ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 11516.723549/2012-24
CÓPIA

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

Processo nº	11516.723549/2012-24
Recurso nº	003.729 Voluntário
Acórdão nº	**2302-003.729 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	12 de março de 2015
Matéria	CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - AIOP + AIOA CFL 30
Recorrente	OLIVO S/A PRODUTOS ELÉTRICOS
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

SIMPLES NACIONAL. REGIME SIMPLIFICADO DE RECOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO DA NATUREZA DO TRIBUTO. DESCONSIDERAÇÃO DO NEGÓCIO SIMULADO E DESVELAMENTO DO NEGÓCIO DISSIMULADO. APLICAÇÃO DA LEI TRIBUTÁRIA AO NEGÓCIO DISSIMULADO. APROVEITAMENTO DE RECOLHIMENTOS DO NEGÓCIO SIMULADO.

Estabelece o art. 146, d, da Constituição Federal que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre a "definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso" (...) "das contribuições previstas no art. 195, I ". Portanto, a denominada contribuição da empresa incidente sobre a folha de salário e demais rendimentos do trabalho pode, a teor do referido dispositivo, ser objeto de regime especial ou simplificado. Dando concretude ao art. 146, d, da CF, a Lei Complementar n° 126/06 estipula que o Simples Nacional engloba a contribuição patronal previdenciária prevista no art. 22 da Lei n° 8.212/91 (art. 13). Portanto, a contribuição prevista no art. 13 da Lei Complementar n° 126/06 é a mesma prevista no art. 22 da Lei n° 8.212/91, ainda que o recolhimento seja feito em regime simplificado.

Por tais razões, na situação em que a autoridade fiscal, para fim específico, supera o negócio jurídico simulado - prestação de serviços por segurados para empresa de "fachada" sujeita ao regime simplificado - para aplicar a lei tributária ao negócio jurídico dissimulado - prestação de serviços por segurados diretamente para a recorrente -, a parcela recolhida na sistemática do SIMPLES pela contratada - ato simulado - deve ser aproveitada para abatimento do valor do débito lançado.

CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADO EMPREGADO. SUBSUNÇÃO DO FATO À HIPÓTESE NORMATIVA.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Impera no Direito Previdenciário o princípio da primazia da realidade sobre a forma, sendo necessária e suficiente a subsunção do fato à hipótese legal prevista no art. 12, inciso I, letra "a" da Lei n° 8.212/91 para que se opere a caracterização de segurado empregado.

CARACTERIZAÇÃO DA CONDIÇÃO DE SEGURADO EMPREGADO. COMPETÊNCIA DA RFB. PRIMAZIA DA REALIDADE DOS FATOS SOBRE A FORMA DOS ATOS. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 116 DO CTN.

A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos estabelecidos em lei ordinária.

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. RELATÓRIOS FISCAIS. FINS ESPECÍFICOS. LEITURA E INTERPRETAÇÃO CONJUNTA.

O lançamento tributário é constituído por uma diversidade de Relatórios, Termos e Discriminativos, os quais devem ser compulsados em seu conjunto, e de cuja sinergia emergem as condições de contorno específicas do crédito tributário em constituição.

FRAUDE.

Configura-se fraude 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.

SONEGAÇÃO

Qualifica-se como sonegação toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária a respeito da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, ou também das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

AIOP. FRAUDE. SONEGAÇÃO. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

O percentual de multa de que trata o art. 44, I, da Lei nº 9.430/96 será duplicado nos casos de sonegação, fraude ou conluio, previstos respectivamente nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

SIMULAÇÃO. PROVA. MEIOS INDIRETOS.

A simulação deixa quase sempre rastros e vestígios que a denunciam, consubstanciados em fatos, atos e circunstâncias que a experiência aponta como sintomas ou indícios do caráter fictício ou imaginário do ato jurídico simulado. Em razão de tal acobertamento, tais defeitos da vontade declarada têm que ser provados através do conjunto de indícios e evidências que as operações realizadas na execução de tais esquemas vão deixando pelo seu caminho, conjugando-os com motivos ensejadores e os fins pretendidos com a simulação.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A partir da edição da Lei n.º 8.620/93, é legítima a tributação em separado da contribuição previdenciária sobre o valor bruto do 13º salário.

A verba despendida pela empresa a título de décimo terceiro salário não integra o rol *numerus clausus* de hipóteses legais de não incidência tributária consolidado no §9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91, configurando-se como rubrica abraçada pelo conceito jurídico de Salário de Contribuição.

Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre exclusão do crédito tributário e outorga de isenção.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. SALÁRIO MATERNIDADE. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. ART. 28, §2º, DA Lei nº 8.212/91.

O Salário Maternidade integra o conceito jurídico de Salário de Contribuição, sujeitando-se à incidência dos encargos sociais de responsabilidade da empresa. REsp nº 1.230.957-RS, julgado segundo o regime previsto no art. 543-C do CPC.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. HORAS EXTRAS. ADICIONAL NOTURNO. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO.

Integram o conceito jurídico do salário de contribuição, dado ao seu eminente caráter remuneratório, as importâncias pagas a segurados obrigatórios do RGPS a título de horas extras e adicional noturno. REsp nº 1.358.281 - SP, julgado segundo o regime previsto no art. 543-C do CPC.

FÉRIAS GOZADAS. ADICIONAL CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 214, §4º, DO RPS.

A remuneração de férias e seu respectivo adicional de que trata o inciso XVII do art. 7º da Constituição Federal possuem natureza remuneratória e, nessa condição, integram o salário-de-contribuição, para fins de incidência de contribuições previdenciárias, nos termos expressos no §4º do art. 214 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Dec. nº 3.048/99.

AUXÍLIO DOENÇA. AFASTAMENTO POR INCAPACIDADE. ÔNUS DA EMPRESA.

O salário do segurado empregado correspondente aos primeiros 15 dias de afastamento por doença é custeado integralmente pela empresa, e, a partir de então, pelo INSS.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. NATUREZA REMUNERATÓRIA. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO.

Consoante entendimento pacífico no âmbito do STJ e do TST, os adicionais insalubridade e de periculosidade constituem verbas de natureza remuneratória, razão pela qual se sujeitam à incidência de contribuição previdenciária.

PRODUÇÃO DE PROVAS. MOMENTO PRÓPRIO. JUNTADA DE NOVOS DOCUMENTOS APÓS PRAZO DE DEFESA. REQUISITOS OBRIGATÓRIOS.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A impugnação deverá ser formalizada por escrito e mencionar os motivos de fato e de direito em que se fundamentar, bem como os pontos de discordância, e vir instruída com todos os documentos e provas que possuir, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, salvo nas hipóteses taxativamente previstas na legislação previdenciária, sujeita a comprovação obrigatória a ônus do sujeito passivo.

Recurso Voluntário Provido em Parte

CÓPIA

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2ª TO/3ª CÂMARA/2ª SEJUL/CARF/MF/DF, por maioria de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Voluntário e, na parte conhecida, dar-lhe provimento parcial, devendo a parcela recolhida na sistemática do SIMPLES, correspondente à contribuição previdenciária patronal, ser aproveitada para abatimento do valor do débito lançado e não pago. Vencidos na votação o Conselheiro Relator e a Conselheira Liège Lacroix Thomasi por entenderem não ser possível a compensação das contribuições recolhidas na sistemática do SIMPLES por sujeito passivo distinto daquele que procedeu aos recolhimentos. O Conselheiro André Luiz Máralém Lombardi fará o voto divergente vencedor

Liége Lacroix Thomasi – Presidente de Turma.

Arlindo da Costa e Silva - Relator.

André Luis Máralém Lombardi, Redator Designado.

Participaram da Sessão de Julgamento os Conselheiros: Liége Lacroix Thomasi (Presidente de Turma), Leonardo Henrique Pires Lopes (Vice-presidente de turma), André Luis Mársico Lombardi, Luciana Matos Pereira Barbosa, Juliana Campos de Carvalho Cruz e Arlindo da Costa e Silva.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

Relatório

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2011
Data da lavratura dos Autos de Infração: 01/02/2013.
Data da ciência dos Autos de Infração: 01/02/2013.

Tem-se em pauta Recurso Voluntário interposto em face de Decisão Administrativa de 1ª Instância proferida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I/RJ que julgou improcedente a impugnação oferecida pelo sujeito passivo do crédito tributário lançado por intermédio dos Auto de Infração de Obrigação Principal nº 51.024.502-1 e 51.024.503-0, consistentes em contribuições previdenciárias a cargo da empresa, destinadas ao custeio da Seguridade Social, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho e a Outras Entidades e Fundos, incidentes sobre a remuneração de segurados obrigatórios do RGPS, caracterizados pela Fiscalização como segurados empregados da Autuada, conforme descrito no Relatório Fiscal a fls. 410/441.

Integra, ainda, o presente lançamento o Auto de Infração de Obrigação Acessória nº 51.024.504-8, lavrado em razão do descumprimento objetivo de obrigação acessória prevista no inciso I do art. 32 da Lei nº 8.212/91.

> ***CFL - 30***
>
> *Deixar a empresa de preparar folha(s) de pagamento(s) das remunerações pagas ou creditadas a todos os segurados a seu serviço, de acordo com os padrões e normas estabelecidas pelo INSS.*

A multa foi aplicada de forma agravada, conforme as disposições contidas no art. 44, inciso I, §1º, da Lei nº 9.430/96, c/c os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, em razão de as circunstâncias verificadas durante a ação fiscal revelarem de forma inequívoca a intenção firme e consciente do contribuinte no sentido de suprimir tributo devido à fazenda pública federal, mediante sonegação, fraude e conluio, praticados de forma dolosa.

Relata a Autoridade Lançadora que durante a ação fiscal desenvolvida na empresa Olivo S/A, verificou-se que, não obstante a aparente distinção formal entre o contribuinte e as empresas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda e Metalúrgica Olivo Ltda, trata-se, de fato, de uma única empresa que explora as seguintes atividades econômicas: Fabricação de produtos elétricos através da Olivo S/A e de produtos metalúrgicos no âmbito da Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda, com quadro único de empregados, sob gestão centralizada no empregador e sujeito passivo Olivo S/A - Produtos Elétricos.

A existência das pessoas jurídicas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda e Metalúrgica Olivo Ltda destina-se, apenas, a abrigar formalmente os vínculos

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

trabalhistas relativos aos empregados do sujeito passivo e verdadeiro empregador - Olivo S/A - Produtos Elétricos, como subterfúgio para o indevido locupletamento do sistema tributário simplificado e favorecido, instituído pela Lei Complementar n° 123/2006.

O emprego de simulação, com evidente objetivo de elidir a contribuição previdenciária, retira a validade do ato formal, devendo prevalecer a real situação fática, com base no princípio da verdade material.

Desta forma, e para fins tributários, os segurados formalmente inseridos nas folhas de pagamento das pessoas jurídicas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda e Metalúrgica Olivo Ltda foram considerados empregados do sujeito passivo Olivo S/A - Produtos Elétricos, que se revelou o verdadeiro empregador.

Ficou constatada a ocorrência dos elementos caracterizadores da relação jurídica de segurado empregado de tais trabalhadores e o Autuado previstos no artigo 12, I, "a", da Lei nº 8.212/91: pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade.

O vertente lançamento tem por fatos geradores as remunerações pagas aos empregados do sujeito passivo, cujos valores foram apurados através das folhas de pagamentos confeccionadas em nome das pessoas jurídicas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda e Metalúrgica Olivo Ltda, apresentadas pelo Sujeito Passivo.

Em razão das condutas verificadas pela fiscalização, descritas no Relatório Fiscal, os representantes legais do sujeito passivo deram causa à baixa de ofício da inscrição no CNPJ das pessoas jurídicas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda e Metalúrgica Olivo Ltda, tendo sido encaminhada Representação Administrativa à DRF Florianópolis, com vistas à baixa de ofício da inscrição no CNPJ das citadas pessoas jurídicas por se tratarem de sociedades inexistentes de fato.

Irresignados com o supracitado lançamento tributário, o Autuado apresentou Impugnação Administrativa a fls. 1116/1196.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I/RJ lavrou Decisão Administrativa textualizada no Acórdão nº 12-61.731 – 12ª Turma da DRJ/RJ1, a fls. 1222/1239, julgando procedente o lançamento e mantendo o crédito tributário em sua integralidade.

O Autuado foi cientificado da decisão de 1ª Instância no dia 21/03/2014, conforme Termo de Abertura de Documento a fl. 1241.

Inconformado com a decisão exarada pelo órgão administrativo julgador *a quo*, o Autuado interpôs recurso voluntário a fls. 1243/1332, respaldando seu inconformismo em argumentação desenvolvida nos termos que se vos seguem:

- Que o lançamento decorreu de presunção da Autoridade Fiscal de que as empresas Olivo S/A, Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e Metalúrgica Olivo constituíam uma só empresa;

- Que a Autoridade Fiscal deveria proceder à compensação dos tributos já recolhidos na modalidade de pagamento do SIMPLES;

- Qua a Autoridade Fiscal não identificou a efetiva base de cálculo das Contribuições Previdenciárias lançadas;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- Que não incidem Contribuições Previdenciárias sobre os 15 primeiros dias que antecedem o afastamento do segurado por auxílio doença/acidente;
- Que não incidem Contribuições Previdenciárias sobre o Aviso Prévio não trabalhado;
- Que não incidem Contribuições Previdenciárias sobre as férias gozadas e o respectivo adicional de 1/3;
- Que não incidem Contribuições Previdenciárias sobre o Salário Maternidade;
- Que não incidem Contribuições Previdenciárias sobre os adicionais de horas extras, noturno, insalubridade e periculosidade;
- Que não incidem Contribuições Previdenciárias sobre as verbas rescisórias;
- Que não incidem Contribuições Previdenciárias sobre o 13º salário;
- Que não procede o Auto de Infração nº 37.376.455-3, Código de Fundamentação Legal 68;

Ao fim, requer o provimento do Recurso Voluntário.

Relatados sumariamente os fatos relevantes.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto Vencido

Conselheiro Arlindo da Costa e Silva, Relator.

CÓPIA

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1.1. DA TEMPESTIVIDADE

Os sujeitos passivos foram válida e eficazmente cientificados da decisão recorrida no dia 21/03/2014. Havendo sido o recurso voluntário protocolizado no dia 17/04/201, há que se reconhecer a tempestividade do recurso interposto.

1.2. DO CONHECIMENTO DO RECURSO

O Recorrente alega a improcedência do Auto de Infração nº 37.376.455-3, Código de Fundamentação Legal 68, supostamente lavrado por infração ao disposto Lei nº 8.212/91, art. 32, inciso IV e parágrafo 3º, acrescentados pela Lei nº 9.528, de 10.12.97.

Compulsando os autos, todavia, constatamos que o indigitado Auto de Infração de Obrigação Acessória nº 37.376.455-3, Código de Fundamentação Legal 68, não integra o vertente Processo Administrativo Fiscal, o qual é constituído, tão somente, pelos Autos de Infração de Obrigação Principal nº 51.024.502-1 e 51.024.503-0 e pelo Auto de Infração de Obrigação Acessória nº 51.024.504-8, CFL 30, lavrado em razão do descumprimento objetivo de obrigação acessória prevista no inciso I do art. 32 da Lei nº 8.212/91.

Assim, por não integrar o escopo do lançamento ora em debate, pugnamos pelo não conhecimento, exclusivamente, da citada alegação recursal.

Assim, presentes os demais requisitos de admissibilidade do recurso, dele conheço parcialmente.

Ante a inexistência de questões preliminares a serem dirimidas, passamos diretamente ao exame do mérito.

2. DO MÉRITO

Cumpre de plano assentar que não serão objeto de apreciação por este Colegiado as matérias não expressamente impugnadas pelo Recorrente, as quais serão consideradas como verdadeiras, assim como as matérias já decididas pelo Órgão Julgador de 1ª Instância não expressamente contestadas pelo sujeito passivo em seu instrumento de Recurso Voluntário, as quais se presumirão como anuídas pela Parte.

Também não serão objeto de apreciação por esta Corte Administrativa as questões de fato e de Direito referentes a matérias substancialmente alheias ao vertente

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

lançamento, eis que em seu louvor, no processo de que ora se cuida, não se houve por instaurado qualquer litígio a ser dirimido por este Conselho, assim como as questões arguidas exclusivamente nesta instância recursal, antes não oferecida à apreciação do Órgão Julgador de 1ª Instância, em razão da preclusão prevista no art. 17 do Decreto nº 70.235/72.

CÓPIA

2.1. DA CONDIÇÃO DE SEGURADO EMPREGADO

O Recorrente alega que o lançamento em questão decorreu de presunção da Autoridade Fiscal de que as empresas Olivo S/A, Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e Metalúrgica Olivo constituíam uma só empresa.

Antes de adentrarmos a cognição meritória, merece ser ressaltado que, para fins tributários, considera-se **fraude** toda ação ou omissão dolosa tendente a (a) impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal; (b) excluir a ocorrência do fato gerador; ou (c) modificar as características essenciais do fato gerador, de modo a (i) reduzir o montante do tributo devido; (ii) evitar o seu pagamento ou (iii) diferir o seu pagamento.

> ***Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964***
>
> *Art. 72. 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.*

A fraude tributária se materializa, portanto, pelo emprego de ardis e estratagemas visando a ludibriar o Fisco, induzindo-o a erro a respeito das reais características dos fatos jurídicos ocorridos, de modo a reduzir o montante do imposto devido, a evitar ou diferir o seu pagamento.

Diferentemente da fraude, na **simulação** o ato jurídico é deliberadamente dissimulado, a fim de representar externamente perante terceiros uma outra realidade que não aquela pretendida volitivamente pelo Praticante do ato simulado, e que enseje para este algum resultado econômico favorável. Assim, haverá simulação nos atos jurídicos quando estes contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula sabidamente não verdadeira;

Na definição de Clóvis Beviláqua, citado por Silvio Rodrigues (*in* Direito Civil - Parte Geral, vol. 1, 15ª edição, São Paulo : Saraiva, 1985, p. 218), "*a simulação é uma declaração enganosa da vontade, visando a produzir efeito diverso do ostensivamente indicado*". Segundo Orlando Gomes (*in* Introdução ao Estudo do Direito, 7a. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1983, p. 374), ocorre a simulação quando "*em um negócio jurídico se verifica intencional divergência entre a vontade real e a vontade declarada, com o fim de enganar terceiros*".

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A simulação, em resumo, consubstancia-se numa deformação voluntária do ato jurídico com o intuito de fugir à disciplina normal prevista em lei, consistente num desacordo intencional entre a vontade interna das partes, efetivamente pretendida, e a formalmente declarada no ato simulado.

O ato jurídico simulado ostenta formalmente uma aparência diversa do efetivo querer das partes, pois simulam pretender um efeito jurídico que as partes, na realidade, não intencionam nem desejam.

A doutrina tradicional da simulação, numa visão voluntarista do ato jurídico, considera serem simulados e passíveis de desconsideração pelo Fisco os atos e os negócios jurídicos praticados pelas partes com a intenção de enganar, ocultar, iludir, dificultar ou até mesmo tornar impossível a atuação fiscal.

A simulação, portanto, traduz-se pela falta de correspondência entre o ato praticado e o formalizado, encerrando uma declaração enganosa visando a produzir efeito diverso do fato ocorrido.

Sobre as dificuldades da comprovação de simulação, que devem ser levadas em conta na análise das provas coletadas pelas autoridades fiscais, cabe lembrar os ensinamentos de GALVÃO TELLES (*in* Manual dos contratos em geral, 3ª ed., Lisboa, 1995, pag. 172-174)

> *"Em regra, porém, dado que os simuladores procuram furtar-se a olhares indiscretos e dado que as contra declarações são entre nós pouco utilizadas, não existe prova direta da simulação. Esta terá de provar-se indiretamente, através de presunções.*
>
> *A simulação deixa quase sempre vestígio que a denunciam: há fatos, circunstâncias que a experiência aponta como sintomas ou índices do caráter fictício ou imaginário de um ato jurídico. Pelos meios admissíveis em direito, nomeadamente, através de testemunhas ou documentos, o interessado provará esses fatos ou circunstâncias e, conjugando-os e apreciando-os segundo o seu prudente critério, o tribunal formará juízo.*
>
> *A simulação representa um esforço de construção artificial, distanciada e deformadora da realidade, e raras vezes essa construção será um todo lógico e coerente, que forma cobertura completa dos fatos. A verdade vem à superfície e denuncia-se através de brechas daquela construção. Os indícios que fazem presumir a simulação serão particularmente convincentes se se tornar aparente um motivo simulatório.*
>
> *Por exemplo, alguém que está crivado de dívidas e com ameaças de execuções, declara vender a um parente próximo a maior parte dos seus bens, mas continua na posse deles e a satisfazer os respectivos encargos e cobrar os respectivos rendimentos; as circunstâncias são suspeitas, e o motivo simulatório ou causa simulandi está à vista, é o intuito de fraudar os credores".*

Como visto, a fraude e a simulação deixam quase sempre rastros e vestígios que as denunciam: produzem fatos, atos e circunstâncias que a experiência aponta como sintomas ou indícios do caráter fictício ou imaginário de um ato jurídico fraudulento ou simulado.

Em razão de tal acobertamento, tais defeitos da vontade declarada têm que ser provados através dos indícios e evidências que as operações realizadas na execução de tais esquemas vão deixando pelo seu caminho. Assim, pelos meios admissíveis em direito, nomeadamente, através de testemunhas, documentos, a experiência, etc., a Fiscalização reúne

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

os meios de prova relativos a esses fatos, indícios ou circunstâncias, e o Julgador, apreciando-os segundo o seu livre convencimento e prudente critério, conjugando-os com os fins pretendidos pelo Increpado, forma o seu juízo de convicção.

CÓPIA

Muito embora semelhantes em alguns pequenos aspectos, as legislações trabalhista e previdenciária não se confundem. Tendo como assentada tal premissa, fácil é perceber que o segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social - RGPS qualificado com "*segurado empregado"* não é aquele definido no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, mas, sim, a pessoa física especificamente conceituada para fins previdenciários no inciso I do art. 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, em seguimentos rememorados a seguir para facilitar a compreensão da questão posta em debate.

> ***Consolidação das Leis do Trabalho - CLT***
>
> *Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.*
>
> *Parágrafo único. Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.*

> ***Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991***
>
> *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;*
>
> *b) aquele que, contratado por empresa de trabalho temporário, definida em legislação específica, presta serviço para atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços de outras empresas;*
>
> *c) o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em sucursal ou agência de empresa nacional no exterior;*
>
> *d) aquele que presta serviço no Brasil a missão diplomática ou a repartição consular de carreira estrangeira e a órgãos a ela subordinados, ou a membros dessas missões e repartições, excluídos o não brasileiro sem residência permanente no Brasil e o brasileiro amparado pela legislação previdenciária do país da respectiva missão diplomática ou repartição consular;*
>
> *e) o brasileiro civil que trabalha para a União, no exterior, em organismos oficiais brasileiros ou internacionais dos quais o Brasil seja membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo se segurado na forma da legislação vigente do país do domicílio;*
>
> *f) o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em empresa domiciliada no*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

exterior, cuja maioria do capital votante pertença a empresa brasileira de capital nacional;

g) o servidor público ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a União, Autarquias, inclusive em regime especial, e Fundações Públicas Federais; (Alínea acrescentada pela Lei n° 8.647/93)

i) o empregado de organismo oficial internacional ou estrangeiro em funcionamento no Brasil, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social; (Incluído pela Lei nº 9.876/99).

j) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social; (Incluído pela Lei nº 10.887/2004).

II - como empregado doméstico: aquele que presta serviço de natureza contínua a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, em atividades sem fins lucrativos;

Olhando com os olhos de ver, avulta que os conceitos de "*empregado*" e "*segurado empregado*" presentes nas legislações trabalhista e previdenciária, respectivamente, são plenamente distintos. Esta qualifica como "*segurado empregado"* não somente os trabalhadores tipificados como "*empregados"* na CLT, mas, também, outras categorias de laboristas. De outro eito, determinadas categorias de trabalhadores tidas como "*empregados"* pela CLT podem não ser qualificadas como segurados empregados para os fins colimados pela lei de custeio da Seguridade Social.

Exemplo emblemático do que acabamos de expor é o caso dos empregados domésticos. Malgrado este trabalhador seja qualificado como *empregado* pela Consolidação Laboral, para a Seguridade Social, tal segurado não integra a categoria de *"segurado empregado"*, art. 12, I, da Lei nº 8.212/91, mas, sim, a de "*segurado empregado doméstico",* art. 12, II, da Lei nº 8.212/91, uma classe absolutamente distinta da de "*segurado empregado",* com regras de tributação distintas e completamente diversas daquelas aplicáveis aos "*segurados empregados"*.

Dessarte, mostra-se irrelevante para fins de custeio da seguridade social o conceito de "*empregado"* estampado na Consolidação das Leis do Trabalho. Prevalecerá, sempre, para tais fins, a conformação dos segurados obrigatórios abrigada nos incisos do art. 12 da Lei nº 8.212/91.

Portanto, para os fins do custeio da Seguridade Social, serão qualificados como segurados empregados, e nessa qualidade se subordinando empregador e segurados às normas encartadas na Lei nº 8.212/91, as pessoas físicas que prestarem serviços de natureza urbana ou rural à empresa, aqui incluídos os órgãos públicos por força do art. 15 da Lei nº 8.212/91, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração.

Não se deve olvidar que, tal qual no ramo do Direito do Trabalho, aplica-se igualmente no Direito Previdenciário o Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma, o qual propugna que, havendo divergência entre a realidade das condições ajustadas numa determinada relação jurídica e as verificadas em sua execução, prevalecerá a realidade dos fatos. Havendo discordância entre o que ocorre na prática e o que está expresso em

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

assentamentos públicos, documentos ou acordos, prevalece a realidade dos fatos. O que conta não é a qualificação contratual, mas a natureza das funções exercidas em concreto.

No dizer de Américo Plá Rodrigues: "*em matéria de trabalho importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle. Ou seja, o princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos*".

Em trabalho primoroso, Mauricio Godinho Delgado leciona que "*No Direito do Trabalho deve-se pesquisar, preferentemente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual - na qualidade de uso - altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes, respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva" (DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 2ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p.207)* .

No caso *sub examine*, o auditor fiscal acusou a presença ostensiva dos elementos caracterizadores da relação de segurado empregado (reitere-se, não a de vínculo empregatício, que é irrelevante ao caso), consubstanciados na prestação de serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob subordinação jurídica do trabalhador pessoa física ao contratante e mediante remuneração.

O Relatório Fiscal é rico em provas e evidências que bem demonstram que a Recorrente se valia de empresas criadas adrede, a Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e a Metalúrgica Olivo , existentes tão somente no plano formal, para abrigar o registro trabalhista dos trabalhadores utilizados na execução de sua atividade fim visando, tão apenas, usufruir indevidamente dos benefícios do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, reduzindo assim, substancialmente, os seus encargos tributários.

A Fiscalização apurou que, muito embora os assentamentos contratuais apontassem no sentido que os trabalhadores eram segurados empregados da Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e da Metalúrgica Olivo, as condições reais em que os serviços foram efetivamente prestados por esses obreiros subsumiam-se à hipótese genérica e abstrata das de segurado empregado da empresa autuada Lucra, estabelecida no inciso I do art. 12 da Lei nº 8.212/91, eis que presentes todos os ingredientes atávicos à receita típica dessa categoria de segurado obrigatório do RGPS.

A não eventualidade encontra-se patente no prolongado período em que os obreiros prestaram serviços ao Recorrente, combinado com a espécie de serviços prestados, os quais são inerentes ao atuar típico da empresa fiscalizada.

Ademais, a sindicância da não eventualidade se apura mais em razão da atividade realizada pelo tomador do que pelo prazo de vigência do contrato. Nessas circunstâncias, sendo o serviço contratado uma necessidade contínua da Olivo S/A, eis que inerente à sua atividade econômica, ou essencial ao desempenho satisfatório do objeto social da pessoa jurídica, caracterizada estará a não eventualidade do serviço, independentemente do prazo em que cada trabalhador permaneça na execução do serviço para o qual foi contratado.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A não eventualidade diz espeito à contratação de serviços relacionados com a atividade fim da Autuada e à natureza do trabalho desenvolvido pelo profissional em relação à natureza do trabalho a que a Olivo S/A se propõe a executar no desenvolvimento regular, cotidiano e ordinário de sua atividade econômica, bem como à necessidade permanente dessas categorias de profissionais especializados para a realização de seu objeto social.

Todas as empresas operam no ramo da metalurgia, em atividades afins, conforme se vos seguem:

Olivo S/A: Fabricação de materiais e componentes elétricos; fabricação de produtos elétricos estampados, fundidos e injetados em alumínio, latão, bronze, aço inox, plástico, aço carbono e cerâmica, c) fabricação de correntes, engrenagens e acionamentos para maquinas industriais, d) usinagem de peças fundidas, estampadas, cortadas, com tratamento térmico, galvanoplastia, cobreamento, latonagem e cromagem, fabricação de estruturas metálicas, maquinas e equipamentos industriais, para os setores de panificação, rodoviário; agrícola, para tratamento de meio ambiente, efluentes e emissão de gases, fornecimento de mão de obra, industrialização de partes e peças, aluguel de máquinas e equipamentos; g) importação e exportação; participação acionária em outras sociedades.

Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos: Fabricação de engrenagens e acionamentos para máquinas industriais; Fabricação de peça fundidas e ferro e aço; Fabricação de artefatos estampados de metal; Têmpera, Usinagem, Galvanotécnica e Solda; Fabricação de material elétrico; Comércio atacadista de produtos metalúrgicos; Importação e exportação de produtos metalúrgicos; Representação comercial de produtos metalúrgicos.

Metalúrgica Olivo: fabricação de material elétrico; fabricação de peças fundidas de ferro e aço; fabricação de artefatos estampados de metal; Têmpera, usinagem, galvanotécnica e solda.

Avulta das cláusulas contratuais que os serviços a serem prestados pela Borges e Nogueira à Lucra correspondiam exatamente às obrigações contratuais assumidas pela Lucra perante o Banco do Brasil S.A., circunstância que demonstra a não eventualidade dos serviços prestados pelas pessoas físicas formalmente registradas na Borges e Nogueira à empresa Autuada, o que demonstra que os trabalhadores em realce, caracterizados como segurados empregados da Autuada pela Fiscalização, inseriam-se na dinâmica regular da Recorrente, que necessitava do trabalho por eles desempenhado para atender às múltiplas demandas inerentes ao seu objetivo social e aos contratos de serviço celebrados com os seus clientes, de onde se extrai que os trabalhadores em tela eram imprescindíveis ao funcionamento regular da Lucra, contingência que denota a natureza não eventual do serviço por eles realizado.

Tais constatações permitem afirmar que os trabalhadores em apreço executavam todas as atividades e tarefas vinculadas aos objetivos e atividades fins das empresas em foco, tendo por conseguinte caráter nitidamente habitual e não-eventual.

No que pertine à subordinação, esta tem que ser averiguada em seu aspecto jurídico, não apenas no hierárquico. O conceito geral de subordinação foi elaborado levando-se em consideração a evolução social do trabalho, com sua consequente democratização, passando da escravidão e da servidão para o trabalho contratado, segundo a vontade das partes.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Sob tal prisma, revela-se inconteste que a subordinação jurídica é intrínseca a toda a prestação remunerada de serviços por pessoa física, seja a empresas, seja a outras pessoas físicas.

A subordinação jurídica configura-se como o elemento da relação contratual na qual a pessoa física contratada sujeita o exercício de suas atividades laborais à vontade do contratante, em contrapartida à remuneração paga por este àquele. Irradia de maneira nítida da subordinação jurídica a identificação de quem manda e de quem obedece; de quem remunera e de quem é remunerado, de quem determina o que fazer, como, quando e quanto e de quem executa o serviço de acordo com o parametrizado,

Podemos identificar no conceito de subordinação jurídica duas vestes de uma mesma nudez: de um lado figura a faculdade do contratante de utilizar-se da força de trabalho do contratado pessoa física, como um dos fatores da produção, sempre no interesse do empreendimento cujos riscos assumiu, e do outro, a obrigação do empregado de sujeitar a execução do seu serviço à direção do empregador, no poder de ordenar o que fazer e como fazê-lo, dentro dos fins a que este se propõe a alcançar.

Para Gomes e Gottschalk (*in Curso de direito do trabalho*, Rio de Janeiro, Forense, 2005, pag. 134), "*todo contrato gera o que denomina de estado de subordinação do empregado, pois este deve sujeitar-se aos critérios diretivos do empregador, suas disposições quanto ao tempo, modo e lugar da prestação do trabalho, bem como aos métodos de execução e modalidade próprios da empresa, da indústria e do comércio*".

À vista dos ensinamentos colhidos na melhor doutrina, vislumbra-se que a subordinação jurídica conforma-se como um estado de sujeição em que se coloca o trabalhador, por sua livre e espontânea vontade, diante do empregador, em virtude de um contrato de trabalho pelo qual ao contratante é dado o poder de dirigir a força de trabalho do empregado, seja manual ou intelectual, em troca de uma contraprestação remuneratória.

Dessarte, havendo prestação remunerada de serviços por pessoa física, por mais autonomia que tenha o contratado na condução do serviço a ser prestado, presente sempre estará, em menor ou maior grau, a subordinação jurídica do trabalhador perante o contratante.

Como exemplo meramente ilustrativo, se o treinador de futebol, Sr. Luiz Felipe Scolari, celebrar contrato de prestação de serviço de pintura artística com o pintor de fama internacional Romero Britto para a confecção de um quadro representativo da Seleção Brasileira de futebol de 2014, mas este renomado pintor, em honra de suposta autonomia funcional e de ausência de subordinação, decidir, ao seu único e exclusivo arbítrio, retratar em *pop art* a Seleção Alemã da copa do Mundo do Brasil do mesmo ano, com certeza o contrato será imediatamente rescindido, com fundamento em justa causa decorrente de insubordinação consistente no descumprimento, por parte do oblato, das determinações contidas no liame ajustado.

Exsurge do conjunto probatório aqui presente que a Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e a Metalúrgica Olivo não possuíam estrutura empresarial, administrativa e econômica próprias, sendo inteiramente dependentes da Olivo S/A para o seu funcionamento.

a) O quadro social das empresas em tela é constituído por parentes do Sr. Paulino Olivo, quem detinha, de fato, o comando dos negócios e

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

administrava indistintamente a Olivo S/A – Produtos Elétricos e as pessoas jurídicas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda e Metalúrgica Olivo Ltda, as quais se configuram como uma só empresa expressa pelo sujeito passivo Olivo S/A – Produtos Elétricos na sua unicidade empresarial.

b) A Administração e coordenação dos negócios era de fato exercida pelo empresário Paulino Olivo. Como se observa no quadro a fl. 417, seu nome figura de forma constante na titulação societária tanto do próprio sujeito passivo Olivo S/A – Produtos Elétricos (presidente desde a fundação da empresa em 05/09/2007), na qualidade de administrador da pessoa jurídica Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda no período de 10/03/2006 a 09/01/2008 e na função de diretor da pessoa jurídica Metalúrgica Olivo Ltda desde a constituição em 03/09/1992 até 25/12/2007. Cumpre ainda destacar que após os registros formais de saídas da titulação societária, o nome do empresário Paulino Olivo dava lugar ao da esposa Maria Iraci Nuernberg Olivo e do neto Rodrigo Luiz Olivo.

Maria Iraci Nuernberg Olivo, esposa do Sr. Paulino Olivo: Embora figure formalmente como diretora da Olivo S/A – Produtos Elétricos e como administradora da pessoa jurídica Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda, ela não atua direta e diariamente na lide empresarial. Dedica-se aos afazeres domésticos e atualmente se encontra com a saúde um debilitada, conforme informações prestadas pela gerente administrativo-financeira da Olivo S/A, Suzana Back Donadel, que providenciava a coleta de sua assinatura quando necessário.

Rodrigo Luiz Olivo, neto do Sr. Paulino Olivo: Figura apenas formalmente como administrador da pessoa jurídica Metalúrgica Olivo Ltda desde 26/12/2007. Revelou desconhecer dados básicos a respeito dos negócios, não sabendo informar, sequer aproximadamente, a quantidade de empregados envolvida na atividade de sua empresa.

Silvânio Bez Fontana: Consta na titulação societária da pessoa jurídica Metalúrgica Olivo Ltda na qualidade de sócio desde 26/12/2007. Possui, entretanto, registros de vínculos empregatícios nos períodos de 01/07/2006 a 23/07/2009 na função de supervisor de usinagem (CBO-7201) e de 01/02/2010 a 05/2012 como gerente de produção (CBO-1412), conforme informações extraídas do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS.

Clauber Júnior Hipólito: Embora figure na condição de sócio da pessoa jurídica Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda desde 10/01/2008, também possui concomitantemente, registros de contratualidades nos períodos de 01/11/2007 a 17/09/2009 como operador do comércio (CBO-5211) e de 11/01/2010 a 08/11/2011 na função de gerente de comercialização, conforme CNIS.

O empresário Paulino Olivo sempre foi, de fato, o administrador tanto da Olivo S/A quanto das pessoas jurídicas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda e Metalúrgica Olivo Ltda. Esta, desde 28/03/2008,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

através do seu administrador formal, Sr. Rodrigo Luiz Olivo, outorga ao administrador Paulino Olivo, todos os poderes para gerir e administrar os negócios comerciais e bancários da outorgante, nos termos do instrumento público de procuração, obtida junto ao Cartório Freccia de Siderópolis.

Nova procuração com idênticos poderes foi outorgada em 23/12/2010. Este instrumento, entretanto, foi revogado em 11/07/2012, coincidentemente, um dia após o início do procedimento fiscal no sujeito passivo.

No caso da Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos, em 23/07/2010, a Sra. Maria Iraci Nuernberg Olivo outorgou ao marido Paulino Olivo amplos poderes para gerir os negócios bancários da pessoa jurídica.

c) As sedes da Olivo S/A e da Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda., antiga Engremol, ficam bem próximas, uma em frente outra, separadas tão somente pela rua Marta Savaris, conforme foto a fl. 414.

A Metalúrgica Olivo funcionava na rua Gastão Bica de Oliveira, 100, no centro de Siderópolis, defronte a residência da família Olivo. A empresa já se encontrava totalmente desativada e conforme relato do Sr. Rodrigo ele aguardava somente finalizar a venda de alguns equipamentos para viajar ao exterior. Diante de questionamentos feitos pela auditoria fiscal, revelou desconhecimento acerca dos negócios e não soube indicar, ainda que aproximadamente, sequer o número de trabalhadores envolvidos na atividade.

Além disto, tanto o imóvel ocupado pela pessoa jurídica Metalúrgica Olivo Ltda, na rua Gastão Bica de Oliveira, quanto o que funciona a sede da pessoa jurídica Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda, na rodovia SC-447, são de propriedade do sujeito passivo Olivo S/A – Produtos Elétricos.

d) O quadro a fl. 419, abaixo reproduzido, apurado a partir da contabilidade e das declarações apresentadas pelo Autuado, revelam a evolução da receita bruta das empresas do grupo:

	OLIVO S/A	ENGREMOL	MET. OLIVO	TOTAL
2007	1.175.374,96	2.337.886,00	2.255.986,18	5.769.247,14
2008	16.514.806,41	1.852.250,83	2.291.597,68	20.658.654,92
2009	16.064.868,46	2.022.996,96	2.383.095,65	20.470.961,07
2010	28.359.641,46	2.303.374,47	2.052.150,50	32.715.166,43
2011	30.549.905,93	7.295.849,63	2.262.802,99	40.108.558,55

Consulta ao site do Simples Nacional revela que as empresas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e Metalúrgica Olivo ingressaram na sistemática do Simples Nacional no dia 01/07/2007.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Tendo que a receita bruta da Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e da Metalúrgica Olivo estavam muito próximas do limite legal para permanecerem naquele regime de tributação (R$ 2.400.000,00 para empresas de pequeno porte), a solução encontrada para continuarem usufruindo dos benefícios do regime simplificado do Simples Nacional foi a criação da empresa Olivo S/A, para onde parte expressiva do faturamento foi transferida.

A Olivo S/A foi constituída com capital irrisório de R$ 10.000,00 , sendo administrada por uma diretoria com mandato de três anos, permitida a reeleição. A forma escolhida (sociedade por ações) e a administração por diretoria de três membros se justifica pelo fato de a Lei Complementar nº 123/2006 vedar a opção pelo sistema simplificado de empresa de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não optante, ou cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos.

Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

II - no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

§1º Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

§2º No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, o limite a que se refere o caput deste artigo será proporcional ao número de meses em que a microempresa ou a empresa de pequeno porte houver exercido atividade, inclusive as frações de meses.

§3º O enquadramento do empresário ou da sociedade simples ou empresária como microempresa ou empresa de pequeno porte bem como o seu desenquadramento não implicarão alteração, denúncia ou qualquer restrição em relação a contratos por elas anteriormente firmados.

§4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;
IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;
V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;
VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;
VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica;
VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;
IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;
X - constituída sob a forma de sociedade por ações.
§5º O disposto nos incisos IV e VII do § 4º deste artigo não se aplica à participação no capital de cooperativas de crédito, bem como em centrais de compras, bolsas de subcontratação, no consórcio referido no art. 50 desta Lei Complementar e na sociedade de propósito específico prevista no art. 56 desta Lei Complementar, e em associações assemelhadas, sociedades de interesse econômico, sociedades de garantia solidária e outros tipos de sociedade, que tenham como objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte.
§6º Na hipótese de a microempresa ou empresa de pequeno porte incorrer em alguma das situações previstas nos incisos do § 4º deste artigo, será excluída do regime de que trata esta Lei Complementar, com efeitos a partir do mês seguinte ao que incorrida a situação impeditiva.
§7º Observado o disposto no § 2º deste artigo, no caso de início de atividades, a microempresa que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso I do caput deste artigo passa, no ano-calendário seguinte, à condição de empresa de pequeno porte.
§8º Observado o disposto no § 2º deste artigo, no caso de início de atividades, a empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, não ultrapassar o limite de receita bruta anual previsto no inciso I do caput deste artigo passa, no ano-calendário seguinte, à condição de microempresa.
§9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

caput deste artigo fica excluída, no ano-calendário seguinte, do regime diferenciado e favorecido previsto por esta Lei Complementar para todos os efeitos legais.
§10. A microempresa e a empresa de pequeno porte que no decurso do ano-calendário de início de atividade ultrapassarem o limite de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) multiplicados pelo número de meses de funcionamento nesse período estarão excluídas do regime desta Lei Complementar, com efeitos retroativos ao início de suas atividades.
§11. Na hipótese de o Distrito Federal, os Estados e seus respectivos Municípios adotarem o disposto nos incisos I e II do caput do art. 19 e no art. 20 desta Lei Complementar, caso a receita bruta auferida durante o ano-calendário de início de atividade ultrapasse o limite de R$ 100.000,00 (cem mil reais) ou R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), respectivamente, multiplicados pelo número de meses de funcionamento nesse período, estará excluída do regime tributário previsto nesta Lei Complementar em relação ao pagamento dos tributos estaduais e municipais, com efeitos retroativos ao início de suas atividades.
§12. A exclusão do regime desta Lei Complementar de que tratam os §§ 10 e 11 deste artigo não retroagirá ao início das atividades se o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) dos respectivos limites referidos naqueles parágrafos, hipóteses em que os efeitos da exclusão dar-se-ão no ano-calendário subsequente.

Em visita realizada nas instalações da Olivo S/A a Fiscalização constatou que suas máquinas, equipamentos, estoques e pessoal são dedicados exclusivamente na produção de produtos elétricos, principalmente luminárias e projetores, enquanto que Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda dedica-se à produção de peças mecânicas, engrenagens e afins.

A Fiscalização apurou que parcela relevante dos produtos fabricados no estabelecimento da Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda são faturados por intermédio da Olivo S/A conforme cópias de notas fiscais a fls. 323/329. Prova disto é que o sujeito passivo não dispõe de máquinas/equipamentos e mão de obra especializada na industrialização daqueles produtos metalúrgicos fabricados pela pessoa jurídica Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda, uma vez que está voltada para o ramo de produção de materiais elétricos, especialmente luminárias.

Dessa forma, manipula-se o faturamento da empresa Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos de maneira a mantê-la nos limites de opção do Simples Nacional.

A manipulação do faturamento é revelada, também, pela evolução do faturamento ao longo do período de 2007 a 2011. As receitas brutas da Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos (capital social de R$ 234.300,00) e da Metalúrgica Olivo (capital social de R$ 200.000,00) permaneceram estáveis no período de 2007 a 2011, oscilando em torno de R$ 2.300.00,00 (pouquinho abaixo do teto de receita bruta para a permanência no Simples Nacional), enquanto que o recém criada Olivo

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

S/A, de capital social de irrisórios R$ 10.000,00 , evoluiu de R$ 1.175.374,96 em 2007 para R$ 30.549.905,93, respondendo em 2011 por mais de 76% do faturamento global das empresas do grupo.

Tal desproporção se justifica pela concentração do faturamento do grupo na empresa Olivo S/A.

Tal manipulação pode ser comprovada pelo demonstrativo a fl. 421. Em 31/12/2011 a Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos optou pela saída do sistema simplificado em tela. Em consequência, a sua receita bruta mensal que até então não alcançava 300 mil reais saltou para mais de Hum milhão em julho/2001, permanecendo, então, nesse patamar.

2011	OLIVO S/A	ENGREMOL	MET. OLIVO	TOTAL
janeiro	2.774.446,96	253.317,09	163.284,59	3.191.048,60
fevereiro	3.007.155,12	297.130,44	134.110,64	3.438.396,20
março	2.499.175,71	295.321,40	254.612,44	3.049.109,55
abril	2.295.239,24	210.300,75	249.348,88	2.754.888,87
maio	2.724.725,02	369.040,20	290.620,27	3.384.385,49
junho	2.451.153,54	524.465,60	96.361,24	3.271.980,38
julho	2.265.594,72	1.009.662,00	398.166,36	3.673.423,08
agosto	2.556.680,36	981.170,14	256.354,17	3.794.204,67
setembro	2.554.769,90	951.363,31	66.280,35	3.572.413,56
outubro	2.806.826,97	865.779,68	54.845,61	3.727.452,26
novembro	2.706.197,88	952.765,45	21.203,75	3.680.167,08
dezembro	1.907.940,51	585.533,57	77.614,69	2.571.088,77
total	30.549.905,9	7.295.849,63	2.262.802,99	40.108.558,55

A Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos tenta justificar o incremento de faturamento no comodato de máquinas/equipamentos da OLIVO S/A. Todavia, os comodatos do imóvel que serve de sede da Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda e dos móveis, máquinas e equipamentos, todos de propriedade da Olivo S/A não podem ser apontados como razão para incremento do faturamento verificado a partir de 06/2011, uma vez que os citados instrumentos já vigoram desde 25/10/2007.

Na verdade, com a saída da empresa do sistema tributário favorecido e simplificado, em junho/2011, e adoção da tributação com base no Lucro Real, a manipulação da receita bruta anual perde importância, de forma que passou-se a registrar os verdadeiros valores de faturamento, expressivamente mais elevados, passando de R$ 2.303.374,47, informado em 2010, para R$ 7.295.849,63, apenas em 06 (seis) meses no novo regime (lucro real).

Tal não ocorreu com a Metalúrgica Olivo, que permaneceu optante do Simples Nacional até 31/12/2012, de modo que o seu faturamento houve-

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

se por drasticamente reduzido no segundo semestre/2011, de forma a mantê-la nos lindes de permanência do citado regime simplificado.

Como é cediço, a simulação vai deixando rastros que revelam a divergência entre o ato simulado e a verdade dos fatos.

CÓPIA

Tais rastros também se apresentam nos custos dos produtos vendidos. O quadro a fl. 422, referente aos valores contabilizados nos anos de 2009 e 2010, demonstra que a matéria-prima utilizada na produção era adquirida principalmente pela Olivo S/A. Tal fato se justifica pela necessidade de se manter abaixo de 2,4 milhões de reais a receita bruta das empresas optantes do Simples Nacional.

No exame das notas fiscais de fornecedores, a Fiscalização constatou um volume expressivo de aquisição de ferro e aço pela Olivo S/A, materiais estes que eram utilizados intensamente pela Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda.

Os materiais importados, Gás industrial, fretes e carretos, por exemplo, só eram lançados pela Olivo S/A.

Em contrapartida, a folha de salários revela realidade diferente, respondendo as empresas do Simples Nacional por quase 70% das despesas com salários.

ENGREMOL		METAL. OLIVO		OLIVOS/A		
2009	2010	2009	2010	2009	2010	total
1.286.227,91	1.950.919,56	473.217,66	447.775,27	727.574,83	1.206.986,42	6.092.701,65

Apesar de possuir maior volume de mão de obra, os gastos com material de consumo – produção dessas duas empresas em conjunto eram irrisórios, respondendo por menos de 2% do total do grupo, respondendo a Olivo S/A pelos restantes 98%.

Da mesma forma, o custo com fretes e carretos referentes a essas duas empresas em conjunto representou, apenas, 10% do total do grupo, respondendo a Olivo S/A pelos restantes 90%.

Os "outros custos de industrialização" referentes às duas empresas do SIMPLES, em conjunto, representaram pouco mais de 13% do total do grupo, respondendo a Olivo S/A pelos restantes 87%.

Ou seja, apesar de registrar 70% da folha de salários do grupo, os custos de produção das empresas do SIMPLES, operando no mesmo ramos de atividade da Olivo S/A, se revelam pífios diante dos custos registrados na empresa Autuada.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O custo da energia elétrica consumida pelas duas empresas do SIMPLES em conjunto representou MENOS DE 1,0% do total do grupo, respondendo a Olivo S/A pelos restantes 99,1%.

O Recorrente tenta se justificar sob a alegação de que a Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos possuía um gerador. Ora, se era mais vantajoso ter um gerador, porque não instalar nas outras unidades? Se realmente havia um gerador, onde está a nota fiscal de aquisição? Onde foram lançados os custos com o combustível ?

Ademais, não é crível que a Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos tenha funcionado durante 04 (quatro) anos seguidos à base de grupo gerador próprio, mormente quando a localidade onde está situado o estabelecimento é atendida por distribuição regular de energia elétrica.

Todavia, as faturas de energia elétrica da Empresa Força e Luz João Cesa Ltda, relativas ao período de 03/2008 a 12/2011, referem-se indistintamente ao consumidor OLIVO S/A – PRODUTOS ELÉTRICOS, tanto para unidades consumidoras II, II-A e III da rua Marta Savaris, sede da Olivo S/A, quanto para a unidade I na rua Gastão Bica de Oliveira, 100, sede da Metalúrgica Olivo, de mostrando que o Autuado, além de ceder gratuitamente o imóvel de sua propriedade, ainda assume os pagamentos de energia elétrica que, em tese, seriam de responsabilidade da pessoa jurídica Metalúrgica Olivo Ltda.

Nada obstante, informações prestadas pela empresa Força e Luz João Cesa Ltda esclarecem que, na verdade, 02 (duas) das 04 (quatro) faturas mensais de energia elétrica destinadas à Olivo S/A – Produtos Elétricos, referem-se ao consumo realizado pela pessoa jurídica Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda, as denominadas Unidades Consumidoras II e II-A, conforme demonstrado no quadro a fl. 425.

Apenas a partir de agosto/2011 as faturas relativas as Unidades II e II-A passaram a ser endereçadas à pessoa jurídica Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos, que já havia se retirado do SIMPLES desde maio/2011. Ou seja, já não dependia mais de manipulação do faturamento.

Ora, o Recorrente alega haver distinção negocial, todavia, os próprios documentos juntados pelo sujeito passivo restauram a verdade no sentido da unicidade empresarial.

Rastros ... rastros ...

A Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos tenta se justificar alegando que realiza industrialização por encomenda para a Olivo S/A. Todavia, inexiste emissão de nota fiscal de saída referente a prestação do serviço e o retorno da industrialização da Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda para o sujeito passivo.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

e) A Fiscalização apurou que documentos formalmente emitidos contra a Olivo S/A – Produtos Elétricos ou por ela emitidos (DANFE de saída), estão assinados ou neles constam nomes de trabalhadores que estão formalmente registrados na Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda, numa demonstração clara da unicidade empresarial.

De outro eito, constatou-se que trabalhadores formalmente registrados na Olivo S/A são informados em documentos fiscais como vendedores da Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos, bem como trabalhadores registrados na Metalúrgica Olivo atuando no recebimento de materiais destinados ao sujeito passivo Olivo S/A.

O Relatório Fiscal registra ainda atos de simbiose administrativa protagonizados por trabalhadores que, registrados formalmente na Olivo S/A, figuram em documentos da Metalúrgica Olivo atestando o recebimento de materiais ou se responsabilizando por vendas de produtos oriundos dessa pessoa jurídica.

A relação simbiótica verificada entre o Autuado e as mencionadas pessoas jurídicas optantes do SIMPLES estão presentes em muitos dos documentos examinados pelo Fisco, revelando que os próprios fornecedores, clientes e até órgão públicos, devido ao notório entrelaçamento de tais empresas , acabam produzindo inexatidões e situações atípicas ou são a elas induzidos, alterando a denominação social, ou misturando CNPJ de uma, com a razão social de outra, com o telefone daqueloutra, endereços, etc.

Até mesmo o empresário Paulino Olivo, presidente e administrador da Olivo S/A desde a sua constituição em 05/09/2007, registra sua atuação de fato junto à Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda, com a aposição de sua assinatura na NF-2746, de 13/11/2009, da Teruel Ferramentas, a fl. 408, sendo certo que a participação do empresário Paulino Olivo na titulação societária da Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda teria sido oficialmente encerrada em 09/01/2008, nos termos da 2ª alteração contratual de 10/01/2008.

f) A Fiscalização constatou que os trabalhadores, independentemente de os seus registros de contratos de trabalho terem sido formalizados com as pessoas jurídicas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda e Metalúrgica Olivo Ltda, dedicam-se ao projeto de trabalho advindo de uma só empresa e são de fato empregados do sujeito passivo Olivo S/A – Produtos Elétricos.

O sujeito passivo Olivo S/A – Produtos Elétricos e a pessoa jurídica Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda, aparentemente identificadas como empresas distintas, estão estrategicamente localizadas e compartilham a produção, tudo congregado no mesmo ramo de negócios voltado para os setores de metalurgia e produtos elétricos, sob administração do mesmo empregador através do seu representante, Sr. Paulino Olivo.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A Fiscalização apurou que, em realidade, a Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e a Metalúrgica Olivo operam verdadeiramente como setores dentro das atividades da Olivo S/A, dedicando-se à fabricação de produtos metalúrgicos.

A unicidade do sujeito passivo Olivo S/A – Produtos Elétricos é patente. Com a sua constituição em 05/09/2007 as demais pessoas jurídicas (Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda e Metalúrgica Olivo Ltda) foram de fato por ele incorporadas. Entretanto, com vistas a permanecer usufruindo, a partir daí, de forma indevida do tratamento tributário simplificado e favorecido do Simples Nacional, estas pessoas jurídicas permaneceram existindo apenas formalmente, sem sustentação de fato.

Em suma, trata-se de uma só empresa, sob uma mesma administração, dedicada as atividades de fabricação de produtos elétricos e metalúrgicos, produzidos em locais distintos, sendo que a estrutura, parque fabril, administração, enfim, todos os fatores de produção encontram-se concentrados na Olivo S/A, sendo que toda a mão de obra é utilizada visando a atingir os objetivos sociais da empresa mãe.

Em razão das irregularidades apuradas, a Fiscalização formalizou representação administrativa à Delegacia da Receita Federal em Florianópolis, através dos processos administrativos nº 11516.723553/2012-92 e 11516.723552/2012-48, com vistas à baixa de ofício da inscrição no CNPJ das pessoas jurídicas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda e Metalúrgica Olivo Ltda , respectivamente, por se tratarem de sociedades inexistentes de fato.

Com efeito, a legislação tributária considera como inexistente de fato a pessoa jurídica que não dispuser de patrimônio e capacidade operacional necessários à realização de seu objeto, inclusive a que não comprovar o capital social integralizado.

> ***Instrução Normativa RFB nº 748, de 28 de junho de 2007***
>
> *Art. 41. Será considerada inexistente de fato a pessoa jurídica que:*
>
> *I - não disponha de patrimônio e capacidade operacional necessários à realização de seu objeto, inclusive a que não comprovar o capital social integralizado;*
>
> *II - não for localizada no endereço informado à RFB, bem como não forem localizados os integrantes de seu QSA, o responsável perante o CNPJ e seu preposto;*
>
> *III - se encontre com as atividades paralisadas, salvo quando enquadrada nas situações a que se referem os incisos I, II e V do caput do art. 33.*
>
> *Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, o procedimento administrativo de declaração de inaptidão será iniciado por representação formulada por AFRFB, consubstanciada com elementos que evidenciem qualquer das pendências ou situações referidas.*

A subordinação se revela de maneira notável com a empresa Autuada, que detém todo o poder de chefia, de comando de como, o quê, quando e quanto do serviço será executado, além do poder de dispensa do trabalhador. Todos trabalham, efetivamente, objetivando atingir as metas determinadas pela Olivo S/A, e ordenados pelas normas da empresa.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A onerosidade foi apurada diretamente da remuneração mensal dos empregados, registrada nas folhas de pagamento mensal das interpostas pessoas jurídicas.

A pessoalidade, por derradeiro, se revela inconteste na medida em que os trabalhadores são admitidos pessoalmente, estando o vínculo empregatício materializado em um contrato formal de trabalho, ainda que celebrado por intermédio de interpostas empresas.

As provas dos autos revelam a prestação exclusiva dos serviços à Recorrente, bem como a natureza *intuitu personae* dos serviços pactuados, inexistindo nos autos qualquer elemento fático ou jurídico de convicção que possa desaguar na ilação de que tais trabalhadores, ao seu alvedrio único, exclusivo e próprio, e sem qualquer ingerência da empresa autuada, pudessem se fazer substituir, na execução do serviço para o qual fora contratado, por outro trabalhador qualquer, mesmo que de idêntica capacitação, tendo de prestá-lo pessoalmente.

No caso em tela, observa-se que não se tratam de empresas distintas funcionando autonomamente e desenvolvendo cada qual a sua atividade na sede social respectiva. Estamos diante de um só empreendimento econômico dedicado à indústria de produtos elétricos e metalúrgicos, sob a mesma administração e quadro funcional. A distinção meramente formal com as pessoas jurídicas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda e Metalúrgica Olivo Ltda constitui-se, tão somente, no artifício utilizado, dolosa e reiteradamente pela administração do grupo, visando a usufruir indevidamente do tratamento tributário favorecido instituído pela Lei Complementar nº123/2006 - Simples Nacional.

A evidência da simulação se revela incontestável na medida em que todo o faturamento das empresas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e Metalúrgica Olivo eram flagrantemente manipulados, de forma a não ultrapassar os limites da manutenção de tais na sistemática do Simples Nacional, o que, caso viesse a ocorrer, jogaria por terra todo esquema fraudulento arquitetado.

Deflui das provas dos autos a existência insofismável de uma unidade administrativa, financeira, patrimonial e operacional, concentrada na Autuada, e exercida sobre as empresas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e Metalúrgica Olivo, as quais não possuíam autonomia administrativa, financeira, patrimonial, e operacional para se autogerir, sendo totalmente dependente da Olivo S/A, configurando-se, sob o signo da primazia da realidade sobre a forma, nada mais do que meros estabelecimentos funcionais no organograma material da Empresa-mãe, a Autuada, apesar de formalmente constituídas sob a forma de sociedade empresária autônoma e independente.

Integram os presentes autos potes de provas e evidências da ingerência da Autuada em todos os segmentos da interposta pessoa em relevo, seja no RH, na administração, na transferência de empregados, seja na dependência financeira, operacional ou logística, seja pela exclusividade dos serviços prestados pela interposta pessoa, etc.

Em realidade, gravitando as empresas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e Metalúrgica Olivo na órbita da Olivo S/A, avulta que a responsabilidade de

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

toda a atividade empresarial recai sobre esta, que detém, integralmente, o risco da atividade econômica em tela, configurando-se como o real empregador, a teor do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho.

> ***Consolidação das Leis do Trabalho***
>
> *Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.*

CÓPIA

Considerando que a Empresa é conceituada juridicamente como o exercício organizado de atividade econômica, na forma de unidade econômico-social, integrada por elementos humanos, materiais, técnicos e logísticos, para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, não refuga aos olhos que o *Grupo Econômico de Fato* ora em foco constitui-se uma única entidade empresarial, haja vista que todos os fatores de produção utilizados no empreendimento irradiam direta e exclusivamente da empresa-mãe – a Olivo S/A.

Com efeito, o regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido instituído pela Lei Complementar 123/06, visa a atender as micros e pequenas empresas, mediante unificação mensal de pagamento de impostos e contribuições, entre as quais a da Seguridade Social. Ante tal situação surgem desvirtuamentos, como no caso presente, tendentes ao enquadramento indevido no Simples Nacional, mediante ardis de criação de novas empresas, ou da manipulação do faturamento de empresas de maior porte, notadamente para usufruir o favorecimento da contribuição substitutiva da Seguridade Social, prevista no artigo 22 da Lei 8.212/91. Tais artifícios, em verdade, visam tão somente a burlar o Fisco.

No caso presente, a Fiscalização constatou que a empresa Olivo S/A – Produtos Elétricos, através do seu administrador, Sr. Paulino Olivo, era quem contratava, administrava, e remunerava os trabalhadores formalmente registrados nas pessoas jurídicas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda e Metalúrgica Olivo Ltda, restando configurada a efetiva ocorrência dos elementos caracterizadores da relação de segurado empregado - pessoalidade, não-eventualidade, subordinação e onerosidade - para o enquadramento desses trabalhadores como segurados da Olivo S/A, previstos no artigo 12, I, "a" da Lei nº 8.212/91.

Sob o olhar realístico da primazia da realidade dos fatos sobre a forma dos atos, tais obreiros se apresentam como segurados empregados da Recorrente, e não das interpostas pessoas nas quais se abrigavam os registros formais dos contratos de trabalho.

As conclusões pautadas nos parágrafos precedentes não discrepam das vigílias assentadas no Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o qual impõe, na contratação de trabalhadores por interposta pessoa, o estabelecimento de vínculo empregatício do obreiro diretamente com o tomador dos serviços, eis que o verdadeiro empregador.

> ***Enunciado nº 331 do TST***
>
> *Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade*
>
> *I - **A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços**, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).* (grifos nossos)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). (Revisão do Enunciado nº 256 - TST)

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

CÓPIA

Como visto, a fiscalização Trabalhista, em sua atividade de rotina, ao se deparar com semelhante burla à legislação do trabalho, tem a competência de promover *ex officio* a desconstituição da aludida irregularidade, com fulcro nos artigos 3º e 9º da CLT, restaurando-se o *statu quo ante.*

De forma semelhante, a fiscalização previdenciária, diante de situação concreta nas circunstâncias acima delineadas, com esteio no princípio da Primazia da Realidade, identificando estarem presentes os elementos caracterizadores da condição de segurado empregado, impõe a incidência dos preceitos estatuídos na Lei nº 8.212/91 associados a tal condição, fazendo prevalecer, repise-se, para fins unicamente de incidência de contribuições previdenciárias, os efeitos da condição de segurado empregado verificada no caso concreto.

A atuação fiscal acima abordada encontra lastro jurídico nas disposições encaixadas no Parágrafo Único do art. 116 do Código Tributário Nacional, que confere à Autoridade Notificante a competência para desconsiderar os efeitos de atos e negócios jurídicos praticados com o fito de ocultar a ocorrência do fato gerador tributário ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

Código Tributário Nacional - CTN

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Merece ser destacado que a jurisprudência do STJ não nega auto aplicabilidade à norma antielisiva assentada no Parágrafo Único do art. 116 do CTN, conforme se depreende dos seguintes julgados, de cujas ementas, transcrevemos os excertos a seguir:

CÓPIA

"AREsp 323.808-SC
Rel. Min. Humberto Martins
DJe: 27/05/2013

EMENTA:
*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 116, **PARÁGRAFO ÚNICO,** DO CTN. INEXISTÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. AUTO-APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. NÃO-ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.*

[...]
O caso da empresa de vigilância é perfeitamente análogo: as câmaras são parte do equipamento que é utilizado pela sociedade Patrimonial Segurança Ltda. para a prestação do serviço de segurança, que é a sua atividade fim. As filmadoras ou sensores de movimento que sejam instaladas na residência do contratante - sem que este as adquira - integram o custo do serviço. (situação diversa ocorreria se houvesse venda dos bens, caso em que a transferência de titularidade do bem ensejaria a incidência do ICMS. Não e, entretanto, o caso).
Ao destacar do valor do serviço uma quantia correspondente a aluguel dos bens utilizados, a apelada incorreu em prática coibida pelo artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, que dispõe:

> *"A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária".*

Com razão, assim, a Procuradoria do Município, ao afirmar que: "A obrigação da apelada consiste em prestar um serviço de vigilância, uma obrigação de fazer portanto, sendo a denominação de 'locação de equipamento eletrônico' dada pela apelada uma forma de dissimular a ocorrência do fato gerador, que é a prestação do serviço" (fl. 217).
Nesse contexto, merece acolhida o recurso para se julgar improcedente a demanda.
[...]"

No mesmo sentido, o Agravo Regimental no RECURSO ESPECIAL Nº 1.070.292 – RS, da Relatoria do Ministro Humberto Martins:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

AgRg no REsp 1.070.292 - RS
Rel. Min. Humberto Martins
DJe: 23/11/2010

EMENTA:
TRIBUTÁRIO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA VINCENDA. PERCEPÇÃO PAGA MEDIANTE TRANSAÇÃO EM DEMANDA TRABALHISTA. VERBA DE NATUREZA NÃO INDENIZATÓRIA. INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

[...]

Note-se que o montante pago teve por fim o cumprimento de prestações vincendas, ou seja, a partir de agosto de 1996. Isto deve ser frisado para que não se invoque a isenção anteriormente prevista no artigo 6º da Lei 7.713/88, mas que foi revogada pela Lei 9.250/95. Cabe, ainda, asseverar que o tópico do acordo, afirmando a natureza indenizatória do montante pago, nenhum efeito opera para o fisco. ***O reconhecimento da natureza indenizatória de determinada verba se impõe quando for possível constatar que aquela visava à recomposição de uma perda patrimonial, e não pela mera denominação de indenizatória (parágrafo único do artigo 116 do CTN: A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária)****.*
Trata-se, no caso, de aplicação da Teoria da Interpretação Econômica do Fato Gerador. A hipótese dos autos caracteriza a aquisição de disponibilidade de renda, assim entendido o produto do trabalho, nos exatos termos do art. 43 do CTN. Bem por isso, tal verba está sujeita à incidência de imposto de renda.
[...]

Ainda, nesse sentido, *REsp nº 1.363.920 - SC - Rel. Min. Og Fernandes, DJe: 24/10/2013.*

Por outro viés, ainda que se admita que o preceito instalado no Parágrafo Único do art. 116 do CTN demande regulamentação procedimental via lei ordinária, nada impede que se recorra a procedimentos já previstos em leis ordinárias já integrantes do Ordenamento Jurídico Pátrio. Trata-se da realização de um princípio jurídico, consistente na recepção de leis já vigentes e eficazes, bastante consagrado no Ordenamento Pátrio, máxime no ramo do Direito Tributário, que permite que uma lei ordinária em sua origem seja recepcionada com *status* de Lei Complementar, uma vez que suas normas, por força da CF/88, só possam ser revogadas ou alteradas mediante um Diploma Normativo dessa natureza.

A realização do princípio da Recepção das Leis permite a convivência de normas jurídicas vigentes no Ordenamento Jurídico anterior com o Direito

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Positivo atual, desde que com este guardem perfeita harmonia. Por este princípio, todas as leis do Direito anterior que não se chocam com o Direito atual são por este Direito recepcionadas, eliminando-se, assim, a necessidade de se regular por inteiro toda a estrutura legislativa. Seria, em verdade, ilógico que leis anteriores, cujo conteúdo permanece inalterado em face da nova Ordem Jurídica, tivessem que ser recriadas para continuarem a estabelecer normas jurídicas de conduta da Sociedade.

Pela ótica de tal princípio, quando se cria uma nova estrutura normativa, o conjunto de normas jurídicas pré-existente, no que não conflite materialmente com o Direito Anterior, permanece em vigor e produzindo os efeitos que lhe são típicos, sendo automaticamente aceita a pela nova Ordem Jurídica, qualquer que tenha sido o processo de sua elaboração originária, desde que conforme ao previsto na época de sua elaboração, pois, não o sendo, a invalidade já teria atingido a legislação pretérita desde o seu nascedouro.

A consagração de tal princípio jurídico na seara tributária encontra amparo na Jurisprudência dos Tribunais Superiores, mormente no Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende dos seguintes julgados:

> *REsp nº 1.427.949 - SC*
> *Rel. Min. Mauro Campbell Marques*
> *DJe: 02/04/2014*
>
> *EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA N. 284/STF. PARCELAMENTO. REFIS. EXCLUSÃO. SIMULAÇÃO. EMPRESA INATIVA. PARCELA ÍNFIMA. ART. 5º, II E XI, DA LEI N. 9.964/2000. FUNDAMENTO SUFICIENTE INATACADO (SÚMULA Nº 283/STF). AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULA N. 282/STF). IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICA (SÚMULA Nº 7/STJ). RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. ART. 557, CAPUT, CPC.*
>
> *DECISÃO*
> *[...]*
> *Em outras palavras, a simulação da existência das empresas foi ato de abuso de direito, e, destarte, plenamente válidos e legais os atos de exclusão do REFIS e CNPJ, com fulcro no art. 5º, XI, da Lei nº 9.964/2000, e o art. 81 da Lei nº 9.430/1996.*
> *Lícito o procedimento de inativação do CNPJ das empresas, por força do art. 81 da Lei nº 9.964/2000, in verbis (e-STJ fls.9734/9739):*
>
> *Ao contrário do que defende a autora, a declaração de inaptidão do CNPJ foi fundamentado no artigo 80 e 81 da Lei nº 9.430, de 1996, diante de inexistência de fato, e não no artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.*
> *Além de diversos aspectos fáticos e concretos a seguir analisados, a Administração Tributária fundamentou a inaptidão também na existência de simulação (art. 167 do Código Civil), mas, destaco: não somente na simulação.*
> *[...]*
> ***Ainda que se considere que, no caso concreto, incidiria o artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, que, por sua vez, remete a procedimentos estabelecidos em lei ordinária, tais***

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 06/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> ***procedimentos (relativos à declaração de inaptidão) já se encontram previstos nos próprios artigos 81 e 82, ambos da Lei nº 9.430/96, c/c o artigo 5º da Lei nº 5.614, de 5 de outubro de 1970, e a Instrução Normativa nº 568, de 8 de setembro de 2005***.
> *[...]*
> (grifos nossos)

No mesmo sentido, REsp nº 1.427.233/SC, DJe de 01/04/2014.

CÓPIA

No caso em estudo, mediante os procedimentos estabelecidos na Lei Ordinária nº 8.212/91, foram desconsiderados substancialmente os atos ou negócios jurídicos praticados pelos atores do esquema fraudulento acima descortinado, praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

Anote-se que na formalização do presente lançamento, houve-se por operada, tão somente, a desconsideração substancial dos atos simulados, mas não a desconstituição formal desses atos. O permissivo estampado no Parágrafo Único do art. 116 do CTN apenas autoriza que se desconsidere, para fins exclusivamente de constituição do crédito previdenciário, os efeitos jurídicos dos atos simulados, na seara previdenciária, sem, no entanto, desconstituí-los.

Torna-se desnecessária e prescindível, portanto, para a desconsideração jurídica dos atos simulados, a prévia desconstituição das pessoas jurídicas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e Metalúrgica Olivo, muito menos a desconsideração da personalidade jurídica de tais empresas.

Apenas e tão somente os efeitos dos atos jurídicos simulados é que clamam por desconsideração para fins de aplicação da lei tributária.

Reitere-se que a administração tributária federal não se encontra jungida à obtenção prévia de declaração administrativa ou judicial definitiva de nulidade de atos jurídicos simulados como condição de procedibilidade para a tributação da real operação ocorrida, visto que os atos simulados são ineficazes perante o Fisco, conforme dessai do preceito inscrito no art. 118 do CTN:

> ***Código Tributário Nacional - CTN***
> *Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:*
> *I – da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;*
> *II – dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.*

Por tais razões, para os fins exclusivos do presente lançamento, revela-se desnecessária a declaração judicial de nulidade dos atos simulados.

Por isso, as pessoas jurídicas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos ltda e Metalúrgica Olivo ltda permanecem ativas, na forma pretendida pelos seus representantes

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

legais, produzindo todos os efeitos jurídicos que lhes são típicos, ressalvados os atos desconsiderados em realce, permanecendo sujeitas a todas as obrigações previstas em lei.

Por tais razões, não procede a alegação de que a Autoridade Fiscal deveria proceder à compensação dos tributos já recolhidos na modalidade de pagamento do SIMPLES.

A uma, porque o Recorrente não figura como o titular do crédito tributário alegado, eis que se houve recolhido pelas empresas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e Metalúrgica Olivo e em favor destas, de molde que somente estas pessoas jurídicas detêm a prerrogativa de pleitear qualquer espécie de compensação, nos casos e nas condições previstos em lei.

A duas, porque a empresa Recorrente não é substituta tributária das empresas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e Metalúrgica Olivo. As contribuições previdenciárias ora lançadas, em relação aos segurados qualificados pela Fiscalização como segurados empregados da Autuada, decorreram da responsabilidade direta da Recorrente, na condição de contribuinte e não na de responsável tributário.

A três, porque, porque o §2º do art. 89 da Lei nº 8.212/91 somente admite a compensação de contribuições arrecadadas pelo INSS referentes às parcelas previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11 dessa Lei. No caso, o Recorrente pleiteia a compensação de contribuições sociais estatuídas pela Lei nº 9.317/96 e pela Lei Complementar nº 123/2006, incidentes sobre a receita bruta da empresa.

As parcelas vertidas ao SIMPLES não têm como fatos geradores a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço, mas, sim, a receita bruta anual da empresa, de acordo com a faixa de enquadramento assentada na lei.

A quatro, porque, porque o *caput* do art. 89 da Lei nº 8.212/91 somente admite a compensação de contribuição para a Seguridade Social arrecadada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS na hipótese de pagamento ou recolhimento indevido. No caso, a Fiscalização tributária não promoveu qualquer desenquadramento de pessoas jurídicas do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte. As empresas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e Metalúrgica Olivo, optantes do SIMPLES, permanecem nessa mesma condição de antes, mantendo suas obrigações tributárias perante os fiscos federal, estadual e municipal, incidentes sobre as suas receitas brutas anuais, na forma prevista nas legislações de regência dos sistemas simplificados em realce.

A obrigação pelo recolhimento em foco decorre, exclusivamente, em razão das obrigações estatuídas na Lei nº 9.317/96 e na Lei Complementar nº 123/2006. Os valores recolhidos pelas empresas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e Metalúrgica Olivo na sistemática do SIMPLES são, portanto, devidos, o que afasta qualquer possibilidade de compensação.

Atente-se que o mero fato de a empresa interposta, optante do Simples Nacional, ser posteriormente considerada como inexistente de fato não se configura como motivo para considerar indevida as contribuições vertidas nessa sistemática simplificada, haja vista que a definição legal do fato gerador independe da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros; da natureza do seu objeto ou dos

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

seus efeitos, bem como dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos, nos termos do art. 118 do CTN.

> ***Código Tributário Nacional - CTN***
>
> *Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:*
>
> *I – da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;*
>
> *II – dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.*

CÓPIA

Por isso, mesmo sendo criada para fins fraudulentos, a mera constituição da empresa e a sua opção válida pelo Simples Nacional gera efeitos jurídicos consolidados, dentre eles, os tributários previstos na Lei Complementar n° 123, de 14 de dezembro de 2006.

No caso em tela, a empresa interposta houve-se validamente por constituída, assim como se configurou como válida e eficaz a sua opção pelo Simples Nacional, apenas se apresentando como antijurídica a sua utilização no esquema fraudulento ora descortinado. Dessarte, devidos são os tributos decorrentes de sua existência no mundo jurídico combinado com a opção válida e eficaz pelo Simples Nacional.

Tais recolhimentos, portanto, não se prestam para a compensação pretendida pelo Recorrente. Caso contrário, um mesmo recolhimento estará extinguindo, simultaneamente, dois débitos tributários distintos e validamente constituídos:

a) Por compensação, o débito da empresa Olivo S/A, decorrente das Obrigações Tributárias previstas no art. 22 da Lei nº 8.212/91.

b) Pelo Pagamento, os débitos das empresas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e Metalúrgica Olivo, decorrentes das Obrigações Tributárias previstas na Lei Complementar n° 123, de 14 de dezembro de 2006.

> ***Código Tributário Nacional***
>
> *Art. 156. Extinguem o crédito tributário:*
>
> *I - o pagamento;*
>
> *II - a compensação;*
>
> *III - a transação;*
>
> *IV - remissão;*
>
> *V - a prescrição e a decadência;*
>
> *VI - a conversão de depósito em renda;*
>
> *VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;*
>
> *VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no §2º do artigo 164;*
>
> *IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;*
>
> *X - a decisão judicial passada em julgado.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei. (Incluído pela Lcp nº 104/2001)*
>
> *Parágrafo único. A lei disporá quanto aos efeitos da extinção total ou parcial do crédito sobre a ulterior verificação da irregularidade da sua constituição, observado o disposto nos artigos 144 e 149.*

CÓPIA

Não se deve olvidar que inexiste impedimento para que um trabalhador mantenha, concomitantemente, múltiplos e legítimos vínculos empregatícios com diversas empresas, sem que isso represente qualquer irregularidade. Decerto, a condição de segurado empregado não exige exclusividade com a empresa sujeito passivo da obrigação tributária, de molde que um mesmo trabalhador pode estar vinculado previdenciariamente, nessa condição, a duas ou mais empresas, ou ser segurado empregado em relação uma determinada entidade e segurado contribuinte individual em relação a outra distinta da primeira, e assim por diante ...

Repise-se que as contribuições vertidas ao Simples pelas empresas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e Metalúrgica Olivo independem do número, qualificação e remuneração dos segurados a elas formalmente vinculados, sendo exatamente o mesmo para um, dez, mil ou nenhum segurado. Daí a razão que motiva determinadas empresas a instituir, em nome de "*laranjas",* empresas optantes pelo regime simplificado em tela para abrigar, formalmente, o registro trabalhista de segurados de empresas não optantes, visando a excluírem-se da tributação incidente sobre a folha de salários.

Assim, os recolhimentos efetuados pelas empresas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e Metalúrgica Olivo, na sistemática do Simples, não se prestam à Recorrente para fins de compensação em razão de não se configurarem como indevidos, não se consubstanciarem em créditos de titularidade da Recorrente e não se enquadrarem na hipótese de compensação/restituição assentada no art. 89 da Lei nº 8.212/91.

Nesse quadro, a lei ordinária nº 8.212/91 qualifica como segurado empregado a pessoa física que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado, e como segurado contribuinte individual, a pessoa física que presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego.

> ***Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991***
>
> *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;*
>
> *b) aquele que, contratado por empresa de trabalho temporário, definida em legislação específica, presta serviço para atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços de outras empresas;*
>
> *(...)*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *V - como contribuinte individual: (Redação dada pela Lei nº 9.876/99).*
>
> *(...)*
>
> *g) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego; (Incluído pela Lei nº 9.876/99).*
>
> *(...)*

CÓPIA

O mesmo Diploma Legal acima invocado estabelece obrigações tributárias principal e acessórias às empresas, decorrentes da prestação de serviços que lhe forem fornecidos por segurados empregados e por segurados contribuintes individuais, assim dispondo:

> ***Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991***
>
> *Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:*
>
> *I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876/99).*
>
> *II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (Redação dada pela Lei nº 9.732/98).*
>
> *a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;*
>
> *b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;*
>
> *c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.*
>
> *III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços; (Incluído pela Lei nº 9.876/99).*

No que pertine a procedimentos e competências, o art. 33 da Lei de Custeio da Seguridade Social outorgou à Secretaria da Receita Federal do Brasil a competência para planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previdenciárias, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

atribuindo aos seus auditores fiscais a prerrogativa de examinar a 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.

> ***Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991***
>
> *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 11.941/2009).*
>
> *§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 11.941/2009).*
>
> *§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 exibir 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 11.941/2009).*
>
> *§4º Na falta de prova regular e formalizada pelo sujeito passivo, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante cálculo da mão de obra empregada, proporcional à área construída, de acordo com critérios estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da unidade imobiliária ou empresa corresponsável o ônus da prova em contrário. (Redação dada pela Lei nº 11.941/2009).*
>
> *§5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.*
>
> *§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.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *§7º O crédito da seguridade social é constituído por meio de notificação de débito, auto-de-infração, confissão ou documento declaratório de valores devidos e não recolhidos apresentado pelo contribuinte. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.528/97).*

Ainda em relação a procedimentos, o art. 37 da lei ordinária ora em realce estatuiu o poder/dever da fiscalização de lavrar *ex officio* a competente notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, sempre que constatar o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições previdenciárias.

> ***Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991***
>
> *Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.*
>
> *§1º Recebida a notificação do débito, a empresa ou segurado terá o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar defesa, observado o disposto em regulamento. (Incluído pela Lei nº 9.711/98).*
>
> *§2º Por ocasião da notificação de débito ou, quando for o caso, da inscrição na Dívida Ativa do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, a fiscalização poderá proceder ao arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo, conforme dispuser aquela autarquia previdenciária, observado, no que couber, o disposto nos §§ 1º a 6º, 8º e 9º do art. 64 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997. (Incluído pela Lei nº 9.711/98).*

Diante da pletora probatória acostada aos autos, firma-se a convicção quanto à real situação dos trabalhadores mencionados, os quais se ajustam *taylor made* à categoria de *segurado empregado*, visto que presentes todos os pressupostos elencados no inciso I do art. 12 da Lei nº 8.212/91, circunstância que deságua, como consequência inafastável, na observância compulsória das normas de custeio inscritas no supracitado diploma legal.

Nesse cenário, dúvidas não mais existem de que o Autuado se utilizou de formas irregulares de contratação de trabalhadores para se esquivar dos rigores dos encargos tributários e trabalhistas.

2.2. DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

Imerso na Ordem Constitucional positiva e eficaz, a disciplina atinente à aplicação de penalidade pecuniária decorrente do descumprimento tempestivo de obrigações tributárias principais de cunho previdenciário ficou a cargo da Lei nº 8.212/91, cujo art. 35-A, inserido pela MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, fixou, nos casos de lançamento de ofício, a aplicação de multa de ofício de 75%.

> ***Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991***

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 11.941/2009).*

Avulta que a onerosidade da penalidade regula-se pela gravidade da infração perpetrada pelo Obrigado. Assim, para os fatos geradores ocorridos após o advento da MP nº 449/2008, como é o caso dos autos, para recolhimentos espontâneos de contribuições previdenciárias, a multa aplicada obedece ao art. 35 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009, c.c. art. 61 da Lei nº 9.430/96, que prescreve multa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso, limitado a vinte por cento do principal.

> ***Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996***
>
> *Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.*
>
> *§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.*
>
> *§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.*
>
> *§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o §3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.*

Na hipótese de o atraso no recolhimento ser apurado mediante lançamento de ofício, como é o caso dos autos, por se tratar de infração mais grave, mais severa será a penalidade aplicada, que deverá obedecer ao critério fixado no art. 35-A da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009, c.c. art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, que prevê multa de 75% sobre o principal.

> ***Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996***
>
> *Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488/2007)*
>
> *I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488/2007)*
>
> *II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488/2007)*
>
> > *a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488/2007)*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488/2007)

§1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488/2007)

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488/2007)

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.48/2007)

III - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488/2007)

IV - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488/2007)

V - (revogado pela Lei nº 9.716, de 26 de novembro de 1998). (Redação dada pela Lei nº 11.488/2007)

§2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488/2007)

I - prestar esclarecimentos; (Renumerado da alínea "a", pela Lei nº 11.488/2007)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991; (Renumerado da alínea "b", com nova redação pela Lei nº 11.488/2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei. (Renumerado da alínea "c", com nova redação pela Lei nº 11.488/2007)

§3º Aplicam-se às multas de que trata este artigo as reduções previstas no art. 6º da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, e no art. 60 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991.

§4º As disposições deste artigo aplicam-se, inclusive, aos contribuintes que derem causa a ressarcimento indevido de tributo ou contribuição decorrente de qualquer incentivo ou benefício fiscal.

Por derradeiro, se na hipótese de o atraso no recolhimento for apurado mediante lançamento de ofício, a Fiscalização constatar a ocorrência de fraude, sonegação ou conluio, por se tratar de infração de maior gravidade e repúdio, a penalidade a ser aplicada deverá ser também ainda mais rigorosa, devendo então obedecer ao critério fixado no art. 35-A da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009, c.c. art. 44, I e §1º da Lei nº 9.430/96 c.c. artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 que preveem multa de 150% sobre o principal.

Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488/2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488/2007)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *(...)*
> *§1º **O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502**, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488/2007) (grifos nossos)*
> *(...)*

CÓPIA

Reitere-se que os fatos geradores ora em trato houveram-se por apurados mediante procedimento de caracterização de segurados empregados formalmente vinculados a interposta pessoa optante do SIMPLES, com fundamento no princípio da primazia da realidade sobre a forma, uma vez que se mostraram presentes, entre os trabalhadores e a Autuada, todos os elementos da condição de segurado empregado previstos no inciso I do art. 12 da Lei nº 8.212/91.

Exsurge das provas dos autos que a Autuada utilizou-se das empresas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e Metalúrgica Olivo, optante do Simples Nacional, como interposta pessoa, com a finalidade de acobertar, sob aparente manto de legalidade, a mão de obra por ela utilizada na execução de sua atividade fim, com significativa redução de encargos previdenciários decorrentes da opção pelo regime tributário simplificado acima citado, circunstância que demonstra e comprova o elemento volitivo do Recorrente de suprimir/reduzir tributo, mediante a omissão de informações à administração fazendária, pela omissão dessas operações nas GFIP, impedindo a Autoridade Fazendária de ter conhecimento da ocorrência de fatos geradores de Contribuições Previdenciárias.

A fraude se manifesta na volitiva e consciente utilização de Pessoa Jurídica optantes do SIMPLES, para abrigar, como interpostas pessoas, o registro trabalhista formal de trabalhadores visando a intermediar a mão de obra utilizada na execução das tarefas inerentes à atividade econômica da Autuada, com vistas a reduzir a sua carga tributária.

Reforça a caracterização da fraude a volitiva e consciente manipulação do faturamento das empresas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e Metalúrgica Olivo, de molde a mantê-las nos lindes possíveis de permanência no regime simplificado do Simples Nacional, e nessa condição abrigar o registro formal dos contratos de trabalho dos empregados utilizados na execução das atividades fins da Autuada, de maneira a se beneficiar do regime simplificado previsto na Lei Complementar n° 123/2006, impedindo, dessa maneira, na órbita jurídica da Autuada, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, visando a reduzir o montante do tributo devido pelo empreendimento econômico.

> ***Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964***
> *Art. 72. 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.*

Estivessem devidamente registrados nos livros das empresas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e Metalúrgica Olivo os reais custos de produção e o efetivo

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

faturamento, tais empresas não poderiam se beneficiar dos benefícios oferecidos pelo Simples Nacional, e o grupo econômico ora em trato teria que arcar com os encargos previdenciários e trabalhistas incidentes sobre a folha de salários de tais obreiros, na forma prevista na Lei nº 8.212/91 e nas demais leis de regência. De outro canto, estando tais operários registrados, mediante vínculo formal de emprego, em empresa optante do Simples Nacional, não se observa a ocorrência de tais fatos geradores de contribuições previdenciárias, uma vez que, na sistemática do Simples Nacional, a tributação não incide sobre a folha de pagamento, mas, sim, sobre a receita bruta anual, esta devidamente manipulada, independentemente do quantitativo, da qualificação legal ou da remuneração dos trabalhadores a ela vinculados.

Conforme demonstrado anteriormente, a partir das provas coligidas, mediante o controle adequado dos registros contábeis de receitas, manipulou-se o faturamento anual das empresas interpostas, de molde a mantê-la nos limites de enquadramento do Simples Nacional, sendo descarregado em seus Livros de Registro de Empregados mais de 2/3 dos custos de mão de obra, para que, dessa forma, a empresa não optante, e efetiva consumidora da mão de obra acima referida, se mantivesse a salvo da tributação previdenciária incidente sobre o montante das remunerações pagas aos segurados em foco.

Reforça a compreensão acerca da existência de fraude o fato de as empresas interpostas existirem, tão somente, no plano formal, em nome de parentes do Administrador do empreendimento econômico, sem autonomia administrativa, financeira, patrimonial e operacional, em total dependência da Autuada, procedimento que demonstra o cuidado da Recorrente de buscar conferir, artificialmente, um falacioso ar de total independência jurídica e econômica entre tais empresas, como se fossem unidades empresariais totalmente autônomas e independentes, assumindo fantasiosamente cada uma o risco da atividade econômica, o que de fato não ocorre no caso em tela.

Por via de tal conduta, visou a Autuada induzir o Fisco a erro mediante o artifício da celebração de atos jurídicos formais, porém divorciados da realidade dos fatos, mas aptos a conferir uma sofismática aparência de legalidade às operações levadas a efeito no seio do empreendimento em *xeque,* encobrindo, dessarte, as circunstâncias materiais de Fatos Jurígenos Tributários que implicariam a incidência das obrigações tributárias estabelecidas na Lei de Custeio da Seguridade Social, bem como a responsabilidade tributária da Autuada pelo seu adimplemento.

Colimou a Autuada, mediante tal ardil, afastar das dependências do empreendimento em realce os auditores fiscais da RFB, pela compreensão de "*empresa que aparentemente nada deve ao Fisco, por este não é fiscalizada <u>in loco</u>".*

As operações fraudulentas levadas a efeito pela Autuada configuram-se, coloquialmente falando, como verdadeiros "*estelionatos tributários",* uma vez que tem por objetivo obter vantagem ilícita, consistente na redução indevida da tributação previdenciária, em prejuízo da Seguridade Social, induzindo o Fisco Federal em erro, mediante a utilização de mão de obra formalmente registrada em empresa optante do Simples Nacional para a execução das tarefas inerentes à atividade empresarial de empresa não optante.

A sonegação também se mostra patente, na medida em que, ao se manipular, volitiva e conscientemente, o faturamento das empresas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e Metalúrgica Olivo de molde a mantê-las nos limites legais de opção pelo Simples Nacional, a Autuada impediu o conhecimento por parte da Autoridade Fazendária das reais condições pessoais das empresas acima citadas, afetando assim a obrigação tributária principal bem como o Crédito Tributário correspondente.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/06/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:*
>
> *I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;*
>
> *II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.*

CÓPIA

Assim, estando as empresa Olivo S/A, Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos e Metalúrgica Olivo mancomunadas no fim específico de fraudar a Administração Tributária e de sonegar tributos, caracterizada também se revela a existência de conluio, a teor do art. 73 da Lei nº 4.502/64.

> ***Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964***
>
> *Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.*

Conforme acima elucidado, presentes estão na conduta descrita nos autos os elementos objetivos e subjetivos qualificadores da fraude, da sonegação e do conluio, nos termos dos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, circunstâncias que implicam a incidência da multa de ofício qualificada.

Em razão das irregularidades apuradas, a Fiscalização formalizou representação administrativa à Delegacia da Receita Federal em Florianópolis, através dos processos administrativos nº 11516.723553/2012-92 e 11516.723552/2012-48, com vistas à baixa de ofício da inscrição no CNPJ das pessoas jurídicas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda e Metalúrgica Olivo Ltda, respectivamente, por se tratarem de sociedades inexistentes de fato.

Em reforço a tal assertiva, atente-se que, em razão das irregularidades constatadas durante os procedimentos de Fiscalização nas empresas ora em trato, houve-se por formalizada a competente Representação Fiscal para Fins Penais, constituída em autos apartados, representando ao órgão competente para a persecução criminal, fatos que, em tese, configuram crime contra a ordem tributária tipificado no art. 1º da Lei nº 8.137/91 e Crime de Sonegação de Contribuição Previdenciária previsto no art. 337-A do Código Penal.

> ***Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990***
>
> *Art. 1° Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:*
>
> *I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;*
>
> *II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;*
>
> *III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

CÓPIA

Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. – Código Penal

Sonegação de contribuição previdenciária *(Incluído pela Lei nº 9.983/2000)*

Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Incluído pela Lei nº 9.983/2000)

I - omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços*; (Incluído pela Lei nº 9.983/2000) (grifos nossos)*

II - ***deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços****; (Incluído pela Lei nº 9.983/2000) (grifos nossos)*

III - ***omitir, total ou parcialmente,*** *receitas ou lucros auferidos,* ***remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias:*** *(Incluído pela Lei nº 9.983/2000) (grifos nossos)*

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983/2000)

§1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. (Incluído pela Lei nº 9.983/2000)

§2º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: (Incluído pela Lei nº 9.983/2000)

I - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.983/2000)

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. (Incluído pela Lei nº 9.983/2000)

§3º Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa. (Incluído pela Lei nº 9.983/2000)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *§4º O valor a que se refere o parágrafo anterior será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social. (Incluído pela Lei nº 9.983/2000)*

CÓPIA

3.3. DA BASE DE CÁLCULO

O Recorrente alega que a Autoridade Fiscal não identificou a efetiva base de cálculo das Contribuições Previdenciárias lançadas.

Mas sem razão.

Antes de adentrarmos o debate acerca das alegações trazidas à balha pela empresa, cabe iluminar ao Recorrente que o lançamento tributário é constituído por uma diversidade de Relatórios, Termos e Discriminativos, os quais devem ser compulsados em seu conjunto, e de cuja sinergia emergem as condições de contorno específicas do crédito tributário em constituição.

Dada à complexidade do procedimento, cada elemento constitutivo do lançamento há que ser interpretado e digerido com o olhar clínico que o seu propósito finalístico assim demanda, e com o conhecimento técnico que a atividade assim exige, para que não se cometa o despropósito de se atribuir à administração tributária uma deficiência que, muita vez, não é da parte que formaliza e redige os elementos constitutivos do lançamento, mas, sim, de quem os analisa e interpreta.

No caso dos autos, o Relatório Fiscal, logo no seu item "1. INTRODUÇÃO", a fl. 413, já revela aos olhos abertos a fonte de coleta dos fatos geradores objeto do presente lançamento:

> *"Os fatos geradores do lançamento consistem nas remunerações pagas aos empregados e contribuintes individuais, apuradas com base nas folhas de pagamentos confeccionadas em nome das pessoas jurídicas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda e Metalúrgica Olivo Ltda e que se referem ao período de janeiro/2008 a dezembro/2011."*

De outro canto, no item "11. FATO GERADOR E LEVANTAMENTOS" do Relatório Fiscal, a fls. 432/433, a Fiscalização expõe, dentre outras informações, as notas características das bases de cálculo, das rubricas e dos levantamentos consolidados.

> *"nos lançamentos foram utilizados levantamentos, consoante quadro abaixo, tendo por fatos geradores as remunerações pagas aos empregados do sujeito passivo, cujos valores foram apurados através das folhas de pagamentos confeccionadas em nome das pessoas jurídicas Olivo Indústria de Produtos Metalúrgicos Ltda e Metalúrgica Olivo Ltda, apresentadas pelo Sujeito Passivo".*

De outro eito, as informações pertinentes às contribuições sociais objeto do presente lançamento encontram dispostas no Discriminativo do Débito, a fls. 07/40, de forma

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

discriminada por rubricas, alíquota, valor absoluto, base de cálculo, competência e estabelecimento, de molde que sua correcção e consistência podem ser sindicadas a qualquer tempo e oportunidade pelo sujeito passivo, favorecendo, dessarte, o contraditório e ampla defesa.

O documento descrito no parágrafo precedente informa também, de forma individualizada por rubrica lançada, os valores dos créditos de titularidade do contribuinte que foram considerados no presente lançamento, as GPS eventualmente recolhidas, os valores de dedução legal e as diferenças a recolher, assim como os códigos de cada levantamento que integra a presente notificação fiscal e os códigos do Fundo de Previdência e Assistência Social, de terceiros e a Classificação Nacional de Atividades Econômicas a que se enquadra a empresa recorrente.

Não procede, portanto, o inconformismo do Recorrente.

3.4. DOS FATOS GERADORES

O Recorrente alega que não incidem Contribuições Previdenciárias sobre os 15 primeiros dias que antecedem o afastamento do segurado por auxílio doença/acidente; Aviso Prévio não trabalhado; férias gozadas e o respectivo adicional de 1/3; Salário Maternidade; adicionais de horas extras, noturno, insalubridade e periculosidade; o 13º salário e sobre as verbas rescisórias.

Grassa no seio dos que operam no *mètier* do Direito do Trabalho a serôdia ideia de que a remuneração do empregado é constituída, tão somente, por verbas representativas de contraprestação de serviços efetivamente prestados pelos empregados. A retidão de tal concepção poderia até ter sua primazia aferida ao tempo da promulgação do Decreto-Lei nº 5.452 (nos idos de 1943), que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho.

> ***CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO - CLT***
>
> *Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)*
>
> *§1º - Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)*
>
> *§2º - Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% (cinquenta por cento) do salário percebido pelo empregado. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)*
>
> *§3º - Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que for cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, e destinada a distribuição aos empregados. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)*
>
> *Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por forca do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

§ 1º Os valores atribuídos às prestações "in natura" deverão ser justos e razoáveis, não podendo exceder, em cada caso, os dos percentuais das parcelas componentes do salário-mínimo (arts. 81 e 82). (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)
§ 2º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador: (Redação dada pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

I – vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

II – educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

III – transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

IV – assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

V – seguros de vida e de acidentes pessoais; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

VI – previdência privada; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

VII – (VETADO) (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

§3º - A habitação e a alimentação fornecidas como salário-utilidade deverão atender aos fins a que se destinam e não poderão exceder, respectivamente, a 25% (vinte e cinco por cento) e 20% (vinte por cento) do salário-contratual. (Incluído pela Lei nº 8.860, de 24.3.1994)

§4º - Tratando-se de habitação coletiva, o valor do salário-utilidade a ela correspondente será obtido mediante a divisão do justo valor da habitação pelo número de co-habitantes, vedada, em qualquer hipótese, a utilização da mesma unidade residencial por mais de uma família. (Incluído pela Lei nº 8.860/94)

Todavia, como bem professava Heráclito de Ephesus, há 500 anos antes de Cristo, *Nada existe de permanente a não ser a eterna propensão à mudança.* O mundo evolui, as relações jurídicas se transformam, acompanhando..., os conceitos evolvem-se... Nesse compasso, a exegese das normas jurídicas não é, de modo algum, refratária a transformações. Ao contrário, tais são exigíveis. A sucessiva evolução na interpretação das normas já positivadas ajusta-as à nova realidade mundial, resgatando-lhes o alcance visado pelo legislador, mantendo dessarte o ordenamento jurídico sempre espelhado às feições do mundo real.

Hodiernamente, o conceito de remuneração não se encontra mais circunscrito às verbas recebidas pelo trabalhador em razão direta e unívoca do trabalho por ele prestado ao empregador. Se assim o fosse, o décimo terceiro salário, as férias, o final de semana remunerado, as faltas justificadas e outras tantas rubricas frequentemente encontradas nos contracheques não teriam natureza remuneratória, já que não representam contraprestação por serviços executados pelo obreiro.

Paralelamente, as relações de trabalho hoje estabelecidas tornaram-se por demais complexas e diversificadas, assistimos à introdução de novas exigências de exclusividade e de imagem, novas rubricas salariais foram criadas para contemplar outras prestações extraídas do trabalhador que não o suor e o vigor dos músculos. Esses ilustrativos,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI,
Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

dentre tantos outros exemplos, tornaram o ancião conceito jurídico de remuneração totalmente *démodé*.

Antenada a tantas transformações, a doutrina mais balizada passou a interpretar remuneração não como a contraprestação pelos serviços efetivamente prestados pelo empregado, mas sim, as verbas recebidas pelo obreiro decorrentes do contrato de trabalho.

Com efeito, o liame jurídico estabelecido entre empregador e empregado segue os contornos delineados no contrato de trabalho no qual as partes, observado o *minimum minimorum* legal, podem pactuar livremente. No panorama atual, a pessoa física pode oferecer ao contratante, além do seu labor, também a sua imagem, o seu não labor nas empresas concorrentes, a sua disponibilidade, sua credibilidade no mercado, *ceteris paribus*. Já o contratante, por seu turno, em contrapartida, pode oferecer não só o salário *stricto sensu* como também uma série de vantagens diretas, indiretas, em utilidades, *in natura,* e assim adiante... Mas ninguém se iluda: Mesmo as parcelas oferecidas sob o rótulo de mera liberalidade, todas elas ostentam, em sua essência, uma nota contraprestativa. Todas elas colimam, inequivocamente, oferecer um atrativo financeiro/econômico para que o obreiro estabeleça e mantenha vínculo jurídico com o empregador.

Por esse novo prisma, todas aquelas rubricas citadas no parágrafo precedente figuram abraçadas pelo conceito amplo de remuneração, eis que se consubstanciam acréscimos patrimoniais auferidos pelo empregado e fornecidas pelo empregador em razão do contrato de trabalho e da lei, muito embora não representem contrapartida direta pelo trabalho realizado. Nesse sentido, o magistério de Amauri Mascaro Nascimento:

> *"Fatores diversos multiplicaram as formas de pagamento no contrato de trabalho, a ponto de ser incontroverso que além do salário-base há modos diversificados de remuneração do empregado, cuja variedade de denominações não desnatura a sua natureza salarial ...*
>
> *(...)*
>
> *Salário é o conjunto de percepções econômicas devidas pelo empregador ao empregado não só como contraprestação pelo trabalho, mas, também, pelos períodos em que estiver à disposição daquele aguardando ordens, pelos descansos remunerados, pelas interrupções do contrato de trabalho ou por força de lei"* Nascimento, Amauri M. , Iniciação ao Direito do Trabalho, LTR, São Paulo, 31ª ed., 2005.

Registre-se, por relevante, que o entendimento a respeito do alcance do termo "*remuneração*" esposado pelos diplomas jurídicos mais atuais se divorciou de forma substancial daquele conceito antiquado presente na CLT.

O baluarte desse novo entendimento tem sua pedra fundamental fincada na própria Constituição Federal, cujo art. 195, I, alínea "a", estabelece:

> ***Constituição Federal de 1988***
>
> *Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*
>
> *a)* ***a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício****; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)* (grifos nossos)

CÓPIA

Do marco primitivo constitucional deflui que a base de incidência das contribuições em realce não é mais o salário, mas, sim, "*folha de salários*", propositadamente no plural, a qual é composta, segundo a mais autorizada doutrina, pelos lançamentos efetuados em favor do trabalhador e todas as parcelas a este devidas em decorrência do contrato de trabalho, de molde que, toda e qualquer espécie de contraprestação paga pela empresa, a qualquer título, aos segurados obrigatórios do RGPS, encontram-se abraçadas, em gênero, pelo conceito de Salário de Contribuição.

Em reforço a tal abrangência, de modo a espancar qualquer dúvida ainda renitente a cerca da real amplitude da base de incidência da contribuição social em destaque, o legislador constituinte fez questão de consignar no texto constitucional, de forma até pleonástica, que as contribuições previdenciárias incidiriam não somente sobre a folha de salários como também sobre os "demais rendimentos do trabalho, pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício".

Tal compreensão caminha em harmonia com as disposições expressas no §11 do artigo 201 da Constituição Federal, que estendeu a abrangência do conceito de SALÁRIO (Instituto de Direito do Trabalho) aos ganhos habituais do empregado, recebidos a qualquer título.

> ***Constituição Federal de 1988***
>
> *Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*
>
> *(...)*
>
> *§11.* ***Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária*** *e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20/98)* (grifos nossos)

Portanto, a contar da EC n° 20/98, todas as verbas recebidas com habitualidade pelo empregado, qualquer que seja a sua origem e título, passam a integrar, por força de norma constitucional, o conceito jurídico de *SALÁRIO* (Instituto de Direito do Trabalho) e, nessa condição, passam a compor obrigatoriamente o *SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO* (Instituto de Direito Previdenciário) do segurado, se sujeitando compulsoriamente à incidência de contribuição previdenciária e repercutindo no benefício previdenciário do empregado.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Nesse sentido caminha a jurisprudência trabalhista conforme de depreende do seguinte julgado:

> *TRT-7 - Recurso Ordinário:*
> *Processo: RECORD 53007520095070011 CE 0005300-7520095070011*
> *Relator(a):DULCINA DE HOLANDA PALHANO*
> *Órgão Julgador: TURMA 2*
> *Publicação: 22/03/2010 DEJT*
>
> *RECURSO DA RECLAMANTE CTVA - NATUREZA SALARIAL - CONTRIBUIÇÃO A ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA.*
>
> *A parcela CTVA, paga habitualmente e com destinação a servir de compromisso aos ganhos mensais do empregado, detém natureza salarial, devendo integrar a remuneração para todos os fins, inclusive para o cálculo da contribuição a entidade de previdência privada.*
>
> *RECURSO DO RECLAMADO CEF - CTVA. Com efeito, se referidas gratificações são pagas com habitualidade se incorporam ao patrimônio jurídico do reclamante, de forma definitiva, compondo sua remuneração para todos os efeitos. Atente-se que a natureza de tal verba não mais será de "gratificação" mas sim de "Adicional Compensatório de Perda de Função"*

A norma constitucional acima citada não exclui da tributação as rubricas recebidas em espécie de forma eventual. A todo ver, a norma constitucional em questão fez incorporar ao SALÁRIO (instituto de direito do trabalho) todos os ganhos habituais do empregado, a qualquer título. Ocorre, contudo, que o conceito de SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO (instituto de direito previdenciário) é muito mais amplo que o conceito trabalhista mencionado, compreendendo não somente o SALÁRIO (instituto de direito do trabalho), mas, também, os INCENTIVOS SALARIAIS, assim como os BENEFÍCIOS.

Assim, as verbas auferidas de forma eventual podem se classificar, conforme o caso, ou como *incentivos salariais* ou como *benefícios.* Em ambos os casos, porém, integram o conceito de Salário de Contribuição, nos termos e na abrangência do art. 28 da Lei nº 8.212/91, observadas as excepcionalidades contidas em seu §9º.

> ***Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991***
>
> *Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:*
>
> *I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial,* ***quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;*** *(Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)* (grifos nossos)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *II - para o empregado doméstico: a remuneração registrada na Carteira de Trabalho e Previdência Social, observadas as normas a serem estabelecidas em regulamento para comprovação do vínculo empregatício e do valor da remuneração;*
>
> *III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o §5º; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).*
>
> *IV - para o segurado facultativo: o valor por ele declarado, observado o limite máximo a que se refere o § 5º. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999).*

CÓPIA

Note-se que o conceito jurídico de Salário de contribuição, base de incidência das contribuições previdenciárias, foi estruturado de molde a abraçar toda e qualquer verba recebida pelo obreiro, a qualquer título, em decorrência não somente dos serviços efetivamente prestados, mas também, no interstício em que o trabalhador estiver à disposição do empregador mesmo que sem prestar qualquer labor, nos termos do contrato de trabalho.

Advirta-se que o termo "remunerações" encontra-se empregado no *caput* do transcrito art. 28 em seu sentido amplo, abarcando todos os componentes atomizados que integram a contraprestação da empresa aos segurados obrigatórios que lhe prestam serviços. Tais conclusões decorrem de esforços hermenêuticos que não ultrapassam a literalidade dos enunciados normativos supratranscritos, eis que o texto legal revela-se cristalino ao estabelecer, como base de incidência, o *"total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título*".

Nesses termos, compreendem-se no conceito legal de remuneração os três componentes do gênero, assim especificados pela doutrina:

1- Remuneração Básica – Também denominada "*Verbas de natureza Salarial*". Refere-se à remuneração em dinheiro recebida pelo trabalhador pela venda de sua força de trabalho. Diz respeito ao pagamento fixo que o obreiro aufere de maneira regular, na forma de salário mensal ou na forma de salário por hora.

2- Incentivos Salariais - São programas desenhados para recompensar funcionários com bom desempenho. Os incentivos são concedidos sob diversas formas, como bônus, gratificações, prêmios, participação nos resultados a título de recompensa por resultados alcançados, dentre outros.

3- Benefícios - Quase sempre denominados como "*remuneração indireta*". Muitas empresas, além de ter uma política de tabela de salários, oferecem uma série de benefícios ora em pecúnia, ora na forma de utilidades ou "*in natura"*, que culminam por representar um ganho patrimonial para o trabalhador, seja pelo valor da utilidade recebida, seja pela despesa que o profissional deixa de desembolsar diretamente.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Nesse novel cenário, a regra primária importa na tributação de toda e qualquer verba paga, creditada ou juridicamente devida ao empregado, mesmo que na forma de utilidades, ressalvadas aquelas que a própria lei excluir do campo de incidência. No caso específico das contribuições previdenciárias, a regra de excepcionalidade encontra-se estatuída no parágrafo 9º do citado art. 28 da Lei nº 8.212/91, o qual, dada a sua relevância, transcrevemos em sua integralidade:

> ***Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991***
>
> *Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:*
>
> *(...)*
>
> *§9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei,* ***exclusivamente****: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)* (grifos nossos)
>
> *a) Os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).*
>
> *b) As ajudas de custo e o adicional mensal recebidos pelo aeronauta nos termos da Lei nº 5.929, de 30 de outubro de 1973;*
>
> *c) A parcela "in natura" recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, nos termos da Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976;*
>
> *d) As importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).*
>
> *e) As importâncias: (Alínea alterada e itens de 1 a 5 acrescentados pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)*
>
> *1. Previstas no inciso I do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;*
>
> *2. Relativas à indenização por tempo de serviço, anterior a 5 de outubro de 1988, do empregado não optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;*
>
> *3. Recebidas a título da indenização de que trata o art. 479 da CLT;*
>
> *4. Recebidas a título da indenização de que trata o art. 14 da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973;*
>
> *5. Recebidas a título de incentivo à demissão;*
>
> *6. Recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).*
>
> *7. Recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).*
>
> *8. Recebidas a título de licença-prêmio indenizada; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).*
>
> *9. Recebidas a título da indenização de que trata o art. 9º da Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).*
>
> *f) A parcela recebida a título de vale-transporte, na forma da legislação própria;*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

g) A ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, na forma do art. 470 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

h) As diárias para viagens, desde que não excedam a 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal;

i) A importância recebida a título de bolsa de complementação educacional de estagiário, quando paga nos termos da Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977;

j) A participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica;

l) O abono do Programa de Integração Social - PIS e do Programa de Assistência ao Servidor Público-PASEP; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

m) Os valores correspondentes a transporte, alimentação e habitação fornecidos pela empresa ao empregado contratado para trabalhar em localidade distante da de sua residência, em canteiro de obras ou local que, por força da atividade, exija deslocamento e estada, observadas as normas de proteção estabelecidas pelo Ministério do Trabalho; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

n) A importância paga ao empregado a título de complementação ao valor do auxílio-doença, desde que este direito seja extensivo à totalidade dos empregados da empresa; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

o) As parcelas destinadas à assistência ao trabalhador da agroindústria canavieira, de que trata o art. 36 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

p) O valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couberem, os arts. 9º e 468 da CLT; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

q) O valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

r) O valor correspondente a vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local do trabalho para prestação dos respectivos serviços; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

s) O ressarcimento de despesas pelo uso de veículo do empregado e o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade, quando devidamente comprovadas as despesas realizadas; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

t) O valor relativo a plano educacional que vise à educação básica, nos termos do art. 21 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e a cursos de capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde que não seja utilizado em substituição de parcela salarial e que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

u) A importância recebida a título de bolsa de aprendizagem garantida ao adolescente até quatorze anos de idade, de acordo com o disposto no art. 64 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

v) Os valores recebidos em decorrência da cessão de direitos autorais; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

x) O valor da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT. (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

CÓPIA

Cumpre observar que, em atenção aos termos insculpidos no art. 111, II do CTN, deve-se emprestar interpretação restritiva às normas que concedam outorga de isenção, de sorte que, onde o legislador ordinário não dispôs de forma expressa, não pode o aplicador da lei estender a interpretação, sob pena de violação aos princípios da reserva legal e da isonomia.

Código Tributário Nacional - CTN

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.

Parágrafo único. A isenção pode ser restrita a determinada região do território da entidade tributante, em função de condições a ela peculiares.

Art. 179. A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para concessão.

§ 1º Tratando-se de tributo lançado por período certo de tempo, o despacho referido neste artigo será renovado antes da expiração de cada período, cessando automaticamente os seus efeitos a partir do primeiro dia do período para o qual o interessado deixar de promover a continuidade do reconhecimento da isenção.

§ 2º O despacho referido neste artigo não gera direito adquirido, aplicando-se, quando cabível, o disposto no artigo 155.

Nesse diapasão, em sintonia com a norma tributária há pouco citada, para se excluir da regra de incidência é necessária a fiel observância dos termos da norma de exceção, tanto assim que as parcelas integrantes do supra-aludido §9º, quando pagas ou creditadas em

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

desacordo com a legislação pertinente, passam a integrar a base de cálculo da contribuição para todos os fins e efeitos, sem prejuízo da aplicação das cominações legais cabíveis, a teor do art. 214, §10 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Dec. nº 3.048/99.

Se nos antolha auspicioso assinalar que as questões atinentes à isenção tributária constituem-se matéria de interesse público, figurando a lei *stricto sensu* como o único instrumento normativo com aptidão para determinar as hipóteses de renúncia fiscal, não previstas constitucionalmente, não irradiando efeitos na seara pública qualquer disposição pactuada entre empregador e empregado em seus contratos de trabalho, sendo inconcebível que interesses particulares venham a se sobrepor aos públicos. O contrário, sim.

Não se deve olvidar que, sendo a isenção tributária uma norma legal de exceção, de interpretação restritiva e em benefício do Contribuinte, o adimplemento cumulativo de todas as condições e requisitos previstos na lei para a sua concessão não se presume, se comprova mediante documentos idôneos.

Dessarte, ao beneficiário da isenção recai o ônus de demonstrar e comprovar o cumprimento cumulativo de todos os requisitos legais para a fruição da isenção pretendida, sob pena de manutenção da regra geral, isto é, a tributação.

3.4.1. AVISO PRÉVIO INDENIZADO

A CLT estabelece que, em se tratando de contrato de trabalho por prazo indeterminado, a parte que, sem justo motivo, quiser a sua rescisão, deverá comunicar a outra a sua intenção com a devida antecedência. Não concedido o aviso prévio pelo empregador, nasce para o empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço (art. 487, § 1º, da CLT). Desse modo, o pagamento decorrente da falta de aviso prévio, o assim denominado "*aviso prévio indenizado*", representa o montante recebido pelo trabalhador referente ao período do aviso prévio que não foi trabalhado. Não que se falar, pois, em dano eis que tal não ocorreu.

Em primeiro lugar, merece ser trazido à balha que o dever jurídico de indenizar pressupõe a existência de um ato ilícito e de um dano dele diretamente decorrente, sem o qual não há o que se reparar.

Em segundo lugar, atente-se que o conceito jurídico de dano traz subjacente a ideia de prejuízo injusto decorrente de ato ilícito, a ser reparado por aquele que, mediante ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, tenha violado direito e causado dano a outrem.

> ***Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil***
>
> *Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*
>
> *Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *Art. 188. Não constituem atos ilícitos:*
>
> *I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;*
>
> *II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.*
>
> *Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.*
>
> *Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*
>
> *Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*

CÓPIA

Dessarte, somente ostentará natureza indenizatória as verbas pagas visando a repara um dano, decorrente de ato ilícito praticado com dolo ou culpa por aquele que tem o dever de reparar o dano em questão.

Nessa vertente, se um trabalhador tem o seu carro destruído por uma enchente, e o Empregador, em reconhecimento à importância do empregado e como forma de restaurar o *statu quo ante*, oferece gratuitamente ao trabalhador um veículo idêntico ao destruído, tal ato jurídico não ostenta natureza indenizatória, uma vez que não decorreu de ato ilícito praticado pelo Empregador, tampouco tinha este o dever jurídico de reparar o dano sofrido pelo seu empregado.

No caso dos autos, os valores pagos a título impróprio de "*aviso prévio indenizado"* possui natureza remuneratória correspondente ao período que o trabalhador deveria prestar serviços ao empregador, após o recebimento do aviso prévio.

Qual dano sofreu o trabalhador ??? Receber salário sem trabalhar é dano ???

Ora ... A parte que efetivamente sofreu alguma espécie de dano foi, exatamente, o empregador que se viu impingido a pagar o salário do obreiro sem a respectiva contraprestação laboral.

Nem se diga que o dano seria decorrente da dispensa sem justa causa, pois tal faculdade do empregador não se configura ato ilícito, mas direito potestativo da parte.

Ademais, seria um contrassenso ...

(a) Se o empregado é demitido sem justa causa, trabalha regularmente durante o período do aviso prévio e recebe o salário correspondente – não há dano.

(b) Se o empregado é demitido sem justa causa, deixa de trabalhar durante o período do aviso prévio e recebe o salário correspondente – há dano.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Qual seria o dano ? deixar de trabalhar e receber o salário.

Registre-se por relevante que a não incidência de Contribuições Previdenciárias sobre o impropriamente denominado "*aviso prévio indenizado"* seria inconstitucional, representaria ofensa à norma encartada no *caput* do art. 201 da CF/88, que expressamente estatui que a previdência social tem caráter contributivo.

> ***Constituição Federal de 1988***
>
> *Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98)*
>
> *(...)*

Ora, se o período referente ao aviso prévio indenizado conta tempo de contribuição para fins de aposentadoria pelo RGPS, obviamente tem que haver contribuição sobre a remuneração referente a tal período.

Note-se que a base de cálculo da contribuição patronal prevista no inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212/91 abarca, não somente os serviços efetivamente prestados pelo trabalhador, mas, também, o tempo em que este ficou à disposição do empregador ou tomador de serviços.

> ***Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991***
>
> *Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:*
>
> *I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876/99).*

3.4.2. DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO – GRATIFICAÇÃO NATALINA

Conforme já destacado alhures, o conceito jurídico de Salário de Contribuição foi empregado no *caput* do art. 28 da Lei nº 8.212/91 em seu sentido amplo, abraçando todos os componentes atomizados que integram a contraprestação da empresa aos segurados obrigatórios que lhe prestam serviços, de maneira que a regra primária importa na tributação de toda e qualquer verba paga, creditada ou juridicamente devida ao empregado,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

mesmo que na forma de utilidades, ressalvadas aquelas que a própria lei excluiu do campo de incidência, as quais encontram-se arroladas *numerus clausus* no parágrafo 9º do citado art. 28 da Lei de Custeio da Seguridade Social.

Dessarte, para os fatos geradores consistente no pagamento de gratificação natalina, inexiste qualquer subsunção do fato jurígeno tributário à norma de exclusão da base de cálculo, circunstância que implica sua integração na matéria tributável.

Ao revés, a incidência de contribuição previdenciária sobre a gratificação natalina encontra-se expressamente prevista no §7º do art. 28 da Lei de Custeio da Seguridade Social.

> ***Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991***
>
> *Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:*
>
> *I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528/97)*
>
> *(...)*
>
> *§ 7º O décimo-terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário-de-contribuição, exceto para o cálculo de benefício, na forma estabelecida em regulamento. (Redação dada pela Lei n° 8.870/94)*
>
> *(...)*

Anote-se que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AgReg em Ag nº 727.958-7, Rel. Min. Eros Grau, Dj. 16/12/2008, firmou entendimento no sentido de que as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária.

Tantas foram as decisões no mesmo sentido que o STF achou por bem consolidar tal entendimento na Súmula 688, cujo verbete ostenta a seguinte redação:

> **SÚMULA 688**
>
> *É LEGÍTIMA A INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O 13º SALÁRIO.*

Nesse contexto, sendo a gratificação natalina um direito trabalhista do empregado, tendo inclusive matriz constitucional, sendo devido pela Previdência Social aos aposentados, sobre tal rubrica há de incidir Contribuição Previdenciária.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já irradiou em seus arestos a interpretação que deve prevalecer, na pacificação do debate em torno do assunto:

> *REsp 951.134/SP - RECURSO ESPECIAL2007/0108334-6*
>
> *Relator: Min. Mauro Campbell Marques*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Data da Publicação/Fonte DJe 13/04/2011

Ementa: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO. CÁLCULO EM SEPARADO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 1066682/SP, JULGADO EM 09/12/2009, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC.

1. A partir da edição da Lei n.º 8.620/93, é legítima a tributação em separado da contribuição previdenciária sobre o valor bruto do 13.º salário. Precedente: REsp 1066682/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 1º/2/2010, julgado pela sistemática do art. 543-C do CPC e da res. n. 8/08 do STJ.

2. Recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS provido. Recurso especial interposto por Luiz Donizeti Zara prejudicado.

Nesse contexto, figurando tal rubrica no campo de incidência da exação previdenciária, inexistindo dispensa legal expressa da tributação em apreço, há que persistir o lançamento.

Nessa esteira, havendo incidência de Contribuições Previdenciárias sobre o aviso prévio não trabalhado e sobre a gratificação natalina, exsurge, por decorrência lógica, que também deverá sofrer incidência tributária a parcela referente ao 13º salário proporcional ao aviso prévio.

3.4.3. DO SALÁRIO MATERNIDADE

O art. 392 da CLT proibia o trabalho da mulher grávida nas seis semanas que antecediam o parto e nas seis semanas seguintes. Com o advento do Decreto-Lei nº 29/67, tal vedação houve-se por estabelecida entre as quatro semanas antes e as semanas após o parto.

No que se refere ao salário da gestante, a lei assegurava à mulher não somente o salário integral, como também os diretos e vantagens adquiridos, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava, conforme disposto no art. 39 da CLT – na redação dada pelo Decreto-Lei 29/67.

Hodiernamente, o art. 392 da CLT dispõe que "*a empregada gestante tem direto à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário*".

Consolidação das Leis do Trabalho

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. (Redação dada pela Lei nº 10.421/2002)

§1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste. (Redação dada pela Lei nº 10.421/2002)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

§2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico. (Redação dada pela Lei nº 10.421/2002)

§3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 10.421/2002)

§4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos: (Redação dada pela Lei nº 9.799/99)

I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho; (Incluído pela Lei nº 9.799/99)

II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares. (Incluído pela Lei nº 9.799/99)

CÓPIA

Como se verifica, num primeiro momento, salário maternidade caracterizava-se como um ônus da empresa, o que, sem dúvida, constituía obstáculo à contração de empregadas. Objetivando corrigir essa distorção, a Lei nº 6.136/74 incluiu o salário maternidade entre os benefícios da Previdência Social, estatuído em seu art. 3º sua subsunção à regra de incidência tributária.

Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974

Art. 2º O salário-maternidade, que corresponderá à vantagem consubstanciada no artigo 393 da Consolidação das Leis do Trabalho, terá sua concessão e manutenção pautadas pelo disposto nos artigos 392, 393 e 395 da referida Consolidação, cumprindo às empresas efetuar os respectivos pagamentos. (Redação dada pela Lei nº 6.332/76)

§1º O valor bruto do salário-maternidade pago à empregada, aí incluída a contribuição dele descontada para a previdência social, será deduzido do montante que as empresas recolhem mensalmente ao INPS a título de contribuições previdenciárias. (Redação dada pela Lei nº 6.332/76)

§2º Não se aplicam ao cálculo do valor do salário-maternidade as restrições contidas no § 4º, do artigo 3º, da citada Lei número 5.890, e no inciso III, do seu artigo 5º. (Redação dada pela Lei nº 6.332/76)

§3º Serão fornecidos pela previdência social os atestados médicos de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo 392, da Consolidação das Leis do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 6.332/76)

Art. 3º O salário-maternidade continuará sujeito ao desconto da contribuição previdenciária de 8% (oito por cento) e à incidência dos encargos sociais de responsabilidade da empresa.

Como visto, o salário maternidade ostenta natureza salarial, sendo que a transferência do encargo para a Previdência Social não tem o condão de transmudar sua natureza jurídica.

Nos termos do art. 3ºda Lei 8.213/91, "*a Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente". O fato de não haver prestação de trabalho durante o período de afastamento da segurada empregada, associado à circunstância de a maternidade ser amparada por um benefício previdenciário, não autoriza conclusão no sentido de que o valor recebido a esse título tenha natureza indenizatória ou compensatória, ou seja, em razão de uma contingência (maternidade), paga-se à segurada empregada benefício previdenciário correspondente ao seu salário, possuindo a verba evidente natureza salarial.

Não é por outra razão que, atualmente, o art. 28, §2º, da Lei 8.212/91 dispõe expressamente que o salário maternidade é considerado salário de contribuição:

> ***Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991***
>
> *Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:*
>
> *I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528/97)*
>
> *(...)*
>
> *§2º O salário-maternidade é considerado salário-de-contribuição.*
>
> *(...)*

Nesse contexto, a incidência de contribuição previdenciária sobre as importâncias pagas a título de salário maternidade, no Regime Geral da Previdência Social, decorre de expressa previsão legal, inexistindo qualquer indício de incompatibilidade com o texto constitucional.

Com efeitos, o art. 7º, XX, da Constituição Federal assegura a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.

> ***Constituição Federal de 1988***
>
> *Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*
>
> *(...)*
>
> *XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;*
>
> *(...)*

No que s refere ao salário maternidade, por opção do legislador infraconstitucional, transferência do ônus referente ao pagamento dos salários da gestante, durante o período de afastamento, constitui-se incentivo suficiente para assegurar a devida proteção ao mercado de trabalho da mulher.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A incidência de contribuição previdenciária sobre salário maternidade encontra sólido amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, havendo inúmeros precedentes nesse sentido.

Tal entendimento encontra-se plasmado em sua essência e termos no Recurso Especial nº 1.230.957-RS, cujo julgamento se houve por realizado segundo o regime dos Recursos Repetitivos previsto no art. 543-C do CPC, c/c Resolução 8/208 - Presidência/STJ, e de cuja ementa extraímos os seguintes excertos:

> *RECURSO ESPECIAL Nº 1.230.957 -RS (201/09683-6)*
>
> *Rel. Min. MAURO CAMPBEL MARQUES*
>
> *EMENTA*
>
> *PROCESUAL CIVL. RECURSO ESPECIAS. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DISCUSÃO A RESPEITO DA INCIDÊNCIA OU NÃO SOBRE ASEGUINTES VERBAS: TERÇO CONSTIUCIONAL DE FÉRIAS; SALÁRIO MATERNIDADE; SALÁRIO PATERNIDADE; AVISO PRÉVIO INDENIZADO; IMPORTÂNCIA PAGA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA.*
>
> *(...)*
>
> *1.3 - Salário maternidade.*
>
> *O salário maternidade tem natureza salarial e a transferência do encargo à Previdência Social (pela Lei 6.136/74) não tem o condão de mudar sua natureza. Nos termos do art. 3º da Lei 8.213/91, "a Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente". O fato de não haver prestação de trabalho durante o período de afastamento da segurada empregada, associado à circunstância de a maternidade ser amparada por um benefício previdenciário, não autoriza conclusão no sentido de que o valor recebido tenha natureza indenizatória ou compensatória, ou seja, em razão de uma contingência (maternidade), paga-se à segurada empregada benefício previdenciário correspondente ao seu salário, possuindo a verba evidente natureza salarial. Não é por outra razão que, atualmente, o art. 28, §2º, da Lei 8.212/91 dispõe expressamente que o salário maternidade é considerado salário de contribuição. Nesse contexto, a incidência de contribuição previdenciária sobre o salário maternidade, no Regime Geral da Previdência Social, decorre de expressa previsão legal.*
>
> *Sem embargo das posições em sentido contrário, não há indício de incompatibilidade entre a incidência da contribuição previdenciária sobre o salário maternidade a Constituição Federal. A Constituição Federal, em seus termos, assegura igualdade entre homens e mulheres em diretos e obrigações (art. 5º, I). O art. 7º, XX, da CF/88 assegura proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. No que se refere ao salário maternidade, por opção do legislador infraconstitucional, a transferência do ônus referente ao pagamento dos salários, durante o período de afastamento, constitui incentivo suficiente par assegurar a proteção ao mercado de trabalho da mulher. Não é dado ao Poder Judiciário, a título de interpretação, atuar como legislador positivo, a fim estabelecer política protetiva*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *mais ampla e, desse modo, desincumbir o empregador do ônus referente à contribuição previdenciária incidente sobre o salário maternidade, quando não foi esta a política legislativa.*
>
> *A incidência de contribuição previdenciária sobre salário maternidade encontra sólido amparo na jurisprudência deste Tribunal, sendo oportuna a citação dos seguintes precedentes: REsp 572.626/BA, 1ªTurma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 20.9.2004; REsp 641.227/SC, 1ªTurma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29.11.2004; REsp 803.708/CE, 2ª Turma, Rel. Min. Eliane Calmon, DJ de 2.10.2007; REsp 86.954/RS, 1ªTurma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 29.6.2007; AgR no REsp 901.398/SC, 2ªTurma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.12.2008; REsp 891.602/PR, 1ªTurma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 21.8.2008; AgR no REsp 1.5.172/RS, 2ªTurma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 25.9.2009; AgR no Ag 1.42.039/DF, 2ªTurma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 21.10.2011; AgR nos EDcl no REsp 1.04.653/SC, 1ªTurma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 15.9.2011; AgR no REsp 1.07.89/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Bendito Gonçalves, DJe de 17.3.2010.*
>
> *(...)*
>
> *3. Conclusão.*
>
> *Recurso especial de HIDRO JET EQUIPAMENTOS HIDRÁULICOS LTDA parcialmente provido, apenas para afastar incidência de contribuição previdenciária sobre o adicional de férias (terço constitucional) concernente às férias gozadas.*
>
> *Recurso especial da Fazenda Nacional não provido.*
>
> *Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CP, c/ a Resolução 8/208 - Presidência/STJ.*

Nesse contexto, figurando tal rubrica no campo de incidência da exação previdenciária, inexistindo dispensa legal expressa da tributação em apreço, há que persistir o lançamento.

3.4.4. DAS HORAS EXTRAS E DO ADICIONAL NOTURNO

No que pertine às horas extras e ao adicional noturno, a sua natureza salarial é inconteste tanto na doutrina como na jurisprudência, estando sua disciplina jurídica regulamentada pelos artigos 59 a 61 da CLT.

> ***<u>Consolidação das Leis do Trabalho</u>***
>
> *Art. 59 - A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.*
>
> *1º Do acordo ou do contrato coletivo de trabalho deverá constar, obrigatoriamente, a importância da remuneração da hora suplementar, que será, pelo menos, 20% (vinte por cento) superior à da hora normal.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

§2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

§3º No hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma do parágrafo anterior, fará o trabalhador jus ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão. (Incluído pela Lei nº 9.601, de 21.1.1998)

§4º Os empregados sob o regime de tempo parcial não poderão prestar horas extras. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

Art. 60 - Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo "Da Segurança e da Medicina do Trabalho", ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Industria e Comercio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.

Art. 61 - Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencionado, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.

§1º - O excesso, nos casos deste artigo, poderá ser exigido independentemente de acordo ou contrato coletivo e deverá ser comunicado, dentro de 10 (dez) dias, à autoridade competente em matéria de trabalho, ou, antes desse prazo, justificado no momento da fiscalização sem prejuízo dessa comunicação.

§2º - Nos casos de excesso de horário por motivo de força maior, a remuneração da hora excedente não será inferior à da hora normal. Nos demais casos de excesso previstos neste artigo, a remuneração será, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) superior à da hora normal, e o trabalho não poderá exceder de 12 (doze) horas, desde que a lei não fixe expressamente outro limite.

§3º - Sempre que ocorrer interrupção do trabalho, resultante de causas acidentais, ou de força maior, que determinem a impossibilidade de sua realização, a duração do trabalho poderá ser prorrogada pelo tempo necessário até o máximo de 2 (duas) horas, durante o número de dias indispensáveis à recuperação do tempo perdido, desde que não exceda de 10 (dez) horas diárias, em período não superior a 45 (quarenta e cinco) dias por ano, sujeita essa recuperação à prévia autorização da autoridade competente.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Não por outro motivo, a própria Constituição Federal, ao tratar de tais rubricas, refere-se expressamente à sua natureza remuneratória:

> ***Constituição Federal de 1988***
>
> *Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*
>
> *(...)*
>
> *XVI - **remuneração** do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal.* (grifos nossos)

Merece ser ressaltado que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.358.281, proferido na sistemática dos recursos repetitivos, assentou o entendimento a respeito da incidência de contribuições previdenciárias sobre as horas extras, o adicional noturno e o adicional de periculosidade.

> *RECURSO ESPECIAL Nº 1.358.281 - SP (2012/0261596-)*
>
> *Rel. Min. HERMAN BENJAMIN*
>
> *PROCESUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. CP, ART. 57, §1º. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADICONAIS DE HORA-EXTRA, TRABALHO NOTURNO, INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. PRÊMIO. GRATIFCAÇÃO. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. INCIDÊNCIA. AUXÍLIO-DOENÇA. PRIMEIROS 15 (QUINZE) DIAS DE AFASTAMENTO. ADICIONAL DE FÉRIAS. NÃO INCIDÊNCIA.*
>
> *[...]*
>
> *2. Os adicionais de hora-extra, trabalho noturno, insalubridade, periculosidade têm natureza salarial e, portanto, sujeitam-se à incidência da contribuição previdenciária (STJ, REsp n. 973.436, Rel. Min. José Delgado, j. 18.12.2007; TRF da 3ª Região, 5ª Turma, AG n. 2001.030.37499-6, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 12.03.2007; AG N. 2001.030.37499-6, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 12.03.2007; AG N.2001.030.37499-6, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, ,j. 12.03.2007).*
>
> *3. Ainda que pago por liberalidade do empregador, o prêmio tem natureza remuneratória, razão pela qual deve integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária (STJ, REsp n. 910.214, Rel. Min. José Delgado, 17.05.2007; REsp n. 565.375, Rel. Min. Teori Zavascki, j.17.08.2006; TRF da 3ª Região, AI n. 2010.03.00.001374-5, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 07.02.2011).*
>
> *4. O §1º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que as gratificações ajustadas integram o salário do empregado. A leitura do dispositivo legal permite a constatação da incidência da contribuição previdenciária sobre os valores com tal título, ainda que pagos por liberalidade do empregador (STJ, AGA n. 130.45, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16.11.2010; AgR nos EDcl no REsp n. 1098.218, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.10.2009; EDcl no REsp*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

n.733.362, Rel. Min. Humberto Martins, j. 03.4.2008; TRF da3ª Região, AI n. 2009.030.385-8, j.12.07.2010).

5. A jurisprudência é pacífica no sentido de que o repouso semanal remunerado tem natureza remuneratória, integrando salário de contribuição para incidência de contribuição previdenciária (TRF da 3ª Região, AMS n. 209.614.02748-1, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhof, j. 09.11.2010; TRF da 1ª Região, AC n. 2004.01.00.011114-1, Rel. Des. Fed. Mari Isabel Galoti Rodrigues, j. 08.10.2004; TRF da 4ª Região, AC n. 93.0416086-3, Rel. Des. Fed. Fabio Bitencourt da Rosa, j. 09.09.1997).

[...]

8. Agravos legais não providos

Recurso Especial recebido como recurso representativo de controvérsia, com fundamento no art. 543-C do CPC e no art. 2º, §1º, da Resolução STJ 8/2008.

CÓPIA

Diante dos aludidos dispositivos e da jurisprudência promanada da Suprema Corte de Justiça, na sistemática dos Recursos Repetitivos prevista no art. 543-C do CPC, estando as referidas rubricas congregadas no conceito jurídico de Salário de Contribuição, devidas são as contribuições previdenciárias sobre elas incidentes, na forma prescrita na Lei nº 8.212/91, de maneira que há que persistir o lançamento.

3.4.5. DAS FÉRIAS GOZADAS E DO ADICIONAL DE FÉRIAS DE 1/3.

Avulta, de plano, que a verba despendida pela empresa a título de *FÉRIAS GOZADAS* e o *ADICIONAL CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS*, paga a seus empregados, não integra o rol *numerus clausus* de hipóteses legais de não incidência tributária consolidado no §9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91, configurando-se, portanto, como rubrica abraçada pelo conceito jurídico de Salário de Contribuição.

Nesse diapasão, em sintonia com a norma tributária plasmada no art. 111 do CTN, para se excluir da regra de incidência é necessária a fiel observância dos termos da norma de exceção, tanto assim que as parcelas integrantes do supra-aludido § 9º, quando pagas ou creditadas em desacordo com a legislação pertinente, passam a integrar a base de cálculo da contribuição para todos os fins e efeitos, sem prejuízo da aplicação das cominações legais cabíveis, a teor do art. 214, §10, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Dec. nº 3.048/99.

Mostra-se digno de registro que a alínea 'd' do §9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91 apenas excluiu da tributação as importâncias às férias indenizadas e o adicional constitucional correspondente a essas férias indenizadas, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho, não incluindo no rol das excepcionalidades o adicional constitucional relativo às férias normais, auferido pelo trabalhador em pleno exercício.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

(...)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *§9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, **exclusivamente**: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)* (grifos nossos)
>
> *(...)*
>
> *d) As importâncias recebidas a título de **férias indenizadas e o respectivo adicional constitucional**, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528/97).* (grifos nossos)

CÓPIA

Nessa perspectiva, onde o Legislador Infraconstitucional, podendo fazê-lo, não dispôs de forma expressa, não pode o operador da lei ampliar o alcance da norma de isenção, sob pena de violação aos princípios da reserva legal e da isonomia, bem como, especificamente, ao art. 111, II, do CTN.

No que pertine às férias, a natureza remuneratória de tal rubrica encontra-se expressamente assentada no inciso XVII do art. 7º da CF/88, o qual estatui que o período de gozo de férias são **remunerados** não com o salário contratual, mas, sim, com o salário contratual acrescido de, no mínimo, 1/3.

> ***Constituição Federal de 1988***
>
> *Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*
>
> *(...)*
>
> *XVII - gozo de férias anuais **remuneradas** com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; (grifos nossos)*

O caráter remuneratório das verbas em exame encontra-se expressamente consignado nas normas trabalhistas contidas na Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis:*

> ***Consolidação das Leis do Trabalho***
>
> *Art. 129 - Todo empregado terá direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízo da **remuneração**. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535/77)*
>
> *SEÇÃO IV*
>
> *DA REMUNERAÇÃO E DO ABONO DE FÉRIAS*
>
> *Art. 142 - O empregado perceberá, durante as férias, a **remuneração** que lhe for devida na data da sua concessão. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535/77)* (grifos nossos)
>
> *§1º - Quando o salário for pago por hora com jornadas variáveis, apurar-se-á a média do período aquisitivo, aplicando-se o valor do **salário** na data da concessão das férias. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.535/77*
>
> *§2º - Quando o salário for pago por tarefa tomar-se-á por base a media da produção no período aquisitivo do direito a férias, aplicando-se o valor da **remuneração** da tarefa na data da concessão das férias. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.535/77*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *§3º - Quando o salário for pago por percentagem, comissão ou viagem, apurar-se-á a **média percebida** pelo empregado nos 12 (doze) meses que precederem à concessão das férias. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.535/77*
>
> *§4º - A parte do **salário paga em utilidades** será computada de acordo com a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.535/77)*
>
> *§5º - Os adicionais por trabalho extraordinário, noturno, insalubre ou perigoso serão computados no **salário** que servirá de base ao cálculo da **remuneração** das férias. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.535/77*
>
> *§6º - Se, no momento das férias, o empregado não estiver percebendo o mesmo adicional do período aquisitivo, ou quando o valor deste não tiver sido uniforme será computada a média duodecimal recebida naquele período, após a atualização das importâncias pagas, mediante incidência dos percentuais dos **reajustamentos salariais** supervenientes. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.535/77*
>
> *Art. 143. O direito de reclamar a concessão das férias prescreve em dois anos, contados da data em que findar a época em que deviam ser gozadas.*
>
> *Parágrafo único. O empregador que deixar de conceder férias ao empregado que às mesmas tiver feito jus ficará obrigado a pagar-lhe uma importância correspondente ao dobro das férias não concedidas, salvo se a recusa fundamentar-se em qualquer dispositivo do presente capítulo.*
>
> *Art. 145 - O pagamento da **remuneração** das férias e, se for o caso, o do abono referido no art. 143 serão efetuados até 2 (dois) dias antes do início do respectivo período. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535/77*
>
> *Parágrafo único - O empregado dará quitação do pagamento, com indicação do início e do termo das férias. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.535/77)*

Por outro viés, o §4º do art. 214 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Dec. nº 3.048/99, estatui de maneira expressa que o adicional de um terço de férias integra o salário-de-contribuição, figurando tal rubrica, portanto, no conjunto das hipóteses de incidência das contribuições previdenciárias.

> ***Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Dec. nº 3.048/99 .***
>
> *Art. 214. Entende-se por salário-de-contribuição:*
>
> *(...)*
>
> *§4º A remuneração adicional de férias de que trata o inciso XVII do art. 7º da Constituição Federal integra o salário-de-contribuição.*

Se nos antolha auspicioso assinalar que as questões atinentes à isenção tributária constituem-se matéria de interesse público, figurando a lei *stricto sensu* como o único instrumento normativo com aptidão para determinar as hipóteses de renúncia fiscal, não previstas constitucionalmente, não irradiando efeitos na seara pública qualquer disposição

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

pactuada entre empregador e empregado em seus contratos de trabalho, sendo inconcebível que interesses particulares venham a se sobrepor aos públicos. O contrário, sim.

Adite-se que, estando incidência de contribuições previdenciárias sobre a verba ora em debate expressamente prevista no §4º do art. 214 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Dec. nº 3.048/99, impedido encontra-se este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais de afastar sua aplicação, por força do preceito inscrito no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009, o qual estabelece óbice intransponível aos órgãos de julgamento deste Conselho Administrativo para afastar a aplicação ou deixar de observar normas tributárias inseridas no ordenamento jurídico mediante leis, decretos, tratado ou acordos internacionais sob fundamento de inconstitucionalidade.

> ***Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972***
>
> *Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941/2009)*
>
> *§1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941/2009)*
>
> *§2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941/2009)*
>
> *§3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941/2009)*
>
> *§4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941/2009)*
>
> *§5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941/2009)*
>
> *§6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941/2009)*
>
> *I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941/2009)*
>
> *II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941/2009)*
>
> *a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941/2009)*
>
> *b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941/2009)*
>
> *c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941/2009)*

A jurisprudência do STJ é pacifica quanto à natureza remuneratória e incidência de contribuições previdenciárias sobre as férias gozadas, conforme se depreende dos seguintes julgados:

> *AgRg no REsp 1.475.078 / PR*
>
> *Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

DJe 28/10/2014

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. INCIDÊNCIA SOBRE O DESCANSO SEMANAL REMUNERADO E ***FÉRIAS GOZADAS.*** *PRECEDENTES.*

1. O pagamento de ***férias gozadas*** *possui natureza remuneratória e salarial, nos termos do art. 148 da CLT, e integra o* ***salário de contribuição*** *(AgRg nos EAREsp 138.628/AC, 1ª Seção, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe de 18.8.2014; AgRg nos EREsp 1.355.594/PB, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 17.9.2014).*

2. A Segunda Turma/STJ, ao apreciar o REsp 1.444.203/SC (Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 24.6.2014), firmou entendimento no sentido de que incide contribuição previdenciária sobre o descanso semanal remunerado, porquanto se trata de verba de caráter remuneratório.

3. Agravo regimental não provido.

AgRg no REsp 1473523 / SC

Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES

DJe 28/10/2014

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. INCIDÊNCIA SOBRE AS SEGUINTES VERBAS: SALÁRIO MATERNIDADE, SALÁRIO PATERNIDADE, ***FÉRIAS GOZADAS,*** *DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO, HORAS EXTRAS E RESPECTIVO ADICIONAL E ADICIONAIS NOTURNO, PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE.*

1. A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.230.957/RS (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 18.3.2014), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, pacificou orientação no sentido de que incide contribuição previdenciária (RGPS) sobre as verbas pagas a título de salário maternidade e salário paternidade.

2. O pagamento de ***férias gozadas*** *possui natureza remuneratória e salarial, nos termos do art. 148 da CLT, e integra o* ***salário de contribuição*** *(AgRg nos EAREsp 138.628/AC, 1ª Seção, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe de 18.8.2014; AgRg nos EREsp 1.355.594/PB, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 17.9.2014).*

3. A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.358.281/SP (Rel. Min. Herman Benjamin, Sessão Ordinária de 23.4.2014), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, pacificou orientação no sentido de que incide contribuição previdenciária (RGPS) sobre as horas extras e respectivo adicional, e sobre os adicionais noturno e de periculosidade (Informativo 540/STJ).

4. A orientação desta Corte é firme no sentido de que o adicional de insalubridade integra o conceito de remuneração e se sujeita à incidência de contribuição previdenciária (AgRg no AREsp 69.958/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 20.6.2012; AgRg no REsp 957.719/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 2.12.2009).

5. No que concerne ao auxílio-alimentação, não há falar na incidência de contribuição previdenciária quando pago in natura, esteja ou não a empresa inscrita no PAT. No entanto, pago habitualmente e em pecúnia, há a incidência da contribuição. Nesse sentido: REsp 1.196.748/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 28.9.2010; AgRg no REsp 1.426.319/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 13.5.2014; REsp 895.146/CE, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 19.4.2007. No caso concreto, o Acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal, pois constou expressamente que "o

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

pagamento é efetuado mediante a entrega de crédito ao trabalhador, razão pela qual é devida a incidência da contribuição previdenciária".

*6. A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção/STJ é pacífica no sentido de que "o décimo-terceiro salário (gratificação natalina) integra o **salário-de-contribuição** para fins de incidência de contribuição previdenciária" (REsp 812.871/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 25.10.2010). Essa orientação encontra amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se firmou no sentido de que "é legítima a incidência da contribuição previdenciária sobre o 13º salário" (Súmula 688/STF).*

7. Agravo regimental não provido.

AgRg no REsp 1462805 / PR

Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES

DJe 08/10/2014

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DISCUSSÃO A RESPEITO DA INCIDÊNCIA OU NÃO SOBRE: SALÁRIO MATERNIDADE. OBSERVÂNCIA DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.230.957/RS. FÉRIAS. NATUREZA SALARIAL. INCIDÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO EAREsp 138.628/AC. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.230.957/RS, de minha relatoria, julgado em 26/2/2014, a Primeira Seção do STJ assentou o entendimento que o salário maternidade possui natureza salarial e a transferência do encargo à Previdência Social (pela Lei 6.136/74) não tem o condão de mudar sua natureza.

2. A Primeira Seção do STJ no julgamento do EAREsp 138.628/AC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe 18/08/2014, ratificou o entendimento de que o pagamento de férias gozadas possui natureza remuneratória e salarial, nos termos do art. 148 da CLT, e integra o salário de contribuição. Dessa forma, merece ser mantido o acórdão recorrido, aplicando-se ao caso o óbice da Súmula 83/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

A incidência de Contribuições Previdenciárias sobre o terço constitucional de férias decorrente de férias gozadas também já foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende do seguinte julgado.

REsp 1.098.102 / SC

Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES

DJe 17/06/2009

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458, 459 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. AUXÍLIO-DOENÇA, AUXÍLIO-ACIDENTE. VERBAS RECEBIDAS NOS 15 (QUINZE) PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO. NÃO INCIDÊNCIA. SALÁRIO - MATERNIDADE. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. INCIDÊNCIA. ADICIONAL DE 1/3,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

HORAS-EXTRAS E ADICIONAIS NOTURNO, DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. VERBAS DE CARÁTER REMUNERATÓRIO. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

5. A verba recebida a título de terço constitucional de férias, quando as férias são gozadas, ostenta natureza remuneratória, sendo, portanto, passível da incidência da contribuição previdenciária.

(...)

CÓPIA

Dessarte, para os fatos geradores objeto do presente lançamento, inexiste qualquer subsunção do fato jurígeno tributário à norma de exclusão da base de cálculo, circunstância que implica sua integração na matéria tributável.

Não procede a alegação recursal de que as rubricas referentes às férias teria natureza indenizatória.

As férias trabalhistas são conceituadas como o período do contrato de trabalho em que o empregado não presta serviços ao empregador, mas recebe remuneração, após ter adquirido o direito no decurso dos doze primeiros meses de vigência do seu contrato de trabalho. Sua natureza jurídica envolve um aspecto negativo, que é o período em que o empregado não deve trabalhar e o empregador não pode exigir serviços de obreiros.

Atente-se que o conceito jurídico de dano traz subjacente a ideia de prejuízo injusto decorrente de ato ilícito, a ser reparado por aquele que, mediante ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem.

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*

CÓPIA

Inexiste qualquer dano a ser indenizado no caso em estudo.

A uma, porque não houve ATO ILÍCITO. As férias trabalhistas se constituem num direito subjetivo do trabalhador e, em contrapartida, sob o prisma do empregador, numa obrigação de fazer e de dar ao mesmo tempo. Não há, portanto, qualquer indício de ato ilícito;

A duas, porque não se verificou a ocorrência de DANO. Afinal, qual seria o prejuízo sofrido pelo empregado para fazer jus à verba em questão? Ter ficado 30 dias sem trabalhar e ainda ser remunerado com o salário integral? E quanto ao adicional constitucional de 1/3 das férias? Um *plus* remuneratório para *curtir* as férias?

A três, porque não se houve por demonstrado o elemento subjetivo da conduta tendente à causar prejuízo a terceiros. O dever do empregador de pagar a remuneração de férias, bem como o adicional de 1/3, decorre diretamente da Carta de 1988. Trata-se de uma obrigação trabalhista da qual o empregador não pode se desvencilhar.

A quatro, porque não houve qualquer violação a direito do trabalhador. Ao contrário: deu-se justamente a realização de direitos trabalhistas previstos no Pergaminho Constitucional e nos artigos 129 a 145 da CLT.

> ***Consolidação das Leis do Trabalho***
>
> *Art. 129 - Todo empregado terá direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízo da remuneração. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535/77)*
>
> *Art. 130 - Após cada período de 12 (doze) meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535/77)*
>
> *I - 30 (trinta) dias corridos, quando não houver faltado ao serviço mais de 5 (cinco) vezes; (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.535/77)*
>
> *II - 24 (vinte e quatro) dias corridos, quando houver tido de 6 (seis) a 14 (quatorze) faltas; (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.535/77)*
>
> *III - 18 (dezoito) dias corridos, quando houver tido de 15 (quinze) a 23 (vinte e três) faltas; (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.535/77)*
>
> *IV - 12 (doze) dias corridos, quando houver tido de 24 (vinte e quatro) a 32 (trinta e duas) faltas. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.535/77)*
>
> *§1º - É vedado descontar, do período de férias, as faltas do empregado ao serviço. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.535/77)*
>
> *§2º - O período das férias será computado, para todos os efeitos, como tempo de serviço. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.535/77)*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Ora bolas !!! Que espécie de *"indenização"* será essa, cujo direito ao recebimento encontra-se condicionado ao efetivo exercício, por 12 meses, da atividade profissional para a qual o trabalhador foi formalmente contratado ?????

No idioma que me foi ensinado pelo Prof. Antonio Luís Randan, conjugado aos ensinamentos adquiridos dos mestres Amauri Mascaro Nascimento e Mauricio Godinho Delgado, tal "*indenização"* recebe um nome bem apropriado às condições de contorno em que foram pagas: "remuneração".

CÓPIA

As verbas pagas a título de *férias gozadas,* bem como seu *adicional de 1/3,* são lícitas e possuem natureza remuneratória, assim como lícito é o pagamento de salários, razão pela qual tais verbas deveriam ter sido declaradas, com esse caráter, nas GFIP correspondentes.

Nesse contexto, figurando tal rubrica no campo de incidência da exação previdenciária, inexistindo dispensa legal expressa da tributação em apreço, há que persistir o lançamento.

3.4.6. DOS 15 PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO POR DOENÇA

De plano cumpre-nos destacar que a legislação trabalhista atribui ao empregador o risco da atividade econômica ao admitir, assalariar e dirigir a prestação pessoal de serviço.

> ***Consolidação das Leis do Trabalho***
>
> *Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.*

Sem desviar desse mesmo norte apontam as diretivas encartadas na Lei de Custeio da Seguridade Social, *in verbis:*

> ***Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991***
>
> *Art. 15. Considera-se:*
>
> *I - empresa - a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional;*

Ao tratar dos benefícios previdenciários, o art. 201 da CF/88 outorgou à lei federal a competência para dispor sobre a cobertura previdenciária dos eventos decorrentes de doença, dentre outros, sendo de vital importância salientar que o próprio parágrafo 10 do citado dispositivo constitucional já prevê a participação concorrente do RGPS e do setor privado no atendimento à cobertura do risco de acidente de trabalho.

> ***Constituição Federal de 1988***
>
> *Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória,*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98)*
>
> *I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98)*
>
> *(...)*
>
> *§10. Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20/98)*

CÓPIA

Imersa na ordem constitucional então vigente e eficaz, a matéria atinente ao auxilio doença foi confiada à Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, cuja Subseção V da Seção V do Capitulo II estabeleceu as condições de contorno para a concessão do benefício previdenciário em realce, assim dispondo *ad litteris et verbis:*

> ***Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991***
>
> *Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.*
>
> *Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.*
>
> *Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)*
>
> *§1º Quando requerido por segurado afastado da atividade por mais de 30 (trinta) dias, o auxílio-doença será devido a contar da data da entrada do requerimento.*
>
> *§3º Durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbirá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)*
>
> *§4º A empresa que dispuser de serviço médico, próprio ou em convênio, terá a seu cargo o exame médico e o abono das faltas correspondentes ao período referido no § 3º, somente devendo encaminhar o segurado à perícia médica da Previdência Social quando a incapacidade ultrapassar 15 (quinze) dias.*
>
> *Art. 61. O auxílio-doença, inclusive o decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal correspondente a 91% (noventa e um por cento) do salário de benefício, observado o disposto na Seção III, especialmente no art. 33 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez.*
>
> *Art. 63. O segurado empregado em gozo de auxílio-doença será considerado pela empresa como licenciado.*
>
> *Parágrafo único. A empresa que garantir ao segurado licença remunerada ficará obrigada a pagar-lhe durante o período de auxílio-doença a eventual diferença entre o valor deste e a importância garantida pela licença.*

CÓPIA

Deflui diretamente do regramento estampado no parágrafo terceiro e no *caput* do art. 60 da Lei de Benefícios da Previdência Social que o auxílio doença será suportado pelo empregador durante os primeiros 15 dias do afastamento do segurado que ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual e pela autarquia previdenciária a contar de então.

Nessa perspectiva, surge a proteção previdenciária para o empregado celetista apenas tão somente após o 16º dia de incapacidade laboral, eis que os primeiros quinze dias de afastamento são de responsabilidade da empresa empregadora, na assunção do risco da atividade econômica.

Os primeiros quinze dias consecutivos ao afastamento do trabalhador da atividade por motivo de doença são considerados pela Doutrina e Jurisprudência como hipótese de interrupção do contrato de trabalho, incumbindo, dessarte, ao empregador o pagamento do salário ao empregado afastado, nos termos do art. 60, § 3º, da Lei nº 8.213/91.

Também, o empregado faz jus às demais verbas trabalhistas, tais como 13º salário, férias e FGTS.

Ora, a não incidência de Contribuições Previdenciárias sobre a remuneração paga aos empregados nos quinze primeiros dias de afastamento por motivo de doença/acidente seria inconstitucional, pois representaria ofensa à norma encartada no *caput* do art. 201 da CF/88, que expressamente estatui que a previdência social tem caráter contributivo.

> ***Constituição Federal de 1988***
>
> *Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98)*
>
> *(...)*

Ora, se o período referente aos quinze primeiros dias de afastamento por motivo de doença/acidente conta tempo de contribuição para fins de aposentadoria pelo RGPS, obviamente tem que haver contribuição previdência sobre a remuneração correspondente a tal período.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Note-se que a base de cálculo da contribuição patronal prevista no inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212/91 abarca, não somente os serviços efetivamente prestados pelo trabalhador, mas, também, o tempo em que este ficou à disposição do empregador ou tomador de serviços.

> ***Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991***
>
> *Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:*
>
> *I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876/99).*

Nesse contexto, figurando tal rubrica no campo de incidência da exação previdenciária, inexistindo dispensa legal expressa da tributação em apreço, há que persistir o lançamento.

3.4.7. DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE

Em primeiro lugar, merece ser trazido à balha que o dever jurídico de indenizar pressupõe a existência de um ato ilícito e de um dano dele diretamente decorrente, sem o qual não há o que se reparar.

Em segundo lugar, atente-se que o conceito jurídico de dano traz subjacente a ideia de prejuízo injusto decorrente de ato ilícito, a ser reparado por aquele que, mediante ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, tenha violado direito e causado dano a outrem.

Dessarte, somente ostentará natureza indenizatória as verbas pagas visando a repara um dano, decorrente de ato ilícito praticado com dolo ou culpa por aquele que tem o dever de reparar o dano em questão.

No caso dos autos, os valores pagos a título de Adicional de Periculosidade e de insalubridade não possuem qualquer natureza indenizatória, como assim argumenta o Recorrente, haja vista não terem sido instituídos para ressarcir qualquer dano eventualmente sofrido pelos obreiros, mas sim, uma contrapartida financeira, na forma de um acréscimo patrimonial, paga ao empregado em razão da exposição habitual e permanente a condições de trabalho potencialmente periculosas ou de risco acentuado ou potencialmente insalubres.

Conforme já demonstrado, o art. 22, I, da Lei 8.212/1991 determina que a contribuição previdenciária a cargo da empresa é de "vinte por cento sobre o *total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, *destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma*, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, *quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços*, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa".

De outro eito, o §2° do citado art. 22 da Lei 8.212/1991, ao consignar que não integram o conceito de remuneração as verbas listadas no § 9° do art. 28 do mesmo diploma legal, expressamente exclui uma série de parcelas da base de cálculo do tributo. Com base nesse quadro normativo, o STJ consolidou firme jurisprudência no sentido de que não sofrem a incidência de contribuição previdenciária "*as importâncias pagas a título de indenização, que não correspondam a serviços prestados nem a tempo à disposição do empregador*". Nesse contexto, se a verba trabalhista possuir natureza remuneratória, destinando-se a *retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma,* ela deve integrar a base de cálculo da contribuição.

Os adicionais de periculosidade e de insalubridade não podem ser conceituados com indenização para o fim de serem excluídos da base de cálculo das Contribuições Previdenciárias, porquanto inserem-se no conceito de Salário de Contribuição, não ostentando qualquer semelhança com indenização.

Contribuindo com tal compreensão encontra-se também a mais consagrada doutrina, aqui representada por Sérgio Pinto Martins (*in* Direto da Seguridade Social, 19ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, p. 203), que após longa e percuciente análise acerca do conceito de salário, conclui: "*Por isso, salário é o conjunto de prestações fornecidas diretamente pelo empregador ao trabalhador, em decorrência do contrato de trabalho, seja em função da contraprestação do trabalho, da disponibilidade do trabalhador, das interrupções contratuais, seja em função das demais hipóteses prevista em lei. De tudo o que foi até aqui exposto, nota-se que o salário decorre da contraprestação do trabalho e de outras situações, mas desde que exista contrato de trabalho entre as partes. Indenização, ao contrário, não é resultante da prestação de serviços, nem apenas do contrato de trabalho. [...] No Direto do Trabalho, diz-se que há indenização quando pagamento é feito a empregado sem qualquer relação com a prestação de serviços e também com as verbas pagas no termo de rescisão do contrato de trabalho"*

Nesse sentido tem se posicionado a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme dessai dos seguintes julgados:

> *REsp 1098102 / SC*
> *Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES*
> *DJe 17/06/2009*
>
> *PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458, 459 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. AUXÍLIO-DOENÇA, AUXÍLIO-ACIDENTE. VERBAS RECEBIDAS NOS 15 (QUINZE) PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO. NÃO INCIDÊNCIA. SALÁRIO - MATERNIDADE. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. INCIDÊNCIA. ADICIONAL DE 1/3, HORAS-EXTRAS E ADICIONAIS NOTURNO, DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. VERBAS DE CARÁTER REMUNERATÓRIO. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

6. Os adicionais noturno, hora-extra, insalubridade e periculosidade ostentam caráter salarial, à luz do enunciado 60 do TST, razão pela qual incide a contribuição previdenciária.

(...)

REsp 486.697/PR
Rel. Min. Denise Arruda,
DJ de 17/12/2004.

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS EMPREGADORES. ARTS. 22 E 28 DA LEI N° 8.212/91. SALÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO. ADICIONAIS DE HORA-EXTRA, TRABALHO NOTURNO, INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. NATUREZA SALARIAL PARA FIM DE INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PREVISTA NO ART. 195, I, DA CF/88. SÚMULA 207 DO STF. ENUNCIADO 60 DO TST.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme no sentido de que a contribuição previdenciária incide sobre o total das remunerações pagas aos empregados, inclusive sobre o 13º salário e o salário-maternidade (Súmula n° 207/STF).

2. Os adicionais noturno, hora-extra, insalubridade e periculosidade possuem caráter salarial. Iterativos precedentes do TST (Enunciado n° 60).

3. A Constituição Federal dá as linhas do Sistema Tributário Nacional e é a regra matriz de incidência tributária.

4. O legislador ordinário, ao editar a Lei n° 8.212/91, enumera no art. 28, § 9°, quais as verbas que não fazem parte do salário-de-contribuição do empregado, e, em tal rol, não se encontra a previsão de exclusão dos adicionais de hora-extra, noturno, de periculosidade e de insalubridade.

5. Recurso conhecido em parte, e nessa parte, improvido.

No mesmo sentido, o Recurso Especial nº 1.358.281-SP**,** Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23/4/2014, sob o regime dos Recursos Repetitivos, cuja ementa se houve por assim redigida:

REsp 1.358.281-SP
Rel. Min. Herman Benjamin,
julgado em 23/4/2014.

TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA CARGO DA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

EMPRESA. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. BASE DE CÁLCULO. ADICIONAIS NOTURNO, DE PERICULOSIDADE, HORAS EXTRAS. NATUREZA REMUNERATÓRIA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

Desse modo, consoante entendimento pacífico no âmbito de ambas as Turmas da Primeira Seção do STJ, os adicionais insalubridade e de periculosidade constituem verbas de natureza remuneratória, razão pela qual se sujeitam à incidência de contribuição previdenciária.

Como visto, os adicionais de periculosidade e de insalubridade possuem natureza salarial e representam as parcelas suplementares de ganho obtido pelo empregado que presta serviços em condições agressivas à saúde ou de potencial risco à vida.

Nesse sentido, é copiosa jurisprudência emanada da Corte Superior Trabalhista, conforme elucidam os seguintes julgados:

RECURSO DE REVISTA. REFLEXOS DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE SOBRE VERBAS RESCISÓRIAS. NATUREZA SALARIAL DA PARCELA. RECURSO DESPROVIDO.

A possibilidade de se considerar que o adicional de periculosidade tenha natureza indenizatória tem constituído hipótese rejeitada pela ampla maioria dos doutrinadores, tendo-se firmado a jurisprudência no sentido de reconhecer a natureza salarial da verba. Mostra-se coreto, portanto, o deferimento dos reflexos do adicional de periculosidade sobre as verbas rescisórias, ante o reconhecimento de sua inegável natureza salarial. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

Recurso de Revista 8560/203-90-40

Rel. Min. Milton de Moura França

DJU de 28/5/2004.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE –NATUREZA JURÍDICA – INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO.

O adicional de insalubridade é pago como uma contraprestação pelo serviço prestado em condições agressivas ao trabalhador, tendo ele o escopo de recompensar com maior valoro trabalho insalubre, mais penoso ao hipossuficiente. O adicional de insalubridade, enquanto persistir o labor em ambiente insalubre, integra o conceito de Salário de Contribuição, porquanto reveste-se de natureza salarial, integrando a remuneração do trabalhador par todos os fins. A egrégia SDI já se manifestou pela natureza salarial do adicional de insalubridade e consequente integração ao salário par todos os efeitos legais.

Em consequência, configurando-se tais rubricas fatos geradores de Contribuições Previdenciárias, estas deveriam ter sido, necessariamente, incluídas nas Folhas de Pagamento, lançadas em títulos próprios da contabilidade da empresa na condição de fato

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

jurígeno tributário, e declaradas como Fatos Geradores de Contribuição Previdenciária nas GFIP correspondentes.

Diante de tal panorama, figurando tais rubricas no campo de incidência da exação previdenciária, inexistindo dispensa legal expressa da tributação em apreço, há que persistir o lançamento.

CÓPIA

3.4.8. DAS VERBAS RESCISÓRIAS

O conceito jurídico de Salário de Contribuição foi estruturado de molde a abraçar toda e qualquer verba recebida pelo obreiro, a qualquer título, em decorrência não somente dos serviços efetivamente prestados, mas também, no interstício em que o trabalhador estiver à disposição do empregador mesmo que sem prestar qualquer labor, nos termos do contrato de trabalho.

Assim, revela-se indiferente para a incidência de Contribuições Previdenciárias o fato de as verbas de natureza remuneratória terem sido pagas durante a vigência do contrato de trabalho e no advento da rescisão trabalhista.

A ocasião do pagamento não modifica a natureza jurídica da rubrica devida

Merece ser mencionado, todavia, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.230.957-RS, proferido na sistemática dos recursos repetitivos, decidiu não haver incidência de contribuição previdenciária sobre os 15 dias anteriores à concessão de auxílio-doença, sobre o terço constitucional incidentes sobre a remuneração das férias indenizadas ou gozadas e sobre o aviso prévio indenizado.

Tal decisão, entretanto, ainda não se encontram ornada com o atributo da coisa julgada, eis que figura como objeto de Recurso Extraordinário em trâmite no STF. O Resp nº 1.230.957/RS encontra-se suspenso no Superior Tribunal de Justiça, por depender do julgamento do Recurso Extraordinário RE nº 593.068, com repercussão geral reconhecida, circunstância que representa óbice intransponível à incidência do preceito inscrito no art. 62-A do Regimento Interno do CARF, o qual exige decisão definitiva de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil.

Regimento Interno do CARF (Portaria nº 256/2009):

*Art. 62-A. As **decisões definitivas de mérito**, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.* (grifos nossos)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Portanto, estando ainda pendentes de recurso a decisão judicial acima referida, não há que se falar em *decisões definitivas de mérito,* tampouco em reprodução, no vertente Recurso Voluntário, da decisão proferida no julgado em apreço.

3.5. DA PRODUÇÃO ULTERIOR DE PROVAS

A legislação tributária que rege o Processo Administrativo Fiscal aponta que o *forum* apropriado para a contradita aos termos do lançamento concentra-se na fase processual da impugnação, cujo oferecimento instaura a fase litigiosa do procedimento.

No âmbito do Ministério da Fazenda, a disciplina da matéria em relevo foi confiada ao Decreto nº 70.235/72, cujo art. 16 assinala, categoricamente, que o instrumento de bloqueio deve consignar os motivos de fato e de direito em que se fundamenta a defesa, os pontos de discordância, as razões e as provas que possuir. Mas não pára por aí: Impõe ao impugnante o ônus de instruir a peça de defesa com todas as provas documentais, sob pena de preclusão do direito de fazê-lo em momento futuro, ressalvadas, excepcionalmente, as hipóteses taxativamente arroladas em seu parágrafo primeiro.

> ***Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972***
>
> *Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.*
>
> *Art. 16. 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****; (Redação dada pela Lei nº 8.748/93)* (grifos nossos)
>
> *IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748/93)*
>
> *V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição. (Incluído pela Lei nº 11.196/2005)*
>
> *§1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748/93)*
>
> *§2º É defeso ao impugnante, ou a seu representante legal, empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao julgador, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las. (Incluído pela Lei nº 8.748/93)*
>
> *§3º Quando o impugnante alegar direito municipal, estadual ou estrangeiro, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o julgador. (Incluído pela Lei nº 8.748/93)*
>
> ***§4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro***

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> ***momento processual, a menos que:*** *(Incluído pela Lei nº 9.532/97)* (grifos nossos)
>
> *a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532/97)*
>
> *b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532/97)*
>
> *c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532/97)*
>
> *§5º* ***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****. (Incluído pela Lei nº 9.532/97)* (grifos nossos)
>
> *§6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância. (Incluído pela Lei nº 9.532/97)*
>
> *Art. 17.* ***Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante****. (Redação dada pela Lei nº 9.532/97)* (grifos nossos)
>
> *Art. 18. 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 art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748/93)* (grifos nossos)

Avulta, nesse panorama jurídico, que o Recorrente não tem que protestar pela produção de provas documentais no processo administrativo fiscal. Tem sim, por disposição legal, que produzir as provas de seu direito, de forma concentrada, já em sede de impugnação, colacionadas juntamente na peça de defesa, sob pena de preclusão.

Nos termos expressos da lei, a juntada de novos documentos no Processo Administrativo Fiscal depende de requerimento da parte interessada à autoridade julgadora do lançamento ou do recurso, mediante petição escrita na qual reste demonstrado, com fundamentos idôneos e comprovados, a impossibilidade de sua apresentação no momento próprio e oportuno, por motivo de força maior, ou que os documentos se refiram a fato ou a direito superveniente, ou ainda, que se destinem a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos, pesando em desfavor do Recorrente o ônus da devida comprovação.

Diante de tal panorama, após o oferecimento da impugnação, a juntada de novos documentos há que ser requerida não ao Órgão Julgador de 1ª Instância, como assim procedeu o Recorrente, mas, sim, ao Órgão que irá apreciar e julgar o recurso eventualmente interposto, *in casu*, ao CARF, se se tratar de Recurso Voluntário, ou à CSRF, nas hipóteses de Recurso Especial, repousando aos ombros do Peticionante o encargo processual de demonstrar,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do parágrafo quarto do art. 16 do Decreto nº 70.235/72.

Nesse contexto, na hipótese de o Autuado não lograr comprovar efetivamente a ocorrência de qualquer das hipóteses autorizadoras previstas no aludido §4º do art. 16 do citado Decreto nº 70.235/72, a autorização de juntada de novas provas ou a apreciação de documentos juntados em fase posterior à impugnação representaria, por parte deste Colegiado, negativa de vigência à Legislação tributária, providência que somente poderia emergir do Poder Judiciário.

CÓPIA

4. CONCLUSÃO:

Pelos motivos expendidos, CONHEÇO PARCIALMENTE do Recurso Voluntário para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Arlindo da Costa e Silva, relator.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

Voto Vencedor

Conselheiro André Luís Mársico Lombardi, Redator Designado

Em que pese a substanciosa argumentação do ilustre Relator, ousamos discordar quanto ao não aproveitamento da parcela recolhida pela contratada na sistemática do SIMPLES para abatimento do valor do débito lançado no sujeito passivo, conforme razões a seguir expostas.

Estabelece o art. 146, *d*, da Constituição Federal que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre a "definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso" (...) "das contribuições previstas no art. 195, I ". Portanto, a denominada contribuição da empresa incidente sobre a folha de salário e demais rendimentos do trabalho pode, a teor do referido dispositivo, ser objeto de regime especial ou simplificado.

Dando concretude ao art. 146, d, da CF, a Lei Complementar n° 126/06 estipula que o Simples Nacional engloba a contribuição patronal previdenciária prevista no art. 22 da Lei n° 8.212/91 (art. 13). Portanto, a contribuição prevista no art. 13 da Lei Complementar n° 126/06 é a mesma prevista no art. 22 da Lei n° 8.212/91, ainda que o recolhimento seja feito em regime simplificado.

Por tais razões e considerando que a autoridade fiscal, para fim específico, superou o negócio jurídico simulado (prestação de serviços por segurados para empresa de "fachada" - contratada) para aplicar a lei tributária ao negócio jurídico dissimulado (prestação de serviços por segurados diretamente para a recorrente), entendo que parcela recolhida na sistemática do SIMPLES pela contratada correspondente à contribuição previdenciária patronal, que é conseqüência do ato simulado, deve ser aproveitada para abatimento do valor do débito lançado como desvelamento do ato dissimulado.

(assinado digitalmente)
ANDRÉ LUÍS MÁRSICO LOMBARDI – Redator Designado

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por LIEGE LACROIX THOMASI, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI
Impresso em 15/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA