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

Processo nº	35201.000399/2007-21
Recurso nº	146.228 Voluntário
Acórdão nº	**2301-00.314 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	01 de junho de 2009
Matéria	Remuneração de segurados: Desconsideração de pacto.
Recorrente	SPERAFICO AGROINDUSTRIAL LTDA.
Recorrida	DRP/CASCAVEL/PR

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2000 a 30/06/2006

DESCONSIDERAÇÃO DO VÍNCULO PACTUADO.

Quando o Fisco constatar que segurados contratados como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenchem as condições e requisitos para a conceituação como segurado empregado, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o correto enquadramento.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª câmara / 1ª turma ordinária** do Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos, com fundamento no artigo 173, I do CTN, acatar a preliminar de decadência de parte do período a que se refere o lançamento para provimento parcial do recurso, vencido os Conselheiro Edgar Silva Vidal que aplicava o artigo 150, §4° e no mérito, por unanimidade de votos, manter os demais valores lançados, nos termos do voto do Relator.

JULIO CESAR VIEIRA GOMES
Presidente

MARCELO OLIVEIRA
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros: Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro de Moraes, Marcelo Oliveira, Edgar Silva Vidal (Suplente), Liége Lacroix Thomasi, Adriana Sato, Manoel Coelho Arruda Junior e Julio Cesar Vieira Gomes (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Previdenciária (DRP), Cascavel / PR, Decisão-Notificação (DN) 14.421.4/0030/2007, fls. 01405 a 01413, que julgou procedente o lançamento, efetuado por descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 001.

Segundo a fiscalização, de acordo com o Relatório Fiscal (RF), fls. 083 a 0108, o lançamento refere-se a contribuições destinadas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração paga aos segurados empregados, correspondentes a contribuição do segurado, da empresa, a contribuição para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT) e as contribuições devidas aos Terceiros.

Ainda segundo o RF, os valores são oriundos de aferição de Salário-de-Contribuição de segurada considerada como empregada e desconsideração de serviço conceituada por prestadora, para conceituação dos segurados que prestaram o serviço como empregados.

Os motivos que ensejaram o lançamento estão descritos no RF e nos demais anexos da NFLD.

Em 04/05/2005 foi dada ciência à recorrente do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) e do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos (TIAD), fls. 0109 e 0110.

Em 29/08/2006 foi dada ciência à recorrente do lançamento, fls. 001.

Contra o lançamento, a recorrente apresentou impugnação, fls. 01379 a 01387, acompanhada de anexos.

A DRP analisou o lançamento e a impugnação, julgando procedente o lançamento.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 01428 a 01441, acompanhado de anexos.

No recurso, a recorrente alega, em síntese, que:

A fiscalização desconsiderou a personalidade jurídica da empresa Plasma Industrial Ltda (Plasma) e exigiu as contribuições dos segurados a serviço da Plasma da recorrente;

A recorrente não é devedora daqueles valores;

O Fisco desbordou de seu âmbito de competência na lavratura do auto de infração;

Não há fundamento legal para a desconsideração da personalidade jurídica;

A desconsideração da personalidade jurídica da Plasma não foi feita de forma correta, pelos seguintes motivos:

A recorrente não é do mesmo grupo econômico da Plasma, não realizando nenhuma intervenção na empresa, nem qualquer controle;

A utilização de funcionários que trabalharam na recorrente pela Plasma não possibilita a conclusão de que há alguma irregularidade ou fraude;

O contrato firmado entre a recorrente e a Plasma decorre da confiança da recorrente nos sócios da Plasma, seus ex-funcionários;

Os funcionários da Plasma desempenhavam suas funções na recorrente, que figurava como tomadora de seus serviços; não como empregadora;

Não havia entre a recorrente e os funcionários da Plasma qualquer vínculo que os caracterizassem como segurados empregados;

Mesmo que as conclusões do Fisco a respeito da suposta relação de emprego existente entre funcionários da Plasma com a recorrente estejam corretas, alegação só para argumentação, não pode o Fisco descaracterizar a existência da empresa Plasma, pois tal incumbência só cabe ao Poder Judiciário;

Por tais razões, o auto deve ser declarado nulo;

Além do mais, não foi oportunizada a recorrente qualquer possibilidade de manifestação acerca da desconsideração da personalidade jurídica da Plasma, pois seria indispensável a intervenção judicial;

O Fisco fundamentou sua atuação no Art. 142, do Código Tributário Nacional (CTN), mas tal dispositivo não permite ao Fisco desconsiderar personalidade jurídica, sendo nulo o ato de infração;

Outro ponto que deve ser corrigido é que a multa é inexigível, pois apenas após a verificação do lançamento que poderá se verificar a multa moratória;

A multa é uma sanção, que não pode ser suportada pela recorrente, que incorporou a Sperafico Moinhos, já que a legislação afirma que a incorporadora somente será responsável pelo tributo devido, conforme o Art. 132, do CTN;

Portanto, a multa deve ser excluída;

Diante do exposto, pede pelo recebimento e pelo provimento do recurso, devido aos argumentos expostos.

Posteriormente, a DRP enviou o processo ao Conselho de Contribuintes, para análise e decisão.

É o relatório.

Voto

Conselheiro MARCELO OLIVEIRA, Relator

Sendo tempestivo, CONHEÇO DO RECURSO e passo ao exame das questões preliminares.

PRELIMINARES

Preliminarmente, devemos verificar a ocorrência, ou não, da decadência.

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 n º 8.212 de 1991, nestas palavras:

> ***Súmula Vinculante nº 8****"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".*

Conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal, a Súmula de n º 8 vincula toda a Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la.

> *Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.*

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei n º 8.212, há que serem observadas as regras previstas no CTN.

A decadência está arrolada como forma de extinção do crédito tributário no inciso V do art. 156 do CTN.

A decadência decorre da conjugação de dois fatores essenciais: o decurso de certo lapso de tempo e a inércia do titular de um direito.

Esses fatores resultarão, para o sujeito que permaneceu inerte, na extinção de seu direito material.

Em Direito Tributário, a decadência está disciplinada no art. 173 e no art. 150, § 4º, do CTN (este último diz respeito ao lançamento por homologação). A decadência, no Direito Tributário, é modalidade de extinção do crédito tributário.

CTN:

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."

Por não haver recolhimentos a homologar, a regra relativa à decadência - que deve ser aplicada ao caso - encontra-se no art. 173, I: o direito de constituir o crédito extingue-se em cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado o lançamento.

No lançamento, a ciência do sujeito passivo ocorreu em 08/2006 e o período do lançamento refere-se a fatos geradores ocorridos nas competências 07/2000 a 06/2006.

Logo, todas as competências anteriores a 12/2000 devem ser excluídas do presente lançamento.

Esclarecemos que a competência 12/2000 não deve ser excluída porque a exigibilidade das contribuições constantes em fatos geradores que ocorreram nessa competência somente ocorrerá a partir de 01/2001, quando poderia ter sido efetuado o lançamento.

Ainda quanto às preliminares, a recorrente alega, em síntese, pelos motivos já expostos, que a fiscalização não poderia desconsiderar a personalidade jurídica da empresa Plasma Industrial Ltda (Plasma) e exigir da recorrente as contribuições dos segurados a serviço da Plasma.

Cabe esclarecer a recorrente que a fiscalização não "desconsiderou" personalidade jurídica alguma.

A fiscalização exigiu contribuições da recorrente referentes a segurados empregados da Plasma por haver possibilidade e determinação legal para tanto.

Decreto 3.048/1999:

Art.229. O Instituto Nacional do Seguro Social é o órgão competente para:

...

I-arrecadar e fiscalizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nos incisos I, II, III, IV e V do parágrafo único do art.

195, bem como as contribuições incidentes a título de substituição;

II-constituir seus créditos por meio dos correspondentes lançamentos e promover a respectiva cobrança;

III-aplicar sanções; e

IV-normatizar procedimentos relativos à arrecadação, fiscalização e cobrança das contribuições referidas no inciso I.

§1ºOs Auditores Fiscais da Previdência Social terão livre acesso a todas as dependências ou estabelecimentos da empresa, com vistas à verificação física dos segurados em serviço, para confronto com os registros e documentos da empresa, podendo requisitar e apreender livros, notas técnicas e demais documentos necessários ao perfeito desempenho de suas funções, caracterizando-se como embaraço à fiscalização qualquer dificuldade oposta à consecução do objetivo.

§2ºSe o Auditor Fiscal da Previdência Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inciso I do caput do art. 9º, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado.

...

Art.9º São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas:

I-como empregado:

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

Lei 11.457/2007:

Art. 2º Além das competências atribuídas pela legislação vigente à Secretaria da Receita Federal, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição

...

Art. 10. Ficam transformados:

I - em cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, de que trata o art. 5º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, com a redação conferida pelo art. 9º desta Lei, os cargos efetivos, ocupados e vagos de Auditor-Fiscal da Receita Federal

da Carreira Auditoria da Receita Federal prevista na redação original do art. 5º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, e de Auditor-Fiscal da Previdência Social da Carreira Auditoria-Fiscal da Previdência Social, de que trata o art. 7º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002;

Portanto, o que ocorreu foi que o Fisco verificou que os segurados - ligados por contrato de trabalho à Plasma, e que prestavam serviços à recorrente - preencheram as condições referidas no inciso I do caput do art. 9º e desconsiderou, por determinação, obrigação, legal e funcional, o vínculo pactuado, efetuando o enquadramento destes segurados como segurados empregados da recorrente.

Para tanto, vários são os indícios e provas, constantes no RF e em seus anexos, que atestam a condição de segurados empregados.

Podemos citar:

Os segurados eram ligados à recorrente, saíram de seus quadros e ingressaram na Plasma para prestar serviços à recorrente;

A Plasma está estabelecida no prédio da recorrente;

Os segurados atuam na área fim da recorrente;

Os sócios da Plasma são ex-funcionários da recorrente;

Uma das sócias da Plasma (Zélia) recebe verbas trabalhistas da recorrente (décimo terceiro salário);

A outra sócia da Plasma consta na relação de ramais telefônicos de funcionários da recorrente (Caixa);

Foram demonstrados documentos na e da recorrente para pagamento de verbas características da relação de emprego aos segurados da Plasma (décimo terceiro, salários "por fora", horas extras);

Os funcionários da Plasma contribuem para a Associação dos Funcionários da recorrente;

A Plasma não possui bens em seu ativo permanente;

A Plasma não apresentou receitas, desde sua constituição (06/2000) até 20/10/2001, mas as despesas com pessoal representavam quase a totalidade das suas despesas;

Os cheques da recorrente foram utilizados para pagamentos de pessoal da Plasma.

Portanto, com esse somatório de indícios e provas, ficou claro que os segurados eram empregados da recorrente, pois eram pessoas físicas, prestaram serviço de natureza urbana, em caráter não eventual, sob subordinação da recorrente, mediante remuneração e recebiam verbas características da relação empregatícia por parte da recorrente.

Assim, por todo o exposto, fica clara a correção no procedimento do Fisco.

Quanto à falta de fundamento legal para a desconsideração da personalidade jurídica da Plasma pelo Fisco, esclarecemos, novamente, à recorrente, que o Fisco não desconsiderou a personalidade jurídica da Plasma, mas sim exigiu as contribuições referentes ao segurado empregado da recorrente, por estarem presentes, no serviço prestado por essas pessoas físicas, todos os requisitos expressos na legislação para tanto.

Consequentemente, rejeito às preliminares e passo ao exame das questões de mérito.

MÉRITO

Quanto ao mérito, a recorrente afirma que a multa é inexigível, pois apenas após a verificação do lançamento que poderá se verificar a multa moratória.

Esclarecemos ao recorrente que a multa foi aplicado como determina a legislação.

Lei 8.212/1991:

*Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, **incidirá multa de mora**, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos:*

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação;

b) quatorze por cento, no mês seguinte;

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação;

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação;

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação;

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; d) cinqüenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa;

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa: a) sessenta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento;

b) setenta por cento, se houve parcelamento;

c) oitenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento;

d) cem por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento.

§ 1º Na hipótese de parcelamento ou reparcelamento, incidirá um acréscimo de vinte por cento sobre a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos.

§ 2º Se houver pagamento antecipado à vista, no todo ou em parte, do saldo devedor, o acréscimo previsto no parágrafo anterior não incidirá sobre a multa correspondente à parte do pagamento que se efetuar.

§ 3º O valor do pagamento parcial, antecipado, do saldo devedor de parcelamento ou do reparcelamento somente poderá ser utilizado para quitação de parcelas na ordem inversa do vencimento, sem prejuízo da que for devida no mês de competência em curso e sobre a qual incidirá sempre o acréscimo a que se refere o § 1º deste artigo.

§ 4º Na hipótese de as contribuições terem sido declaradas no documento a que se refere o inciso IV do art. 32, ou quando se tratar de empregador doméstico ou de empresa ou segurado dispensados de apresentar o citado documento, a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos será reduzida em cinqüenta por cento.

Como se nota, a legislação conceitua a multa aplicada como multa de mora, e não como multa de ofício, como afirma a recorrente.

Além disso, esclarecemos que a Administração Tributária deve agir de forma vinculada, conforme determina a Legislação.

Nesse sentido, não há como retirar ou alterar a aplicação da multa.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto,

Voto por dar provimento em parte ao recurso.

Sala das Sessões, em 01 de junho de 2009

MARCELO OLIVEIRA - Relator