



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

Processo nº 36266.004283/2006-99
Recurso nº 148.423 Voluntário
Acórdão nº 2301-00.746 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de outubro de 2009
Matéria CARACTERIZAÇÃO SEGURADO EMPREGADO: CONTRIBUINTE INDIVIDUAL
Recorrente VÊNUS FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1996 a 30/12/2000

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

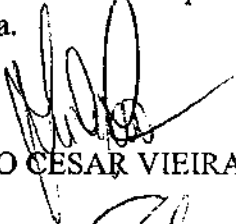
O lançamento deve comprovar, de forma explícita e individualizada, a existência dos pressupostos legais da relação empregatícia, sob pena de sua nulidade por ausência de comprovação do fato gerador do tributo, e cerceamento do direito de defesa do contribuinte, nos termos do art. 59, inciso II, do Decreto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

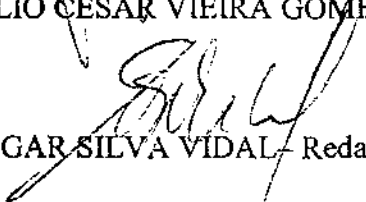
Processo Anulado

Crédito Tributário Exonerado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, 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. Vencido(a) o(a) relatora.


JULIO CESAR VIEIRA GOMES – Presidente


EDGAR SILVA VIDAL – Redator designado



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Edgar Silva Vidal (suplente), Maria Helena Lima dos Santos (suplente), Damião Cordeiro de Moraes e Julio Cesar Vieira Gomes (presidente).. Fez sustentação oral o advogado da recorrente Dr. Edson Baldoino 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. 52 a 62), o fato gerador da contribuição lançada é o pagamento efetuado, pela recorrente, a pessoas físicas que lhe prestaram serviços por intermédio de empresas prestadoras, no período de 01/1999 a 10/2000, considerados segurados empregados pela fiscalização, e o pagamento aos sócios da recorrente realizado por intermédio de empresa interposta, no período de 01/1999 a 12/2000, 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 por entender que a contabilidade da notificada não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, bom como o lucro e informa que os valores lançados não foram declarados em GFIP.

A empresa notificada impugnou o débito via peça de fls. 89 a 168 e, de sua análise, o processo foi baixado em diligência, conforme despacho de fls. 182 a 192, resultando na juntada de documentos de fls. 193 a 201, e no Ofício 128/2006 (fls. 202), solicitando à recorrente a demonstração da alegação inserida no item 5.14 da impugnação, alusiva às *"suspeitas de patrocínio de interesse privado através do aparelhamento estatal pelo AFPS notificante"*.

A Secretaria da Receita Previdenciária, por meio da DN 21.002/0091/2007 (fls. 222 a 243), 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. 246 a 293) 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.

Renova sua argumentação defensiva quanto à nulidade da NFLD e também da DN, por ter sido a notificação constituída em desfavor de uma empresa extinta de pleno direito, destacando que a afirmativa de que a empresa notificada foi extinta está inserida no próprio Relatório Fiscal da NFLD, ou seja, é fato incontroverso que prescinde de prova.

Informa que, com vistas a corroborar a renovação de sua argumentação, traz em anexo o termo de Distrato Social, datado de 31/10/2003, que indica o registro/protocolo na JUCESP, que infirma, cabal e perfeitamente, a afirmativa da DN, feito a respeito e em sentido contrário.

Ainda em preliminar, defende a nulidade da NFLD ao argumento de que houve ofensa à chamada Teoria dos Motivos Determinantes, pois

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.

Em preliminar de mérito, 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, argumentando 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 desconsider

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 Vênus.

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

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.

Cumprir 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

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.

Ainda em preliminar, alega nulidade da NFLD por ter sido constituída em desfavor de pessoa jurídica, formal e oficialmente extinta, e entende que o Distrato Social, juntado aos autos, comprova que a empresa foi extinta em 10/2000.

Porém o Distrato Social apresentado apenas corrobora a correção do trabalho fiscal e reforça os argumentos da decisão recorrida, pois deixa claro que a sociedade encerrou todas as suas operações apenas em 31/10/2003 (fl. 295, volume II).

E a fiscalização em nenhum momento afirma que a empresa Vênus foi extinta no período abrangido pelo lançamento, conforme quer fazer crer a recorrente. Inclusive consta do Relatório Fiscal referência à alteração contratual ocorrida em 01/12/00, ou seja, após a data em que a notificada afirma que foi extinta.

Dessa forma, conforme verificado pela autoridade lançadora e comprovado pela documentação acostada aos autos pela recorrente, a sociedade Vênus Factoring Fomento Comercial Ltda não estava extinta nas competências objeto do presente lançamento, ou seja, encontrava-se ainda em atividade, não havendo que se falar, portanto, em nulidade da NFLD por tal motivo.

Da mesma forma, não houve a alegada ofensa à Teoria dos Motivos Determinantes, pois

E o MPF (fls. 36) 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”, 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

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"

Cumprе 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 8.2

§ 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

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 05/1996 a 12/2000.

Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados correspondentes às competências compreendidas entre 05/96 a 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 na competência 12/2000.

Nesse sentido, acolho parcialmente a preliminar de decadência.

No mérito, a recorrente argumenta que caberia oportunizar às empresas desconsideradas um correspondente contraditório e 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%).

No entanto, 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 VÊNUS FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA.

A ação fiscal se deu na tomadora de serviços e a NFLD foi lavrada

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.

Os argumentos trazidos pela notificada não são suficientes para se contrapor à realidade fática constatada pela fiscalização.

Porém, cumpre informar que os argumentos trazidos pela recorrente no intuito de demonstrar a inexistência de vínculo empregatício entre as pessoas físicas apontadas pela fiscalização e a notificada não serão objeto de análise por esta autoridade julgadora, já que as contribuições incidentes sobre as remunerações desses segurados foram alcançadas pela decadência.

Em relação aos pagamentos de pro labore, registro o que se segue.

A fiscalização constatou a existência 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 à empresa apontada no Relatório Fiscal.

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.

Cumpre 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 a empresa constituída não existe de fato, mas foi

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.*" (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 a empresas Cometa Serviços de Análise 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 ressalt

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 arresto 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 arresto 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 o pagamento realizado aos sócios por intermédio de outra empresa é, na verdade, pró-labore dissimulado.

Porém, se a recorrente contrata a COMETA é porque necessita das atividades de análise de crédito que ela 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 VÊNUS FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA, que tem como objetivo, conforme Cláusula II 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 Vênus.

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 duas empresas, a OPINIÃO S/A e a SIFRA S/A, cuja cópia dos contratos, firmados em 28.06.2005, não se encontram autenticadas, a exemplo das cópias das duas notas fiscais trazidas aos autos.

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.

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 desprovemento de objetividade alegada pela recorrente, pois a fiscalização deixou claro, tanto no Relatório Fiscal quanto em sua complementação, no Relatório Fiscal Complementar, quais foram os critérios de aferição da base de cálculo do tributo.

É como voto.


BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro EDGAR SILVA VIDAL, Redator designado

Com todo o respeito, discordo da nobre Relatora.

Trata-se de crédito previdenciário lançado pelo Auto de Infração nº 37.014.079-6, por descumprimento de obrigação acessória, por ter a empresa deixado de incluir, em folhas de pagamento, as remunerações pagas ou creditadas ao segurado SÉRGIO LOURENÇO, caracterizado como empregado da notificada pela fiscalização,.

O Recurso nº 148423 da recorrente, relativo à NFLD nº 35.840.253-0, foi anulado por vício material, considerando que no lançamento não ficou caracterizado o vínculo empregatício, nos termos do artigo 3º da CLT.

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.

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.

Considerando que o lançamento principal foi anulado por vício material, entendo que a mesma solução deva ser dada ao Auto de Infração por descumprimento de obrigação acessória.

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 nº. 9.784/99 enc