadas com os respectivos valores recebidos afim de demonstrar a correta composição da base de cálculo das contribuições devidas.

17.5.Manifestar-se a respeito dos lançamentos efetuados nas competências 01/2003 e 06/2003 descritos no item 13 acima, especialmente, no tocante às respectivas contribuições dos segurados.

5.1. Atendendo à solicitação, a fiscalização procedeu à juntada de documentos de fls. 2.372/2.574 (pesquisas extraídas do CNIS - Cadastro Nacional de Infonnações Sociais e planilhas de retificação), bem como emitiu a informação de fls. 2.575/2.577, com os seguintes esclarecimentos, em síntese:

1 -Em atendimento às solicitações de fls. 23 71 , presto os seguintes esclarecimentos

Item 17.1 _

Tendo em vista as divergências apontadas no itens 12 e 14 de fls. 2368 bem como a solicitação do item 17.1 de fls. 23 71 foi feita nova análise de todas empresas "desconsideradas" incluídas nesta Notificação. As exclusões efetuadas anteriormente (citadas no item 1.8 de fls. 2337) bem como as planilhas constantes de fls. 2347 ,2359, e 2361 a 2363 devem ser desconsiderados visto que foram substituídas. Conforme dito anteriormente, algumas PJs foram incluídas indevidamente nesta Notificação visto que não houve a convicção, por parte do Auditor, de que havia uma relação de emprego entre estas e a fiscalizada. Utilizou-se, como critério, para considerar-se como inclusão indevida, o fato de para uma determinada Pl tenham sido emitidas notas em menos que 05 competências consecutivas ou em menos que 10 competências esparsas desde que não tenham sido emitidas notas em pelo menos 05 competências consecutivas .

Em anexo, planilha Consultores Substitutiva II (fls.2533) onde constam os consultores mantidos na presente Notificação e Planilha Consultores Excluídos (fls.2534) onde constam os consultores excluídos.

Item 17.2

A partir dos CNPJs constantes dos recolhimentos apresentados em fls. 403/1581 , verificou-se, na base de dados dos sistemas CNIS/GFIP WEB (em anexo fls.2373 a 2389 e 2392 a 2532) ,os valores destacados em GFIPs a título de retenção (11 % , após 04/2003) relativo ao Pró-Labore pagos aos sócios das PJs desconsiderados. Todas as retenções, para cada CNPJ , constantes das GFIPs foram abatidos da contribuição não descontada do segurado (conforme coluna CD - "contribuição já descontada " da planilha Cálculo da Contribuição dos Segurados de fls.2535 a 2572).

Observe -se que não foi possível identificar ,efetivamente , durante a ação fiscal , qual ou quais sócios das PJs desconsiderados prestaram serviços à fiscalizada e nem qual a parcela dos valores a ele(s) atribuída(s) em cada competência , motivo pelo qual o valor total da notas em cada competência foi considerado como pago a um único segurado e as retenções destacadas em GFIPs foram abatidas na totalidade.

Item 17.3

Não é possível planilhar as pessoas físicas (consultores) bem como os valores recebidos individualmente por cada uma delas pelos seguintes motivos :

Como dito anteriormente, durante a ação fiscal , não foi possível identificar , efetivamente, com base nos documentos e livros contábeis apresentados quais foram as pessoas físicas que prestaram os serviços e nem o valor recebido por um ou mais sócios .

Os lançamentos foram efetuados com base nos livros Diário onde constavam apenas os nomes das PJs e os valores das notas fiscais por estas emitidas.

Quanto a solicitação contida no final do item (composição do NC) entendo não haver necessidade visto que o cálculo do desconto dos segurados foi efetuado a partir da planilha Cálculo da Contribuição dos Segurados (fls 2535 a 2572) que contem ° por competência, os valores da contribuição dos segurados bem como as deduções (em atendimento á solicitação contida no item 1 7.2) Item 17.4 Esta solicitação foi atendida pelas planilhas Cálculo da Contribuição dos Segurados Ú'ls.2535 a 2572) em conjunto com a planilha Consultores Substitutivo 11 Úls. 2533).

Item 17.5

Os lançamentos efetuados nas competências 01/2003 e 06/2003 referem-se a valores lançados no livro Diário a titulo de despesas com consultores de maneira agrupada .Valem as mesmas as considerações feitas no item 1.2 de fls 2334 e 2335 com a ressalva de que tais lançamentos deveriam constar do levantamento CDD e não DPJ .

Tendo em vista que nestas competências; as contribuições dos segurados não foi lançada, há a necessidade de se efetuar lançamento complementar (...).

DA ABERTURA DE PRAZO E DA NOVA DEFESA

6. Cientificado dos resultados das duas diligências, bem como do relatório fiscal substitutivo, em datas de 05/07/2008 e 07/07/2008, conforme fls. 2.579/2.580, O contribuinte apresentou defesa em 04/08/2008, por meio do instrumento de fls. 2.585/2.649, com a juntada de documentos de fls. 2.650/2.775 (informações sobre as empresas de consultoria objeto do lançamento, notas fiscais de prestação de serviços, cópia de acórdão proferido pelo Segundo Conselho de Contribuintes, comprovantes de inscrição e de situação cadastral perante a Receita Federal do Brasil, declaração da empresa aberta de consultoria Ltda. e GPS), apresentando as seguintes alegações diferenciadas, em síntese:

6.1 .Requer a aplicação da Súmula Vinculante n° 8 do STF, que tratou dos prazos decadenciais aplicáveis às contribuições previdenciárias, com a exclusão do período de maio de 2000 a fevereiro de 2002;

6.2. O Auditor-Fiscal mais uma vez em seu relatório substitutivo deixou de apresentar fundamentos fáticos e jurídicos que embasem sua pretensão de reconhecer vínculo empregatício entre a Notificada e pessoas jurídicas que lhe prestaram serviços, além de deixar de manifestar-se acerca de algumas determinações feitas no despacho proferido pela 13ª Turma da DRJ/SPOI;

DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS POR PESSOA JURÍDICA.

6.3. *Solicita a aplicação do artigo 129 da Lei 11.196/05, que trata da prestação de serviços intelectuais, para fins fiscais e previdenciários;*

6.4. *A respeito, observa-se que além de ter sido afastada a aplicação da legislação pertinente às pessoas jurídicas, não houve a regular desconsideração da personalidade jurídica das empresas prestadoras, na forma do artigo 50, do Código Civil, vez que não foi provado neste processo O necessário abuso de personalidade jurídica, por desvio de finalidade ou confusão patrimonial das empresas prestadoras de serviço;*

6.5. *Ademais, competiria ao Poder Judiciário decidir sobre a ocorrência do abuso de personalidade jurídica, decretando, por conseguinte, a desconsideração, ante a expressa previsão do artigo 50, do Código Civil, O que também não ocorreu* 6.6. *Apresenta, em anexo, pesquisas recentes feitas em sítios confiáveis da internet, nos quais muitas das empresas prestadoras de serviço relacionadas pelo Auditor-Fiscal anunciam seus serviços. Ou seja, tais empresas estão à disposição no mercado para execução dos seus trabalhos até hoje, provando não ser verdadeira a afinnação da fiscalização de que as empresas teriam sido constituídas para prestar serviços à Notificada;*

6.7. *O lançamento criou figura inexistente no mundo jurídico, qual seja, a do empregado como pessoa jurídica, porque não desconsiderou a personalidade das sociedades que prestaram serviços à Notificada nas competências levantadas, nem mesmo identificou as pessoas físicas que executaram os trabalhos. Prova maior disto é que sequer são relacionados no lançamento os nomes dos supostos segurados empregados, mas apenas nomes incompletos de pessoas jurídicas, que, aparentemente o Auditor-Fiscal nem sequer conhece suas respectivas razões sociais.*

AUSÊNCIA DE REQUISITOS ESSENCIAIS À VALIDADE DA PRESENTE NFLD.

6.8. *Requer a anulação do processo, pois, ao contrário dos esclarecimentos do Auditor-Fiscal em diligência, a fiscalização conduzida por ele ficou desamparada por Mandado de Procedimento Fiscal de 24 de julho de 2006 a 17 de novembro de 2006;*

6.9. *A ausência de fundamento legal para a cobrança da contribuição previdenciária sub judice implica o cerceamento do direito de defesa da impugnante, tomando, também por essa razão, nula a Notificação Fiscal. Isto porque, não havia base legal para realizar o arbitramento das contribuições previdenciárias em pauta.*

6.10. *De forma arbitrária, a fiscalização, a partir da "análise" da relação havida entre a notificada e apenas três empresas de*

prestação de serviços, generalizou e concluiu que todas as 121 empresas que prestaram serviços nos últimos seis anos à ABS eram, de fato, trabalhadores empregados.

RESULTADO DA DILIGÊNCIA FISCAL (FLS. 2333/2363)

6.11. Registra que a Notificada não foi cientificada do despacho e do Relatório Substitutivo, conforme determinado pela 13ª Turma de Julgamento, caracterizando o cerceamento de seu direito de defesa. Ademais, tal vício não foi sanado pela comunicação posterior, haja vista que era fundamental a Notificada apresentar também suas considerações acerca do Relatório Substitutivo antes da análise da 13ª Turma.

DESPACHO DA 13ª TURMA DE JULGAMENTO DATADO DE 11/03/2008

6.12. Ressalta que são inúmeras as incorreções e os equívocos cometidos pelo Fiscal, inclusive nos novos relatórios, os quais vêm sendo reiteradamente apontados pela Notificada e pelo Auditor Julgador. No entanto, a presente NFLD apresenta vícios insanáveis, como, por exemplo, a falta de fundamentação legal e de justificativas plausíveis no Relatório original para o arbitramento utilizado pelo Fiscal;

6.13. Ademais, a função dessa C. Turma não é completar o Relatório Fiscal tentando sanear o que é insanável, indicando ao Fiscal as nomias e os critérios de apuração de suposto débito previdenciários.

RESULTADO DA DILIGENCIA FISCAL (FLS. 2533/2577).

6.14. A Notificada desconhece qualquer dispositivo legal que estipule o marco de 5 meses de trabalho contínuo para caracterizar vínculo empregatício, como explicita o auditor-fiscal em resposta à diligência. Ora, é evidente que não existe tempo máximo ou mínimo para relação de emprego, bastando restarem caracterizados os requisitos para tanto.

VALORES INEXATOS APRESENTADOS NO NOVO RELATÓRIO

6.15. Apesar da fiscalização indicar equívoco em relação à utilização da alíquota RAT não apresentou a retificação dos valores lançados, havendo, portanto, cerceamento do direito de defesa;

6.16. Aparentemente, houve a exclusão formal dos prestadores de serviço no quadro de fls. 2347, mas não houve a retificação necessária dos valores para a consolidação do crédito tributário, sendo, portanto, o crédito ilíquido e incerto;

6.17. Requer a anulação da Notificação Fiscal impugnada por produzir cerceamento de defesa uma vez que os novos relatórios apresentados pelo Fiscal não demonstram a composição final do cálculo do pretense débito

ESCLARECIMENTOS DO FISCAL - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS E PROVAS QUE CONFIGUREM A PRETENDIDA RELAÇÃO DE EMPREGO

6.18. A afirmativa da fiscalização de que não foi possível identificar os empregados que prestaram serviços é contraditória com o Relatório da Notificação Fiscal, inclusive, o substitutivo, já que, para caracterizar o requisito da personalidade, justificou-se que os serviços eram prestados pelos sócios das pessoas jurídicas.

6.19. Note-se, ainda, que ora os documentos contábeis foram suficientes para convencer o Fiscal da relação de emprego, ora não foram suficientes para comprovar a situação geradora da obrigação tributária;

6.20. Ademais, a fiscalização nem sequer conseguiu identificar a pessoa que prestou o serviço. E não basta presumir que foi um dos sócios da empresa contratada. O Fiscal não pode simplesmente "escolher" uma pessoa para reconhecer o vínculo empregatício, vez que tal procedimento viola a verdade material.

6.21. Nem mesmo a habitualidade mencionada pôde ser confirmada porque, mesmo que a prestadora de serviço tenha emitido notas fiscais seqüenciais por mais de 5 meses (critério aparentemente utilizado pelo Fiscal), isso não quer dizer que foi sempre a mesma pessoa que executou o trabalho.

ERROS DE LANÇAMENTO

6.22. Observa que há prestadores de serviço que aparecem no Relatório de Lançamentos (RL) original e não constam nem na 'Planilha Consultores -Substitutiva 11' e nem da "Planilha Consultores Excluídos". Como exemplo cita a empresa Vieira e Anacleto.

6.23. O Auditor-Fiscal alterou as Planilhas, mas não fez as devidas modificações hábeis no RL, mantendo valores que não constituem base de cálculo para as pretensas contribuições, violando o direito de defesa da Notificada. 6.24. No mês 11/2001, o Sr. Fiscal lançou duas vezes na planilha Cálculo da Contribuição dos Segurados (págs 2535 a 2572) o segurado NSEQ 77 (RCM Consulting). Ao invés de somar os dois faturamentos ocorridos no mês e gerar apenas uma linha na planilha, os valores foram lançados individualizados gerando debito indevido. Cita outras incorreções semelhantes.

6.25. A planilha de Calculo da Contribuição dos Segurados (págs 2535 e 2572) deve ser apresentada já corrigida e válida. O fiscal não considerou para efeito de abatimento recolhimentos que já haviam sido feitos em diversas competências, demonstrando não ser confiável o trabalho apresentado.

6.26. Solicita, ainda, a exclusão de valores de contribuições recolhidas por outros tomadores de serviços;

6.27. Destaca que o prestador (N SEQ 56) que faturou em ago/05 contra a ABS e contra outro cliente, que se trata de apenas mais um fornecedor, não aparece no levantamento DPJ,

mas está somado no levantamento CDD 08/05 (diversos balancete), apresentando a incorreção de tal levantamento.

6.28. Ademais, destaca alguns exemplos de empresas descaracterizadas que não possuem o mesmo objeto social da Notificada, quais sejam:

I - Empresa Mindquake - Serviços de Tradução, Interpretação e Similares;

II - Empresa Ramon e Fernando - Tratamento de Dados, provedores de serviço de aplicação e serviços de hospedagem na internet;

III- Empresa Belex - Outras atividades de serviços;

IV - Empresa Venezia: comércio varejista de equipamentos e suprimentos de informática;

V - Empresa Rede Rampim: Tratamento de Dados, provedores de serviço de aplicação e serviços de hospedagem na internet.

DO PEDIDO

6.29. Requer, por fim:

I - A declaração da decadência ocorrida referente ao período de 05/00 a 12/01;

II - O reconhecimento da incompetência da administração previdenciária para declarar a relação de emprego entre Notificada e seus prestadores de serviço;

III - A declaração da nulidade da NFLD.

5. É o Relatório "

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

A 13ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo I (SP) - DRJ/ SPO I, em 19 DE NOVEMBRO DE 2008, exarou Acórdão de nº 16-19.555, fls.2.821, concedendo parcial provimento ao contribuinte retificando, de ofício, o lançamento .

DO RECURSO DE OFÍCIO

Na oportunidade a Instância a quo recorreu de ofício , nos termos do art. 34, inciso I, do Decreto nº 70.235/72 e art. 1º da Portaria MF nº 03/2008, em razão de o crédito tributário exonerado exceder a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Irresignada a Recorrente interpôs Recurso Voluntário às. fls. 2.900/2.967 onde reitera as alegações que fizera em sede de impugnação.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza

DA TEMPESTIVIDADE

Os recursos são tempestivos. Aduz que reúnem os pressuposto de admissibilidade. Portanto, deles tomo conhecimento.

DO RECURSO DE OFÍCIO

Li as razões da retificação dos créditos executadas em sede de impugnação (fls. 2.906/2.908) e em razão de anuir o procedimento NEGÓCIO PROVIMENTO AO RECURSO DE OFÍCIO.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

DA PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

A súmula nº 99 do CARF, implica observar que, uma vez adimplidas outras quaisquer rubricas as quais a autuada, no mesmo período do presente, teve por obrigação, à parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração em comento, **mesmo que não tenha sido incluída** na base de cálculo do recolhimento das referidas competências, aplica-se a regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN para as contribuições previdenciárias, *verbis*:

*“Súmula CARF nº 99: Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, **mesmo que não tenha sido incluída**, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.”*

No que se refere ao sobredito, os Relatórios de Documentos Apresentados - RDA colacionados às fls. 158/163, traduzem os pagamentos antecipados requeridos para inserção do lançamento no escopo da súmula em apreço.

Em princípio, conforme o registro do documento de fls. 01, autuada fora notificada em 23/03/2007. Entretanto, em razão de diversas irregularidades, seguindo orientação da Primeira Instância, a Autoridade autuante providenciou Relatório fiscal substituído com novos argumentos que deu azo, inclusive, a interposição de nova defesa. Assim, a notificação e a NFLD, conforme registra o Aviso de Recebimento de fls. 2.579, foram aperfeiçoadas na data da entrega do sobredito Relatório colacionado às fls. 2.348, em **05/07/2008**.

Desse modo, considerando o que acima fora descrito, na forma do art. 150, § 4º, do CTN, **os créditos constituídos para a competência 06/2003 e anteriores encontram-se fulminados pelo Instituto da Decadência.**

Aduz que a Instância a quo enfrentando a questão observou a Decadência sobre o prisma do preceituado no art. 173, I do mesmo diploma legal e considerou tão-somente o período 05/2000 a 11/2001.

DAS PREJUDICIAIS DE MÉRITO

DA AFERIÇÃO INDIRETA E DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

No item 1.3 do Relatório Fiscal às fls 191, de forma transversa , a Autoridade aututante revela que procedeu a aferição indireta:

"1.3 No cálculo da parte a cargo do segurado foi respeitado o limite máximo por competência quando foi possível identificar os segurados (levantamento DPJ) e utilizada a alíquota mínima de 8 % nos casos em que não foi possível identificar os segurados (levantamento CNN) "

O sobredito fora também percebido pela Instância a quo na medida em que, em 30/10/2007, às fls. 2.311, ao requerer a primeira DILIGÊNCIA teceu considerações(item 13) à respeito apontando, também, **a falta de fundamentação legal nos autos:**

*" 11. Considerando a alegação da empresa de que foi utilizada a alíquota de 8%, **nos casos em que não foi possível identificar os segurados, porém, não se esclarece se foi observado ou não o limite máximo do salário de contribuição (fls. 329).***

12. Considerando que, de fato, foi utilizada a alíquota de 8% para o cálculo das contribuições dos segurados no levantamento "CDD" conforme anexo DAD às fls. 04/11.

Contudo, não consta nem do anexo "FLD - Fundamentos Legais do Débito" (fls. 163/166) e nem do relatório fiscal (fls. 191/202) fundamento legal que autorize a utilização da referida alíquota.

13. Considerando, ainda, a alegação de ausência de fundamentação legal da impugnação, conforme exposto às fls. 329/333 e que, de fato, parte do lançamento foi feita por aferição indireta, no entanto, não consta fundamento legal nem no referido anexo FLD e nem no relatório fiscal que ampare tal procedimento. "

De fato, observando o Relatório de Fundamentos Legais de fls 163, **mesmo depois das diligências, não se observa elencado dispositivo legal para procedimento de aferição indireta:**

fls 163 - Fundamentos Legais das Rubricas

CONTRIBUIÇÃO DOS SEGURADOS (EMPREGADOS, TRABALHADORES TEMPORÁRIOS E AVULSOS)

Competências : 05/2000 a 12/2000, 01/2001 a 12/2001, 01/2002 a 12/2002, 01/2003 a 12/2003, 01/2004 a 12/2004, 01/2005 a 12/2005, 01/2006 a 06/2006 - Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 20 (com a redação dada pela Lei n. 9.032, de 28.04.95, alterada posteriormente pela Lei n. 9.129, de 20.11.95), combinado com os artigos 12, I (com as alterações da Lei n. 8.647, de 13.04.93,

da Lei n. 9.506, de 30.10.97 e da Lei n. 9.876, de 26/11/99) e VI e art. 28, I e parágrafos (com a redação dada pela Lei n. 9.528, de 10.12.97); Lei n. 8.620, de 05.01.93, art. 7., parágrafo 2.; Lei n. 9.311, de 24.10.96, art. 17, II; Lei n. 9.317, de 05.12.96, art. 3., parágrafo 2., "h"; Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, art. 9., I, "g" (alínea acrescentada pelo Decreto n. 3.265, de 29.11.99), VI, parágrafo 1. a 7., art. 198, art. 214, I, parágrafos 1. a 15, art. 216, I, "a" e parágrafos 1. a 6., artigos 217 e 218.

CONTRIBUIÇÃO DA EMPRESA SOBRE A REMUNERAÇÃO DE EMPREGADOS

Competências : 05/2000 a 12/2000, 01/2001 a 12/2001, 01/2002 a 12/2002, 01/2003 a 12/2003, 01/2004 a 12/2004, 01/2005 a 12/2005, 01/2006 a 06/2006 Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 22, I (com a redação dada pela Lei n. 9.876, de 26.11.99); Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, art. 12, I e parágrafo único, art. 201, I, parágrafo 1. e art. 216, I, "b" (com as alterações dadas pelo Decreto n. 3.265, de 29.11.99).

Em razão do ocorrido se observa VÍCIO MATERIAL do lançamento.

DA IMPUGNAÇÃO, DA DILIGÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO COMPLEMENTAR

Reportando-me à Primeira DILIGÊNCIA conforme fls. 2.311, é compulsório concluir que a instância a quo **procedeu a motivação complementar do lançamento** na medida em que **determinou que se providenciasse novo Relatório Fiscal substituto** com esclarecimentos e fundamentações legais reclamados pela recorrente em sede de impugnação. Não obstante, **a autuada não foi tempestivamente notificada** do despacho que requereu a diligência bem como da resposta do Relatório substituto. Na seqüência se confirma o que aqui é destacado:

DA PRIMEIRA DILIGÊNCIA

Em 30/10/2007, conforme fls. 2.311, após longa dissertação sobre as alegações interpostas pela impugnante, a instância a quo expôs inúmeras considerações para requerer DILIGÊNCIA.

Dentre as várias pertinentes e consistentes considerações, destaco as abaixo:

" (...) 11. **Considerando** a alegação da empresa de que foi utilizada a alíquota de 8%, **nos casos em que não foi possível identificar os segurados**, porém, não se esclarece se foi observado ou não o limite máximo do salário de contribuição (fls. 329).

12. **Considerando que, de fato, foi utilizada a alíquota de 8% para o cálculo das contribuições dos segurados no levantamento "CDD" conforme anexo DAD às fls. 04/11.**

Contudo, não consta nem do anexo “FLD - Fundamentos Legais do Débito” (fls. 163/166) e nem do relatório fiscal (fls. 191/202) fundamento legal que autorize a utilização da referida alíquota.

13. Considerando, ainda, a alegação de ausência de fundamentação legal da impugnação, conforme exposto às fls. 329/333 e que, de fato, parte do lançamento foi feita por aferição indireta, no entanto, não consta fundamento legal nem no referido anexo FLD e nem no relatório fiscal que ampare tal procedimento. (...) ”

Após emitir 21 considerandos, a Instância a quo admitiu que o Relatório Fiscal não era claro e, determinou DILIGÊNCIA para substituição do mesmo incluindo justificativa para proceder aferição indireta bem como, entre outras, inserir a correspondente fundamentação legal e vinculado NOVO AUTO DE INFRAÇÃO, vide item 26.1 da conclusão . Concluiu por requer as providencias abaixo:

"CONCLUSÃO

26. Diante do exposto, sugerimos o encaminhamento do presente ao Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, notificante, Artur Bademian, matrícula nº 1.179.938, para verificar, atentamente, as alegações da Impugnante às fls. 326/391 e fls. 2193/2197 e documentos de fls. 392/2188 e fls. 2198/2306, bem como, as considerações feitas acima, prestando os esclarecimentos e adotando as providências seguintes, no tocante à presente NFDL:

26.1. Emitir, em duas vias, Relatório Fiscal Substitutivo com a descrição clara dos levantamentos constantes da presente NFDL, com a justificativa para a adoção do procedimento de aferição indireta e da utilização da alíquota de 8% para o cálculo das contribuições dos segurados, esclarecendo, ainda, neste caso, a respeito do limite máximo do salário de contribuição, com a correspondente fundamentação legal e o correspondente auto de infração lavrado.

26.2. Com relação aos itens 6 a 10 acima, verificar as considerações feitas, demonstrando, mensalmente, a partir da competência 08/2004, o enquadramento da empresa no CNAE 72.206, bem como, indicar as providências cabíveis no tocante ao enquadramento feito no levantamento “CDD” para o período de 06/2003 a 07/2007. Em caso de retificação, elaborar planilha (“DE - PARA”).

26.3. No tocante às alegações da Impugnante, aos documentos por ela apresentados e às considerações feitas nos itens 14 a 17 e 23 acima, manifestar-se, conclusivamente, se existe alguma retificação a ser feita no presente lançamento fiscal, especialmente, no tocante às GPS apresentadas com relação às contribuições dos segurados apuradas e em relação aos prestadores de serviços, considerados pela Fiscalização como segurados empregados. Em qualquer caso, justificar a manutenção ou a retificação do lançamento, apontando e/ou anexando documentos que amparem o pronunciamento fiscal. E, em caso de retificação, elaborar planilha (“DE - PARA”).

26.4. Quanto aos itens 19 e 20, esclarecer as disposições contidas no relatório fiscal em confronto com o disposto no art. 30 da Lei nº 10.833/2003.

26.5. No tocante aos itens 21 e 22, verificar e manifestar-se, conclusivamente, sobre a alegação feita pela Impugnante e, em caso de necessidade, emitir, em duas vias, nova planilha contendo as empresas incluídas na presente notificação ("planilha consultores").

26.6. Cientificar a empresa do presente despacho e do respectivo pronunciamento da Fiscalização, fornecendo-lhe cópias destes, juntamente com os demais documentos emitidos pela Fiscalização, como por exemplo, Relatório Fiscal Substitutivo, concedendo, ainda, o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de nova defesa em observância ao princípio do contraditório e ampla defesa.

27. Por todo o exposto, sugerimos o encaminhamento deste processo ao Serviço de Fiscalização Previdenciária da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Guarulhos.'

Cumpra observar que nos termos do art. 29 do Decreto 70.235/72, a autoridade julgadora, poderá determinar DILIGÊNCIA para formar sua convicção e não para complementar motivação do lançamento, *verbis*;

"Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias."

Aduz que sob o comando do § 3º do art. 18 do mesmo diploma legal supra, quando em exames posteriores ou nos resultados de diligências e não por determinação para se fazê-lo no curso dessas, forem verificadas incorreções, omissões ou inexactidões de **que resultem agravamento da exigência inicial**, inovação ou **alteração da fundamentação legal da exigência**, **será lavrado auto de infração** ou **emitida notificação de lançamento complementar**, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada.

Assim, se no curso de uma diligência a autoridade autuante constatar as hipóteses encimadas **deve lavrar novo auto de infração** ou emitir notificação de lançamento complementar e não APENAS PRODUZIR NOVO RELATÓRIO FISCAL e nova documentação de amparo visando aperfeiçoar a motivação do primeiro afastado por conter vícios.

Como se observa nos argumentos elencados pela Instância a quo, nesta primeira DILIGÊNCIA, não foram requeridos tão-somente demonstrar à luz dos elementos já contidos nos autos aspectos que proporcionassem a convicção do julgador na forma da prerrogativa estabelecida nos art. 18 e 29 do Decreto 70.235/72.

No despacho de diligência determinaram-se **providenciar procedimentos para corrigir os vícios** apontados nos seus considerandos de forma a validar o lançamento maculado.

Diante do encimado impõe-se determinar A NULIDADE do lançamento
DA SEGUNDA DILIGÊNCIA

Na forma do dos documento colacionado às fls. 2.348/2.369, a Autoridade autuante produziu Relatório Fiscal substituto, datado de 20/12/2007, entretanto conforme despacho de fls. 2.366, em 21/08/2008 , **registra que não foi dado ciência ao contribuinte** .

Em 11/03/2008, a Instância a quo, após **tecer 16 novas considerações**, requereu **nova DILIGENCIA** conforme Despacho de nº 100 , às fls, 2.367 cujas determinações abaixo se reproduz na íntegra:

" CONCLUSÃO

17. Diante do exposto, sugerimos o encaminhamento do presente ao Auditor

*Fiscal da Receita Federal do Brasil, notificante, Artur Bademian, matrícula nº 1.179.938, **para verificar, atentamente, as considerações feitas acima, prestando os esclarecimentos e adotando as providências seguintes, no tocante à presente NFLD:***

17.1. Elaborar planilha contendo a relação das empresas excluídas do presente lançamento fiscal, informando ainda, para cada empresa, o(s) motivo(s) determinante(s) para sua exclusão.

17.2. Verificar e informar, no tocante às GPS apresentadas (doc. 3 - fls. 403/1581) se há alguma retificação a ser feita com relação às contribuições dos segurados apuradas na presente NFLD. Em caso negativo justificar e fundamentar. E, em caso de retificação, elaborar planilha ("DE - PARA").

*17.3. **Elaborar planilha contendo os nomes das pessoas físicas (consultores), suas respectivas remunerações e as contribuições por elas devidas, juntamente, com a respectiva empresa lançada na presente NFLD e, em caso de impossibilidade, justificar e fundamentar. Em qualquer caso, verificar e informar se há alguma retificação ou necessidade de lançamento complementar, especialmente, em relação às contribuições dos segurados apuradas. Além disso, em qualquer caso, demonstrar a composição do número de segurados(NC) utilizado na "Planilha Cálculo CS" (fls. 2359) nas diversas competências.***

*17.4. Verificar os cálculos efetuados, elaborando, por competência, planilha contendo as **empresas descaracterizadas** com os respectivos valores recebidos a **fim de demonstrar a correta composição da base de cálculo das contribuições devidas.***

*17.5. Manifestar-se a respeito dos lançamentos efetuados nas competências 01/2003 e 06/2003 descritos no item 13 acima, especialmente, **no tocante às respectivas contribuições dos segurados.***

*17.6. Cientificar a empresa do presente despacho e do respectivo pronunciamento da Fiscalização, fornecendo-lhe cópias destes, **juntamente com os demais documentos emitidos pela***

Fiscalização, bem como, o despacho de 2311/2329, o pronunciamento da Fiscalização de fls. 2333/2340, planilha de fls. 2347, Relatório Fiscal Substitutivo (fls. 2348/2358), planilhas de fls. 2359/2363 concedendo, ainda, o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de nova defesa em observância ao princípio do contraditório e ampla defesa. Em caso de impossibilidade, encaminhar os autos, diretamente, à DERAT/DICAT/EQREC de São Paulo - SP para cientificar a empresa nos termos acima.

18. Por todo o exposto, sugerimos o encaminhamento deste processo ao Serviço de Fiscalização da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Guarulhos.

19. À consideração da Sra Presidente da 13ª Turma de Julgamento desta "

DA RESPOSTA PARCIAL DA AUTORIDADE AUTUANTE

Às fls. 2.575, em 02/07/2008, a Autoridade autuante **produziu resposta parcial, ressalte-se, aceita pela instância a quo:**

" Obs: Tendo em vista que atualmente não estou lotado na fiscalização externa e que a fiscalizada não mais pertence a jurisdição Guarulhos, proponho que os lançamentos complementares sejam efetuados por Auditor pertencente a nova jurisdição da fiscalizada ."

Na mesma data, **sem aguardar orientação para completar as providenciais requeridas**, encaminhou correspondência ao contribuinte contendo os despachos das duas diligências e as respostas conforma abaixo:

*Encaminhamos, em anexo: cópia dos despachos de fls 2.311 a 2.329; do pronunciamento da fiscalização de fls. 2.333 a 2.340; da planilha de fls. 2347; do Relatório Fiscal substitutivo de fls. 2.348 a 2.358; das planilhas de fls. 2359 a 2363; do despacho de fls. 2367 a 2372; documentos de fls. 2373 a 2389 e 2392 a 2532; planilhas de fls. 2533 a 2574; do pronunciamento da fiscalização de fls 2575 a 2577 e **do presente despacho**. O contribuinte tem prazo de 30 (trinta) dias contados do recebimento desta, para querendo, apresentar nova defesa em observância ao princípio do contraditório e ampla defesa."*

DA SEMELHANÇA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS

A supressão de instância é a irregularidade que se observa quando a instância superior julga matéria não examinada pela instância inferior. Isto caracteriza afronta o princípio constitucional da ampla defesa.

O caso em comento **guarda semelhança à supressão de instância** na medida em que desconhecendo o teor do Despacho da primeira DILIGÊNCIA, bem como do que fora providenciado pela Autoridade autuante, a Recorrente **não pode exercer tempestivamente o direito ao contraditório** para interpor suas contra-razões. Tal procedimento facultou que nova DILIGÊNCIA fosse providenciada cujo objeto se mostrou o

mesmo daquela ou seja complementar motivação do lançamento que ainda assim se demonstrou impossível em razão do impedimento acusado pela Autoridade autuante que registrou não poder proceder aos "lançamentos complementares" em razão de não estar lotado na fiscalização externa e que a fiscalizada não mais pertencia a jurisdição Guarulhos, vide despacho de fls. 2.575, em 02/07/2008 :

" Obs: Tendo em vista que atualmente não estou lotado na fiscalização externa e que a fiscalizada não mais pertence a jurisdição Guarulhos, proponho que os lançamentos complementares sejam efetuados por Auditor pertencente a nova jurisdição da fiscalizada ."

Tudo o que fora encimado ao invés de contra-razões, ensejou interposição de NOVA DEFESA aceita nos autos conforme os documentos colacionados às fls. 2.585 / 2.775.

Na NOVA DEFESA interposta, a autuada, entre outras alegações, produziu argumentos **abaixo com os quais concordo**:

*"134. **Cabia ao Fiscal intimar a Notificada do seu teor para, querendo, apresentar defesa. Portanto e evidente o cerceamento de defesa da Notificada.***

*135. **E não há que se argumentar que a Notificada esta ciente agora e tal vício está, portanto, sanado.***

*136. **Era fundamental a Notificada apresentar também suas considerações acerca do Relatório Substitutivo antes da análise da 13ª Turma. O Fiscal não respeitou aqui o direito de ampla defesa da Notificada, direito esse constitucionalmente garantido.***

Os encimados aspectos macularam, também, o lançamento de **VÍCIO**

MATERIAL

DOS MANDADOS DE PROCEDIMENTOS FISCAIS - MPF

No Recurso interposto, a autuada reitera nulidade em razão dos motivos abaixo elencados:

*"21. **Cumprir impugnar mais uma vez a alegação do Fiscal no item 1.3 da sua 1ª diligência, de que a fiscalização em debate sempre esteve amparada por um Mandado de Procedimento Fiscal - MPF válido. Tal alegação não procede***

*22. **Verifica-se que inicialmente foi emitido o MPF nº 09299298F00, datado de 11 de abril***

de 2006, com validade até 25 de junho de 2006, fls. 2345. No entanto, a Recorrente somente tomou ciência da fiscalização em 20 de junho de 2006, cinco dias antes do término do seu prazo de execução.

*23, **Referido MPF foi renovado por MPF Complementares, tendo o Auditor Fiscal juntado ao processo somente a última prorrogação, datada de 22 de setembro de 2006, com validade para sua execução até 21 de novembro de 2006, fls. 2346. Não foi observado, portanto, o artigo 20, da Portaria SRF nº 3007, de 26 de novembro de 2001.***

Art. 20. Os MPF emitidos e o demonstrativo de que trata o § 22 do art. 13, incluindo as modificações efetuadas no curso do procedimento fiscal, constarão no processo administrativo fiscal que venha a ser formalizado e convalidarão o procedimento fiscal em si.

24. Portanto, não há como verificar no processo se a fiscalização sempre esteve assegurada por um MPF válido, durante o período de 20 de junho de 2006 a 21 de novembro de 2006. A prorrogação do MPF deve ser feita dentro do prazo de validade do MPF anterior, sob pena de nulidade do procedimento. Portanto, tal fato deve ser verificado e confirmado por essa C. Câmara.

25. Pois bem. Ocorre que o MPF n.º 09299298F00 foi cancelado, conforme informado pelo próprio Fiscal, nas fls. 2.335 do seu relatório, bem como na informação prestada por ele no Mandado de Segurança impetrado pela Recorrente (Doc.1 anexo).

26. O MPF foi substituído pelo MPF n.º 09356209F00, datado de 17 de novembro de 2006, com validade até 21 de fevereiro de 2007, com relação ao qual a Recorrente tomou ciência em 17 de novembro de 2006.

27. No entanto, o MPF substituído foi executado pelo mesmo Auditor Fiscal do MPF extinto, em total desrespeito ao parágrafo único do artigo 16, da Portaria SRF n.º 3007, de 26 de novembro de 2001, in verbis:

Da Extinção do Mandado de Procedimento Fiscal Art. 15. O MPF se extingue:

- pela conclusão do procedimento fiscal, registrado em termo próprio;

II - pelo decurso dos prazos a que se referem os arts. 12 e 13;

Art. 16. A hipótese de que trata o inciso II do artigo anterior não implica nulidade dos atos praticados, podendo a autoridade responsável pela emissão do Mandado extinto determinar a emissão de novo MPF para a conclusão do procedimento fiscal.

Parágrafo único. Na emissão do novo MPF de que trata este artigo, não poderá ser indicado o mesmo AFRF responsável pela execução do Mandado extinto. "

28. Tal fato, por si só, enseja a nulidade da fiscalização e, portanto, da presente NFLD, uma vez que o MPF que substituiu o MPF extinto/cancelado não poderia ter sido executado pelo mesmo AFRF. "

Às fls. 2.335, na Informação Fiscal em resposta ao questionamento sobre as emissões dos MPFs, a Autoridade autuante respondeu conforme o abaixo:

" A fiscalização não iniciou-se em 17/11/2006 e sim em 20/06/2006 (data de assinatura do MPF 09299298 emitido em 11/04/2006, 2345).

Durante a ação fiscal ocorreu, apesar da regular solicitação uma não prorrogação do MPF (09299298C03,fls 2346) que foi automaticamente cancelado. Foi, então, gerada uma nova ação fiscal e prontamente colhida a assinatura da empresa no novo MPF (09356208FOO) em 17/11/06 .Observar que o MPF anterior tinha validade até 21/11/06, logo, em nenhum momento a fiscalização foi interrompida ou foi realizada sem cobertura de um MPF."

Consultando os autos, às fls.170 consta colacionado o MPF n ° 09356209F00 emitido em 17/11/2006, ciência em 17/11/2006, val. 21/02/2007, e nas fls. 169 o MPF complementar N° 09356209C0-1 , ciência, 21/02/2007 - emissão em 21/02/2007 val. até 22/04/2007 para ser executado pelo Auditor ARTUR BADEMIAN

O Mandado de Procedimento Fiscal - MPF n° O9299298 F00 consta colacionado às fls, 2.345. Foi emitido em 11/04/2006 e notificado em 20/06/2006 com validade até 25/06/2006. Estão ausentes as prorrogações C01 e C02 . Uma terceira emissão complementar de n° O9299298C3, consta que embora tenha sido emitida em 22/09/2006 , fora notificado um dia antes em 21/09/2006 (???)

Não consta nos autos formal encerramento da ação fiscal cancelada comandada pelo MPF MPF n° O9299298 F00

Como registrado alhures, o novo MPF n ° 09356209F00 foi emitido em 17/11/2006, ciência em 17/11/2006, val. 21/02/2007, e nas fls. 169 consta que houve somente uma prorrogação na forma do MPF complementar N° 09356209C0-1, ciência, 21/02/2007 - emissão em 21/02/2007 val. até 22/04/2007 para ser executado pelo mesmo Auditor fiscal que conduziu a ação até então.

DOS TIADS.

Tendo havido o cancelamento na forma do encimado, às fls, 180/184 se registram emissões de TIAD's. Cumpre observar que em todos **constava que a documentação exigida deveria ser disponibilizada na sede da autuada** e não na Delegacia da RFB conforme abaixo transcrito:

"A documentação relacionada, relativa ao período de 07/2005 a 06/2006, e a todos os estabelecimentos da empresa, inclusive obras de construção civil, deverá ficar à disposição desta Fiscalização, no endereço AV.NOVE DE JULHO 1023 SL.8 PARTE, CENTRO, POA - SP, a partir de 13/02/2007 às 10 horas e 00 minutos, e durante todo o desenvolvimento do procedimento fiscal. A referida documentação deverá, ainda, ser liberada com vistas à extração de cópias reprográficas, destinadas à instrução processual, podendo, também, o sujeito passivo, se preferir, fornecer as cópias que se fizerem necessárias"

O fato acima é relevante ser destacado em razão de que a empresa alega que os documentos estiveram disponibilizados na empresa e a autoridade autuante registrou que **de fato nunca estivera na sede da empresa e que os documentos deveriam ter sido entregues na RFB**

No documento de fls. 2.867, a **Autoridade autuante revela que nunca esteve na empresa:**

"1.7 Do relatório apresentado pelo Sr. Auditor Fiscal Úls. 353).

(--)

A alegação de que nunca compareci ao estabelecimento é verdadeira. Ocorre que a empresa tinha sua sede em São Paulo, (local onde se encontrava a documentação) a despeito de constar no cadastro a cidade de Poá . Desde início da ação fiscal a fiscalizada se dispôs a apresentar os documentos na Agência do INSS em Suzano. Observe-se a observação "in loco" seria de pouca valia visto que os valores lançados referem-se em sua totalidade a épocas passadas, além disso os "consultores" que, porventura, ainda prestem serviços estão, em sua maioria , distribuídos em diversos projetos de clientes da fiscalizada"

Na forma dos documentos colacionados às fls. 2.179/2/188, a empresa faz registros de entrega de documentos , recibados pela Autoridade autuante, e de disponibilização de outros na sede da empresa.

Em todas as anteriores correspondências o endereço era o mesmo dos TIAD's. Somente na última, datada de , 19 de março de 2007. protocolizada em 20 de março de 2007, SIPPS 26459605 é que se registra endereço novo.

Relevante observar que a NFLD - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO de fls. 01, **não obstante, foi lavrada tendo o antigo endereço referido nos TIADS. Não houve atualização cadastral :**

"Contribuinte sob Ação Fiscal

CNPJ : 03.300.884/0001-98

Nome: ABS - ADVANCED BUSINESS SOLUTIONS LTDA

Endereço: AV.NOVE DE JULHO 1023 SL.8 PARTE , Bairro: CENTRO

Município: POA"

Às fls. 2.335, na Informação Fiscal em resposta ao questionamento sobre as emissão dos MPFs, a Autoridade autuante respondeu conforme o abaixo:

" A fiscalização não iniciou-se em 17/11/2006 e sim em 20/06/2006 (data de assinatura do MPF 09299298 emitido em 11/04/2006, 2345).

Durante a ação fiscal ocorreu, apesar dar regular solicitação uma não prorrogação do MPF (09299298C03,fls 2346) que foi automaticamente cancelado. Foi, então, gerada uma nova ação fiscal e prontamente colhida a assinatura da empresa no novo MPF (09356208FOO) em 17/11/06 .Observar que o MPF anterior tinha validade até 21/11/06, logo. em nenhum momento

a fiscalização foi interrompida ou foi realizada sem cobertura de um MPF."

Cumprе ressaltar que o registro na Informação Fiscal de fls. 2.335, alhures transcrito, **apresenta-se equivocado** posto que contém afirmativas contraditória. Senão vejamos : se uma ação fiscal foi dada como encerrada em razão do cancelamento do MPF que lhe autorizara e fora iniciada " uma nova ação fiscal " a fiscalização vinculada ao MPF anterior não só fora **interrompida como também encerrada**.

DO IMPEDIMENTO DO AUDITOR FISCAL

A questão não se restringe a validade do MPF. A irregularidade afronta o disposto no Parágrafo único do art. 16 da PORTARIA MPS/SRP N° 3.031, DE 16 DE DEZEMBRO DE 2005 - DOU DE 22/12/2005, **então vigente**, cujo comando, na hipótese dessas circunstâncias, preceituava o impedimento de **indicar o mesmo servidor responsável pela execução do Mandado extinto**.

A nulidade do procedimento se observa, a contrario sensu, do disposto no caput do artigo em tela quando faz referência ao inciso II do art. 15 da Portaria em comento:.

"PORTARIA MPS/SRP N° 3.031, DE 16 DE DEZEMBRO DE 2005 - DOU DE 22/12/2005

Dispõe sobre o planejamento das atividades fiscais e estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos a contribuições administradas pela Secretaria da Receita Previdenciária.(...)

Art. 16. A hipótese de que trata o inciso II do art. 15 não implica nulidade dos atos praticados, podendo a autoridade responsável pela emissão do Mandado extinto determinar a emissão de novo MPF para a conclusão do procedimento fiscal.

Parágrafo Único. Na emissão do novo MPF de que trata este artigo, não poderá ser indicado o mesmo servidor responsável pela execução do Mandado extinto."

A ocorrência supra fez NULO o lançamento por VÍCIO MATERIAL.

DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL

A **verdade material** é um princípio específico do processo administrativo, contrapondo-se ao princípio do dispositivo, próprio do processo civil.

O processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fator gerador e a constituição do crédito tributário.

DA NULIDADE

A inteligência do § 1º, II do artigo 59 do decreto 70.235/72 permite constatar que a nulidade do ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

" O Decreto 70.235/72 :

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

*II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou **com preterição do direito de defesa.***

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

Se o lançamento apresentar vício em seu processo de formação não respeitando os dispositivos de sua formalização, **é caso de anulação, por vício de forma.**

Se o vício **estiver instalado na produção do conteúdo**, em sua dinâmica, é caso de **nulidade por vício material**

O caso em tela, como se demonstrou, está eivado de vícios de conteúdo implicando comprometimento insanável do crédito.

CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto, conheço dos Recursos para NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE OFICIO e, em PRELIMINAR DO RECURSO VOLUNTÁRIO, conforme o disposto na Súmula nº 99 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, c/c o comando do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional - CTN, reconhecer a DECADÊNCIA dos créditos constituídos para a competência 06/2003 e anteriores bem como determinar a TOTAL NULIDADE DO LANÇAMENTO em razão de maculado por VÍCIO MATERIAL.

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza - Relator