



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

Processo nº 10983.720180/2013-18
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-005.788 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de janeiro de 2019
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente PROSUL PROJETOS SUPERVISAO E PLANEJAMENTO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2011

TERCEIRIZAÇÃO. LICITUDE.

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE

Diante da licitude da terceirização, não é aplicável a multa de ofício qualificada de 150%.

RESPONSABILIDADE SÓCIO ADMINISTRADOR. INFRAÇÃO À LEI.

Diante da licitude da terceirização, não há que se falar em responsabilização do sócio administrador nos termos do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar e, no mérito, por maioria de votos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO, vencidos conselheiros Antônio Sávio Nastureles, Reginaldo Paixão Emos e João Maurício Vital que negaram provimento.

(assinado digitalmente)

João Mauricio Vital - Presidente.

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio Sávio Nastureles, Alexandre Evaristo Pinto, Reginaldo Paixão Emos, Wesley Rocha, Marcelo Freitas de Souza Costa, Juliana Marteli Fais Feriato e João Maurício Vital (Presidente).

Relatório

Trata-se de lançamento de crédito tributário relativo ao período de 01/2009 a 12/2011, compreendendo as contribuições da empresa (artigo 22, incisos I e II, da Lei nº 8.212/91), contribuições da parte dos segurados (art. 20 da Lei nº 8.212/91) e contribuições destinadas a terceiros, conforme consta do relatório fiscal, fls. 329/362.

A autuada é empresa especializada na prestação de serviços de engenharia consultiva, com experiência em obras de infraestrutura de grande porte, atuando nas áreas de Transportes, Meio Ambiente, Energia, Gás, Construção Civil, Captação de Recursos, Microleitura e Topografia, e para a realização de seus objetivos operacionais contrata empresas prestadoras de serviços.

Durante a ação fiscal foi analisada a forma em que se deram as contratações das prestadoras de serviço, sendo diligenciadas 24 empresas com relatórios de diligência e documentos apresentados juntados a este processo

Foram efetuadas ainda diligências ao CREA/SC, através do Ofício de nº 246, de 05/12/2012, em que solicitada listagem de todas as Anotações de Responsabilidade Técnica (ART) vinculadas à empresa PROSUL, que compuseram os Doc. 30 e 31 e Anexo VI, e diligenciado junto à Unimed, mediante Termo de Intimação Fiscal nº 2013/00018-5- 01 , de 15/03/2013 (doc. 32), para fornecimento da relação dos beneficiários que foram contemplados com o Plano de Assistência Médica da Cooperativa, patrocinado pela empresa PROSUL, no período de 01/2007 a 12/2012 (Doc 33).

A fiscalização constatou, após análises e diligências nas empresas terceirizadas, que os sócios destas empresas prestaram pessoalmente os serviços à autuada e, em sua grande maioria, eram empregados e/ou ex-empregados da PROSUL, sendo que para todos os sócios, ex-empregados ou não, foram preenchidos os pressupostos básicos de relação de emprego.

Do exame dos contratos apresentados pela PROSUL e pelas empresas diligenciadas constatou-se a existência de contratos específicos e contratos genéricos. Os contratos específicos são aqueles em que o prestador de serviço executa serviços apenas em uma determinada obra ou projeto, e, contratos genéricos são aqueles em que o contratado circula prestando serviço às diversas obras da empresa.

Segundo a fiscalização os contratos "descrição genérica" são determinantes para se entender a relação entre a PROSUL e os sócios das supostas empresas terceirizadas.

Intimada a esclarecer como se dava a execução dos trabalhos nos contratos genéricos, também denominados “guarda chuva”, a explanação da autuada indica que o "terceirizado" poderia ser alocado em qualquer tarefa e em qualquer projeto, estando, desta forma, subordinado às ordens da PROSUL, não tendo qualquer autonomia.

Verificado ainda que os contratos são de longa periodicidade (praticamente as mesmas empresas prestaram serviços ao longo de todo o período da fiscalização), indicando que os "sócios" das empresas contratadas sempre estiveram à disposição da PROSUL, uma vez que praticamente nenhuma das empresas terceirizadas possuía segurados-empregados.

Discorre a fiscalização sobre a forma como eram alocados os recursos nos projetos da PROSUL: quando da alocação inicial (Relatório de Necessidades) a PROSUL estimava quem seriam os colaboradores naquele projeto, sejam eles seus próprios segurados empregados ou os das empresas terceirizadas. No segundo controle, denominado "Alocação de Horas" são aferidas efetivamente as horas despendidas por colaborador nos projetos.

Conclui a fiscalização a respeito dos relatórios de controles e contratos examinados:

Os contratos "guarda-chuva" permitiam que a PROSUL alocasse a empresa terceirizada em qualquer projeto, entretanto, na alocação inicial não era alocada a "empresa" mas, sim (sempre), o pseudo-sócio da mesma, revelando, desse modo, que a relação PROSUL/TERCEIRIZADA se dava de forma pessoal e não, como os contratos pretendiam apresentar, numa relação entre as empresas. É claro que se a relação fosse entre empresas, na alocação de prestador de serviço efetuada pela PROSUL constaria o nome da empresa terceirizada e não o nome do "sócio" da mesma.

(...)

As responsabilidades junto ao CREA/SC, em muitos projetos da PROSUL, cobertos por esses contratos guarda-chuva, foram assumidas pelos "sócios" das empresas terceirizadas, conforme ANEXO VI, sendo que junto àquele órgão, cada uma dessas pessoas se declararam como empregadas da PROSUL, conforme demonstrado parcialmente no QUADRO abaixo e espelho das ART's anexas ao ANEXO VI:

A fiscalização analisou as empresas contratadas pela PROSUL para prestação de serviços na área de engenharia, informática e administração e constatou que as 24 (vinte e quatro) empresas constantes do QUADRO XXV, totalizando 86 sócios, prestaram serviços de forma irregular relativamente à legislação fiscal e previdenciária, conforme explica:

Dessas 24 empresas, duas delas atuavam na área administrativa, duas na área de informática e as demais no ramo principal da empresa que é engenharia.

O Escritório responsável pela escrita fiscal de 13 empresas, entre todas acima, é a Caracol Contabilidade e Ass. S/S Ltda., de Luiz Carlos Caramuri.

Todas as empresas foram diligenciadas com vistas a identificar o tipo de relação existente entre elas e a PROSUL, tendo sido identificado que os serviços foram efetivamente prestados pelos titulares/sócios de cada uma dessas empresas em condições de subordinação e continuidade, típicas da relação trabalhista, o que fez com que fossem desprezadas as aparências formais construídas a partir de contratos de prestação de serviços que vinculavam a PROSUL às pessoas jurídicas contratadas (terceirizadas) e, por conseguinte, fossem os ditos titulares/sócios enquadrados de acordo com a situação fática existente, qual seja, como segurados-empregados.

As empresas utilizadas eram compostas, via de regra, de um sócio-administrador e os demais sócios eram "cotistas", o que significa que apenas seriam investidores dessas empresas e, nessa condição de investidores, não seriam segurados obrigatórios da previdência social.

Independente da composição societária descrita no subitem anterior, a fiscalização comprovou que todos os sócios "cotistas" que foram caracterizados como segurados empregados, prestaram/prestam serviços à PROSUL conforme demonstrado nos relatórios das diligências realizadas 'DIL' e as respectivas empresas estavam sendo apenas utilizadas para a percepção de "salário" mensal a que faziam jus como segurados empregados da PROSUL.

Em alguns casos trabalhadores na condição de "sócios" saíam de algumas empresas terceirizadas para compor o quadro societário de outras, ou seja, "transitavam" pelas várias empresas terceirizadas, sempre mantendo a prestação de serviços unicamente para a PROSUL, (...)

A fiscalização elaborou Relatórios Fiscais - identificado por "DIL", específico para cada empresa, constando a descrição da relação entre a PROSUL e as Terceirizadas, destacando dentre outros itens:

- Nas Considerações Iniciais: consta a prática da "pejotização" utilizada pela PROSUL, para remunerar os "sócios" das empresas contratadas;

- Nos Dados Cadastrais das Empresas: constam os principais dados da empresa; a receita total, oriunda da PROSUL, no período fiscalizado; as alterações do contrato social no período; a vinculação dos sócios com a PROSUL, a análise da escrituração contábil da empresa, a caracterização da prestação de serviços e os pressupostos básicos da relação de emprego;

- Na Conclusão: Citação dos fatos comprobatórios da caracterização do vínculo empregatício com a PROSUL e a tabela com o salário-de-contribuição de cada um dos sócios/empregados, quais sejam:

- A grande maioria das empresas prestam serviços exclusivos para a PROSUL;

- Via de regra, não possuem empregados contratados;

- As despesas das empresas contratadas serem basicamente os tributos sobre as notas fiscais;

- Não ter sido apresentado nenhum documento que comprovasse a efetiva prestação de serviços pela empresa terceirizada e nem haver correspondência comercial trocada entre as empresas;

- Os contratos de Prestação de Serviços serem genéricos.

No período analisado na ação fiscal (01/2007 a 12/2011), nas 24 empresas diligenciadas, constatou a fiscalização que se vinculam ou se vincularam às mesmas, 86 (oitenta e seis) "sócios", que prestaram serviços para a PROSUL, listados no QUADRO XXVII, e assim agrupados:

Desses 86 sócios, 53 deles, ou seja 61 % do total, foram ou são segurados empregados da PROSUL (...), 13 desses "sócios" foram segurados-empregados da PROSUL antes de prestarem serviços através da empresa jurídica utilizada irregularmente; 32 desses "sócios", listados no QUADRO a seguir, eram simultaneamente segurados empregados da PROSUL e prestavam os mesmos serviços quase que exclusivamente a esta empresa, por meio de uma pessoa jurídica constituída/utilizada para isto; 8 desses "sócios" eram segurados-empregados, que se desligaram da PROSUL, continuaram a prestar serviços à PROSUL através de uma empresa jurídica e depois retornaram na mesma condição de segurado-empregado.

A remuneração que esses sócios auferiam, oriunda da empresa terceirizada, corresponde a um complemento de salário da PROSUL, visto que as atividades exercidas por eles era a mesma, tanto como segurados empregados, quanto como "sócios" das empresas, conforme ANEXO IV - Relação dos Sócios das Empresas Contratadas, demonstrado parcialmente no QUADRO XXX a seguir:

Os demais 33 "sócios" que não tinham tido vínculo anterior na qualidade de segurados empregados da PROSUL, conforme ficou constatado nas diligências efetuadas e devidamente relatado nos 'DIL-01 a 'DIL-24', ficou comprovado que tais pessoas mantinham vínculos com a PROSUL com as características básicas de relação de emprego, razão pela qual também foram enquadrados como segurados-empregados para efeito da presente fiscalização.

Sobre estes 33 "sócios" que não tiveram vinculação formal com a PROSUL como segurados-empregados no período, a constatação dos mesmos serem, de fato, segurados empregados pode ser comprovada nos relatórios das diligências, assim como através das seguintes provas cabais.

a) Os mesmos eram alocados nos projetos conforme ANEXO II, descrito no item 5 b-1 e b-2:

b) Recebiam adiantamento de viagens e/ou adiantamentos de despesas em seu nome e não em nome da empresa, conforme lançamentos efetuados na contabilidade da empresa PROSUL devidamente comprovado, por amostragem, no "DOC. 16" (...).

c) Além dos fatos acima, para as empresas terceirizadas no ramo de engenharia, comprova-se que 15 (quinze) "sócios" se denominavam como empregados junto ao CREA-SC, conforme explanado no item 5, alínea "c" acima. (grifos do original)

A comprovação do vínculo empregatício direto dos prestadores de serviços terceirizados com a autuada encontra-se disposta nos Relatórios das Diligências que descrevem a situação de cada sócio das empresas utilizadas.

Segundo a fiscalização, a análise dos fatos e do conjunto das situações, sintetizadas a seguir, comuns para todas as empresas, "demonstram a inequívoca relação de emprego existente entre as pessoas físicas que figuravam como sendo "sócios" de pessoas jurídicas, sem qualquer substância econômica e a PROSUL, razão pela qual os contratos meramente formais e as notas fiscais apresentadas foram desconsiderados, e os "sócios" caracterizados ex officio como segurados-empregados:

a) As empresas foram abertas e/ou utilizadas para a prestação de serviços, sendo que 61% dos sócios das mesmas vinculam-se ou vincularam-se como segurados-empregados da PROSUL;

b) A maior parte destas empresas tem como custo administrativo apenas o trabalho do contador e os impostos sobre as notas fiscais emitidas contra a PROSUL;

c) Apesar de regularmente intimados não foram apresentadas quaisquer correspondências entre as terceirizadas e a PROSUL;

d) Os mesmos documentos de adiantamentos para viagens e despesas eram tanto lançados na contabilidade da PROSUL como da empresa terceirizada que não tinha qualquer documento de uso próprio, indicando ser uma escrita "espelho" da PROSUL;

e) Os adiantamentos para despesas de viagens eram realizados diretamente às pessoas físicas dos sócios não às empresas em que estes faziam parte como titulares/sócios;

f) Os "sócios" eram alocados nas atividades para efeito de apuração de custo nos projetos da PROSUL conforme relatório "Alocação por Necessidade" e Alocação de Horas;

g) Diversos "sócios" se declaravam como empregados da PROSUL perante o CREA-SC, órgão de fiscalização da responsabilidade técnica/profissional.

h) Denúncia de relação trabalhista em contrato de prestação de serviços tipo guarda chuva efetuada por um "sócio" responsável por ex-empresa terceirizada da PROSUL.

Os valores pagos às empresas prestadoras de serviços foram considerados como pagamentos diretos aos seus titulares, como salário-de-contribuição nos termos do Art. 28 da Lei nº 8.212/91, recebidos na qualidade de segurados-empregados da autuada.

A Base de Cálculo incidente sobre a remuneração dos segurados enquadrados como empregados da empresa PROSUL, encontra-se no ANEXO I - Salário de Contribuição Total – Pejotização.

Da Infração cometida pela PROSUL

Relata ainda a fiscalização que ao dissimular a contratação de empregados com a interposição de pessoa jurídica, a empresa deixou de recolher aos cofres da União as contribuições previdenciárias devidas sobre os salários dos mesmos, correspondente a 20% da cota patronal, 3% do RAT (item 2.2 deste REFISC) contribuições estas tão necessárias para manter a Previdência Social superavitária e com benefícios dignos a seus segurados.

Além dos prejuízos que causou ao orçamento da seguridade social, causou também prejuízos ao orçamento fiscal haja vista que não houve a retenção na fonte do imposto de renda devido pelas pessoas físicas. Importante salientar que os valores distribuídos pelas empresas terceirizadas aos seus "pseudo sócios" a título de Lucros, não sofreu também incidência do imposto de renda, visto que na declaração anual de ajuste esses "sócios" consideram a parcela recebida como "rendimentos isentos e não tributáveis", conforme pode ser conferido nos relatórios das Diligências - "DIL".

A prática de "pejotização" adotada pela empresa constitui-se em fraude a legislação previdenciária e trabalhista, nos termos do Art. 9º da CLT, implicando na qualificação da multa de ofício (§1º do Art. 44 da Lei nº 9430/1996).

No capítulo XIII “Da Jurisprudência Trabalhista” encontram-se transcritas sentenças trabalhistas sobre a prática da Pejotização

Da Multa Aplicada

A multa de ofício foi aplicada no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), nos termos do inciso I, do art. 44 da lei nº 9430/1996, qualificada conforme disposto no §1º do art. 44 da referida Lei, em virtude da prática adotada pela empresa de "pejotização", uma vez que tal conduta representa fraude a legislação trabalhista, nos termos do artigo 9º da CLT.

Da Representação Fiscal para Fins Penais

Em virtude da constatação, em tese, de crime de sonegação de contribuição previdenciária e crime contra a Ordem Tributária foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais/RFFP.

Da Sujeição Passiva Solidária

De acordo com a 15ª alteração contratual o sócio Wilfredo Brillinger é o responsável pela administração da empresa, sendo a ele imputada responsabilidade tributária solidária, conforme o disposto no artigo 124, inciso I, do CTN, por ter interesse comum na redução das obrigações tributárias da fiscalizada.

Também foi a ele imputada a responsabilidade do artigo 135, inciso III do CTN ao contratar segurados empregados através de pessoa jurídica, afrontando o art. 9º da CLT e remunerar indiretamente seus próprios empregados através das empresas terceirizadas, reduzindo as bases de cálculo das contribuições previdenciárias.

Às fls. 12.224/12.226, acostado o Termo de Sujeição Passiva Solidária.

Da Impugnação

Após ciência pessoal da autuação em 10/07/2013, PROSUL Projetos Supervisão e Planejamento Ltda apresentou defesa, fls. 12.254/12.368, alegando em síntese o que segue.

Preliminar de Mérito

Sustenta a nulidade do auto de infração por tratar de matéria de direito cuja competência é exclusiva da Justiça do Trabalho, conforme artigo 114 da Constituição Federal, uma vez que julgar vínculo empregatício não pode ser sub rogado à Receita Federal do Brasil, o que ocorreu no caso em concreto ao decretar vínculo empregatício das empresas, seus sócios e funcionários para com a autuada.

Ressalta que as provas juntadas aos autos são contrárias à conclusão fiscal, notadamente quanto à sentença homologatória da justiça do trabalho em que se reconheceu a inexistência de vínculo empregatício, porém a fiscalização exorbitou da competência ao aplicar o previsto no artigo 9º da CLT para justificar a aplicação da multa agravada, requerendo a nulidade da autuação por incompetência e ilegitimidade do auditor fiscal para decretar a existência de vínculo empregatício de caráter trabalhista em percentuais tributários.

Da Inexistência de Vínculo Empregatício e não Aplicabilidade do Artigo Terceiro da CLT

Insurge-se contra a interpretação dada pela fiscalização quanto à caracterização da pejetificação, não havendo provas nos autos da existência de vínculo de emprego e dos requisitos elencados no artigo 3º da CLT, pois todas as pessoas jurídicas foram constituídas regularmente de acordo com o artigo 2º da CLT e com o conceito de empresário, disposto no artigo 966 do Código Civil, sendo que as provas coletadas pela fiscalização corroboram o exercício de atividade empresarial, não podendo se falar em vínculo empregatício e pejetização.

Quanto aos requisitos expressos no artigo 3º da CLT, basta observar o quadro resumo do relatório fiscal para se constatar que não há exclusividade como aventado pela autoridade fiscal, tampouco subordinação, juntando cópias por amostragem das notas fiscais emitidas pelas empresas cujos “adquirentes” são outros que a autuada, a demonstrar que não há uma única empresa com emissão de notas fiscais 100% para a autuada e que prestam serviços para diversos tomadores do mercado.

Do Local da Prestação de Serviços

Assevera que não há prova nos autos de que um único empresário e/ou seus funcionários realizaram quaisquer serviços na sede da autuada, uma vez que as empresas contratadas são independentes, tem sede própria ou alugada, prestam serviços em seus estabelecimentos ou, em razão da especialidade, necessitam deslocar seu pessoal até o canteiro de obras das contratantes, sem qualquer subordinação hierárquica a autuada.

Da Inexistência de Salários

Ressalta que, em momento algum foi provada a contratação por salário, elemento essencial para o vínculo empregatício, além de ser equivocado o critério utilizado para considerar a base de cálculo como salário, dividindo-se o valor das notas fiscais na proporção de cotas ou ações dos empresários, o que contraria o conceito de salário, pois os empresários contratados correm o risco de suas atividades sem subordinação.

Afirma que as provas juntadas pela fiscalização nas diversas diligências realizadas nas empresas prestadoras (DIL 1 a DIL 24) demonstram os equívocos e falta de critério jurídico diante da singularidade de cada contrato realizado pelas empresas, não pelos sócios, juntando as declarações feitas por algumas destas empresas de não subordinação à autuada.

Dos Custos e Responsabilidade da Empresas

Aduz que as empresas prestadoras são pessoas jurídicas de direito privado, sendo responsáveis por seus custos de operação com autonomia, não havendo provas da existência do vínculo de emprego e da subordinação com a autuada, ao contrário, as provas colacionadas pela fiscalização e as que ora junta, demonstram que os custos eram realizados pelas empresas e os empresários recolhiam para a previdência social na forma da Lei.

Da Inexistência de Subordinação e Vínculo Empregatício

Dentre os requisitos do vínculo de emprego previstos no artigo 3º da CLT, alguns são inerentes à grande maioria dos negócios, mas a inexistência de subordinação direta, hierárquica e tributária determina a inexistência de relação de emprego como vem sendo decidido na esfera judicial, conforme jurisprudência que transcreve dos Tribunais Trabalhistas.

Do Item XIV – Da Reclamatória Trabalhista

Afirma que a fiscalização aceitou como verídicas as alegações que constaram na petição inicial de reclamatória trabalhista, sem considerar a contestação da empresa, ressaltando que, apesar das diversas empresas listadas no relatório fiscal, somente há uma ação desta espécie em face da PROSUL, conforme pesquisa na base territorial do TRT da 12ª Região, e ainda assim, a empresa Campos e Oliveira (reclamante) tratava-se de empresa familiar, com existência anterior ao início da relação com a fiscalizada.

Esclarece que a empresa Campos e Oliveira prestou serviços de consultoria de natureza variada durante determinado período de tempo à PROSUL, com vínculo exclusivamente de natureza civil, sendo que em relação ao acordo na ação trabalhista RT 00068300220125120034, as partes elaboraram petição conjunta visando a extinção do processo, conforme item 3 da petição que transcreve, sem reconhecimento de vínculo empregatício e com valor acordado decorrente de indenização por danos morais motivada pela indefinição da natureza da relação havida entre as partes, o que foi homologado pelo juízo trabalhista, conforme transcreve.

Considera pretensiosa a afirmação da fiscalização de que o acordo trabalhista homologado desconsiderou a pessoa jurídica da reclamante reconhecendo os serviços prestados pela pessoa física do sócio, isto porque o juiz do trabalho, ao considerar a prestação de serviços autônoma, estabeleceu relação distinta da trabalhista, sendo fato que na seara trabalhista não poderia ser a pessoa jurídica favorecida pelo acordo, além de o sócio irrisignado (reclamante) não ter poderes para firmar acordo em nome da empresa pois não era administrador desta, somente poderia pleitear em juízo como pessoa física.

Esclarece que a condição de autônomo como homologado no acordo não afasta a relação entre as pessoas jurídicas como entendeu a fiscalização, não significando que houve desconsideração da pessoa jurídica, mas que a pessoa jurídica não poderia figurar como autora na demanda trabalhista, restando acordado uma indenização pelo reconhecimento que a parte autora sofreu abalo moral, afastando-se qualquer relação empregatícia e consignando a condição de autônomo do reclamante.

Considera absurda a afirmação da fiscalização de que a homologação do acordo pressupõe julgamento favorável aos termos narrados na petição inicial, pois ambas as partes reconheceram em acordo que a relação existente entre as partes era diversa da descrita na inicial, com homologação pelo juiz da causa e extinção do processo com julgamento de mérito.

Evidencia que a fiscalização se coloca na condição de juiz extrapolando de sua competência ao decidir de modo contrário ao magistrado em processo que já foi julgado com resolução de mérito e cujo objeto não pode mais ser submetido a análise de qualquer espécie, ainda porque a decisão homologatória do acordo já transitou em julgado.

Afirma que a relação entre a PROSUL e a empresa Campos Oliveira se deu nos limites da legalidade e que a controvérsia do reclamante residiu no campo da relação autônoma, sem o pretenso afastamento da pessoa jurídica e estabelecimento de vínculo de emprego, ao contrário, a decisão transitada em julgado não reconheceu a existência de vínculo de emprego, e neste sentido a fiscalização produziu prova contrária ao seu interesse, o que torna confessa a razão do impugnante nos termos do artigo 348 do CPC, devendo ser anulado o auto de infração.

Dos Sócios das Empresas Terceirizadas

Em que pese a existência de relação de emprego entre a autuada e a pessoa dos sócios de algumas empresas contratadas, não há qualquer ilegalidade ou fraude como suposto pela fiscalização, isto porque é legítimo que empresas do mesmo ramo de atividade profissional efetuem contratações e subcontratações entre si visando a operacionalização de suas atividades.

Acrescenta que nem sempre a subcontratação de terceira empresa é suficiente para atendimento do mercado, sendo possível a formação de acervos técnicos, uma ferramenta utilizada pelas pessoas jurídicas para contratação de profissionais para figurarem como responsáveis técnicos das empresas sem qualquer ilegitimidade nessa prática. Salienta que é por meio de atestado técnico que a pessoa jurídica consegue comprovar a capacidade e a experiência para qualificá-la a prestar serviços na Administração Pública através de processo seletivo de licitação regida pela Lei nº 8.666/93, conforme dispositivos que transcreve, destacando aspectos relevantes para a participação em licitação para a execução de obras e serviços tais como: necessidade de pessoal técnico adequado para a realização do objeto e detentores de atestado de responsabilidade técnica, comprovação da aptidão por meio de atestados, ressaltando ser indispensável que a pessoa jurídica tenha os registros dos atestados em serviços que tenha participado para que possa atuar no mercado de trabalho.

Explana sobre os procedimentos de registro de atestados e do assentamento das atividades profissionais de engenharia perante o conselho, sobre a Anotação de Responsabilidade Técnica –ART instituída pela Lei nº 6.496/1977, que deve ser preenchida por profissional pessoa física, pois a responsabilidade técnica não pode ser exercida pela pessoa jurídica, nos termos do artigo 12 da Lei nº 5.194/66, além de a empresa somente ser mencionada como empresa executora caso haja vínculo do profissional/empresa aprovado no CREA/SC.

Do Lançamento –Fato Gerador e Base de Cálculo

Afirma que o auditor fiscal considerou o fato gerador ocorrido na data da emissão das notas fiscais das empresas terceirizadas enquanto que o § 2º do artigo 43 da Lei nº 8.212/91 determina que seja na data da prestação do serviço e a IN RFB 971 em seu artigo 52 considera a data do pagamento ou creditamento da remuneração, no caso, o pagamento foi efetuado no mês seguinte a emissão da nota fiscal, conforme notas fiscais anexadas e correspondente pagamento.

Sendo incorreta a determinação do fato gerador eleito pelo fisco devem ser anulados os autos de infração.

Em relação a base de cálculo apurada com base nas notas fiscais emitidas pelos sócios considerados empregados, afirma que o procedimento adotado pela fiscalização não espelha a realidade, pois não considerou os custos e despesas que reduziram os valores colocados a disposição dos sócios, conforme constou dos balanços anexados nas Diligências de 01 a 24, além de não considerar os descontos na fonte destacados nas notas fiscais, o que determina sua nulidade.

Auto de infração de obrigações acessórias

Sustenta que não pode apresentar GFIP de valores que não constaram de seus registros e ainda de forma retroativa, cabendo as empresas terceirizadas apresentar as correspondentes GFIP, protestando pelo cancelamento da exigência.

Da Multa Qualificada

Aduz que a autuação se limitou a afirmar que a prática de pejetização e os atos praticados foram fraudulentos com base no artigo 9º da CLT, sem haver qualificação jurídica da conduta da impugnante para a caracterização do ilícito da fraude e sem demonstrar a materialidade da conduta, tampouco existindo evidência material da conduta qualificada praticada.

A multa foi qualificada em 150% pela falta de recolhimento das contribuições, sob o fundamento que o contribuinte tentou impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador, o que se subsume ao artigo 71, inciso I, da Lei nº 4.502/64, portanto, deveria ser demonstrado o dolo na conduta do agente, conforme doutrina e jurisprudência administrativa que cita, o que não ocorreu no presente caso, e, tratando-se de sanção, deve haver cautela para evitar abusos e arbitrariedade, sendo que o evidente intuito de fraude não pode ser presumido.

Conclui que não praticou nenhum ato que possa ser qualificado como fraudulento, devendo ser afastada a penalidade por ausência dos requisitos legais.

Requeru ao final o provimento da impugnação com reconhecimento da incompetência absoluta por tratar-se de matéria exclusiva da Justiça do Trabalho, o reconhecimento da inexistência de vínculo empregatício em face do conjunto probatório, o reconhecimento da decadência e subsidiariamente a nulidade da autuação diante do erro na base de cálculo e fato gerador.

Juntou documentos fls. 12.374/13.273.

Da Impugnação Wilfredo Brillinger

Às fls. 12.230/12.248, Wilfredo Brillinger apresenta impugnação alegando o que segue resumidamente.

Em preliminar, afirma que a jurisprudência administrativa consolidou o entendimento de que o sócio a quem foi atribuída responsabilidade solidária tem legitimidade para interpor impugnação ao lançamento fiscal.

Sustenta que o entendimento equivocado da fiscalização levou a concluir pela existência de fraude atribuindo sujeição passiva solidária ao sócio administrador da autuada com base no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional/CTN.

Acrescenta que não se encontram presentes os requisitos para a responsabilização pois o simples descumprimento de uma obrigação tributária principal ou acessória não pode ser entendida como infração a lei, além de que o interesse comum referido no artigo 124, inciso I do CTN deve estar associado a uma relação pessoal e direta com o fato gerador, e se subsumir ao disposto no artigo 121, inc I, do referido código, na condição de contribuinte, não bastando que concorra para a ocorrência do fato gerador.

No presente caso, a acusação de que o sócio demonstrou interesse comum na redução das obrigações tributárias nos termos do artigo 124, inciso I, do CTN não está compreendida como hipótese de sujeição passiva, pois não demonstrado que o sócio tenha sido

o beneficiário de disponibilidade econômica ou jurídica de renda decorrente dos atos imputados pelo fisco, o que afasta a responsabilização por este fundamento.

Sustenta que, para se admitir a responsabilização do sócio nos moldes do artigo 135, III, do CTN, a autuação não poderia ter sido lavrada em nome da Empresa Prosul, pois o dispositivo citado versa sobre a responsabilidade pessoal e exclusiva e para se admitir a responsabilidade solidária dever-se-ia excluir o contribuinte PROSUL do pólo passivo da demanda, concluindo que não há como ser mantida a responsabilidade solidária com base neste dispositivo.

Requer ao final seja julgada procedente a impugnação para excluir a responsabilidade solidária atribuída ao sócio Wilfredo Brillinger.

O Acórdão 14-48.638 da DRJ julgou a impugnação improcedente, recebendo a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 30/12/2011

LANÇAMENTO FISCAL. CARACTERIZAÇÃO SEGURADO EMPREGADO.

É segurado obrigatório da Previdência Social, como empregado, a pessoa física que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração.

RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. PRIMAZIA DA REALIDADE.

Se o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, interposta pessoa jurídica, ou sob qualquer outra denominação, na realidade mantém vínculo empregatício com o contratante, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado.

DESCONSIDERAÇÃO DO VÍNCULO JURÍDICO. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE FISCAL.

Compete ao Auditor Fiscal desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado para fins de incidência de contribuição previdenciária.

DESCONSIDERAÇÃO DOS ATOS OU NEGÓCIOS JURÍDICOS PRATICADOS.

A autoridade administrativa possui a prerrogativa de desconsiderar atos ou negócios jurídicos eivados de vícios, sendo tal poder da própria essência da atividade fiscalizadora, consagrando o princípio da substância sobre a forma.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICADA. APLICABILIDADE

Constatado que a conduta do contribuinte esteve associada à prática de fraude e sonegação fiscal, é aplicável a multa de ofício qualificada de 150%.

RESPONSABILIDADE SÓCIO ADMINISTRADOR. INFRAÇÃO À LEI.

Constatada fraude à legislação trabalhista e previdenciária pela prática de contratação de empregados por interpostas pessoas jurídicas, presente os requisitos para a responsabilização do sócio administrador nos termos do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional.

Irresignados, a Recorrente e seu responsável solidário apresentaram Recurso Voluntário reiterando a argumentação trazida na Impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto - Relator

Os recursos voluntários são tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade.

Preliminar de Nulidade

Em seu Recurso Voluntário, o Recorrente suscita a nulidade do Auto de Infração, diante da matéria de direito ser de competência exclusiva da Justiça do Trabalho, conforme artigo 114 da Constituição Federal, uma vez que julgar vínculo empregatício não pode ser sub rogado à Receita Federal do Brasil, o que ocorreu no caso em concreto ao decretar vínculo empregatício das empresas, seus sócios e funcionários para com a autuada.

O regime jurídico da nulidade do processo administrativo está previsto nos artigos 59 e 60 do Decreto-Lei n. 70.235/71, nos seguintes termos:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

Como se vê, as hipóteses de nulidade se restringem aos atos e termos lavrados por pessoa incompetente e aos despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

No caso em tela, não há que se falar em preterição do direito de defesa, uma vez que a Recorrente conseguiu apresentar com precisão todos os argumentos de sua defesa.

Ante o exposto, enfatizando que o caso em exame não se enquadra nas hipóteses de nulidade previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, é incabível a pretendida nulidade, por não se vislumbrar qualquer vício capaz de invalidar o procedimento administrativo adotado.

Da Licidade da Terceirização

Em 30/08/2018, o excelso Supremo Tribunal Federal, ao julgar conjuntamente a ADPF 324 e o RE 958252 (esse último na sistemática da repercussão geral), nos quais se discutia a licitude da terceirização de atividades precípuas da empresa tomadora de serviços, fixou a seguinte tese jurídica: "É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante (tema 725 da repercussão geral)."

Desse modo, em razão da natureza vinculante das decisões proferidas pelo excelso Supremo Tribunal Federal nos aludidos feitos, deve ser reconhecida a licitude das terceirizações em qualquer atividade empresarial.

Como decorrência de tal decisão do STF, perde o sentido a interpretação dada pela fiscalização quanto à caracterização da pejetização, não havendo provas nos autos da existência de vínculo de emprego e dos requisitos elencados no artigo 3º da CLT, pois todas as pessoas jurídicas foram constituídas regularmente de acordo com o artigo 2º da CLT e com o conceito de empresário, disposto no artigo 966 do Código Civil, sendo que as provas coletadas pela fiscalização corroboram o exercício de atividade empresarial, não podendo se falar em vínculo empregatício e pejetização.

Destaque-se ainda que no caso concreto não há exclusividade na prestação de serviços, tampouco havendo subordinação. Ademais, inexistente prova nos autos de que um único empresário e/ou seus funcionários realizaram quaisquer serviços na sede da autuada, uma vez que as empresas contratadas são independentes, tem sede própria ou alugada, prestam serviços em seus estabelecimentos ou, em razão da especialidade, necessitam deslocar seu pessoal até o canteiro de obras das contratantes, sem qualquer subordinação hierárquica a autuada.

Obrigações Acessórias

Considerando que o STF declarou a licitude da terceirização, não cabe também o lançamento da multa relativa à incorreção da obrigação acessória.

Da Multa Qualificada

Considerando que o STF declarou a licitude da terceirização, não há que se falar em qualificação da multa, uma vez que aduz que a autuação se limitou a afirmar que a prática de pejetização e os atos praticados foram fraudulentos com base no artigo 9º da CLT, sem haver qualificação jurídica da conduta da autuada para a caracterização do ilícito da fraude e sem demonstrar a materialidade da conduta, tampouco existindo evidência material da conduta qualificada praticada.

Da Responsabilidade do Sócio-Administrador

Em seu Recurso Voluntário, o sócio Às fls. 12.230/12.248, Wilfredo Brillinger apresenta impugnação alegando o que segue resumidamente. que o entendimento equivocado da fiscalização levou a concluir pela existência de fraude atribuindo sujeição passiva solidária ao sócio administrador da autuada com base no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional/CTN.

Todavia, tal entendimento cai por terra diante da decisão do STF pela licitude da terceirização. Como consequência, não há que se falar em fraude, de modo que não cabe a responsabilização do sócio nos moldes do artigo 135, III, do CTN.

Conclusão

Com base no exposto, voto por conhecer o Recurso Voluntário, rejeitar a preliminar e dar-lhe provimento ao mérito.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto