



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

Processo nº 11020.003163/2009-79
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-003.977 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de dezembro de 2015
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS: INTERPOSTA PESSOA OPTANTE PELO SIMPLES FEDERAL
Recorrente DI MAURO BROTHERS & PARTNERS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2002 a 30/06/2005

NULIDADE. FALTA DE CLAREZA NA DESCRIÇÃO DOS FATOS PELA ACUSAÇÃO FISCAL. INEXISTÊNCIA.

É descabida a declaração de nulidade quando o relatório fiscal e seus anexos contêm a descrição pormenorizada dos fatos imputados ao sujeito passivo, indicam os dispositivos legais que ampararam o lançamento e expõem de forma clara e objetiva os elementos que levaram a fiscalização a concluir pela efetiva ocorrência dos fatos jurídicos desencadeadores do liame obrigacional.

TRABALHADORES VINCULADOS À EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO OPTANTE PELO SIMPLES FEDERAL. DESCONSIDERAÇÃO DO VÍNCULO EXISTENTE. CARACTERIZAÇÃO DIRETAMENTE COM A EMPRESA PRINCIPAL. PRIMAZIA DA REALIDADE SOBRE A FORMA.

Cabe à fiscalização lançar de ofício o crédito correspondente à relação tributária efetivamente existente, desconsiderando o vínculo formal pactuado com pessoa jurídica interposta optante pelo Simples Federal, desde que demonstrado, por meio da linguagem de provas, que os trabalhadores prestavam serviços à empresa principal, esta não optante pelo regime diferenciado de tributação.

Comprovado que a realidade fática da existência das empresas envolvidas demonstra, entre outros aspectos, controle administrativo e financeiro único, confusão patrimonial e financeira, com a assunção pela empresa principal de pagamento de despesas da pessoa jurídica optante pelo Simples Federal, inclusive movimentação da sua conta bancária, responsabilizando-se pelo risco da atividade econômica do prestador de serviço, é lícito o procedimento de desconsiderar o vínculo do segurado mantido com o prestador de serviço e

atribuir a relação tributária diretamente com a empresa principal, para a qual os trabalhadores efetivamente prestaram o serviço.

SIMPLES FEDERAL. EMPRESA INTERPOSTA. APROVEITAMENTO DE RECOLHIMENTOS PELA EMPRESA PRINCIPAL.

Tendo sido constituído, pelo lançamento, vínculo direto entre os trabalhadores e o Sujeito Passivo, entendendo-se que esse é o verdadeiro contribuinte, aquele que, de fato, incidiu nos fatos geradores de contribuição previdenciária, o que ensejou o aproveitamento das contribuições descontadas dos segurados. Nesse sentido, as contribuições patronais previdenciárias, mesmo que recolhidas na sistemática do SIMPLES, devem ser aproveitadas quando do lançamento tributário. Inteligência da Súmula CARF 76.

ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO.

Ao afirmar o Fisco os fatos jurídicos e apresentar os elementos comprobatórios, cabe ao sujeito passivo demonstrar a inoccorrência dos fatos alegados pela acusação fiscal, mediante argumentos precisos e convergente, apoiados igualmente em linguagem de provas, sob pena da manutenção do lançamento fiscal.

ARBITRAMENTO. AFERIÇÃO INDIRETA. POSSIBILIDADE.

A apresentação deficiente de documentos à fiscalização, bem como a recusa destes, respalda o arbitramento da remuneração dos segurados, por aferição indireta, incumbindo ao sujeito passivo apontar objetivamente as inconsistências existentes no procedimento adotado pelo Fisco, sob pena da manutenção do lançamento fiscal.

LEI TRIBUTÁRIA. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A REMUNERAÇÃO PAGA A CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS. MULTA CONFISCATÓRIA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 2.

Este Conselho Administrativo é incompetente para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária.

(Súmula Carf nº 2)

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. SÚMULA CARF Nº 4

É válida a incidência sobre débitos tributários de juros de mora à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic).

(Súmula Carf nº 4)

TERCEIROS. INCRA. SENAR. EXIGÊNCIA. POSSIBILIDADE.

Por ter natureza e destinação diversas, são exigíveis as contribuições ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar).

Recurso voluntário provido em parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, por conhecer do recurso voluntário e, no mérito, dar-lhe provimento para que a parcela recolhida na sistemática do Simples, correspondente à contribuição previdenciária patronal, possa ser aproveitada para abatimento do valor do débito lançado e não pago. Vencido o Relator e os Conselheiros André Luís Mársico Lombardi e Arlindo da Costa e Silva que negavam provimento ao recurso voluntário. O Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira fará o voto divergente vencedor.

André Luís Mársico Lombardi - Presidente

Cleber Alex Friess - Relator

Carlos Henrique de Oliveira - Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros André Luís Mársico Lombardi, Arlindo da Costa e Silva, Carlos Alexandre Tortato, Cleber Alex Friess, Luciana Matos Pereira Barbosa, Theodoro Vicente Agostinho, Carlos Henrique de Oliveira e Rayd Santana Ferreira.

Relatório

Cuida-se de recurso voluntário interposto em face da decisão da então Delegacia da Receita Previdenciária em Caxias do Sul, por meio da Decisão-Notificação nº 19.422.4/0028/2006, cujo dispositivo considerou integralmente procedente o lançamento, mantendo o crédito tributário exigido. Transcrevo a ementa desse julgado (fls. 2.174/2.217):

*CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA — CUSTEIO —
ENQUADRAMENTO DE SEGURADO EMPREGADO —
DESCARACTERIZAÇÃO DE SERVIÇO PRESTADO POR
PESSOA JURÍDICA.*

Presentes os requisitos previstos no art. 12, inciso I, alínea "a" da Lei 8.212/91, regular e legal se mostra a descaracterização de pessoa jurídica e contribuintes individuais com o efetivo enquadramento como segurados empregados, nos termos do §2º, do artigo 229, do Decreto n.º 3.048/199.

*INCIDE CONTRIBUIÇÃO SOBRE REMUNERAÇÃO NÃO
CONSTANTE EM FOLHAS DE PAGAMENTO DE
EMPREGADOS E CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS.*

Obrigatoriedade do recolhimento de contribuições previdenciárias incidentes sobre toda a remuneração paga aos segurados empregados. Lei n.º 8.212/91, arts.12; 22; 28; 30; com a redação da Lei n.º 9.876/99.

*INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI É MATÉRIA AFETA AO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Parecer CJ/MPAS n.º
2.574/2001.*

*OBRIGATÓRIA A INCIDÊNCIA DE JUROS E MULTA NA
NFLD, Arts. 34 e 35 da Lei n.º 8.212/91.*

*INSS ARRECADA CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS POR LEI PARA
OS TERCEIROS e Art. 94 DA LEI N.º 8.212/91.*

AFERIÇÃO INDIRETA Art. 33, §§3º e 6º da Lei n.º 8.212/91.

2. Extraí-se do relatório fiscal, às fls. 397/519, que o processo administrativo é composto pela **Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) nº 35.804.880-0**, relativa ao período de 03/2002 a 06/2005, abrangendo:

i) contribuições previdenciárias a cargo dos segurados empregados e contribuintes individuais, não arrecadadas pela empresa;

ii) contribuições previdenciárias patronais, inclusive destinada ao financiamento dos benefícios em razão de incapacidade laborativa, bem como as contribuições devidas a terceiros (FPAS 507 e FPAS 620), incidentes sobre remunerações de

segurados empregados, contribuintes individuais e transportadores autônomos; e

iii) contribuições sobre a aquisição de produtos rurais de pessoas físicas, na condição de adquirente sub-rogado (FPAS 744).

3. O lançamento fiscal compreende fatos geradores e bases de cálculo identificados na própria empresa notificada, doravante "DI MAURO", mediante exame de folhas de pagamento, Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), recibos de caixa e contabilidade, a seguir descritos conforme os itens do relatório da fiscalização:

i) pagamentos a pessoas físicas, considerados pela fiscalização contribuintes individuais, não incluídos em folha de pagamento e GFIP, nas competências 07/2002, 10/2003, 06/2004, 10/2004 e 12/2004, conforme levantamento "DCF" (item "3.2.1");

ii) pagamentos a pessoas físicas, considerados pela fiscalização transportadores autônomos, não incluídos em folha de pagamento e GFIP, nas competências 07/2002 a 09/2003, 11/2003 a 02/2004, 04/2004 a 06/2004 e 08/2004 a 09/2004, conforme levantamento "DFF" (item "3.2.2");

iii) pagamentos a transportadores autônomos, incluídos em folha de pagamento e GFIP, nas competências 05/2003 a 12/2003, 02/2004 a 07/2004 e 09/2004, conforme levantamento "DFG" (item "3.2.3");

iv) pagamentos a segurados empregados e contribuintes individuais, incluídos em folha de pagamento e GFIP, nas competências 05/2002 a 06/2005, conforme levantamento "DFP" (item "3.2.4");

v) pagamentos a sócios da autuada, considerados pela fiscalização como "pró-labore", não incluídos em folha de pagamento e GFIP, nas competências 09/2002 a 11/2002, 01/2003, 03/2003 e 04/2003, conforme levantamento "DPF" (item "3.2.5");

vi) aquisição de produtos rurais de pessoas físicas, na condição de adquirente sub-rogado, não incluídos em GFIP, nas competências 04/2002, 09/2002, 05/2003 a 10/2003 e 01/2004, conforme levantamento "DRU" (item "3.2.6"); e

vii) pagamentos a pessoas físicas, considerados pela fiscalização como segurados empregados, não incluídos em folha de pagamento e GFIP, nas competências 07/2002 a 06/2005, conforme levantamento "DSF" (item "3.2.7").

4. Além dos fatos geradores acima elencados, o lançamento fiscal inclui outros apurados a partir de documentos formalizados em nome de pessoas jurídicas interpostas, optantes pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples Federal), denominadas doravante de "WHS" e "SOLEVID", utilizadas para concentrar a mão de obra do processo produtivo, segundo a acusação fiscal.

4.1 O Fisco concluiu que "WHS" e "SOLEVID" eram meros desdobramentos da "DI MAURO", constituindo-se na realidade uma só empresa para fins da contribuição previdenciária, de tal sorte que o crédito tributário relativo aos segurados vinculados à "WHS" e "SOLEVID" foi constituído em nome da "DI MAURO". Em síntese, o Fisco aponta os seguintes motivos de convencimento:

4.1.1 "WHS":

i) atos de constituição, registro, primeira e última alteração contratual, tanto da "WHS" quanto da "DI MAURO", na mesma data ou em datas próximas, com inter-relação do quadro societário;

ii) instalação da "WHS" no mesmo endereço da "DI MAURO", sem haver distinção de empresas, com portão único de entrada que dava acesso à parte administrativa ("DI MAURO") e ao pavilhão da fábrica ("WHS");

iii) "WHS" e "DI MAURO" possuindo objetos sociais idênticos, de acordo com os respectivos contratos sociais. Em que se pese a identidade de objeto social, na prática a "DI MAURO" atuava na comercialização, com média de vínculos inferior a cinco, e a "WHS", na industrialização, com média de vínculos superior a cem segurados;

iv) solicitações formais de serviços e incentivos fiscais, por parte da "DI MAURO", aos órgãos públicos municipais, em que se refere à fábrica e aos respectivos funcionários sem mencionar o nome "WHS";

v) nota fiscal referente a serviço de manutenção pago pela "DI MAURO", porém solicitado pela "WHS";

vi) alguns dos trabalhadores vinculados à "WHS" remunerados pela "DI MAURO";

vii) inexistência de funcionários da área administrativa vinculados à "WHS", porque a "DI MAURO" cuidava da área de vendas e da parte administrativa, enquanto a "WHS", do processo de industrialização. Não havia separação de pessoas, salas e mesas de trabalho no escritório administrativo. Durante a análise da documentação de caixa, foram localizados documentos misturados das empresas;

viii) movimentação via internet, pela "DI MAURO", de conta bancária em nome da "WHS", na condição de cliente, inclusive efetuando pagamentos de títulos em nome desta última;

ix) valor elevado da mão de obra formal da "WHS", quando comparado com o seu faturamento, chegando no ano de 2004 a superá-lo, ao passo que a mesma relação, apurada para a "DI MAURO", era inferior a 2% (dois por cento);

x) prestação de serviço da "WHS" exclusivamente para a "DI MAURO"; e

xi) transferência para a "DI MAURO", no mês de mai/2005, de todos os contratos de trabalho vinculados à "WHS", sem interrupção do tempo de serviço.

4.1.2 "SOLEVID":

i) "SOLEVID" e "DI MAURO" possuindo objetos sociais idênticos, de acordo com os contratos sociais, viabilizando o funcionamento da filial da "DI MAURO" localizada no município de Vacaria (RS);

ii) contrato de industrialização por encomenda, firmado entre "SOLEVID" e "DI MAURO", em que a primeira assume a responsabilidade pela produção de móveis, com fornecimento pela segunda empresa de materiais e insumos. Porém, por meio de termo de ajuste extracontratual, ficou estabelecido que a "DI MAURO" assumiria toda e qualquer responsabilidade que viesse a ser imputada à "SOLEVID" por reclamações trabalhistas, encargos sociais, tributários e previdenciários, entre outras, decorrentes da execução daquele contrato, afastando qualquer obrigação por parte da "SOLEVID";

iii) 21 (vinte e um) casos de preenchimento de ficha de "solicitação de emprego" e dos correspondentes exames médicos admissional, periódico e demissional em nome do empregador "DI MAURO", ao passo que a admissão do empregado foi formalizada pela "SOLEVID";

iv) existência de convênio para aquisição de medicamentos, por meio de "vale-farmácia", em nome da "DI MAURO", porém com fornecimento também a empregados registrados na "SOLEVID";

v) reclamações trabalhistas movidas, simultaneamente, contra "SOLEVID" e "DI MAURO" que evidenciam a prestação de serviço para a "DI MAURO";

vi) registro policial efetuado pelo sócio da "SOLEVID", no qual declarou haver emprestado seu nome e da sua empresa para os sócios da "DI MAURO", os quais se comprometeram a fazer pagamentos mensais, com a finalidade de liquidar dívidas trabalhistas e tributárias. Entretanto, havia descoberto a emissão de contraordem para os cheques pós-datados, ficando assim responsável indevidamente pelas obrigações, porquanto era usado somente como "laranja";

vii) valor da mão de obra formal da "SOLEVID" superior ao seu faturamento, equivalendo, no ano de 2003, a mais de 200% (duzentos por cento) e, em 2004, a cerca de 140% (cento e quarenta por cento);

viii) prestação de serviço da "SOLEVID" exclusivamente para a "DI MAURO"; e

ix) transferência para a "DI MAURO", no mês de dez/2004, de todos os contratos de trabalho vinculados à "SOLEVID", sem interrupção do tempo de serviço.

4.2 Nessa hipótese de interposição de pessoa jurídica, foram verificados os seguintes fatos geradores e bases de cálculo, de acordo com os itens do relatório fiscal:

i) pagamentos a segurados empregados, formalmente vinculados à "SOLEVID" e constantes em GFIP, nas competências 07/2003 a 12/2003, 01/2004 a 05/2004 e 07/2004 a 09/2004, conforme levantamento "SAG" (item "3.2.8");

ii) pagamentos ao sócio da "SOLEVID", considerado segurado empregado pela fiscalização, nas competências 05/2003 a 08/2004, conforme levantamento "SDF" (item "3.2.9");

iii) pagamentos a segurados empregados vinculados à "SOLEVID", porém relativamente a períodos sem registro formal de contrato de trabalho, nas competências 04/2003 a 03/2004, conforme levantamento "SRA" (item "3.2.10");

iv) pagamentos a segurados empregados, formalmente vinculados à "SOLEVID", aferidos indiretamente devido à falta de apresentação de folha de pagamento e GFIP, nas competências 05/2003 a 06/2003, 13/2003 e 06/2004, conforme levantamento "SSA" (item "3.2.11");

v) pagamentos a segurados empregados, formalmente vinculados à "SOLEVID", extraídos de recibos de pagamento de salário, nas competências 10/2004, 11/2004 e 13/2004, conforme levantamento "SSR" (item "3.2.12");

vi) pagamentos a pessoas físicas efetuados pela "WHS", considerados pela fiscalização contribuintes individuais, não incluídos em folha de pagamento e GFIP, nas competências 03/2002 a 11/2002, 01/2003 a 03/2003, 05/2003, 06/2003 a 07/2004, conforme levantamento "WCF" (item "3.2.13");

vii) pagamentos a pessoas físicas efetuados pela "WHS", considerados pela fiscalização transportadores autônomos, não incluídos em folha de pagamento e GFIP, nas competências 03/2002 a 11/2002, 01/2003 a 06/2003 e 08/2003, conforme levantamento "WFF" (item "3.2.14");

viii) pagamentos a segurados empregados e contribuintes individuais, formalmente vinculados à "WHS" e constantes em GFIP, nas competências 03/2002 a 03/2003, conforme levantamento "WFP" (item "3.2.15");

ix) pagamentos ao sócio da "WHS", a título de pró labore, sem inclusão em GFIP, nas competências 08/2002, 10/2002 a 02/2003, 05/2003, 02/2004 a 04/2004, conforme levantamento "WPF" (item "3.2.16"); e

x) pagamentos a segurados empregados, formalmente vinculados à "WHS", porém sem constar em folha de pagamento e GFIP, nas competências 06/2002, 08/2002 a 11/2002, 13/2002 a 03/2003 e 05/2003, conforme levantamento "WSF" (item "3.2.17").

5. Cientificado da autuação em 23/9/2005, às fls. 3, o contribuinte impugnou a exigência fiscal (fls. 2.014/2.075).

6. Posteriormente, ao ser intimado em 13/3/2006, por via postal, da decisão de primeira instância, às fls. 2.219/2.221, a recorrente apresentou recurso voluntário no dia 12/4/2006, em que reafirma os argumentos já expendidos em sua impugnação, resumidos a seguir (fls. 2.225/2.296):

i) nulidade da notificação, em face da deficiente descrição e comprovação dos fatos, além de a fiscalização não trazer elementos convincentes e comprobatórios do liame entre "DI MAURO" e as empresas "WHS" e "SOLEVID";

ii) as empresas "WHS" e "SOLEVID" recolheram as contribuições na sistemática do Simples Federal, fato que não considerado pela fiscalização, não havendo quaisquer pagamentos adicionais a efetuar;

iii) descabe à fiscalização previdenciária proceder ao reconhecimento de relação de emprego;

iv) impossibilidade da responsabilização tributária da "DI MAURO" quanto aos segurados vinculados à "WHS" e

"SOLEVID. A relação jurídica com a "DI MAURO" somente encontraria respaldo legal mediante provocação dos próprios interessados;

v) a responsabilidade tributária da "DI MAURO", se existente, é subsidiária e, portanto, descabe exigir duplamente as contribuições. Expõe ainda sobre os limites da responsabilidade do empreiteiro no contrato de empreitada de obra civil, aplicáveis ao caso em discussão, em que as contribuições devem ser exigidas do empregador e, apenas em casos extremos, do tomador do serviço;

vi) não há pagamentos adicionais a título de pró-labore, de forma que eventuais valores transferidos aos sócios foram decorrentes de adiantamentos e ressarcimento de despesas, de pagamentos diversos ou de eventual distribuição de lucro, que escapam à tributação. Tampouco existem pagamentos de salários não incluídos em folhas de pagamento;

vii) é indevida a aferição indireta de salários, considerando que o arbitramento é medida extrema;

viii) inconstitucionalidade da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração paga a contribuintes individuais;

ix) tendo em conta as atividades econômicas desenvolvidas pela recorrente, são inexigíveis as contribuições ao Serviço Social do Transporte (Sest), Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (Senat), Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar), Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) e ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra). Argúi, igualmente, sobre a impossibilidade de exigência cumulativa da contribuição ao Senar e ao Incra;

x) impossibilidade de cobrança de: juros acima do percentual de 1% (um por cento) e da sua cumulação com a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), bem como inviabilidade da incidência de correção monetária sobre a multa e da incidência de juros sobre os acessórios; e

xi) caráter confiscatório da multa.

7. De início negado seguimento ao recurso voluntário, ante a falta do depósito recursal correspondente a 30% (trinta por cento), o sujeito passivo ajuizou a ação ordinária nº 2008.71.07.003253-4/RS, na qual lhe foi garantido o processamento regular do apelo administrativo, independente do depósito prévio (fls. 2.415).

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/03/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 30/03/2016

6 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 30/03/2016 por CARLOS HENRIQUE DE OLIVEI

RA, Assinado digitalmente em 29/03/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 29/03/2016

16 por CLEBERSON ALEX FRIESS

Impresso em 05/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Cleberson Alex Friess, Relator

Juízo de Admissibilidade

8. Uma vez realizado o juízo de validade do procedimento, verifico que estão satisfeitos os requisitos de admissibilidade do recurso voluntário e, por conseguinte, dele tomo conhecimento.

Preliminar

9. Alega a recorrente a nulidade da notificação devido à deficiente descrição e comprovação da ocorrência da hipótese de incidência. Sem razão, contudo.

10. O relatório fiscal, além de conter a descrição pormenorizada dos fatos que são imputados ao sujeito passivo, expõe de forma clara e objetiva os elementos que levaram a fiscalização a concluir pela efetiva ocorrência dos fatos jurídicos desencadeadores do liame obrigacional.

11. Estão indicados a origem dos fatos geradores, bases de cálculo, alíquotas, fundamentação legal, enfim o Fisco motivou o ato de lançamento e descreveu os elementos comprobatórios da ocorrência dos fatos jurídicos, assim como das circunstâncias em que foram verificados, respaldando o nascimento da relação jurídica por meio de suporte na linguagem das provas.

11.1 A análise da suficiência do conjunto fático-probatório carreado pela acusação para amparar a exigência fiscal é matéria de mérito, e será realizada mediante confronto com as provas trazidas pela parte contrária na continuação do voto.

12. De tal sorte que a autoridade fiscal motivou adequadamente o ato administrativo, por meio da descrição dos fatos, do enquadramento legal e da demonstração da subsunção às regras matrizes de incidência, conforme exigido pelo art. 37 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, à época do lançamento, e pelo art. 142 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que veicula o Código Tributário Nacional (CTN).

13. Ausentes vícios quanto aos pressupostos e elementos do ato administrativo, descabe cogitar a nulidade do lançamento fiscal.

Mérito

14. Para fins de melhor organizar o raciocínio e facilitar a compreensão do voto, analiso a argumentação da recorrente na ordem abaixo disposta.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/03/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 30/03/2016

6 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 30/03/2016 por CARLOS HENRIQUE DE OLIVEI

RA, Assinado digitalmente em 29/03/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 29/03/2016

16 por CLEBERSON ALEX FRIESS

Impresso em 05/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

a) Segurados vinculados à "WHS" e "SOLEVID"

15. Minha impressão é que o conjunto probatório juntado pelo Fisco é robusto, consistente e convergente o suficiente para vincular diretamente os segurados empregados e contribuintes individuais da "WHS" e "SOLEVID" à recorrente, atestando a sua condição de verdadeiro tomador dos serviços prestados pelos segurados, sendo prescindível, neste caso concreto, a comprovação dos requisitos do vínculo com a empresa "DI MAURO" para cada um dos segurados envolvidos.

16. Pautado nas provas articuladas por ambas as partes, o convencimento quanto à vinculação decorre não só do conjunto fático-probatório carreado pela fiscalização, mas também pela linha argumentativa utilizada para contrapor a acusação fiscal, pela qual a recorrente faz considerações genéricas e demasiadamente teóricas, sem refutar concreta e efetivamente os fatos, os nomes, os números e os documentos colhidos pela fiscalização ao longo do procedimento de auditoria.

17. É manifesto que os autos contêm diversas evidências lastreadas em provas, não contraditadas em linguagem apropriada pela recorrente, da existência de uma obscura e promíscua relação entre as empresas envolvidas, mediante fracionamento irregular das atividades da "DI MAURO", com a finalidade de obtenção de vantagens tributárias indevidas oriundas da concentração da mão de obra em terceiro optante pelo regime tributário diferenciado e favorecido (Simples Federal).

17.1 Ao fim e ao cabo, a análise conjunta dos elementos probatórios leva à conclusão da efetiva prestação dos serviços pelos trabalhadores para a pessoa jurídica notificada, não optante pelo Simples Federal (cf. itens 4.1.1 e 4.1.2 deste Acórdão).

17.2 No caso da "WHS", destaco pela importância axiológica como prova, entre outras:

i) a centralização de documentos e do departamento administrativo na sede da tomadora, o que permite aferir a existência de controle administrativo e financeiro único;

ii) a prestação de serviço exclusivamente para a "DI MAURO";

iii) a existência de declarações formais por parte da "DI MAURO" sobre a implantação de sua unidade industrial no município, quando na realidade referia-se ao estabelecimento da "WHS" (fls. 676/688);

iv) a movimentação de conta bancária pela "DI MAURO", aberta em nome da "WHS", com pagamentos de títulos em nome desta última empresa (fls. 704);

v) a confusão financeira entre as empresas, porque há pagamento pela "DI MAURO" de despesas de responsabilidade da "WHS" (fls. 702 e 706/718); e

vi) a constatação de pagamentos pela "DI MAURO" a trabalhadores com vínculo à "WHS" (fls 722/724).

17.3 No mesmo sentido, no que tange à "SOLEVID", sem prejuízo dos demais elementos de prova:

i) a prestação de serviços sem os riscos da atividade empresarial exclusivamente a "DI MAURO" (fls. 844);

ii) o atestado de saúde ocupacional e exame audiométrico em nome do empregador "DI MAURO", relativamente a empregados vinculados formalmente à "SOLEVID" (fls. 846/972);

iii) as reclamações trabalhistas em que empregados registrados na "SOLEVID" afirmam prestarem serviços também a "DI MAURO" (fls. 1.056/1.126); e

iv) a declaração formal do sócio da "SOLEVID" acerca da sua condição de "laranja" (fls. 1.174/1.178).

18. Nesse passo, a vinculação dos segurados à recorrente independe de qualquer reivindicação por parte dos trabalhadores interessados, porquanto o liame tributário decorre da lei.

18.1 Tampouco o procedimento fiscal invade a competência própria da fiscalização do Ministério do Trabalho ou da Justiça Laboral, nem se propõe a reconhecer relação de emprego, mas tão somente vínculo previdenciário-tributário oriundo da prestação de serviço remunerado à empresa por segurado empregado ou contribuinte individual, conforme a realidade fática que foi trazida aos autos.

19. A ocorrência do fato previamente descrito na lei, no antecedente da norma de incidência, basta para o nascimento da obrigação tributária. Nem mais, nem menos. Além de o liame obrigacional prescindir da manifestação de vontade das partes, também os elementos da relação tributária, no conseqüente da regra-matriz de incidência, não se alteram pela vontade de quem ocupa os pólos ativo e passivo do vínculo jurídico.

20. De tal sorte que no procedimento de verificar o cumprimento das obrigações tributárias, estritamente conforme as prerrogativas e competências estabelecidas em lei, não está a fiscalização refém da forma jurídica adotada pelo particular, nem daquilo que consta em documentos, acordos e instrumentos de controle.

21. Mais que um ônus, é dever do Fisco, em face da legalidade, tipicidade e indisponibilidade do interesse público, investigar e verificar a ocorrência do fato jurídico tributário segundo se sucede no mundo fático. Prevalecerá a realidade dos fatos em detrimento da formalidade dos atos, cabendo à fiscalização demonstrar em qualquer caso, apoiado na linguagem de provas, a ocorrência dos fatos jurídicos que servem de suporte à exigência fiscal.

22. Em visto disso, ao verificar o desvirtuamento dos elementos constitutivos da obrigação tributária, no critério pessoal ou quantitativo, a fiscalização pode desconsiderar o

vínculo pactuado e lançar o crédito tributário correspondente à relação jurídica efetivamente existente com o verdadeiro tomador dos serviços.

23. E foi exatamente o que fez a autoridade lançadora, diante das tantas evidências que proporcionam os elementos de prova, restando caracterizada a sujeição passiva em nome da fiscalizada, com relação à prestação de serviços pelos segurados vinculados à "WHS" e "SOLEVID".

24. Não é demais enfatizar que se está diante de uma relação tributária, em que a fiscalização demonstra a vinculação direta da recorrente com o fato gerador, na condição de contribuinte.

24.1 De tal maneira que são inaplicáveis, para a determinação do sujeito passivo da obrigação principal, os preceitos trabalhistas quanto à responsabilidade subsidiária do tomador do serviço pelas verbas laborais eventualmente devidas aos empregados formalmente vinculados ao prestador.

b) Recolhimentos pela sistemática do Simples Federal

25. Expõe a recorrente que as empresas "WHS" e "SOLEVID" teriam recolhido as contribuições na sistemática do Simples Federal, porém a fiscalização não fez quaisquer considerações a esse respeito, de forma que não haveria contribuições adicionais a pagar.

26. É de ver-se que, mesmo implicitamente, a recorrente reclama pelo aproveitamento dos pagamentos efetuados na sistemática do Simples para fins de abatimento do crédito tributário apurado pela fiscalização.

27. Pois bem. Entendo que os eventuais recolhimentos efetuados pelas empresas "WHS" e "SOLEVID" na sistemática do Simples Federal não se prestam à recorrente para fins de dedução.

28. O afastamento do vínculo pactuado com a pessoa interposta, optante pelo Simples Federal, não implica a desconSIDERAÇÃO da sua personalidade jurídica, a qual continua a produzir os efeitos jurídicos que lhe são típicos, com as ressalvas decorrentes do procedimento fiscal.

28.1 Com efeito, o caminho trilhado pela fiscalização acarreta tão somente desvendar para quem efetivamente atuavam os segurados da empresa interposta e, por conseguinte, recompor os elementos constitutivos do liame obrigacional, identificando o verdadeiro tomador dos serviços desses trabalhadores.

29. Conquanto a adesão ao Simples Federal implique pagamento mensal unificado de diversos tributos, entre eles destacam-se as contribuições previdenciárias patronais a que alude o art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, não há como reconhecer o direito de aproveitar pagamentos de titularidade distinta para deduzir do crédito tributário constituído em nome da recorrente, na condição de contribuinte.

30. Penso que inexistente fundamento em lei que autorize a partilha de tais valores entre diferentes contribuintes, porque as parcelas mensais recolhidas pelas pessoas inscritas no

Simples Federal, correspondentes a aplicação de um percentual sobre a sua receita bruta auferida, são devidas e não caracterizam indébito.

31. De tal sorte que os mesmos valores pagos não podem extinguir débitos distintos e de responsabilidade de diferentes sujeitos passivos, isto é, o crédito tributário devido na sistemática do Simples Federal (em função das receitas das empresas "WHS" e "SOLEVID") e aquele apurado pela fiscalização em nome da "DI MAURO", cujo fato gerador é a prestação de serviço remunerado.

32. De mais a mais, ao caso em apreço, também é insusceptível de aplicação o enunciado da Súmula nº 76 deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), porquanto os precedentes que lhe deram azo referem-se a pagamentos realizados pelo mesmo sujeito passivo, o qual, excluído do Simples Federal, acaba submetido ao lançamento de ofício na sistemática do lucro real, presumido ou arbitrado.¹

c) Pró-labore e salários fora da folha de pagamento

33. Alega a recorrente que os eventuais valores transferidos aos sócios escapam à tributação, pois decorrentes de adiantamentos e ressarcimento de despesas, de pagamentos diversos ou de eventual distribuição de lucro. Pondera, no mesmo trecho do recurso, que tampouco existem pagamentos de salários não incluídos em folhas de pagamento.

34. São meras negativas, em persuasivo exercício de retórica, desprovidas de esteio em indício de prova material. Ao contrário, o Fisco afirma os fatos jurídicos e apresenta elementos comprobatórios. Em consequência, caberia à recorrente demonstrar a inocorrência dos fatos alegados pela acusação fiscal, mediante argumentos precisos e convergente, apoiados em documentos.

35. Ao não lograr a recorrente em desincumbir-se do ônus que lhe pesa, o crédito tributário deve ser mantido.

d) Salários auferidos indiretamente

36. Quando realizado, tal com no levantamento "SSA" (item "4.2, iv", deste Acórdão), o arbitramento, por aferição indireta, encontra respaldo na apresentação deficiente de documentos, bem como na recusa ou sonegação destes, conforme previsto no § 3º do art. 33 da Lei nº 8.212, de 1991, dispositivo indicado no relatório "Fundamentos Legais do Débito - FLD" (fls. 331/341).

37. Consta do relatório fiscal a apresentação parcial das folhas de pagamento e GFIP referentes à "WHS" e "SOLEVID", além da não apresentação de livro caixa ou da contabilidade dessas empresas para o período fiscalizado.

38. Não tendo o sujeito passivo apontado objetivamente as inconsistências no procedimento adotado pela fiscalização, acertado o arbitramento, mediante aferição indireta.

¹ Súmula CARF nº 76: Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

RA, Assinado digitalmente em 29/03/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 29/03/2016

16 por CLEBERSON ALEX FRIESS

Impresso em 05/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

e) Correção monetária, juros e multa

39. Diferentemente do alegado pela recorrente, não há correção monetária no lançamento do crédito tributário e os juros e a multa foram aplicados separadamente sobre o valor devido originário, conforme se vê do relatório "Discriminativo Sintético do Débito - DSD" (fls. 153/177).

40. Quanto aos juros incidentes sobre o valor original do crédito tributário, utilizou-se apenas a taxa Selic, reconhecida válida para fins tributários, nos termos do enunciado da Súmula Carf nº 4, assim vazada:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais.

41. No tocante à multa, sua aplicação observou rigorosamente o disposto no inciso II e § 4º do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, vigentes à época dos fatos geradores.

41.1 A avaliação de eventual excesso do legislador ordinário ao fixar o percentual da multa punitiva, de forma exorbitante e desproporcional, a ponto de caracterizar o confisco, é tarefa exclusiva do Poder Judiciário, porquanto implica verificação da compatibilidade da norma jurídica com os preceitos constitucionais.

42. Como sabido, argumentos desse jaez são inoponíveis na esfera administrativa. Nesse sentido, não só o art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972, como também o enunciado da Súmula nº 2, deste Conselho, assim redigida:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

f) Tributação sobre remuneração paga aos contribuintes individuais

43. De modo análogo ao tópico da multa, segundo prescreve o enunciado da Súmula Carf nº 2, acima reproduzido, torna-se inviável examinar, em sede de controle administrativo, as ponderações da recorrente quanto à inconstitucionalidade da exigência da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração paga ou creditada aos contribuintes individuais.

g) Terceiros

44. Por ser empresa de pequeno porte dedicada ao ramo de fabricação e comercialização de móveis em geral, aduz a recorrente estar ausente a relação de causa e efeito para a exigência das contribuições devidas ao Sest, Senat, Senar e Sebrae. Quanto à contribuição ao Incra, argumenta que não há qualquer vinculação sua com os objetivos institucionais daquela autarquia.

45. Pois bem. Trata-se mais uma vez de um esforço de retórica por parte da recorrente, na medida em que não confronta a legislação que criou e regulamenta as contribuições destinadas aos chamados terceiros, discriminada exaustivamente no relatório

FLD (fls. 331/341). Em outras palavras, a peça recursal não contém elementos jurídicos que possam respaldar a tese de que não se submete ao campo de sujeição passiva das mencionadas exações.

46. Na hipótese das contribuições devidas a terceiros, a definição da sujeição passiva observa um critério de referibilidade indireta. Vale dizer que, por força da lei, a incidência dessas contribuições dá-se sobre sujeitos passivos que não são necessariamente beneficiários diretos do resultado da atividade estatal que elas objetivam efetivar ou que implementam.

47. Por fim, a recorrente sustenta a ilegalidade da exigência cumulativa das contribuições devidas ao Incra e ao Senar. Sem razão, pois as contribuições têm natureza e destinação diversas, de modo que a instituição da segunda não afeta a exigibilidade da primeira.

48. Nesse sentido, a firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme ementa do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.322.102/AL, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, abaixo reproduzida:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS AO INCRA E AO SENAR. NATUREZA E DESTINAÇÃO DIVERSAS. PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM 5% SOBRE O VALOR EMBARGADO, SENDO ESTE DE APROXIMADAMENTE R\$ 35.000,00, SENDO ESTE DE APROXIMADAMENTE R\$ 35.000,00. AUSÊNCIA DE EXORBITÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Esta Corte já pacificou o entendimento no sentido de que as contribuições ao INCRA e ao SENAR possuem natureza e destinação diversas, orientação aplicável também ao percentual de 2,5% previsto no art. 6º, caput, da Lei 2.613/55. Precedentes do STJ.

2. O percentual fixado a título de honorários advocatícios (5% do valor embargado) não se mostra abusivo ou irrazoável, como sustenta a ora Agravante, mas proporcional ao tempo de duração da causa e ao trabalho profissional desenvolvido.

3. Agravo Regimental desprovido.

Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER do recurso voluntário e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Voto Vencedor

Carlos Henrique de Oliveira , Redator Designado

Em que pese o costumeiro acerto e brilhantismo do voto do Conselheiro Relator, ousado, com máxima vênia, discordar do entendimento quanto ao aproveitamento das contribuições previdenciárias pagas pelo Sujeito Passivo, na sistemática do Simples Federal.

Assim, entendeu o ilustre Relator:

"26. É de ver-se que, mesmo implicitamente, a recorrente reclama pelo aproveitamento dos pagamentos efetuados na sistemática do Simples para fins de abatimento do crédito tributário apurado pela fiscalização.

27. Pois bem. Entendo que os eventuais recolhimentos efetuados pelas empresas "WHS" e "SOLEVID" na sistemática do Simples Federal não se prestam à recorrente para fins de dedução.

28. O afastamento do vínculo pactuado com a pessoa interposta, optante pelo Simples Federal, não implica a desconsideração da sua personalidade jurídica, a qual continua a produzir os efeitos jurídicos que lhe são típicos, com as ressalvas decorrentes do procedimento fiscal.

28.1 Com efeito, o caminho trilhado pela fiscalização acarreta tão somente desvendar para quem efetivamente atuavam os segurados da empresa interposta e, por conseguinte, recompor os elementos constitutivos do liame obrigacional, identificando o verdadeiro tomador dos serviços desses trabalhadores.

29. Conquanto a adesão ao Simples Federal implique pagamento mensal unificado de diversos tributos, entre eles destacam-se as contribuições previdenciárias patronais a que alude o art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, não há como reconhecer o direito de aproveitar pagamentos de titularidade distinta para deduzir do crédito tributário constituído em nome da recorrente, na condição de contribuinte.

30. Penso que inexistente fundamento em lei que autorize a partilha de tais valores entre diferentes contribuintes, porque as parcelas mensais recolhidas pelas pessoas inscritas no Simples Federal, correspondentes a aplicação de um percentual sobre a sua receita bruta auferida, são devidas e não caracterizam indébito.

31. De tal sorte que os mesmos valores pagos não podem extinguir débitos distintos e de responsabilidade de diferentes sujeitos passivos, isto é, o crédito tributário devido na sistemática do Simples Federal (em função das receitas das empresas "WHS" e "SOLEVID") e aquele apurado pela

fiscalização em nome da "DI MAURO", cujo fato gerador é a prestação de serviço remunerado. (sublinhamos e negritamos)

Com a clareza que caracteriza o eminente Relator, podemos constatar que, para ele, embora a constituição do crédito tributário objeto do lançamento que aqui se examina, tenha sido realizado em face da Di Mauro, os recolhimentos efetuados na sistemática do Simples Federal foram realizados por pessoas jurídicas distintas, o que impede o aproveitamento. Em acréscimo, entende o Conselheiro que, por se tratar de outra forma de tributação, calçada em receita auferida, não há que se falar em indébito, pois o tributo seria devido havendo ou não contratação de mão-de-obra.

Esses nossos pontos de divergência. Explicitemos nosso entendimento.

As empresas optantes pelo Simples Federal não estavam, nem estão no Simples Nacional, sujeitas a uma forma de tributação diferenciada das demais empresas, ao reverso, eram, e são, contribuintes de todos os tributos incidentes sobre os fatos geradores que praticavam em sua atividade empresarial. De certo que sob outra forma de quantificação e recolhimento desses tributos

A Lei nº 9.317/96, vigente à época dos fatos e revogada pela Lei Complementar nº 123, de 2006, regulou, em conformidade com o artigo 170 da Constituição Federal, o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido aplicável as micro e pequenas empresas, relativo aos impostos e às contribuições que menciona.

Nesse sentido, explicita o artigo 3º:

"Art. 3º A pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, na forma do art. 2º , poderá optar pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES."

§ 1º A inscrição no SIMPLES implica pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições:

a) *Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ;*

b) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP;

c) *Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;*

d) Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS:

e) Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI;

f) Contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que tratam a Lei Complementar no84, de 18 de janeiro de 1996, os arts. 22 e 22A da Lei no8.212, de 24 de julho de 1991 e o art. 25 da Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994." (destaques não constam do texto legal)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Da simples, leitura do artigo 3º da Lei nº 9.317/96, podemos concluir que a mesma não cria novos tributos, ao reverso, institui tratamento favorecido, simplificado e

16 por CLEBERSON ALEX FRIESS

Impresso em 05/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

unificado para o recolhimento dos tributos nela especificados, dentre esses as contribuições previdenciárias.

Confirmando essa conclusão, encontramos no artigo 23, a forma de repartição entre os diversos tributos dos valores recolhidos pela sistemática simplificada e unificada, dependendo do porte da empresa:

"Art. 23. Os valores pagos pelas pessoas jurídicas inscritas no Simples corresponderão a

I - no caso de microempresas:

a) em relação à faixa de receita bruta de que trata a alínea 'a' do inciso I do caput do art. 5º desta Lei:

- 1. 0% (zero por cento), relativo ao IRPJ;***
- 2. 0,3% (três décimos por cento), relativos à CSLL;***
- 3. 0,9% (nove décimos por cento), relativos à Cofins;***
- 4. 0% (zero por cento), relativo ao PIS/Pasep;***
- 5. 1,8% (um inteiro e oito décimos por cento), relativos às contribuições de que trata a alínea f do § 1º do art. 3º desta Lei; (...)"***

(negritos nossos)

Assim, não se verifica óbice ao aproveitamento dos recolhimentos efetuados em razão da sistemática de apuração adotada. O percentual recolhido a título de contribuição previdenciária é determinado, permitido assim sua compensação com tributo de mesma espécie e destinação constitucional, nos termos da lei de regência de cada espécie tributária.

Quanto à possibilidade de compensação de valores pagos por outras pessoas jurídicas, embora concordemos com o Relator que, em regra, existe vedação legal a essa possibilidade, não nos parece que seja essa a hipótese para o caso concreto.

A constituição do crédito foi motivada e fundamentada. O Relatório Fiscal (página 397 do processo digitalizado), contém os motivos e fundamentos que levaram a Autoridade Fiscal ao lançamento da forma como constituído. Até por expressa determinação do CTN, é ali que devemos encontrar nossas razões para verificar a legalidade do ato administrativo constituidor do crédito tributário. Vejamos.

Logo de início, às folhas 397, o Auditor Fiscal adverte:

"Em Auditoria-Fiscal realizada na empresa acima identificada, com Mandado de Procedimento Fiscal — Fiscalização - MPF no 09228081 e seu complementar, foram constatadas inúmeras situações fáticas que levaram ao entendimento de que as empresas WHS MÓVEIS LTDA. CNPJ 04.913.929/0001-62, Mandado de Procedimento Fiscal — Fiscalização - MPF no 09227464 e seu complementar, e a empresa INDÚSTRIA E COMERCIO DE MÓVEIS SOLEVID LTDA. - ME, CNPJ 02.370.127/0001-28.

Fiscalização if 09229688 e seu complementar, são, de fato, um mero desdobramento da **DI MAURO BROTHERS & PARTNERS LTDA.**, sendo, na realidade, uma só empresa, para fins de contribuição previdenciária, como será demonstrado neste relatório.

Para amplo entendimento de como chegou-se ao convencimento de que as duas empresas são meramente empresas interpostas, sendo a folha de pagamento e todas as demais situações que constituem fato gerador de contribuição previdenciária, verificadas em ambas, integralmente de responsabilidade da **DI MAURO BROTHERS & PARTNERS LTDA.**, em nome de quem esta sendo constituído o crédito previdenciário, passamos a elencar os elementos de convencimento, para, após, passar a análise da constituição do crédito. " (sublinhamos e negritamos em parte)

Como bem delineado em preliminar pela Autoridade Lançadora, foi constituído vínculo direto entre os trabalhadores e o Sujeito Passivo, entendendo-se que esse é o verdadeiro contribuinte, aquele que, de fato, incidiu nos fatos geradores de contribuição previdenciária. O fez de forma interposta, o que, por tudo que consta no Relatório Fiscal, ensejou o lançamento como realizado.

Nesse sentido, explicita o Fisco, por meio de agente (fls 438):

A WHS foi criada já como optante pelo SIMPLES. Seu faturamento, durante todo o período foi exclusivamente para a DI MAURO. Numa primeira análise e bem superficial do quadro 4, pode já levar A conclusão de que a WHS foi criada unicamente para absorver a mão-de-obra do empreendimento DI MAURO, com custo reduzido pela opção pelo SIMPLES. Ela, a DI MAURO, não poderia efetuar essa opção tributária, haja vista seu faturamento ser bem superior ao limite permitido, conforme observa-se no quadro 5. Fica evidente que da WHS não se esperava nenhum retorno financeiro ou econômico, pois seu faturamento bruto suportava apenas o custo formal da mão-de-obra.

(...)

A SOLEVID, conforme quadro 6, apresenta situação idêntica à WHS. Em 2003 a relação entre a mão-de-obra e o faturamento é de 201%, ou seja, a despesa/custo com mão-de-obra, sem encargos, da SOLEVID foi maior que o dobro de seu faturamento.

(...)

Para fechar o entendimento de que a DI MAURO criou a WHS para "assumir" a mão-de-obra e utilizou-se da SOLEVID com o mesmo objetivo, observamos o quadro 5, onde demonstramos a relação entre a mão-de-obra da DI MAURO com o seu faturamento. Em 2002 e 2003 essa relação foi inferior a 0,5%, ou seja, nos acumulados dos dois anos, o custo/despesa da DI MAURO com mão-de-obra própria foi menos que meio por

cento. Em 2004 aumentou para 1,58, porém ainda muito baixo. Chamamos a atenção que na competência 12/2004 já foi considerada a transferência dos empregados da SOLEVID para a DI MAURO. Como a DI MAURO pelo faturamento não poderia optar pelo SIMPLES, o fez através das empresas interpostas WHS e SOLEVID. Estas duas empresas, pelo que ficou claramente demonstrado nos quadros 4 e 6, respectivamente, não tinham objetivos reais de lucro e sim, "servir" à DI MAURO, assumindo em seu nome os custos/despesas fiscais/tributárias, burlando, por conseguinte, o fisco.

(...) além das demais situações acima descritas, formou-se o convencimento fiscal de que as empresas WHS e SOLEVID não são, para fins de apuração de contribuições previdenciárias, empresas independentes, com mão-de-obra própria, meramente prestadoras de serviços A. empresa notificada; mas sim empresas criadas e utilizadas com a finalidade específica de elisão da contribuição previdenciária patronal, já que as duas empresas prestadoras de serviço são optantes pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

(...)

No entendimento fiscal, na realidade toda a mão-de-obra destas duas empresas é constituída por empregados que deveriam estar registrados na DI MAURO desde o início de suas admissões e não apenas a partir de 12/2004 da SOLEVID e a partir de 05/2005, da VHS, conforme procedeu a empresa notificada. Somente a partir destas datas tomou-se "legal" a situação fática existente."

(destaques nossos)

As afirmações do Auditor Fiscal deixam patente, embora de forma indireta, que o lançamento tributário simplesmente desconsidera a existência da empresas interpostas, em razão da comprovada prestação de serviços dos trabalhadores à Recorrente. Ressalte-se que tal situação é reconhecida pelo próprio sujeito passivo a partir de determinada data constante do relatório, como se observa no trecho destacado, acima transcrito.

Tal entendimento se torna explícito, quando a Autoridade Fiscal explica detalhadamente os procedimentos adotados na constituição do crédito tributário previdenciário (fls 443):

"Desta forma, estão sendo constituídos, na DI MAURO, os créditos previdenciários em relação a toda a mão-de-obra constante ou não em folhas-de-pagamento das duas empresas interpostas, não recolhidos em época própria, e todos os demais fatos geradores encontrados, descritos a seguir nos respectivos levantamentos, identificados quanto à parte patronal, incidente sobre a remuneração paga aos segurados empregados e contribuintes individuais, contribuição para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do

trabalho (3%) - RAT e contribuição para outras entidades e fundos, no caso em tela alíquota de 5,8% para as seguintes entidades: Salário Educação 2,5%; INCRA 0,2%; SENAI 1%; Sesi 1,5% e SEBRAE 0,6%. Em relação contribuição sobre a comercialização sobre a produção rural: 2% patronal, 0,1% de RAT e 0,2% para o SENAR.

Foram considerados todos os eventuais pagamento efetuados pelas duas empresas. Integra, ainda, esta NFLD, a contribuição dos segurados não retida (arrecadada) pelas respectivas empresas. A contribuição dos segurados retida (arrecadada) e não recolhida em época própria é objeto de NFLD específica, Debcad nº 35.804.879-6, bem como a retenção de 11% sobre Nota Fiscal de Serviços" (destacamos)

Ora, patente que o Auditor Fiscal considerou os recolhimentos pagos pelas empresas interpostas, como ele mesmo assevera em seu relatório. Recolhimentos esses relativos as contribuições retidas dos segurados.

Na visão do Fisco, como realizado o lançamento, a contribuição retida deve ser aproveitada em razão do vínculo de trabalho ocorrido ter se formado entre a Recorrente e o trabalhador. Nesse sentido, não se pode deixar de aproveitar as contribuições patronais existentes, vez que foram vertidas, ao menos parcialmente, contribuições pelo sujeito passivo.

Tal entendimento, na vertente do aproveitamento de valores recolhidos na sistemática do Simples, é pacífico neste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, ensejando a publicação da Súmula 76 do CARF, assim redigida:

Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada.

Por todo o exposto, voto no sentido de conhecer o recurso voluntário, para dar-lhe parcial provimento, determinando a exclusão das parcelas pagas na sistemática do Simples Federal, observando os percentuais estabelecidos em lei e aplicáveis ao caso concreto.

Carlos Henrique de Oliveira - Redator Designado