



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

Processo nº	35588.003328/2007-93
Recurso nº	250.446 Voluntário
Acórdão nº	2302-01.140 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de	8 de junho de 2011
Matéria	Enquadramento Empregado.
Recorrente	JAMYR VASCONCELLOS S/A
Recorrida	SRP-SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/05/2000 a 31/08/2004

Ementa: VERIFICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS PARA ENQUADRAMENTO COMO SEGURADOS EMPREGADOS É COMPETÊNCIA DO INSS.

A fiscalização previdenciária pode verificar a existência dos pressupostos para enquadramento dos segurados como empregados, cobrando as contribuições previdenciárias surgidas de tal relação.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Segunda Turma da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade foi negado provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o julgado.

Marco André Ramos Vieira - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Marco André Ramos Vieira (Presidente), Liege Lacroix Thomasi, Arlindo da Costa e Silva, Manoel Coelho Arruda Júnior, Adriana Sato.

Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa, incluindo as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, bem como as destinadas aos Terceiros. O débito também inclui as contribuições dos próprios segurados. Houve o enquadramento dos segurados como empregados. O período do presente levantamento abrange as competências maio de 2000 a agosto de 2004, fls. 74 a 194.

Não conformado com a notificação, foi apresentada defesa pela notificada, fls. 581 a 596.

A Decisão-Notificação confirmou a procedência do lançamento, fls. 617 a 622.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, conforme fls. 630 a 642.

Em síntese, o recorrente em seu recurso alega o seguinte:

- a) Requer a produção de prova pericial;
- b) Não há lei que proíba determinada pessoa de prestar serviço de forma empresarial;
- c) Não há amparo fático para afirmações fiscais;
- d) Não existe a exclusividade;
- e) Não há pessoalidade;
- f) Não existe subordinação;
- g) Requerendo provimento ao recurso.

Não foram apresentadas contra-razões pelo órgão fazendário.

É o relato suficiente.

Voto

Conselheiro Marco André Ramos Vieira, Relator

A recorrente possui como objeto social, entre outros, a venda de produtos, e para realizar seu desiderato contrata pessoas jurídicas. A terceirização da atividade fim é considerado um procedimento irregular.

A fiscalização federal colacionou elementos probatórios que demonstram o comportamento contrário ao direito praticado pelo autuado. A recorrente possuía diversos empregados na área de vendas, e a partir de determinado instante demitiu esses segurados e passou a contratá-los por meio de interpresa pessoa jurídica. Com esse comportamento a recorrente visa reduzir os encargos trabalhistas e previdenciários sobre as remunerações pagas. Algumas das empresas criadas para prestarem serviços à autuada possuem o mesmo profissional de contabilidade, bem como o mesmo endereço comercial, o que demonstra a orientação comum transmitida a todas, conforme fls. 81 a 82 do relatório fiscal. Outras empresas criadas para prestarem serviços à autuada possuem como endereço o mesmo da pessoa física do prestador, fl. 82, o que atesta a criação de uma pessoa jurídica apenas com a finalidade de prestar serviços em fraude à legislação tributária.

Conforme previsto no art . 72 da Lei n 4.502 de 1964, a fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Diversas das empresas criadas prestaram serviços somente à autuada, o que demonstra que a sustentação financeira das pessoas jurídicas ocorria exclusivamente às custas da recorrente, fls. 83 a 124.

O fundamento utilizado no relatório fiscal e os fatos apontados indicam que na relação jurídica entre a notificada e os contratados, englobados na presente NFLD, houve o enquadramento como segurados empregados perante a Previdência Social.

Para nascimento do fato gerador o que importa é a situação fática e não o nome jurídico dado à contratação. Desse modo, de fato houve uma prestação de serviços entre pessoas físicas e a notificada em que se encontravam presentes a pessoalidade, a onerosidade, a não-eventualidade, a subordinação, senão veja.

A pessoalidade fica demonstrada pelo fato de a recorrente ter escolhido as pessoas que lhe prestaram serviços. As mesmas eram empregadas da recorrente, logo em seguida foram demitidas e tiveram suas interpistas pessoas jurídicas contratadas. Assim, o que interessa para a notificada são as características daquela pessoa contratada em particular. A onerosidade, remuneração, ficou demonstrada em virtude de nas relações jurídicas haver o pressuposto da retribuição pecuniária pelos serviços prestados, de acordo com as vendas realizadas. A não-eventualidade é cristalina, uma vez que as atividades exercidas pelos contratados relacionam-se diretamente com as atividades normais da empresa. Os titulares das

interpostas pessoas jurídicas exercem funções constantes da estrutura normal de funcionamento da empresa notificada, conforme organograma constante no relatório fiscal.

Quanto à subordinação jurídica, restou evidenciada pelo risco da atividade econômica, bem como pela determinação da atividades que seriam realizadas.

Conforme contrato transscrito pela fiscalização tributária, as interpostas pessoas jurídicas contratadas somente poderiam vender os produtos para as empresas determinadas pela autuada. De acordo com o contrato, seria exclusivamente da CONTRATANTE o critério a ser estabelecido para as vendas, nele incluídas todas as condições de negociações, especialmente as de preço, prazo e forma de pagamento, obrigando-se a CONTRATADA a cumprir rigorosamente as determinações da CONTRATANTE. Somente poderia a CONTRATADA realizar vendas para as empresas previamente autorizadas pela CONTRATANTE. A contratada deveria prestar contas diariamente à contratante, conforme fls. 124 e 125.

A fiscalização previdenciária conseguiu apontar e provar o enquadramento dos segurados constantes na presente notificação fiscal como empregados. Os contratos apontados pelo Auditor Fiscal indicam os pressupostos da relação empregatícia previdenciária.

Desse modo, ao contrário do que afirma a notificada, mais do que desconsiderar os atos ou negócios jurídicos, houve a consideração dos segurados como empregados na relação jurídica nascida entre a notificada e os seus contratados.

Não procede o argumento da notificada de que não existe qualquer lei que autorize o procedimento realizado pela autarquia.

Ao cumprir sua atividade de arrecadar e fiscalizar a arrecadação das contribuições sociais destinadas à Seguridade Social, artigo 33, *caput* da Lei n.º 8.212/91, possui a Autarquia direito de desconsiderar os atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes com intuito de se escusarem do recolhimento de tributos, caso estejam em desacordo com a legislação tributária.

Em tendo a fiscalização previdenciária constatado a existência da relação de emprego entre o considerado contribuinte individual e a recorrente, possui a Autarquia o direito-dever de desconsiderar este negócio jurídico simulado e proceder à notificação dos valores devidos.

Nesse sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, nestas palavras:

***"PREVIDENCIÁRIO – INSS – FISCALIZAÇÃO – AUTUAÇÃO
– POSSIBILIDADE – VÍNCULO EMPREGATÍCIO.***

A fiscalização do INSS pode autuar empresa se esta deixar de recolher contribuições previdenciárias em relação às pessoas que ele julgue com vínculo empregatício. Caso discorde, a empresa dispõe do acesso à Justiça do Trabalho, a fim de questionar a existência do vínculo.

Recurso provido.

REsp n.º 236.279/RJ; Rel. Ministro Garcia Vieira; julgado em 08/02/2000; publicado em 20/03/2000"

Não interessa, para fins do presente lançamento, de que todas as empresas contratadas encontram-se em situação regular. O que fundamentou a presente notificação é o fato de que na relação jurídica analisada entre a notificada e os contratados houve enquadramento dos pressupostos como empregados perante o RGPS. Não foram analisadas as relações com terceiros.

Destaca-se que *in casu* não se aplica o disposto no art. 129 da Lei n.º 11.196 de 2005, nestas palavras:

Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

O conceito de serviço intelectual guarda relação com o disposto no Código Civil. O art. 982 do Código Civil define sociedade empresária, nos seguintes termos:

Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e simples, as demais.

O exercício de atividade própria de empresário mencionada, por sua vez, foi regulado pelo art. 966 do mesmo Código, que assim prescreve:

Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.'

Assim sendo, o Código Civil vigente conceitua a sociedade empresária como sendo aquela cuja atividade é organizada para a produção de bens ou serviços, excluída a atividade intelectual, seja ela, de natureza científica, literária ou artística. Conceitua, também, que a atividade intelectual não pode ser descaracterizada pela utilização de auxiliares ou colaboradores e, só será enquadrada como empresária se o exercício dessa profissão intelectual constituir elemento de empresa.

O pressuposto para aplicação da Lei 11.196 é que a pessoa jurídica prestadora de serviço efetivamente realize o serviço. Foi provado pela fiscalização que na relação com a recorrente o serviço não foi realizado pela sociedade empresária, mas sim pela pessoa física. Além do mais, as atividades de venda de produtos não pode ser enquadrada como intelectual, se enquadrando como atividade empresarial, pois visa a circulação de mercadorias.

A recorrente não tem que protestar pelas provas documentais no processo administrativo, mas sim tem que produzi-las. Como as demonstrações das alegações são provas documentais, as mesmas tem que ser colacionadas na peça de defesa, no processo judicial tal

procedimento não é distinto, pois cabe ao autor juntar na exordial as provas, assim como ao réu colacioná-las na contestação, sob pena de preclusão.

Quanto à prova pericial a mesma tem que ser requerida na peça inaugural da defesa, conforme disposição expressa no regulamento do Processo Administrativo.

De acordo com o disposto no art. 9º, IV da Portaria MPAS n º 520/2004, são requisitos da perícia, nestas palavras:

Art. 9º A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

IV - as diligências ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito.

§ 1º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

§ 2º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.

§ 3º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pelo Conselho de Recursos da Previdência Social.

§ 4º A matéria de fato, se impertinente, será apreciada pela autoridade competente por meio de Despacho ou nas contrarrazões, se houver recurso.

§ 5º A decisão deverá ser reformada quando a matéria de fato for pertinente.

§ 6º Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

§ 7º As provas documentais, quando em cópias, deverão ser autenticadas, por servidor da Previdência Social, mediante conferência com os originais ou em cartório.

§ 8º Em caso de discussão judicial que tenha relação com os fatos geradores incluídos em Notificação Fiscal de Lançamento de Débito ou Auto de Infração, o contribuinte deverá juntar cópia da petição inicial, do agravo, da liminar, da tutela antecipada, da sentença e do acórdão proferidos.

No presente caso, não houve o preenchimento dos requisitos exigidos para realização da perícia, assim considera-se não formulado tal pedido. Desse modo, pode a autoridade julgadora indeferir o pleito da recorrente, sem ferir o princípio da ampla defesa. Nesse sentido, segue o teor do art. 11º da Portaria MPAS n.º 520/2004:

Art. 11 A autoridade julgadora determinará de ofício ou a requerimento do interessado, a realização de diligência ou perícia, quando as entender necessárias, indeferindo, mediante despacho fundamentado ou na respectiva Decisão-Notificação, aquelas que considerar prescindíveis, protelatórias ou impraticáveis.

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 9º.

§ 2º O interessado será cientificado da determinação para realização da perícia por meio de Despacho, que indicará o procedimento a ser observado.

No mesmo sentido dispõe o Decreto n.º 70.235/1972 sobre o processo administrativo fiscal, sendo aplicado subsidiariamente no processo administrativo no âmbito do INSS, nestas palavras:

Art. 17. A autoridade preparadora determinará, de ofício ou a requerimento do sujeito passivo, a realização de diligência, inclusive perícias quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

Parágrafo único. O sujeito passivo apresentará os pontos de discordância e as razões e provas que tiver e indicará, no caso de perícia, o nome e o endereço do seu perito.

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligência ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.
(Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93)

(...)

A Portaria MPAS n.º 520/2004 é a que regulamentava o processo administrativo fiscal no âmbito do INSS, conforme autorização expressa no art. 304 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999 e alterações, nestas palavras:

Art.304. Compete ao Ministro da Previdência e Assistência Social aprovar o Regimento Interno do Conselho de Recursos da

Previdência Social, bem como estabelecer as normas de procedimento do contencioso administrativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e suas alterações.

Como se percebe, a Portaria n° 520 surgiu em virtude da previsão expressa no Regulamento da Previdência Social, que transferiu a competência para o Ministério da Previdência Social regulamentar a matéria. Dessa forma, está perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico. E como demonstrado, o assunto acerca de perícias e diligências está tratado da mesma maneira no Decreto n° 70.235/1972.

A necessidade de o requerimento da perícia ter que constar na peça de impugnação não fere a ampla defesa, pois no processo judicial, rito sumário, os quesitos da perícia tem que constar na petição inicial, bem como na contestação.

De acordo com os princípios basilares do direito processual, cabe ao autor provar fato constitutivo de seu direito, por sua vez, cabe à parte adversa a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. A Previdência Social provou a existência do fato gerador, com base nos elementos relatados pela fiscalização.

No presente caso, a perícia é despicienda; pois toda a matéria probatória já consta nos autos. E como já afirmado, caberia à parte adversa, no caso o contribuinte, a contra-prova.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto por CONHECER do recurso voluntário, para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É o voto.

Marco André Ramos Vieira



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 MARCO ANDRE RAMOS VIEIRA em 16/06/2011 14:51:08.

Documento autenticado digitalmente por MARCO ANDRE RAMOS VIEIRA em 16/06/2011.

Documento assinado digitalmente por: MARCO ANDRE RAMOS VIEIRA em 16/06/2011.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 01/10/2019.

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:

EP01.1019.08322.K5M8

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:
5F02450C94081C4A0B43C727410476FDE1C6E3F8**