



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE O ORIGINAL
Brasília, 24 03 08
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Mat. S/ape 751683

CC02/C06
Fls. 805

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo n° 36266.007276/2006-49
Recurso n° 149.391 Voluntário
Matéria CONTRIBUINTE INDIVIDUAL
Acórdão n° 206-01.664
Sessão de 03 de dezembro de 2008
Recorrente COMPANHIA MELHORAMENTOS DE SÃO PAULO
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/1999 a 30/12/2004

**CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - CUSTEIO -
DESCARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO PACTUADO.**


É atribuída à fiscalização da SRP a prerrogativa de, seja qual for a forma de contratação, desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurados empregados da empresa contratante, desde que presentes os requisitos do art. 12, I, "a", da Lei nº 8.212/91.

Os elementos caracterizadores do vínculo empregatício estão devidamente demonstrados no relatório fiscal da NFLD.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

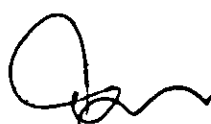
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 36266.007276/2006-49
Acórdão n.º 206-01.664

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERT. COPIA ORIGINAL
Brasília, 24 03 09

Maria de Fátima Fátima de Carvalho
Mat. SIAPE 731683

CC02/C06
Fls. 806

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES, por unanimidade de votos, em acolher o pedido de revisão para anular o Acórdão nº 00574/2006 proferido pela 4ª Câmara de Julgamento do CRPS; e em substituição: Por unanimidade de votos: I) em declarar a decadência das contribuições apuradas até 11/99; II) em rejeitar as demais preliminares suscitadas; e III) no mérito, em negar provimento ao recurso. Fez sustentação oral o(a) advogado(a) da recorrente Dr(a). Patrícia Regina Lopes Martin, OAB/SP nº 204067.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

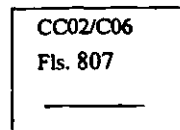
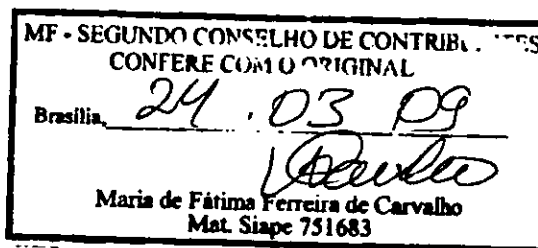
Presidente



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa (Suplente convocado), Cleusa Vieira de Souza, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



Relatório

Trata-se de pedido de revisão, formulado pela empresa acima identificada, do Acórdão nº 574/2006, da 4ª CAJ do CRPS, que não conheceu do recurso interposto pela notificada por falta de comprovação do depósito prévio.

O crédito previdenciário lançado por meio da NFLD se refere às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados, à da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e aos terceiros, tendo como fato gerador, segundo Relatório Fiscal (fls. 219 a 225), os pagamentos efetuados pela prestação de serviços, à recorrente, dos empregados e sócios de empresas prestadoras, considerados segurados empregados e empresários da notificada pela fiscalização, por ter sido constatada a presença dos requisitos caracterizadores da relação de emprego.

A autoridade lançadora informa que os fatos geradores foram apurados com base no exame dos livros contábeis, notas fiscais de prestação de serviços, bem como nas informações contidas nos sistemas informatizados da Previdência Social.

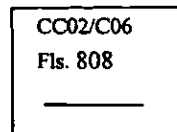
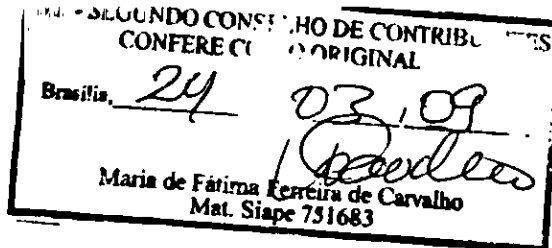
Expõe os motivos pelos quais entendeu que houve a simulação de prestação de serviços entre duas pessoas jurídicas, e esclarecendo que ficou constatada, de fato, a prestação de serviços entre pessoas físicas e a empresa notificada e a remuneração indireta de seus Diretores e Conselheiros.

A empresa notificada impugnou o débito via peça de fls. 313 a 479, alegando, em apertada síntese, nulidade da NFLD por falta de clareza e precisão acerca das eventuais ilegalidades apontadas, impossibilidade de responsabilizar o sócio/administrador por débitos previdenciários da impugnante, decadência de parte do débito, incompetência da SRP para apreciar controvérsias decorrentes da relação de trabalho e inexistência do vínculo empregatício apontado pela fiscalização.

A então Receita Federal do Brasil, por meio da Decisão-Notificação nº 21.002/0026/2005 (fls. 482 a 488), julgou a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD procedente e a recorrente, inconformada com a decisão, apresentou recurso tempestivo ao CRPS (491 a 550), repetindo as alegações trazidas na defesa.

Insiste na nulidade da NFLD por falta de clareza e precisão quanto às eventuais ilegalidades apontadas, e afirma que o Relatório Fiscal sequer relaciona quais profissionais já teriam sido empregados da recorrente, e que os Srs Alfred Karl Ploger e Ingo Ploger, considerados diretores da recorrente pela fiscalização são, na verdade, Conselheiros da empresa notificada, além de representarem as pessoas jurídicas de suas propriedades.

Reitera que houve cerceamento de defesa por falta de clareza do Relatório Fiscal, que não mencionou os métodos e critérios utilizados pela autoridade fiscal para apurar e enquadrar as conclusões obtidas e que não pode a auditoria fiscal impor responsabilidade por eventuais débitos previdenciários da recorrente a sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente, sem ter ao menos comprovado a ocorrência das hipóteses previstas no art. 135 do CTN.



Entende que deve ser aplicado o art. 150, § 4º, do CTN, por força do disposto no art. 146, inciso III, "b", da Constituição Federal, para declarar a decadência dos lançamentos anteriores a julho de 2000, e que a caracterização de vínculos empregatícios extrapola por completo a competência do Ministério da Previdência Social.

Defende que só a Justiça do Trabalho é competente para reconhecer vínculo empregatício, conforme art. 114 da Carta Magna, e colaciona jurisprudência para reforçar seu entendimento de que os Auditores Fiscais da Receita Federal não possuem competência para avaliar a existência, ou não, de transferência de tecnologia em certos contratos firmados entre empresas.

Assevera que a CLT é clara ao determinar que somente pessoas físicas podem ser empregadas e que é flagrante a ilegalidade na conclusão fiscal de que poderia haver uma relação de emprego entre duas pessoas jurídicas, sendo que não restou comprovada a presença dos elementos caracterizadores do vínculo empregatício traçados pelo art. 3º, da CLT.

Justifica a presença das pessoas físicas, representantes das pessoas jurídicas contratadas, nas dependências da empresa contratante, argumentando que tal situação é normal, não configurando qualquer relação de emprego o fato de a recorrente disponibilizar local com escrivaninha para os seus contratados e traz a doutrina e a jurisprudência para reforçar seus argumentos.

Inferi que o Sr Auditor somente poderia ter concluído pela existência de vínculo empregatício, se competência para tanto tivesse, se eventualmente promovesse específica análise fática, documental e testemunhal, incluindo manifesto das duas partes contratantes, quais sejam, o suposto empregado e o tomador.

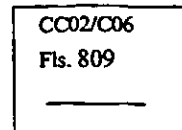
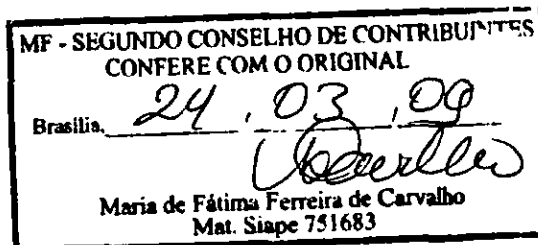
Acrescenta que não é pelo fato de a pessoa natural ter trabalhado como empregado da empresa e depois se tornar sócio de pessoa jurídica que presta serviços à notificada por seu intermédio que se configurará vínculo empregatício, ainda mais quando os elementos do art. 3º, da CLT, sequer existem ou foram comprovados pela auditoria fiscal.

Ressalta que não foram as pessoas naturais que foram contratadas para prestar serviços à recorrente e sim suas empresas, pessoas jurídicas, sendo que inexistia a personalidade na prestação dos serviços, e não houve recebimento de remuneração, mas sim de contraprestação dos serviços prestados por meio de pessoas jurídicas.

Afirma que as empresas contratadas pela recorrente suportam todo e qualquer custo da prestação de serviços, possuindo contabilidade próprias e também prestam serviços para outras empresas, e questiona como os representantes dessas pessoas jurídicas poderiam ser empregados da recorrente, submetidos inclusive à jornada de trabalho, e prestaram serviços para outras empresas.

Transcreve o art. 129, da Lei nº 11.196/2005, defendendo a sua aplicação ao caso presente, nos termos do art. 106 do CTN, que determina que a Lei tributária aplica-se a ato ou fato pretérito.

Sustenta que não é verídica a afirmação feita pelo AFPS de que a contratação das empresas pertencentes aos Diretores e Conselheiros da recorrente é, na verdade, uma forma indireta de remuneração, pois o pagamento realizado às mencionadas pessoas jurídicas



referem-se à prestação de serviços e não remuneração dos conselheiros, e discorre sobre cada uma das empresas elencadas pela fiscalização.

Insiste em afirmar que os valores constantes das notas fiscais emitidas por tais empresas referem-se à contraprestação dos serviços prestados, não sendo possível alegar que se referem à remuneração indireta, e que é equivocado o entendimento da fiscalização de que diretor da recorrente não pode prestar serviços à mesma por meio de sua empresa.

Requer, por fim, sejam determinadas diligências e acolhidos os fundamentos do recurso, reconhecendo-se a improcedência da exigência fiscal.

Em contra-razões (fls. 620 a 624), a SRP manteve os termos da Decisão-Notificação e a 04ª CAJ do CRPS, por meio do Acórdão nº 574/2006 (fls. 634 a 636), decidiu não conhecer do recurso por falta de comprovação de depósito prévio.

A notificada, inconformada com a decisão do CRPS, formulou pedido de revisão de acórdão, alegando, em síntese, que há decisão judicial assegurando à requerente o direito de ter o seu recurso voluntário devidamente processado e julgado pelo CRPS, independentemente da realização do depósito recursal.

Em contra-razões ao pedido de revisão de Acórdão, a SRP reapresentou sua Contra-razões (fls. 775 a 779), entendendo que restou restabelecida a situação anterior, tendo em vista a concessão da liminar nos autos no Agravo de Instrumento que suspendeu os efeitos da sentença denegatória da segurança (documentos de fls. 765/766).

Às fls. 780 a 785, foi juntado o Memorial da Recorrente, no qual reitera o entendimento de que não é possível responsabilizar os gerentes, administradores e diretores da recorrente, por não restar evidenciado o dolo ou culpa, a decadência de parte do débito nos termos do art. 150, § 40, do CTN, falta de competência do Auditor Fiscal para caracterizar vínculo empregatício.

Os autos foram encaminhados ao Segundo Conselho de Contribuintes e o pedido de revisão foi acolhido pelo Presidente da 6ª Câmara, tendo sido designada *ad hoc* a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, nos termos do art. 29, III, da Portaria MF nº 147/2007.

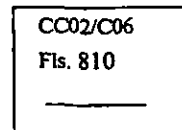
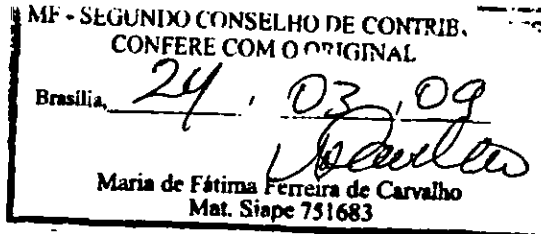
É o relatório

Voto

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Relatora

A empresa notificada solicita revisão de Acórdão, com fulcro nos arts. 32, § 3º, e 60, inciso III, da Portaria nº 88/2004, que aprovou o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social.

De fato, os efeitos da liminar anteriormente obtida pela notificada foram restabelecidos por meio da decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº



2006.03.00.00.032949-6, motivo pelo qual, conheço do pedido de revisão formulado pela contribuinte.

Dessa forma, passo à análise do recurso apresentado pela recorrente contra a decisão de primeira instância administrativa, por ser ele tempestivo e por não haver óbice ao seu conhecimento.

Preliminarmente, a notificada alega nulidade da NFLD por falta de clareza e precisão quanto às eventuais ilegalidades apontadas, e cerceamento de defesa por falta de clareza do Relatório Fiscal, que não mencionou os métodos e critérios utilizados pela autoridade fiscal para apurar e enquadrar as conclusões obtidas.

Todavia, ao contrário do que afirma a recorrente, 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 cerceamento de defesa.

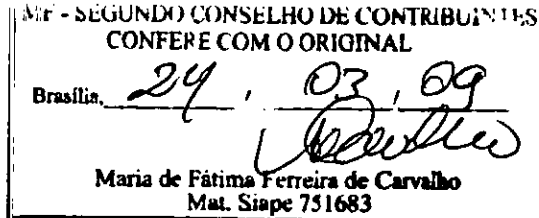
Com relação ao entendimento de que não se pode imputar responsabilidade aos sócios pelo pagamento das obrigações tributárias sem a comprovação de que ocorreram as hipóteses previstas no art. 135 do CTN, cumpre esclarecer que a inclusão do nome dos co-responsáveis é um dos requisitos necessários para a constituição do crédito, e visa principalmente o sucesso de futura execução fiscal, nos termos do art. 4º da lei nº 6830/80.

Vale ressaltar que os diretores e/ou sócios não estão sendo penalizados com a lavratura da NFLD em tela, já que o mesmo foi lavrado contra a COMPANHIA MELHORAMENTOS DE SÃO PAULO, que é o sujeito passivo da obrigação tributária. Conforme restou demonstrado na folha de rosto da NFLD (fl. 01), é COMPANHIA MELHORAMENTOS DE SÃO PAULO que foi notificada, e não os seus sócios. E, ao constatar o inadimplemento das obrigações previdenciárias, o agente notificante lançou corretamente o débito em nome do contribuinte inadimplente, fazendo constar os co-responsáveis nos relatórios da NFLD, consoante determinações contidas nos normativos legais que regem a matéria.

Portanto, rejeito as preliminares suscitadas.

No mérito, a notificada defende a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, por força do disposto no art. 146, inciso III, “b”, da Constituição Federal, para que seja declarada a decadência dos lançamentos anteriores a julho de 2000.

Verifica-se que a fiscalização lavrou a presente NFLD com amparo na Lei nº 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 nº 8212/91.

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. 49 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes do Ministério 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. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes 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:

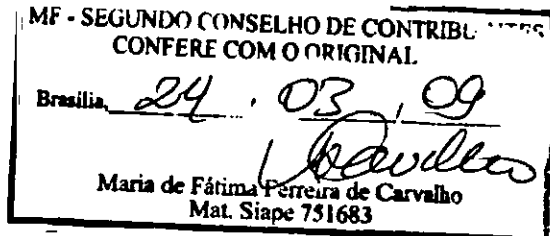
I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; (g.n.)"

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 conseqüência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei nº 9.784/99, com a redação dada pela Lei nº 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.”

O fato gerador que ensejou a lavratura da NFLD em tela é o pagamento de remuneração dos segurados caracterizados como empregados pela fiscalização, cujo vínculo empregatício não foi reconhecido pela empresa e pagamento de pró-labore também não reconhecido pela notificada.

Assim, no caso em comento, não houve pagamento antecipado da contribuição, aplicando-se, portanto, o disposto no art. 173 do Código Tributário Nacional.

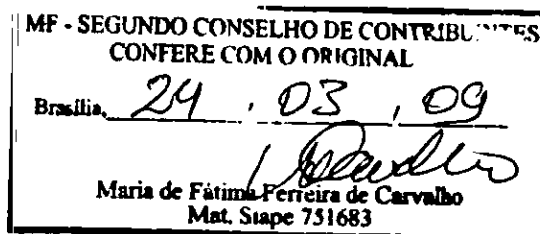
Além do mais, aplica-se o prazo decadencial requerido pela recorrente, ou seja, o previsto no art. 150 do CTN, apenas quando não for comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o que não é o caso presente, já que a fiscalização constatou e comprovou a ocorrência dessa última situação.

Verifica-se, da análise dos autos, que o contribuinte tomou ciência da NFLD em 01/07/2005, conforme assinatura do representante legal, à fl. 01, e o lançamento se refere ao período de 07/1999 a 12/2004. Portanto, não se operara ainda a decadência do direito de a Fazenda Pública cobrar o presente débito, nos termos do art. 173, do CTN, 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 notificada defende o entendimento de que a caracterização de vínculos empregatícios extrapola por completo a competência do Ministério da Previdência Social e que somente a Justiça do Trabalho é competente para reconhecer vínculo empregatício, conforme art. 114 da Carta Magna.

Contudo, restou comprovada, nos autos, a ocorrência de todos os requisitos necessários para a caracterização da relação de emprego, exigidos pelo art. 12, I, "a" da Lei nº 8.212/91 c/c art. 9.º, I, "a", do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, quais sejam, a não-eventualidade (habitualidade), a remuneração e a subordinação.

Aplica-se portanto, ao caso, o artigo 9º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que considera nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos nela contidos.

E como o parágrafo 2.º do art. 229 do Decreto nº 3.048/99, permite ao Auditor Fiscal desconsiderar o vínculo pactuado, a Auditoria, ao verificar a ocorrência dos requisitos da relação de emprego, agiu em conformidade com ditames legais e enquadrando corretamente os trabalhadores como empregados 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 nº 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.

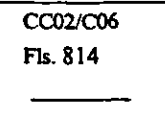
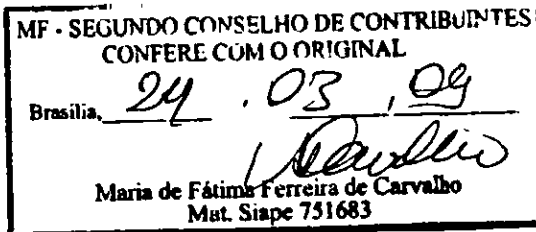
Da análise dos fatos apresentados, verifica-se a existência de uma simulação no procedimento de terceirização adotado pela notificada em relação às empresas apontadas no RELFISC.

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).

E, 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.

A recorrente defende, ainda, que a desconsideração da personalidade jurídica é ato privativo do Poder Judiciário.

Contudo, tal entendimento não encontra respaldo na jurisprudência deste Conselho de Contribuintes e de nossos tribunais, conforme julgados cujos trechos transcrevo abaixo:

TRF 1ª Região - Apelação Cível 94.01.13621-1/MG DJ 12/04/2002

"Salienta-se ainda que é desnecessária qualquer declaração judicial prévia para anular os atos jurídicos entre as partes, já que seus reflexos tributários existem independentemente da validade jurídica dos atos praticados pelos contribuintes, nos termos do artigo 118, I, do Código Tributário Nacional.

Ademais, a questão central dos autos cinge-se à repercussão para os efeitos tributários do ato simulado, ou seja, de sua ineficácia para fins de dedução de tais prejuízos.

Uma vez comprovada que o sujeito passivo agiu com dolo, fraude ou simulação, como de fato o foi no caso em tela, a autoridade administrativa tem plenos poderes para efetuar a glosa da dedução de imposto ilegitimamente realizada pela Autora, nos termos do art. 149, inciso VII, do CTN..."

TRF 4ª Região - Apelação Em Mandado De Segurança nº 2003.04.01.058127-4 – Data da Decisão: 31/08/2005

3

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUIÇÕES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 24, 03, 09
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Mat. SIAPE 751683

"PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ULTRA PETITA. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO DE RECEITAS. IMPOSTO DE RENDA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA.

(...)

3. A proposição de invalidade do procedimento fiscal não merece guarida, pois os elementos coligidos aos autos dão conta de que o Fisco procedeu à investigação e à fiscalização dentro dos limites da lei, não ocorrendo qualquer excesso violador de direito individual, garantindo-se à impetrante a ampla defesa e o contraditório, tanto na via administrativa, quanto na judicial.

4. Restando provados, à saciedade, os fatos que embasaram o lançamento tributário, bem como o dolo, a fraude e a simulação, é desnecessária a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, aplicando-se o art. 149, VII, do CTN."

Acórdão 107-08247- Sétima Câmara - 12/09/2005

"IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA - OMISSÃO DE RECEITA - INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS - SIMULAÇÃO. Comprovado pela Fiscalização que a Recorrente utilizou-se de terceiro para omitir receita, fato este que não foi descaracterizado em qualquer momento por aquela, é de ser mantido o Lançamento de Ofício.

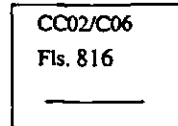
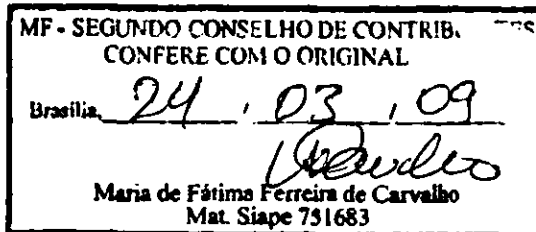
IRPJ - SIMULAÇÃO - MULTA AGRAVADA. Mantém-se a multa agravada se caracterizada a omissão de receita através de simulação."

Nesse sentido, cita-se o entendimento de Heleno Tórres em sua obra *Direito Tributário e Direito Privado - Autonomia Privada, Simulação, Elusão Tributária - Ed. Revista dos Tribunais - 2003 - pág. 371:*

"Como é sabido, a Administração Tributária não tem nenhum interesse direto na desconstituição dos atos simulados, salvo para superar-lhes a forma, visando a alcançar a substância negocial, nas hipóteses de simulação absoluta. Para a Administração Tributária, como bem recorda Alberto Xavier, é despiciendo que tais atos sejam considerados válidos ou nulos, eficazes ou ineficazes nas relações privadas entre os simuladores, nas relações entre terceiros ou nas relações entre terceiros com interesses conflitantes. Eles são simplesmente inoponíveis à Administração, cabendo a esta o direito de superação, pelo regime de desconsideração do ato negocial, da personalidade jurídica ou da forma apresentada, quando em presença do respectivo "motivo" para o ato administrativo: o ato simulado."

Portanto, na presença de simulação, a auditoria fiscal tem o dever-poder de não permanecer inerte, pois tais negócios são inoponíveis ao fisco no exercício da atividade plenamente vinculada do lançamento, que no caso em tela encontra respaldo ainda no artigo 149, inciso VII do CTN que dispõe o seguinte:

"Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:



(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;"

Restou demonstrado, pela fiscalização, que os expedientes utilizados pela recorrente tinham por objetivo simular negócio jurídico, no qual a intenção das partes é uma, a forma jurídica adotada é outra.

A empresa se defende alegando que a CLT é clara ao determinar que somente pessoas físicas podem ser empregadas e que é flagrante a ilegalidade na conclusão fiscal de que poderia haver uma relação de emprego entre duas pessoas jurídicas.

No entanto, em nenhum momento houve tal conclusão por parte do fiscal notificante. A auditoria deixou claro, no Relatório da NFLD, que descaracterizou o vínculo pactuado entre a empresa notificada, tomadora de serviços, e as empresas prestadoras de serviço e caracterizou as pessoas físicas que prestaram serviços à notificada por meio dessas pessoas jurídicas por elas mesmas constituídas, como empregados da recorrente, tendo em vista a realidade fática constatada durante a ação fiscal desenvolvida na tomadora.

A fiscalização constatou que vários sócios das empresas prestadoras de serviço, citadas no RELFISC, são ex-empregados da notificada, e todos eles exercem suas atribuições dentro da empresa e por sua conta, em ambiente onde cada um está estabelecido em sala e escrivaninha individual e sob regime hierarquizado.

A recorrente não nega tal fato, mas apenas se justifica alegando que a presença das pessoas físicas, representantes das pessoas jurídicas contratadas, nas dependências da empresa contratante, é normal, não configurando qualquer relação de emprego o fato de a recorrente disponibilizar local com escrivaninha para os seus contratados e afirma que as empresas contratadas pela recorrente suportam todo e qualquer custo da prestação de serviços.

Ora, essas pessoas jurídicas contratadas suportariam todo e qualquer custo, como afirma a recorrente, se arcasse com custo de instalações, como imóvel, móveis, contas de luz, água etc, o que não restou comprovado nos autos.

O que ficou comprovado é que elas utilizam-se de toda a infra-estrutura da recorrente para a prestação dos serviços.

A recorrente afirma que as empresas contratadas também prestam serviços para outras empresas.

Ora, aceitar tal afirmação é o mesmo que aceitar que as empresas contratadas prestam serviços para outras empresas utilizando-se das instalações da notificada, o que configuraria uma situação, no mínimo, estranha e inusitada.

Porém, conforme apontado com muita propriedade pela autoridade julgadora singular e não negado pela notificada em sua peça recursal, a numeração seqüencial das notas fiscais contrariam o afirmado pela recorrente, indicando que não houve outros tomadores de serviços, e a mera apresentação dos contratos sociais e declarações das empresas prestadoras não comprovam o alegado.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIB. TRCS
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 24, 03, 09
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Mat. Siape 751683

CC02/C06
Fls. 817

A fiscalização constatou, ainda, que os Diretores e Conselheiros da notificada constituíram pessoas jurídicas e, por intermédio delas, prestam serviços à COMPANHIA MELHORAMENTOS DE SÃO PAULO.

A recorrente não nega os pagamentos feitos às empresas das quais os diretores e conselheiros relacionados no Relatório Fiscal são sócios, pelos serviços prestados, mas entende que o pagamento realizado às mencionadas pessoas jurídicas refere-se à prestação de serviços e não remuneração dos conselheiros ou diretores, e que é perfeitamente possível diretor da recorrente prestar serviços à mesma por meio de sua empresa.

Contudo, entendo que não há como segmentar os serviços prestados pelas pessoas físicas apontadas pela fiscalização, como diretor ou conselheiro da recorrente, dos serviços prestados pelas empresas por eles constituídas, por intermédio de seu titular. Na verdade, eles se confundem.

Assim, a contratação das empresas pertencentes aos Diretores e Conselheiros da recorrente é, na verdade, uma forma indireta de remuneração sim, e a fiscalização, ao se deparar com tal situação, descaracterizou corretamente o vínculo pactuado, e lançou o presente débito, aferindo as bases de cálculo, em conformidade com os normativos legais que regem a matéria.

A recorrente protesta pela realização de diligência fiscal. Todavia, da análise dos autos, verifica-se que não existem dúvidas a serem sanadas, já que o Relatório Fiscal está claro e a NFLD muito bem fundamentada.

O art. 18, da Lei do Processo Administrativo Fiscal (Dec. nº 70.235/72), estabelece:

"Art.18 - A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine."

Portanto, a autoridade julgadora monocrática, ao entender ser prescindível a produção de novas provas, indeferiu, com muita propriedade, o pedido de diligência.

Assim, indefere-se o pedido de diligência, por considerá-la prescindível e meramente protelatória.

Pelo exposto e considerando tudo mais que dos autos consta, voto do sentido de **CONHECER** do recurso para, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

Sala das Sessões, em 03 de dezembro de 2008


BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS