

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

Processo nº 19706.000078/2007-90
Recurso nº 253.353 Voluntário
Acórdão nº 2803-00.339 – 3ª Turma Especial
Sessão de 19 de outubro de 2010
Matéria CARACTERIZAÇÃO SEGURADO EMPREGADO.PESSOA JURÍDICA
Recorrente TELEVISÃO MORENA LTDA.
Recorrida SRP-SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/1997 a 31/10/2004

SEGURADO EMPREGADO. ENQUADRAMENTO. Presentes os requisitos legais para a caracterização do segurado na categoria de empregado, a fiscalização deve proceder ao correto enquadramento, com a devida apuração das contribuições devidas.

REPRESENTANTES LEGAIS. Todos os representantes legais do sujeito passivo devem constar dos relatórios CORESP e VÍNCULOS, consoante determinações contidas nos normativos legais que tratam da constituição do crédito previdenciário. A mera indicação no relatório não implica em automática responsabilização, apenas traduzindo o que consta dos documentos do contribuinte.

PRAZO DECADENCIAL. CINCO ANOS. TERMO A QUO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO ANTECIPADO SOBRE AS RUBRICAS LANÇADAS. ART. 173, INCISO I, DO CTN. O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de nº 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212 de 1991. Não tendo havido pagamento antecipado sobre as rubricas lançadas pela fiscalização, há que se observar o disposto no art. 173, inciso I do CTN.

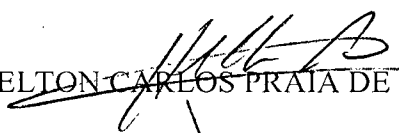
MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. CAUSA DE NULIDADE. INOCORRÊNCIA. O mandado de procedimento fiscal é mero ato infralegal destinado à administração de recursos humanos da Secretaria da Receita Federal, não afastando a competência legal do Auditor Fiscal para efetuar os devidos lançamentos.

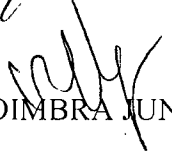
Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª Turma Especial** da Segunda Seção de Julgamento, por voto de qualidade, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencido(a)s o(a)s Conselheiro(a)s Eduardo de Oliveira, Carolina Siqueira Monteiro de Andrade e Amílcar Barca Teixeira Júnior que entendem pela aplicação da decadência do art. 150 § 4º do CTN.


HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA - Presidente.


OSEAS COIMBRA JÚNIOR - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eduardo de Oliveira, Oseas Coimbra Júnior, Carolina Siqueira Monteiro de Andrade, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato e Helton Carlos Praia de Lima (presidente). Fez sustentação oral a advogado da recorrente Dra. Camila A. Bonólo Parisi, OAB/SP nº 206593.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Previdenciária em Campo Grande/MS, que manteve a notificação fiscal lavrada, referente a contribuições devidas em razão da caracterização do Sr Fabio Jorge Castelo Zahram como segurado empregado.

A Decisão-Notificação – fls 281 e ss, conclui pela improcedência da impugnação apresentada, mantendo a Notificação lavrada. Inconformada com a decisão, apresenta recurso voluntário tempestivo, alegando, em síntese, o seguinte :

- Ilegalidade da manutenção dos sócios da recorrente no pólo passivo da lide
- Ilegalidade da SELIC
- Decadência relativa a períodos anteriores a 29/03/2001
- Incompetência do AFPS para reconhecimento de vínculo empregatício e falta de provas para a comprovação do mesmo.
- Falta de Mandado de Procedimento Fiscal válido a amparar a fiscalização e autuação.
- Aplicabilidade do artigo 129 da Lei 11.196/2005
- O MPF foi assinado eletronicamente, sendo que não existe, até o momento, uma padronização para a assinatura eletrônica e sua aceitação é feita pelos órgãos públicos, tendo validade apenas para eles próprios, haja vista a pendência de legislação a respeito. A

recorrente não conseguiu obter a confirmação da assinatura eletrônica do MPF.

- Deve ser determinada diligência, para que o INSS apresente as chaves públicas que viabilizem a consulta do MPF e de sua assinatura eletrônica.
- Ao final, requer:
 - Seja reconhecida a nulidade da NFLD por falta de MPF válido que a embase;
 - Seja determinada diligência para que o INSS apresente as chaves públicas que viabilizem a consulta do MPF e da sua assinatura eletrônica, quando então poderá ser verificada a validade do procedimento fiscalizatório e da NFLD dele oriunda;
 - A exclusão dos sócios da lide administrativa;
 - Seja cancelada a exigência a título de Contribuição Previdenciária, bem como multa, juros e demais encargos decorrentes da NFLD nº 35.859.330-1, determinando-se, assim, o arquivamento do processo administrativo instaurado;
 - Seja acolhida a alegação de decadência do direito à constituição de parte do crédito tributário constante na NFLD relativa a períodos anteriores a 29/03/2001;
 - A exclusão da Taxa SELIC do débito em discussão.

Informa ainda que está amparada por decisão judicial exarada no Mandado de Segurança nº 2007.60.00.001152-0, determinando o processamento do presente recurso, independentemente do depósito do valor de 30%.

É o relatório.

Voto

Conselheiro OSEAS COIMBRA JUNIOR, Relator

DO DEPÓSITO RECURSAL

A lei 8.213/91 teve o § 1º do artigo 126 revogado pela lei 11.727/08, não sendo mais necessário o depósito recursal para o seguimento do recurso apresentado, dessarte, a falta do depósito não é razão impeditiva de análise do mesmo.

DO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL 5

Apesar de não suscitado na impugnação, apenas no recurso, discorro acerca da validade do Mandado de Procedimento Fiscal, por entender que o assunto se enquadra na exceção do art. 149, IX do CTN, podendo ser conhecido de ofício.

O Mandado de Procedimento Fiscal foi criado, no âmbito do INSS, pelo decreto nº 3.969 - de 15 de outubro de 2001. No art. 4º da norma constava a determinação de que o MPF seria emitido na forma de modelos adotados e divulgados pelos órgãos competentes.

O Decreto deixa claro que cabia ao INSS a escolha da forma e modelos a serem adotados, sendo a assinatura digital, prevista na MP 2200-2, instrumento de racionalização da rotina administrativa.

Os MPF's que constam dos autos trazem todas as informações necessárias para a verificação do mesmo. Apesar de alegado pelo contribuinte que "não conseguiu obter a confirmação da assinatura eletrônica do MPF, conforme documento anexo" – fls 303, não há documento que comprove o alegado. Ademais, a ação fiscal teve início em 12/08/2005, com TEAF emitido em 29/03/2006, tempo mais que suficiente para quaisquer esclarecimentos, perante a chefia competente, sobre a autenticidade dos documentos.

O Mandado de Procedimento Fiscal é mero instrumento de controle administrativo da fiscalização, sem previsão em lei ordinária, não afastando a competência legal do Auditor Fiscal para efetuar os devidos lançamentos, sendo esse tema já exaustivamente examinado por este Conselho e tal entendimento se aplica às contribuições previdenciárias.

Nesse sentido: Acórdão 108-08.693 em 25.01.2006, 8ª Câmara/1º CC, Processo 37280.001313/2003-47, 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, Processo 13819.001388/2001-82/ Acórdão 9101-00.428, 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. CAUSA DE NULIDADE. A Portaria SRF nº 3.007/2002 é mero ato infralegal destinado à administração de recursos humanos da Secretaria da Receita Federal, não se confundindo, por conseguinte, com norma atributiva de competência. A doutrina é sólida na afirmação de que somente a lei pode definir o círculo de atribuições dos órgãos e dos agentes públicos, vedando-se ao administrador a imposição de restrições ou mesmo a ampliação dos poderes-deveres conferidos pelo legislador. Tampouco a citada Portaria possui natureza procedimental, pois, como é cediço, o procedimento de fiscalização se curva ao Decreto nº 70.235/72, que tem status de lei e vigência preservada por norma legal superveniente, nos termos do artigo 69 da Lei nº 9.784/99. Sendo assim, o Poder Legislativo cuidou sozinho de estabelecer as normas do processo administrativo, sem autorizar o Executivo a imiscuir-se nessa função. Portanto, seja no tocante à competência administrativa, seja no tocante à execução do procedimento em si, não se vislumbra, na espécie, a degradação do grau hierárquico da norma, presente

quando a lei, para descongestionar o órgão legislativo, sem regulamentar a matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, remetendo a normação dessa mesma matéria ao Poder Executivo. grifamos

(...)

Ementa do acórdão 103-22060, referendado pelo acórdão 9101-00.428 - CSRF, sessão de 03 de outubro de 2009.

DA DECADÊNCIA

A súmula vinculante do STF, nº 08 traz:

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

Com a decisão do Pretório Excelso, a questão passa a ser decidida com base nos artigos art. 150, § 4º e 173, ambos do Código Tributário Nacional – CTN.

Transcrevemos o artigo 173 :

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

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

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

A jurisprudência pátria já assentou que a aplicabilidade deste artigo seria na hipóteses de inexistência de pagamento antecipado ou na ocorrência de fraude ou dolo, conforme transcrevemos.

“Ementa: II. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.” (STJ. REsp 395059/RS. Rel.: Min. Eliana Calmon. 2ª Turma. Decisão: 19/09/02. DJ de 21/10/02, p. 347.)

...

“Ementa: Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional. S

Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador.

*.... **Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.*** (STJ. EREsp 278727/DF. Rel.: Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão: 27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184.)

Como não houve pagamento antecipado, aplica-se a regra do art. 173, reconhecendo a decadência referente às competências anteriores a 11/2000, inclusive, uma vez que a ciência do débito foi em 03/04/2006.

Ante o exposto, acato a preliminar de decadência, nos termos do voto proferido.

DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA INTERPOSTA – CARACTERIZAÇÃO COMO SEGURADO EMPREGADO

O ponto central da presente notificação se refere a desconsideração da empresa F.Z. Publicidade Promoções e Representações LTDA, passando o segurado Fabio Jorge Castelo Zahram, sócio da mesma, a ser considerado empregado da recorrente. Para fundamentar o que deduzido, o Auditor notificante – elaborou extenso relatório fiscal - fls 81 a 114., donde extraímos o que de mais relevante:

4.1.1 A empresa TV Morena Ltda celebrou contrato de prestação de serviços com a empresa F.Z. Publicidade Promoções e Representações LTDA - CNPJ 00.917.435/0001-03, referente à prestação de serviços de assessoria e coordenação de eventos.

Pelos serviços prestados seriam pagos valores fixos no valor de R\$ 14.500,00, sendo emitidas mensalmente nota fiscal de prestação de serviço contra empresa contratante conforme consta de cópia de contrato particular de prestação de serviços em anexo — Doc. 01.

4.1.2 Verificou-se que Sócio da empresa contratada — Fabio Jorge Castelo Zahram foi empregado da empresa no período de 02/81 a 06/85, exercendo a função de chefe administrativo (CBO 30190 - fonte CNIS - Doe 06).

4.1.3 Verificamos que após a competência 06/85 o Sr. Fabio Zahram continuou a prestar serviços à empresa, na qualidade de administrador, porém a contraprestação pelos serviços prestados se efetuava com o pagamento de valores constantes das notas fiscais da empresa FZ.

4.1.4 Esta constatação pode ser verificada quando do exame de contratos celebrados entre a TV Morena e diversos prestadores de serviços, onde o Sr. Fabio Zahram ora consta como diretor gerente, ora como empresário (doc. 02).

4.1.5 Embora prestasse efetivos serviços à notificada, não consta do CNIS vínculos do Sr. Fabio Zahram com a empresa após o período mencionado no item 4.1.2, porém verifica-se a emissão

5

de notas fiscais da empresa FZ (sempre em valores fixos) contra a empresa notificada.

4.1.6 Vê-se que os serviços efetivamente realizados pelo Sr. Fábio Zahram (administração) estavam inseridos nas atividades normais da empresa contratante, que já à época possuía outros administradores contratados na qualidade de empregados.

*4.1.7 Por outro lado, verificamos que do contrato celebrado com a Notificada, bem como das notas fiscais emitidas contra a TV Morena, a empresa **FZ Pub. Prom. Repres. LTDA** possuía o mesmo endereço da Notificada.*

4.1.8 Considerando pouco comum que empresas distintas possuíssem o mesmo endereço, bem como não constar nas folhas de pagamentos de empregados remunerações pagas aos Sr. Fábio Zahram pelo exercício da atividade de administração (diretor gerente) e dado ao fato de não obtermos maiores esclarecimentos de funcionários da TV morena quanto aos fatos acima exposto, empreendemos diligências junto a empresa FZ (MPF 09272760).

Apesar das tentativas de localização de responsáveis pela empresa (sócios, contadores ou prepostos) no endereço da empresa (o mesmo da TV MORENA) não conseguimos localizar os responsáveis.

Na tentativa de esgotarmos as possibilidades de localização da empresa enviamos correspondência — via correios, que apesar de realizar varias tentativas não foi possível aos correios entregar a correspondência, sendo devolvida a correspondência por motivo de "ausência".

Antes de publicarmos editais convocando a empresa FZ a prestar informações comunicamos ao contador e ao administrador da empresa TV Morena da necessidade de publicação de editais.

A partir desse momento fomos informados pelo contador da TV morena que ele assumira recentemente a responsabilidade pela escrita fiscal da empresa FZ e que o mandato de procedimento fiscal e o termo de apresentação de documentos- TIAD seriam assinados.

Apesar de efetivarmos o recebimento do MPF e do TIAD os documentos solicitados não foram apresentados.

4.1.9 A fiscalização pode constatar que :

a- As notas fiscais emitidas contra a TV Morena estão em ordem seqüencial, revelando a prestação dos serviços a um só tomador.

b- Os valores das notas fiscais são iguais, não havendo pagamentos por serviços específicos. 

c- O endereço da empresa FZ é o mesmo da empresa Notificada.

d- De informações obtidas das paginas da empresa na Internet, podemos constatar que o Sócio da empresa FZ, falecido em 11/2004, exerceu no período de (1982 a 1996) a função de diretor da empresa TV Morena.(doc. 04)

e- Na condição de representante da empresa TV Morena o Sr. Fabio Jorge C. Zahram celebrou inúmeros contratos com empresas prestadoras de serviço, constando desses contratos como diretor geral da TV morena.(doc. 02)

f- Após o falecimento do sócio da empresa FZ, não mais se verificou a emissão de notas da empresa contra a TV MORENA.

4.1.10 A fiscalização de posse das informações a seguir discriminadas, entendeu que o contrato celebrado entre a notificada e o sócio da empresa FZ não refletia a realidade fática e desconsiderou o negócio jurídico celebrado (contrato de prestação de serviços entre pessoas jurídicas), passando a considerá-lo com uma relação jurídica de natureza trabalhista.

4.1.11 Os elementos a seguir descritos formaram convicção quanto à desconsideração do negócio 411 jurídico anteriormente celebrado:

a) Vinculo de emprego entre a Tv Morena e o sócio da empresa FZ - Fabio zahram. Do sitio da empresa TV Morena na internet, consta que o Sr. Fabio Zahram prestou serviços à contratante na qualidade de diretor da empresa no período de 1982 a 1996. (doc..03)

b) Terceirização de atividades fins.

...

c) Mesmo endereço da empresa contratante.

...

d) Da incongruência do contrato

Do item 3.1 do contrato (doc. 01) consta que pela execução dos serviços contratados (assessoria e coordenação de eventos) a empresa FZ faria jus ao valor de R\$ 14.500,00. Do item 3.2 consta que do valor contratado estaria compreendidas as despesas da contratada com mão-de-obra e serviços de terceiros.

Assim se em determinado mês a empresa a empresa FZ, quando da realização de um evento, utilizasse mão de obra ou serviços de terceiros receberia a mesma quantia que em meses onde não houvesse evento algum.

Por outro lado todos somos sabedores que eventos demandam, de acordo com sua natureza, mais ou menos mão de obra a depender de sua

complexidade. Da forma avençada no contrato vê-se que para a realização dos eventos distintos seriam pagos os mesmos valores.

De forma inequívoca vê-se que a celebração do contrato teve por objetivo respaldar uma relação jurídica ficta, com a pretensão de simular a realidade dos fatos, qual seja, a relação empregatícia entre a Tv Morena e o empregado Fabio Jorge Castelo Zahram.

e) Não enquadramento no conceito de empresa para fins previdenciários.

Do inciso I do Artigo 15 da Lei 8,112/91 consta a definição de empresa para fins previdenciários

Art.15

Considera-se:

I - empresa - a firma individual ou sociedade que assume o *risco de* atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional;

O fato da empresa FZ possuir o mesmo endereço da TV Morena, não tendo uma sede própria, é indicio de que a empresa, para o exercício da atividade contratada, não assumia os riscos da sua atividade.

4.1.15 Com a constatação de a prestação de serviços não foram efetuadas pela empresa contratada, mas sim, pela pessoa física do sócio da empresa FZ na qualidade de segurado empregado, tem como conseqüência, nos termos da legislação em vigor, a desconsideração do negócio jurídico realizado, e o conseqüente enquadramento deste segurado como segurados empregados para fins previdenciários, desde que preenchidos os requisitos da prestação de serviços em caráter contínuo (não eventual), subordinação e mediante remuneração, requisitos facilmente identificáveis como explicitado a seguir:

...

4.1.16 Configurada a relação de emprego pela constatação de que o contratado se sujeita aos comandos da empresa contratante, recebe remuneração e presta serviços de natureza contínua, resta, para fins de contribuições previdenciárias, a desconsideração do negócio jurídico celebrado entre as pessoas jurídicas contratantes, passando a considerar os serviços executados com sendo de natureza empregatícia entre a empresa TV morena e o Sócio da empresa contratada (Fabio Jorge C. Zahram).

Continuando, nesse ponto, a empresa fez menção a aplicabilidade do art. 129 da lei 11.196/05 e ainda, de forma resumida – fls 312:

5

O lançamento em discussão foi feito com base na contabilidade da recorrente, não foi analisada a contabilidade da empresa FZ Publicidade para verificar se efetivamente se trataria de relação de emprego disfarçada.

A fundamentação de vínculo de emprego foi calcada em função da prestação de serviços de forma contínua, e pelo fato de que com o falecimento do Sr. Fábio Zahram não mais se verificou a emissão de notas fiscais contra a contratante. O relatório afirma que houve remuneração e que embora não houvesse subordinação do Sr. Fábio Zahram a outros diretores, "*certamente estaria sujeito ao controle dos sócios e as diretrizes constantes do contrato social da empresa TV Morena*".

Tais argumentos, no entender da recorrente, não são suficientes para a caracterização de vínculo empregatício – o fato de um serviço ser prestado em caráter contínuo não é indício de vínculo de emprego. Acrescenta que a empresa FZ Publicidade assumia a responsabilidade pela prestação dos serviços, o que indica a falta do elemento "alteridade". Os serviços eram prestados por conta e risco da empresa contratada, sem qualquer controle de horário. Os serviços eram prestados pela empresa FZ Publicidade conforme melhor lhe conviesse. Não havia exclusividade na prestação dos serviços, nem subordinação.

Dos fatos trazidos aos presentes autos, tenho como correta a descaracterização da relação de serviços prestados da recorrente com a empresa F.Z. Publicidade Promoções e Representações LTDA e o enquadramento do sócio Fabio Jorge Castelo Zahram como empregado da TV Morena, pois fica demonstrado que a interposição de pessoa jurídica serviu apenas para mascarar uma efetiva relação de emprego já existente.

A formalização da nova empresa e sua contratação por parte da TV Morena não alterou a relação administrativa da empresa com o Sr. Fabio Jorge, este simplesmente passou de empregado para, dia seguinte, ser empresa contratada.

Não há impedimento para que as empresas em geral contratem mão de obra terceirizada para que racionalize suas atividades. Inclusive, em várias hipóteses, este julgador entende como juridicamente perfeito a demissão de funcionários e sua contratação através de terceirizadas, como comumente acontece no ramo de limpeza e vigilância. O mesmo não ocorre quando da contratação para a consecução de atividades fins da empresa, pois tal manobra, em grande número de casos, visa afastar o empregador dos diversos ônus trabalhistas e previdenciários e é vedada pelo atual ordenamento jurídico.

Nesse sentido foi publicado o enunciado 331, I do TST – "*I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974)*".

Quando, no caso concreto, ficar evidenciada que a contratação de empresas serviu apenas para arredar a aplicação da legislação trabalhista ou previdenciária, cabe a fiscalização atuar no sentido de preservar a real relação jurídica existente, é o que se constata dos fatos carreados aos presentes autos.

Realmente não estamos aqui a falar de eventual prestação de serviço, e sim de relação empregatícia de anos. Consoante relatório fiscal, o Sr. Fabio Jorge trabalhava para a recorrente desde fevereiro de 1981 até o seu falecimento, em novembro de 2004. Apesar de rescindido o contrato de trabalho em 1985, a própria recorrente, em seu site – fls 112, informa que o Sr Júlio era seu diretor até 1992.

✓

O contrato assinado às fls 103 traz o Sr Fábio Jorge como representante da TV Morena, situação totalmente incompatível com a figura de prestador de serviços. Comunhão de endereços, de contadores, prestação exclusiva de serviços – dependência econômica, pagamento de valores fixos referente a serviços que, por sua natureza, tem custos variados, continuidade da relação de trabalho, interrupção da prestação de serviços da empresa quando do falecimento do titular, e tudo o mais que consta dos autos, comprovam o acerto da r. decisão.

Ad argumentandum tantum, não há que se falar em aplicabilidade do art. 129 da lei 11.196/05¹, uma vez que os fatos geradores se referem a período anterior à publicação da mesma. Sobre a discussão acerca da natureza interpretativa da mesma, a administração tributária já se manifestou, apesar da reconhecida discussão doutrinária acerca do tema.

"APLICAÇÃO DE LEI SUPERVENIENTE AO FATO GERADOR - AUSÊNCIA DE CARÁTER INTERPRETATIVO - Inaplicável o art. 129 da Lei nº 11.196, de 2005, a fatos geradores pretéritos, uma vez que dito dispositivo legal não possui natureza interpretativa, mas sim instituiu um novo regime de tributação. 1º Conselho de Contribuintes / 4a. Câmara / ACÓRDÃO 104-21.954 em 18.10.2006. Publicado no DOU em: 03.10.2007."

Dar a lei a interpretação defendida pela requerente seria reconhecer que a sujeição à relação empregatícia seria quase monopólio de trabalhadores com atividades braçais ou de baixa complexidade, pois uma imensa gama de atividades, com maior ou menor esforço hermenêutico, poderia ser enquadrada como prestação de serviço de "natureza científica, artística ou cultural" – como gerentes, diretores, administradores, etc... Construtoras não mais empregariam engenheiros, tampouco hospitais médicos, pois tudo se resolveria como "prestadores de serviços intelectuais", sem as respectivas obrigações trabalhistas ou previdenciárias.

A lei deve ser interpretada em consonância com as demais normas que regulam o tema. Não há que se confundir eventuais prestações de serviços intelectuais com as atividades diuturnamente necessárias para as atividades fim do contribuinte, tampouco se depreende da norma que a mera constituição de pessoa jurídica prestadora de serviço constitua presunção absoluta de regularidade que afaste a ação do fisco. As razões de veto ao parágrafo único do prefalado art. 129, é elucidativa.

A redação original do art. 129, trazia o seguinte parágrafo único:

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica quando configurada relação de emprego entre o prestador de serviço e a pessoa jurídica contratante, em virtude de sentença judicial definitiva decorrente de reclamação trabalhista."

¹ Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

Tal norma foi vetada pelo Sr. Presidente da República que, em suas razões de veto, assim resumiu.

O parágrafo único do dispositivo em comento ressalva da regra estabelecida no caput a hipótese de ficar configurada relação de emprego entre o prestador de serviço e a pessoa jurídica contratante, em virtude de sentença judicial definitiva decorrente de reclamação trabalhista. Entretanto, as legislações tributária e previdenciária, para incidirem sobre o fato gerador cominado em lei, independem da existência de relação trabalhista entre o tomador do serviço e o prestador do serviço. Ademais, a condicionante da ocorrência do fato gerador à existência de sentença judicial trabalhista definitiva não atende ao princípio da razoabilidade."

Fica claro que, para o fisco, é despcienda a declaração de relação de emprego pela justiça especializada para que fique configurado o fato gerador da obrigação previdenciária.

Sobre a competência do fisco para a desconsideração da relação jurídica e enquadramento como segurado empregado, para fins tributários, esta não se confunde com o reconhecimento ou declaração de relação de emprego, pois o fato gerador da contribuição previdenciária independe de reconhecimento de vínculo empregatício.

A lei 8.212/91, em seu art.12, informa os requisitos para que se considere o segurado como empregado para fins previdenciários. Uma vez preenchidos os requisitos ali presentes, aplicam-se as alíquotas devidas, sem que isso configure, *per se*, reconhecimento de vínculo perante a seara trabalhista, pois o enquadramento segue a legislação tributária, com reflexos diretos somente perante a atuação do fisco previdenciário. Aos interessados, cabe provocar a Justiça do trabalho para que se manifeste sobre a relação de emprego porventura existente.

O STJ também já se manifestou sobre o assunto. Transcrevemos excerto da ementa do RESP 837.636, DJ 14/09/06.

Quanto ao dissenso pretoriano colacionado acerca da interpretação do art. 33 da Lei nº 8.212/91, o acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento jurisprudencial desta Corte: "A fiscalização do INSS pode autuar empresa se esta deixar de recolher contribuições previdenciárias em relação às pessoas que ele julgue com vínculo empregatício. Caso discorde, a empresa dispõe do acesso à Justiça do Trabalho, a fim de questionar a existência do vínculo." (REsp 236.279-RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 20/3/2000). De igual modo: (REsp 515821/RJ, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 25/04/2005)

Também o TRF – 1ª Região

"MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. (...).

1. O vínculo entre empregador e trabalhador não se confunde com a relação entre o fisco e o contribuinte, embora a caracterização do liame empregatício a ambas interesse.

✓

2. O INSS, ao constatar o trabalho prestado por alguém a uma empresa, por ocasião de fiscalização, não invade a competência da Justiça do Trabalho, a quem cabe dizer da existência da relação de emprego, mas se encontra investida da atribuição institucional de fiscalizar a relação entre o contribuinte e a Previdência Social, a partir de situação concreta.

4. Apelação improvida." grifei

(TRF 1ª Região, Segunda Turma Suplementar, Rel. Juiz Lindoval Marques de Brito, Processo n.º 199701000352290, julgamento. em 26/6/2001, DJ em 15/8/2001)

DA TAXA SELIC

A cobrança de juros está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei nº 8.212/1991, abaixo transcrito, desse modo foi correta a aplicação do índice pela fiscalização federal:

Art.34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento.

Nesse sentido já se posicionou o STJ no Recurso Especial nº 475904, publicado no DJ em 12/05/2003, cujo relator foi o Min. José Delgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COBRANÇA DE JUROS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. A averiguação do cumprimento dos requisitos essenciais de validade da CDA importa o revolvimento de matéria probatória, situação inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. No caso de execução de dívida fiscal, os juros possuem a função de compensar o Estado pelo tributo não recebido tempestivamente. Os juros incidentes pela Taxa SELIC estão previstos em lei. São aplicáveis legalmente, portanto. Não há confronto com o art. 161, § 1º, do CTN. A aplicação de tal Taxa já está consagrada por esta Corte, e é devida a partir da sua instituição, isto é, 1º/01/1996. (REsp 439256/MG). Recurso especial parcialmente conhecido, e na parte conhecida, desprovido.

Quanto à inconstitucionalidade apontada pela recorrente, não cabe tal análise na esfera administrativa. Não é de competência da autoridade julgadora a recusa ao

cumprimento de norma supostamente inconstitucional – *ex vi* art. 62 do regimento interno do CARF, aprovado pela portaria GMF no- 256, de 22 de junho de 2009.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

DA EXCLUSÃO DOS SÓCIOS DOS RELATÓRIOS CORESP E VÍNCULOS

Os relatórios CORESP - RELAÇÃO DE CO-RESPONSÁVEIS e VÍNCULOS - RELAÇÃO DE VÍNCULOS trazem os responsáveis pela administração da empresa, com sua respectiva qualificação e período de atuação. Os referidos relatórios foram lavrados em consonância com a legislação vigente, não tendo que se falar em retificação dos mesmos.

Acrescente-se que a presença nos referidos relatórios não implica em automática sanção, apenas traduzindo o que consta dos documentos da entidade. A responsabilidade pelos débitos apurados, até o presente momento, é somente da empresa atuada.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por conhecer do recurso e, no mérito, dou-lhe parcial provimento para excluir do débito as competências anteriores a 11/2000, inclusive, mantendo tudo o mais que consta da notificação lavrada..

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2010


OSEAS COIMBRA JUNIOR - Relator