



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

Processo n° 15504.725855/2014-57
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2301-004.892 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de janeiro de 2017
Matéria COOPERATIVA DE TRABALHO
Recorrente UNITECH ENGENHEIROS E CONSULTORES LIMITADA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2012

SERVIÇOS PRESTADOS POR INTERMÉDIO DE COOPERATIVAS DE TRABALHO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

A partir de 03/2000 tornou-se devida por parte da empresa tomadora (contratante) a contribuição de 15% (quinze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho; contudo, uma vez declarada a inconstitucionalidade da cobrança em decisão definitiva do STF, por força do artigo 62-A do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n° 256, de 22/06/2009, as turmas deste Conselho devem reproduzir o mesmo entendimento em seus acórdãos.

CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADO. AUDITORIA FISCAL. COMPETÊNCIA

É atribuída à fiscalização a prerrogativa de, seja qual for a forma de contratação, desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurados empregados, se constatar a ocorrência dos requisitos da relação de emprego.

RELAÇÃO JURÍDICA APARENTE - DESCARACTERIZAÇÃO

Pelo Princípio da Verdade Material, se restar configurado que a relação jurídica formal apresentada não se coaduna com a relação fática verificada, subsistirá a última. De acordo com o art. 118, inciso I do Código Tributário Nacional, a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos. Assim, devem ser considerados segurados empregados, independentemente da forma adotada, as pessoas físicas que mantêm relação de emprego com o tomador de seus serviço e excluídos aqueles que

regularmente prestam serviços através de empresa que, de fato, assume os riscos de sua atividade econômica.

DISPOSITIVO LEGAL - VIGÊNCIA PARA O FUTURO - NATUREZA - NÃO OCORRÊNCIA -

Em geral a lei aplica-se às situações futuras. O art. 129 da Lei nº 11.196/2005 não tem natureza interpretativa uma vez que não traz essa condição expressa e, além disso, inova no sentido de possibilitar que as pessoas físicas que prestam serviços considerados de natureza intelectual possam fazê-lo na condição de pessoas jurídicas passando a sofrer o regime de tributação relativo a estas, situação não prevista na legislação anterior

EXIBIÇÃO DE LIVROS OU DOCUMENTOS. OBRIGAÇÃO AFETA A TODOS OS CONTRIBUINTE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DESCUMPRIMENTO. INFRAÇÃO.

Apresentar documentos e livros relacionados com a previdência social é obrigação que afeta a todos os contribuintes da previdência social. Por isto, configura infração ao artigo 33, §§ 2 e 3, da Lei 8.212/91, deixar a empresa de exibir à Auditoria-Fiscal da Receita Federal do Brasil tais livros e documentos.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, dar parcial provimento para excluir as contribuições previdenciárias lançadas a título de Cooperativas de Trabalho. Vencidos os conselheiros Fábio Piovesan Bozza, Alexandre Evaristo Pinto e Maria Anselma Coscrato dos Santos que davam provimento integral ao Recurso.

Andrea Brose Adolfo - Presidente

Julio Cesar Vieira Gomes - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: ANDREA BROSE ADOLFO, JULIO CESAR VIEIRA GOMES, FABIO PIOVESAN BOZZA, JORGE HENRIQUE BACKES, ALEXANDRE EVARISTO PINTO e MARIA ANSELMA COSCRATO DOS SANTOS.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou procedente o lançamento fiscal realizado em 11/08/2014 para constituição de crédito pela caracterização de segurados empregados, sobre serviços contratados por intermédio de cooperativa de trabalho, sobre salários de contribuição e autuações pelo descumprimento de obrigações acessórias. Segue transcrição de trecho da decisão recorrida:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2012*

*AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÕES
PRINCIPAIS. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS INCIDENTES
SOBRE AS REMUNERAÇÕES DE SEGURADOS
EMPREGADOS*

Constituem fatos geradores de obrigações tributárias as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados.

*CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADO EMPREGADO.
DESCONSIDERAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA.
POSSIBILIDADE.*

Pelo princípio da Primazia da Realidade, que demonstra que os fatos relativos ao contrato de trabalho devem prevalecer em relação à forma de contratação, presentes os requisitos de personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação, detém o fisco o poder-dever de proceder à caracterização de segurado empregado para fins previdenciários.

*LEI 11.196/05. INAPLICABILIDADE QUANDO HÁ
PRESTAÇÃO DE SERVIÇO COM CARACTERÍSTICAS DA
RELAÇÃO DE EMPREGO.*

A contratação de prestadores de serviços na condição de pessoas jurídicas somente é legal, de acordo com o art. 129 da Lei nº 11.196/05, desde que não se caracterize vínculo de emprego entre a empresa contratante e a prestadora de serviços contratada. Constatados os requisitos necessários para a configuração de vínculo empregatício, deve ser desconsiderado o vínculo pactuado e ser efetuar o enquadramento como segurado empregado.

*AFERIÇÃO INDIRETA. RECUSA NA APRESENTAÇÃO DE
DOCUMENTOS OU INFORMAÇÕES. ÔNUS DA PROVA.*

Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a RFB pode, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputar devida, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO

Conforme prescreve o art. 18 do Decreto 70.235/72, a autoridade julgadora de primeira instância poderá indeferir o pedido de realização de perícias ou diligências quando as considere prescindíveis ou impraticáveis.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

...

Trata-se de Auto de Infração por descumprimento de obrigações principais e acessórias, consoante discriminação adiante esmiuçada.

- AI DEBCAD 51.060.804-3, importando R\$ 2.020.851,05, motivado pelo lançamento das contribuições relativas à parte da empresa (rubrica 12, alq. 20%), por pagamentos à cooperativas de trabalho (rubrica 1C, alq. 15%) e devidas a título de GILRAT (rubrica 13, alq. 1,5%), com lastro em fundamentação legal contida no respectivo relatório FLD, competências 01/2010 a 12/2012;

- AI DEBCAD 51.060.805-1, importando R\$ 651.001,13, incidindo a parte devida por segurados empregados (rubrica 11), com lastro em fundamentação legal contida no respectivo relatório FLD, competências 01/2010 a 02/2012;

- AI DEBCAD 51.060.806-0, importando R\$ 501.779,11, incidindo a parte devida por outras entidades e fundos (rubrica 15, alq. 5,8%), com lastro em fundamentação legal contida no respectivo relatório FLD, competências 01/2010 a 02/2012;

- AI DEBCAD nº 51.060.807-8, no valor de R\$ 18.128,43, em razão de deixar a empresa de exibir qualquer documento ou livro relacionados com as contribuições previstas na Lei nº 8.212, de 24/07/1991, ou apresentar documento ou livro que não atenda às formalidades legais exigidas, que contenha informação diversa da realidade ou que omita a informação verdadeira, com lastro em fundamentação legal contida na folha de rosto do AI, cujo Código de Fundamentação Legal – CFL é 38;

- AI DEBCAD 51.060.808-6, importando R\$ 1.812,87, em razão da não elaboração das folhas de pagamento de acordo com os padrões estabelecidos pela SRFB, com lastro em fundamentação legal contida na folha de rosto do AI, cujo Código de Fundamentação Legal – CFL é 30;

- AI DEBCAD 51.060.809-4, importando R\$ 1.812,87, em razão de ter deixado de arrecadar, mediante desconto das remunerações, as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos e do contribuinte individual a seu serviço, com lastro na fundamentação legal contida no na folha de rosto do AI, cujo Código de Fundamentação Legal– CFL é 59.

Contra a decisão, o recorrente interpôs recurso voluntário, onde se reiteram as alegações trazidas na impugnação:

PRELIMINARES

- a impugnação é tempestiva;
- existe impossibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica de empresas prestadoras de serviços intelectuais para fins tributários, dado o art. 129, da Lei nº 11.196/05, que é posterior e hierarquicamente superior ao artigo 229, § 2º, do RPS, invocado pela fiscalização;
- a impugnante realiza atividade técnica e intelectual, subsumindo-se ao artigo 129 já mencionado;
- o supra citado art. 129 remete ao art. 50, do Código Civil, que restringe a desconsideração apenas ao juiz;
- o CARF já decidiu, com base no art. 50, do CC/02, que a tributação de pessoa jurídica como se pessoa física fosse demanda autorização judicial;
- a desconsideração prevê que sejam alcançados os bens particulares dos administradores dos sócios da pessoa jurídica e não há previsão para que sejam estendidas as responsabilidades a outras pessoas jurídicas que figurem como contratantes da pessoa jurídica desconsiderada;
- o art. 129, da Lei nº 11.196/05 impede a tributação da pessoa jurídica desconsiderando-a como se pessoa física fosse, mesmo que o trabalho seja personalíssimo, não importando as relações jurídicas travadas pelos sócios;
- o lançamento fere a finalidade do art. 129, da Lei nº 11.196/05, que é garantir segurança jurídica e estabilidade nas relações onde prevalece o trabalho intelectual;
- cumprimento de contrato não pode ser confundido com subordinação;
- não há razão para a aferição, pois não houve recusa na apresentação de documentos, pois os contratos não foram celebrados de forma escrita;
- a empresa registrou fiscal e contabilmente as notas fiscais emitidas e suas despesas com pagamentos;
- não poderia a impugnante ter incluído os supostos empregados em GFIP pois sustenta entendimento de que o enquadramento jurídico correto é contrato com pessoas jurídicas;
- divergência de enquadramento não pode ser utilizada para motivação válida de aferição, conforme jurisprudência;

- se tivesse buscado informações junto às pessoas jurídicas contratadas, teria verificado o fisco o percentual de distribuição de lucro de cada associado;

- o STJ entende que, em caso de responsabilidade solidária de contribuições previdenciárias, deve o fisco proceder à fiscalização nos prestadores de serviço, além do tomador destes;

a aferição indireta não é aplicável ao presente caso, onde não estão presentes as causas justificadoras da sua realização e se conhece toda a atividade econômica envolvida, sendo plenamente mensuráveis os valores destinados ao pagamento pela prestação do serviço.

- parte das faturas das pessoas jurídicas se destinaram à sociedade e devem ser distribuídos aos demais sócios ou em forma de lucro ou de pró-labore;

A fiscalização deveria ter utilizado suas prerrogativas fiscalizatórias para investigar as declarações das pessoas jurídicas desconsideradas (DIPJ) e intimá-las a apresentar os valores que foram pagos aos seus sócios a título de pro labore ou distribuição de lucros oriundos dos pagamentos realizados pela Impugnante, pois apenas esses podem ser enquadrados como remuneração paga pelos serviços prestados, e apenas os valores assim qualificados constituem base de cálculo das contribuições previdenciárias, nos termos do art. 22 da Lei 8212/91 e da jurisprudência.

- subsidiariamente, entende a impugnante que as bases de cálculo estão erradas pois deveriam ter sido excluídos os valores de tributos retidos nas notas fiscais e abatidas as contribuições sociais pagas pelas pessoas jurídicas desconsideradas, como contribuições previdenciárias sobre pró-labore, PIS/COFINS e CSLL;

MÉRITO

- não há provas para a desconsideração, baseada em presunções e em alguns contratos;

- muitas das pessoas naturais que constam na lista anexa aos autos como sendo empregados da impugnante jamais prestaram serviços a ela, pois suas relações com as pessoas jurídicas desconsideradas não envolvia a prestação de atividade fim, sendo meros cotistas sem papel laborativo;

A título de exemplo, cite-se a Sra Mércia das Dores Costa Souza Teodoro que, embora figure nos Anexos como empregada por ser sócia da empresa MHA DESENHOS TÉCNICOS LTDA - ME, é Auxiliar de Contabilidade e declarou, expressamente, jamais ter prestado serviços pessoalmente à Impugnante, assim como diversas outras pessoas constantes daquele anexo (doc. n° 07).

[...] o absurdo dessa presunção de que houve prestação de serviços de uma pessoa pelo simples fato de constar seu nome no contrato social, nada mais faz do que admitir ato de que o serviço era prestado por pessoa jurídica e não por pessoa física.

Além disso, diversas pessoas naturais mencionadas nos Anexos do Relatório Fiscal declararam jamais terem prestado serviços à Impugnante na condição de pessoas físicas (doc nº 08), negando, elas mesmas, a existência de qualquer vínculo empregatício entre a tomadora e qualquer um de seus sócios, representantes legais, conselheiros, administradores, diretores, funcionários ou colaboradores.

- a empresa Vert Consultoria anexa documento no qual afirma que seu faturamento obtido pela prestação de serviços à impugnante é pequeno, de, no máximo, 12,32%, o que atesta a ausência de exclusividade na prestação dos serviços;

- a existência de contratos padrão se justifica por serem de modalidade típica, regulamentados pelos arts. 593 a 609 do CC, o que permite a utilização de modelos comuns;

O mesmo se pode dizer quanto à suposta caracterização da não eventualidade alegada pela autoridade fiscal. Em relação à afirmação de que o objeto dos contratos de prestação de serviço é de natureza similar à atividade fim da Impugnante, verifica-se que, por se tratar de uma empresa de prestação de serviços multidisciplinar, não é possível prever todas as especialidades a serem demandadas em cada contrato, motivo pelo qual, por vezes, necessita-se da contratação esporádica de terceiros para atender a demandas específicas e transitórias - o que também explica a informalidade com que muitas vezes os contratos são celebrados.

Portanto, o simples fato de que, genericamente, o objeto do contrato ser descrito de forma similar à atividade da Impugnante não torna imperiosa a conclusão de que a contratação de serviços de outras pessoas jurídicas ocorre em caráter não eventual, já que há especialidades variáveis no seu campo de atuação cujo momento e a duração de sua necessidade são indetermináveis.

Ainda pelo alto grau de indeterminação das demandas por mão de obra que fogem à especialidade dos profissionais da Impugnante, tinham os contratos cláusulas de prorrogação, algo também comum em serviços dessa ordem em que contingências de ordem natural ou humana podem interferir imprevisivelmente nos seus prazos de duração.

Também alega o Fisco, equivocadamente, que ocorreram contratações de serviços consubstanciados em atividades típicas de organização empresarial.

Contudo, descreve atividades eminentemente especializadas, como gerenciamento e planejamento de projetos industriais, o que de forma alguma consiste em atividade gerencial.

- a sujeição do contratado aos padrões da contratante não decorre de subordinação hierárquica, mas do fato de a execução do contrato dever seguir o que fora pactuado;

Não obstante, veja-se que a necessidade de verificação, por parte do Gestor de Contratos, da razoável proporção entre o preço da hora cobrado e a qualidade e tempo do serviço também em nada se relaciona com a subordinação, sendo, ao contrário, um padrão em contratos de prestação de serviços conforme prevê o próprio CC/02;

- o fato de que nenhum dos prestadores de serviços possuía empregados registrados em GFIP dá-se porque trata-se de serviços especializados, nos quais os próprios sócios detêm formação técnica para tanto;

- a falta de suporte fático fere a legalidade, publicidade e moralidade administrativas;

- a não-eventualidade depende de uma série de circunstâncias e não apenas de uma isoladamente, conforme doutrina; em razão da natureza multidisciplinar do empreendimento da Impugnada, a demanda por profissionais de diversas habilidades técnicas é imprevisível, não sendo anormal a necessidade de contratação de empresas com habilitações atípicas no quadro de funcionários da contratante para realização de serviços específicos e, portanto, eventuais;

- a duração dos contratos de trabalho não descaracteriza a eventualidade dada a complexidade e necessidade de revisão periódicas dos projetos;

Tal fato é corroborado pelas declarações anexas firmadas pelas empresas contratadas que, além de confirmarem a inexistência de qualquer subordinação hierárquica, pessoalidade e exclusividade, demonstram também que a contratação era feita mediante preços unitários e faturamento conforme demanda (doc. nº 08, cit).

Ora, a própria Fiscalização admite, às fls. 10 do Relatório Fiscal (doc. nº 02, cit.) que o pagamento da prestação de serviços feita pela empresa RDL - RODARTE Desenhos e Projetos Hidráulicos e Sanitários Ltda. envolveu a prestação de serviços de funcionário daquela empresa não componente de seu quadro societário.

Embora a fiscalização atribua a tal fato o acobertamento do pagamento a empregado da Impugnante, é certo que, na verdade, se trata de prova da impessoalidade ou fungibilidade pessoal dos serviços prestados, uma vez que, além dos sócios, o serviço poderia livremente ser realizado por terceiros contratados pela referida empresa.

- o art. 22, I, Lei nº 8.212/91 prevê que a contribuição social incidirá sobre o trabalho, que, por definição, já denota atividade prestada por pessoa natural, não por pessoa jurídica;

- a contribuição social sobre cooperativas de trabalho é, reconhecidamente, inconstitucional, conforme julgamento do STF;

[...] embora o órgão fiscal não possua competência para declarar a inconstitucionalidade das leis, o art. 19, inc. IV e §4º,

da Lei nº 10.522/2002, na redação a ele empregada pela Lei nº 12.844/13, vinculou a atuação da Receita Federal do Brasil aos entendimentos atingidos no STF sob o regime da repercussão geral (art. 543-B do CPC), motivo pelo qual possui ela o dever de não lançar créditos reconhecidos naquele regime como inconstitucionais.

- improcedente o AI que exige recolhimento da contribuição do segurado obrigatório, visto que pessoa jurídica não é segurado;

Em relação aos empregados da Impugnante que também eram sócios de empresas contratadas (doc. nº 10), cabe ainda salientar que se equivoca o Fisco ao considerar a remuneração paga a título de contraprestação aos serviços prestados pela Pessoa Jurídica como salário de contribuição, desconsiderando àquela já paga como salário. Isso porque, ao assim fazer, a autoridade fiscal desconsidera o limite máximo do salário de contribuição estabelecido pelo art. 28, §5º, da Lei nº 8.212/91.

Desta forma, caso houvesse algum saldo a recolher em relação a tais empregados, esse saldo deveria ter sido apurado tendo em vista a contribuição já recolhida e o teto do salário de contribuição, o que foi desconsiderado pela autoridade fiscal.

- como não houve remuneração a segurado empregado, indevida contribuição destinada a terceiros;

- a obrigação acessória de apresentar documentos não foi descumprida pois a empresa sequer detinha obrigação de registrar contratos de prestação de serviço, além do que não houve incidência de quaisquer contribuições sociais;

- não houve descumprimento da obrigação de elaborar folha de pagamento, pois pessoas jurídicas não devem nela figurar;

- não houve malferimento à obrigação de descontar remuneração do segurado, pois se trata de contratação de pessoa jurídica;

- há necessidade de prova pericial, com os seguintes quesitos;

Poderia o Sr. Perito esclarecer qual foi a duração dos serviços e a periodicidade dos pagamentos feitos às pessoas jurídicas constantes dos Anexos I a XXXVIII do presente relatório fiscal?

Poderia o Sr. Perito esclarecer se, durante o período fiscalizado, houve pagamento a pessoas jurídicas cujos sócios eram empregados da Impugnante?

Em caso positivo, o lançamento realizado pela fiscalização levou em conta o valor pago como salário, para fins de cálculo do limite máximo do salário de contribuição?

É correto afirmar que, dentre os sócios das pessoas jurídicas classificados como empregados pela fiscalização, alguns sequer possuem qualificação técnica para a prestação dos serviços

contratados? (vide doc nº 09, cit.) Também colaciona doutrina abonadora de suas teses.

Requer, sucessivamente, anulação dos autos, suas improcedências, redução dos valores lançados considerando-se descontos de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e limite máximo do salário de contribuição, além de perícia técnica.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes, Relator

Verifico o cumprimento dos pressupostos de admissibilidade e passo a examinar o recurso voluntário.

Quanto ao procedimento da fiscalização e formalização do lançamento também não se observou qualquer vício. Foram cumpridos todos os requisitos dos artigos 10 e 11 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72, *verbis*:

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

I - a qualificação do autuado;

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

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

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

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

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

O recorrente foi devidamente intimado de todos os atos processuais que trazem fatos novos, assegurando-lhe a oportunidade de exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 23 do mesmo Decreto.

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou,

no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

III - por edital, quando resultarem improficuos os meios referidos nos incisos I e II. (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)

A decisão recorrida também atendeu às prescrições que regem o processo administrativo fiscal: enfrentou as alegações pertinentes do recorrente, com indicação precisa dos fundamentos e se revestiu de todas as formalidades necessárias. Não contém, portanto, qualquer vício que suscite sua nulidade, passando, inclusive, pelo crivo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Art. 31. A decisão conterà relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULA 188/STJ.

1. Não há nulidade do acórdão quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. O julgador não precisa responder a todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados “. (RESP 946.447-RS – Min. Castro Meira – 2ª Turma – DJ 10/09/2007 p.216).

Quanto à competência da auditoria fiscal para caracterizar a existência do segurado empregado, existem disposições expressas:

Lei nº 8.212/91

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

Decreto nº 3.048/1999:

Art. 229 [...]

§ 2º Se o Auditor Fiscal da Previdência Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as

condições referidas no inciso I do caput do art. 9º, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado. (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 29.11.99)

Portanto, em razão do exposto e nos termos das regras disciplinadoras do processo administrativo fiscal, não se identificam vícios capazes de tornar nulo quaisquer dos atos praticados:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

Cooperativa de trabalho

Quanto à contribuição previdenciária sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho, em 25/02/2015 foi publicada a decisão definitiva do STF proferida na sessão de 18/12/2014 no sentido de declará-la inconstitucional:

*25/02/2015, Publicado acórdão, DJE, DATA DE PUBLICAÇÃO
DJE 25/02/2015 - ATA Nº 16/2015. DJE nº 36, divulgado em
24/02/2015*

...

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 595.838

EMENTA

Embargos de declaração no recurso extraordinário. Tributário. Pedido de modulação de efeitos da decisão com que se declarou a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99. Declaração de inconstitucionalidade. Ausência de excepcionalidade. Lei aplicável em razão de efeito repressinatório. Infrainstitucional.

Assim, tendo se tornado definitiva a decisão do STF resta a esta turma de julgamento reproduzi-la em seus acórdãos.

Caracterização de segurados empregados

Quanto ao mérito, a recorrente solicita a aplicação do art. 129 da Lei nº 11.196/2005; contudo, como se pode constatar dos contratos apresentados (alguns não foram apresentados e o recorrente foi autuado por não apresentação de documentos), os serviços prestados pelas empresas, cujos sócios e titulares foram caracterizados como segurados empregados, sequer poderiam ser enquadrados na situação em que se aplicaria a referida lei:

Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a

designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

De fato, as pessoas físicas prestadoras de serviços reuniam as características para serem consideradas segurados empregados e, em muitos casos, já mantinham vínculo empregatício e prestaram serviços para o recorrente com exclusividade e tempo indeterminado. A constituição formal de pessoas jurídicas interpostas não inibe a revelação da verdade material.

Com efeito, a auditoria fiscal verificou que, travestidos de pessoas jurídicas, prestadores de serviços pessoas físicas prestavam serviços à recorrente em atividades como se empregados fossem e agiu de acordo com o art. 118, inciso I, do Código Tributário Nacional, segundo o qual a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos.

Ressalta-se que a auditoria fiscal não desconsiderou a personalidade jurídica das prestadoras de serviço, apenas utilizou a prerrogativa legal prevista no § 2º do art. 229 do Decreto nº 3.048/1999 que dispõe o seguinte:

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

A auditoria fiscal apurou que alguns trabalhadores que exerciam atividades inerentes ao objeto social da recorrente ou mesmo atividades necessárias ao funcionamento da empresa prestaram serviços na forma de pessoas jurídicas.

Da análise das informações contidas nos autos, verifica-se a existência de vários fatos que levam à convicção de que a relação estabelecida de fato entre a recorrente e os titulares das empresas prestadoras de serviços é de emprego, com a existência inequívoca dos pressupostos da mesma, como por exemplo, o fato dos serviços prestados fazerem parte da estrutura organizacional da empresa, serem vinculados à sua atividade fim e subordinados a sua política administrativa/produziva/econômica.

A denominação da recorrente Unitech Engenheiros e Consultores Ltda até mesmo revela uma constituição voltada para a intermediação dos serviços de engenharia e outros necessários para a execução de serviços através de profissionais. São justamente esses profissionais de engenharia, arquitetura dentre outros que formaram pessoas jurídicas para a execução de serviços personalíssimos.

Por essas razões, como bem asseverou a decisão recorrida, ainda que se tratassem dos serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, previstos no artigo 129, da Lei nº 11.196/2005, estando presentes requisitos legais, os profissionais, independentemente da forma jurídica através do qual prestem esses serviços, serão considerados segurados empregados.

Um outro fato constato pela fiscalização que entendo relevante é exclusividade na prestação do serviço, revelada através da numeração seqüencial das notas

fiscais de serviços. Ora, a pessoa jurídica que presta serviços a outras empresas assume o risco do negócio, inclusive todos os encargos decorrentes da contratação de empregados sem que os tomadores de serviços tenham qualquer obrigação nesse sentido. No caso, não se identifica um risco específico de atividade empresarial:

Lei nº 8.212/91

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;

Quanto a empresa identificada como RDL, a recorrente comprovou que empregado dela prestava serviços, mas não trouxe demonstração de que isso afastaria a prestação de serviços também pelos sócios.

O recorrente também apresenta várias declarações apresentadas pelas supostas pessoas jurídica através de seus sócios caracterizados como segurados empregados, fls. 588 e s. Algumas declarações indicam o percentual da receita bruta relativa a prestação de serviços ao recorrente, inclusive com discriminação as notas fiscais emitidas e respectivos valores. Contudo, essas declarações assinadas por pessoas interessadas, já que possuem subordinação jurídica com o recorrente, não trazem informação sobre os serviços prestados para outras empresas, a fim de se confirmar o teor da declaração. O que seria uma informação relevante.

Outra alegação também não prospera e foi apresentada aleatoriamente, sem verificação do auto de infração e seus relatórios. A fiscalização, quando da apuração da contribuição do segurado respeitou o teto de salário de contribuição, como se depara com os discriminativos de débito.

Em relação do aproveitamento como crédito dos tributos que foram pagos pelos prestadores de serviço na condição de pessoa jurídica, não é um procedimento que possa ser realizado através do lançamento fiscal. Sendo o caso, somente através de processo próprio, após reconhecimento desses pagamentos como indevido por terem sido recolhidos como pessoas jurídicas que não são é que seria objeto de análise pela administração tributária. Inclusive há vedação legal nesse sentido pelo fato de se tratarem de fatos geradores distintos e com destinações de arrecadação também diferentes:

Lei nº 11.457/07:

Art.26.O valor correspondente à compensação de débitos relativos às contribuições de que trata o art.2o desta Lei será repassado ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social no máximo 2 (dois) dias úteis após a data em que ela for promovida de ofício ou em que for de ferido o respectivo requerimento.

Parágrafo único. O disposto no art.74 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não se aplica às contribuições sociais a que se refere o art. 2o desta Lei.

Lei nº 9.430/96:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

Nessa parte, ressalta-se que o recorrente não apresentou todos os contratos solicitados pela fiscalização para a comprovação da verdadeira relação jurídica, o que cria a seu desfavor uma presunção relativa sobre a relação de emprego, tal como considerou a fiscalização.

Descumprimento de obrigações acessórias decorrentes da principal

Quanto às infrações, ficou suficientemente demonstrado nos autos do processo que a recorrente deixou de exibir os documentos solicitados através de intimação, não preparou as folhas de pagamentos desses segurados empregados e nem efetuou o desconto da contribuição. Todos os autos de infração são conseqüências do descumprimento da obrigação principal. Como o recorrente fez a escolha por criar uma estrutura formada por pessoas jurídicas que intermediassem a prestação de serviços efetivamente caracterizada como vínculo empregatício, deixou de cumprir as obrigações acessórias. No recurso voluntário não trouxe qualquer contraprova que afastasse as infrações cometidas, limitando-a contestar em tese a cobrança da multa.

Por tudo, voto pelo provimento parcial ao recurso voluntário para que seja excluída a parcela relativa à cooperativa de trabalho.

É como voto.

Julio Cesar Vieira Gomes