

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

Processo nº 36266.004281/2006-08
Recurso nº 152.460 Voluntário
Acórdão nº 2301-00.741 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de outubro de 2009
Matéria CARACTERIZAÇÃO DO SEGURADO EMPREGADO: PESSOA JURÍDICA
Recorrente R & G FACTOR FOMENTO COMERCIAL LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/10/2000 a 30/12/2005

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE CARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. NULIDADE DO LANÇAMENTO.

O lançamento deve comprovar, de forma explícita e individualizada, a existência dos pressupostos legais da relação empregatícia, sob pena de sua nulidade por ausência de comprovação do fato gerador do tributo, e cerceamento do direito de defesa do contribuinte, nos termos do art. 59, inciso II, do Decreto nº. 70.235/72.

Processo Anulado.

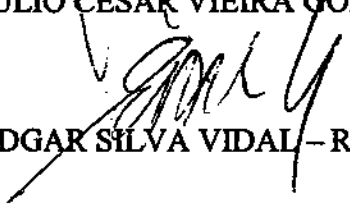
Crédito Tributário Exonerado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Terceira Câmara, da Segunda Seção de Julgamentos, por maioria de votos, em anular o auto de infração/lançamento, nos termos do voto divergente vencedor que será apresentado pelo Conselheiro Edgar Silva Vidal. Vencida a relatora.



JULIO CESAR VIEIRA GOMES - Presidente.



EDGAR SILVA VIDAL - Redator Designado.



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Relatora.

Participaram do julgamento os conselheiros: Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Damião Cordeiro de Moraes, Edgar Silva Vidal (suplente), Francisco de Assis de Oliveira Júnior, Julio César Vieira Gomes (presidente). Fez sustentação oral o advogado da recorrente Dr. Edson Balduino Junior, OAB/SP 162589.

Relatório

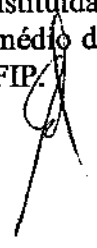
Trata-se de recurso interposto contra a Decisão-Notificação que julgou procedente o débito lançado contra a empresa acima identificada.

O crédito previdenciário lançado por intermédio da NFLD se refere à contribuições devidas à Seguridade Social correspondentes à contribuição dos empregados, à da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e aos terceiros.

Segundo Relatório Fiscal (fls. 99 a 111), o fato gerador da contribuição lançada é o pagamento efetuado, pela recorrente, a pessoas físicas que lhe prestaram serviços por intermédio de empresas prestadoras, considerados segurados empregados pela fiscalização, e o pagamento aos sócios da recorrente realizado por intermédio de empresa interposta, considerado pró-labore pela fiscalização.

A autoridade lançadora informou as razões pelas quais entendeu que as pessoas físicas que prestaram serviços à notificada na condição de sócio de empresa prestadora são, na verdade, empregados da recorrente, esclarecendo que verificou-se a presença dos requisitos necessários ao enquadramento/caracterização do trabalhador na categoria de segurado empregado.

A fiscalização fundamentou o débito no artigo 33, § 6º, da Lei 8.212/91 e expõe os motivos pelos quais entende que houve dissimulação no pagamento de salários e pró-labore, esclarecendo que a remuneração foi realizada por meio de empresas constituídas pelas pessoas físicas consideradas empregadas e pelos sócios da recorrente, por intermédio de outra pessoa jurídica, informando que os valores lançados não foram declarados em GFIP.



A empresa notificada impugnou o débito via peça de fls. 152 a 226 e, de sua análise, o processo foi baixado em diligência, conforme despacho de fls. 231 a 241, resultando na juntada de documentos de fls. 242 a 252, e na emissão de Relatório Fiscal Complementar, fls. 255 a 257 além da solicitação para que a recorrente a demonstrasse a alegação inserida na impugnação, alusiva às *"suspeitas de patrocínio de interesse privado através do aparelhamento estatal pelo AFPS notificante"*.

Cientificada do Relatório Fiscal Complementar, a notificada se manifestou às fls. 264/265, apenas externando sua discordância com as conclusões fiscais e protestando pela futura juntada de novos elementos/documentos/argumentos defensivos.

A Secretaria da Receita Previdenciária, por meio da DN 21.002/0095/2007 (fls. 279 a 300), julgou o lançamento procedente, defendendo que a notificação foi lavrada na estrita observância das determinações legais vigentes e entendendo ser irrelevante a asserção constante da peça impugnatória de que seriam posteriormente acostados aos autos documentos hábeis a permitir uma serena conclusão por parte da autoridade julgadora, já que, até a emissão da decisão, não foram apresentados novos documentos.

A autoridade julgadora deu, ainda, razão à notificada quanto à ausência de emissão da competente Representação Fiscal para Fins Penais, informando que a fiscalização emitiu o referido documento, conforme consta do Relatório Fiscal Complementar.

Inconformada com a decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 303 a 344) alegando, em síntese, o que se segue.

Inicialmente, afirma que a decisão recorrida sustentou-se em ilações meramente teorizadas, sem qualquer produção probatória extraída dos fatos envolvidos, culminando na incorreta aplicação das normas legais e na manutenção de um lançamento fiscal desprovido de juridicidade.

Preliminarmente, alega cerceamento de defesa e ofensa ao contraditório por não ter sido colocado, a conhecimento do contribuinte, a totalidade da resposta do CORCESP, os documentos resultantes das buscas fiscais realizadas junto à JUCESP, as demais pesquisas de dados cadastrais das empresas prestadoras listadas no Relatório Fiscal, além dos despachos de solicitação de diligência e seus resultados.

Entende que as empresas descaracterizadas e seus sócios deveriam tomar conhecimento de toda a redação fiscal que os envolve, para que pudessem se manifestar e evitar, caso a notificada venha quitar esse passivo, a majoração do valor do salário de benefício das referidas pessoas físicas.

Ainda em preliminar, defende a nulidade da NFLD ao argumento de que houve ofensa à chamada Teoria dos Motivos Determinantes, pois, como a motivação do labor fiscal que culminou com a lavratura da NFLD foi uma denúncia feita por antiga funcionária, caberia à fiscalização comprovar, inicialmente, a plausibilidade dos fundamentos da denúncia para, após, verificar as consequências dos fatos então denunciados perante terceiras pessoas.

Destaca a fragilidade do trabalho fiscal quando se vale de expressões como "é possível" e/ou "deve ter sido", o que agride a forma como deve ser elaborado um RF/NFLD, consoante disciplina do art. 661, da IN 03/05, retirando, assim, a necessária certeza do pretenso lançamento fiscal previdenciário.

Frisa que deve se reconhecer a ilegalidade da motivação geradora desta NFLD, que deve ser julgada como um ato nulo de pleno direito e conclui que a inexistência do ato é uma consequência lógica da inexistência do motivo, ressaltando que caberia às autoridades previdenciárias competentes concluir o procedimento fiscal nascido para identificar a ocorrência dos "denunciados pagamentos por fora" e inaugurar um outro procedimento fiscal com uma outra e distinta motivação.

Cita a legislação, a doutrina e parecer da Consultoria Jurídica do MPAS que trata sobre a motivação do ato administrativo para demonstrar que, tendo o fisco previdenciário instaurado um procedimento para verificação seletiva de determinada circunstância, valer-se dele para agir sobre outra circunstância completamente distinta da originária motivação gera um ato administrativo nulo de pleno direito, por falta de motivação.

Também em preliminar, alega decadência de parte do débito, se reportando aos argumentos desenvolvidos em sua defesa original, para que façam parte integrante do recurso, para todos fins de direito.

No mérito, discorre sobre cada levantamento fiscal, reiterando que caberia oportunizar às empresas desconsideradas um correspondente contraditório e afirmando que é legítima a contratação de empresa que preste serviço por seu próprio titular e que tal procedimento encontra guarida nos regramentos administrativos previdenciários, no sentido de não se caracterizar a solidariedade ou a obrigação de retenção (11%).

Inferre que o art. 229, § 2º, do RPS, permite ao auditor fiscal promover a caracterização de pessoa física como empregado de empresa, mas é omissa no que pertine a desconsiderar uma relação contratual cível entre empresas regulares no âmbito da SRF para caracterizar uma correspondente relação empregatícia.

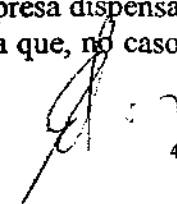
Assevera que o único elemento material a que se alicerça o AFPS corresponde ao PPRA da empresa, que considera a presença eventual de representantes autônomos (representantes comerciais) e entende que somente de forma tendenciosa é que tal detalhe poderia se caracterizar como prova material da relação de emprego.

Argumenta que as disposições genéricas acerca dos fatos geradores são insuficientes para esclarecer a origem do débito, acarretando a impossibilidade do exercício do direito da ampla defesa e do contraditório e que o fiscal acusa a recorrente de dissimulação sem, entretanto, fazer qualquer esforço para comprovar sua acusação ou para demonstrar a presença dos elementos da relação de emprego.

Aduz que a DN valeu-se de uma resposta apresentada pelo CORCESP, cuja totalidade de seus termos não foi colocada ao conhecimento do contribuinte, defendendo que é inadmissível que uma resposta de cunho negativo e formal possa permitir a conclusão fiscal de que há a relação de emprego.

Ressalta que a DN sequer se preocupou em analisar os argumentos de defesa, já que se restringiu a validar o combatido labor fiscal que, a exemplo da DN, está revestido de posturas vagas, imprecisas e incoerentes.

Sustenta que o relato fiscal desconsidera que o conceito de empresa dispensa estrutura física, bastando que esteja presente o risco em sua atividade econômica que, no caso



das empresas contratadas pela recorrente é real, presente e contínuo, o que não foi infirmado pelo impugnado labor fiscal.

Repete que a personalidade jurídica se inicia com o registro do documento de constituição no órgão competente, e que se assim não o fosse, a SRF não aceitaria a inscrição dessas empresas no CNPJ, sendo que nada disso foi contemplado pela DN.

Questiona como se poderia afirmar que o PPRA se refere aos sócios das empresas descaracterizadas, já que o referido documento sinaliza apenas a presença eventual de representantes autônomos, sem identificar efetivamente quais seriam esses representantes comerciais.

Insiste em afirmar que a autoridade fiscal não comprovou a relação de emprego como exige o RPS, e transcreve o Parecer CJ/MPAS 2413/2001, que, conforme entende, não foi merecedor de qualquer referência por parte da DN, e que define a relação jurídica de representantes comerciais, como é o caso das empresas prestadoras de serviços da recorrente, concluindo que somente quando demonstrados os elementos da relação de emprego, o representante comercial pode ser desconsiderado como tal.

Cita o Parecer 933/97 e julgado do CRPS para reforçar o entendimento de que é necessário demonstrar, de forma clara e precisa, todos os elementos que caracterizam a relação de emprego, ressaltando que os pareceres da Consultoria Jurídica do MPS vincula todos os órgãos administrativos.

Relativamente à empresa COMETA, sustenta que essa prestadora desenvolve atividades empresariais absolutamente distinta das desenvolvidas pela recorrente, afeta apenas à análise de créditos, ou seja, não vinculada ao mercado financeiro, como ocorre com a recorrente que, por força de sua específica atividade empresarial, deve estar registrada, inclusive, perante o Conselho Monetário Nacional.

Informa que a empresa Cometa possui contratos firmados com distintas outras pessoas jurídicas, conforme documentos anexos, sendo importante a demonstração acerca da existência de contratações diversas firmadas pela empresa Cometa com vistas a derrubar qualquer insinuação de que a referida prestadora atua, exclusivamente, de forma vinculada à R&G.

Reafirma que a Cometa possui diversas outras contratações que demonstram tratar-se de uma empresa de absoluta liberdade de atuação e contratação.

Tenta demonstrar que a forma de agir da recorrente, como a manifestação por preferência por relações jurídicas de forma a economizar tributos, está inserida no elenco das garantias constitucionais, já que a empresa tem direito de escolher, entre as opções legítimas, aquela que lhe seja mais conveniente, e cita como exemplo a opção dos sócios de receber remuneração pelo capital, como distribuição de lucro, ou pro labore, em razão dos serviços prestados à empresa.

Compara a elisão fiscal com evasão fiscal, acentuando que não é ilegal fazer opções mais econômicas e que a economia de tributo não apresenta qualquer efeito jurídico e, em especial, a criação de relação obrigacional-tributária, o que demonstra a improcedência do lançamento fiscal.

Refuta o arbitramento realizado pela fiscalização para a mensuração das bases de cálculo do tributo, já que revestida de falta de razoabilidade e desprovida de objetividade, entendendo que adotar o valor recebido por meio de notas fiscais como sendo o salário de contribuição é fixação de base de cálculo.

Garante que não lhe foi apresentado o porquê da escolha dessa opção e que a recorrente não tem noção de como se chegou aos valores de pro labore que se encontra no RL, pois a fiscalização não especificou os parâmetros do arbitramento.

Refuta a insinuação fiscal em relação à sobrevivência dos sócios da notificada, dizendo que esses profissionais também são sócios da empresa TRP Empreendimentos e Participações Ltda, conforme contrato anexo, recebendo dela dividendos de resultados positivos.

Finaliza requerendo o acolhimento de suas arguições ainda em sede de primeira instância, por meio da realização de diligências e que, sendo processado o presente recurso, que-seja reconhecida a insubsistência da NFLD.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Relatora

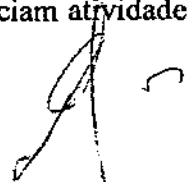
O recurso é tempestivo e os pressupostos de admissibilidade foram cumpridos.

Inicialmente, cumpre observar que, ao contrário do que alega a recorrente, a autoridade julgadora de primeira instância aplicou corretamente as normas legais vigentes à época, analisando e rebatendo os argumentos trazidos na peça impugnatória que considerou importantes para formar sua convicção e sustentou sua decisão nos fatos que lhe foram apresentados, seja pela auditoria fiscal, seja pela notificada, mantendo o lançamento por entender que a NFLD está, sim, provida de juridicidade.

Ocorre que os argumentos trazidos pela recorrente não foram suficientes para que o julgador de primeira instância se convencesse da improcedência do lançamento ou da existência de quaisquer das nulidades suscitadas.

Preliminarmente, a notificada alega cerceamento de defesa e ofensa ao contraditório por não ter sido colocado, a seu conhecimento, a totalidade da resposta do CORCESP, os documentos resultantes das buscas fiscais realizadas junto à JUCESP, as demais pesquisas de dados cadastrais das empresas prestadoras listadas no Relatório Fiscal, além dos despachos de solicitação de diligência e seus resultados.

Cumpre observar que a pesquisa junto ao CORCESP foi realizada em razão de a notificada ter alegado, em sua defesa, que as empresas prestadoras exerciam atividade de representante comercial autônomo.



No entanto, não houve o alegado cerceamento de defesa ou ofensa ao contraditório, já que a recorrente foi devidamente cientificada do Relatório Fiscal Complementar que, em seu item 4 (fl. 256), informa que os documentos de informação da CORCESP se encontram nos autos.

Assim, ao contrário do que alega, a notificada foi oportunizada, sim, do direito de extração de cópias do que fosse necessário ao efetivo exercício da ampla defesa e do contraditório, e poderia ter exercido esse direito quando foi cientificada da diligência fiscal, se pronunciado em relação aos documentos juntados aos autos ou solicitado vistas do processo antes mesmo da decisão de primeira instância.

Mas, em vez disso, preferiu se manifestar sobre a referida pesquisa somente em sede de recurso.

Portanto, não há que falar em cerceamento de defesa por falta de conhecimento dos referidos documentos.

Vale esclarecer que os dados cadastrais das empresas prestadoras a que se refere a recorrente foram anexados pela própria CORCESP a sua resposta à pesquisa formulada pela SRP, e as alterações contratuais registradas na JUCESP foram verificadas pelo agente notificante ainda durante a ação fiscal, pois consta de seu Relatório, peça integrante da NFLD.

Também não procede o entendimento de que as empresas descaracterizadas e seus sócios deveriam tomar conhecimento de toda a redação fiscal que os envolve, para que pudessem se manifestar.

Ocorre que as empresas listadas no Relatório Fiscal não são responsáveis solidárias pelo débito. A NFLD não foi lavrada com amparo no instituto da solidariedade, mas sim tendo em vista a constatação da ocorrência da relação de emprego entre as pessoas físicas, que prestaram serviços por intermédio de empresas jurídicas por elas mesmo constituídas, e a R & G FACTOR FOMENTO COMERCIAL LTDA.

A ação fiscal se deu na tomadora de serviços e a NFLD foi lavrada tendo em vista a situação fática encontrada pela fiscalização, que constatou a existência de relação de emprego entre as pessoas físicas apontadas pela fiscalização e a notificada.

Portanto a fiscalização apenas descaracterizou o vínculo pactuado entre a empresa notificada, tomadora de serviços, e as pessoas físicas que lhe prestaram serviços por meio das pessoas jurídicas constituídas e caracterizou-as como empregadas da recorrente, tendo em vista a realidade fática constatada durante a ação fiscal desenvolvida na tomadora.

Nesse sentido, não há que se falar em notificação das prestadoras do serviço, já que o valor lançado se refere à contribuição devida pela recorrente, incidente sobre a remuneração dos segurados empregados e sobre o pró labore, que foram pagos pela recorrente de forma dissimulada, e à contribuição devida pelo empregado, não descontado pelo empregador.

Da mesma forma, não houve a alegada ofensa à Teoria dos Motivos Determinantes, pois o motivo da lavratura da NFLD objeto do presente processo administrativo foi a constatação, em ação fiscal desenvolvida na recorrente, da ocorrência do fato gerador e o não recolhimento das contribuições devidas.

E a inclusão de uma empresa no planejamento das ações fiscais é atribuição da autoridade administrativa tributária, não havendo obrigatoriedade de ser motivado. A Administração Tributária é que possui a prerrogativa de escolher quando uma empresa deve ser fiscalizada.

No caso presente, a autoridade fiscal expôs as razões que levaram a empresa a ser incluída em ação fiscal. Mas, mesmo que não tivesse informado o porquê de a notificada ter sido fiscalizada, o ato do lançamento estaria válido, já que o procedimento fiscal na notificada foi instaurado com a emissão do MPF, que descreve, com precisão, o que deve ser verificado na ação.

E o MPF (fls. 76) traz a descrição sumária da ação fiscal, deixando claro que a fiscalização é para verificar a ocorrência dos fatos geradores previdenciários, o que foi feito pelo Auditor designado.

A ação fiscal pode ter sido motivada pela denúncia da citada funcionária, mas o lançamento, reitera-se, foi motivado pela constatação da ocorrência do fato gerador e o não recolhimento das contribuições devidas.

Assim, o lançamento, como ato administrativo, é válido, pois precedido de MPF válido, e o fiscal, a quem compete o lançamento, ao constatar o não recolhimento das contribuições devidas incidentes sobre as remunerações pagas a seus empregados e contribuintes individuais, lavrou corretamente a presente NFLD, em observância ao disposto no art. 37 da Lei 8212/91:

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

Mesmo as expressões “é possível” e/ou “deve ter sido”, utilizadas pela autoridade lançadora, não demonstram fragilidade do trabalho fiscal, conforme quer fazer crer a recorrente, pois apenas se referem à denúncia que deflagrou a ação fiscal, mas não ao lançamento.

Ou seja, a fiscalização não conseguiu apurar o pagamento de salário por fora de empregados registrados, objeto da denúncia que originou a ação fiscal, mas constatou a ocorrência de outros fatos geradores. E, para esses últimos, a fiscalização não utilizou as expressões “é possível” e “deve ter sido”, e sim “apurou-se”, “verificou-se”, “os segurados acima mencionados são de fato empregados da notificada!”, “o valor acima mencionado refere-se a salário dissimulado”, ou “a contabilidade da notificada não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço”.

Portanto, verifica-se que a NFLD foi lavrada de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam a matéria, tendo o agente notificante demonstrado, de forma clara e precisa, a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, fazendo constar, nos relatórios que compõem a Notificação, os fundamentos legais que amparam o procedimento adotado e as rubricas lançadas.

O Relatório Fiscal traz todos os elementos que motivaram a lavratura da NFLD e o relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, encerra todos os dispositivos legais que dão suporte ao procedimento do lançamento, separados por assunto e período correspondente, garantindo, dessa forma, o exercício do contraditório e ampla defesa à notificada.

Assim, não há que se falar em nulidade da NFLD por falta de motivação ou por fragilidade do trabalho fiscal, motivo pelo qual rejeito as preliminares de nulidade.

Ainda em preliminar, a recorrente alega decadência do débito lançado após 05 anos da ocorrência do fato gerador, alegando que houve antecipação de valores apurados pelo contribuinte.

A fiscalização lavrou a presente NFLD com amparo na Lei 8.212/91 que, em seu art. 45, dispõe que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendendo que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, 'b' da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8.212/91,.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita 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"

Cumpre ressaltar que o art. 62, da Portaria 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais da Fazenda, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, determina, no inciso I do § único, que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, restaram extintos os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após

o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos 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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.)."

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

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, as autoridades administrativas devem se adequar ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

"Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal"

Verifica-se, da análise dos autos, que o fato gerador das contribuições apuradas ocorreu com o pagamento de remuneração pela prestação de serviços de pessoas físicas que a notificada não considerava seus empregados, ou com os pagamentos realizados a seus sócios que não foram considerados, pela recorrente, como pro labore.

Constata-se que não houve pagamento antecipado de contribuição previdenciária sobre o salário de contribuição aferido a partir das notas fiscais de serviços.

Assim, aplica-se, ao caso em comento, o disposto no art. 173 do Código Tributário Nacional, transcrito a seguir:

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 cientificação da NFLD pelo contribuinte se deu em 11/04/2006, conforme folha 01, do processo, e o débito se refere às competências compreendidas entre 10/2000 a 12/2005.

Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados correspondentes às competências 10/2000 e 11/2000. Para a competência 12/2000, o crédito poderia ter sido lançado em 01/2001, iniciando-se a contagem do prazo em 01/01/2002, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do dispositivo legal transcrito acima.

Portanto, para as competências objeto da NFLD em comento, o Fisco se encontra ainda no direito de cobrar as contribuições devidas lançadas a partir das competências 12/2000.

Nesse sentido, acolho parcialmente a preliminar de decadência.

No mérito, a recorrente tenta demonstrar que é legítima a contratação de empresa que preste serviço por seu próprio titular e que tal procedimento encontra guarida nos regramentos administrativos previdenciários, no sentido de não se caracterizar a solidariedade ou a obrigação de retenção (11%).

Porém, como já exposto acima, o débito lançado por meio da NFLD discutida não foi lavrada com amparo no instituto da solidariedade ou na ausência de retenção e nem foi alegado pela fiscalização que é ilegítima a contratação de empresa que preste serviço por seu próprio titular.

Na verdade, o que a autoridade notificante constatou em ação fiscal desenvolvida na recorrente e demonstrou no relatório da NFLD foi a existência dos elementos caracterizadores do vínculo empregatício entre a recorrente e as pessoas físicas que lhe prestaram serviços por meio das empresas contratadas elencadas no RELFISC e o pagamento de pro labore por meio de empresa interposta.

E o fato de o serviço ser prestado pelo próprio titular apenas reforça a convicção de que as pessoas físicas discriminadas no Relatório Fiscal são empregadas da empresa recorrente e de que o valor do pró-labore pago aos sócios é muito superior ao registrado na sua contabilidade.

Ou seja, a fiscalização constatou o pagamento dissimulado de remuneração.

Os argumentos trazidos pela notificada não são suficientes para se contrapor a realidade fática de vínculo empregatício, constatada pela fiscalização.

A recorrente entende que o art. 229, § 2º, do RPS, permite ao auditor fiscal promover a caracterização de pessoa física como empregado de empresa, mas é omissa no que pertine a desconsiderar uma relação contratual cível entre empresas regulares no âmbito da SRF para caracterizar uma correspondente relação empregatícia.

No entanto, o referido dispositivo legal permite ao Auditor Fiscal desconsiderar o vínculo pactuado, o que foi feito com muita propriedade pela Auditoria que, ao verificar a ocorrência dos requisitos da relação de emprego, agiu em conformidade com ditames legais e enquadrando corretamente os trabalhadores como empregado da notificada para efeitos da legislação previdenciária.

Esse enquadramento será automático sempre que estiverem presentes, na prestação do serviço, os pressupostos da relação de emprego, quais sejam, a remuneração, a habitualidade e a subordinação, porque a lei assim determina, mesmo que no contrato formalizado entre as partes esteja definido de forma diversa, pois a relação de emprego não é aferida pelos elementos formais do ajuste, mas do conteúdo emergente de sua execução.

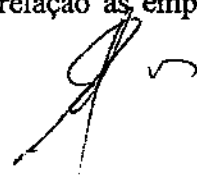
Dessa forma, ao contrário do que entende a recorrente, desde que presentes os requisitos do art. 12, I, "a", da Lei n.º 8.212/91, pode sim o AFPS desconsiderar a contratação do segurado por meio de empresas terceirizadas para considerá-lo como empregado da contratante, exclusivamente para fins de recolhimento da contribuição previdenciária, pois houve a ocorrência do fato gerador.

Está claro, no Relatório da NFLD, que a fiscalização caracterizou as pessoas físicas que prestaram serviços à notificada por meio das pessoas jurídicas por elas mesmas constituídas, como empregadas da recorrente, tendo em vista a realidade fática constatada durante a ação fiscal desenvolvida na tomadora.

Portanto, o que houve no caso em tela foi a caracterização de pessoa física como segurado empregado da recorrente, tendo em vista a constatação da presença dos elementos caracterizadores da relação de emprego.

Houve, também, a constatação de pagamento dissimulado de pró-labore, por meio da prestação de serviços pelos próprios sócios da recorrente por intermédio de outra pessoa jurídica por eles mesmo constituída.

Assim, da análise dos fatos apresentados, verifica-se a existência de uma simulação no procedimento de terceirização adotado pela notificada em relação às empresas apontada no Relatório Fiscal.



A notificada afirma que o único elemento material ao que se alicerça o AFPS corresponde ao PPRA.

Entretanto, o PPRA não foi o único elemento material, e sim mais um dos elementos que reforçam a convicção fiscal, pois nele consta seguidamente a presença de representantes comerciais, e a empresa poderia ter trazido, aos autos, provas de que tais representantes comerciais não são os segurados caracterizados como empregados.

Já a fiscalização, analisando todos os documentos apresentados pela empresa na ação fiscal, concluiu que os autônomos que constam do PPRA são as mesmas pessoas que prestaram serviços à recorrente por intermédio de outras empresas.

Tal fato, aliado à constatação de que as empresas prestadoras nunca tiveram empregados, não possuem lugar certo para desenvolvimento de suas atividades e trabalharam com dedicação exclusiva, já que emitiram notas fiscais de numeração contínua, conforme planilhas de folhas 113/124, reforçam a convicção que as pessoas elencadas pela fiscalização são, na verdade, empregadas da recorrente.

Foi observado pela auditoria, durante o tempo que se desenvolveu a ação fiscal, que as pessoas físicas caracterizadas como empregados possuem horário de entrada e saída na empresa notificada, e prestam os serviços de natureza contínua e exclusiva à recorrente, sob dependência, subordinação e mediante salário.

As referidas pessoas, quando indagadas pela fiscalização, disseram que trabalham para a notificada prestando serviços na área de vendas da empresa, via telefone ou visitando pessoalmente os clientes

A recorrente sustenta que o relato fiscal desconsidera que o conceito de empresa dispensa estrutura física, bastando que esteja presente o risco em sua atividade econômica que, no caso das empresas contratadas pela recorrente é real, presente e contínuo e que a personalidade jurídica se inicia com o registro do documento de constituição no órgão competente, e que se assim não o fosse, a SRF não aceitaria a inscrição dessas empresas no CNPJ, sendo que nada disso foi contemplado pela DN.

Cumprе esclarecer, porém, que a aceitação, pela SRF, da inscrição de uma empresa no CNPJ não desobriga o contribuinte do cumprimento da legislação pertinente, no caso, o Código Tributário Nacional e a Lei 8.212/91.

Dessa forma, se em uma ação fiscal ficar constatada que as empresas constituídas não existem de fato, mas foram constituídas apenas para simular uma situação de terceirização e dissimular vínculos empregatícios e pagamentos de pro labore, a fiscalização pode superar o negócio jurídico simulado para aplicar a lei tributária e previdenciária, caracterizar o vínculo empregatício e constituir o crédito tributário por meio do instrumento competente, sem prejuízo das penalidades cabíveis.

A recorrente argumenta que as disposições genéricas acerca dos fatos geradores são insuficientes para esclarecer a origem do débito, acarretando a impossibilidade do exercício do direito da ampla defesa e do contraditório e que o fiscal acusa a recorrente de dissimulação sem, entretanto, fazer qualquer esforço para comprovar sua acusação ou para demonstrar a presença dos elementos da relação de emprego.

Todavia, a origem do débito está muito clara e fundada corretamente na situação constatada e relatada pela fiscalização, que realizou tanto verificação física nos locais de trabalho, quanto analisou os documentos encontrados na empresa.

Assim, o auditor fiscal deixou muito claro qual a origem do lançamento nos relatórios que integram a NFLD, arbitrando o débito com fundamento no § 6º, do artigo 33, da Lei 8.212/9, tendo em vista a constatação de que a contabilidade da empresa não registra a real remuneração dos segurados a seu serviço.

Ademais, vale lembrar que, conforme entendimento do Ministro Carlos Veloso *"Corre em favor do ato administrativo a presunção da legitimidade. Assim, se o lançamento fiscal previdenciário aponta a existência de empregados e não trabalhadores autônomos, cumpre ao contribuinte ilidir, mediante prova, essa presunção"* (TRF AC. 101.404-MG, Min. Carlos Veloso – DJU 05/09/85, pág. 14800).

A recorrente afirma que a DN valeu-se de uma resposta apresentada pelo CORCESP, defendendo que é inadmissível que uma resposta de cunho negativo e formal possa permitir a conclusão fiscal de que há a relação de emprego.

Entretanto, a DN apenas se contrapôs ao argumento trazido na defesa, de que as empresas citadas pela fiscalização são representantes comerciais e de que inexistente relação de emprego entre os representantes comerciais e a tomadora de seus serviços.

E, conforme restou comprovado nos autos, as referidas empresas não são representantes comerciais, pois não possuem registro junto ao CORCESP e não atuam de forma a serem consideradas profissionais da Representação Comercial, pois exercem atividades em área diversa da concernente a essa profissão.

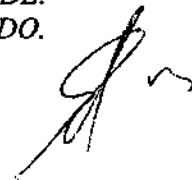
Assim, com muita propriedade, a autoridade julgadora de primeira instância demonstrou que são absolutamente improcedentes todos os argumentos fundados na suposta relação de representação comercial entre a notificada e as empresas Cometa Serviços de Análise Ltda e Dakar Intermediação de Negócios S/C Ltda.

Em relação ao argumento de que a DN sequer se preocupou em analisar os argumentos de defesa, já que se restringiu a validar o combatido labor fiscal, cumpre ressaltar que o órgão julgador não está obrigado a apreciar toda e qualquer alegação apresentada pela recorrente, mas tão somente aquelas que possuem o condão de formar ou alterar sua convicção.

Tal entendimento encontra respaldo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aplicada subsidiariamente conforme se depreende do Recurso Especial, cuja ementa transcrevo abaixo:

*RESP 208302 / CE ; RECURSO ESPECIAL1999/0023596-7 –
Relator: Ministro Edson Vidigal – Quinta Turma – Julgamento
em 01/06/1999 – Publicação em 28/06/1999 – DJ pág 150*

*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA
FINS DE PREQUESTIONAMENTO. ADMISSIBILIDADE.
REFERÊNCIA A CADA DISPOSITIVO LEGAL INVOCADO.
DESNECESSIDADE.*



1. Legal a oposição de Embargos Declaratórios para pré questionar matéria em relação a qual o Acórdão embargado omitiu-se, embora sobre ela devesse se pronunciar; o juiz não está obrigado, entretanto, a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão.

2. Recurso não conhecido.

*REsp 767021 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 2005/0117118-7 –
Relator: Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA –
Julgamento em 16/08/2005 - DJ 12.09.2005 p. 258*

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.

1. Recurso especial contra acórdão que manteve decisão que, desconsiderando a personalidade jurídica da recorrente, deferiu o aresto do valor obtido com a alienação de imóvel.

2. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de fundamentação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto a quo. (g.n.)

Verifica-se, sim, que a Decisão-Notificação demonstra a convicção do julgador diante dos fatos e argumentos que lhe foram apresentados e o Auditor Fiscal expôs, com muita clareza, todos os elementos constatados que o levaram à convicção de que as pessoas físicas arroladas no Relatório Fiscal são empregados da recorrente, e de que o pagamento realizado aos sócios por intermédio de outra empresa é, na verdade, pró-labore dissimulado.

Conforme já exposto acima, a fiscalização constatou que os segurados relacionados no Relatório Fiscal prestaram serviços à empresa notificada na condição de empregados, pois, verificou a ocorrência de todos os requisitos necessários para a caracterização da relação de emprego, exigidos pelo art. 12, I, "a" da Lei n.º 8.212/91 c/c art. 9.º, I, "a", do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99, quais sejam, a não-eventualidade (habitualidade), a remuneração e a subordinação.

Verificou-se que as empresas contratadas não possuem empregados, tendo sido os serviços prestados diretamente pelos sócios das prestadoras e que os únicos sócios da recorrente prestam serviços para a notificada por meio de outra empresa, a COMETA SERVIÇOS DE ANÁLISE LTDA, da qual também são os únicos sócios.

Segundo consta, a Cometa Serviços não possui custo operacional como mão de obra, aluguel, luz etc, pois não possui local certo para desenvolver suas atividades e nem empregados, existindo apenas no papel, e presta serviços à notificada realizando análise de mercado.

A recorrente sustenta que a prestadora COMETA desenvolve atividades empresariais distintas das desenvolvidas pela recorrente, afeta apenas à análise de créditos, ou seja, não vinculada ao mercado financeiro.

Porém, se a recorrente contrata a COMETA é porque necessita das atividades de análise de crédito que essa última desenvolve. Conclui-se que a empresa contratada realiza serviços necessários para que a recorrente atinja seus objetivos.

Exemplificando, o Sr. Paulo Ari Gartner é sócio gerente da R&G Factor Fomento Comercial Ltda, que tem como objetivo, conforme Cláusula Terceira do Contrato Social, efetuar negócios de fomento mercantil.

É também sócio da empresa Cometa Serviços, por meio da qual presta serviços à notificada realizando análise de mercado.

Ora, entendo que não há como segmentar os serviços prestados pelo Sr. Paulo Ari Gartner, como sócio gerente da recorrente, dos serviços de análise de mercado prestados pela Cometa Serviços, por intermédio de seu titular Paulo Ari Gartner. Na verdade, eles se confundem, já que análise de mercado é uma atividade necessária para que a empresa atinja seus objetivos.

A notificada informa que a empresa Cometa possui contratos firmados com distintas outras pessoas jurídicas, e junta alguns documentos que considera importantes para demonstrar a existência de contratações diversas e derrubar qualquer insinuação de que a referida prestadora atua, exclusivamente, de forma vinculada à R&G.

No entanto, analisando a documentação que, cumpre frisar, foi apresentada apenas após a decisão de primeira instância, verifica-se que não se trata de diversas contratações, mas apenas da contratação de uma empresa, a SIFRA S/A, cuja cópia do contrato, firmado em 28.06.2005, não se encontra autenticada, a exemplo das cópias das duas notas fiscais emitidas.

Esses documentos, como também o Contrato Social da TPR Empreendimentos e Participações Ltda, que possui os mesmos sócios da recorrente, não ensejam a revisão do lançamento, pois não comprovam a inexistência dos fatos verificados pelo agente notificante e nem afastam a realidade fática encontrada na empresa durante a ação fiscal.

A recorrente tenta demonstrar que a preferência por relações jurídicas de forma a economizar tributos está inserida no elenco das garantias constitucionais, já que a empresa tem direito de escolher, entre as opções legítimas, aquela que lhe seja mais

conveniente, e cita como exemplo a opção dos sócios de receber remuneração pelo capital, como distribuição de lucro, ou pro labore, em razão dos serviços prestados à empresa, e compara a elisão fiscal com evasão fiscal, acentuando que não é ilegal fazer opções mais econômicas.

No entanto, conforme já exposto acima, o caso presente não se trata de distribuição de lucro ou de escolha de uma opção legítima mais conveniente, mas de simulação de um negócio jurídico.

Na definição de Clóvis Beviláqua, a simulação é uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado – 15ª Edição).

O Código Civil Brasileiro de 2002 traz, no § 1º, do art. 167, as hipóteses em que fica configurada a ocorrência de simulação:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados

E, conforme demonstrado nos autos, a situação verificada pela auditoria fiscal se enquadra perfeitamente no dispositivo legal transcrito acima.

Segundo Orlando Gomes, ocorre simulação quando em um negócio jurídico se verifica intencional divergência entre a vontade real e a vontade declarada, com o fim de enganar terceiro (Introdução ao Estudo do Direito – 7ª Edição).

De acordo com o art. 118, inciso I do CTN, a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos.

Assim, em respeito ao Princípio da Verdade Material e pelo poder-dever de buscar o ato efetivamente praticado pelas partes, a Administração, ao verificar a ocorrência de simulação, pode superar o negócio jurídico simulado para aplicar a lei tributária aos verdadeiros participantes do negócio.

Relativamente ao inconformismo com o arbitramento realizado pela fiscalização, verifica-se que não houve a falta de razoabilidade ou o desproyimento de objetividade alegada pela recorrente, pois a fiscalização deixou claro, no item 6.8 do Relatório Fiscal (fl. 109), quais foram os critérios de aferição da base de cálculo do tributo.

Restou claro que os valores considerados salário de contribuição foram os valores recebidos pelos segurados caracterizados empregados por meio das notas fiscais de serviço, e se encontram discriminados na Planilha 2, anexa ao Relatório Fiscal, e para o pró-labore foi considerada uma parcela das despesas realizadas com a Cometa Serviços de Análise Ltda.

Dessa forma, o agente fiscal, ao constatar a existência dos elementos caracterizadores da relação de emprego e a falta do recolhimento da contribuição devida incidente sobre a remuneração paga a segurado empregado, e o pagamento dissimulado de pró-labore, lavrou corretamente a presente NFLD, inscrevendo de ofício a importância que julgou devida, em observância ao disposto no § 6º do art. 33, da Lei 8212/1991

Nesse sentido e

Considerando tudo mais que dos autos consta,

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, reconhecer a decadência parcial para excluir do lançamento os valores correspondentes às competências 10/2000 e 11/2000, rejeitar as demais preliminares e, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto.

Sala das Sessões, em 29 de outubro de 2009



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro EDGAR SILVA VIDAL, Redator Designado

Com todo o respeito, discordo da nobre Relatora.

O crédito previdenciário foi lançado pela NFLD por ter a fiscalização entendido como fato gerador os pagamentos efetuados pela recorrente a pessoas físicas que lhe prestaram serviços por intermédio de pessoas jurídicas, consideradas segurados empregados, e os pagamentos aos sócios da própria recorrente, realizados por intermédio de empresa interposta, considerados pró-labore pela fiscalização.

A autoridade lançadora informou as razões pelas quais entendeu que as pessoas físicas que prestaram serviços à notificada na condição de sócio de empresa prestadora são, na verdade, empregados da recorrente, esclarecendo que verificou-se a presença dos requisitos necessários ao enquadramento/caracterização do trabalhador na categoria de segurado empregado.

A caracterização de vínculo empregatício exige que estejam presentes, de acordo com o artigo 3º da CLT, os seguintes requisitos:

I – não eventualidade (continuidade);

II – onerosidade; e

III - subordinação.

O lançamento deve comprovar, de forma explícita e individualizada, a existência dos pressupostos legais da relação empregatícia, sob pena de sua nulidade por ausência de comprovação do fato gerador do tributo, e cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Na hipótese dos autos, porém, a autoridade lançadora, ao promover a caracterização dos prestadores de serviços (pessoas jurídicas) como segurados empregados, não logrou motivar o presente lançamento, deixando de demonstrar e comprovar, na forma que o caso exige, os requisitos legais necessários à configuração do vínculo empregatício, acima elencados.

Referida omissão afronta de forma flagrante os preceitos contidos no artigo 142, do Código Tributário Nacional que, ao atribuir a competência privativa do lançamento a autoridade administrativa, igualmente, exige que nessa atividade o fiscal autuante descreva e comprove a ocorrência do fato gerador do tributo lançado, como segue:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

No mesmo sentido, o artigo 50, da Lei nº 9.784/99, estabelece que os atos administrativos devem conter motivação clara, explícita e congruente, sob pena de nulidade.

Em outras palavras, para que tal procedimento tenha validade e esteja em consonância com a legislação de regência, não é suficiente a alegação genérica da autoridade administrativa de que constatou a existência dos pressupostos da relação de emprego, devendo haver a efetiva comprovação do vínculo laboral, abordando cada requisito necessário para tanto, de maneira individualizada ou por tipo de trabalho desenvolvido pelos prestadores de serviços.

No presente caso, ao promover o lançamento levando a efeito a caracterização dos prestadores de serviços (pessoas jurídicas) como segurados empregados, o ilustre fiscal autuante, inferiu ter efetuado tal enquadramento, sem conquanto demonstrar/comprovar de forma pormenorizada seu entendimento, maculando o lançamento em comento.

Observe-se, também que o Relatório Fiscal tem por finalidade demonstrar/explicar, resumidamente, como procedeu a fiscalização na constituição do crédito previdenciário, devendo, dessa forma, ser claro e preciso relativamente aos procedimentos adotados pelo fisco ao promover o lançamento, concedendo ao contribuinte conhecimento pleno dos motivos ensejadores da notificação, possibilitando-lhe o amplo direito de defesa e

contraditório, sobretudo tratando-se de exigência fiscal decorrente de caracterização de segurados empregados a partir da desconsideração da personalidade jurídica dos prestadores de serviços.

Relativamente a vício material, colaciono Acórdão da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes sobre a matéria:

O vício material ocorre quando o auto de infração não preenche aos requisitos constantes do art. 142 do Código Tributário Nacional, havendo equívoco na construção do lançamento quanto à verificação das condições legais para a exigência do tributo ou contribuição do crédito tributário, enquanto que o vício formal ocorre quando o lançamento contiver omissão ou inobservância de formalidades essenciais, de normas que regem o procedimento da lavratura do auto, ou seja, da maneira de sua realização... (Acórdão n° 192-00.015 IRPF, de 14/10/2008 da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes).

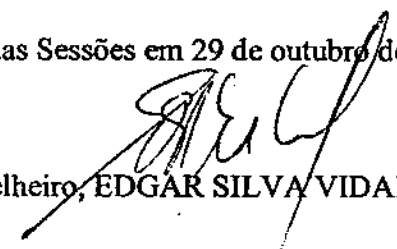
Nesse contexto, deve ser declarada a nulidade do lançamento, por vício material, em observância à legislação de regência, mais precisamente dos artigos do CTN, e da Lei n°. 9.784/99 encimados, uma vez que essas omissões contaminam a exigência fiscal, tornando-a precária, não lhe oferecendo certeza ou liquidez, principalmente pelo fato de se mostrar insanável e por cercear o direito de defesa da recorrente.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, Voto no sentido de CONHECER do Recurso Voluntário e ANULAR o lançamento por Vício Material.

É como Voto,

Sala das Sessões em 29 de outubro de 2009.


Conselheiro, EDGAR SILVA VIDAL, Redator designado