



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15504.729836/2013-19
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2301-009.568 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de outubro de 2021
Recorrente AG-REMY STRETCH FILM DO BRASIL LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

COMPETÊNCIA DA FISCALIZAÇÃO PARA IDENTIFICAR VÍNCULO EMPREGATÍCIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUMULA CARF Nº 2.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

ENQUADRAMENTO DO SEGURADO EMPREGADO.

Identificados e comprovados os elementos da relação de emprego no caso concreto, a fiscalização tem o dever de desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado.

SIMULAÇÃO. AFERIÇÃO INDIRETA. POSSIBILIDADE.

A aferição indireta busca estimar o quadro contábil esperado a partir da análise das atividades desenvolvidas pela empresa. Por ser medida excepcional, somente pode ser adotada quando nenhum dado contábil ou documental permitir a verificação das contribuições devidas, devendo sempre ser buscado o critério que mais se aproxime da realidade fática.

Constatou-se que os documentos apresentados pela recorrente não refletiam a realidade dos fatos, especialmente no que diz respeito à condição do segurado empregado. Além disso, não foram informadas à RFB as bases de cálculo por não serem apresentadas GFIP. Assim, cabível a aferição indireta.

SIMULAÇÃO. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA.

Identificada no caso concreto hipótese de simulação, o prazo decadencial aplicável passa a ser aquele previsto no art. 173, I, do CTN.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS A CARGO DA EMPRESA.

A empresa é obrigada a recolher, nos prazos definidos em lei, a contribuição a seu cargo, incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados e contribuintes individuais a seu serviço.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DOS SEGURADOS EMPREGADOS.

É obrigação da empresa arrecadar as contribuições dos segurados empregados, descontando-as da respectiva remuneração, e recolher o produto arrecadado no prazo legal. Os valores eventualmente já recolhidos no teto da previdência social devem ser considerados para retificar o débito.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESTINADAS A TERCEIROS.

Igualmente, constatado o não recolhimento quando devido, correta a autuação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso, não conhecendo das alegações de inconstitucionalidade, e na parte conhecida, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Sheila Aires Cartaxo Gomes - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Maurício Dalri Timm do Valle - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: João Mauricio Vital, Wesley Rocha, Monica Renata Mello Ferreira Stoll (suplente convocada), Fernanda Melo Leal, Flavia Lilian Selmer Dias, Leticia Lacerda de Castro, Mauricio Dalri Timm do Valle, Sheila Aires Cartaxo Gomes (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 209-230) em que a recorrente sustenta, em síntese:

- a) A decisão recorrida não fundamentou suas razões, limitando-se a reproduzir os argumentos constantes dos relatórios fiscais.
- b) A fiscalização declarou indevidamente a existência de vínculos trabalhistas, quando a competência para tanto é da Justiça do Trabalho.
- c) Houve ofensa aos artigos 104, 593 a 609 do Código Civil, bem como aos artigos 2º ao 4º da CLT.
- d) O contrato de prestação de serviços celebrado entre a recorrente e a empresa Dontário Consultoria Técnica em Equipamentos Industriais LTDA não contém quaisquer cláusulas ilícitas e está amparado pela legislação vigente.

- e) Não há no pacto firmado entre as partes qualquer obrigação de cumprimento de horário ou subordinação em relação à Empresa, tratando-se de contrato civil de prestação de serviços sem a natureza trabalhista capaz de ensejar o fato gerador das contribuições exigidas. A fiscalização se utilizou indevidamente de presunção absoluta para concluir pela existência de vínculo trabalhista. O suposto segurado empregado (Sr. Henrique Poggiali de Almeida) era funcionário de outra empresa, tendo prestado serviços de consultoria a diversas pessoas jurídicas, o que já comprova a inexistência de relação laboral com a recorrente.
- f) A fiscalização deveria ter observado o extrato previdenciário do Sr. Henrique Poggiali de Almeida, pelo qual constataria as contribuições já recolhidas por outra empresa.
- g) O método de aferição indireta utilizado considerou como base de cálculo o valor integral das notas fiscais, quando deveria observar o salário de contribuição. A fundamentação para tal metodologia não está calcada em Lei, mas sim em suposições, incorrendo em ofensa ao art. 5º, II, da CF. Tendo em vista as contribuições já recolhidas pelo real empregador, não há que se falar no emprego de aferição indireta de tributo supostamente devido. Assim, não houve ilícito tributário, na medida em que a recorrente realizou suas obrigações segundo os artigos 22 e 30 da Lei nº 8.212/91.

Ao final, formula pedidos nos seguintes termos:

Pelo exposto, a Recorrente requer a total procedência da presente Impugnação, através do cancelamento do Processo administrativo nº 15504-729.837/2013-63 ora atacado, declarando extinto o crédito tributário ora discutido e/ou fundamentações legais realizadas pela Recorrente nos estritos limites da lei.

Sejam anexados ao feito o extrato previdenciário do Eng. HENRIQUE POGGIALI DE ALMEIDA, demonstrando as contribuições previdenciárias efetivadas e seu real empregador, sob as penas do artigo 355 e 359 do CPC.

EX POSITIS, aguarda o deferimento e a consequente eliminação do referido processo administrativo dos itens ora apontados, porque contra a Lei ante aos documentos anexos, bem como a realização de refiscalizações e de todos os meios de defesa possíveis estabelecidos em lei.

A presente questão diz respeito aos Autos de Infração DEBCAD nº 37.396.119-7, nº 37.396.120-0 e nº 37.396.121-9 (fls. 2-114), que constituem créditos tributários Contribuições Previdenciárias, em face de AG-REMY Strech Film do Brasil LTDA (CNPJ nº 19.628.742/0001-94), referentes a fatos geradores ocorridos no período de 01/2008 a 12/2008. As autuações alcançaram os montantes de R\$ 423.347,06 (quatrocentos e vinte e três mil trezentos e quarenta e sete reais e seis centavos), R\$ 7.107,30 (sete mil cento e sete reais e trinta centavos) e R\$ 111.609,64 (cento e onze mil seiscentos e nove reais e sessenta e quatro centavos), respectivamente. A notificação aconteceu em 15/10/2013 (fl. 115).

Na descrição dos fatos que deram causa ao lançamento, consta do Relatório Fiscal dos Autos de Infração (fls. 24-33) o seguinte:

As contribuições apuradas incidem sobre remunerações pagas a segurados obrigatórios da Previdência Social na qualidade de empregados que não foram incluídos na folha de pagamento. As remunerações foram constatadas pela auditoria-fiscal em pagamentos feitos pela empresa, mediante notas fiscais de prestação de serviços emitidas por pessoa jurídica que foi considerada intermediária na relação contratual entre a autuada e a pessoa física que lhe prestou serviços com pessoalidade, mediante remuneração, de forma não-eventual e com subordinação.

A forma de convicção da existência do fato gerador se deu por meio dos fatos e evidências que comprovam que quem de fato prestava serviços para a autuada era a pessoa física na figura de um dos sócios da pessoa jurídica – PJ, mantendo-se de fato entre a autuada e o prestador de serviços uma relação de emprego na forma como preceitua a Lei nº 8.212/91 em seu Art. 12, inciso I, alínea “a”.

[...]

No presente caso, em virtude de a Fiscalização ter constatado que a prestação de serviços efetivamente foi realizada por pessoa física, em uma relação típica do Direito Trabalhista, conclui-se que os pagamentos efetuados por meio das notas fiscais emitidas não espelham a realidade dos acontecimentos.

De fato, ao verificar que os serviços foram prestados segundo uma relação de emprego, o correto seria a emissão de recibo de pagamento de salário. Portanto, no presente contexto, as notas fiscais de prestação de serviços de pessoa jurídica emitidas contêm informação diversa da realidade, sendo, por conseguinte, consideradas documentos deficientes.

Assim, na forma da Lei nº 8.212/91, lançou-se de ofício, os valores dos salários de contribuição do segurado empregado, extraindo-se das notas fiscais emitidas pela empresa contratada e identificando-se a pessoa física responsável pela prestação dos serviços conforme informações prestadas pela empresa autuada, em resposta a Termo de Intimação Fiscal.

[...]

Assim sendo, o cálculo das contribuições previdenciárias será feito, para cada competência, da seguinte maneira:

- a) Parte Patronal – 20% do valor constante na nota fiscal;
- b) Parte Relativa a SAT – 2% do valor constante da nota fiscal, no período de 01/2008 a 12/2011;
- c) Parte Relativa a Terceiros – 5,8% do valor constante da nota fiscal;
- d) Contribuição do segurado – aplica-se a tabela progressiva em função da faixa de remuneração do segurado. [...].

Constam do processo, ainda, os seguintes documentos (fls. 34-114): i) Contrato de prestação de serviços de consultoria técnica em equipamentos industriais; ii) Planilha de bases de cálculo – notas fiscais; iii) Notas fiscais; iv) Termo de início de procedimento fiscal, intimações e respostas do contribuinte e v) Alteração contratual da contribuinte.

A contribuinte apresentou impugnação em 12/11/2013 (fls. 118-141) alegando que:

- a) Houve ofensa aos artigos 104 e 593 a 609 do Código Civil, bem como aos artigos 2º ao 4º da CLT.

- b) A fiscalização declarou indevidamente a existência de vínculos trabalhistas, quando a competência para tanto é da Justiça do Trabalho.
- c) As parcelas anteriores a outubro de 2008 já foram alcançadas pela decadência.
- d) O contrato de prestação de serviços celebrado entre a recorrente e a empresa Dontário Consultoria Técnica em Equipamentos Industriais LTDA não contém quaisquer cláusulas ilícitas e está amparado pela legislação vigente.
- e) Não há no pacto firmado entre as partes qualquer obrigação de cumprimento de horário ou subordinação em relação à Empresa, tratando-se de contrato civil de prestação de serviços sem a natureza trabalhista capaz de ensejar o fato gerador das contribuições exigidas. A fiscalização se utilizou indevidamente de presunção absoluta para concluir pela existência de vínculo trabalhista. O suposto segurado empregado (Sr. Henrique Poggiali de Almeida) era funcionário de outra empresa, tendo prestado serviços de consultoria a diversas pessoas jurídicas, o que já comprova a inexistência de relação laboral com a recorrente.
- f) O método de aferição indireta utilizado considerou como base de cálculo o valor integral das notas fiscais, quando deveria observar o salário de contribuição. A fundamentação para tal metodologia não está calcada em Lei, mas sim em suposições, incorrendo em ofensa ao art. 5º, II, da CF. Tendo em vista as contribuições já recolhidas pelo real empregador, não há que se falar no emprego de aferição indireta de tributo supostamente devido. Assim, não houve ilícito tributário, na medida em que a recorrente realizou suas obrigações segundo os artigos 22 e 30 da Lei nº 8.212/91.

Ao final, formulou pedidos nos seguintes termos:

Pelo exposto, a Impugnante requer a total procedência da presente Impugnação, através do cancelamento do Processo administrativo nº 15504-729.836/2013-19 ora atacado, declarando extinto o crédito tributário ora discutido diante da decadência e/ou fundamentações legais realizadas pela IMPUGNANTE nos estritos limites da lei.

Sejam anexados ao feito o extrato previdenciário do Eng. HENRIQUE POGGLIALI DE ALMEIDA, demonstrando as contribuições previdenciárias efetivadas e seu real empregador, sob as penas do artigo 355 e 359 do CPC.

EX POSITIS, aguarda o deferimento e a consequente eliminação do referido processo administrativo dos itens ora apontados, porque contra a Lei ante aos documentos anexos, bem como a realização de refiscalizações e de todos os meios de defesa possíveis estabelecidos em lei.

A impugnação veio acompanhada dos seguintes documentos (fls. 142-173): i) Atos constitutivos e alteração contratual da impugnante; ii) Procuração; iii) Contrato de prestação de serviços de consultoria técnica em equipamentos industriais; iv) Cópia de carteira

de trabalho; v) Comprovante de rendimentos pagos e de retenção de Imposto de Renda na fonte e vi) Declaração firmada por Henrique Poggiali Almeida.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Rio de Janeiro I/RJ (DRJ), por meio do Acórdão nº 12-066.878, de 15 de julho de 2014 (fls. 180-201), deu parcial provimento à impugnação, mantendo a exigência fiscal em parte, conforme o entendimento resumido na seguinte ementa:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

Enquadramento de segurado empregado pela Auditoria Fiscal.

Constatando a Auditoria Fiscal que estão presentes os elementos caracterizadores do vínculo empregatício (serviços prestados por pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação), deve efetuar o lançamento destinado à cobrança das contribuições incidentes sobre o pagamento das remunerações. Ao efetuar o referido lançamento, a Auditoria está agindo dentro dos limites da competência que lhe foi conferida pela legislação, pois aquele que presta serviço como empregado é segurado obrigatório da Previdência Social.

Prevalência da natureza substancial do negócio jurídico sobre a roupagem formal do mesmo.

O Fisco deve levar em conta a natureza substancial da relação jurídica. Se o negócio jurídico efetivamente realizado não corresponde à roupagem formal da negociação, deve prevalecer a natureza substancial do acordo de vontades.

Aferição indireta do crédito fiscal.

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, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

Considera-se deficiente o documento ou informação apresentada que não preencha as formalidades legais, bem como aquele que contenha informação diversa da realidade, ou ainda, que omita informação verdadeira.

Cobrança da contribuição dos segurados empregados. Descabimento.

Em se tratando de segurado empregado com mais de um vínculo empregatício, e que já contribuiu até o limite máximo de contribuição para a Previdência Social em um deles, não cabe efetivar nova cobrança da contribuição na mesma competência, mesmo que em outro vínculo.

Apuração do prazo de decadência nos lançamentos por homologação.

O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

*O pagamento antecipado pelo obrigado extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento. Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, **salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.***

Em sendo constatada a ocorrência de fraude, dolo ou simulação, deverá ser aplicada a regra geral do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, segundo o qual o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Maurício Dalri Timm do Valle, Relator.

Conhecimento

A intimação do Acórdão deu-se em 21 de agosto de 2014 (fl. 207), e o protocolo do recurso voluntário ocorreu em 19 de setembro de 2014 (fl. 209-230). A contagem do prazo deve ser realizada nos termos do art. 5º do Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972. O recurso, portanto, é tempestivo, e dele conheço parcialmente.

Deixo de conhecer dos argumentos acerca de ofensas à Constituição Federal em respeito à Sumula CARF nº 2: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Mérito

Das matérias devolvidas

O recurso voluntário apresentou argumentos idênticos aos já formulados na impugnação, de forma que não trouxe aos autos qualquer elemento novo no sentido de contrapor os fundamentos da decisão recorrida – trata-se, no máximo, de reformulações dos mesmos apontamentos já aduzidos anteriormente no processo.

Concordando com o posicionamento adotado pela DRJ, especialmente no que se refere à identificação dos elementos da relação de emprego - que é a principal questão controvertida, já que determina a resolução das demais discussões levantadas -, adoto as razões de decidir expostas na decisão recorrida, como prevê o permissivo do art. 57, § 3º, do RICARF:

[...]

Da alegada ofensa literal à norma substantiva

25. Alegou o Impugnante que o lançamento constitui ofensa literal à norma substantiva:

Temos que o ato fiscal atropelou aspectos previstos em lei, caracterizando ofensa literal; qual seja a validade do negócio jurídico e ao contrato de prestação de serviços; cite-se artigos 104, 593 a 609 do Código Civil e aos artigos 2 ao 4º da CLT, bem como a farta jurisprudência.

Desta forma, resta à Impugnante, argüir implacavelmente a ofensa literal a lei a todos os institutos legais retro citados, ficando desde já pré-questionado a ofensa dos citados diplomas substantivos.

Temos que os fundamentos lançados lastreados em ordens de serviço e decretos regulamentadores, NÃO tendo o condão de alterar o animus da Lei.

25.1. Acrescentou o Impugnante que o contrato firmado com a Dantário é lícito, e amparado em forma contratual prevista no atual Código Civil (artigos 593 a 609).

25.2. Não constitui empecilho à tributação, o fato de a relação jurídica em questão ter sido formalizada, como alega o Impugnante, como um contrato de prestação de serviços, firmado entre o Autuado e a empresa Dontário Consultoria Técnica em Equipamentos Industriais, nos termos dos artigos 593 a 609 do Código Civil.

25.3. O Fisco deve levar em conta a natureza substancial da relação jurídica. Se o negócio jurídico efetivamente realizado não corresponde à roupagem formal da negociação, deve prevalecer a natureza substancial do acordo de vontades.

25.4. Tanto o entendimento acima é verdadeiro, que o Código Tributário Nacional estabelece que:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

25.5. O dispositivo transcrito demonstra com clareza, que o Fisco não deve se ater à roupagem formal do negócio jurídico, mas, sim, à natureza substancial do mesmo.

25.6. Resta verificar se a Auditoria Fiscal conseguiu caracterizar o vínculo empregatício.

Do vínculo empregatício e da apuração da base de cálculo mediante aferição indireta

26. A Auditoria Fiscal prestou as seguintes informações, para demonstrar o

cabimento da aferição indireta da base de cálculo e para caracterizar a existência de vínculo empregatício entre o Autuado e o Sr. Henrique Poggiali Almeida:

As contribuições apuradas incidem sobre remunerações pagas a segurados obrigatórios da Previdência Social na qualidade de empregados que não foram incluídos em folhas de pagamento. As remunerações foram constatadas pela auditoria-fiscal em pagamentos feitos pela empresa, mediante notas fiscais de prestação de serviços emitidas por pessoa jurídica que foi considerada intermediária na relação contratual entre a autuada e a pessoa física que lhe prestou serviços com pessoalidade, mediante remuneração, de forma não eventual e com subordinação.

A formação de convicção da existência do fato gerador se deu por meio dos fatos e evidências que comprovam que quem de fato prestava serviços para a autuada era a pessoa física na figura de um dos sócios da pessoa jurídica – PJ, mantendo-se de fato entre a autuada e o prestador de serviços uma relação de emprego na forma como preceitua a Lei nº 8.212/91 em seu Art. 12, inciso I, alínea “a”.

(...)

A previsão legal para o procedimento de apuração da base de cálculo das contribuições previdenciárias está contida na Lei nº 8.212, de 24/07/1991, art. 33 § 3º e Art. 233, Parágrafo Único do Decreto nº 3.048, de 06/05/1999:

“Lei nº 8.212 de 24/07/1991 com redação pela Lei nº 11.941 de 2009:

Art. 33. (...)

§ 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, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário”. (grifei)

Art. 233. Parágrafo Único do Decreto nº 3.048 de 06/05/1999:

“Considera-se deficiente o documento ou informação apresentada que não preencha as formalidades legais, bem como aquele que contenha informação diversa da realidade, ou ainda, que omita informação verdadeira”. (grifei).

No presente caso, em virtude de a Fiscalização ter constatado que a prestação de serviços efetivamente foi realizada por pessoa física, em uma relação típica do Direito Trabalhista, conclui-se que os pagamentos efetuados por meio das notas fiscais emitidas não espelham a realidade dos acontecimentos.

De fato, ao verificar que os serviços foram prestados segundo uma relação de emprego, o correto seria a emissão de recibo de pagamento de salário. Portanto, no presente contexto, as notas fiscais de prestação de serviços de pessoa jurídica emitidas contêm informação diversa da realidade, sendo, por conseguinte, consideradas documentos deficientes.

Assim, na forma da Lei 8.212/91, lançou-se de ofício, os valores dos salários de contribuição do segurado empregado, extraindo-se das notas fiscais emitidas pela empresa contratada e identificando-se a pessoa física responsável pela prestação dos serviços conforme informações prestadas pela empresa autuada, em resposta a Termo de Intimação Fiscal.

Em decorrência do acima exposto, pode-se sintetizar o prestador de serviços da seguinte maneira:

DONTÁRIO CONSULTORIA TÉCNICA EM EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA, CNPJ 08.921.178/0001-87 (período de 01/2008 a 12/2011):

Todos os pagamentos efetuados pela AG-Remy Stretch Film do Brasil Ltda à Dontário Consultoria Técnica em Equipamentos Industriais Ltda, por meio das notas fiscais apresentadas, estão sendo considerados (demonstrado ao longo do relatório fiscal) como salário de contribuição pelos serviços prestados pela pessoa física do sócio Henrique Poggiali Almeida, CPF 000.795.486-79, conforme pode ser verificado pela resposta dada pela empresa em epígrafe em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 3.

“A AG-REMY STRETCH FILM DO BRASIL LTDA, com sede na Rua Júlio Cezar, nº 145, bairro Nazaré, CEP 31.990-050, nesta capital, inscrita no CNPJ sob o nº 19.628.742/0001-94, representada na forma de seu Contrato Social pelo Sócio Administrador MAGNUS LÍVIO LUCAS DE CARVALHO, inscrito no CPF sob o nº 009.275.201-25, para atendimento ao Termo de Intimação Fiscal nº 3, de 20/09/2013, informa que o profissional que trabalhou, quando da contratação de serviços de consultoria técnica junto a Dontário Consultoria Técnica em Equipamentos Industriais Ltda, no período de 01/2008 a 12/2011, foi o senhor HENRIQUE POGGIALI ALMEIDA, inscrito no CPF sob o nº 000.795.486-79.”

(...)

4.2. Provas e Análise:

Para melhor elucidar a real relação entre a AG-Remy Stretch Film do Brasil Ltda e sua “parceira”, faz-se comprovar a seguir os pressupostos fáticos jurídicos da relação de emprego, quais sejam: pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

4.2.1. Pessoa Física e Pessoalidade:

4.2.1.1. Criada, essa “empresa” estabelecida no mercado de consultoria, sem possuir estrutura profissional e sem empregados, estabelece contratos (acordos de parceria) com a AG-Remy Stretch Film do Brasil Ltda, para atuar na ponta de suas atividades fins e na ponta de toda sua estrutura operacional, representando-a diante dos seus clientes. Evidentemente que esta representação profissional se faz como consultor do quadro funcional ou equipe da AG-Remy Stretch Film do Brasil Ltda e não como empresa de consultoria.

4.2.1.2. De fato, a prestadora em análise (Dontário Consultoria Técnica em Equipamentos Industriais Ltda) foi aberta em 01/06/2007, tendo como um dos sócios o Sr. Henrique Poggiali Almeida, ex-funcionário da AG-Remy Stretch Film do Brasil Ltda no ano de 2004, e apenas dois meses depois (01/08/2007) assinou o presente contrato de prestação de serviços.

4.2.1.3. Consta-se desde o primeiro momento que é dispensável a existência da pessoa jurídica na execução dos trabalhos determinados nos acordos de parceria firmados. Necessário é, na verdade, que exista alguém específico, preparado e com capacidade técnica adequada para cumprimento daquela demanda. Daí a pessoalidade. Quem detém o conhecimento e quem realiza as tarefas designadas é a pessoa física e não a pessoa jurídica.

4.2.2. Não Eventualidade:

4.2.2.1. A não eventualidade diz respeito à contratação de serviços relacionados com a atividade fim da empresa contratante e não deve ser confundida com presença, com jornada, com horário de trabalho, com exclusividade ou com o local de desenvolvimento das atividades. Diz respeito à natureza do trabalho desenvolvido pelo profissional em relação à natureza do trabalho a que se propõe executar seu contratante, bem como da necessidade permanente desta relação.

4.2.2.2. Conforme contrato social registrado na Junta Comercial, sob o nº 31202005513, de 31/05/1984 e sua 16ª Alteração Contratual (consolidada), a AG-Remy Stretch Film do Brasil Ltda tem como objeto social a fabricação de embalagens plásticas, e os trabalhos executados pelo contratado como “parceiro” consiste em consultoria técnica relacionada às atividades produtivas do contratante.

4.2.2.3. O acordo de parceria firmado inicialmente previa um período de contratação de 4 (quatro) anos, entretanto, caso nenhuma das partes informasse por escrito o desejo de não renovar-lo, haveria automaticamente sua prorrogação por mais 5 (cinco) anos. Esta necessidade permanente da contratação destes profissionais comprova com contundência a não eventualidade.

(...)

4.2.2.4. Pode-se perceber, ainda, a não eventualidade no volume de operações contínuas e de rotina, originárias desta relação entre a AG-Remy Film do Brasil Ltda e seu contratado, comprovadas em amostragens nos diversos anexos integrantes deste relatório. De fato, a contratada aparece lançada na contabilidade em todos os meses, as notas fiscais emitidas são normalmente sequenciais e os valores são praticamente os mesmos.

4.2.3. Onerosidade:

4.2.3.1. A onerosidade está demonstrada nos valores pagos ao contratado por meio de notas fiscais, chegando ao patamar de R\$ 4.223.450,41 (quatro milhões, duzentos e vinte e três mil, quatrocentos e cinquenta reais e quarenta e um centavos), que nesta ação fiscal estão sendo apurados como salários-de-contribuição.

4.2.3.2. O contrato celebrado traz também cláusulas referentes aos preços e formas de pagamento dos serviços bastante semelhantes às relações trabalhistas. Como ilustração podemos citar:

“CLÁUSULA 05 – PREÇO E CONDIÇÕES DO PAGAMENTO Item 05.1 – “O valor mensal dos serviços ora contratados é de US\$ 47.806,86 (quarenta e sete mil, oitocentos e seis dólares americanos e oitenta e seis centavos), devendo este valor ser pago em reais com conversão pelo PTAX (venda), do Banco Central.

Item 05.2 – Pactuam ainda as partes que a CONTRATANTE fará à CONTRATADA, até no mais tardar dia 10/09/07, o pagamento do valor de R\$ 78.560,00 (setenta e oito mil, quinhentos e sessenta reais), a título de adiantamento do valor global deste contrato, devendo a CONTRATADA emitir a competente nota fiscal para acobertar esse montante juntamente com o valor a ser pago relativo ao mês de novembro/2007.

Item 05.3 – O preço estipulado nesta cláusula é fixo e irrevogável durante o prazo de vigência deste contrato, apenas sujeito a variação cambial do dólar americano que ocorrer no curso do contrato, com conversão pelo PATX (venda), do Banco Central.

Item 05.4 – Os valores definidos no item 05.1 e 05.2 compreendem toda a remuneração da CONTRATADA para a integral execução dos serviços especificados no item 04.” (grifei)

4.2.3.3. Mais uma vez, conforme podemos observar no item acima, estamos diante de cláusulas típicas do Direito Trabalhista, envolvendo conceito como remuneração dos serviços contratados.

4.2.4. Subordinação:

4.2.4.1. O acordo de parceria prevê na Cláusula 04 – OBJETO DO CONTRATO, item 04.1:

“constitui objeto do presente contrato a prestação pela CONTRATADA à CONTRATANTE, de serviços de consultoria técnica em equipamentos industriais para fabricação de películas plásticas, equipamentos estes desenvolvidos, para a fabricação do produto “Winpach”, da qual a CONTRATADA é representante exclusiva não só no Brasil, como também em toda a América Latina”.

4.2.4.2. Por sua vez, o item 04.2 da mesma cláusula diz: “a fiscalização e aceitação dos serviços ora ajustados serão efetuados por Encarregado a ser designado pela CONTRATANTE, cabendo a este definir os controles necessários à execução destes, bem como dirimir dúvidas e pendências relacionadas aos mesmos”. (grifei)

4.2.4.3. Na forma descrita acima, a subordinação imposta ao prestador de serviços fica tão evidente que o acordo de parceria (contratos e serviços) resume-se a comandos impostos ao CONTRATADO, delimitando-o à maneira como o CONTRATANTE deseja que os serviços sejam executados, segundo os controles previamente estipulados.

4.2.4.4. Verifica-se, nas cláusulas contratuais, o poder diretivo do empregador sobre o empregado, que, ao concordarem, conferem a ele empregador, o direito de dirigir a prestação de serviços, dar ordens, fiscalizar, indicar métodos de trabalho e as condições de execução das tarefas distribuídas.

4.2.4.5. Na forma das cláusulas estipuladas, não compete ao CONTRATADO gerenciar e gerir seu próprio negócio, nem mesmo administrar os custos de seus serviços. Ao estabelecer o acordo com a CONTRATANTE, o prestador de serviços não participa do risco do empreendimento, que é exclusivo da CONTRATANTE. A ele cabe executar. A relação entre o contratante e o contratado é, portanto, idêntica à relação entre patrão e empregado.

(...)

4.3. (...) De fato, analisando todo o contexto da presente fiscalização, verifica-se que o conjunto dos elementos verificados e examinados conduz à constatação de que a contratação feita realmente configura como prestação de serviços efetuados por pessoa física.

(...)

26.1. Como visto, a Auditoria Fiscal demonstrou, com argumentos precisos e consistentes, a existência dos pressupostos do vínculo empregatício, bem como o cabimento da aferição indireta da base de cálculo das contribuições devidas. Uma vez caracterizada a existência da relação de emprego, por consequência, fica caracterizada a inconsistência da documentação apresentada (notas fiscais referentes à suposta contratação de pessoa jurídica, quando na realidade se tratava de contratação de pessoa física), o que autoriza o arbitramento da base de cálculo da tributação, conforme legislação acima transcrita.

26.2. Resta agora, analisar se os argumentos trazidos pela impugnação descaracterizam a existência do vínculo empregatício e demonstram que a aferição indireta foi aplicada de forma descabida.

26.3. Alega o Contribuinte que a Auditoria Fiscal não considerou a realidade fática da prestação de serviço, “decorrente inclusive, de produto e técnica sob REGISTRO DE PATENTE INTERNACIONAL; cedida contratualmente à Impugnante com exclusividade comercial, e, de reserva de mercado”.

26.3.1. Aduz o Contribuinte:

Não deslembremos, só o fato de tal consultoria estar sob a guarda de uma patente, torna-a caracterizadora de serviço especializado, fazendo do presente contrato um formato inerente à técnica especial para a produção e manutenção das máquinas, na busca exclusiva do produto “winpack”.

26.3.2. Assinala o Impugnante:

A relação comercial existente entre a contratada DONTÁRIO CONSULTORIA TÉCNICA EM EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA e a contratante AGREMY STRETCH FILM DO BRASIL LTDA, (contrato anexo) decorre exclusivamente da compra de maquinário da primeira, cujos equipamentos estão instalados em sua unidade industrial, cuja técnica de produção está acobertada por PATENTE INTERNACIONAL (doc. anexo), portanto, trata-se de tecnologia exclusiva fornecida através de CONSULTORIA a ser fornecida pela própria contratada, garantindo, em via geral o domínio de sua resguardada tecnologia.

Temos que as regulagens nos equipamentos e aferições de forma eventual é obrigação apenas da contratada, não tendo domínio da tecnologia a contratante, motivo pelo qual se mantém o contrato de consultoria, quando, para servir na eventual necessidade.

Importante salientar, que os equipamentos fornecidos pela contratada estão dentro da linha de produção da contratante, requerendo eventuais ajustes mecânicos nos equipamentos, sendo averiguados por solicitação da contratante e/ou por manutenção preventiva a critério do seu engenheiro, portanto, a consultoria fornecida está tipificada dentro da atividade meio da Impugnante, sobretudo de forma eventual.

26.4. O Impugnante procura demonstrar que a assistência técnica contratada decorre da compra do maquinário, cuja técnica de produção está acobertada por patente internacional, razão pela qual as regulagens e aferições dos equipamentos seriam obrigações apenas da contratada.

26.5. O argumento só poderia ser aceito, se o Impugnante tivesse demonstrado que, ao firmar o contrato de compra e venda do maquinário, a empresa vendedora houvesse se comprometido a prestar a assistência técnica necessária para a utilização dos equipamentos. O Impugnante não trouxe aos autos nenhuma comprovação nesse sentido.

26.6. O contrato que o Impugnante trouxe aos autos, firmado com a Dontário, nenhuma relação tem com o contrato de compra e venda do maquinário em questão.

26.7. A empresa vendedora dos equipamentos, por ocasião da negociação das máquinas, não assumiu qualquer compromisso de prestar assistência técnica ao Comprador, logo não tem qualquer fundamento jurídico a alegação de que a empresa vendedora teria obrigação de prestar assistência técnica ao Autuado. Foi justamente por esse motivo que o Autuado teve de efetuar a contratação da consultoria.

26.8. Aduz o Impugnante:

E os contratos ora desrespeitados, caracterizam-se pela AUTONOMIA, e, autônomo, é todo aquele que habitualmente e por conta própria desenvolve atividade profissional remunerada prestando serviço a terceiros.

O trabalho autônomo se configura pela existência de PLENA LIBERDADE DE AÇÃO, pois atua como PATRÃO DE SI MESMO, com padrões jurídicos de ORGANIZAÇÃO PRÓPRIA, e sobretudo por ser SERVIÇOS ESPECIALIZADOS, o que ocorre claramente no presente caso.

(...)

Não há no pacto firmado entre as partes qualquer obrigação de cumprimento de horário, subordinação em relação à Empresa, semelhanças podem existir, por que a lei assim prescreve.

26.9. Entendo que os argumentos acima apresentados já foram rebatidos pela Fiscalização, através do relatório fiscal acima transcrito, o qual demonstrou, de forma clara e suficiente, a existência do vínculo empregatício entre o Autuado e o Sr. Poggiali. Apesar disso, acrescento mais alguns argumentos, que reforçam a conclusão da Auditoria.

26.10. Na contratação de serviços eventuais, normalmente é estabelecido um preço pelos serviços a serem prestados. O prestador será remunerado de acordo com o volume de serviços efetivamente prestados ao contratante.

26.11. No contrato de fls. 162/166, firmado entre o Autuado e a Dontário, foi estabelecido um pagamento mensal (na realidade um salário) por se comprometer o consultor a estar permanentemente à disposição do Contratante. Assim sendo, não há como classificar os serviços como eventualmente prestados.

26.12. É justamente em razão da não eventualidade dos serviços que o contrato estabelece que "... o serviço considera-se prestado pela simples disponibilização dos serviços ora mencionados...".

26.13. Há que se considerar ainda que as notas fiscais são emitidas de forma seqüencial (no período de dois anos só uma nota não foi emitida de forma seqüencial), o que demonstra que a Dontário só prestava serviços para a AG REMY.

26.14. Também caracteriza a não eventualidade dos serviços prestados o fato de que os mesmos são essenciais e indispensáveis para o funcionamento do maquinário, já que o Autuado não detém os conhecimentos necessários à manutenção e regulação dos equipamentos.

26.15. Através da cláusula a seguir transcrita, é possível constatar que o objetivo do contrato em questão foi a contratação dos serviços prestados pelo Sr. Henrique Poggiali Almeida, sendo irrelevante o papel da empresa Dontário:

08 – OBRIGAÇÕES DA CONTRATANTE

08.1 – Fornecer à CONTRATADA, as informações necessárias, bem como propiciar as facilidades indispensáveis à boa execução dos serviços, bem como todos os equipamentos, ferramentas, instrumentos e materiais necessários à execução deste contrato.

26.16. Como visto, o único objetivo do Autuado, ao firmar o contrato com a Dontário, foi obter a garantia de que o Sr. Poggiali, único detentor dos conhecimentos indispensáveis ao funcionamento do maquinário, estivesse sempre à disposição do Autuado, para responder suas consultas.

26.17. Por fim, conforme foi admitido pelo próprio Autuado, os serviços de consultoria foram sempre prestados pelo Sr. Henrique Poggiali Almeida.

26.18. As evidências da relação empregatícia são tantas que o Autuado sentiu necessidade de inserir no contrato em comento a seguinte cláusula:

10 – DESVINCULAÇÃO TRABALHISTA

10.1 – Por se caracterizar o presente Contrato na figura regida pelo Código Civil Brasileiro (Contrato de Prestação de Serviços), não se estabelece por força do mesmo, qualquer vínculo empregatício entre a CONTRATANTE e a CONTRATADA, bem como seus prepostos, na execução dos serviços ora contratados.

26.19. A subordinação está evidenciada na cláusula a seguir transcrita:

04.2 – A fiscalização e aceitação dos serviços ora ajustados serão efetuados por Encarregado a ser designado pela CONTRATANTE, cabendo a este definir os controles necessários à execução destes, bem como dirimir dúvidas e pendências relacionadas aos mesmos. (destaquei)

26.20. Transcreve o Impugnante o Enunciado 331 do TST, com destaque para o inciso III (reproduzimos a transcrição, com os destaques efetuados pelo Impugnante):

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.

26.21. Entendo que a expressão a ser negritada no Enunciado 331 do TST é a seguinte: “desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.”

26.22. A pessoalidade é mais do que evidente, é inevitável, pois somente o Sr. Poggiali detém os conhecimentos necessários à regularização e manutenção do maquinário, sendo que o próprio Impugnante informou à Auditoria que as consultas sempre foram prestadas pelo Sr. Poggiali. Por outro lado, a subordinação foi evidenciada no item 04.2 do contrato em questão, como assinalei no item 26.19 acima.

26.23. Verifica-se, assim, que o Enunciado 331 do TST não constitui obstáculo à caracterização do vínculo empregatício entre a AG-REMY e o Sr. Poggiali, já que foram constatadas a pessoalidade e a subordinação direta.

26.24. Os serviços de consultoria só poderiam ser classificados como atividade-meio se fossem limitados a reparos eventuais do maquinário. O que se verifica, porém, é que as consultas são indispensáveis para a regularização e manutenção dos equipamentos.

Como os conhecimentos necessários ao funcionamento do equipamento não foram disponibilizados para o Autuado, o mesmo depende do Sr. Poggiali para o exercício da sua atividade-fim: a fabricação dos produtos WINPACK.

26.25. Fica, pois, caracterizada a relação de emprego entre a empresa autuada e o Sr. Poggiali, mediante o preenchimento de todos os requisitos do vínculo empregatício: onerosidade, pessoalidade, não-eventualidade e dependência (subordinação).

26.26. Foi questionada a aferição indireta do crédito fiscal com os seguintes argumentos:

O critério de aferição indireta de salário de contribuição, tem base excessiva, vez que como provas anexas, há contribuições realizadas pelo seu valor real empregador o que exonera a metodologia de aferição de forma indireta. De notar que os recolhimentos previdenciários comprovados ocorreram com base no salário real, tudo em conformidade ao estipulado pelo artigo 22 e 30 da lei 8.212/91.

Pontue-se que, a própria fiscalização esclarece que tributou sobre o valor da nota fiscal, o que não é justo, muito menos legal em face ao artigo 30 da lei 8.212/91.

26.27. O argumento é descabido. O vínculo empregatício com outro empregador não pode ser utilizado como parâmetro para apurar o valor da remuneração paga pela AG-REMY ao Sr. Poggiali.

26.28. Demonstramos acima que os serviços prestados pelo Sr. Poggiali são essenciais para o funcionamento da empresa autuada, por outro lado, sequer são conhecidas as características do trabalho prestado pelo Sr. Poggiali ao outro empregador.

26.29. Através da transcrição acima efetuada do relatório fiscal, ficou demonstrado que a apuração da base de cálculo mediante as notas fiscais, foi efetuada com amparo na legislação, em razão da deficiência da documentação apresentada, já que as referidas notas fiscais foram emitidas em razão da suposta contratação de pessoa jurídica, quando na realidade se tratava da contratação de pessoa física.

26.30. Vê-se, pois, que a aferição indireta do crédito fiscal foi efetuada de forma correta e criteriosa, bem como com amparo na legislação, devendo ser rejeitada a alegação do Impugnante.

Da contribuição do segurado empregado

27. Assevera o Impugnante que não cabe a cobrança da contribuição do segurado empregado (cobrança que foi efetivada através do lançamento identificado pelo DEBCAD 37.396.120-0), com base nos seguintes argumentos:

(...)

A AG-REMY não pode ter a pecha de responsabilidade por vínculo trabalhista, pertinentes às contribuições previdenciárias, pois, tais contribuições foram realizadas na forma prevista pela legislação social, pelo especializado consultor em sede de emprego particular em outra empresa, como ora se comprova, fato desconhecido pelo i. Auditor, não registrando nenhuma ressalva desta condição.

(...)

os RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS sempre foram feitos na forma prevista – lei 8.213 (trabalho assalariado pelo Sr. HENRIQUE POGGLIALI DE ALMEIDA, junto ao seu real empregador (doc. Anexo), em emprego formal com jornada de trabalho, que destoa em tudo, graças a presente autuação, vindo a desafiar também, a lei da física, pois, dois corpos não podem ocupar o mesmo espaço (Newton).

(...)

Mister seja apresentado pela RFB, sob as penas dos artigos 255 do CPC o extrato previdenciário do Sr. Henrique Poggiali de Almeida; sócio e consultor da contratada, cujo documento é de domínio da Receita Federal do Brasil, entendo, sobretudo, que, uma vez que recolhido o tributo pelo teto máximo, previsto pela previdência social, não há o que se manter a presente autuação, assim se requer.

27.1. Desde logo, cabe ressaltar que nada impede que um trabalhador tenha mais de um vínculo empregatício, contribuindo para a Previdência Social até o limite máximo do salário-de-contribuição (para as contribuições patronais, a serem recolhidas por cada um dos empregadores, não haverá limite para a contribuição). Existe inclusive, previsão expressa de que o salário-de-contribuição do empregado é composto pela remuneração auferida em cada um dos empregos, quando tenha mais de um vínculo empregatício. Transcrevo o dispositivo pertinente do Decreto 3.048/1999:

Art. 214. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e o 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; (destaquei)

27.2. Cabe ressaltar que as condições estabelecidas para a prestação dos serviços, pelo Sr. Henrique Poggiali Almeida, através do contrato de fls. 162/166, tornam perfeitamente possível a existência de outro vínculo empregatício, como se constata pela leitura do item 04.3 do contrato, abaixo transcrita:

04.3 – A consultoria técnica objeto deste contrato será feita mediante e-mails ou correspondências entre CONTRATANTE e CONTRATADA, na qual a primeira poderá, a qualquer tempo, realizar consultas técnicas à segunda, a qual terá um prazo de 10 (dez) dias para resposta, após o recebimento da mensagem. O serviço considera-se prestado pela simples disponibilização dos serviços ora mencionados, independentemente do número de consultas mensais solicitadas.

27.3. Como visto, as consultas podem ser prestadas através de e-mails e de correspondências, não havendo necessidade da presença física do consultor. Além disso, o consultor poderá se dedicar às consultas (para as quais dispõe de um prazo de dez dias para resposta) fora do horário do segundo emprego.

27.4. Conveniente ressaltar que a prestação dos serviços à distância, mediante o emprego dos recursos da Internet, em nada descaracteriza a existência do vínculo empregatício.

27.5. O contrato em questão, na forma como foi redigido, demonstra que o objetivo do Contratante foi assegurar a disponibilização dos serviços do Sr. Poggiali, o qual deverá estar sempre em regime de prontidão para atender as consultas. É justamente em razão do citado regime de prontidão que o contrato em comento dispõe que: “O serviço considera-se prestado pela simples disponibilização dos serviços ora mencionados, independentemente do número de consultas mensais solicitadas.”.

27.6. A cláusula acima transcrita descaracteriza a eventualidade dos serviços prestados.

27.7. O estado de prontidão imposto ao Sr. Poggiali, assim como o estabelecimento de pagamentos mensais, sem vinculação ao número de serviços prestados, são elementos

demonstrativos do vínculo empregatício estabelecido entre a AG-REMY e o Sr. Poggiali.

27.8. Fica, pois, demonstrado que o fato de ter o Sr. Poggiali um segundo emprego, não impede o reconhecimento de seu vínculo empregatício com a AG-REMY.

27.9. Com relação à alegação de que não cabe a cobrança da contribuição do segurado, nas competências em que o segurado já contribuiu no outro emprego pelo teto máximo, trata-se de alegação procedente em parte, como demonstro em seguida.

27.10. Alega o Impugnante que, em período coincidente ao do presente lançamento, o Sr. Poggiali era empregado da empresa Comércio e Indústria Refiate Ltda, cujo CNPJ é 17.352.113/0001-59.

27.11. Consultando o sistema GFIP/WEB, verifiquei as últimas GFIP válidas emitidas pela empresa acima referida, e constatei que o Sr. Poggiali não consta das GFIP das competências 01 a 07/2008, assim sendo, não cabe qualquer retificação do lançamento identificado pelo DEBCAD 37.396.120-0, nessas competências.

27.11. Nas competências 08/2008 a 12/2008 o Sr. Poggiali contribuiu pelo teto máximo de contribuição, logo devem ser excluídas, do lançamento identificado pelo DEBCAD 37.396.120-0, as contribuições dos segurados empregados nas competências 08/2008 a 12/2008.

Da decadência

28. Assinala o Impugnante que as competências anteriores a 10/2008, inclusive, foram atingidas pela decadência.

28.1. O impugnante baseou o seu entendimento no disposto no artigo 150, parágrafo 4º, do CTN, abaixo transcrito:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

28.2. Há que se considerar, porém, que o parágrafo 4º do referido artigo faz a ressalva de que o prazo de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, deixará de ser aplicado se “comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”. Nessa hipótese, deverá ser aplicada a regra geral do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, abaixo transcrito:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

28.3. A Auditoria assinalou claramente ter constatado a ocorrência de simulação, como demonstra o trecho do relatório, abaixo transcrito:

No presente caso, em virtude de a Fiscalização ter constatado que a prestação de serviços efetivamente foi realizada por pessoa física, em uma relação típica do Direito Trabalhista, conclui-se que os pagamentos efetuados por meio de notas fiscais emitidas não espelham a realidade dos acontecimentos.

De fato, ao verificar que os serviços foram prestados segundo uma relação de emprego, o correto seria a emissão de recibo de pagamento de salário. Portanto, no presente contexto, as notas fiscais de prestação de serviços de pessoa jurídica emitidas contêm informação diversa da realidade, sendo, por conseguinte, consideradas documentos deficientes.

Assim, na forma da Lei 8.212/91, lançou-se de ofício, os valores dos salários de contribuição do segurado empregado, extraindo-os das notas fiscais emitidas pela empresa contratada e identificam-se a pessoa física responsável pela prestação dos serviços conforme informações prestadas pela empresa autuada, em resposta a Termo de Intimação Fiscal.

28.4. Referendo o procedimento da Auditoria Fiscal, que considerou a documentação apresentada (notas fiscais) como deficientes, por não refletirem a realidade dos fatos (retratavam a contratação de pessoa jurídica, quando na realidade foi contratada uma pessoa física, na qualidade de segurado empregado), o que permitiu a aferição indireta do crédito fiscal.

28.5. As mesmas razões que autorizaram a aferição indireta da base de cálculo das contribuições devidas, também autorizam a apuração do prazo decadencial através da regra geral estabelecida no artigo 173, inciso I, do CTN.

28.6. De acordo com os critérios do artigo 173, inciso I, do CTN, o prazo decadencial da competência 01/2008 (a mais antiga dos lançamentos efetuados), começaria a correr em 01/01/2009 (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído), e estaria consumado em 01/01/2014 (data em que o crédito não mais poderia ser constituído). A data da consumação do prazo decadencial é posterior à data da constituição do crédito fiscal, através da intimação do Contribuinte em 15/10/2013, logo, nenhuma das competências que integram o presente lançamento foram atingidas pela decadência.

29. Uma vez excluídas do lançamento, identificado pelo DEBAD 37.396.120-0, as contribuições do segurado empregado nas competências 08 a 12/2008, constata-se, em relação ao crédito remanescente, que os lançamentos foram corretamente efetuados, contendo a descrição clara e precisa dos fatos geradores das contribuições devidas, razão pela qual O CRÉDITO FISCAL DEVE SER MANTIDO EM PARTE.

Nesses termos, deixo de acolher os argumentos constantes do recurso voluntário, mantendo o quanto fixado pela decisão recorrida.

Conclusão.

Diante do exposto, voto conhecer parcialmente do recurso, deixando de conhecer as alegações de inconstitucionalidade, e, na parte conhecida, voto por negar provimento ao

recurso voluntário, mantendo o lançamento formalizado por meio dos Autos de Infração DEBCAD nº 37.396.119-7, nº 37.396.120-0 e nº 37.396.121-9, nos moldes fixados pela decisão recorrida.

(documento assinado digitalmente)

Maurício Dalri Timm do Valle