



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

Processo nº 10670.003379/2008-36
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2402-002.738 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de maio de 2012
Matéria ARBITRAMENTO DE CONTRIBUIÇÕES. TERCEIROS
Recorrente FREITAS SOUZA & SOUZA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/12/2007

CONTRIBUIÇÃO PARA TERCEIROS. ARRECADAÇÃO.

A arrecadação das contribuições para outras Entidades e Fundos Paraestatais deve seguir os mesmos critérios estabelecidos para as contribuições Previdenciárias (art. 3º, § 3º da Lei 11.457/2007).

CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADO EMPREGADO. OCORRÊNCIA FÁTICA.

Quando o Fisco constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as características de segurado empregado, previstas na Legislação, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar seu correto enquadramento. Os segurados preenchem os requisitos do art. 12, inciso I, alínea “a”, da Lei 8.212/1991.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. COMPETÊNCIA. DISCUSSÃO EM FORO ADEQUADO.

O foro adequado para discussão acerca da exclusão da empresa do tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, na apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação (SIMPLES-Nacional) é o respectivo processo instaurado para esse fim. Descabe em sede de processo de lançamento fiscal de crédito tributário o exame dos motivos que ensejaram a emissão do ato de exclusão.

É competente a Primeira Seção do CARF para julgar recursos contra decisão de primeira instância que tenha decidido sobre exclusão do SIMPLES/SIMPLES NACIONAL.

AFERIÇÃO INDIRETA. PREVISÃO LEGAL.

Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Fiscalização da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputar devida, cabendo ao contribuinte o ônus da prova em contrário.

CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Se o Relatório Fiscal e as demais peças dos autos demonstram de forma clara e precisa a origem do lançamento, não há que se falar em nulidade pela falta de obscuridade na caracterização dos fatos geradores incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados empregados e contribuintes individuais.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do recurso para, na parte conhecida, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator. Quanto à parte não conhecida, por se tratar de ato declaratório de exclusão do SIMPLES NACIONAL, a matéria deverá ser examinada pela Primeira Seção deste CARF, órgão ao qual deverão ser imediatamente remetidos os presentes autos.

Julio Cesar Vieira Gomes - Presidente.

Ronaldo de Lima Macedo - Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Ewan Teles Aguiar.

Relatório

Trata-se de lançamento fiscal decorrente do descumprimento de obrigação tributária principal, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados, concernente às contribuições destinadas a outras Entidades/Terceiros (Salário-educação/FNDE, SESC, SENAC, INCRA e SEBRAE), para as competências 07/2007 a 13/2007.

O Relatório Fiscal (fls. 16/21) informa que os fatos geradores das contribuições lançadas decorrem das remunerações pagas e/ou creditadas aos segurados empregados delineados nas planilhas de fls. 23/41 (processo 10670.003373/2008-69). Esses segurados eram considerados pela empresa como contribuintes individuais (autônomos) ou arrendatário das instalações do empreendimento (nome fantasia “Studio de Beleza Chez Marie”) e foram considerados como empregados, pois haveria os requisitos do vínculo empregatício.

Os valores lançados foram apurados por meio do levantamento “AFI” - Remuneração aferida, após à exclusão do SIMPLES, com base na média dos valores mensais pagos.

Esse Relatório Fiscal informa ainda que os segurados caracterizados como empregados exerciam as seguintes atividades: manicure, escovista, esteticista e cabeleireira.

A empresa foi optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas - SIMPLES até 30/06/2007 e por força da Lei Complementar 123/2006, a mesma encontrava-se na situação de optante pelo Simples Nacional a partir de 07/07/2007 (item 5 do Relatório Fiscal, fls. 16).

A empresa deixou de apresentar o Livro Caixa e as folhas de pagamento de todos segurados, e apresentou as Guias de Recolhimentos do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social (GFIP's) sem incluir a maioria dos segurados que prestaram serviços no período fiscalizado (item 6 do Relatório Fiscal, fls. 16). Por esses motivos, foi lavrada, em 12/06/2008, a Representação Fiscal para exclusão do Simples, considerando que, em tese, a empresa incorreu em hipóteses de exclusão prevista no artigo 29, incisos VIII e XII, da Lei Complementar 123/2006, combinado com o artigo 5º, incisos VIII e XIV, da Resolução CGSN nº 15, de 23/07/2007. Em 17/06/2008, foi expedido pela Delegacia da Receita Federal de Montes Claros, o Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 01/2008, com efeitos a partir de 01/07/2007, e em 02 de julho de 2008 foi dada ciência ao contribuinte do ato de exclusão e solicitado ao setor competente o seu registro no Portal do Simples Nacional na Internet, em atendimento ao disposto no artigo 4º, da Resolução CGSN nº 15/2007.

A ciência do lançamento fiscal ao sujeito passivo deu-se em 24/07/2008 (fls.01).

A autuada apresentou impugnação tempestiva (fls. 30/40) – acompanhada de anexos de fls. 41/53 –, alegando, em síntese, que:

1. Preliminarmente. Argui cerceamento de defesa, sob o fundamento de que a Autarquia não logrou êxito em demonstrar que a realidade fática dá ensejo ao fato gerador de contribuições previdenciárias que é objeto do AI ora impugnado, visto que o acervo probatório reunido pela Autarquia não leva à conclusão de que os trabalhadores mantiveram vínculo empregatício com a autuada, e sim, de que prestaram serviços de forma autônoma;
2. No mérito. Argui inexistência de relação de emprego e de apropriação indébita,, sob os seguintes fundamentos: (i) excetuando aquelas pessoas que foram devidamente registradas como empregados da empresa autuada (docs. anexos), todas as demais supostamente consideradas no relatório do auditor fiscal jamais tiveram qualquer relação de emprego com a empresa autuada; (ii) a empresa autuada consiste em uma microempresa, simples saldo de beleza, que conta com a ajuda de alguns empregados e de vários autônomos/prestadores de serviços; (iii) os referidos prestadores de serviços/autônomos tinham e têm autonomia, atendiam e atendem seus próprios clientes, usavam e usam seus próprios instrumentos de trabalho, apenas utilizando o espaço cedido pela autuada; (iv) a necessidade permanente da empresa era suprida por aqueles que eram e são de fato empregados da autuada; (v) eventual controle de jornada (seja por meio de atestados médicos, carta de advertência, etc) se de fato foi realizada pela empresa autuada, foi tão somente em relação aos empregados da empresa e não aos referidos prestadores de serviços/autônomos; (vi) a cláusula quarta item “b” constante do contrato de arrendamento invocada pelo auditor, por si só, não tem o condão de caracterizar subordinação entre as partes. Isso porque o simples fato do referido dispositivo determinar quem devem ser observados os dias e horários de funcionamento do Studio de Beleza Chez Marie, não implica em controle da jornada de trabalho dos prestadores de serviços/autônomos e nem mesmo poderia. Como cediço, é o cliente e não o dono do estabelecimento que escolhe e marca o horário em que pretende ser atendido; (vii) assim, pela própria natureza do serviço, é impossível dizer se havia controle de jornada e/ou subordinação sobre os prestadores de serviço por parte da autuada; (viii) a referida cláusula deve ser interpretada de forma que se entenda que o prestador de serviço/autônomo, ao organizar a sua agenda, deve se ater aos horários de funcionamento da empresa autuada, isto é, considerando que a empresa autuada fecha suas portas aos domingos, o prestador de serviços não poderá lá comparecer em tal dia, ou seja, não poderá marcar de atender um cliente no domingo; (ix) pelo exposto, na relação havida com a autuada inexistia qualquer indício de subordinação, exclusividade e, até mesmo, salário, pois como dito, o valor repassado a tais prestadores/autônomos advinha da quantia paga pelos clientes dos mesmos (dos autônomos), sendo certo que o restante do valor era repassado à empresa autuada como forma de indenizá-la pelo espaço utilizado pelo prestador de serviço, não há falar em “configuração de relação de emprego entre o contribuinte e os trabalhadores”; (x) conforme faz prova a documentação adunada a esta defesa, bem como os documentos que foram apresentados ao auditor fiscal, no momento da indigitada autuação, a empresa autuada

CÓPIA

sempre que reteve, também repassou ao órgão público a contribuição previdenciária dos seus empregados; (xi) e, no tocante aos prestadores de serviço, embora, recolhidas mediante carnês de GPS de titularidade dos referidos autônomos, certo é que também em relação a estes o INSS recebeu a contribuição devida. Como bem se vê das guias de GPS, nessa oportunidade juntadas aos autos, a empresa autuada, durante o período compreendido entre janeiro/2006 a maio/2007, reteve e repassou ao INSS, através de carnês de autônomos de titularidade dos próprios prestadores de serviços/autônomos, o valor correspondente às contribuições previdenciárias de seus prestadores de serviços. Ocorre que a partir de maio/2007, os mencionados autônomos/prestadores de serviços optaram por recolherem eles mesmos os valores das contribuições previdenciárias, motivo pelo qual, desde então, a autuada deixou de reter os referidos valores;

3. Quanto à exclusão do SIMPLES, alega nulidade da decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Montes Claros, por violação aos incisos LIV e LV do artigo 5º da CF e bem assim aos princípios fixados pelo artigo 37 da CF, sendo os quais deve pautar-se a Administração Pública, bem como que as Leis Complementares 123/2006 e 127/2007 e a Resolução do CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, que vinculam as regras relativas ao processo de exclusão do Simples Nacional, padecem de notória inconstitucionalidade;
4. Por último, pugna pelo cancelamento do AI e do Termo de Exclusão do Simples Nacional; protesta pela produção de todos os meios de provas em direito admitidos, máxime, depoimento pessoal do Fiscal Autuante, oitiva de testemunhas, juntadas de documentos, perícia, etc; sob pena de caracterizar-se cerceamento de defesa; requer que avisos, intimações, notificações, etc, sejam remetidos para o Escritório de Advocacia dos procuradores da Autuada, situado na Rua Buenos Aires nº 31, Centro, Montes Claros/MG, CEP 39400-088.

Posteriormente, foi emitido o Relatório Complementar (fls. 62/64), encaminhado ao contribuinte e a seus procuradores, por via postal, consoante Aviso de Recebimento(AR), juntados às fls. 68/69.

Também foi juntado a impugnação (fls. 74/76) relativa ao relatório complementar, argumentando, em síntese, o que segue: (i) basta uma simples análise do Relatório Fiscal Complementar para se verificar que o mesmo foi elaborado em flagrante cerceamento de defesa, eis que sequer descreve qual seria a diligência interna requisitada pela Sétima Turma de Julgamento da DRJ/BHE; e (ii) ora, como a Autuada pode se defender se nem sequer sabe que novas informações teriam sido solicitadas, registrando os seguintes termos: “(...) Ademais, vale ressaltar que é impossível, in casu, a aplicação do artigo 33 da Lei 8.212, bem como do Decreto 3.048, como capciosamente pretende o auditor fiscal. Isso porque a aferição indireta é uma técnica criada pelo legislador de caráter excepcional, a ser utilizada apenas naquelas hipóteses em que não se vislumbrar outras formas de se sanar as irregularidades constatadas na escrita contábil do contribuinte. Ocorre, entretanto, que o caso dos autos não se encaixa em nenhuma dessas exceções, seja porque foi entregue ao auditor fiscal toda a documentação necessária à fiscalização, seja porque os supostos documentos

faltantes, na verdade, são inexistentes (...)”. No mais, reitera os fatos e argumentos aduzidos na defesa inicial, protestando pelo cancelamento do AI em referência.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Belo Horizonte/MG – por meio do Acórdão nº 02-24.119 da 7ª Turma da DRJ/BHE (fls. 78/83) – considerou o lançamento fiscal procedente em sua totalidade, eis que ele encontra-se revestido das formalidades legais, tendo sido lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto.

A Notificada apresentou recurso voluntário (fls. 87/100), manifestando seu inconformismo pela obrigatoriedade do recolhimento dos valores lançados e no mais efetua repetição das alegações da peça de impugnação.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em Montes Claros/MG encaminha os autos ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para processo e julgamento (fls. 101).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Relator

O recurso é tempestivo (fls. 84/87) e não há óbice, em parte, ao seu conhecimento.

No presente lançamento fiscal ora analisado, constam as contribuições devidas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração dos segurados caracterizados como empregados, relativas às contribuições destinadas a outras Entidades/Terceiros (Salário-educação/FNDE, SESC, SENAC, INCRA e SEBRAE), para as competências 07/2007 a 13/2007.

Esclarecemos que a empresa foi excluída do sistema de tratamento tributário diferenciado “SIMPLES NACIONAL”, por meio de ato próprio, no qual foi expedido o Termo de Exclusão do Simples Nacional (TESN) nº 01, de 17/06/2008, pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Montes Claros/MG (fls. 30/32, processo 10670.003373/2008-69).

Como os motivos fáticos e jurídicos da exclusão da empresa do “SIMPLES NACIONAL” estão devidamente registrados no Termo de Exclusão do Simples Nacional (TESN) nº 01, de 17/06/2008 (fls. 30/32, processo 10670.003373/2008-69), iremos afastar e não conhecer todos os motivos que fundamentam o pleito de declaração de ilegalidade ou nulidade do aludido TESN, que não está em julgamento nesta oportunidade, pois este não é o momento ou o local oportuno para analisar essas matérias. O foro adequado para a discussão dessas matérias deverá ser o respectivo processo instaurado para esse fim e não o presente processo de lançamento fiscal de crédito previdenciário oriundo de uma obrigação tributária principal.

Com isso, a decisão desta Turma da Corte Administrativa (CARF) vai restringir-se exclusivamente às demais questões que não dizem respeito ao âmbito da matéria da sua exclusão do sistema de tratamento tributário diferenciado “SIMPLES NACIONAL”.

Esse entendimento está consubstanciado nos artigos 2º e 3º do Regimento Interno do CARF – Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 –, que estabelecem as atribuições (competências) específicas de cada órgão dessa Corte Administrativa.

Regimento Interno do CARF - Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009:

Art. 2º. À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

(...)

V - exclusão, inclusão e exigência de tributos decorrentes da aplicação da legislação referente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das

Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES) e ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação (SIMPLES-Nacional);

.....

Art. 3º. À Segunda Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

(....)

IV - Contribuições Previdenciárias, inclusive as instituídas a título de substituição e as devidas a terceiros, definidas no art. 3º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007;

Dessas regras do Regimento Interno do CARF, retromencionadas, percebe-se, então, que os processos de exclusão do SIMPLES/SIMPLES NACIONAL e os processos de lançamentos de contribuições previdenciárias são apreciados por órgãos julgadores distintos, em atendimento ao princípio da especialidade.

De fato, constata-se que há correlação e dependência entre a controvérsia que se discute especificamente no lançamento da contribuição social previdenciária (relação obrigacional principal) e a matéria referente ao enquadramento no SIMPLES/SIMPLES NACIONAL, uma vez que essa última matéria, sendo favorável ao Recorrente, arrastará para a mesma conclusão todos os processos de constituição de créditos tributários.

A decisão de primeira instância foi no sentido de julgar o lançamento fiscal procedente. Segue transcrição da Ementa:

“ENQUADRAMENTO DE TRABALHADOR NA CATEGORIA DE SEGURADO EMPREGADO.

Constatada a presença dos requisitos da relação de emprego estabelecidos na legislação, o trabalhador deverá ser enquadrado na categoria de empregado, para fins de apuração das contribuições devidas à Previdência Social e a outras entidades e fundos, independentemente do vínculo pactuado entre a empresa e o trabalhador.

AFERIÇÃO INDIRETA.

Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Fiscalização da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputar devida, cabendo ao contribuinte o ônus da prova em contrário.

EXCLUSÃO DO SIMPLES

A empresa que não cumpre os requisitos estabelecidos na legislação do SIMPLES será dele excluído.

(...)

Impugnação Improcedente”

Portanto, com relação ao enquadramento no SIMPLES/SIMPLES NACIONAL, não farei apreciação nem exame dessa matéria, pois não se trata de matéria pertinente à análise dessa Turma julgadora do CARF (2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção). No entanto, sinalizo no sentido que fique sobrestada esta decisão até a decisão definitiva sobre o enquadramento da empresa no SIMPLES/SIMPLES NACIONAL, o qual deverá ser analisado pela Primeira Seção do CARF.

Diante desse quadro, faremos análise apenas das matérias que não dizem respeito da sua exclusão do sistema “SIMPLES NACIONAL”.

DAS PRELIMINARES:

A Recorrente alega que não consta no lançamento fiscal a necessária e adequada descrição dos fatos e motivação da autuação, existindo dúvidas quanto ao lançamento, o qual, diante de tais irregularidades, deve ser declarado nulo.

Tal alegação não será acatada, pois os elementos probatórios que compõem os autos são suficientes para a perfeita compreensão do fato gerador das contribuições sociais lançadas, que foram as contribuições destinadas a outras Entidades/Terceiros (Salário-educação/FNDE, SESC, SENAC, INCRA e SEBRAE), em que a base de cálculo foi apurada pela técnica de aferição indireta (arbitramento).

Os valores das contribuições sociais previdenciárias decorrem das remunerações pagas ou creditadas aos segurados caracterizados com empregados e foram devidamente delineados nas planilhas de fls. 23/41 (processo 10670.003373/2008-69).

Verifica-se ainda que o lançamento fiscal ora analisado atende aos pressupostos essenciais para sua lavratura, contendo de forma clara os elementos necessários para a sua configuração e caracterização. Com isso, não há que se falar em vícios no lançamento fiscal, eis que estão estabelecidos de forma transparente nos autos (fls. 01/64) todos os seus requisitos legais, conforme preconizam o art. 142 do CTN, o art. 37 da Lei 8.212/1991 e o art. 10 do Decreto 70.235/1972, tais como: local e data da lavratura; caracterização da ocorrência da situação fática da obrigação tributária (fato gerador); determinação da matéria tributável; montante da contribuição previdenciária devida; identificação do sujeito passivo; determinação da exigência tributária e intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 dias; disposição legal infringida e aplicação das penalidades cabíveis; dentre outros.

Lei 5.172/1966 – Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Lei 8.212/1991:

Documento assinado digitalmente conforme Lei 8.212/1991, de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 20/06/2012 por RONALDO DE LIMA MACEDO, Assinado digitalmente em 20/06/2012 por RONALDO DE LIMA MACEDO, Assinado digitalmente em 16/07/2012 por JULIO CESAR VIEIRA GOMES
Impresso em 17/07/2012 por SELMA RIBEIRO COUTINHO - VERSO EM BRANCO

Art. 37. Constatado o não-recolhimento total ou parcial das contribuições tratadas nesta Lei, não declaradas na forma do art. 32 desta Lei, a falta de pagamento de benefício reembolsado ou o descumprimento de obrigação acessória, será lavrado auto de infração ou notificação de lançamento.

Nesse mesmo sentido dispõe o art. 10 do Decreto 70.235/1972:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

O Relatório Fiscal (fls. 16/21) e seus anexos (fls. 01/15 e 22/28), complementados pelo Relatório de fls. 62/64, são suficientemente claros e relacionam os dispositivos legais aplicados ao lançamento fiscal ora analisado, bem como descrevem o fato gerador da contribuição devida. A fundamentação legal aplicada encontra-se no Relatório de Fundamentos Legais do Débito - FLD (fls. 12/13), que contém todos os dispositivos legais por assunto e competência. Há o Discriminativo Analítico de Débito (DAD), que contém todas as contribuições sociais devidas, de forma clara e precisa (fls. 04/05). Ademais, constam outros relatórios que complementam essas informações, tais como: Discriminativo Sintético do Débito (DSD), fls. 06; Relatório de Lançamentos (RL), fls. 07; cópias de atestados médicos com justificativa de faltas e/ou atrasos, carta de advertência por ausência do horário de trabalho e termo de rescisão do contrato de trabalho (fls. 33/88, processo 10670.003373/2008-69); dentre outros. Esses documentos, somados entre si, permitem a completa verificação dos valores e cálculos utilizados na constituição do crédito tributário.

Além disso – no Termo de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD (fls. 22/26) e no Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal - TEPF (fls. 27/28) –, todos assinados por representantes da empresa, constam a documentação utilizada para caracterizar e concretizar a hipótese fática do fato gerador das contribuições lançadas e a informação de que o sujeito passivo recebeu toda a documentação utilizada para caracterizar os valores lançados no presente lançamento fiscal. Posteriormente, isso foi confirmado pelo Relatório Fiscal de fls. 16/21.

Com isso, ao contrário do que afirma a Recorrente, o lançamento fiscal foi lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam a matéria, tendo o agente fiscal demonstrado, de forma clara e precisa, a ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias dos segurados empregados e contribuintes individuais, fazendo constar nos relatórios que o compõem (fls. 01/64) os fundamentos legais que amparam o procedimento adotado e as rubricas lançadas.

Logo, essas alegações da Recorrente de nulidade do lançamento fiscal são genéricas, ineficientes e inócuas, não se permitindo configurar qualquer nulidade e não serão acatadas.

Quanto à nulidade da decisão de primeira instância em decorrência de vício de cerceamento ao seu direito de defesa, tal alegação também não será acatada, eis que não há ocorrência de vício capaz de ensejar a nulidade da decisão.

A Recorrente alega que houve cerceamento ao seu direito de defesa, eis que o auto de infração *“fora lavrado de forma afoita, quantos nesses mesmos moldes foi julgada a defesa apresentada, isto é, sem que se permitisse a produção de provas na instrução processual, visto que julgou antecipadamente a lide”*.

Os elementos probatórios deverão ser juntados ao autos nos prazos processuais estabelecidos pela legislação tributária e não cabe à autoridade julgadora alterar os dispositivos legais, assim encaminhou a decisão de primeira instância nos seguintes termos:

“[...] Quanto à produção de provas através de depoimento pessoal do Fiscal Autuante e oitiva de testemunha, além de não haver na legislação de regência previsão para o seu deferimento, sua utilização não acrescenta nada para a solução do presente julgamento, visto que os fatos que ensejaram a lavratura do presente Auto de Infração foram verificados na documentação da própria empresa, tendo o aludido auditor constatado através da análise dos documentos analisados e juntados aos autos, por amostragem, a real situação dos trabalhadores, objeto da autuação, junto à empresa, qual seja, segurados empregados em situação irregular, trabalhando como se contribuintes individuais fossem. No que tange as provas documentais, estas devem ser apresentadas juntamente com a impugnação, nos termos do artigo 16, do Decreto nº 70.235, de 1972.

Quanto à perícia, a matéria é regida pelo Decreto nº 70.235 de 1972, em seus artigos 16 e 18. O artigo 18 caput dispõe que a autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no artigo 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993).

No presente caso, a prova pericial não é considerada necessária, face à realidade fática constatada pela fiscalização na análise da documentação da própria Autuada, e carreada aos autos através do Relatório Fiscal e documentos juntados, por amostragem, de que os trabalhadores contratados pela empresa preenchem todos os requisitos da relação de emprego, e, portanto, deveriam ser enquadrados na categoria de segurados empregados e não de contribuintes individuais, para fins de apuração das contribuições previdenciárias. [...]”

Logo, não merece qualquer anulação ou reparo a decisão de primeira instância, eis que ela está em consonância com a legislação tributária vigente, cabendo à

Recorrente juntar aos autos os elementos probatórios para demonstrar as suas alegações esposadas na peça de impugnação e na peça recursal.

Diante disso, rejeito as preliminares ora examinadas, e passo ao exame de mérito.

DO MÉRITO

Com relação à caracterização da relação jurídica material dos prestadores de serviço como segurado empregado, constata-se que o Fisco desconsiderou o pacto firmado entre o segurado e a Recorrente e considerou o vínculo como relação de emprego.

Nada há que se discutir que essa atuação representa violação à competência da Justiça do Trabalho, eis que a legislação tributária expressamente confere atribuição à autoridade fiscal para impor “sanções” sobre os atos ilícitos e viciados verificados no sujeito passivo, permitindo a aplicação da norma tributária material (artigos 142 e 149, IV, ambos do CTN), ainda que alheia à formalidade da situação encontrada. Portanto, é certo que a autoridade do Fisco-Previdenciário, no intuito de aplicar a norma previdenciária ao caso em concreto, detém autonomia ou poderes para caracterizar um pacto laboral empregatício em que o contribuinte entendia não haver, e para tanto, está perfeitamente autorizada a desconsiderar atos e negócios jurídicos, em que se vislumbra manobras e condutas demonstradas ilegais, com intuítos inequivocamente evasivos.

Insta mencionar ainda que, ao considerar um pacto laboral empregatício em que o contribuinte entendia não haver, a fiscalização da Receita Federal do Brasil não está a invadir a competência outorgada à Justiça do Trabalho, já que a sua ação não está voltada para fins relacionados ao direito trabalhista, mas sim ao cumprimento fiel e irrestrito da legislação previdenciária, e encontra respaldo legal no artigo 229, § 2º, do Decreto 3.048/1999.

Assim, a legislação previdenciária possibilita que o Fisco proceda dessa forma.

Decreto 3.048/1999 – Regulamento da Previdência Social (RPS):

Art. 9º. São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural a empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;

(...)

Art. 229. O Instituto Nacional do Seguro Social é o órgão competente para:

(...)

*§2º Se o Auditor Fiscal da Previdência Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no **inciso I do caput do art. 9º, deverá***

desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado. (g.n.)

Portanto, no lançamento fiscal ora analisado, o Fisco verificou as características de segurado empregado na relação jurídica material estabelecida inicialmente entre o contribuinte individual e a Recorrente, desconsiderou o vínculo pactuado e efetuou o respectivo enquadramento para o segurado na qualidade de empregado, conforme preconiza o art. 12, inciso I, alínea “a”, da Lei 8.212/1991, *in verbis*:

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado; (g.n.)

Pelo contrário do afirmado na peça recursal, compulsando os autos do presente processo, verificam-se os seguintes elementos fático-probatórios que caracterizam a relação empregatícia, inclusive a subordinação entre a Recorrente e os segurados:

1. pessoalidade, os segurados prestaram serviços e não foram substituídos por outras pessoas, tendo em vista a natureza dos serviços prestados por eles (manicure, escovista, esteticista e cabeleireira). Isso está devidamente consubstanciada na planilha de fls. 40/41 (processo 10670.003373/2008-69), em que os segurados assentaram as suas assinaturas e o tipo de atividade exercida na empresa;
2. onerosidade, as pessoas elencadas na ação fiscal receberam remuneração, conforme documentos de fls. 65/67, processo 10670.003373/2008-69 (recibos de pagamentos, recibos de proventos e recibo de salário individual);
3. caráter não eventual é aquele relacionado direta ou indiretamente com as atividades normais da empresa. Ficou demonstrado que os segurados executaram os serviços durante vários meses seguidos, (período de 03/2003 a 12/2007, fls. 23 – processo 10670.003373/2008-69);
4. subordinação, a Fiscalização identificou que ao longo da prestação de serviços, os horários e locais das atividades eram fixados pela Recorrente. O trabalhador age sob a direção da empresa, podendo ser comprovada pelas diversas cópias de atestados médicos com justificativa de faltas e/ou atrasos, carta de advertência por ausência do horário de trabalho e termo de rescisão do contrato de trabalho (fls. 33/88, processo 10670.003373/2008-69). Estes elementos demonstram que os prestadores de serviço não agiam com autonomia, mas estavam submetidos ao direcionamento e ao comando da empresa, não havendo, assim, dúvidas em relação à subordinação.

Dessa forma, ao contrário do alegado entendendo que foram apontados elementos suficiente a caracterização do vínculo descrito pela auditoria fiscal, qualificando os segurados como empregados.

Cumprе esclarecer que as alegações da Recorrente, registradas na peça recursal, não está consubstanciada em documentos probatórios e sim em meros relatos que a relação estabelecida entre ela e os segurados seria não empregatícia.

Essas alegações, desacompanhadas de elementos subjacentes ao fato que se pretende comprovar, não constituem elemento de prova. Além disso, caberia à Recorrente apresentar o Livro Caixa e as folhas de pagamento de todos segurados, dentre outros documentos contábeis, para comprovar a fidedignidade dos registros contidos nos seus documentos declaratórios de fls. 41/53 e na sua tese de defesa.

A Recorrente alega revisão ou cancelamento do lançamento fiscal, pois apresentou todas informações possíveis, não incorrendo em negativa de cumprir qualquer determinação feita pelo Fisco, não sendo cabível o arbitramento efetuado.

Tal alegação é infundada, eis que o Fisco cumpriu a legislação de regência, ensejando o lançamento de ofício, com a utilização da base de cálculo decorrente de aferição indireta. Esta decorre de um ato necessário e devidamente motivado, conforme registro no Relatório Fiscal – itens “6” e “12” (fls. 16/21) – e no Relatório Fiscal Complementar – itens “3” a “5” (fls. 62/64) –, visto que a auditoria fiscal demonstrou que ocorreu recusa ou sonegação de documentos ou informações, ou sua apresentação foi deficiente.

Essa demonstração da recusa de apresentação de documentos ou informações, ou a sua apresentação deficiente, ficou assentada no Relatório Fiscal nos seguintes termos (fls. 16/17):

*“[...] 6 - **A empresa deixou de apresentar o Livro Caixa e as Folhas de Pagamento de todos segurados** e apresentou as GFIP - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e informações a Previdência Social sem incluir a maioria dos segurados que prestaram serviços no período fiscalizado. (g.n.)*

12 - CONSTITUEM FATOS GERADORES DAS CONTRIBUIÇÕES LANÇADAS:

(...)

A empresa apresentou, através de arquivo digital, relatórios com informações de pagamentos efetuados aos segurados cujos vínculo previdenciário foi caracterizado como empregado. Não constam nestes relatórios o pagamento do décimo terceiro de 2006 e 2007 para todos os segurados e a remuneração, em algumas competências, para parte dos segurados.

Efetuamos as aferições para as competências em que não foram apresentados os recibos, desde que o segurado tenha recebido remuneração na competência anterior e na posterior, àquelas não comprovadas.

A aferição do décimo terceiro salário foi feita de maneira idêntica a acima, considerando como salário de contribuição o pró rata mês, ou seja, 1/12 para cada mês trabalhado no exercício.

Constam, anexas e por amostragens, cópias dos documentos abaixo listados que após examinados, à luz da legislação previdenciária, ficou-nos plenamente configurada a relação de emprego entre o contribuinte e os trabalhadores, visto que estão presentes os pressupostos de pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação, necessários para caracterizar o vínculo previdenciário do segurado como empregado. [...]

No mesmo sentido, ficou assentado no Relatório Fiscal Complementar (fls. 62/64) o seguinte:

“[...] 3 - Conforme consta do relatório fiscal; fls. 16 e 17, a empresa deixou de apresentar livro caixa e as folhas de pagamento e apresentou relatórios com informações de pagamentos efetuados aos segurados envolvidos. Nestes relatórios não constava o pagamento do décimo terceiro de 2006 e 2007 e a remuneração de alguns segurados em algumas competências.

4 - Pelo descumprimento das obrigações acessórias acima citadas foi lavrado, contra a empresa, o Auto de Infração Nº 37.175.502-6.

5 - O procedimento de aferição indireta foi adotado obedecendo à legislação abaixo transcrita: [...]”.

Nesses itens “6” e “12” do Relatório Fiscal, assim como nos itens “3” a “5” do Relatório Complementar, constata-se que é incontroverso que os documentos em questão não foram apresentados à Fiscalização ou sua apresentação foi deficiente, a teor do contido nos §§ 1º, 3º e 5º do art. 33 da Lei 8.212/1991. Isso ensejou a lavratura do Auto de Infração nº 37.175.502-6 (processo 10670.003167/2008-59) pelo descumprimento de obrigação tributária acessória.

Logo, a contribuição social previdenciária apurada pela técnica de arbitramento é adequada, razoável e proporcional, não merecendo ser reformada.

Além disso, a Recorrente não apresentou qualquer elemento probatório de que suas alegações sejam verdadeiras.

Assim, o lançamento fiscal ora analisado está amparado no art. 33, §§ 3º e 6º, da Lei 8.212/1991 e no art. 148 do CTN, encontrando-se lavrado dentro da legalidade.

Lei 5.172/1966 – Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada,

em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

.....
Lei 8.212/1991 – Lei de Custeio da Previdência Social (LCPS):

Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 1º. É prerrogativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, o exame da contabilidade das empresas, ficando obrigados a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados o segurado e os terceiros responsáveis pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e das contribuições devidas a outras entidades e fundos. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 2º. A empresa, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

***§ 3º. Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida.** (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009). (g.n.)*

(...)

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

Portanto, o procedimento de aferição indireta utilizado pela auditoria fiscal, para a apuração da contribuição social destinada a outras Entidades/Terceiros, foi corretamente aplicado, pois a auditoria fiscal demonstrou que ocorreu recusa ou sonegação de documentos ou informações, ou sua apresentação foi deficiente, podendo o Fisco inscrever de ofício importância que reputar devida, cabendo ao contribuinte o ônus da prova em contrário.

Por fim, pela apreciação do processo e das alegações da Recorrente, não encontramos motivos para decretar a nulidade nem a modificação do lançamento ou da decisão de primeira instância, eis que o lançamento fiscal e a decisão encontram-se revestidos das

formalidades legais, tendo sido lavrados de acordo com o arcabouço jurídico-tributário vigente à época da sua lavratura.

CONCLUSÃO:

Voto no sentido de **CONHECER, em parte**, do recurso, para, na parte conhecida, rejeitar as preliminares e, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos do voto.

No que tange à matéria relacionada ao enquadramento da empresa no SIMPLES NACIONAL, que foi a parte do recurso voluntário não conhecida no presente julgamento desta Turma do CARF, declino da competência (atribuição administrativa) e encaminho os autos à Primeira Seção do CARF para as providências cabíveis. Também deixo consignada a necessidade de suspender os efeitos deste Acórdão até a deliberação definitiva da Primeira Seção do CARF.

Ronaldo de Lima Macedo.