



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

Processo nº 37383.000706/2005-47
Recurso nº 247.077 Voluntário
Acórdão nº 2301-01.601 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de julho de 2010
Matéria CARACTERIZAÇÃO SEGURADO EMPREGADO: PESSOA JURÍDICA
Recorrente SISTEN S.A. PARTICIPAÇÕES
Recorrida DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM SÃO JOSÉ DOS PINHAIS - PR

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/1997 a 30/09/2000

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 n. 8.212/91.

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

DECADÊNCIA - INOCORRÊNCIA

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

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

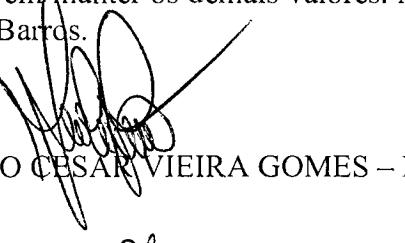
Na ocorrência de simulação, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

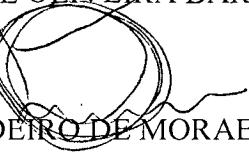
Crédito tributário Mantido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3^a Câmara / 1^a Turma Ordinária** da Segunda Seção de Julgamento, por voto de qualidade, vencidos os Conselheiros Edgar Silva Vidal, Leonardo Henrique Pires Lopes e o Damião Cordeiro de Moraes que entenderam que deveria se aplicar o artigo 150, §4º CTN, em dar provimento parcial para acatar a preliminar de decadência de parte do período a que se refere o lançamento com fundamento no artigo 173, I do CTN; e, no mérito, em manter os demais valores. Apresentará voto vencedor a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros.


JULIO CESAR VIEIRA GOMES – Presidente


BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS – Redatora designada


DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva, Edgar Silva Vidal (suplente) Damião Cordeiro de Moraes e Julio Cesar Vieira Gomes (presidente).

Relatório

1. Retornam os autos após o cumprimento de diligência para cientificação do contribuinte de decisões anteriores proferidas nos autos, conforme determinado pela Resolução n.º 205-00.224 (fls. 270/274).

2. Considerando que o relatório já foi elaborado por ocasião da assentada anterior e resume bem a demanda travada, colho o seguinte trecho:

"Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa SISTEN S/A PARTICIPAÇÕES contra decisão de primeira instância que julgou procedente o lançamento de contribuições previdenciárias, nos termos da ementa abaixo transcrita:

"CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NULIDADE DA CIENTIFICAÇÃO DA NFLD. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DECADÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADOS EMPREGADOS. SAT. DEDUÇÃO DE OUTROS TRIBUTOS.

1. A intimação por via postal endereçada à pessoa jurídica legalmente constituída e com endereço conhecido é válida ainda que recebida por pessoa que não possua poderes de representação em período de férias coletivas.

2. A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, resña-se a fato ou a direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

3. Extingue-se após 10 anos o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos.

4. Pode o Auditor-Fiscal da Previdência Social desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado quando preenchidas as condições necessárias.

5. O correto enquadramento da empresa no código SAT é 119.990-0, uma vez que a atividade econômica inclui a fabricação de produtos eletroeletrônicos.

6. As contribuições previdenciárias incidem sobre a totalidade dos rendimentos creditados a qualquer título para os segurados, ressalvados os casos particulares previstos em lei, não cabendo dedução de nenhum outro tributo.

LANÇAMENTO PROCEDENTE”

2. Inconformada com a decisão, a empresa interpôs recurso voluntário, aduzindo, em síntese, o seguinte:

a) preliminarmente, defende a nulidade da intimação, haja vista que a notificação foi realizada mediante o envio de correspondência à sede da empresa, no dia 29/12/2003, e recebida na portaria em período de férias coletiva, tendo chegado aos seus prepostos e dirigentes apenas em 20/01/2004, no retorno das atividades; argumenta ainda que a comunicação por via postal não pode ser admitida, uma vez que ausentes hipóteses que a justifique;

b) seja reconhecida a extinção dos créditos tributários atingidos pela decadência quinquenal, com base nos art. 156, V, combinado com o art. 173 do Código Tributário Nacional;

c) a ação fiscal realizou procedimento de aferição indireta da base de cálculo, sem que houvesse condições legais para tanto;

d) no mérito, argumenta que os contratos de celebrados com as empresas terceirizadas não encontram vedação legal, tratando-se de operação lícita, bem como que não se trata de mão-de-obra vinculada à sua atividade-sim, mas sim para a atividade-meio;

e) que o lançamento se baseou apenas em indícios, o que não corrobora a realidade dos fatos apontados na notificação fiscal;

f) a fiscalização deixou de considerar o limite máximo do salário-de-contribuição para efeitos de lançamento do débito.

3. As contra-razões do fisco estão às fls. 250/253 e batalham pela manutenção da decisão recorrida.

4. E assentadas anteriores, a então 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social determinou a realização de duas diligências para que o Fisco prestasse esclarecimentos sobre a necessidade de reunião de processos conexos, bem como que verificasse a necessidade de retificação do débito, tendo em vista a observância do limite máximo do salário-de-contribuição.

5. As diligências foram devidamente cumpridas, conforme atestam os documentos carreados aos autos (fls. 258 e 265), inclusive com a retificação do quantum apurado.

É relatório.”

3. Devidamente intimada da Resolução acima referida, a empresa juntou petição batalhando em demonstrar a decadência de parte do débito e a inexistência de relação de emprego com as pessoas contratadas para a prestação de serviços eventuais e condizentes com a atividade-meio e não com a atividade-fim da recorrente. (fl. 281/285)

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES, Relator

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1. Considerando que os pressupostos de admissibilidade já foram analisados na decisão de fls. 270/274, resultando no conhecimento do recurso, passo ao exame das demais questões trazidas pelas partes.

DA PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

2. Sobre a decadência, cumpre dizer de imediato, que, nas sessões plenárias dos dias 11 e 12/06/2008, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08. Seguem transcrições:

“Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator:

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art.5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

Súmula Vinculante nº 08:

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”.

3. Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *in verbis*:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Lei nº 11.417, de 19/12/2006:

Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

*...
Art. 2º O Supremo Tribunal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei.*

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

(...)”



4. Como se constata, a partir da publicação na imprensa oficial, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante nº 08.

5. Afastado por inconstitucionalidade o artigo 45, da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional - CTN se aplicar ao caso concreto. Compulsando os autos, constata-se que parte do débito foi recolhido pela empresa, haja vista que os anexos constantes do lançamento declaram que a empresa recolheu parte do tributo considerando a totalidade da folha de salários, tanto que o débito engloba exclusivamente as contribuições incidentes sobre salário de pessoas consideradas pelo fisco como empregados da recorrente, aplica o art. 150, §4º, do CTN.

6. Assim, tendo por base que o contribuinte foi cientificado do lançamento em 29/12/2003 e o débito se refere às competências no período de 06/1997 a 09/2000, os levantamentos **06/1997 à 11/1998** encontram-se decaídos.

7. Feitas essas considerações, acato a preliminar de decadência.

DO LANÇAMENTO

8. Informa o relatório fiscal que as contribuições sociais incidiram sobre o pagamento de remuneração a trabalhadores considerados pela empresa como pessoas jurídicas, porém enquadrados pela fiscalização como segurados empregados. Em relação a MARCOS ELÍSIO CALEGARI, a situação encontra pelo fisco é a seguinte:

"VII. CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADO EMPREGADO

Descrevemos a seguir a situação encontrada de cada uma das pessoas nominadas no item V que no entendimento desta fiscalização, baseando-se em documentos internos da empresa, foram caracterizados como autênticos empregados da SISTEN.

1. MARCOS ELÍSIO CALEGARI (vide fls. de nºs 01 a 19)

O Srº MARCOS recebia pagamentos da SISTEN, por serviços prestados de ASSISTÊNCIA TÉCNICA, através da empresa SISTEN-ASSISTÊNCIA TÉCNICA SÃO PAULO LTDA.-ATC, da qual figurava como sócio-gerente (fls. 19).

Os pagamentos eram efetuados mediante a emissão de Notas Fiscais de Prestação de Serviços pela ATC, localizada no mesmo endereço da filial da SISTEN S.A. Conforme se observa no demonstrativo do item VI-1, as Notas Fiscais (fls. de nºs 01 a 04) apresentam ordem seqüencial (iniciando com a de nº 01 e encerrando-se com a de nº 40), situação esta que demonstra a exclusividade do serviço prestado para a SISTEN.

Os pagamentos eram feitos diretamente e nominalmente ao Srº MARCOS através de RECIBOS DE PAGAMENTO A AUTÔNOMO-RPA (fls. 05 a 09).

Com a finalidade de prestar contas à empresa das despesas efetuadas quando em viagem a serviço, o Srº MARCOS era obrigado a elaborar RELATÓRIOS DE VIAGEM (fls. 10 a 14) que continham o visto/aprovação da Diretoria. As despesas discriminadas no RELATÓRIO DE VIAGEM eram então, mediante a aprovação da Diretoria, resarcidas ao Sr. MARCOS, situação esta que evidencia a sua condição de subordinado perante a SISTEN.

Conforme se observa da análise do documento de fls. 15 e 6, a empresa pagava também ao Srº MARCOS, o seguro-de-vida. No referido documento o Sr. MARCOS está incluído na relação juntamente com os demais empregados da SISTEN e cujo pagamento está descrito como “VR. PGTO PARC. 03/2000 — SEGURO FUNC.”.

Finalmente destacamos que Srº MARCOS já tinha sido funcionário da SISTEN, no período de 02/04/91 a 30/09/98, conforme se observa no documento de fls. 17, onde consta seu nome na Folha-de-Pagamento do mês de setembro/98, exercendo o cargo de Técnico Eletrônico.

A partir de 04/99 passa a receber remuneração através da empresa ATC. Esta situação perdurou até 09/2000, pois a partir de 01/10/2000 foi admitido como empregado em outra empresa do mesmo grupo denominada ASCOM ENERGY SYSTEMS S.A. (fls. 18). ”(530/531)

9. Pelo relato fiscal resta evidente que estão presentes todos os pressupostos estabelecidos pelo artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT para a caracterização dos prestadores de serviços como empregados da ora recorrente.

10. A norma previdenciária também se amolda à relação de fato encontrada na empresa visto que, nos termos do artigo 12, inciso I, letra “a”, da Lei 8.212/91, são segurados obrigatórios da Previdência Social, como empregado, “aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado.”

11. Dentre os documentos e informações trazidos nos autos, ajuda a firmar a minha convicção a comprovação no sentido de que os valores pagos a MARCOS transitava na contabilidade da empresa juntamente com os demais valores da folha-de-pagamento de salário da SISTEN, notadamente o recebimento do benefício de seguro, que era limitado aos seus funcionários.

12. Ressalte-se que é atribuída à fiscalização previdenciária a prerrogativa de, seja qual for a forma de contratação, desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurados empregados, se constatar a ocorrência dos requisitos da relação de emprego.

13. Assim, sobre as remunerações pagas à pessoa SISTEN-ASSISTÊNCIA TÉCNICA SÃO PAULO LTDA.-ATC, entendo que a decisão recorrida não merece ressalvas, visto que deve incidir contribuição previdenciária sobre os pagamentos realizados ao prestador de serviços nominado pelo fisco, na condição de segurado empregado.

14. Contudo, em relação a MAURÍCIO ZANETTI, entendo que o fisco não trouxe elementos suficientes para caracterizá-lo como segurado empregado. Diferentemente da relação encontrada na empresa acima mencionada, não houve o pagamento de valor destinado a seguro-devida.

15. Apenas para melhor definir meu posicionamento, transcrevo parte do relatório fiscal:

“2- MAURÍCIO ZANETTI (vide fls. de nºs 20 a 34) 

A exemplo do Srº MARCOS, o Srº, MAURÍCIO recebia também pagamentos da SISTEN, a título de serviços prestados de ASSISTÊNCIA TÉCNICA, através da empresa SISTÉCNICA — SERVIÇOS TECNICOS LTDA. (localizada no mesmo endereço da SISTEN), da qual figurava como sócio-gerente (fls. 34).

Conforme se observa no demonstrativo o item VI-2 acima, a numeração das Notas Fiscais emitidas pela empresa SISTÉCNICA são seqüenciais (iniciando-se com a de nº 01 e encerrando-se com a de nº 110), situação esta que demonstra a exclusividade do serviço prestado para a SISTEN.

Com a finalidade de prestar contas à empresa das despesas efetuadas quando em viagem a serviço, da mesma forma da situação Srº MARCOS, também o Sr. MAURÍCIO era obrigado a elaborar RELATÓRIOS DE VIAGEM (fls. 20 a 23) e RELATÓRIOS DE RELAÇÃO DE SERVIÇOS (fls.24) os quais continham o visto/aprovação da Diretoria. As despesas discriminadas no RELATÓRIO DE VIAGEM eram então, mediante a aprovação da Diretoria, resarcidas ao Srº, MAURICIO (fls. 25 a 28), situação esta que evidencia a sua condição de subordinado perante a SISTEN.

Eram elaborados RELATÓRIOS mensais e pormenorizados pela SISTEN (fls. 30) onde eram discriminados os serviços de assistência técnica prestados pelo Srº. MAURÍCIO. Além de conter a identificação da empresa SISTÉCNICA, o referido documento continham ainda as seguintes outras informações: data, o nº da Nota Fiscal, o nome do cliente, localidade, o serviço prestado, o valor do serviço prestado e finalmente o valor devido à SISTÉCNICA.

A fim de não suscitar dúvidas quanto a condição de empregado do Srº MAURÍCIO (a exemplo do Srº MARCOS), observamos, claramente, pela análise do documento interno da empresa denominado MENSAGEM ENVIADA VIA FAX (fls. 31) que o SUPERINTENDENTE COMERCIAL confirma a “visita de nosso técnico Maurício Zanetti ...”.

Finalmente destacamos que o Srº. MAURÍCIO prestou serviços, no período de 16/07/99 a 09/2000 à SISPROLINE-INDÚSTRIA E EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA. (fls. 32), empresa esta que prestava serviços à SISTEN e cujos empregados, juntamente com o Srº. MAURÍCIO (fls.33), foram transferidos em 01/10/2000 para outra empresa do mesmo grupo denominada ASCOM ENERGY SYSTEMS S.A., criada para dar continuidade à SISTEN.”(Fl. 54)

16. Assim, tenho como certo que o fato de a empresa prestadora manter o mesmo endereço da contratante e emitir notas fiscais com exclusividade para a SISTEN não passa de mero indício de prova no sentido de que poderia haver uma relação de emprego.

17. No mesmo sentido, a elaboração de relatórios pelo prestador de serviços, os quais continham o visto e a aprovação da Diretoria da SISTEN está dentro da normalidade contratual exigida, visto que a empresa contratante tem o dever de acompanhar a prestação dos serviços realizados, inclusive os deslocamentos das pessoas responsáveis pelo atendimento técnico.

18. Frágil, também, é a observação trazida pelo auditor ao afirmar que o Srº. MAURÍCIO foi transferido em determinado momento de uma empresa ligada ao mesmo grupo para outra, até porque tal movimentação não encontra vedação legal.

8

19. No meu sentir, ausentes os pressupostos mínimos prescritos nos arts. 3º da CLT e 12, inciso I, letra "a", da Lei 8.212/91, notadamente no que diz respeito à subordinação, eis que havia contrato de prestação de serviços entre a recorrente e a pessoa jurídica contratada. Ressalto que não me atenho apenas a titulação da função para desconstituir a pessoa jurídica, carecendo maior detalhamento da situação fática encontrada pelo auditor fiscal.

20. Feitas essas considerações, no mérito, o meu voto é para manter o lançamento fiscal em relação a MARCOS ELÍSIO CALEGARI, porém, decoto o débito relativo ao levantamento em nome de MAURÍCIO ZANETTI.

CONCLUSÃO

21. Em suma, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário na forma acima alinhavada.

É como voto.

Sala das Sessões, em 8 de julho de 2010


DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES

Voto Vencedor

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Redatora designada

Permito-me divergir do entendimento manifestado pelo Conselheiro Relator, em relação à aplicação do 150, § 4º, do CTN, e à caracterização de segurados empregados.

Relativamente à decadência, o relator vota por aplicar o prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN.

Contudo, 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.

Aplica-se o prazo decadencial 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, caso em que se aplica o prazo previsto no art. 173, do CTN, transscrito 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 à decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Julgados do Conselho de Contribuintes também se apresentam no mesmo sentido, ou seja, restando caracterizada nos autos a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, deixa de ser aplicado o § 4º do art. 150, para a aplicação da regra geral contida no art. 173, inciso I ambos do CTN.

Abaixo transcrevo, a título de exemplificação, as ementas de alguns acórdãos:

"1º Conselho – 8ª Câmara

Recurso 146870 – Acórdão 108-09631

Ementa: Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 1998

DECADÊNCIA. Para os tributos lançados por homologação, o início da contagem do prazo decadencial é o da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, nos termos do § 4º do artigo 150 do CTN. Configurados o dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial é realizada nos termos do art. 173, inciso I, do CTN"

"1º Conselho – 7ª Câmara

Recurso 152994 – Acórdão 107-09311

Ementa: Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1999, 2000 IRPJ. DECADÊNCIA.. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Nos lançamentos por homologação, a contagem do prazo decadencial, de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, não se aplica aos casos de dolo, fraude ou simulação; nesses casos, a contagem do prazo decadencial segue a regra geral prevista no art. 173, I, do CTN.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. DECADÊNCIA. FRAUDE. ART. 173, I, DO CTN. INAPLICABILIDADE DA LEI N° 8212/91.

Em matéria de decadência, inclusive nos casos das contribuições sociais, a norma aplicável é o Código Tributário Nacional. Não pode a lei 8212/91, lei ordinária, veicular norma de decadência, afastando a regra expressa do CTN, formalmente lei complementar.

MULTA POR INFRAÇÃO QUALIFICADA.

A falta de escrituração de parte expressiva das receitas, reiteradamente, em todos os meses de dois anos-calendário consecutivos, demonstra ter a ação agido com dolo, caracterizando o evidente intuito de fraude, que dá ensejo à aplicação da multa por infração qualificada, no percentual de 150%."

Portanto, resta afastada a aplicação do § 4º do art. 150 para a aplicação do art. 173 inciso I, ambos do CTN.

Verifica-se, da análise dos autos, que o contribuinte tomou ciência da NFLD em 29/12/2003, e o lançamento se refere ao período de 06/1997 a 09/2000.

Dessa forma, considerando o exposto acima, constata-se que se operara a decadência do direito de constituição do crédito para os créditos lançados nas competências compreendidas entre 06/97 a 11/97, inclusive 13º de 1997, se houver. Para a competência 12/1997, a contribuição é devida somente a partir de 01/1998, iniciando-se a contagem do prazo em 01/01/1999, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos temos do dispositivo legal transrito acima.

Nesse sentido, o Fisco encontra-se ainda no direito de cobrar as contribuições lançadas nas competências compreendidas entre 12/97 a 09/00.

No mérito, o Conselheiro vota por dar provimento parcial ao recurso por entender que a fiscalização não trouxe elementos suficientes para comprovar o vínculo empregatício entre a recorrente e o Sr MAURÍCIO ZANETTI.

Contudo, da análise dos fatos apresentados, verifica-se a existência de uma simulação no procedimento de terceirização adotado pela notificada em relação à empresas apontada 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 transrito 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.

Vale ressaltar, ainda, que a desconsideração da personalidade jurídica não é ato privativo do Poder Judiciário. Esse é o entendimento fixado 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

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 des caracterizado 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 Tôrres 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 *intentio facti* se divorcia da *intentio iuris*, ou seja, a intenção das partes é uma, a forma jurídica adotada é outra.

Os fatos relatados pelo agente fiscal demonstram que houve a simulação de prestação de serviços entre a notificada e a pessoa física Sr Maurício, por meio da empresa interposta.

Constata-se que o Sr. Maurício era, à época da ocorrência do fato gerador, o Sócio gerente da empresa interposta, tornando-se, em 10/2000, empregado da empresa sucessora da notificada, significando a regularização da situação de subordinação.

A empresa da qual o sr Maurício era sócio gerente funcionava no mesmo endereço da notificada, e emitiu Notas fiscais seqüenciais, demonstrando exclusividade na prestação de serviços.

Da mesma forma, a prestação de contas de despesa em viagens do Sr Maurício sujeita à aprovação da diretoria, e a confirmação, pelo superintendente comercial da notificada, de “visita de nosso técnico”, conforme de documento interno da SISTEN corroboram a correção do entendimento da autoridade lançadora.

Todos esses fatos, aliados aos demais narrados pela fiscalização, reforçam a convicção de que o Sr Maurício prestou serviços à empresa notificada na condição de segurado

empregado, utilizando-se de uma empresa interposta da qual era sócio para simular uma situação.

Portanto, estão presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego nos serviços prestados, à recorrente, pelas pessoas físicas sócias de outras empresas contratadas.

Cumpre observar, ainda, que o presente processo já foi objeto de análise no CRPS, tendo sido confirmada pelo relator, à época, a existência do vínculo empregatício, e baixado em diligência para apurar se houve recolhimento da pessoa física como contribuinte individual, para ser abatido do valor lançado na rubrica segurados.

Em relação ao segurado Marcos Elísio Calegari, acompanho o entendimento do Relator.

Nesse sentido,

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, para excluir do débito, por decadência, os valores lançados nas competências 06/97 a 11/97, inclusive 13º de 1997, se houver.

É como voto.

Sala das Sessões, em 8 de julho de 2010



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Redatora designada