



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 20/03/09
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Mat. Siape 751683

CC02/C06
Fls. 171

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº 37183.001638/2006-71
Recurso nº 142.105 Voluntário
Matéria DESCARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO PACTUADO,
REENQUADRAMENTO DA PESSOA JURÍDICA, DIFERENÇA DE
CONTRIBUIÇÕES
Acórdão nº 206-01.119
Sessão de 06 de agosto de 2008
Recorrente LAURO ANTONIO TEIXEIRA MENEZES
Recorrida SRP- SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2000 a 31/07/2005

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - PERÍODO ATINGINDO PELA DECADÊNCIA QUINQUENAL - SÚMULA VINCULANTE STF - IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA ESFERA ADMINISTRATIVA - ENQUADRAMENTO COMO PRODUTOR RURAL PESSOA JURÍDICA - POSSIBILIDADE SITUAÇÃO FÁTICA - MULTA MORATÓRIA E OS JUROS SELIC SÃO DEVIDOS NO CASO DE INADIMPLÊNCIA DO CONTRIBUINTE.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de nº 8, senão vejamos: “Súmula Vinculante nº 8- São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei nº 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

No presente caso o lançamento refere-se a diferenças de contribuições cargo da empresa para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho - RAT, ou seja, o recorrente realizou o recolhimento de contribuições à título de RAT, no entanto, entendeu a fiscalização que o enquadramento realizado estava em desacordo com o disposto na lei, efetuando pois, o reenquadramento devido. Neste caso, aplicável o art. 150, § 4º, por se tratar de lançamento por homologação, com o recolhimento antecipado do tributo.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 20 de 03, 09

Maria d. [Assinatura] de Carvalho
[Assinatura] nº 151683

O lançamento foi consolidado em 30/11/2005, tendo sido encaminhado por AR em 22/12/2005, tendo o recorrente dado ciência no 05/01/2006. Os fatos geradores ocorreram entre as competências 05/2000 a 07/2005, dessa forma, em aplicando-se o art. 150, § 4º encontram-se alcançados pela decadência quinquenal, os fatos geradores ocorridos até a competência 12/2000.

O que os autos demonstram é que realizou o auditor, no exercício de suas atribuições funcionais, ao constatar a prestação de serviços diversos do estipulado em lei como produtor rural pessoa jurídica, procedeu ao reenquadramento, passando o empregador a cumprir suas obrigações previdenciárias como equiparado a pessoa jurídica.

A verificação de inconstitucionalidade de ato normativo é inerente ao Poder Judiciário, não podendo ser apreciada pelo órgão do Poder Executivo.

O contribuinte inadimplente tem que arcar com o ônus de sua mora, ou seja, os juros e a multa legalmente previstos.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) em dar provimento parcial para declarar a decadência das contribuições apuradas referentes aos fatos geradores ocorridos até 12/2000; II) no mérito, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

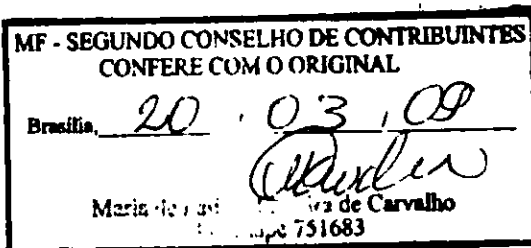
Presidente



ELAINE CRISTINA MÔNTEIRO E SILVA VIEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Ana Maria Bandeira, Cleusa Vieira de Souza, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Marcelo Freitas de Souza Costa (Suplente convocado).



Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa, incluindo as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e a destinada aos Terceiros, bem como a contribuição a cargo dos segurados empregados.

As contribuições objeto desta NFLD foram apuradas face o reenquadramento do empregador na condição de empregador rural pessoa jurídica, visto que as atividades desenvolvidas pelo contratante não se coadunavam com as contribuições na qualidade de produtor rural pessoa física.

O período do presente levantamento abrange as competências 05/2000 a 07/2005. O salário de contribuição, no qual foi embasado o débito, foi obtido por meio das folhas de pagamento apresentados durante o procedimento fiscal, fls. 89 a 114.

Não conformada com a notificação o recorrente apresentou impugnação, fls. 117 a 130 Em síntese o impugnante alegou:

Inconstitucional a descaracterização da pessoa jurídica;

Inconstitucional e ilegal a cobrança de contribuição social sobre a folha de salários do requerente;

Ilegal a tributação do produtor rural pessoa jurídica sobre a folha de salários;

Ilegal a aplicação dos juros SELIC;

Não é possível precisar o percentual de multa aplicado no caso sob análise;

Requer seja acolhida a impugnação, julgando improcedente a fiscalização.

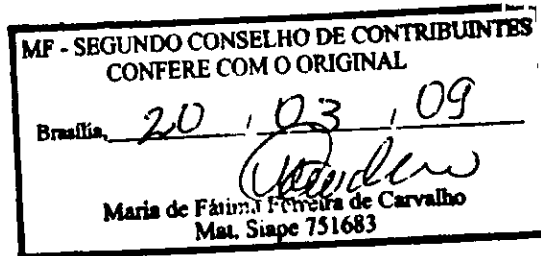
Foi exarada a Decisão-Notificação - DN que confirmou a procedência do lançamento, conforme fls. 140 a 147.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 152 a 157. Em síntese, a recorrente em seu recurso alega o seguinte:

Os argumentos evocados pela d. decisão recorrida em nada socorrem o lançamento ora impugnado maculado de arbitrariedade, ilegalidade e inconstitucionalidade;

O recorrente está inscrito no INSS como produtor rural pessoa física, pelo que não pode ser tributado como pessoa jurídica fosse, sobre a folha de salários;

O art. 45 do CC é claro ao prever que a existência de pessoa jurídica de direito privado começa com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro. Além o art. 110 do



CTN, demonstra não possuir o recorrido competência para descaracterizá-lo como pessoa física e caracterizá-lo como pessoa jurídica;

Dessa forma, não há como assegurar a livre iniciativa, sem assegurar a liberdade de empresa, que garante, não só o livre exercício de qualquer atividade econômica pelo indivíduo, como também, a liberdade de escolha do modo pelo qual a atividade econômica será exercida;

Se a lei garante ao contribuinte pessoa jurídica que ele seja tributado como tal, a não ser que a decisão judicial o desenquadre de tal regime (art. 50 do CC), o contribuinte pessoa física também somente poderá ser tributado como pessoa jurídica, se ordem judicial assim o determinar;

A lei previdenciária é clara ao determinar que a contribuição devida pelo empregador rural pessoa física é aquela prevista em seu art. 25, em substituição às contribuições constantes do art. 22, I e II da mesma lei;

Ademais a utilização de mão de obra assalariada pelo produtor rural pessoa física, longe está de representar fato gerador de contribuição social incidente sobre a folha de salários;

Ainda que cabível a descaracterização do produtor como pessoa física, o recorrente ainda continuaria a contribuir sobre a produção e não sobre a folha de salários, nos termos do art. 25 da Lei nº 8.212/91;

Ao fisco compete apenas aplicar leis, haja vista estar submetido ao princípio da legalidade;

Diante do exposto claríssima a nulidade do lançamento em questão, por absoluta violação da própria lei que rege a matéria.

Com relação a multa aplicada, não se consegue identificar o montante aplicado, ferindo a garantia constitucional da ampla defesa.

Requer seja dado provimento ao presente recurso voluntário, reformando a decisão de primeira instância, julgando improcedente a NFLD nº 35.796.645-7.


A unidade descentralizada da SRP apresenta suas contra-razões às fls. 163 a 170.

É o Relatório.

Voto

Conselheira ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Relatora

O recurso foi interposto tempestivamente pela contratada, conforme informação à fl. 163. Avaliados os pressupostos, passo para as questões preliminares ao exame das questões preliminares ao mérito.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 20.03.09

Maria de Fátima Ferreira de Carvalho Mat. Siage 751683

DAS PRELIMINARES DO MÉRITO

Em primeiro lugar, quanto ao argumento de ser imprópria a notificação fiscal, eis que a sua lavratura se deu em nítida afronta à disposição legal, frise-se que o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, quais sejam:

autorização por meio da emissão do Mandato de Procedimento Fiscal – MPF- F e MPF – Complementar - 01, com a competente designação do auditor fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento, conforme fls. 69 a 70;

intimação para a apresentação dos documentos nos termos do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, fl. 73 a 78, conferindo nos limites legais, tempo hábil para que o contribuinte (ora recorrente) apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;

notificação dentro do prazo autorizado pelo referido mandato, com emissão do correspondente Termo de Encerramento da Ação Fiscal, bem como apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram o lançamento do crédito ora contestado, com as informações necessárias para que o notificado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes, conforme demonstrado às fls. 01 a 112.

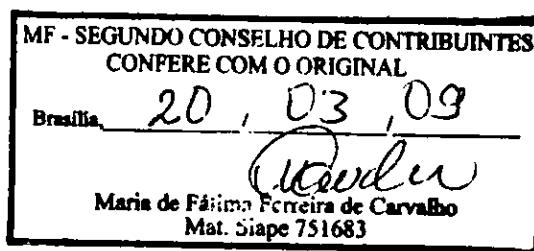
Com base nestes fatos, quanto à alegação do recorrente de que o procedimento fiscal encontra-se eivado de nulidade, por não atender aos ditames legais, tão pouco a segurança jurídica, não lhe confiro razão.

Cumpre-nos esclarecer ainda, que não procede o argumento do recorrente de que a autoridade fiscal extrapolou de seus limites, quando da cobrança do crédito, desrespeitando os limites legais. A fiscalização previdenciária é competente para constituir os créditos tributários decorrentes dos fatos geradores de contribuições previdenciárias, conforme descrito no art. 1º da Lei nº 11.098/2005:

“Art. 1o Ao Ministério da Previdência Social compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento, em nome do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição, bem como as demais atribuições correlatas e consequentes, inclusive as relativas ao contencioso administrativo fiscal, conforme disposto em regulamento.”

Ademais, não compete ao auditor fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpra-se lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto nº 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

“Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.”



No entanto, cabe-nos apreciar de ofício, ainda em sede de preliminar o prazo de decadência para o fisco constituir os créditos objeto desta NFLD. Subsumo todo o meu entendimento quanto a legalidade do art. 45 da Lei nº 8212/91 (10 anos), outrora defendido, à decisão do STF proferida recentemente. Dessa forma, quanto a decadência de 5 anos, razão assiste ao contribuinte nos termos abaixo expostos.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de nº 8, senão vejamos:

Súmula Vinculante nº 8 "São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário."

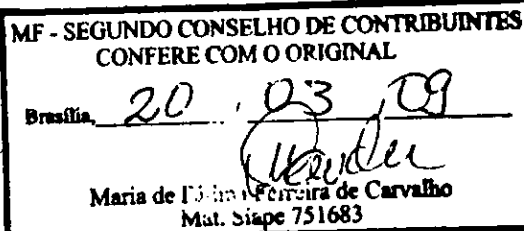
O texto constitucional em seu art. 103-A deixa claro a extensão dos efeitos da aprovação da súmula vinculando, obrigando toda a administração pública ao cumprimento de seus preceitos. Dessa forma, entendo que este colegiado deverá aplicá-la de imediato, mesmo nos casos em que não argüida a decadência quinquenal por parte dos recorrentes. Assim, prescreve o artigo em questão:

"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."

Ao declarar a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212, prevalecem as disposições contidas no Código Tributário Nacional – CTN, quanto ao prazo para a autoridade previdenciária constituir os créditos resultantes do inadimplemento de obrigações previdenciárias. Cite-se o posicionamento do STJ quando do julgamento proferido pela 1ª Seção no Recurso Especial de nº 766.050, cuja ementa foi publicada no Diário da Justiça em 25 de fevereiro de 2008, nestas palavras:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISS. ALEGADA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE DA CDA. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ENQUADRAMENTO DE ATIVIDADE NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA VENCIDA. FIXAÇÃO. OBSERVAÇÃO AOS LIMITES DO § 3.º DO ART. 20 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07 DO STJ. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 173, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN.

1. O Imposto sobre Serviços é regido pelo DL 406/68, cujo fato gerador é a prestação de serviço constante na lista anexa ao referido



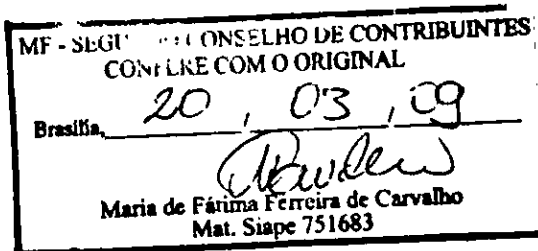
diploma legal, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo. 2. A lista de serviços anexa ao Decreto-lei n.º 406/68, para fins de incidência do ISS sobre serviços bancários, é taxativa, admitindo-se, contudo, uma leitura extensiva de cada item, no afã de se enquadrar serviços idênticos aos expressamente previstos (Precedente do STF: RE 361829/RJ, publicado no DJ de 24.02.2006; Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no DJ de 26.10.2006; e AgRg no Ag 577068/GO, publicado no DJ de 28.08.2006). 3. Entrementes, o exame do enquadramento das atividades desempenhadas pela instituição bancária na Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68 demanda o reexame do conteúdo fático probatório dos autos, insindicável ante a incidência da Súmula 7/STJ (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no DJ de 26.10.2006; e REsp 445137/MG, publicado no DJ de 01.09.2006). 4. Deveras, a verificação do preenchimento dos requisitos em Certidão de Dívida Ativa demanda exame de matéria fático-probatória, providência inviável em sede de Recurso Especial (Súmula 07/STJ). 5. Assentando a Corte Estadual que "na Certidão de Dívida Ativa consta o nome do devedor, seu endereço, o débito com seu valor originário, termo inicial, maneira de calcular juros de mora, com seu fundamento legal (Código Tributário Municipal, Lei n.º 2141/94; 2517/97, 2628/98 e 2807/00) e a descrição de todos os acréscimos" e que "os demais requisitos podem ser observados nos autos de processo administrativo acostados aos autos de execução em apenso, onde se verificam: a procedência do débito (ISSQN), o exercício correspondente (01/12/1993 a 31/10/1998), data e número do Termo de Início de Ação Fiscal, bem como do Auto de Infração que originou o débito", não cabe ao Superior Tribunal de Justiça o reexame dessa inferência. 6. Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários advocatícios não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC (Precedentes: AgRg no AG 623.659/RJ, publicado no DJ de 06.06.2005; e AgRg no Resp 592.430/MG, publicado no DJ de 29.11.2004). 7. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07, do STJ, e no entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário" (Súmula 389/STF). 8. O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173: "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." 9. A decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam:

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 20/03/09

Maria de Fátima Fereira de Carvalho
Mat. SIAPE 751683

(i) regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incoorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210). 10. Nada obstante, as aludidas regras decadenciais apresentam prazo quinquenal com dies a quo diversos. 11. Assim, conta-se do "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (artigo 173, I, do CTN), o prazo quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício), quando não prevê a lei o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incoorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, bem como inexistindo notificação de qualquer medida preparatória por parte do Fisco. No particular, cumpre enfatizar que "o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, sendo inadmissível a aplicação cumulativa dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do CTN, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a fim de configurar desarrazoado prazo decadencial decenal. 12. Por seu turno, nos casos em que inexistente dever de pagamento antecipado (tributos sujeitos a lançamento de ofício) ou quando, existindo a aludida obrigação (tributos sujeitos a lançamento por homologação), há omissão do contribuinte na antecipação do pagamento, desde que incoerentes quaisquer ilícitos (fraude, dolo ou simulação), tendo sido, contudo, notificado de medida preparatória indispensável ao lançamento, fluindo o termo inicial do prazo decadencial da aludida notificação (artigo 173, parágrafo único, do CTN), independentemente de ter sido a mesma realizada antes ou depois de iniciado o prazo do inciso I, do artigo 173, do CTN. 13. Por outro lado, a decadência do direito de lançar do Fisco, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias, obedece a regra prevista na primeira parte do § 4º, do artigo 150, do Codex Tributário, segundo o qual, se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador: "Neste caso, concorre a contagem do prazo para o Fisco homologar expressamente o pagamento antecipado, concomitantemente, com o prazo para o Fisco, no caso de não homologação, empreender o correspondente lançamento tributário. Sendo assim, no termo final desse período, consolidam-se simultaneamente a homologação tácita, a

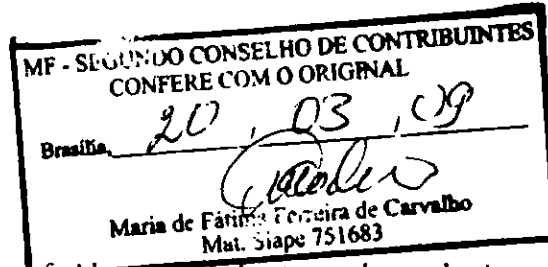


perda do direito de homologar expressamente e, conseqüentemente, a impossibilidade jurídica de lançar de ofício" (In Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, pág. 170). 14. A notificação do ilícito tributário, medida indispensável para justificar a realização do ulterior lançamento, afigura-se como dies a quo do prazo decadencial quinquenal, em havendo pagamento antecipado efetuado com fraude, dolo ou simulação, regra que configura ampliação do lapso decadencial, in casu, reiniciado. Entrementes, "transcorridos cinco anos sem que a autoridade administrativa se pronuncie, produzindo a indigitada notificação formalizadora do ilícito, operar-se-á ao mesmo tempo a decadência do direito de lançar de ofício, a decadência do direito de constituir juridicamente o dolo, fraude ou simulação para os efeitos do art. 173, parágrafo único, do CTN e a extinção do crédito tributário em razão da homologação tácita do pagamento antecipado" (Eurico Marcos Diniz de Santi, in obra citada, pág. 171). 15. Por fim, o artigo 173, II, do CTN, cuida da regra de decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário quando sobrevém decisão definitiva, judicial ou administrativa, que anula o lançamento anteriormente efetuado, em virtude da verificação de vício formal. Neste caso, o marco decadencial inicia-se da data em que se tornar definitiva a aludida decisão anulatória. 16. In casu: (a) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (b) a obrigação ex lege de pagamento antecipado do ISSQN pelo contribuinte não restou adimplida, no que concerne aos fatos geradores ocorridos no período de dezembro de 1993 a outubro de 1998, consoante apurado pela Fazenda Pública Municipal em sede de procedimento administrativo fiscal; (c) a notificação do sujeito passivo da lavratura do Termo de Início da Ação Fiscal, medida preparatória indispensável ao lançamento direto substitutivo, deu-se em 27.11.1998; (d) a instituição financeira não efetuou o recolhimento por considerar intributáveis, pelo ISSQN, as atividades apontadas pelo Fisco; e (e) a constituição do crédito tributário pertinente ocorreu em 01.09.1999. 17. Desta sorte, a regra decadencial aplicável ao caso concreto é a prevista no artigo 173, parágrafo único, do Codex Tributário, contando-se o prazo da data da notificação de medida preparatória indispensável ao lançamento, o que sucedeu em 27.11.1998 (antes do transcurso de cinco anos da ocorrência dos fatos imponíveis apurados), donde se deduz a higidez dos créditos tributários constituídos em 01.09.1999. 18. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido."

Portanto, face à decisão do STF, descrita na Súmula Vinculante n.º 8, e considerando o disposto no CTN acerca da matéria, resta-nos apenas, nos casos de averiguação da decadência, identificar qual dispositivo legal deva ser aplicado: art. 150, § 4º, ou art. 173, I.

No presente caso o lançamento refere-se a diferenças de contribuições apuradas por meio de GFIP, onde o recorrente deixou de recolher a totalidade das contribuições devidas. Neste caso, aplicável o art. 150, § 4º por se tratar de lançamento por homologação, com o recolhimento antecipado do tributo. Senão vejamos:

"Art.150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se



pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

O lançamento foi consolidado em 30/11/2005, tendo sido encaminhado por AR em 22/12/2005, tendo o recorrente dado ciência no 05/01/2006. Os fatos geradores ocorreram entre as competências 05/2000 a 07/2005, dessa forma, em aplicando-se o art. 150, § 4º encontram-se alcançados pela decadência quinquenal, os fatos geradores ocorridos até a competência 12/2000.

Superadas as questões preliminares, passa-se a analisar propriamente o mérito.

DO MÉRITO

No recurso em questão, o contribuinte resumiu-se a atacar a validade do procedimento fiscal em relação a apenas a competência do fisco para descaracterizar o empregador pessoa física e caracterizá-lo como pessoa jurídica, sem refutar, qualquer dos demais fatos geradores ou bases de cálculo.

Dessa forma, em relação as bases de cálculo apuradas por meio das folhas de pagamentos presentes nesta notificação, como não houve recurso expresso, presume-se a concordância da recorrente com a Decisão Notificação.

Quanto ao argumento trazido em recurso de que trata-se de NFLD respaldada na desconsideração de pessoa física para efeitos previdenciários, portanto incompetente a autoridade fiscal, não lhe confiro razão.

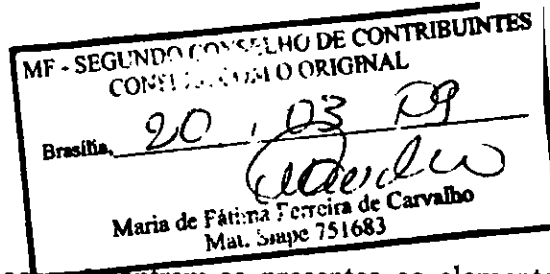
Para o recorrente não interessa a situação fática, tanto que não traz argumentos no sentido de demonstrar estar devidamente enquadrado como pessoa física, pelo contrário reconhece a possibilidade de gerir o seu negócio da maneira que lhe convier, cabendo apenas ao judiciário a referida desconstituição.

O que os autos demonstram é que realizou o auditor, no exercício de suas atribuições funcionais, ao constatar a prestação de serviços diversos do estipulado em lei como produtor rural pessoa jurídica, procedeu ao reenquadramento, passando o empregador a cumprir suas obrigações previdenciárias como equiparado a pessoa jurídica.

Pela narrativa no relatório fiscal óbvio era o erro de enquadramento do recorrente, visto que as atividades por ele exercida, não se coadunam com a qualidade de empregador pessoa física.

Destaca-se abaixo as informações descritas no relatório fiscal, que tornam inequívoca a caracterização de empregador pessoa jurídica para efeitos previdenciários:

Diversas empresas, (na maioria microempresas) prestam serviços de informática à Empresa notificada, e estes serviços são prestados através de seu sócio gerente, visto que



estas não possuem empregados e encontram-se presentes os elementos caracterizadores do enquadramento como segurados empregados, fls. 86, item 3;

A empresa notificada tem como principal cliente a Secretaria de Economia e Planejamento do Estado de São Paulo, com a qual mantém dois contratos de prestação de serviços referentes a supervisão, gerenciamento e manutenção física de para rede local de computadores, administração e manutenção do parque instalado e suporte técnico aos usuários, bem como, suporte em ORACLE, (cópias dos contratos encontram-se anexas), fls. 86 e 87, item 3.1;

Para prestação dos serviços elencados a empresa contratada não se utiliza de empregados, teoricamente, mas valendo-se da mão de obra de empresas. (as empresas não possuem empregados);

Foi solicitado através do TIAD a relação das prestadoras de serviços e respectivo contratos, tendo a notificada apresentado a relação descrita à fls. 87 do REFISC;

Foram descritos ainda como pressupostos para caracterização de segurado empregado para efeitos previdenciários analisando-se a situação fática, em detrimento da aparência formal ou documental apresentados:

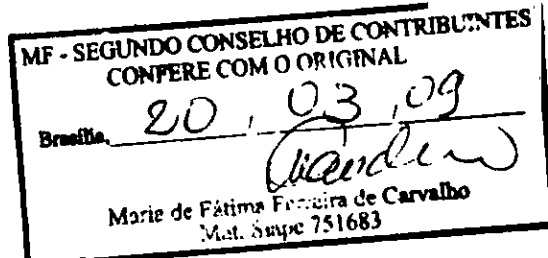
No item 3.4 do relatório, o auditor destaca que pela natureza dos serviços prestados foram enquadrados os sócios das pessoas jurídicas como segurados empregados, indicando nominalmente cada um e o período da prestação dos serviços;

Informa ainda que foram anexadas as consultas aos sistemas informatizados que demonstram que as empresas não possuíam empregados;

A contribuição dos segurados empregados foi calculada respeitando o limite máximo de cada competência, bem como o escalonamento das alíquotas;

Pela análise dos termos descritos acima, incabível aceitar a autoridade fiscal o enquadramento realizado, bem como homologar as contribuições recolhidas antecipadamente.

"Art. 22A. A contribuição devida pela agroindústria, definida, para os efeitos desta Lei, como sendo o produtor rural pessoa jurídica cuja atividade econômica seja a industrialização de produção própria ou de produção própria e adquirida de terceiros, incidente sobre o valor da receita bruta proveniente da comercialização da produção, em substituição às previstas nos incisos I e II do art. 22 desta Lei, é de: (Acrescentado pela Lei nº 10.256/01. Ver nota no final do art.) I - dois vírgula cinco por cento destinados à Seguridade Social; (Acrescentado pela Lei nº 10.256/01) II - zero vírgula um por cento para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade para o trabalho decorrente dos riscos ambientais da atividade. (Acrescentado pela Lei nº 10.256/01) § 1º VETADO - (Redação aprovada pelo Congresso Nacional e vetada conforme Mensagem nº 729, de 09/07/01 - Lei nº 10.256/01 - texto vetado: "§ 1º. Cinquenta por cento do valor da contribuição do segurado empregado a serviço da agroindústria, descontado e efetivamente recolhido, poderá ser deduzido na mesma competência,



ou até nas onze competências seguintes, do valor da contribuição de que trata o caput, sendo vedada a restituição ou compensação." § 2º O disposto neste artigo não se aplica às operações relativas à prestação de serviços a terceiros, cujas contribuições previdenciárias continuam sendo devidas na forma do art. 22 desta Lei. (Acrescentado pela Lei nº 10.256/01) § 3º Na hipótese do § 2º, a receita bruta correspondente aos serviços prestados a terceiros será excluída da base de cálculo da contribuição de que trata o caput. (Acrescentado pela Lei nº 10.256/01) § 4º O disposto neste artigo não se aplica às sociedades cooperativas e às agroindústrias de piscicultura, carcinicultura, suinocultura e avicultura. (Acrescentado pela Lei nº 10.256/01. Estas empresas devem contribuir na forma dos arts. 22 e 23 desta Lei) § 5º O disposto no inciso I do art. 3º da Lei nº 8.315, de 23 de dezembro de 1991, não se aplica ao empregador de que trata este artigo, que contribuirá com o adicional de zero vírgula vinte e cinco por cento da receita bruta proveniente da comercialização da produção, destinado ao Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR). (Acrescentado pela Lei nº 10.256/01. Vigência a partir de 01/01/02) § 6º Não se aplica o regime substitutivo de que trata este artigo à pessoa jurídica que, relativamente à atividade rural, se dedique apenas ao florestamento e reflorestamento como fonte de matéria-prima para industrialização própria mediante a utilização de processo industrial que modifique a natureza química da madeira ou a transforme em pasta celulósica. (Acrescentado pela Lei nº 10.684/03 cujo inciso III do art. 29 estabelece a vigência a partir de 01/09/03. Ver nota no final do art.) § 7º Aplica-se o disposto no § 6º ainda que a pessoa jurídica comercialize resíduos vegetais ou sobras ou partes da produção, desde que a receita bruta decorrente dessa comercialização represente menos de um por cento de sua receita bruta proveniente da comercialização da produção. (Acrescentado pela Lei nº 10.684/03. Ver nota no final do art.) § 8º VETADO - (Redação aprovada pelo Congresso Nacional e vetada conforme Mensagem nº 463/03 - Lei nº 10.736/03 - texto vetado: "§ 8º O regulamento poderá dispor sobre a faculdade da empresa agroindustrial contribuir, na forma do art. 22, nos casos em que desenvolva atividade rural tão-somente na produção de matéria-prima para aplicação no processo industrial cujo custo represente menos de dez por cento da sua receita bruta total proveniente da comercialização da produção".)"

Em que pese todo o arrazoado do recorrente, também não como lhe conferir razão quanto a possibilidade de recolher sobre a produção, mesmo enquanto pessoa jurídica. Na forma, como restaram demonstrados os serviços objeto desta notificação, só seria possível a utilização da folha de salários como base de cálculo.

Conforme descrito acima, a multa moratória é bem aplicável pelo não recolhimento em época própria das contribuições previdenciárias. Ademais, o art. 136 do CTN descreve que a responsabilidade pela infração independe da intenção do agente ou do responsável, e da natureza e extensão dos efeitos do ato.

O art. 35 da Lei nº 8.212/1991 dispõe, nestas palavras:

MF - SEÇÃO DE CONTRIBuintES COLETA DE INFORMAÇÕES FISCAL
Brasília, 20 03, 09
Maria de Fátima Pereira de Carvalho Mat. SIAPE 751683

"Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99)

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) quatorze por cento, no mês seguinte; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa; (Redação dada pela Lei nº 9.876/99).

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

a) sessenta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).


b) setenta por cento, se houve parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) oitenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

d) cem por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

§ 1º Nas hipóteses de parcelamento ou de reparcelamento, incidirá um acréscimo de vinte por cento sobre a multa de mora a que se refere o Caput e seus incisos. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 2º Se houver pagamento antecipado à vista, no todo ou em parte, do saldo devedor, o acréscimo previsto no parágrafo anterior não incidirá

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 20, 03, 09

Maria de Fátima Ferreira de Carvalho Mat. Siape 751683

sobre a multa correspondente à parte do pagamento que se efetuar.
(Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 3º O valor do pagamento parcial, antecipado, do saldo devedor de parcelamento ou do reparcelamento somente poderá ser utilizado para quitação de parcelas na ordem inversa do vencimento, sem prejuízo da que for devida no mês de competência em curso e sobre a qual incidirá sempre o acréscimo a que se refere o § 1º deste artigo. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 4º Na hipótese de as contribuições terem sido declaradas no documento a que se refere o inciso IV do art. 32, ou quando se tratar de empregador doméstico ou de empresa ou segurado dispensados de apresentar o citado documento, a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos será reduzida em cinquenta por cento. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.876/99)''

Não tendo o contribuinte recolhido a contribuição previdenciária em época própria, tem por obrigação arcar com o ônus de seu inadimplemento. Caso não se fizesse tal exigência, poder-se-ia questionar a violação ao princípio da isonomia, por haver tratamento similar entre o contribuinte que cumprira em dia com suas obrigações fiscais, com aqueles que não recolheram no prazo fixado pela legislação.

Face o exposto o lançamento fiscal seguiu os ditames legais, devendo ser mantido nos termos acima descritos, haja vista que os argumentos apontados pelo recorrente são incapazes de refutar a presente NFLD.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para excluir da notificação os lançamentos até a competência 12/2000, por terem sido alcançados pela decadência quinquenal.

É como voto.

Sala das Sessões, em 06 de agosto de 2008



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA