

Brasília, 20/03/09
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Matr. Siage 751683

CC02/C06
Fls. 398



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº 37284.001016/2006-12
Recurso nº 142.626 Voluntário
Matéria DESCARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO PACTUADO
Acórdão nº 206-01.121
Sessão de 06 de agosto de 2008
Recorrente TORRE PALACE HOTEL LTDA
Recorrida SRP - SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/1996 a 31/12/2004

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - PERÍODO ATINGINDO PELA DECADÊNCIA QUINQUENAL - SÚMULA VINCULANTE STF - INCONSTITUCIONALIDADE INCRA - SEBRAE - RAT - SELIC - SALÁRIO EDUCAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA ESFERA ADMINISTRATIVA - CONTRIBUIÇÃO SOBRE PRÓ-LABORE - 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.

O lançamento foi efetuado em 08/12/2005, tendo o recorrente dado ciência no 14/12/2005. Os fatos geradores ocorreram entre

as competências 07/1996 a 12/2004, dessa forma, em aplicando-se o art. 150, § 4º encontram-se alcançados pela decadência quinquenal, os fatos geradores ocorridos até a competência 11/2000.

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

A exigência da contribuição para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade é prevista no art. 22, II da Lei nº 8.212/1991, alterada pela Lei nº 9.732/1999.

Quanto à inconstitucionalidade/ilegalidade das alíquotas RAT, INCRA, SEBRAE, salário educação e da aplicação de juros SELIC na cobrança das contribuições previdenciárias, não há razão para a recorrente. Como dito, não é de competência da autoridade administrativa a recusa ao cumprimento de norma supostamente inconstitucional, razão pela qual são exigíveis a aplicação da taxa de juros SELIC, as alíquotas RAT, INCRA, salário educação e SEBRAE.

As contribuições da empresa sobre a remuneração destinada aos sócios à título de pró-labore, para o período compreendendo as competências maio de 1996 a fevereiro de 2000, é regulada pela Lei Complementar nº 84/1996. Já para o período posterior à competência março de 2000, inclusive, às contribuições da empresa sobre a remuneração dos contribuintes individuais é regulada pelo art. 22, III da Lei nº 8.212/1991, com redação conferida pela Lei nº 9.876/1999, nestas palavras:

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

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO - DESCONSIDERAÇÃO DE CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA - CARACTERIZAÇÃO COMO SEGURADO EMPREGADO - ATIVIDADE FIM DA CONTRATANTE.

Houve discriminação clara e precisa dos fatos geradores, possibilitando o pleno conhecimento pela recorrente.

A contratação de trabalhadores por meio de pessoas jurídicas, sem que se demonstre o cumprimento aos preceitos legais e que a realidade fática diverge dos documentos apresentados, acaba por descaracterizar a contratação nessa modalidade, provocando o enquadramento como segurados empregados perante a previdência social.

São segurados obrigatórios da Previdência Social como empregado aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural

  2

à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado.

Recurso Voluntário Negado.

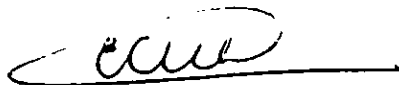
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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 incidentes os fatos geradores ocorridos até 11/2000; II) em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada; e III) no mérito, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente



ELAINE CRISTINA MONTEIRO 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).

Brasília, 20.03.09

Maria de Fátima Ferreira de Carvalhc
Matr. Siape 751683

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 versam sobre a remuneração do empregado sr. Athos César Ferreira, considerados pela empresa como segurado empregado e prestador de serviços de consultoria jurídica enquanto pessoa jurídica, cujos serviços enquanto pessoa jurídica, por serem irregulares foram desconsiderados, passando os valores pagos, convertidos em remuneração do sr. Athos, enquanto empregado.

O período do presente levantamento abrange as competências 07/1996 a 12/2004. O salário de contribuição, no qual foi embasado o débito referente ao enquadramento, dos valores pagos a pessoa jurídica como segurados empregados, foi obtido a partir das notas fiscais emitidas pela empresa à PRESERCON, utilizando-se a autoridade fiscal dos registros contábeis para apurar os valores pagos.

Os valores referentes a contribuição do segurado empregado Sr. Athos, contratado em 01/07/1996 foram recolhidos em época própria, restando apenas os valores apurados durante o procedimento fiscal.

A autoridade fiscal, conforme descrito no relatório fiscal, solicitou a empresa o contrato de prestação de serviços da empresa Presercon, porém a recorrente afirmou não existir contrato, fls. 94. Face a solicitação, os representantes da empresa designados para acompanhar a fiscalização assim esclareceram: os pagamentos feitos à empresa do SR. Athos referem a serviços de consultoria jurídica e acompanhamento de causas trabalhistas, cíveis e tributárias, enquanto que o empregado Athos,- conhecedor da dinâmica contábil de recursos humanos da empresa, presta orientação e prevenção dos eventuais problemas surgidos neste setores da empresa, fls. 93 a 94.

Não conformada com a notificação o recorrente apresentou impugnação, fls. 146 a 164.

Foi exarada a Decisão-Notificação - DN que confirmou a procedência do lançamento, conforme fls. 238 a 246.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 251 a 273. Em síntese, a recorrente em seu recurso alega o seguinte:

- Preliminarmente, cerceamento de defesa, visto que a autoridade pública não permitiu a produção de provas requeridas tempestivamente. O recorrente desejava provas que os serviços eram prestados pela pessoa jurídica e não por seu sócio;

- A contribuição objeto desta NFLD foi lançada sobre os pagamentos feitos pelo recorrente para quitação de notas fiscais emitidas pela pessoa jurídica Presercon;

- Deve ser conhecido o presente recurso para reconhecer a decadência dos créditos que excedam 5 anos antes da notificação do início da ação fiscal, determinando a sua exclusão da notificação;

- O fato gerador para hipótese de incidência da contribuição tem que ser certo e determinado, além de literalmente previsto na legislação;

- O empregado somente pode ser pessoa física que recebe salário e presta serviços não eventuais com relação de subordinação. Partindo dessa premissa é impossível a cobrança de contribuição sobre notas fiscais como se referissem a relação de trabalho do advogado empregado;

- Ora multa é, como notório penalidade. A infração no caso, é o não pagamento do tributo, sendo que o tempo da mora não é relevante para a qualificação da infração, pois o CTN não distingue a infração em grave o leve em razão do lapso temporal;

- Ilegal, também a cobrança de juros SELIC, visto tratar-se de verdadeira correção monetária disfarçada;

- Requer, o conhecimento e provimento do presente recurso, para que retornem os autos a autoridade a quo para cumprir todas as fases do procedimento administrativo, inclusive facultando ao Recorrente a produção de provas ou, no mérito, para cancelar a NFLD em questão pela inexistência de fato gerador.

A unidade descentralizada da SRP apresenta suas contra-razões às fls. 391 a 397.

É o Relatório.

Voto

Conselheira ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente pela contratada, conforme informação à fl. 229. Avaliados os pressupostos, passo para o exame das questões preliminares ao mérito.

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 a 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 e MPF – Complementares, com a competente designação do auditor fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento, conforme fls. 74 a 78;

- Intimação para a apresentação dos documentos nos termos do Termo Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, fl. 79 a 80, 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 145.

Com base nestes fatos, quanto à alegação do recorrente de que o procedimento fiscal não poderia existir, por não atender aos ditames legais, visto inclusive ter cerceado o seu direito de defesa, não lhe confiro razão. O recorrente teve diversas oportunidades para provar o alegado e até hoje não o fez. Os motivos que levaram a autoridade fiscal estão bem descritos no relatório fiscal e não foram em nenhum momento rebatidos pelo recorrente, senão vejamos:

- Sr. Athos foi contratado como empregado em 01/07/1996, na condição de advogado, e conforme descrito pela empresa “ como conhecedor da dinâmica contábil e recursos humanos, presta orientação e prevenção dos eventuais problemas surgidos nestes setores da empresa;

- Foi também contratado no mesmo período para prestar serviços de consultoria jurídica e acompanhamento das causas trabalhistas, cíveis e tributárias, por meio de sua empresa: Presercon;

- A empresa Presercon, tem como objeto social a prestação de serviços profissional de contabilidade em geral. Não há qualquer alteração do objeto junto a Junta Comercial do DF;

- A situação da empresa perante a Receita Federal e “Inapta”;

- A empresa não possui responsáveis cadastrados perante a previdência, sendo que nunca apresentou qualquer recolhimento ou GFIP;

- Segundo o Estatuto da advocacia e da OAB, instituído pela Lei nº 8.906/94, é vedado terminantemente a possibilidade da Presercon prestar serviços de advocacia ao hotel, visto o disposto nos art. 4º e 15 da referida lei;

- Neste sentido, existe confusão entre as atribuições do SR. Athos com empregado advogado e os serviços contratados por meio da empresa Presercon;

- As notas apresentadas, comprovam tratar-se de honorários, sendo que a constante à fl. 199, ainda faz referência a Honorários complementares.

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 conseqüentes, 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, cumpri-lhe 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, 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

[Assinatura]

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: (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 incorre 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 incorre, 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 impositivos 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° 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 efetuado em 08/12/2005, tendo o recorrente dado ciência no 14/12/2005. Os fatos geradores ocorreram entre as competências 07/1996 a 12/2004, dessa forma, em aplicando-se o art. 150, § 4º encontram-se alcançados pela decadência quinquenal, os fatos geradores ocorridos até a competência 11/2000.

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 impossibilidade de descon sideração da pessoa jurídica e formação de vínculo de emprego.

Quanto ao levantamento objeto de recurso trata-se de NFLD respaldada na descon sideração de pessoa jurídica para efeitos previdenciários, com o objetivo de considerar os pagamentos realizados a pessoa jurídica Presercon, como se feitos diretamente ao seu sócio – SR. Athos.

No entanto, o cerne dos argumentos apresentados pelo recorrente são no sentido de que os contratos realizados com as pessoas jurídicas são plenamente válidos e regidos pelo Código civil, por tratarem-se de contratos civis de prestação de serviços. Para o recorrente não interessa a situação fática, tanto que não traz nem o contrato, nem provas ou argumentos no sentido de demonstrar existir total autonomia por parte do prestador pessoa jurídica na

execução do serviço. Ademais, ainda questiona a competência da auditoria fiscal para formalizar vínculos de emprego, tornando nulos os contratos realizados.

Quanto aos argumentos acima apontados razão não confiro ao recorrente. O que os autos demonstram é que realizou o auditor, no exercício de suas atribuições funcionais, ao constatar a prestação de serviços por jurídica em desconformidade com a legislação previdenciária, procedeu ao levantamento dos pagamentos feitos a pessoa jurídica, como sendo para pessoa física de seu sócio. Ressalta-se, como demonstrado acima, que torna-se evidente a confusão entre o empregado Athos e os serviços por ele prestados, enquanto sócio da empresa Presencon.

A maneira como realizado o contrato, apenas demonstra a intenção da empresa de desonerar sua folha de pagamento, diminuindo custos, vez que contratou empregado, realizando pagamentos mensais e ainda realizou pagamentos para o mesmo trabalhador, para o exercício da mesma função por meio de pessoa jurídica.

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

- Sr. Athos foi contratado como empregado em 01/07/1996, na condição de advogado, e conforme descrito pela empresa “ como conhecedor da dinâmica contábil e recursos humanos, presta orientação e prevenção dos eventuais problemas surgidos nestes setores da empresa;

- Foi também contratado no mesmo período para prestar serviços de consultoria jurídica e acompanhamento das causas trabalhistas, cíveis e tributárias, por meio de sua empresa: Presercon;

- A empresa Presercon, tem como objeto social a prestação de serviços profissional de contabilidade em geral. Não há qualquer alteração do objeto junto a Junta Comercial do DF;

- A situação da empresa perante a Receita Federal e “Inapta”;

- A empresa não possui responsáveis cadastrados perante a previdência, sendo que nunca apresentou qualquer recolhimento ou GFIP;

- Segundo o Estatuto da advocacia e da OAB, instituído pela Lei nº 8.906/94, é vedado terminantemente a possibilidade da Presercon prestar serviços de advocacia ao hotel, visto o disposto nos art. 4º e 15 da referida lei;

- Neste sentido, existe confusão entre as atribuições do SR. Athos com empregado advogado e os serviços contratados por meio da empresa Presercon;

- As notas apresentadas, comprovam tratar-se de honorários, sendo que a contante à fl. 199, ainda faz referência a Honorários complementares.

Quanto à cobrança de juros, existe previsão em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei nº 8.212/1991, abaixo transcrito. Desse modo, foi correta a aplicação do índice pela autarquia previdenciária:

"Art.34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento."

Nesse sentido já se posicionou o STJ no Recurso Especial nº 475904, publicado no DJ em 12/05/2003, cujo relator foi o Min. José Delgado:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COBRANÇA DE JUROS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. A averiguação do cumprimento dos requisitos essenciais de validade da CDA importa o revolvimento de matéria probatória, situação inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. No caso de execução de dívida fiscal, os juros possuem a função de compensar o Estado pelo tributo não recebido tempestivamente. Os juros incidentes pela Taxa SELIC estão previstos em lei. São aplicáveis legalmente, portanto. Não há confronto com o art. 161, § 1º, do CTN. A aplicação de tal Taxa já está consagrada por esta Corte, e é devida a partir da sua instituição, isto é, 1º/01/1996. (REsp 439256/MG). Recurso especial parcialmente conhecido, e na parte conhecida, desprovido."

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.

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:

"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 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)"

Destaca-se ainda, que foram inovados em sede de recurso, razões para a não cobrança de contribuições sobre trabalho de cooperativas e exclusão dos sócios da lista de co-responsáveis, dessa forma, abstenho-me de avaliar o mérito dos levantamentos realizados, visto não ter sido instaurado o contencioso em relação a esses argumentos.

Por todo o exposto o lançamento fiscal seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido nos termos acima descritos a partir da competência 12/2000, haja vista que os argumentos apontados pelo recorrente, no que concerne a parte remanescente são incapazes de refutar a presente notificação.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para excluir da notificação os lançamentos até a competência 11/2000, por terem sido alcançados pela decadência quinquenal.

Sala das Sessões, em 06 de agosto de 2008


ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA