



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

Processo n° 10665.000054/2011-76
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2803-002.587 – 3ª Turma Especial
Sessão de 13 de agosto de 2013
Matéria CP: REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO e SEGURO DE ACIDENTES DO TRABALHO – SAT/GILRAT/ADICIONAL e TERCEIROS.
Recorrente SOCIEDADE EDUCACIONAL VETOR LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2006 a 01/01/2009

AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. LANÇAMENTO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA.

LANÇAMENTO BASEADO EM PRESUNÇÕES. INOCORRÊNCIA. FATOS DEMONSTRADOS. PROVAS NOS AUTOS. CESSÃO DE TRABALHADORES DE EMPRESA TRIBUTADA VIA SIMPLES PARA EMPRESA COM TRIBUTAÇÃO GERAL. VIOLAÇÃO À LEGALIDADE E A NORMA TRIBUTÁRIA.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para que seja implementada pelo órgão local a retificação do crédito nos termos do Relatório Fiscal Complementar elaborado e emitido no curso do processo administrativo fiscal 10665.000053/2011-21 apresentado pela empresa junto ao recurso.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

Processo nº 10665.000054/2011-76
Acórdão n.º **2803-002.587**

S2-TE03
Fl. 202

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

CÓPIA

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra dois Autos de Infração – AI - DEBCAD 37.023.107-4, que objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias não adimplidas pelo empregador, relativas a parte patronal, decorrentes da remuneração/retribuição/honorários/rendimentos pagos, devidos ou creditados aos trabalhadores que lhes prestaram serviços, bem como o AI – DEBCAD 37.023.108-2, que objetiva o lançamento das contribuições destinadas aos terceiros – outras entidades e fundos, conforme Relatório Fiscal do Auto de Infração, de fls. 30 a 33, com período de apuração, de 03/2006 a 12/2008, conforme Termo e Início de Ação Fiscal - TIAF , de fls. 34 a 35.

O sujeito passivo foi cientificado das autuações, em 15/02/2011, conforme Folha de Rosto do Auto de Infração – AI, de fls. 04 e 17.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, em 16/03/2011, conforme carimbo de recepção, de fls. 77, a defesa está acostada, as fls. 77 a 89, acompanhada dos documentos, de fls. 90 a 166.

A defesa foi considerada tempestiva, as fls. 168 e 169.

O órgão julgador de primeiro grau prolatou o Acórdão Nº 02-33.845 - 8ª Turma da DRJ/BHE, em 10/08/2011, fls. 173 a 177, sendo a impugnação considerada improcedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 31/08/2011, conforme Intimação e AR, de fls. 179 e 179v.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário petição de interposição, as fls. 180, recebido, em 28/09/2011, carimbo de recepção, as fls. 180, com razões recursais, as fls. 181 a 189, acompanhado dos documentos, de fls. 190 a 197.

As razões recursais resumidas são as seguintes.

Preliminarmente.

- que como resultado da ação fiscal dois processos foram constituídos nºs 10665.000053/2011-21 e 10665.00005/2011-764, sendo que no julgamento do primeiro foi realizada diligência a pedido da DRJ, a qual gerou um relatório fiscal complementar, resultando em uma planilha de retificação para cada débito, mas a decisão *a quo* não implementou tal retificação;

Mérito.

- que o lançamento foi efetuado com base em meras presunções, uma vez que o agente fiscal concluiu que as aulas ministradas fossem de ensino médio, mas sem base para tal;

- que cabe ao fisco demonstrar a ocorrência do fato gerador para poder exigir o imposto, cita doutrina, devendo o fisco fazer a prova em toda a sua extensão, pois lançamento baseado apenas na existência de outra pessoa jurídica, se releva incorreto por ser mera presunção, suposição ou indício, devendo a fraude ser necessariamente comprovada;
- que a recorrente é empresa que presta serviço de ensino médio e com tributação normal foi acusada de registrar parte de seus professores na Status empresa que presta serviços de ensino fundamental e que é tributada pelo SIMPLES Nacional, que a separação em duas empresas tem apenas a finalidade gerencial de maior controle, porém por equívoco a recorrente registrou alguns professores como de ensino médio apesar de serem de ensino fundamental, conforme comprovam os diários de classes, sendo que desta forma aqueles professores mantêm registros regulares com a STATUS, devendo serem tributados via simples;
- que foi juntado aos autos cópias do LRF para que se possa comparar as rubricas com as dos diários de classe, demonstrando que são professores do ensino fundamental, não podendo os salários destes professores comporem a base de cálculo do lançamento, pois tributado via SIMPLES, uma vez que não são do ensino médio;
- que o agente lançador relacionou três funcionárias como cedidas, porém as três ao funcionárias da empresa STATUS nada tendo a ver com a recorrente, como demonstram seus registro profissionais anexo à impugnação, devendo seus salários serem glosados da base de cálculo deste AI;
- que em relação aos funcionários Fabiano; Luciana e Viviane a situação é idêntica a supramencionada, ou seja, os três têm vínculos com a Status e a recorrente e recebiam parte de seus salários pela Status em razão das aulas de ensino fundamental e parte da recorrente em razão das aulas de ensino médio, sendo que pela Status o recolhimento se dá pelo simples e pela recorrente lucro presumido, juntando-se a este os diários de classe e os registros funcionais para comprovar as rubricas, qual outra razão haveria para que estes tivessem registro em ambas as empresas, senão provar as atividades distintas ensino médio e fundamental, cabendo a exclusão dos salários destes da base de cálculo do AI;
- que mais uma irregularidade se pode verificar, pois ao dizer que o funcionário Fabiano teve seu salário fracionado entre a Status e a recorrente e passa a exigir todo esse como base de cálculo no AI, acaba por fazer incidir dupla tributação na parte da recorrente, pois já recolhido, conforme demonstra as tabelas, não podendo tal salário no período de 07/2007 a 12/2008 fazer parte do AI, mormente quando demonstrado que este foi desligado da empresa em 01/02/2008;

- que a legislação não veda a opção pelo simples em ensino fundamental, o que violaria princípios constitucionais como o da capacidade contributiva e o da vedação de tributo confiscatório;
- No pedido espera e requer: a) conhecimento e provimento do recurso com a revisão da decisão *a quo* anulando-se a exigência de contribuições previdenciárias e encargos moratórios, tanto pela preliminar como em mérito.

O órgão preparador não se manifestou quanto à tempestividade do Recurso Voluntário.

Os autos foram remetidos ao CARF, fls. 200.

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

Nestes autos, exclusivamente, materializa-se o processo 10665.000054/2011-76, que engloba os DEBCAD's 37.023.107-4 e 37.023.108-2.

Preliminares.

Não há nos autos informação que possam corroborar a afirmação do contribuinte quanto a lavratura de dois processos distintos na mesma ação fiscal, salvo a sua própria afirmação e os documentos, de fls. 193 a 197, juntando na fase recursal.

Observa-se do documento, acima, mencionado, que o mesmo cuida de Relatório Fiscal Complementar elaborado a pedido da DRJ no curso do processo 10665.000053/2011-21.

O agente lançador no item 5 e 6 do relatório complementar diz textualmente, que o processo 10666.000054/2011-76 deve ser retificado, veja a transcrição, abaixo, sendo que, as fls. 197, apresenta a planilha de retificação.

5. Nesta mesma ação fiscal foi emitido o Auto de Infração do Processo 10665.000054/2011-76, relativo aos DEBCAD 37.023.107-4 e 37.023.108-2. Este processo refere-se ao período de vigência do "SIMPLES NACIONAL", ou seja, de 07/2007 a 12/2008. Da mesma forma, o débito referente as remunerações pagas aos professores Fabiano, Luciana e Viviane deverá ser excluído deste Auto de infração.

6. Apresentamos em anexo o demonstrativo para retificação dos débitos (FORCED) relativos aos processos 10665.000053/2011-21 e 10665.000054/2011-76.

Contudo, a DRJ não implementou nestes autos tal retificação.

Aliás, essa providência seria impossível nestes autos e a razão é simples.

A diligência foi solicitada no curso de outro processo o de número 10665.000053/2011-21, sendo que o relatório fiscal complementar que a respondeu está datado de 01/09/2011, logo com o Acórdão deste processo foi prolatado em 10/08/2011, ou seja, quarenta dias antes, não havia como fazer tal retificação, haja vista que a informação não existia, quando estes autos foram julgados, não havendo aí irregularidade, absurdo ou qualquer outra pecha a macular o acórdão como prolatado, uma vez que o julgador de primeiro grau apenas deu efetividade ao devido processo legal e o artigo 36, do Decreto 70.235/72 veda a reconsideração da decisão de primeira instância, assim, nada mais podia o julgador *a quo* fazer.

Mérito.

Ficou demonstrado tanto no relatório fiscal, bem como na decisão de primeiro grau, que o lançamento este lastreado em provas.

A uma, por que os funcionários que o fisco entendeu como cedidos da Status para a Vetor constam da planilha elaborada pela própria empresa e fornecida pelo representante legal da Status, fls. 75, sendo que as informações de salários foram obtidas nas Relações de Trabalhadores do Arquivo SEFIP da empresa Status 11/2007; 05/2008; 12/2008, fls. 46 a 57, Recibos de Pagamento de Salário, 08/2007; 12/2007; 05/2008; 11/2008; 12/2008; fls. 62 a 69, conforme item, 9 do REFISC, bem como o agente não conclui que as aulas eram de ensino médio, mas sim que os documentos comprovam isso.

Aliás, a já citada planilha, de fls. 75, elaborada e fornecida pela empresa Status afirma isso, basta ler o campo função.

O fato gerador da contribuição previdenciária é de simples verificação, haja vista que cuida da mera prestação de serviços efetiva ou potencial ao tomador do serviço, não dependendo do momento do pagamento da remuneração/retribuição/rendimentos/honorários e outros, pois este é mero elemento quantitativo para fixação da base de cálculo do tributo.

Assim sendo, evidenciada a utilização da mão de obra de forma efetiva ou potencial ter-se-á a subsunção do fato a norma e nasce a obrigação tributária, sendo neste autos bem clara tal relação. Aliás, as GFIP e recibos de pagamento demonstram isso.

Foi a própria empresa Status que informou que os professores da lista fornecida são cedidos para a Vetor, embora registrados na primeira, como consta da observação no pé da listagem.

Como bem asseverou os Acórdão de primeiro grau os diários de classe (cópia simples) nada provam.

A uma, por que não se referem ao período do lançamento, este vai de 07/2007 a 12/2008 e os diários são de 2006.

A duas, por que muitos não identificam os professores, pois só possuem o primeiro nome.

Além do que foi dito, sobre os diários de classe e dos registros de empregados juntados aos autos (cópias simples), alguns contêm informação genérica sobre o cargo, fls. 98 a 103, como sendo professor de História, Física, Química e Matemática, ou seja, tanto podem ministrar aulas no ensino médio, bem como no fundamental.

Nos documentos, de fls. 104 a 106, tem-se coordenadora educacional; serviços gerais e secretária, porém na planilha, de fls. 75, as funções estão descritas como sendo, respectivamente, orientador de ensino; servente escolar e recepcionista, funções genéricas, mas que a Status informou serem prestadas a favor da Vetor.

A três funcionárias estão declaradas como colaboradoras da Vetor e os documentos juntados não informam isso, neste caso aplica-se o regra do artigo 147, § 1º, da Lei 5.172/66.

No que tange aos trabalhadores Fabiano, Luciana e Viviane o agente lançador em seu REFISC complementar como supramencionado determinou a exclusão desses dos presentes autos, assim as alegações quanto a estes estão prejudicadas e não serão analisadas.

No presente caso não se está proibindo a opção do simples nesta ou naquela atividade, mas apenas exigindo da empresa que não é beneficiária do Sistema SIMPLES e que usa trabalhadores cedidos por empresa do simples para reduzir sua carga tributária de forma indevida, que pague a diferença de contribuição.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por conhecer do recurso para no mérito dar-lhe provimento parcial para que seja implementada pela órgão local a retificação do crédito nos termos do Relatório Fiscal Complementar elaborado e emitido no curso do processo administrativo fiscal 10665.000053/2011-21 apresentado pela empresa junto ao recurso.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.