



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

Processo n° 36266.000003/2007-54
Recurso n° 258.828 Voluntário
Acórdão n° **2803-00.517 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 16 de março de 2011
Matéria CARACTERIZAÇÃO SEGURADO EMPREGADO: PESSOA JURÍDICA E CONTRIBUINTE INDIVIDUAL
Recorrente PROVIG FORMAÇÃO DE PROFISSIONAIS DE SEGURANÇA S/C LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1993 a 01/11/2002

DECADÊNCIA. ÔNUS DA PROVA. CARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO.

DECADÊNCIA. RECONHECIDA PARCIALMENTE. DESCARACTERIZAÇÃO DE AUTÔNOMOS E CARACTERIZAÇÃO DE EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS NECESSÁRIOS. AUSÊNCIA. CRÉDITO FISCAL. AUSÊNCIA DE CLAREZA.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Relator(a). O Conselheiro Oséas Coimbra Junior votou com o relator pelas conclusões.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima- Presidente.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Carolina Siqueira Monteiro Andrade, Oséas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

Relatório

A presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD – DEBCAD 37.030.571-0, tem como objeto o lançamento das contribuições sociais previdenciárias referentes a parte de empregados, parte patronal, referentes aos SAT/GIILRAT e as destinadas a terceiros, relativa a autônomos caracterizados empregados, bem como a prestadores de serviços autônomos. Importa, ainda, destacar que segundo item 6, do Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – REFISC – NFLD, de fls. 90 a 93, a presente NFLD é SUBSTITUTIVA das notificações 35.348.304-4 e 35.348.305-2 anuladas pela 2ª CaJ – CRPS Acórdãos 02/00547/2006 e 02/00699/2006.

O sujeito passivo foi cientificado da notificação, em 18/12/2006, AR, fls. 221, e apresentou sua defesa/impugnação, as fls. 222 a 248, em 02/01/2007, sendo esta acompanhada dos documentos, de fls. 249 a 308.

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 309 e 310.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu a Decisão Notificação – DN Nº 21.402.4/0071/2007, de fls. 311 a 330, em 20/03/2007. Na qual o lançamento foi considerado procedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 17/04/2007, AR, fls. 332.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, em 18/05/2007, fls. 335 e 336, petição de interposição, remetida via EBCT-CORREIOS, conforme consta no carimbo de recepção. As razões recursais foram juntadas, as fls. 337 a 365, e estas foram acompanhadas dos documentos, de fls. 366 a 571, alegando em síntese no recurso, o que segue abaixo.

Em preliminar.

- Que as contribuições anteriores a 04/1998, inclusive, são decadentes;
- Que quanto a caracterização de autônomos como empregados caberia ao fisco provar tal situação e não apenas afirmar sem prova para inverter o ônus da prova esperando que o contribuinte prove que isso não ocorreu, a alegação do fisco é a inicial cabe a este provar o fato constitutivo de seu direito traz jurisprudência judicial e administrativa;
- Que o fisco esta a exigir que o contribuinte faça prova negativa, o que é vedado em nosso sistema jurídico, inclusive, pelo Conselho de Contribuintes, transcreve decisões;
- Que o fisco deveria demonstrar a existência dos vínculos empregatícios e não o contribuinte provar a sua inexistência;

No mérito.

- Que não foi comprovado a existência de vínculos empregatícios entre os instrutores e a recorrente, pois ausente quatro dos cinco requisitos;
- Que a maioria dos instrutores são sargentos da Polícia Militar e como tal são empregados do Estado de São Paulo, sendo que prestavam a recorrente serviços eventuais, nos dias de folga, mas que podiam ser convocados a qualquer momento e a recorrente tinha que substituí-los;
- Que a subordinação não se caracteriza, pois são os instrutores que estabelecem os dias de trabalho, além de poder cancelá-los sem ônus para a recorrente;
- Que a pessoalidade não se caracteriza, pois ao não comparecer para ministrar a instrução outro instrutor é chamado, por vezes indicado pelo próprio substituído, podendo a instrução ser prestada por outro;
- Que a eventualidade se caracteriza pela sujeição da recorrente a disponibilidade do instrutor, uma vez que é este quem indica dia e hora em que pode comparecer e ministrar a instrução;
- Que a fiscalização e o julgador de primeiro grau deixaram de observar a coisa julgada, pois o judiciário trabalhista já decidiu pela não ocorrência do vínculo empregatício, sendo que o próprio Conselho de Contribuinte se curva a coisa julgada e que isso não ocorreu, inclusive, em relação ao Senhor Jonas Alves da Silva;
- Que o agente fiscal quer possuir mais poderes que o judiciário
- Por fim pede: - a) reforma da decisão *a quo*, cancelando-se o crédito
b) intimação para realização da sustentação oral.

O contribuinte obteve liminar em MS 2007.61.00.0095776-6, fls. 574 e 575 e segurança, as fls 576 e 577.

O crédito foi remetido ao 2ª Conselho de Contribuintes, fls. 578.

O citado conselho foi sucedido pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda – CARF/MF criado pela MP 449/2008 órgão que detém atualmente a competência de julgamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira, Relator

O recurso foi interposto tempestivamente, em 18/05/2007, conforme, fls. 335, postado que foi via Correio, em 16/05/2007, segundo despacho, de fls. 573, uma vez que o contribuinte foi cientificado da decisão de primeiro grau, em 17/04/2007, AR, fls 332. No que tange ao depósito recursal a empresa não promoveu este, mas está amparada por decisão liminar e sentença concessiva da segurança em MS.

A primeira questão a ser enfrentada deve ser a relativa à fluência do prazo decadencial, haja vista que esta leva ao julgamento com resolução do mérito, artigo 269, IV, da Lei 5.869/73, impedido, assim o reconhecimento de qualquer nulidade por ventura existente, artigo 59, § 3º, do decreto 70.235/72.

A alegação de decadência encontra eco na legislação, uma vez que depois de proferida a decisão pela autoridade julgadora *a quo* o Supremo Tribunal Federal entendeu por editar a Súmula Vinculante N° 08/2008, abaixo transcrita:

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”.

E conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal a Súmula de nº 8 tal norma 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.

Contudo, embora, argüida como preliminar tal questão leva a resolução de mérito da causa, sendo antecedente lógico.

No caso em estudo a questão é saber qual deve ser o marco inicial da decadência, ou seja, a contagem dar-se-ia pelo artigo 150, 4º ou 173, I, ambos do CTN. Aplica-se o primeiro no caso de antecipação de pagamento e o segundo em não havendo tal antecipação, conforme já definido pelo STJ, sendo a teoria mais aceita e que, também, adoto, como a seguir explicitada:

RECURSO ESPECIAL Nº 970.947 SC (2007/0173291-6)

Esta Corte tem firmado o entendimento de que o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário pode ser estabelecido da seguinte maneira:

a) em regra, segue-se o disposto no art. 173, I, do CTN, ou seja, o prazo é de cinco anos, contado "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado";

b) nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo é de cinco anos, contado do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

Ausente qualquer pagamento por parte do contribuinte, e iniciado o procedimento administrativo de fiscalização, o fisco dispõe de cinco anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, para proceder ao lançamento direto substitutivo a que se refere o art. 149 do CTN, sob pena de decadência

Entretanto, antes, de discutirmos a decadência em decorrência de haver ou não pagamento do tributo, necessário se faz definir o prazo de decadência em razão das NFLD's anulas pela 2ª CaJ do CRPS DEBCAD 35.348.304-4 e 35.348.305-2 e que foram substituídas por esta ora guerreada.

Os Acórdãos 02/00547/2006 e 02/00699/2006 que anularam as notificações originais dizem que tal anulação se deu por vício formal, inclusive, em sua conclusão. Porém não é possível concordar com essa assertiva, ainda, que isso aparentemente apresente uma contradição lógica com a posição que venho defendendo neste colegiado.

O presente caso contém uma particularidade que o torna singular em relação a generalidade dos acontecimentos. Tal diferença consiste na própria não existência do lançamento, o que por si só não possibilita o término da contagem do prazo de decadência para a abertura do prazo prescricional. Pois uma vez que o procedimento fiscal não foi concluído de forma válida não houve lançamento e sem este, lançamento, o prazo decadencial não deixa de fluir para nascer outro em seu lugar.

Desta forma, não pode ser aplicado ao novo lançamento o prazo do artigo 173, II, pois não houve lançamento válido antes da decretação da nulidade a permitir tal incidência, haja vista que não se pode anular por vício formal aquilo que não existia, pois a procedimento fiscal foi concluído após o prazo de validade do MPF que autorizava sua realização, ou seja, deve ser considerado o lançamento realizado em 18/12/2006, isto é, o lançamento substitutivo deve ser o marco extintivo da contagem da decadência.

Tal assertiva decorre do que foi exposto no Acórdão 547/2006 – da 2ª Câmara de Julgamento – CaJ do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS, conforme abaixo transcrito.

Pelo exposto, merece ser anulado o procedimento por vício formal, qual seja: a falta de cobertura de MPF - Mandado de Procedimento Fiscal. O sujeito passivo foi cientificado pessoalmente em 13/5/2003, fl. 39, sendo que a autarquia deveria ter concluído o procedimento até 9/5/2003, conforme fl. 34. O último ato a cargo do Auditor somente poderia ser

realizado até essa data. É bem verdade que não há vício caso a ciência do contribuinte seja realizada em período posterior a expiração do prazo do MPF, como por exemplo pela expedição dos autos do lançamento pelos Correios com Aviso de Recebimento, conforme decidido pelo Conselho Pleno do CRPS, tendo sido publicado o Enunciado n.º 25, nestas palavras:

Enunciado N.º 25

A notificação do sujeito passivo após o prazo de validade do Manda do de Procedimento Fiscal - MPF - não acarreta nulidade do lançamento.

Contudo, tal Enunciado não se aplica ao presente caso. De acordo com o disposto no art. 15 do Decreto n.º 3.969/2001, que instituiu o MPF, este se extinguirá pela conclusão do procedimento fiscal, registrado em termo próprio; ou pelo decurso dos prazos. Ao contrário do que afirma a Receita Previdenciária em seu pleito, o último ato privativo do Auditor-Fiscal não foi realizado em 9 de maio de 2003. A conclusão do procedimento fiscal, conforme TEAF à fl. 39, ocorreu em 13/5/2003, portanto em período não coberto pelo MPF. Assim, nessa data, o MPF já estava extinto pelo decurso do prazo previsto.

Ademais temos que o agente notificante na notificação substitutiva informou no REFISC, de fls. 90 a 93, no item 2, terceiro parágrafo, que: "Foram deduzidos das contribuições devidas, os recolhimentos efetuados sobre a folha de pagamento de autônomos." Desta forma, fica evidente que houve pagamento e a contagem do prazo de decadência a incidir é a regra do artigo 150, § 4º, da Lei 5.172/66. Assim sendo, como o presente lançamento se deu em 18/12/2006, AR, de fls. 221, retroagindo-se cinco anos a partir do fato gerador temos como marco inicial da decadência 19/12/2001. Logo, podem ser exigidas as contribuições a partir da competência 12/2001, que vence em 03/01/2002, bem como a competência décimo terceiro - 13º/2001 que vence em 20/12/2001 e todas as demais subseqüentes.

Devem ser, assim, excluídas do presente crédito, em razão da decadência, todas as competências anteriores a 11/2001, inclusive.

O presente crédito é constituído apenas dos levantamentos, conforme REFISC, de fls. 90, **DA – DESCARACTERIZAÇÃO DE TRABALHADORES AUTÔNOMOS – PERÍODO DE 01/1993 a 12/1998** este totalmente consumido pela decadência e o levantamento **DAG – DESCARACTERIZAÇÃO DE TRABALHADORES AUTÔNOMOS – PERÍODO DE 01/1999 a 10/2002** este consumido pela decadência até a competência 11/2001.

Desta forma, só quanto as competências de 12/2001 em diante, incluindo o 13º de 2001, para o levantamento **DAG** subsistiria o presente crédito.

No entanto, da leitura do REFISC, de fls. 90 a 93, em especial do item 3 em seu sexto e sétimo parágrafos, respectivamente, requisitos da personalidade (intuito personae) e da subordinação, não restaram caracterizados de forma objetiva e alabastrina, haja vista que o agente notificante não juntou aos autos ou não mencionou no relatório os documentos que serviram para comprovar tais situações e que foram lastro para a formação de sua convicção.

Ainda, que os atos do agente público goze de presunção de legitimidade, cabe ao agente demonstrar que tal ato baseia em conteúdo probatório mínimo, o que não houve no presente crédito para os dois requisitos citados.

Além disso, pesa contra o crédito a sua clareza, uma vez que o agente notificante anexou ao seu REFISC as planilhas ANEXO I, fls. 95 a 99 – RELAÇÃO DE PRESTADORES DE SERVIÇOS PESSOA FÍSICA CONSIDERADOS AUTÔNOMOS e ANEXO II, fls. 101 a 218, RELAÇÃO DE PRESTADORES DE SERVIÇOS PESSOA FÍSICA CONSIDERADOS EMPREGADOS, onde, as folhas 101 a 111, período de 10/2002 a 12/2001, constam os prestadores de serviço abaixo indicados nas duas planilhas, ou seja, em verdade a qual grupo pertencem estes dois trabalhadores.

dez/01 WILLIAM ROGERIO SIMIONATO ENGENHARIA CIVIL 1.290,58 258,12 FLS. 98 e 111
 dez/01 JESUS DANTE LEITE EXAMES MÉDICOS 128,00 25,60 FLS. 98 e 111
 jan/02 JESUS DANTE LEITE EXAMES MÉDICOS 80,00 16,00 FLS. 98 e 110
 jan/02 WILLIAM ROGERIO SIMIONATO ENGENHARIA CIVIL 317,68 63,54 FLS. 98 e 110
 fev/02 JESUS DANTE LEITE EXAMES MÉDICOS 312,00 62,40 FLS. 98 e 109
 mar/02 WILLIAM ROGERIO SIMIONATO ENGENHARIA CIVIL 466,60 93,32 FLS. 98 e 108
 mar/02 JESUS DANTE LEITE EXAMES MÉDICOS 128,00 25,60 FLS. 98 e 108
 abr/02 WILLIAM ROGERIO SIMIONATO ENGENHARIA CIVIL 943,12 188,62 FLS. 98 e 107
 mai/02 WILLIAM ROGERIO SIMIONATO ENGENHARIA CIVIL 1.062,24 212,45 FLS. 98 e 106
 mai/02 JESUS DANTE LEITE EXAMES MÉDICOS 72,00 14,40 FLS. 98 e 106
 jun/02 WILLIAM ROGERIO SIMIONATO ENGENHARIA CIVIL 1.380,99 276,20 FLS. 98 e 105
 jun/02 JESUS DANTE LEITE EXAMES MÉDICOS 72,00 14,40 FLS. 99 e 105
 jul/02 JESUS DANTE LEITE EXAMES MÉDICOS 88,00 17,60 FLS. 99 e 104
 ago/02 JESUS DANTE LEITE EXAMES MÉDICOS 84,00 16,80 FLS. 99 e 103
 set/02 JESUS DANTE LEITE EXAMES MÉDICOS 56,00 11,20 FLS. 99 e 102
 out/02 JESUS DANTE LEITE EXAMES MÉDICOS 64,00 12,80 FLS. 99 e 101

Deve-se, também observar que o período citado acima é justamente o sobejante após o reconhecimento da decadência, o que impõe pecha sobre o lançamento realizado.

Decorrente do reconhecimento da decadência do crédito nas competências anteriores a 11/2001, inclusive, e da falta de supedâneo em relação aos requisitos da personalidade e da subordinação, que seriam suficientes por si só para fundamentar a improcedência de todo o crédito e, ainda, da inclusão de dois trabalhadores, acima citados, no mesmo período, em ambos os anexos, - AUTÔNOMOS E EMPREGADOS - considero o crédito improcedente para o resto do período, isto é, 12/2001 até 10/2002, incluindo o 13º de 2001.

Por fim, o pedido do contribuinte, visando sua intimação para apresentação de defesa oral não cabe análise por parte deste Colegiado, uma vez que o Portaria MF/GM 256/2009 – Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, no artigo 55, parágrafo único determina a publicação da pauta no Diário Oficial da União, bem como no sítio do CARF, cabendo ao contribuinte diligenciar a respeito de seu processo.

Art. 55. omissis...

Parágrafo único. A pauta será publicada no Diário Oficial da União com 10 (dez) dias de antecedência e divulgada no sítio do CARF na Internet.

CONCLUSÃO:

Processo nº 36266.000003/2007-54
Acórdão n.º **2803-00.517**

S2-TE03
Fl. 587

Pelo exposto voto por CONHECER DO RECURSO para no mérito **DAR-LHE PROVIMENTO**, a fim de reconhecer a decadência do crédito nas competências anteriores a 11/2001, inclusive, a improcedência da notificação, em razão da falta de supedâneo em relação aos requisitos da pessoalidade e da subordinação e, ainda, da inclusão de dois trabalhadores, em período idêntico, em ambos os anexos, justificadores da descaracterização promovida.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.