



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

Processo nº 35368.002370/2006-09
Recurso nº 148.040 Voluntário
Acórdão nº 2402-00.402 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de janeiro de 2010
Matéria DESCARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO PACTUADO
Recorrente METALÚRGICA NOVA AMERICANA LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1996 a 30/06/2003

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 -
INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência o que dispõe o § 4º do art. 150 ou art. 173 e incisos do Código Tributário Nacional, nas hipóteses de o sujeito ter efetuado antecipação de pagamento ou não.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/1996 a 30/06/2003

VÍNCULO DE EMPREGO - DEMONSTRAÇÃO - INOCORRÊNCIA

A descaracterização do vínculo pactuado entre a empresa e o prestador de serviço é possível, desde que reste cabalmente demonstrada pela auditoria fiscal a existência dos pressupostos da relação de emprego.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NFLD. CARACTERIZAÇÃO. DESCRIÇÃO DEFICIENTE DOS FATOS. NULIDADE POR VÍCIO MATERIAL.

I - Representa vício material à descrição deficiente do fato gerador que justifica a imposição fiscal levada a efeito pela autoridade lançadora.

PROCESSO ANULADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos em anular o lançamento, por vício existente. Quanto ao vício, por voto de qualidade, reconhecê-lo como material, conforme voto do relator designado. Relator designado: Rogério de Lellis Pinto.



MARCELO OLIVEIRA - Presidente



ANA MARIA BANDEIRA – Relatora



ROGÉRIO DE LELLIS PINTO – Redator Designado

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado, Cleusa Vieira de Souza (Convocada) e Núbia Moreira Barros Mazza (Suplente).



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, SENAI, SEBRAE e INCRA).

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 162/163) foram caracterizados como empregados pessoas que prestaram serviços à notificada na condição de microempresários.

Tais pessoas prestaram serviços de forma exclusiva para a notificada, haja vista as notas fiscais sequenciais emitidas.

Os microempresários, em sua maioria, são ex-empregados da notificada onde ocupavam funções de gerência, supervisão e outras e que realizavam atividades ligadas a planejamento, consultoria e outros.

Na maioria, são funcionários dispensados em 31/12/1998 e readmitidos em 2001.

Também foi verificado o pagamento de estadias, desconto de despesas como farmácia, grêmio, Unimed, adiantamentos, vale, refeições, etc.

Embora intimada, a notificada deixou de apresentar os contratos de serviços firmados com tais prestadores.

A notificada apresentou defesa (fls. 168/188) onde alega que houve a decadência de parte do lançamento.

Considera que a fiscalização não tem competência para desconsiderar e autuar relações entre pessoas jurídicas e declarar a existência de vínculo empregatício. Entende que tal competência pertence à Justiça do Trabalho.

Aduz a inexistência de provas para sustentar o lançamento e que a auditoria fiscal deveria, na busca da verdade material, buscar outros elementos para compor o lançamento.

Alega que os contratos que existiram entre a impugnante e as empresas prestadoras de serviços foram de natureza civil.

Afirma que, quanto à subordinação, nada foi mencionado na autuação fiscal.

Considera ilegal a aplicação de multa de forma progressiva conforme prevê o art. 35 e incisos da Lei nº 8.212/1991, bem como a aplicação da taxa de juros SELIC.

Pela Decisão-Notificação nº 21-424.4/790/2006 (fls. 204/212), o lançamento foi considerado procedente.

Contra tal decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 214/240), onde efetua a repetição das alegações já apresentadas em defesa.

A SRP apresentou contra-razões (fl. 270) e o recurso teve seguimento sem o depósito recursal, por força de decisão judicial.

Posteriormente, a notificada junta correspondência onde informa que a notificação deve ser considerada improcedente, face à comprovação da inexistência de vínculo de emprego entre os prestadores de serviços e a mesma, conforme a juntada de contratos. (fls. 271/276)

À folha 364, a notificada informa que foi incorporada pela empresa Lupatech S/A, motivo pelo qual teve sua razão social alterada para Lupatech S/A – Unidade Americana. 

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Ana Maria Bandeira - Relatora

O recurso é tempestivo e deve ser conhecido.

Inicialmente, cumpre tratar da preliminar de decadência suscitada pela recorrente.

O lançamento em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, negou provimento aos mesmos por unanimidade, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91.

Na oportunidade, os ministros ainda editaram a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, a qual transcrevo abaixo:

Súmula Vinculante 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"

É necessário observar os efeitos da súmula vinculante, conforme se depreende do art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal que foi inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

"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. (g.n.)

Da leitura do dispositivo constitucional, pode-se concluir que, a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Da análise do caso concreto, verifica-se que o lançamento em tela refere-se a período compreendido entre 01/1996 a 06/2003 e foi efetuado em 23/06/2006, data da intimação do sujeito passivo.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

"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 outro lado, ao tratar do lançamento por homologação, o Códex Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

"Art.150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

.....
§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

Entretanto, tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Se, no entanto, o sujeito passivo não efetuar pagamento algum, nada há a ser homologado e, por consequência, aplica-se o disposto no art. 173 do CTN, em que o prazo de cinco anos passa a ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Para corroborar o entendimento acima, colaciono alguns julgados no mesmo sentido:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 173, I, E 150, § 4º, DO CTN.

1. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual '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'.

2. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação —que, segundo o art. 150 do CTN, 'ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa' e 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.

3. No caso concreto, o débito é referente à contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento."

(AgRg nos EREsp 216.758/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.4.2006)

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

DECADÊNCIA. PRAZO QÜINQUÊNAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR.

SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), que é de cinco anos.

2. 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.

Omissis.

4. Embargos de divergência providos."

(EREsp 572.603/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005)

No caso em tela, trata-se do lançamento contribuições, cujos supostos fatos geradores não são reconhecidos como tal pela empresa, restando claro que, com relação aos mesmos, a recorrente não efetuou qualquer antecipação. Nesse sentido, aplica-se o art. 173, inciso I do CTN, para considerar que estão abrangidos pela decadência os créditos correspondentes aos fatos geradores ocorridos até 11/2000, inclusive.

No mérito, 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 prestadores de serviços.

A auditoria fiscal apresenta informações de forma generalizada que, por si só, não levam à convicção da existência do vínculo empregatício.

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.

Ainda que o contido no Relatório Fiscal, tão somente, já fosse suficiente para que se vislumbresse a falta de robustez do lançamento em questão, a juntada pela empresa de diversos contratos firmados leva a inferir que tais serviços não seriam necessariamente realizados mediante subordinação, ainda que presentes os demais requisitos.

No entanto, no que tange à subordinação, a auditoria fiscal, além de tratar de forma geral, não traz qualquer elemento objetivo que leve à convicção de sua existência.

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.

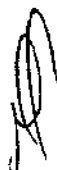
Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, reconhecer que ocorreu a decadência até a competência 11/2000 e **ANULAR** o restante do lançamento pela existência de vício formal.

É como voto.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2010


ANA MARIA BANDEIRA – Relatora



Voto Vencedor

Conselheiro Rogério de Lellis Pinto, Redator Designado

Em que pese o posicionamento da ilustre Relatora, peço-lhe vênica para discordar quanto a natureza do vício a ser declarado.

Dos argumentos trazidos à baila pela douta Relatora, não podemos discordar do fato de que nos autos, especialmente no Relatório Fiscal, existe uma flagrante imprecisão da autoridade fiscal em demonstrar a existência da relação de emprego para justificar o enquadramento por ela efetuado.

Na esteira desse ideal, em reiteradas oportunidades tenho me posicionado no sentido de que nos lançamentos decorrentes de caracterização de vínculo de emprego, somente tem lugar se, e somente se, houver sido expostos os elementos que lhe dão essência ou ainda a existência de simulação.

A douta Relatora bem viu que dos autos não consta essa exposição, optando pela declaração de nulidade. Contudo, o que não posso concordar é o fato de que a nulidade seja de natureza formal, uma vez que o vício encontrado não diz respeito a mero elemento formal do ato, mas sim a sua própria essência.

É preciso lembrar que entre os deveres da fiscalização ao lavrar uma autuação fiscal, nos termos do art. 142 do CTN, está o de descrever adequadamente o fato a ser tributado, ou seja, um dos pilares da atuação estatal relacionada ao lançamento de ofício, é a demonstração de que a hipótese de incidência foi realizada pelo contribuinte, e que por essa razão lhe será cobrado o tributo correspondente.

Quando a autoridade fiscal faz uma exposição frágil e sem conteúdo do fato tributável, como no caso em tela, não apenas uma formalidade está sendo desprezada, mas sim a própria certeza de que a obrigação tributária existe, e se assim o é, a materialidade do lançamento reporta-se insustentável.

Esse, inclusive, tem sido o posicionamento deste Egrégio Conselho, como se observa dos arestos abaixo transcritos:

"(...) A descrição defeituosa dos fatos impede a compreensão dos mesmos, e, por consequência, das infrações correspondentes, sendo, portanto, vício material, pois mitiga, indevidamente, a participação do contribuinte na instauração do litígio, mediante a apresentação da impugnação..." (Recurso n. 131.449, Acórdão n. 108-07556, 8ª Câmara, Relator Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, sessão de julgamento de 15/10/2003)

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO EX OFFICIO – É nulo o Ato Administrativo de Lançamento, formalizado com inegável insuficiência na descrição dos fatos, não permitindo que o sujeito passivo pudesse exercer, como lhe outorga o ordenamento-jurídico, o amplo direito de defesa,

notadamente por desconhecer, com a necessária nitidez, o conteúdo do ilícito que lhe está sendo imputado. Trata-se, no caso, de nulidade por vício material, na medida em que falta conteúdo ao ato, o que implica inoccorrência da hipótese de incidência." (Recurso n 132.213, Acórdão n 101-94049, 1ª Câmara, Relator Conselheiro Sebastião Rodrigues Cabral, sessão de julgamento de 06/12/2002)

"LANÇAMENTO - NULIDADE - VÍCIO MATERIAL - DECADÊNCIA - Nulo o lançamento quando ausentes a descrição do fato gerador e a determinação da matéria tributável, por se tratar de vício de natureza material. Aplicável o disposto no artigo 150, § 4º, do CTN. (RV 138595, Acórdão no. 102-47201, 2ª. Câmara do 1º. Conselho, julgado em 10-11-2005).

Ante o exposto, voto no sentido de **CONHECER DO RECURSO**, para **DAR-LHE PROVIMENTO**, e reconhecer a nulidade do lançamento em decorrência de vício material.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2010


ROGÉRIO DE LELLIS PINTO - Redator Designado



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO**

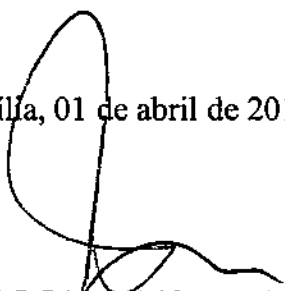
Processo nº: 35368.002370/2006-09

Recurso nº: 148.040

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2402-00.402

Brasília, 01 de abril de 2010


ELIAS SAMPAIO FREIRE
Presidente da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional