



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

Processo nº 35366.000385/2007-25
Recurso nº 265.548 Voluntário
Acórdão nº 2402-001.716 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de maio de 2011
Matéria DESCARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO PACTUADO
Recorrente LUA NOVA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2002 a 30/06/2006

MPF - NULIDADE - INEXISTÊNCIA

A intimação do contribuinte da prorrogação da ação fiscal ocorrida posteriormente ao término da vigência do MPF anterior não representa qualquer nulidade, assim como não é nulo o lançamento cientificado ao contribuinte após o término da vigência do MPF

CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADOS EMPREGADOS

A ocorrência dos requisitos da relação de emprego, pessoalidade, subordinação, não eventualidade e onerosidade, deverão estar perfeitamente demonstrados nos autos para que seja possível caracterizar segurados como empregados

Processo Anulado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em anular o lançamento por vício formal. Vencidos os conselheiros Igor Araújo Soares e Nereu Miguel Ribeiro Domingues que entendem que o vício seria material

Ana Maria Bandeira – Presidente em Exercício.

Ana Maria Bandeira- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ana Maria Bandeira, Ronaldo de Lima Macedo, Lourenço Ferreira do Prado, Leôncio Nobre de Medeiros, Tiago Gomes de Carvalho Pinto e Nereu Miguel Ribeiro Domingues. Ausente o Conselheiro Júlio César Vieira Gomes.

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados, da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, as destinadas a terceiros (Salário-Educação, SESI, SENAI, SEBRAE e INCRA).

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 84/85), foi constatado que cinco empresas prestadoras de serviços, constituídas à mesma época, optantes pelo mesmo regime de pagamento de impostos (SIMPLES), prestaram seus serviços com exclusividade à empresa ora notificada e sem a utilização de empregados.

Tais empresas, inseridas em ordem seqüencial no elenco de contas da contratante, têm como titulares pessoas que até o início das atividades de suas empresas prestavam serviços à contratante como prestadores autônomos, sujeitando o tomador ao pagamento do encargo previdenciário de 20% sobre os valores pagos.

De acordo com a auditoria fiscal, pôde-se constatar pelo exame dos valores das notas fiscais a ocorrência de reajustes de preço em épocas e percentuais iguais aos concedidos aos reajustes salariais dos demais trabalhadores da empresa, além do pagamento de parcelas relativas a férias e ao 13º salário.

Como consequência das evidências apontadas, a auditoria fiscal concluiu que a natureza da relação contratual entre as partes não é empresarial e sim de emprego e que a contratante deveria recolher à Previdência Social os encargos decorrentes das verbas salariais pagas aos prestadores dos serviços.

A notificada teve ciência do lançamento em 05/02/2007 e apresentou defesa (fls. 97/145) onde alega nulidade da autuação em face da existência de interregnos entre o encerramento dos Mandados de Procedimento Fiscal – MPFs e a ciência da empresa da prorrogação por meio dos Mandados de Procedimentos Fiscais Complementares.

A empresa alega que somente teve ciência das prorrogações após o término de validade dos MPFs anteriores, quando já entendia que a ação fiscal havia se encerrado sem qualquer lançamento.

Alega que o derradeiro Mandado de Procedimento Fiscal Complementar tinha como data de término o dia 22 de dezembro de 2006 e somente em 01/02/2007 foi postada a Notificação Fiscal com recebimento pelo contribuinte ora notificado em 05/02/2007.

Argumenta que os auditores fiscais não lograram êxito na prova de que os titulares das Pessoas Jurídicas informadas prestaram serviços em condições análogas a de segurados empregados.

Entende que a auditoria fiscal não teria competência para descaracterizar a personalidade jurídica das empresas.

Aduz que a auditoria fiscal sequer listou as atividades desenvolvidas pelas pessoas jurídicas e que o relatório fiscal não consigna que os mesmos laboravam com total subordinação em relação ao Empregador, não informa onde os serviços são prestados, a sua natureza. Não informa em qual filial os mesmos prestavam serviços.

Entende que a multa aplicada consubstancia verdadeiro confisco e que a aplicação da taxa de juros SELIC é inconstitucional.

Considera outro equívoco cometido pela auditoria fiscal que constitui num vício e diz respeito à circunstância de ter sido invocada responsabilidade solidária pelo pagamento do crédito tributário, para recair também nas pessoas dos sócios e procuradores da impugnante.

Pelo Acórdão nº 17-20.325 (fls. 155/170) a 9ª Turma da DRJ/São Paulo II (SP), considerou o lançamento procedente.

Contra tal decisão a autuada apresentou recurso tempestivo (fls. 173/224) onde efetua a repetição da argumentação relativa a irregularidades Nos MPFs, multa confiscatória e inconstitucionalidade da taxa SELIC e a impossibilidade de imputação de responsabilidade aos sócios ou procuradores da recorrente.

Inova na alegação de que o relatório fiscal não se presta como documento para validar a presente autuação fiscal. Não há conteúdo. O seu conteúdo é nenhum. O lançamento fala de diferença de autônomos Questiona quais seriam estes autônomos e conclui que há evidente o cerceamento da defesa, porquanto o lançamento seria totalmente omissivo.

Alega que os autônomos ou contribuintes individuais deveriam ter sido nomeados mês a mês.

Aduz que o lançamento é inadequado, porquanto não discrimina o salário de contribuição devido, o salário de contribuição reconhecido pelo contribuinte, a contribuição efetivamente recolhida e a diferença de recolhimento.

Argumenta que o ônus da demonstração da diferença a recolher é do fisco, posto que o RECORRENTE entende inclusive que recolheu valor a maior, tendo direito a restituição ou compensação.

Considera não ser possível o arbitramento, considerando-se que sequer foi emitido auto de infração por falta de apresentação de folha de pagamento com discriminativo dos segurados e a composição do salário de contribuição.

Alega que não existe memória de cálculo e que é necessária a demonstração do salário de contribuição anterior, do novo salário de contribuição, com o limite de contribuição do segurado e os novos valores que foram lançados.

Entende que a notificação seria nula em razão da auditoria fiscal não ter fornecido os relatórios fiscais em arquivos digitais conforme prevê a Instrução Normativa SRP nº 03/2005.

No mais, efetua repetição das alegações de defesa.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

Da leitura do recurso apresentado pela recorrente, observa-se que além das alegações apresentadas em defesa relativas ao lançamento em questão, a recorrente ainda inova em uma série de alegações que não são pertinentes ao caso, as quais não serão consideradas.

A recorrente alega nulidade do lançamento que seria causada pelo fato de ter tomado ciência da prorrogação da ação fiscal por meio de Mandados de Procedimentos Fiscais Complementares quando o Mandado anterior já estaria vencido.

Também alega que só tomou ciência do lançamento após o término do prazo previsto no último MPF emitido.

Não se vislumbra a nulidade alegada.

O MPF é documento emitido pela Administração para que o contribuinte, objeto de algum procedimento fiscal, seja intimado de que tal procedimento emana e será realizado por autoridade competente.

O que se verifica é que o prazo previsto nos MPFs não foram suficientes para a conclusão da ação fiscal, o que levou à emissão de MPFs Complementares no sentido de prorrogar o prazo de fiscalização.

A conduta de prorrogação dos MPFs é prevista na legislação e o fato de o contribuinte ser cientificado da prorrogação após terminado o prazo do MPF anterior não é razão para nulidade do lançamento.

Segundo a recorrente ao término de cada MPF este imaginava que a ação fiscal havia sido encerrada sem qualquer lançamento e em seguida era surpreendida pela entrega do MPF Complementar.

Ora, eventual prejuízo à recorrente decorreria da execução de uma ação fiscal não precedida de MPF, esta sim, situação que poderia ensejar nulidade.

No entanto, os MPFs existem e ao recebê-los à época em que foram apresentados, a recorrente tomou ciência de que o procedimento fiscal não havia sido encerrado e permitiu que a auditoria fiscal continuasse os trabalhos de fiscalização, afastando qualquer alegação futura de prejuízo sob tal argumento.

Tampouco se pode considerar que a ciência do lançamento efetuada após o prazo de encerramento do MPF seja motivo de nulidade, uma vez a finalidade de existência do MPF já teria sido cumprida.

Ademais, há entendimentos no âmbito deste Conselho de Contribuintes no sentido de que supostas irregularidades no MPF não ensejam nulidade do lançamento, conforme se depreende do Acórdão nº 204-02.502 referente ao Recurso nº 130.790, assim ementado:

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. REGULARIDADE DO LANÇAMENTO. NULIDADE. DESCABIMENTO

É de ser rejeitada a preliminar de nulidade do lançamento baseada em supostas impropriedades no Mandado de Procedimento Fiscal, haja vista ser este um elemento de controle da administração tributária, sem força para afastar as competências legais atribuídas às autoridades fiscais, mormente quando se trata de auto de infração regularmente formalizado

A recorrente alega a inexistência de provas para sustentar o lançamento.

Assiste razão à recorrente, da leitura do Relatório Fiscal, verifica-se o quão o mesmo é sucinto ao tratar das questões de fato que levaram a auditoria fiscal a concluir pela existência da relação de emprego entre a recorrente e os sócios das empresas.

A auditoria fiscal apresenta como argumentos para a descaracterização, o fato dos sócios das empresas terem sido anteriormente à constituição das empresas remunerados como autônomos.

Além disso, a auditoria fiscal informa que os valores são pagos mensalmente, mediante notas fiscais sequenciais, as quais compreendem valores que corresponderiam a 13ª salário e férias.

Somente as informações acima, a meu ver, não levam à convicção da existência do vínculo empregatício.

No entanto, há que se ressaltar que o fato de os trabalhadores terem prestados serviços anteriormente na condição de autônomos não é razão para que estes não possam constituir pessoa jurídica e passem a prestar serviços nessa condição.

Assevere-se que não há qualquer informação da auditoria fiscal de que esses autônomos prestariam serviços na condição de segurados empregados anteriormente.

Entendo que não se vislumbra qualquer irregularidade de o prestador de serviços autônomos constituir uma pessoa jurídica e passar a prestar serviços como tal, uma vez que não há mudança na forma de prestação de serviço, uma vez que seja como autônomo, seja como sócio de empresa, o trabalhador não mantém subordinação com o contratante.

Outra alegação trazida pela auditoria fiscal refere-se à emissão de notas fiscais sequenciais, as quais em determinadas competências seriam de valores correspondentes ao pagamento de 13ª salário e férias, além do valor mensal.

De igual forma, a alegação encimada não pode ser considerada de forma isolada para a caracterização do vínculo de emprego.

O pagamento efetuado demonstra que houve remuneração e ainda que em algumas competências sejam pagos valores que corresponderiam a 13ª salário e férias, fato que poderia ensejar o reconhecimento do vínculo, desde que demonstrado os demais pressupostos da relação de emprego, sobretudo a subordinação, sobre a qual nada é trazido pela auditoria fiscal para comprová-la.

É certo que muitas empresas buscam formas de desonerar-se da carga tributária a que estão obrigadas e, muitas vezes, utilizam-se de verdadeira simulação para tal mister.

Em tais casos, a ocorrência da simulação deve restar cabalmente demonstrada para que possa ser afastada a natureza civil dos contratos firmados e caracterizada a relação empregatícia.

No entanto, não é o que se verifica nos presentes autos.

Vale ressaltar que, não obstante, não ter restado demonstrada nos autos a existência da relação de emprego entre a recorrente e os prestadores de serviços, não significa que a mesma não ocorra.

Assim, entendo que o presente lançamento está eivado de nulidade consubstanciada na precária demonstração da ocorrência do fato gerador que, a meu ver, é um vício de natureza formal.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **ANULAR** o lançamento pela existência de vício formal.

É como voto.

Ana Maria Bandeira