



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

Processo nº 10552.000311/2007-61
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-002.245 – 3ª Turma Especial
Sessão de 17 de abril de 2013
Matéria CP: REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO E TERCEIROS E SEGURO DE ACIDENTES DO TRABALHO – SAT/GILRAT/ADICIONAL E CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS E DAL.
Recorrente PERFIL CONSULTORIALTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/2002 a 01/09/2005

NULIDADE. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA, LEGALIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA. INOCORRÊNCIA. EMPRESA DE SERVIÇO TEMPORÁRIO SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DO MTb. IRREGULARIDADE COMPROVADA. AUTOENQUADRAMENTO FPAS INCORRETO. REENQUADRAMENTO PELO FISCO. POSSIBILIDADE. CONTRIBUIÇÃO DE TRABALHADORES EMPREGADOS E CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS. VALIDADE. OCORRÊNCIA. DIFERENÇAS. RECUSA/SONEGAÇÃO DE DOCUMENTOS/INFORMAÇÃO OU APRESENTAÇÃO DEFICIENTE. AFERIÇÃO INDIRETA. POSSIBILIDADE.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Processo nº 10552.000311/2007-61
Acórdão n.º **2803-002.245**

S2-TE03
Fl. 965

Eduardo de Oliveira. – Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira dos Santos, Oséas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

Relatório

A presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, - DEBCAD 37.021.785-3, objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias não adimplidas pelo empregador contribuinte – parte patronal, SAT/GILRAT, contribuintes individuais e terceiros - outras entidades e fundos, decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores empregados e contribuintes individuais, conforme Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, de fls. 126 a 132, com período de apuração de 09/2002 a 08/2005, conforme Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, de fls. 113; 114; 116 a 120.

O sujeito passivo foi cientificado do lançamento, em 22/08/2006, conforme Folha de Rosto da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, de fls. 01.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, petição com razões, acostada, as fls. 417 a 430, recebida, em 06/09/2006, estando acompanhada dos documentos, de fls. 432; 435 a 599; 602 a 739.

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 740.

Os autos foram baixados em diligência, fls. 740 e 741.

A Seção de Fiscalização elaborou o Relatório Fiscal Aditivo, de fls. 745 a 815, acompanhado dos documentos, de fls. 816 a 897.

O sujeito passivo foi cientificado desta diligência com prazo para manifestação, conforme despacho e AR, de fls. 903 e 904, respectivamente.

A empresa neste novo prazo não se manifestou, conforme despacho, as fls. 906.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 10-17.261 - 8ª Turma da DRJ/POA, em 26/09/2008, fls. 932 a 942, no qual o lançamento foi considerado procedente em parte.

O lançamento foi retificado, conforme Discriminativo Analítico de Débito Retificado – DADR, de fls. 907 a 931, para excluir R\$ 6.259,55 da base de cálculo do lançamento, conforme, fls. 941.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 13/10/2008, AR, fls. 945.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição e razões recursais, as fls. 947 a 961, recebida, em 07/11/2008, desacompanhado de quaisquer documentos, as teses recursais sumariadas estão a seguir expostas.

Preliminarmente.

-
- que o acórdão *a* quo feriu o contraditório e ampla defesa ao rejeitar preliminar;
 - que a requerente não teve acesso aos documentos que lastrearam o lançamento, ficando sem saber a razão e as bases matérias do lançamento, o que fere o contraditório e ampla defesa;
 - que, também, restam violados os princípios da legalidade e da segurança jurídica, por ausência de base legal;
 - que os documentos que poderiam ser usados pela empresa para a sua defesa ficaram retidos com a fiscalização, até 01/09/2006, o que inviabilizou a defesa, devendo ser seu prazo restituído ou decretada a nulidade do lançamento, sendo que tais fatos não foram apreciados no acórdão de primeiro grau, vulnerando, assim, o artigo 93, IX, da Constituição;

Mérito.

- que o valor do débito excluía a multa e juros está eivado de ilegalidade, tornando-se, assim, ilegítimo;
- que a fiscalização desconsiderou a natureza jurídica da empresa, por não considerá-la empresa de trabalho temporário, por falta de registro desta no Departamento de Mão de Obra do MTb e por não ter integralizado seu capital social no valor de 500 salário mínimos vigentes no país, desconsiderando a fiscalização toda a documentação, inclusive, o contrato social realizado em regime temporário, uma vez que não possui registro notarial, porém possui registro no MF e assim paga em dia suas obrigações;
- que a recorrente possui mais de vinte contratos com outras empresas e não oito com dez a fiscalização, ficando demonstrado que o lançamento não passaria no crivo do judiciário e que também não poderia ter passado no da Administração, ferindo o interesse da coletividade, uma vez que esta atitude onera os cofres públicos, pois certamente o judiciário não manterá a notificação feita desta forma, desconstituindo-a por indevida e injusta, condenando a Administração, devendo por isso ser acolhida a totalidade das razões, julgando-se procedente o pedido do contribuinte;
- que os contratos de trabalho temporários são todos escritos não havendo violação à lei, como no caso do Sr. José Carlos Szczepanski Argoud;
- que a desconsideração da empresa como de trabalho temporário se deu para poder exigir diferença de contribuição, pois a empresa se enquadrava em FPAS 655 e a fiscalização a enquadrou em FPAS 515, fazendo prova de sua condição o contrato social registrado no Cartório Rocha Brito, a inscrição no MF e os contratos com as

empresas tomadoras de seu serviço, não podendo o direito tributário desconsiderar os atos praticados sob a guarida da legislação civil;

- que a recorrente não deve contribuir para terceiros INCRA; SENAC; SESC e SEBRAE, pois seu FPAS não é o 515 e, ainda, que fosse não deve contribuir para o INCRA, pois é empresa urbana e não rural, como dizem os Tribunais Superiores, transcreve jurisprudência;
- que a recorrente não deve nenhum valor de tributo, tendo em vista a diversas ilegalidades cometidas na fiscalização, como a consideração de funcionários da empresa Triunfo serem da Perfil e exigirem tal contribuição, que a RAIS da Triunfo prova que os empregados são dela, sendo que esta se comprometeu a pagar a contribuição;
- que a alegação de que há empregados na folha e não declarados em GFIP não procede, basta ver a guias e as GIFP's para verificar que tais empregados foram declarados e por amostragem apresenta-se ALCINDO JUNIOR SALES JULIO CESAR CASTRO ROSSO ROSANA OLIVEIRA DA SILVEIRA FRANCISCO MESSANDRO HENKE VALDEZ SERGIO WILSON DIPPMANN, declarados em todos o período fiscalizado, acaso mantidos estes lançamentos termos bitributação;
- que o Senhor José Carlos Sczepanski Argoud não é empregado da empresa Perfil no período de 10/2003 a 08/2005 como considerado pela fiscalização, sendo a CLT que define que é ou não empregado e diante disso é preciso analisar se o Senhor José Francisco é ou não empregado, uma vez que desde 09/2003 o Senhor José Carlos não é mais sócio da empresa, que as provas usadas pela fiscalização nada provam, pois foram usados documentos isolados, prestando este assessoria esporádica a Senhora Ana Beatriz sua companheira, uma vez que a lei exige um administrador para este tipo de empresa, sendo seu trabalho esporádico e eventual do tipo autônomo;
- que a contribuição da sócia Ana Beatriz, também, não prospera, pois o STF já declarou a contribuição para administradores, sócios e avulsos inconstitucional;
- que o fisco alega que a recorrente não franqueou os contratos com as tomadoras de seus serviços, o que não se deu, pois a empresa entregou todos os documentos exigidos, o fisco que não os usou, anexando a este todos os contratos e demonstrando o erro material da autuação, o que leva a sua nulidade;
- que a utilização do sistema de aferição indireta para realização do lançamento, quando há documentação farta e idônea fere o princípio da capacidade contributiva do artigo 145, §1º, da CF, que doutrina e jurisprudência vão nesse sentido, devendo ser desconstituída a notificação;

-
- que a notificação é nula, pois lastreada em prova ilícita, uma vez que documentos foram obtidos junto a JCS Argoud & Cia Ltda sem o devido mandado de procedimento fiscal, uma vez que os CNPJ são diferentes, o objeto social e nunca foi o nome de fantasia da Perfil, causando preocupação a prova usada pela fiscal para concluir que empregados da Perfil trabalhavam para a JCS Argoud & Cia. Ltda, não estando o fisco amparado por MPF ou mandado de busca e apreensão, cita jurisprudência do STF sobre prova ilícita, devendo tais provas serem desentranhada dos autos, uma vez que sua utilização é abuso de poder do fisco;
 - que a PERFIL só não recolheu as contribuições quando esta não as devia em razão de não serem seus os empregados ou por ausência de vínculo empregatício, sempre recolhendo o valor sobre o faturamento;
 - que a recorrente é primária, não havendo circunstâncias agravantes, tendo os valores sido recolhidos, não havendo prejuízo ao fisco, e tendo sido a falta corrigida, requer a empresa a decretação da nulidade da imposição pelas razões suscitadas e por ofensa ao princípio da legalidade, diante da prerrogativa da Administração consoante Súmula STF 473;
 - que resta assim evidenciado que todos os requisitos estão presentes para se decretar a nulidade da notificação, restituindo o império da lei e evitando que a Administração sofra maiores prejuízos com uma ação judicial para desconstituição desta;
 - A recorrente requer: a) recebimento do recurso por tempestivo e preenchido os demais requisitos; b) invalidação total do procedimento administrativo desde a origem em razão das preliminares levantadas; c) não acatado o pedido anterior a reforma da decisão *a quo* com a desconstituição da notificação.

O órgão preparador reconheceu a tempestividade do recurso, fls. 963.

Os autos foram remetidos ao 2º Conselho de Contribuintes, fls. 963.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira - Relator.

O recurso voluntário é tempestivo, e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade, merece ser apreciado

Preliminar.

Inexiste violação ao contraditório e ampla defesa pelo simples fato da decisão rejeitar as teses da recorrente pouco importa se em preliminar, em prejudicial ou no mérito. O julgador exerce seu mister aplicando o livre convencimento motivado. Observe-se a jurisprudência transcrita.

*EMEN: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO OU DE APRECIÇÃO DAS QUESTÕES TRAZIDAS AOS AUTOS. MATÉRIA DE CUNHO CONSTITUCIONAL EXAMINADA NO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DO APELO. QUESTÃO DECIDIDA PELO COLENDO STF. 1. Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento. 2. Acórdão a quo segundo o qual a isenção da COFINS, prevista na LC nº 70/91, pode ser revogada pela Lei nº 9.430/96, por não se tratar de matéria reservada exclusivamente à lei complementar. 3. Decisão a quo clara e nítida, sem omissões, obscuridades, contradições ou ausência de motivação. **O não-acatamento das teses do recurso não implica cerceamento de defesa. Ao juiz cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento (CPC, art. 131), usando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e legislação que entender aplicáveis ao caso.** Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há vício para suprir. Não há ofensa aos arts. 165, 458 e 535, II, do CPC quando a matéria é abordada no aresto a quo. 4. Não há violação do art. 515 do CPC quando todas as questões suscitadas e discutidas no processo são apreciadas, nem, tampouco, há omissão no julgado, mesmo em face da rejeição dos embargos de declaração se os argumentos da decisão atacada são claros e nítidos e a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto recorrido. 5. Acórdão recorrido que tem como sustentação matéria de ordem constitucional, com existência de tema dessa natureza no corpo da fundamentação do próprio recurso especial. O ordenamento jurídico, ao tratar dos recursos extremos, deixou bem delineada, na Carta Magna, a impossibilidade de o recurso especial definir qualquer assunto de envergadura constitucional. A função do*

apelo extremo é, tão-só, garantir a autoridade da lei federal e zelar pela sua aplicação uniforme. 6. Não se conhece de recurso especial quando a decisão atacada baseou-se, como fundamento central, em matéria de cunho eminentemente constitucional. Apesar de haver fundamento infraconstitucional e dissídio jurisprudencial a respeito, não prevalecem estes em detrimento da abordagem central de natureza constitucional. 7. Este Tribunal, com base em julgados do colendo STF, tem reiteradamente decidido que a matéria referente à revogação de Lei Complementar nº 70/91 pela Lei Ordinária nº 9.430/96 é de cunho meramente constitucional, cabendo, apenas, à Corte Suprema seu exame. 8. A matéria em discussão (isenção da cobrança da COFINS para sociedades civis de profissões regulamentadas) está sob o exame do colendo STF. Em 14/03/2007, pedido de vista do eminente Min. Marco Aurélio adiou o julgamento conjunto dos RREE nºs 377457 e 381964 pelo Plenário do Pretório Excelso. Até aquele momento, oito dos onze eminentes Ministros que compõem a Corte (Ministra Cármen Lúcia e Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, que acompanharam o voto do Relator, Min. Gilmar Mendes) votaram pelo desprovisionamento do recurso, afastando a isenção, e um (Min. Eros Grau) entendeu pelo provimento do pedido, id est, mantendo a isenção da COFINS. 9. Agravo regimental não-provido. ..EMEN: (AGA 200602673791, JOSÉ DELGADO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:07/05/2007 PG:00288 .DTPB:.) (destaque meu)

As razões de fato, as bases legais e materiais do lançamento estão claramente descritos nos relatórios que acompanham a presente notificação em especial o Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – REFISC, fls. 126 a 132 e pelo Relatório Aditivo, de fls. 745 a 815.

No que tange a alegação de cerceamento de defesa por falta de franqueamento a documentos esta não procede, pois a agente lançadora em seu Relatório Aditivo diz que: “Informo que a alegação de cerceamento de defesa não procede tendo em vista que, são os mesmos documentos apresentados na defesa do Auto de Infração.” E continua mais adiante, conforme abaixo transcrito.

A defesa manifesta-se que poderia fazer uso daquelas folhas, que foram entregues em 01/09/2006. Conforme o exposto, não há necessidade de qualquer argumentação, pois as folhas elaboradas pelo escritório de contabilidade não foram consideradas, sendo que esta informação foi dada no momento da entrega, pessoal, da documentação para a sócia gerente, Senhora ANA BEATRIZ POSADA ANTUNES e o advogado PEDRO ALEXANDRE V. FONTANILA.

Em relação ao livro razão e balancetes de 2002, entregues em 01/09/2006, cabe informar que não era livro razão, até porque a empresa não possui, e sim algumas folhas do razão que foram solicitadas ao contador Fernando Paim. Da mesma forma os balancetes de 2002. Esta documentação não foi utilizada em

momento algum, pois não atendia as normas de escrituração contábil, sendo que esta informação, também, foi dada no momento da entrega, pessoal, da documentação para a sócia gerente, Senhora ANA BEATRIZ POSADA ANTUNES e o advogado PEDRO ALEXANDRE V. FONTANILA. Além disso, vale lembrar que foi lavrado um Auto de Infração 38 por falta de apresentação de contabilidade conforme DEBCAD N°) - 37.021.781-0, julgado procedente.

Além de ter ficado clara a desnecessidade dos documentos e a ausência de prejuízo para a defesa. Deve-se lembrar que em decorrência da elaboração do Relatório Fiscal Aditivo, em 09/07/2008, ou seja, dois anos após a notificação original do contribuinte este teve seu prazo de defesa reaberto e nesta reabertura deixou o prazo transcorrer *in albis*, caso tivesse mais alguma coisa a dizer deixou a oportunidade passar.

A recorrente está equivocada quando diz que o Acórdão de primeiro grau deixou de apreciar a questão relativa aos documentos e que deve seu prazo ser restituído. A uma, porque seu prazo de defesa já foi restituído e esta ficou silente. A duas, porque o julgador *a quo* claramente se pronunciou sobre a questão, basta ver a transcrição abaixo.

Restou esclarecido pela diligência fiscal realizada que os documentos devolvidos ao contribuinte na fase de defesa não foram utilizados para a apuração do lançamento. Além disso, o sujeito passivo teve oportunidade de se manifestar sobre o resultado desta diligência — concluída dois anos após o lançamento e que tratou de praticamente todos os seus aspectos — e nada apresentou.

O sujeito passivo ofertou junto à impugnação os documentos, de fls. 432; 435 a 599; 602 a 739, tais documentos foram devidamente analisados e apreciados pela lançadora na diligência suscitada pelo órgão julgador de primeiro grau e após a devida consideração dos documentos e alegações a agente lançadora entendeu que cabia a retificação de determinadas imprecisões, sendo tal retificação empreendida pela DRJ em seu acórdão como a seguir demonstrado.

Diante da constatação destas incorreções, reconhecidas pela própria fiscalização, entendo que esta NFLD deve ser retificada para se excluir da sua base de cálculo os valores indicados no quadro acima. Assim, procedida esta exclusão, o valor do crédito previdenciário anteriormente constituído de R\$ 368.436,11 (trezentos e sessenta e oito mil, quatrocentos e trinta e seis reais e onze centavos) passa a importar a quantia de R\$ 365.766,10 (trezentos e sessenta e cinco mil e setecentos e sessenta e seis reais e dez centavos), relativamente a sua consolidação em 18.08.2006, conforme Discriminativo Analítico de Débito Retificado — DADR, anexo a esta decisão.

O registro de empresas no Ministério da Fazenda é apenas uma das exigências que a legislação pátria faz em relação as pessoas jurídicas de direito privado para poderem ter constituição lícita no país. Entretanto, a depender do tipo de atividade ou ramo do negócio e necessário outros registros e até mesmo autorização de determinados órgãos governamentais, caso uma empresa não atenda aos requisitos legais de sua constituição, por certo tal constituição será irregular e ela não poderá usufruir dos benefícios legais. No presente

caso na realidade nem houve constituição de empresa de trabalho temporário, pois o registro no Departamento Nacional de Mão de Obra do MTb é imprescindível a constituição da empresa e a recorrente não tem tal registro ou pelo mesmo não fez prova de tê-lo, verdadeiramente não ocorreu descaracterização, desconstituição ou desconsideração da qualidade de empresa de trabalho temporário, o que realmente houve é que a recorrente nunca teve tal qualidade, pois não preenche os requisitos legais e isto o agente lançador deixou claro. Apenas a empresa se dizia e se declara e se comportava como empresa deste tipo legal, mas sem nunca ter sido, pois não cumpriu as exigências legais para a sua efetiva constituição.

Consta no relatório fiscal que a empresa apenas apresentou oito contratos de prestação de serviço, se a recorrente tem mais de vinte como alega isto só comprova o que diz o agente lançador que houve sonegação de documentos e informações no curso do procedimento fiscal é até verdade que o lançamento pode estar errado, mas para menor, pois a sonegação de doze contratos de prestação de serviços, caso não tenha sido possível ao agente fiscal identificar os trabalhadores por outro método pode indicar um lançamento a menor, mas isto em hipótese alguma significa invalidade do lançamento, pois o Decreto 70.235/72 admite lançamento complementar. Veja o que diz o agente fiscal.

Relatório Fiscal

Pelas Notas Fiscais emitidas pela empresa, verifica-se que a mesma prestou serviço a diversos tomadores, não tendo sido a totalidade dos contratos apresentados a fiscalização. Foram apresentados somente 8 contratos, com os seguintes prestadores:

Relatório Aditivo

5- Os contratos de prestação de serviço com os tomadores relacionados na Planilha "Relação de Tomadores - NFs", elaborada a partir do exame das Notas Fiscais de Serviço apresentadas;

A recorrente viola a lei pelo simples fato de não ser registrada no Departamento Nacional de Mão de Obra do MTb, o que por si só mácula os contratos de trabalho temporário a juntada aos autos dos contratos pelo agente lançador e pela recorrente só comprovam o acerto do lançamento. A situação do Senhor José Carlos será trata mais adiante.

Demonstrou-se, acima, claramente que o fato de não ter registro no departamento específico do MTb não confere a recorrente a qualidade de empresa de serviço temporário, logo por simples lógica se não é desta qualidade não pode se enquadrar no FPAS 655, devendo ficar na regra geral FPAS 515. O contrato social não prova sua condição de empresa de trabalho temporário, uma vez que não tem o registro exigido por lei, bem como tal contrato social, também, não atende ao que determinado na lei, pois seu capital social é inferior ao exigido legalmente. Nem o fisco e nem o direito tributário desconsideraram ato praticado sob o manto da legislação civil, mas sim provaram que estes atos violam a própria legislação civil e não são dignos de sua proteção.

Por duas oportunidades já se falou da questão de ser ou não a recorrente empresa de trabalho temporário e de poder ou não em razão disso usar o FPAS 655. Ficou claro mas duas passagens que a empresa não é empresa de trabalho temporário e que em razão disso seu FPAS é o 515 e, assim, sendo os terceiros que por lei estão vinculados a este FPAS como beneficiários são: SALÁRIO-EDUCAÇÃO; INCRA; SENAC; SESC e SEBRAE.

A alegação de que a recorrente é empresa urbana e por isto não contribuinte do INCRA, também, está equivocada, inclusive, a jurisprudência invocada, basta observar os arestos transcritos.

Ementa: RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM PROPÓSITO MODIFICATIVO E INTERPOSTO DE DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO EXTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA. ESPECÍFICA TESE DA REFERIBILIDADE OU DO BENEFÍCIO DIRETO. PRECEDENTES. A agravada reconheceu expressamente em suas razões de recurso extraordinário não ter interesse em recorrer da parte do acórdão que versava sobre a contribuição destinada ao Funrural. Portanto, não está caracterizada decisão extra petita. Esta Suprema Corte firmou orientação quanto a constitucionalidade da sujeição passiva das empresas urbanas à Contribuição ao INCRA. Matéria diversa da discussão sobre a inconstitucionalidade superveniente devido à modificação do art. 149 da Constituição. Recurso de embargos de declaração conhecido como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (RE 372811 ED, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012)

*EMENTA: CONTRIBUIÇÃO AO FUNRURAL E AO INCRA: EMPRESAS URBANAS. O aresto impugnado não diverge da jurisprudência desta colenda Corte de que **não há óbice à cobrança, de empresa urbana, da referida contribuição.** Precedentes: AI 334.360-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 211.442-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes; e RE 418.059, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Agravo desprovido. (AI-AgR 548733, CARLOS BRITTO, STF)*

*Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONVERTIDOS EM AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE 0,2% SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS DESTINADA AO INCRA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 149 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Os embargos de declaração opostos objetivando reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. Precedentes: Pet 4 .837-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 14.3.2011; Rcl 11.022-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 7.4.2011; AI 547.827-ED, rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJ 9.3.2011; RE 546.525-ED, rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 5.4.20 11). 2. A controvérsia referente à constitucionalidade da exigência de contribuição social de 0,2% sobre a folha de salários das empresas urbanas destinada ao INCRA teve a sua repercussão geral rejeitada pelo Plenário desta Corte Suprema, **uma vez que a matéria está restrita ao interesse das empresas urbanas eventualmente contribuintes desta exação, não alcançando,***

*portanto, a sociedade como um todo (RE 578.6 35-AgR, Relator o Ministro Menezes Direito, DJ de 17.10.08). Precedentes: RE 63 4.074-ED, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 26.05.2011; RE 598.180-Ag R, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.02.2011; AI 700.833-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 03.04.2009. 3. In casu, o acórdão originalmente recorrido assentou: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O INCRA, PARA O SEBRAE E PARA O SAT. MULTA. TAXA SELIC. MULTA MORATÓRIA. 1. **A contribuição para o INCRA não foi extinta pelas LL 7. 789/1989 e 8.212/1991, ambas reguladora do custeio previdenciário.** 2. As contribuições ao SEBRAE devem ser suportadas por toda coletividade independentemente de qualquer identidade com o fomento a que objetiva a instituição beneficiada com o tributo. 3. A jurisprudência do STF reconhece a constitucionalidade da Contribuição Social do Seguro de Acidente do Trabalho – SAT. 4. Multa aplicada nos termos do art. 35 da L 8.212/1991, com a observância do disposto na letra “c” do inc. II do art. 106 do CTN, que admite retroatividade da lei tributária quando comine ao fato pretérito penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. 5. A Taxa Selic não padece de mácula de ilegalidade ou inconstitucionalidade” 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI-ED 849045, LUIZ FUX, STF) (realces deste relator).*

Devido a apresentação da impugnação o órgão julgador de primeiro grau entendeu por baixar os autos em diligência e nesta o agente lançador no que tange a alegação de que trabalhadores que constam do lançamento não eram seus ou de que valores estavam incorretos, elaborou os esclarecimentos, de fls.753 a 792, onde, ficou esclarecida a situação de cada trabalhador um a um dos quarenta e um trabalhadores citados. As convenções particulares, artigo 123, da Lei 5.172/66, são irrelevantes em razão do fisco.

A fiscalização no Relatório Aditivo, as fls. 799 a 808, esclareceu a questão em relação aos empregados constantes da folha de pagamento, mas omitidos nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP, inclusive, aborda um a um, os trabalhadores citados pela recorrente. Além, disso o agente lançador faz comentários sobre os documentos apresentados pela empresa, as fls. 93; 98; 100; 101; 102; 104 e 107, onde constam outros empregados, porém sem que saiba o que pretende a empresa. Tais esclarecimentos estão, as fls. 807 a 812, onde as devidas retificações se necessárias foram abordadas.

As retificações decorrentes das duas últimas alegações enfrentadas foram descritas, as fls. 813 e 814.

Inicialmente, cabe esclarecer que a fiscalização previdenciária não declara a existência de vínculo empregatício, mas sim avalia se todos os requisitos da relação tributária estão presentes, ainda, que isso possa ser muito próximo ou parecido com a ocorrência de vínculo empregatício, que em verdade é apenas a comprovação da existência de trabalhador empregado para fins de tributação. No caso do Senhor Jose Carlo ficou evidente que até 09/2003 este era sócio da recorrente e que de 10/2003 a 08/2005 ele continuou a exercer suas atividades na empresa recorrente na condição de “gerente” e uma vez existentes todos os

requisitos legais o lançamento deve ser realizado. A fiscalização se fundamentou em robusto rol de provas como citado, no item AF1, as fls. 129. A alegação de que o trabalho é temporário e autônomo não se sustenta, pois como descrito o “gerente” tem poder de mando e decisão e atua em situações não eventuais da empresa, mas sim em situações normais do dia a dia, como gerenciamento de pessoal. Observe-se as decisões abaixo, quanto o enquadramento tributário.

TRIBUTÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – INSS – COMPETÊNCIA – FISCALIZAÇÃO – AFERIÇÃO – VÍNCULO EMPREGATÍCIO. 1. A autarquia previdenciária, por meio de seus agentes fiscais, tem competência para reconhecer vínculo trabalhista para fins de arrecadação e lançamento de contribuição previdenciária. 2. O acórdão recorrido decidiu manter a validade das NFLDs, com base em provas fáticas. Aferir a documentação que instruiu a causa, para efeito de análise do enquadramento de terceirizados como empregados, demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte em vista do óbice da Súmula 7/STJ. Recurso parcialmente conhecido e improvido. (RESP 200602188458, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, 13/10/2008)

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INSS. FISCALIZAÇÃO DE EMPRESA. CONSTATAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO NÃO DECLARADO. COMPETÊNCIA. AUTUAÇÃO. POSSIBILIDADE. REEXAME DO SUBSTRATO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 07/STJ. I - O INSS, "ao exercer a fiscalização acerca do efetivo recolhimento das contribuições por parte do contribuinte, possui o dever de investigar a relação laboral entre a empresa e as pessoas que a ela prestam serviços. Caso constate que a empresa erroneamente descaracteriza a relação empregatícia, a fiscalização deve proceder a autuação, a fim de que seja efetivada a arrecadação" (REsp nº 515.821/RJ, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 25/04/05). II - Destaque-se que remanesce hígida a competência da Justiça do Trabalho na chancela da existência ou não do aludido vínculo empregatício, na medida em que: "O juízo de valor do fiscal da previdência acerca de possível relação trabalhista omitida pela empresa, a bem da verdade, não é definitivo e poderá ser contestado, seja administrativamente, seja judicialmente" (REsp nº 575.086/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 30/03/06). III - O acórdão recorrido, ao dirimir a controvérsia, entendeu que inexistiu prova que afastasse a validade da NFLD, sendo que, para rever tal posicionamento, seria necessário o seu reexame, que serviu de sustentáculo ao convencimento do julgador, ensejando, no caso, a incidência da Súmula nº 07/STJ. IV - Agravo regimental improvido. (AGRESP 200602279329, FRANCISCO FALCÃO, STJ - PRIMEIRA TURMA, 12/04/2007) (grifo meu).

Equivoca-se a recorrente quanto à declaração de inconstitucionalidade das expressões administradores/empresários, autônomos e avulsos declarados inconstitucionais pelo STF. Tal fato se deu no âmbito da Lei 7.787/89. Entretanto, a Lei Complementar – LC 84/96 reintroduziu no mundo jurídico tal exaço e a Lei 9.876/99 com lastro na Emenda

Constitucional 20/98 tratou de disciplinar a contribuição em substituição a LC 84/96. Assim sendo, a contribuição da sócia Ana Beatriz é devida.

O fisco não só alega como prova que a empresa não apresentou diversos dos documentos solicitado, bem como deixou claro o fisco que a empresa não apresentou, inclusive, os livros obrigatórios para provar que a contabilidade é regular. A simples verificação disto pode ser feita, as fls. 748, transcrição do relatório do AI CFL.38. Ter o fisco usado apenas oito dos vinte contratos de prestação de serviços da empresa não gera erro material, pois não se pode considerar o que não foi apresentado.

A lei é bem clara havendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação ou sua apresentação deficiente está autorizado o fisco a proceder ao lançamento por aferição indireta, artigo 33, §§ 3º e 6º, da Lei 8.212/91. Foi o que ocorreu além de não fornecer diversos documentos solicitados, entre elas os livros Diário e Razão, observe-se o relatório fiscal do AI CFL.38, transcrito no Relatório Aditivo. Aliás, as duas jurisprudências transcritas pela recorrente dão amparo a este procedimento, basta ler o que abaixo consta, inclusive, quanto a parte do REFISC.

DEBCAD Nº 37.021.781-0

Apesar de regularmente intima o através do TIAD - Termo de Intimação e Apresentação de Documento em 11.08.2005, a empresa deixou de apresentar os seguintes documentos:

1- Livro Diário e Razão para todo o período fiscalizado, ou seja, anos base 2003 a 2005.

Esclarecemos que a empresa apresentou Livro Caixa nº. 01 com lançamentos das competências de 08/2002 até 12/2003, estando consignado na capa do mesmo o período de 22/08/2003 a 31/12/2002. O Livro Caixa nº. 02 refere-se às competências 01/2004 até 12/2004; Livro Caixa nº. 03 refere-se às competências de 01/2005 até 08/2005.

2- Os Livros Caixas acima citados não apresentam lançamentos de movimentação • financeira, Bancos. Os lançamentos das Folhas de Pagamento são pelo valor líquido, não havendo o lançamento do desconto da contribuição dos empregados, nem salário família, bem como da retenção de 11 %, destacadas na Nota Fiscal, a serem recolhidas pelos tomadores de serviço.

3 - As seguintes Fichas de Registro de Empregados: 01. a 24, 26 a 48, 50 a 55, 57 a 92, 94, 99 a 101, 112 a 128, 130 a 146, 148 a 153, 156, 163, 169 a 177, 180 a 190, 194, 196 a 204, 208, 210, 215 a 220, 237, 245, 249, 251, 252, 260 a 262, 266, 268 a 270, 273 1 275, 285, 294, 309,328.

4- As Notas Fiscais de Prestação de Serviço nº. 1192, 1206, 1207, 1209 e 1210.

5- Os contratos de prestação de serviço com os tomadores relacionados na Planilha "Relação de Tomadores - NFs", elaborada a partir do exame das Notas Fiscais de Serviço apresentadas;

6- O pagamento do Salário-Família é condicionado a apresentação dos seguintes documentos, os quais não foram apresentados: Certidões de Nascimento dos filhos dos segurados empregados, Carteira de Vacinação obrigatória para os dependentes até 7 anos de idade e comprovante de frequência à

escola para os dependentes com idade a partir de 7 anos até 14 anos.

7- Deixou de apresentar em arquivo magnético, os sistemas e arquivos utilizados para o registro de negócios e atividades econômicas, escrituração de livros ou produção de documentos de natureza contábil, fiscal, trabalhista e previdenciária.

"FISCALIZAÇÃO INDIRETA. DESCABIMENTO. DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA DISPONÍVEL.

*1. Não se justifica a realização de fiscalização indireta (arbitramento) se estão à disposição da autarquia previdenciária os elementos necessários a fiscalização documental. A **fiscalização indireta somente justifica-se na ausência de documentos necessários aos levantamentos, bem como diante da recusa no fornecimento da documentação ou na ocultação da mesma.** 2. *Apelação improvida.*" (TRF 4ª Região – 1ª T. AC. 96.04.21791/RS, rei. Juiz José Germano da Silva, dez/1999, DJU de 26.01.2000.)*

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PAGAMENTO. OBRA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AFERIÇÃO INDIRETA. ATUALIZAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. TRD. IPC.

*1. Somente prova contundente de pagamento pode afastar a presunção de liquidez e certeza do crédito regularmente inscrito em dívida ativa. 2. A empresa não possuía escrituração contábil e deixou de recolher as contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários, relativos à construção de uma obra. **Por falta de prova regular e formalizada o débito foi apurado por aferição indireta, e este procedimento encontra-se em plena consonância com a legislação em vigor, artigo 33, §4, da lei 8.212/91 e no artigo 148 do CTN.** (TRF 4ª Região, 2ª T., unânime, AC 2000.04.01.00007526-4/RS, Rei. Juiz Alcides Vettorazzi, out/2001). (avivado por mim).*

No presente lançamento não foi utilizada prova ilícita o fisco estava atuando com base em Mandado de Procedimento Fiscal – MPF e Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD solicitou as empresas fiscalizadas na diligência o fornecimento de documentos e estes foram fornecidos, sendo irrelevante, caso se referirem a uma terceira pessoa, pois aquele que os forneceu os detinha de forma lícita e regular e nos termos do artigo 197, da Lei 5.172/66, os apresentou. Além do mais, ainda, que faltasse o MPF não haveria irregularidade, nos termos da decisão abaixo, embora esta não seja a situação dos autos.

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. CSLL. IMPOSSIBILIDADE. TÍTULO DA DÍVIDA ATIVA LÍQUIDO E CERTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A Apelante alega que o ano de 1999 não poderia ter sido fiscalizado pela autoridade administrativa, por não se encontrar descrito no Mandado de Procedimento Fiscal que impulsionou a fiscalização fazendária; 2. O lançamento tributário é obrigação da autoridade fiscal, ao detectar infração à legislação tributária,

pois se trata de atividade administrativa vinculada, sob pena, inclusive, de responsabilidade funcional, nos termos do art. 142, do CTN; 3. Impossibilidade de se vincular lançamento tributário a outro ato de cunho meramente administrativo; 4. Inexistência de mácula no Procedimento Administrativo Fiscal, que obedeceu plenamente aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, e possui todos os demais elementos essenciais de validade. Apelação improvida.(AC 200585000058685, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, TRF5 - Terceira Turma, DJ - Data::31/07/2008 - Página::426 - Nº::146.) (meu grifo)

O recolhimento de tributo que tenha como base de cálculo o faturamento não desobriga nenhuma empresa a recolher a contribuição previdenciária, salvo nos casos, onde, hoje, foi admitida a desoneração da folha de pagamentos, substituindo a base folha pela base faturamento. O que, também, não é a situação destes autos. Ficou demonstrado em outras passagens que a recorrente não só deixou declarar trabalhadores em sua GFIP, bem como os declarou com remuneração a menor, o que fez surgir as diferenças lançadas, sem considerar a diferenças de FPAS.

A questão da primariedade, inexistência de agravantes, pedido de relevação ou atenuação e correção da falta é instituto que só se aplica em Auto de Infração, em razão do descumprimento de obrigação acessória, nos termos do artigo 291, do Regulamento da Previdência Social – RPS, apenso ao Decreto 3.048/99, pois refere-se, exclusivamente, as penalidades.

A Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD exige, somente, a contribuição previdenciária, ou seja, o tributo propriamente dito, a obrigação principal, sendo, assim inaplicável a ela tal instituto e até porque a correção da falta neste caso só se daria pelo recolhimento da contribuição, o que extinguiria o crédito pelo pagamento, artigo 156, I, da Lei 5.172/66, o que faria com que não seria necessário o presente processo administrativo fiscal. Assim, não há razão para aplicar a Súmula 473 do STF, pois nada há para corrigir no presente lançamento, as falhas existente foram expurgadas pelo julgamento *a quo*.

A notificação foi constituída sobre o império da lei, se alguém violou tal império foi a recorrente com sua conduta, pois não atendeu aos requisitos da Lei 6.019/74. Não atendendo as leis fiscais quando da ocorrência do procedimento fiscal.

Posto isto, esclarecidas as situações acima rejeito as preliminares de nulidade e afasto todas as alegações de mérito, pois improcedentes.

Recomenda-se a autoridade fiscal da DRF origem que sejam expedidas Representações Administrativas ao órgão local da DRT – MTb; do Ministério Público do Trabalho - MPT e do Ministério Público Federal - MPF para que estes verifiquem a ocorrência, em tese, de possíveis, irregularidade ou ilícitos em suas, respectivas, áreas de atuação, caso, ainda, não se tenha adotado tais providências pela autoridade local.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do recurso, para no mérito negar-lhe provimento.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por EDUARDO DE OLIVEIRA em 25/04/2013 17:52:50.

Documento autenticado digitalmente por EDUARDO DE OLIVEIRA em 14/05/2013.

Documento assinado digitalmente por: HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA em 14/05/2013 e EDUARDO DE OLIVEIRA em 14/05/2013.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 18/10/2019.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Legislação e Processo".

3) Selecione a opção "e-AssinaRFB - Validar e Assinar Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP18.1019.09481.X4E3

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha1:
771D499168B002E5AE3AA896E645C2467B0C27CD