



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

Processo nº 15540.000575/2009-39
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2301-02.403 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de outubro de 2011
Matéria Caracterização Segurado Empregado: Pessoa Jurídica
Recorrente K2 CONSULTORIA EM INFORMÁTICA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2004 a 30/12/2004

PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA RECONHECIDA. PARTE DO DÉBITO. CONTRATO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RELAÇÃO DE EMPREGO. POSSIBILIDADE LEGAL DE DESCONSIDERAÇÃO DO VÍNCULO PACTUADO.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional.

No presente caso aplica-se a regra do artigo 150, §4º, do CTN, haja vista a existência de pagamento parcial do tributo, considerada a totalidade da folha de salários da empresa recorrente.

Não se pode olvidar que a legislação autoriza a desconconsideração de negócios jurídicos, o que pode levar a caracterização de relações empregatícias.

O lançamento fiscal decorrente de caracterização de prestador de serviço como empregado da tomadora não pode prescindir, todavia, da comprovação cabal da ocorrência dos elementos fático-jurídicos caracterizadores da relação de emprego.

Da análise do relatório fiscal fica claro que, de fato, a autoridade que lavrou o lançamento deixou fazer a caracterização e a prova da condição de segurados empregados da recorrente, o que acarreta na insustentabilidade da exação.

Recurso Voluntário Provido.

Crédito Tributário Exonerado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Autenticado digitalmente em 19/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assinado digitalmente em 04/07

/2012 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 02/07/2012 por BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, As

sinado digitalmente em 19/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES

Impresso em 26/07/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Redator designado. Vencida a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, que votou em negar provimento ao Recurso. Redator designado: Damião Cordeiro de Moraes

Marcelo Oliveira - Presidente.

Bernadete de Oliveira Barros- Relator.

Damião Cordeiro De Moraes - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silverio, Bernadete De Oliveira Barros, Damião Cordeiro De Moraes, Mauro Jose Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos empregados.

Conforme o Relatório Fiscal (fls.16), o fato gerador das contribuições apuradas ocorreu com a prestação de serviços, à notificada, de sócios de empresas prestadoras, considerados segurados empregados da K2 pela fiscalização por ter sido constatada a presença dos requisitos caracterizadores da relação de emprego.

O agente notificante informa que a K2, que durante o ano fiscalizado não possuía empregados, tem como objeto a prestação de serviços de informática, consultoria, assessoria, planejamento, representação e desenvolvimento de softwares e celebra, com empresas do mesmo ramo, contratos de prestação de serviços cujas cláusulas são as mesmas.

Em seguida, expõe os motivos pelos quais entende que os sócios administradores das empresas listadas atendem aos pressupostos necessários à caracterização de segurados empregados da recorrente.

A recorrente impugnou o débito e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 12-31.883, da 14ª Turma da DRJ/RJ1, (fls. 101), julgou o lançamento procedente em parte, aplicando, por maioria, a regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, excluindo, do débito, os valores lançados até a competência 09/2004, inclusive.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso tempestivo (fls. 132), alegando, em síntese, o que se segue.

Preliminarmente, defende a aplicação da regra decadencial contida no art. 173, I, do CTN e observa que andou bem a administração fazendária quando exonerou a Recorrente do pagamento das contribuições previdenciárias, no período de janeiro a setembro de 2004.

Reitera que a autuação impugnada apresentou uma série de números, nomes e valores que se tornam absolutamente incompreensíveis e, em consequência, indefensáveis, sem um esclarecimento pormenorizado sobre sua origem, ou, mais precisamente, seu fato gerador que deveria constar, por óbvio, do Relatório Fiscal.

Sustenta que, da maneira como foi lavrada a autuação, a recorrente ficou impedida de produzir sua contestação, o que, por óbvias razões, implica no cerceamento do seu direito constitucional de defesa.

Defende que não podia o apressado auditor-fiscal ter deslanchado a autuação, incabível sob todos os aspectos, sem fazer uma completa e pormenorizada descrição da suposta infração cometida, individualizando as obrigações legais que não teriam sido cumpridas pela Recorrente, para esclarecer, inclusive, como pôde comprovar que as pessoas indicadas em

relatório apresentado poderiam ser considerados "sócios administradores" do rol de empresas também listadas, em outro documento por ele elaborado.

Discorre sobre a atividade desenvolvida por empresas da área de computação, informando que, em determinadas ocasiões, a recorrente se vê na contingência de utilizar serviços de empresas especializadas no segmento da informática para elaboração e adaptação de programas especiais, ampliação de sistemas, instalação de programas e controles de segurança, integração de hardware e software, além de consultoria nessa área, para se tornar competitiva no mercado.

Entende que restou assentado na jurisprudência, tanto do TRF quanto do antigo CRPS, que os órgãos de fiscalização previdenciária não têm competência para decidir quais as hipóteses em que se materializa ou não a relação de emprego e que, enquanto o Judiciário Trabalhista não decidir que existe relação de emprego entre a Recorrente e os supostos "sócios administradores" das empresas que esporadicamente lhe prestam serviços, que não se sabe quais e quem são, não pode a fiscalização previdenciária pretender exigir o pagamento de qualquer contribuição com base nessa eventual prestação de serviços.

Assevera que, obviamente, não pode ser considerado empregado aquele que, a qualquer tempo e a livre exclusivo critério da Recorrente, pode ser substituído por outros especialistas da empresa contratada, como ocorreu inúmeras e reiteradas vezes, sendo que, a maior prova da impessoalidade da relação contratual estabelecida fica patente com a possibilidade da substituição do empregado da empresa contratada pela Recorrente, inexistindo, pois, qualquer ligação pessoal no vínculo contratual estabelecido.

Argumenta que também não há como se vislumbrar a existência da alegada relação de emprego quando a própria autuação sequer consegue indicar ou mesmo dar o nome de quem seria o suposto empregado da Recorrente.

Traz posições do STJ e do TRF a respeito do tema e conclui que, para exercitar e satisfazer sua sanha arrecadadora, precisava o Recorrido e a própria autoridade revisora, antes de tudo, por razões de bom senso, pelo menos informar quem são sócios administradores de empresas por ela contratadas, cujos nomes não são conhecidos nem tampouco enumerados pela própria malsinada ação fiscal.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, Relatora

Preliminarmente, a autuada defende a aplicação da regra decadencial contida no art. 173, I, do CTN e observa que andou bem a administração fazendária quando exonerou a Recorrente do pagamento das contribuições previdenciárias, no período de janeiro a setembro de 2004.

Cumpra observar, porém, que pela regra prevista no dispositivo legal citado pela autuada em seu recurso, o débito não estaria decadente.

Porém, em que pese esta Conselheira concordar com o relator do voto vencido e com a recorrente, de que caberia, ao caso, a aplicação do 173, I, a primeira instância administrativa decidiu, por maioria, aplicar a regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, excluindo, do débito, os valores lançados até a competência 09/2004, inclusive.

Como não houve recurso de ofício, entendo que prevalece a decisão de primeira instância que, apesar de não ter sido coincidente com o pedido feito pela autuada em sua defesa, foi mais favorável ao contribuinte, que acatou o acórdão em relação à decadência, concluindo que *“andou bem a administração fazendária quando exonerou a Recorrente do pagamento das contribuições previdenciárias, no período de janeiro a setembro de 2004”*.

Nesse sentido, mantém-se a decisão recorrida, em relação à decadência.

Ainda em preliminar, a recorrente alega que o AI apresentou números, nomes e valores incompreensíveis e, em consequência, indefensáveis, sem um esclarecimento pormenorizado sobre sua origem ou seu fato gerador, que deveria constar do Relatório Fiscal e que, da maneira como foi lavrada a autuação, a recorrente ficou impedida de produzir sua contestação, o que, por óbvias razões, implica no cerceamento do seu direito constitucional de defesa.

Contudo, verifica-se que a autoridade autuante deixou muito claro, no Relatório Fiscal, que o crédito lançado se refere à contribuição devida pelos segurados que prestaram serviços à recorrente por intermédio de outras empresas, mas que, na realidade, eram empregados da empresa autuada.

A fiscalização expôs, com muita clareza, os motivos pelos quais entendeu que não houve uma mera prestação de serviços entre pessoas jurídicas, mas sim um verdadeiro vínculo empregatício, uma relação entre empregador e empregado, além de apontar os elementos caracterizadores da relação de emprego presentes nos serviços prestados, à recorrente, pelas pessoas físicas sócias das diversas empresas prestadoras.

Portanto, constata-se que a autoridade lançadora identificou, de forma clara e precisa, as bases de cálculo da contribuição previdenciária, apontando os dispositivos legais e normativos que disciplinam o lançamento.

E como não é facultado ao agente fiscal deixar de cumprir a lei, ao constatar a ocorrência do fato gerador, lançou corretamente o presente débito, discriminando clara e precisamente os dispositivos legais aplicáveis ao caso, já que o relatório FLD - Fundamentos Legais do Débito, relaciona a legislação que fundamenta as contribuições que constituem o presente lançamento, além do dispositivo legal que confere a competência para fiscalizar e atuar.

Observa-se, ainda, que a NFLD atendeu o estabelecido pelo Decreto 70.235/72.

Dessa forma, o auditor autuante constituiu o crédito tributário por intermédio do presente AI, em observância ao disposto no art. 37, da Lei 8.212/91:

Art.37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

Nesse sentido, reitera-se, ao contrário do que afirma a recorrente, o AI foi lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam a matéria, tendo o agente autuante demonstrado, de forma clara e precisa, a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, fazendo constar, nos relatórios que compõem o Auto, os fundamentos legais que amparam o procedimento adotado e as rubricas lançadas.

O Relatório Fiscal traz todos os elementos que motivaram a lavratura do AI e o relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, encerra todos os dispositivos legais que dão suporte ao procedimento do lançamento, separados por assunto e período correspondente, garantindo, dessa forma, o exercício do contraditório e ampla defesa à notificada.

Assim, não procede o entendimento de que o auditor fiscal não podia ter lavrado a autuação sem fazer uma completa e pormenorizada descrição da suposta infração cometida, pois, ao contrário do que afirma a recorrente, houve, sim, a individualizando das obrigações legais que não foram cumpridas.

Portanto, não há que se falar em nulidade do AI, motivo pelo qual rejeito a preliminar suscitada.

A recorrente entende que a competência para declarar vínculo empregatício é da Justiça do Trabalho

Contudo, restou comprovada, nos autos, a ocorrência de todos os requisitos necessários para a caracterização da relação de emprego, exigidos pelo art. 12, I, "a" da Lei n.º 8.212/91 c/c art. 9.º, I, "a", do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99, quais sejam, a não-eventualidade (habitualidade), a remuneração e a subordinação.

Aplica-se portanto, ao caso, o artigo 9º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que considera nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos nela contidos

E como o parágrafo 2.º do art. 229 do Decreto 3.048/99, permite ao Auditor Fiscal desconsiderar o vínculo pactuado, a Auditoria, ao verificar a ocorrência dos requisitos da

relação de emprego, agiu em conformidade com ditames legais e enquadrando corretamente os trabalhadores como empregados da autuada para efeitos da legislação previdenciária.

Esse enquadramento será automático sempre que estiverem presentes, na prestação do serviço, os pressupostos da relação de emprego, quais sejam, a remuneração, a habitualidade e a subordinação, porque a lei assim determina, mesmo que no contrato formalizado entre as partes esteja definido de forma diversa, pois a relação de emprego não é aferida pelos elementos formais do ajuste, mas do conteúdo emergente de sua execução.

Dessa forma, ao contrário do que entende a recorrente, desde que presentes os requisitos do art. 12, I, "a", da Lei n.º 8.212/91, pode sim o Auditor Fiscal desconsiderar a contratação do segurado por meio de empresas terceirizadas para considerá-lo como empregado da contratante, exclusivamente para fins de recolhimento da contribuição previdenciária, pois houve a ocorrência do fato gerador.

Nesse sentido e por tudo que foi exposto no Relatório Fiscal, entendo que restou comprovada, nos autos, a relação de emprego entre a K2 CONSULTORIA EM INFORMÁTICA LTDA e as pessoas físicas que lhes prestaram serviços por intermédio das empresas contratadas.

Os julgados trazidos pela recorrente apenas reforçam a competência da auditoria fiscal de, constatada a presença dos elementos caracterizadores da relação de emprego, desconsiderar o vínculo pactuado.

Ademais, conforme esclarecido pelo agente lançador, as atividades desenvolvidas pelas empresas terceirizadas, por meio de seus sócios caracterizados como segurados empregados da autuada, estão relacionadas à área de informática, que também é a matéria de competência da empresa recorrente, conforme suas finalidades estatutárias.

E diante da existência de uma posição jurisprudencial de que é vedada a terceirização da atividade fim da empresa, não há como vislumbrar que as atividades de informática, consultoria, assessoria, planejamento, representação e desenvolvimento de softwares sejam exercidas por terceiros sem vínculo com a K2 Informática.

Vale ressaltar que a matéria aqui tratada já foi objeto do Parecer da Consultoria Jurídica da Previdência Social, nº 1.544/98, cujos trechos transcrevo a seguir:

16. No tocante às NFLD referentes à incidência de contribuição social cujos fatos geradores são o pagamento aos autônomos, qualificados como empregados, colaciona-se o entendimento já exposto nos precedentes supra-mencionados desta Consultoria.

17. A Diretoria de Arrecadação e Fiscalização - DAF, por intermédio de relatórios fiscais anexos às NFLD em epígrafe afirmara:

(...) verifica-se que na prestação desses serviços há pessoalidade, subordinação, cumprimento de horário de trabalho e remuneração, caracterizando, assim, de forma inconteste, o vínculo empregatício e a conseqüente condição de segurados empregados, conforme Art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Art. 12, inciso I, alíneas a e b, da Lei nº 8.212, de 24.07.91 e Art. 10, inciso I, alínea a, do Decreto nº

612, de 21.07.92, conforme, já dissemos anteriormente, análise das folhas de pagamento e que não houve desconto da parte de segurados;

(...)

20. ...Verifica-se no Relatório Fiscal a existência dos requisitos caracterizadores do vínculo empregatício. Trata-se, pois, de embuste para burlar a legislação trabalhista e para o não recolhimento das contribuições devidas. Aplica-se portanto, o artigo 9º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que considera nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos nela contidos.

(...)

26. De tal princípio decorre que mesmo sendo nulo o ato de contratação de autônomos, houve a ocorrência do fato gerador da contribuição social para a seguridade social a cargo das empresas incidentes sobre a folha de salários, bem como a cargo dos trabalhadores.

27. Para o direito Tributário, havendo a ocorrência do fato gerador, tem-se nascida a obrigação tributária. Destarte, ocorrido o recebimento da remuneração, o contribuinte deve recolher o referido encargo previdenciário.

28.... Todavia, é possível que a fiscalização não reconheça como válido o ato de contratação de autônomos. Assim, como houve remuneração paga ao trabalhador contratado, ocorrera o fato gerador da contribuição social para a seguridade social incidente sobre a folha de salários, nos termos do artigo 195, inciso I, da Constituição da República.

(...)

32. As contribuições sociais são uma das cinco espécies tributárias e estão delineadas no artigo 149 da Constituição da República. Dentre outras sub-espécies dessa exação existe a Contribuição Social para financiamento da Seguridade Social prevista também no artigo 195 do Permissivo Constitucional. Essas contribuições por seu turno, subdividem-se em cinco previstas constitucionalmente, dentre as quais estão aquela a cargo dos empregadores incidente sobre a folha de salários.

(...)

35. Faz-se necessário primeiro a demonstração do vínculo laboral para que se possa considerar a remuneração da mão-de-obra como fato gerador do tributo ora em comento. Assim, caracterizado o vínculo empregatício é consequência pura a identificação do fato gerador. O relatório fiscal anexo à NFLD é na verdade um silogismo em que a descaracterização dos ditos cooperados representa a premissa menor. O silogismo pode ser apresentado da seguinte maneira:

39. Portanto, não é a caracterização do dito cooperado como segurado especial que autoriza a constituição do crédito tributário, mas sim a constatação por parte do INSS de tais pessoas que desempenham o trabalho de forma subordinada. Diante dessa realidade, como já dito, com base no princípio da primazia da realidade que norteia as relações trabalhistas é que se identifica a hipótese constitucional da incidência da norma ao fato para fins de nascimento da obrigação tributária principal.

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa em caráter não-eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado; (grifos editados).

A fiscalização constatou que a empresa autuada não possuía empregados à época da ocorrência do fato gerador, o que não foi negado pela recorrente em sua peça recursal, e que a prestação de serviços era feita de forma continuada, não esporádica, com subordinação e pagamento mensal de remuneração, sendo que as atividades realizadas por tais profissionais constituem-se em necessidade permanente da recorrente.

No Acórdão combatido, a autoridade julgadora informou que as notas fiscais emitidas pelas prestadoras eram sequenciais, o que demonstra exclusividade na prestação de serviços.

Com relação ao argumento de que inexistiu a pessoalidade, já que havia a possibilidade de substituição do funcionário, cumpre esclarecer que, conforme muito bem observado pelo Relator do Acórdão guerreado, os funcionários não poderiam ser substituídos, já que os serviços eram prestados pelos próprios sócios das empresas prestadoras e não havia outros profissionais que pudessem substituí-los.

Algumas cláusulas do contrato de prestação de serviços juntado aos autos pela própria recorrente reforçam a convicção de que as pessoas físicas que lhe prestaram serviços por meio de empresa interposta eram, na realidade, empregadas da empresa autuada.

A cláusula 3.1 (fls. 101) estabelece que a K2 seria a responsável pelas despesas de deslocamento aéreo ou terrestre, alimentação e hospedagem dos profissionais indicados pela contratada, e a cláusula 6.1 (fls. 102), deixa claro que os profissionais contratados prestariam serviços de acordo com as especificações e prazos que lhes fossem entregues pela K2 ou à sua direção.

A cláusula 9.4 (fls. 103), traz o compromisso de a contratada não disponibilizar, durante a vigência do contrato, os profissionais envolvidos nos projetos da K2 para prestar serviços de igual natureza para quaisquer competidores no mercado brasileiro.

Por todo o exposto, entendo que restou clara a existência dos elementos caracterizadores da relação de emprego entre a K2 e as pessoas físicas que lhe prestaram serviços por intermédio de empresas contratadas, e das quais eram as sócias administradoras.

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

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

Vale ressaltar, ainda, que a desconsideração da personalidade jurídica não é ato privativo do Poder Judiciário. Esse é o entendimento fixado na jurisprudência deste Conselho de Contribuintes e de nossos tribunais, conforme julgados cujos trechos transcrevo abaixo:

TRF 1ª Região - Apelação Cível 94.01.13621-1/MG DJ 12/04/2002

“Salienta-se ainda que é desnecessária qualquer declaração judicial prévia para anular os atos jurídicos entre as partes, já que seus reflexos tributários existem independentemente da validade jurídica dos atos praticados pelos contribuintes, nos termos do artigo 118, I, do Código Tributário Nacional.

Ademais, a questão central dos autos cinge-se à repercussão para os efeitos tributários do ato simulado, ou seja, de sua ineficácia para fins de dedução de tais prejuízos.

Uma vez comprovada que o sujeito passivo agiu com dolo, fraude ou simulação, como de fato o foi no caso em tela, a autoridade administrativa tem plenos poderes para efetuar a glosa da dedução de imposto ilegitimamente realizada pela Autora, nos termos do art. 149, inciso VII, do CTN...”

TRF 4ª Região - Apelação Em Mandado De Segurança nº 2003.04.01.058127-4 – Data da Decisão: 31/08/2005

PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ULTRA PETITA. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO DE RECEITAS. IMPOSTO DE RENDA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA.

(...)

3. A proposição de invalidade do procedimento fiscal não merece guarida, pois os elementos coligidos aos autos dão conta de que o Fisco procedeu à investigação e à fiscalização dentro dos limites da lei, não ocorrendo qualquer excesso violador de direito individual, garantindo-se à impetrante a ampla defesa e o contraditório, tanto na via administrativa, quanto na judicial.

4. Restando provados, à saciedade, os fatos que embasaram o lançamento tributário, bem como o dolo, a fraude e a simulação, é desnecessária a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, aplicando-se o art. 149, VII, do CTN.

Acórdão 107-08247– Sétima Câmara – 12/09/2005

IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA – OMISSÃO DE RECEITA – INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS – SIMULAÇÃO. Comprovado pela Fiscalização que a Recorrente utilizou-se de terceiro para omitir receita, fato este que não foi descaracterizado em qualquer momento por aquela, é de ser mantido o Lançamento de Ofício.

IRPJ – SIMULAÇÃO – MULTA AGRAVADA. Mantém-se a multa agravada se caracterizada a omissão de receita através de simulação.

A recorrente argumenta, ainda, que não há como se vislumbrar a existência da alegada relação de emprego quando a própria autuação sequer consegue indicar ou mesmo dar o nome de quem seria o suposto empregado da Recorrente e conclui que, para exercer e satisfazer sua sanha arrecadadora, precisava o Recorrido e a própria autoridade revisora informar quem são sócios administradores de empresas por ela contratadas, cujos nomes não são conhecidos nem tampouco enumerados pela própria ação fiscal.

Todavia, a autoridade julgadora esclarece que, no processo que discute o AI 37.212.210-8 (15540.000574/2009-94), encontram-se planilhas discriminando todas as empresas prestadoras, por competência, e os respectivos valores pagos, bem como a correlação com as pessoas físicas que prestavam serviços como pessoa jurídica, e os descontos não efetuados dos segurados, e informa que a própria impugnação feita no aludido processo traz cópia desses demonstrativos, deixando claro que a autuada os tinha em mãos.

Segundo despacho de fls. 49, o processo que discute o lançamento 37.212.210-8, foi apensado ao presente, e a recorrente, portanto, teve acesso a todas as informações nele contidas.

Nesse sentido, não vislumbro a nulidade do AI pela ausência dos elementos acima citados, já que, tanto em sua peça impugnatória quanto em seu recurso, a recorrente demonstra ter pleno conhecimento do que está lhe sendo imputado.

E o art. 59, do Decreto 70.235/72, dispõe que

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.

Não restou demonstrado, nos autos, que houve cerceamento de defesa do autuado, que demonstrou pleno conhecimento do que lhe esta sendo imputado.

Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa.

É oportuno registrar que, em que pese a sugestão de que o processo do AI 37.212.210-8 seja apensado ao presente, verifica-se que tal fato não ocorreu, e esta Conselheira Relatora colegiado não teve acesso aos autos que discute aquele referido instrumento de crédito, com todas as suas planilhas e relatórios.

Contudo, entendo desnecessária a conversão do julgamento em diligência, uma vez que a ausência dos referidos documentos não prejudicou a análise do presente processo, que reúne todos os elementos necessários para a tomada da decisão por este Colegiado.

Nesse sentido e

CONSIDERANDO tudo o mais que dos autos consta;

VOTO no sentido de CONHECER DO RECURSO para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Bernadete de Oliveira Barros – Relatora.

Voto Vencedor

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes

1. Conforme relatado na Sessão desta Turma do CARF, o recorrente se insurge contra o lançamento efetuado em razão da caracterização de sócios de empresas prestadoras, considerados segurados empregados, uma vez que a fiscalização teria verificado a presença dos requisitos caracterizadores da relação de emprego.

2. A Conselheira relatora analisou a demanda e adotou posicionamento no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

3. Assim, passo a análise do recurso.

DA DECADÊNCIA

4. Nos termos do relatório fiscal, trata-se de crédito tributário de natureza previdenciária constituído em 06/11/2009 relativo às competências de 01/01/2004 a 31/12/2004.

5. E sobre a decadência registro que fica alcançado pela decadência quinquenal todo o período anterior a 10/2004, inclusive, de acordo com a regra do artigo 150, § 4º, do CTN, a qual adoto, de acordo com a Súmula Vinculante n. 8 do Supremo Tribunal Federal.

DESCONSIDERAÇÃO DOS ATOS DE CONTRATAÇÃO PELO FISCO. POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO.

6. O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais tem firmado jurisprudência no sentido de permitir a desconsideração dos atos privados, tais como os de contratação de pessoa jurídica, pela autoridade tributária, com a consequente caracterização da

relação de emprego. Tanto a legislação quanto a jurisprudência admitem a desconsideração contratual para fins fiscais, quando essa é pressuposto da exação autuada (cf. CTN, 123, 116 p. ún. c/c arts. 12, I, 32 e 37 da Lei n. 8.212/91 c/c arts. 9º, 229, § 2º, 243 e 245 do Dec. 3048/99; STJ, REsp 515821/RJ, Min. Franciulli, DJ 25.4.05; CARF, 2ª S. 6ª TE, ac. 280600159, proc. 35582002542200782, rel. Cons. Kleber Araújo, d. 2.6.2009).

7. Diante da existência de contratos de prestação de serviços firmados diretamente pelo contribuinte com terceiros, transfere-se para a fiscalização o ônus de provar que, a despeito da existência de tal contrato, na realidade, a relação estabelecida tem natureza jurídica de vínculo de emprego.

8. Como se extrai do relatório da notificação fiscal de lançamento do débito, não foram especificados os objetos desenvolvidos nos contratos desconsiderados pela fiscalização (ff. 16 a 23).

9. Com efeito, a desconstituição dos atos empresariais para se configurar a relação de emprego – pressuposto de incidência da contribuição – depende da verificação dos elementos ensejadores da relação de emprego.

10. Pela legislação previdenciária empregado é aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural a empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração (art. 12, I, 'a' da Lei 8.212/91).

11. A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, que aplico ao caso por ser tratar de norma de regência das relações trabalhistas que não pode ser descartada, assevera em seu art. 3º que “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Pela legislação previdenciária, empregado é aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural a empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração. Presentes estes elementos, o Fisco está autorizado a desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado.

12. Via de regra, não se presume a subordinação. Segundo Maurício Godinho Delgado:

"A subordinação, como se sabe, é aferida a partir de um critério objetivo, avaliando-se sua presença na atividade exercida, no modo de concretização do trabalho pactuado. Ela ocorre quando o poder de direção empresarial exerce-se com respeito à atividade desempenhada pelo trabalhador, no modus faciendi da prestação de trabalho. A intensidade de ordens no tocante à prestação de serviços é que tenderá a determinar, no caso concreto, qual sujeito da relação jurídica detém a direção da prestação dos serviços: sendo o próprio profissional, desponha como autônomo o vínculo concretizado; sendo o tomador de serviços, surge como subordinado o referido vínculo" (in Curso de Direito do Trabalho", 3ª ed. LTr, 2004. p. 334).

13. Diante da verificação do período ainda em apuração –, em razão da decadência já reconhecida – pode ser constatado que a fiscalização deixou de formalizar a descrição individual de cada “empregado”, com o detalhamento da caracterização empregatícia, ou seja, a demonstração da existência dos elementos básicos da relação de emprego: alteridade, não-eventualidade, pessoalidade, subordinação e onerosidade (ff. 16 a

23). Tal requisito é essencial, visto que a imposição de tributo somente ocorre na forma em que a norma assim o determinar. Urge ressaltar: o lançamento fiscal decorrente de caracterização de prestador de serviço como empregado deve ser comprovado por intermédio da ocorrência dos elementos fático-jurídicos caracterizadores da relação de emprego.

14. O CARF tem entendimento sedimentado neste sentido:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2004 a 31/10/2005

PREVIDENCIÁRIO. NFLD. CONTRATO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. PRESENÇA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RELAÇÃO DE EMPREGO. POSSIBILIDADE LEGAL DE DESCONSIDERAÇÃO DO VÍNCULO PACTUADO.

A legislação previdenciária permite que o Auditor Fiscal, ao constatar a existência de vínculo empregatício, desconsidere contrato firmado entre pessoas jurídicas para encobrir a prestação de serviço por segurado empregado.

CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADO EMPREGADO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA.

O lançamento fiscal decorrente de caracterização de prestador de serviço como empregado da tomadora não pode prescindir da comprovação cabal da ocorrência dos elementos fático-jurídicos caracterizadores da relação de emprego.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.ACORDAM os membros da 6ª Turma Especial da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso”. (CARF. 2ª Seção. 6ª Turma Especial. Acórdão nº 280600159. Processo 35582002542200782. Data 02/06/2009)

15. O Relator do aresto supracitado, Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, no bojo do voto condutor, foi categórico:

“O que interessa nessa lide é verificar se efetivamente estão presentes no caso sob julgamento as condições que possam levar a caracterização da citada pessoa física como segurado empregado da recorrente. Em se confirmando essa hipótese, é, sem dúvida, cabível o procedimento adotado pelo fisco [...]

Não se pode olvidar que a legislação autoriza a desconsideração de negócios jurídicos, o que pode levar a caracterização de relações empregatícias, todavia, para que a fiscalização adote essa medida, que considero extrema, necessário se faz que a constatação da existência de simulação seja amplamente demonstrada no processo, com a comprovação inquestionável nos autos de que ao invés de ajuste entre empresas, havia escondido uma contratação de trabalhador na condição de empregado”.

16. E da análise do relatório fiscal fica claro que, de fato, a autoridade que lavrou o lançamento deixou de fazer a caracterização e a prova da condição de segurados empregados da recorrente, o que acarreta na insustentabilidade da exação (ff. 16 a 23).

17. Levando em consideração que, em nenhum momento, nem a autuação fiscal, nem a decisão recorrida, lograram êxito em provar a condição de segurados empregados do contribuinte, deve-se reconhecer a improcedência do lançamento.

18. Ante a inexistência de provas e a demonstração pormenorizada do vínculo empregatício por parte do auditor-fiscal tem-se por insubsistente a desconstituição da relação jurídica existente entre recorrente e prestadores de serviços.

19. Desta forma, é imperioso o provimento do recurso para reformar a decisão recorrida e desconstituir o débito lançado.

CONCLUSÃO

20. Dado o exposto, CONHEÇO do recurso voluntário, para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, nos termos alinhavados acima.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes – Conselheiro