



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

Processo nº 35600.006809/2006-64
Recurso nº 149.852 Voluntário
Acórdão nº 2402-01.029 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 7 de julho de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS: PARTE DA EMPRESA, RISCOS AMBIENTAIS DO TRABALHO-RAT E TERCEIROS
Recorrente PRIMAVERA GARDEN CENTER LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2003 a 31/03/2006

NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO. EMPREGADOS. CONTRATAÇÃO. INTERPOSTA PESSOA. SIMULAÇÃO. PREVISÃO LEGAL PARA LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

A contratação de empregados por interposta pessoa jurídica é conduta ilícita, sendo possível à fiscalização efetuar o lançamento de ofício, conforme previsão no art. 149, inciso VII, do CTN.

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO.

Não cabe aos Órgãos Julgadores do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF afastar a aplicação da legislação tributária em vigor, nos termos do art. 62 do seu Regimento Interno.

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais ou afrontariam legislação hierarquicamente superior.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.



MARCELO OLIVEIRA - Presidente



RONALDO DE LIMA MACEDO – Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo e Ewan Teles Aguiar (Convocado).

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) lançada pelo Fisco contra a empresa Primavera Garden Center Ltda, referentes às contribuições devidas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados, correspondentes à parcela devida pela empresa, pelo SAT/RAT (financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho) e a relativas a Terceiros (FNDE/Salário-Educação, INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE), para o período de 04/2003 a 03/2006.

O Relatório Fiscal da notificação (fls. 28 a 34) informa que "Como resultado dos procedimentos de auditoria fiscal, efetuada no estabelecimento da empresa acima identificada, gerenciada pelo Senhor Valério Gomes Neto e a Sra. Myriam Moellmann Gomes, constatou-se um fracionamento simulado da empresa. Tais procedimentos visaram a obtenção indevida do tratamento favorecido instituído pela Lei nº 9.317/96 (Lei do SIMPLES). Esta questão foi objeto da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD."

Esse Relatório Fiscal expõe os elementos de convicção que justificam o procedimento fiscal, e comprovam a simulação na constituição da empresa PRIMAVERA GARDEN ATACADO LTDA., objetivando a sonegação de contribuições previdenciárias.

Ao final, concluiu a Fiscalização: "Como ficou demonstrado e comprovado nos documentos anexos a constituição da empresa Primavera Garden Atacado Ltda. EPP, não passou de simulação com vistas à obtenção irregular do tratamento diferenciado estabelecido na Lei do SIMPLES, aplicado apenas às microempresas e às empresas de pequeno porte (...). Assim, os valores levantados na folha de pagamento emitida durante o período do débito em nome da simulada empresa PRIMAVERA GARDEN ATACADO LTDA. foram inseridas no relatório "Discriminativo Analítico de Débito", em anexo, no seguinte levantamento: "FPG - FOLHA DE PAGAMENTO GARDEN ATACADO e constituiu a base de cálculo das contribuições devidas pela empresa "PRIMAVERA GARDEN CENTER LTDA", sujeito passivo da obrigação previdenciária" (fl. 33).

Integram a NFLD os documentos de fls. 35 a 124, que a Fiscalização entendeu pertinentes para a comprovação da simulação, e os seguintes anexos: IPC - Informações para o Contribuinte; DAD - Discriminativo Analítico do Débito; DSD - Discriminativo Sintético do Débito; RL - Relatório de Lançamentos; FLD - Fundamentação Legal do Débito; CORESP - Relação de Co-responsáveis e Relatório de Vínculos - VÍNCULOS.

Em 16/05/2006, foi realizada a intimação ao sujeito passivo, fl. 01.

A autuada apresentou impugnação tempestiva (fls. 126 a 200), acompanhada de anexos de fls. 201 e seguintes, alegando, em síntese, que:

Devido processo legal: (i) a NFLD é ato jurídico formal, cuja constituição deve observar o art. 104 do Código Civil, ou seja, o agente capaz, objeto lícito, e principalmente forma prescrita ou não defesa em lei, sendo assim, não basta apenas mencionar

a legislação, mas obrigatoriamente o valor dos juros de mora e dos encargos em valores originários. Não sendo observados tais requisitos, é impossível proceder defesa por ausência de suas causas determinantes, sendo nula a NFLD; (ii) no presente caso ocorreu o alargamento dos efeitos da presunção em prejuízo do direito de defesa do contribuinte, ferindo o princípio do devido processo legal; (iii) na NFLD nada consta acerca da divisão comercial das empresas, sequer restando demonstrado ou constatado a existência de ilegalidade e ilicitude na constituição da Primavera Garden Atacado; (iv) se verifica a normalidade da empresa qualificada como de "fachada", pois as empresas são constituídas por pessoas jurídicas distintas, que exploram diferentes atividades, quais sejam, o varejo e o atacado; (v) de igual modo, não há como compreender a alegação de que os sócios da empresa Primavera Garden Atacado seriam "laranjas", não há qualquer prova nos autos a respeito, apenas equivocadíssimas presunções; (vi) também não foi levantado, na NFLD, a clientela das empresas, o sistema de entrega da empresa, localização e funcionários, que são distintos; (vii) societariamente apenas houve divisão comercial das atividades, em varejo e atacado; (viii) o próprio faturamento serve para destacar a licitude das empresas, que recolhem particularmente seus impostos, e, caso realmente existisse empresa de fachada, esta iniciaria seus trabalhos com faturamento de um milhão, e não apenas de R\$ 241.963,00; e (viii) não existem provas para a presunção, reafirmando a ausência do devido processo legal, e citando o art. 5º, incisos XXXV, XXXVI, XXXVII e LV da CRFB/88;

Incompetência funcional: (i) quanto às pessoas jurídicas familiares arrotadas pelo Auditor Fiscal, destaca que em algumas, embora com sócios diferentes, possuem objetivos sociais idênticos, mas na prática, atuam diversamente, tais como a Refinaria Catarinense SA e a USA.T! USINAS DE ACUÚCAR AD e TIJUCAS LTDA, contendo quadro social diferenciado, bem verdade com parentescos; (ii) não parece crível aceitar o inconsistente comparativo das notas de fls. 115 e 116, porque nenhum subfaturamento existiu, ou tampouco porque numa ou noutra ação trabalhista uma preposta se fez presente, pois o próprio termo preposto demonstra a sua independência para representar e apenas confirmar a confiança; (iii) os Auditores Fiscais ultrapassaram os limites de suas competências, suplantaram a necessária Intervenção da Receita Federal para descaracterizar os atos praticados pela Notificada, lembrando que a exclusão de pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES compete a administração direta, ou melhor, à Receita Federal; e (iv) ainda, que a Receita Federal jamais questionou a boa-fé da empresa Primavera Garden Center Ltda. ou quanto à Primavera Garden Atacado Ltda.;

Ausência de motivação: (i) destaca que jamais ocorreu qualquer tipo de inadimplência por parte da Notificada ou da Primavera Garden Atacado Ltda, que pudesse justificar a instauração de procedimento fiscal; (ii) a presunção de sonegação não se deu em razão dos faturamentos destacados à fl. 31, até porque este não é base de cálculo para contribuições previdenciárias do INSS; citando, quanto ao faturamento da Garden Atacado, a queda de seu faturamento, bem como do número de empregados, que de 28 em 2005 passou atualmente para 06; que esta encontra-se prestes a cerrar suas portas devido às dificuldades financeiras dos últimos anos; (iii) também não advém a sonegação pela utilização da preposta Sra. Cristiana Lazzareti Zalamena pela Primavera Garden Atacado Ltda, quando da realização de algumas rescisões contratuais, porque a pessoa do preposto recai sempre em alguém de confiança, à frente de uma atribuição específica, bem como inexiste necessidade de ser empregado da empresa a que se está representando; (iv) de igual modo, não há como falar em simulação quando a transferência de empregados, haja vista que os funcionários continuam a prestar serviços à Primavera Garden Atacado Ltda.; (v) a empresa apenas utilizou das prerrogativas que a legislação permite, ou seja, de benefícios legais, jamais de sonegação fiscal; o máximo que se poderia chegar seria a um planejamento tributário (o que não ocorreu); e (vi) o valor discutido na NFLD é ínfimo para o faturamento mensal das empresas o que

inviabiliza, inclusive, imaginar ocorrência de sonegação, principalmente diante do histórico dos sócios e de suas empresas;

Procedimento de Fiscalização despido de rito legal para desconsideração de atos, não amparo do parágrafo único do art. 116 do CTN: (i) o parágrafo único do art. 116 do CTN depende de procedimento especial, ainda não estabelecido em lei, e somente será plena quando entrar em vigor a lei ordinária a que o próprio artigo se refere, a qual, ainda, poderá vir a ser objeto de questionamentos na seara constitucional, pois colide com o princípio da legalidade, que tem como um de seus desdobramentos essenciais a tipicidade;

Incorreção na identificação do sujeito passivo - nulidade insanável *ex vi* do art. 142 c/c parágrafo único do CTN: (i) a empresa que está sendo questionada é a Primavera Garden Atacado Ltda, sendo nula a NFLD pela incorreta identificação do sujeito passivo;

Efeito *ex tunc*: (i) há ilegalidade nos efeitos retroativos da exclusão, com violação ao art. 150, inciso III, da CRFB/88, devendo ser observado ainda o art. 15 da Lei nº 9.317/96, não se podendo admitir que o mês em que ocorreu a situação excludente seja outro, senão aquele em que ocorre a intimação acerca dos termos da notificação; e (ii) conclui que cabe à Secretaria da Receita Federal a apuração e fiscalização das opções de ingresso no SIMPLES, e não pode o contribuinte ser penalizado por essa omissão, concluindo que o A.to Declaratório Executivo emanado por aquele órgão deve ter efeitos *ex nunc*;

Erro in procedendum no cálculo do montante devido com relação às seguintes contribuições: (i) a inconstitucionalidade da contribuição incidente sobre administradores, autônomos e avulsos, com base na Lei nº 7.787/89, declarada inconstitucional pelo STF e de acordo com a Resolução nº 14 do Senado Federal; é ilegal a cobrança de INSS com relação aos autônomos representantes legais; (ii) inconstitucionalidade da contribuição ao Seguro Acidente do Trabalho porque: a Lei nº 8.212/91 não definiu o que seria atividade preponderante e grau de risco; a regulamentação pelo Decreto nº 2.137/97, determinando a aplicação da alíquota com base no grau de risco experimentado pelo maior número de funcionários é ilegal, infringindo os arts. 149 e 150, I, da CRFB/88, além de extrapolar a própria Lei nº 8.212/91, resultando na majoração indireta do tributo, ferindo o princípio da tipicidade; (iii) caso não se acolha a argumentação supra, tem com justo o enquadramento da Notificada no percentual de 1% e não de 2%; (iv) a inaplicabilidade do SAT aos funcionários do escritório, pois o enquadramento na tabela de riscos, que implica alíquotas maiores ou menores, deve ser compatível com as tarefas desenvolvidas no estabelecimento; (v) a ilegalidade da cobrança de contribuição previdenciária sobre auxílio doença, pois; a Lei nº 8.212/91, em seu art. 22, é clara ao definir salário de contribuição, compreendendo os valores referentes à retribuição do trabalho prestado efetivamente; todo e qualquer período em que o empregado se encontra afastado por motivo de doença não pode haver a incidência da contribuição previdenciária; resta plenamente visível que inúmeros funcionários, durante o período de 04/2003 a 03/2006 encontravam-se afastados da empresa por motivo de doença, o que por si só já basta para se constar a ilegal cobrança sobre referidas verbas; (v) igualmente ilegal a incidência de contribuição social sobre as verbas indenizatórias, porquanto a Medida Provisória nº 1.523-7/97, ao reedita as seis anteriores, introduziu alterações na redação original ao § 2º do art. 22 da Lei nº 8.212/91, culminando com um aumento indevido da base de cálculo das contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários, exigidas com fundamento no inciso I, do art. 195, da CRFB/88; (vi) o art. 28 da Lei nº 8.212/91 exclui do conceito de salário de contribuição o vale transporte recebido na forma da legislação própria,

contestando o procedimento do INSS, em autuar as empresas que pagam referida verba em desacordo com a lei; (vii) a inexistência da contribuição ao SEBRAE porquanto: a Lei nº 8.154/90, obrigou ao recolhimento empresas que não se beneficiam por esta entidade, por não se enquadrarem na classificação de Micro ou Pequena empresa, como é o caso da Notificada; como esta não mantém vínculo com o SEBRAE, jamais deveria recolher esta contribuição, citando, ainda, estar em desacordo com a CRFB/88, arts. 146 e 149, pois se trata de nova contribuição, inexistindo qualquer relação da referida exação com as contribuições relativas ao Sesi/SENAI/SESC/SENAC; (viii) a inexistência da contribuição para o FUNRURAL e ao INCRA das empresas urbanas, que é inconstitucional face o art. 154, I, que veda a mesma incidência de fato gerador e base de cálculos já existentes, que é o que ocorre por apresentar a mesma base de cálculo da contribuição à Seguridade Social sobre a folha de salários, devendo também por este motivo ser declarada a ilegalidade de sua cobrança; a inconstitucionalidade da cobrança para o INCRA, em virtude da vedação contida no art. 154, I, no sentido de que os tributos instituídos no exercício da competência residual não podem apresentar a mesma base de cálculo que as contribuições devidas pelas empresas em geral; (ix) o *bis in idem*, na cobrança da contribuição devida pela empresa, porque o percentual de 20% não pode incidir sobre a parte da contribuição previdenciária devida pelo empregado, de 11%, assim, obrigatoriamente, para que haja a incidência dos 20% sobre a remuneração do empregado, deve-se deduzir 11% pago pelo empregado, bem como as verbas descontadas a título de FGTS; (x) o percentual de 20% (contribuição da empresa), não pode incidir sobre a verba também paga pelo empregado a título de imposto sindical, devendo ser reduzida, uma vez que compulsória é esta parcela; (xi) o INSS, através da ilícita cobrança, fez incidir contribuição previdenciária na parcela devida a título de salário família; e (xii) infere-se na NFLD a ilegal cobrança do Salário-Educação, o qual jamais deveria ter sido disciplinado por decreto lei, sendo inconstitucional o Decreto-Lei nº 1422/75, ainda, que este Decreto, assim como o de nº 87.043 foram revogados 180 dias após a promulgação da CRFB/88, e, ainda que não tivesse sido revogado por expressa disposição constitucional, a delegação prevista no parágrafo 2º do art. 1º do Dec. Lei nº 1422/75, apresentar-se-ia em contrariedade com o novo sistema tributário instituído pela Constituição (art. 34, parágrafo 5º, do ADCT), por afronta ao princípio da legalidade, insculpido no art. 150, inciso I, da CF/88 que veda a definição de alíquotas através de Decreto, salvo as exceções constitucionais;

Multas indevidas: (i) a multa decorrente do descumprimento da obrigação tributária se submete aos patamares constitucionais válidos para a tributação, salientando que o art. 113 do CTN não faz distinção entre a obrigação de pagar tributo daquela imposta para o pagamento de multa ou penalidade tributária; e (ii) a impossibilidade de cumular multa moratória e juros moratórios, pois ambos tem caráter indenizatório; (iii) a cobrança de valores ilegais não induz a não incidência de juros e multa em decorrência da mora do credor, seja pela inocorrência da mora do devedor pela ausência de culpa; e (iv) a ilegalidade e inconstitucionalidade da taxa SELIC, porque, não há previsão para a cobrança de juros remuneratórios sobre débitos de natureza tributária, assim, devido à falta de lei que estipule e delimite a aplicação da referida taxa, devem os juros serem recalculados conforme preceitua o art. 161, §1º, do CTN;

Compensação: (i) porquanto ao longo dos anos, inúmeros valores foram lançados e muitos recolhidos de modo ilícito, gerando verdadeiros créditos que merecem a devida compensação.

A DRP em Florianópolis-SC – por meio da Decisão-Notificação (DN) nº 20.401.4/0426/2006 – considerou o lançamento fiscal procedente em sua totalidade (fls. 2760 a 2785), e registrou no item “99” (fl. 2785) que a “*Notificação foi lavrada em estrita consonância com as determinações legais vigentes, e teve por base o que prescrevem os artigos 33 e 37 da Lei nº 8.212/1991, observadas as alterações posteriores*”.

Tempestivamente, a Notificada apresentou recurso (fls. 2790 a 2878), acompanhada de anexos de fls. 2879 a 2942, manifestando seu inconformismo pela obrigatoriedade do recolhimento das contribuições e no mais efetua repetição das alegações de defesa.

A DRP em Florianópolis-SC apresentou contrarrazões (fls. 2938 a 2943) e registrou que “(...) as razões apresentadas pela Recorrente no recurso de fls. 2792/2878, não trazem fatos novos capazes de alterar o julgamento prolatado na Decisão-Notificação nº 20.401.4/426/2006, mantemos a decisão e solicitamos que a fundamentação ali exposta, seja considerada pela superior instância como integrante das presentes contra-razões” – item “7”, fl. 2942.

A DRP em Florianópolis-SC encaminha os autos ao Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), fl. 2943.

Posteriormente, a Recorrente solicita a juntada de documentos de fls. 2945 a 3015.

É o relatório 



Voto

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, fl. 2931. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DO MÉRITO:

Quanto às questões de: observância do devido processo legal; incompetência funcional; ausência de motivação; procedimento de fiscalização despido de rito legal para descon sideração de atos, não amparo do parágrafo único do art. 116 do CTN; incorreção na identificação do sujeito passivo - nulidade insanável *ex vi* do art. 142 c/c parágrafo único do CTN; efeito *ex tunc*; *Erro in procedendum* no cálculo do montante devido com relação às seguintes contribuições; multas indevidas; e compensação, todas explicitadas na impugnação e novamente registradas na peça recursal, entendo que tais alegações não deverão ser acatadas, pois o lançamento fiscal ora analisado foi lavrado com a estrita observância da legislação tributária-previdenciária e essas alegações da Recorrente referem-se a atacar a inconstitucionalidade e/ou ilegalidade das disposições da legislação de regência da lavratura do lançamento fiscal.

Esclarecemos que toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, ou seja declarada suspensa pelo Senado Federal nos termos art. 52, X, da Constituição Federal, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Assim, entendo pertinente transcrever trecho do Parecer CJ n.º 771 da Consultoria Jurídica do MPS, aprovado pelo Ministro da Previdência Social (MPS) em 28/01/1997, que enfoca a questão:

Cumpr e ressaltar que o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Ora, essa assertiva não quer dizer que a administração não tem o dever de propor ou aplicar leis compatíveis com a Constituição. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei, porque o seu destinatário entende ser inconstitucional, quando não há manifestação definitiva do STF a respeito.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

Ante o exposto, essa Consultoria Jurídica posiciona-se no sentido de que a Administração deve abster-se de reconhecer ou declarar a inconstitucionalidade e, sobretudo, de aplicar tal reconhecimento ou declaração nos casos em concreto, de leis, dispositivos legais

e atos normativos que não tenham sido assim expressamente declarados pelos órgãos jurisdicionais e políticos competentes ou reconhecidos pela Chefia do Poder Executivo.

Nesse sentido, o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) veda aos Membros de Turmas de julgamento afastar aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade e o próprio Conselho uniformizou a jurisprudência administrativa sobre a matéria por meio do enunciado da Súmula nº 2, publicadas no DOU de 22/12/2009, ANEXO III - CONSOLIDAÇÃO DAS SÚMULAS DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS - CARF, pág. 71, transcrito a seguir:

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

Súmulas 2 do 1º e 2º Conselhos do antigo Conselho de Contribuintes.

Além disso, verifica-se que as alegações apresentadas pela Recorrente não trazem fatos novos capazes de alterar o lançamento fiscal, nem o julgamento prolatado por meio da Decisão-Notificação (DN) nº 20.401.4/0426/2006 que considerou o lançamento fiscal procedente em sua totalidade (fls. 2760 a 2785).

Logo, em consonância com a legislação previdenciária de regência ao lançamento fiscal, entendo que são devidas às contribuições sociais lavradas na presente Notificação ora analisada.

Não assiste razão à recorrente ao afirmar que restou caracterizado o alargamento dos efeitos da presunção, em prejuízo do direito de defesa e do devido processo legal, pois a empresa Primavera Garden Atacado Ltda não teve oportunidade de se defender e nada consta acerca da divisão comercial das empresas, justamente por encontrarem-se pautadas as empresas de extrema legalidade. A presente notificação não possui como sujeito passivo a Primavera Garden Atacado Ltda, desse modo não poderão ser cobradas as contribuições previdenciárias da mesma. Não compondo o pólo passivo, não há motivo para que a Primavera Garden Atacado Ltda fosse cientificada do lançamento.

A auditoria fiscal da extinta Secretaria da Receita Previdenciária (hoje secretaria da Receita Federal do Brasil) desconsiderou a natureza da contratação dos segurados contratados por meio da sociedade empresária Primavera Garden Atacado Ltda, reconhecendo a existência de vínculo empregatício entre a Recorrente e os segurados. Ao contrário do entendimento da Recorrente, possui a fiscalização previdenciária competência para a prática de tal ato, uma vez que ela não está proferindo qualquer decisão declaratória da existência de relação de emprego, competência essa exclusiva da Justiça do Trabalho, por força do artigo 114 da Constituição Federal.

Ao cumprir sua atividade de arrecadar e fiscalizar a arrecadação das contribuições sociais destinadas à Seguridade Social, artigo 33, *caput*, da Lei nº 8.212/1991, possui a fiscalização o direito de desconsiderar os atos e negócios jurídicos praticados pelos sujeitos passivos tributários com intuito de se escusarem do recolhimento de tributos, caso estejam em desacordo com a legislação tributária.

Em tendo a auditoria fiscal da extinta Receita Previdenciária constatado a existência da relação de emprego entre os segurados e a Recorrente, possui o Fisco o direito-



dever de desconsiderar este negócio jurídico simulado e proceder à notificação dos valores devidos.

Nesse sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, nestas palavras:

PREVIDENCIÁRIO – INSS – FISCALIZAÇÃO – AUTUAÇÃO – POSSIBILIDADE – VÍNCULO EMPREGATÍCIO.

A fiscalização do INSS pode autuar empresa se esta deixar de recolher contribuições previdenciárias em relação às pessoas que ele julgue com vínculo empregatício. Caso discorde, a empresa dispõe do acesso à Justiça do Trabalho, a fim de questionar a existência do vínculo.

Recurso provido. (REsp n.º 236.279/RJ; Rel. Ministro Garcia Vieira; julgado em 08/02/2000; publicado em 20/03/2000)

Os elementos probatórios obtidos pela fiscalização e devidamente demonstrados no Relatório Fiscal de fls. 28 a 34, acompanhado dos documentos de fls. 35 a 124, confirmam que o único objetivo da existência da empresa Primavera Garden Atacado Ltda é o de reduzir a carga tributária e encargos trabalhistas da empresa Primavera Garden Center Ltda.

A empresa Primavera Garden Atacado Ltda é optante pelo Simples, o que reduz a carga tributária em relação às contribuições previdenciárias. Esse é o motivo para criação e contratação de interposta pessoa jurídica. Assim, verifica-se no Relatório Fiscal que, dos 43 (quarenta e três) empregados da sociedade empresária Primavera Garden Center Ltda, 29 (vinte e nove) foram transferidos para a empresa Primavera Garden Atacado Ltda em abril de 2003 (fls. 85 a 106). Esta empresa formalizou o seu Contrato Social na Junta Comercial em 22/01/2003, incluindo-se ao Regime de Tributação SIMPLES nesta data. Contatou-se ainda que a senhora Cristiana Lazarretti Zalameña, empregada da Recorrente (fls. 107 e 108), é preposta nas rescisões de contrato de trabalho dos empregados da empresa Primavera Garden Atacado Ltda. A emissão de notas fiscais pela empresa Primavera Garden Center Ltda continuou normalmente, apesar da redução busca de segurados a seu serviço, e a partir de abril de 2003 começaram a ser emitidas notas fiscais também pela empresa Primavera Garden Atacado Ltda, porém com valores muito reduzidos em relação empresa Primavera Garden Center Ltda (fls. 114 e 115).

Conforme tabela abaixo, verifica-se que a receita bruta das empresas Primavera Garden Center Ltda e Primavera Garden Atacado Ltda é desproporcional em relação à quantidade de segurados contratados (fl. 30 – Relatório Fiscal), sendo que ambas têm o objeto social contratual semelhante: comércio de plantas, flores e árvores; comércio de equipamentos e acessórios para floricultura (fls. 45 e 77).

ANO BASE	PRIMAVERA GARDEN CENTER		PRIMAVERA GARDEN ATACADO	
	Receita Bruta (R\$)	Média de segurados empregados (fls. 85 a 88)	Receita Bruta (R\$)	Média de segurados empregados (fls. 89 a 90)
2000	1.077.393,00	33	---	---
2001	2.160.831,00	39	---	---
2002	3.064.648,00	47	---	---

2003	3.367.787,00	12	214.963,00	30
2004	3.488.259,00	13	828.660	28
2005	3.962.727,00	18	484.625,00	25

Além do mais, um dos requisitos para aferir o enquadramento como empregado seria a análise de quem assume o risco do empreendimento. O presente caso, a empresa Primavera Garden Atacado Ltda não possuía bens patrimoniais, já que quase a totalidade da receita bruta era declarada para a empresa Primavera Garden Center Ltda, conforme Relatório Fiscal (fls. 30 e 31), desse modo o risco era suportado pela notificada; frisa-se que não é o risco técnico, mas sim o econômico, pois de acordo com a realidade encontrada pela fiscalização, a Recorrente suportava inúmeras despesas da empresa Primavera Garden Atacado Ltda, inclusive de seus segurados.

Pela ampla dependência da Primavera Garden Atacado Ltda em relação à empresa Primavera Garden Center Ltda, e considerando que de fato trata-se de uma interposta pessoa, o vínculo empregatício se estabeleceu diretamente entre a Primavera Garden Center Ltda e os segurados. Assim, a subordinação, a remuneração, a pessoalidade e a não-eventualidade restaram presentes na relação jurídica de fato existente entre a Primavera Garden Center Ltda e os segurados contratados por meio da “empresa de interposta” Primavera Garden Atacado Ltda.

Uma relação jurídica sem qualquer objetivo econômico, haja vista a não operacionalidade da empresa Primavera Garden Atacado Ltda, e cuja única finalidade seja de natureza tributária, no caso não recolhimento da cota patronal, não pode ser chancelada como um comportamento lícito. A empresa pode contratar os serviços de segurados por meio de uma empresa prestadora de serviços, o que não é lícito é montar uma prestadora, com rendimento suficiente para ficar enquadrada no Regime de Tributação Simples, e contratar os empregados por meio dessa prestadora.

Em face de tais elementos e provas colacionadas pela fiscalização, é possível formar convicção de existência do enquadramento como segurado empregado, razão pela qual agiu com acerto a fiscalização ao exigir as contribuições devidas pelas partes em virtude deste enquadramento.

No presente caso não se trata de aplicação do art. 116, parágrafo único, do CTN, pois tal dispositivo se aplica às hipóteses em que a autoridade administrativa, apenas para efeitos tributários, pode desconsiderar atos ou negócios jurídicos. O parágrafo único do art. 116 do CTN identifica as hipóteses de atos ou negócios jurídicos que são passíveis de desconsideração, pois, embora lícitos, visam tratamento tributário favorecido e configuram abuso de forma ou falta de propósito negocial. No presente caso, trata-se de fraude, simulação, hipóteses em que a legislação tributária já dispõe de ferramentas para atuação fiscal, conforme expressamente previsto no art. 149, inciso VII, do CTN, nestes termos:

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;

(...)

Desse modo não procede o argumento da Recorrente de que a desconsideração da pessoa jurídica requer a formação do processo legal específico, não possuindo a auditoria fiscal da Receita Previdenciária competência para tanto. No presente caso estamos diante do ato simulado, a auditoria fiscal efetuou o lançamento de ofício, que é ato privativo da autoridade fiscal, conforme autorização legal (art. 149, inciso VII, do CTN).

Por todo o exposto o lançamento fiscal seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido nos termos da Decisão-Notificação, haja vista que os argumentos apontados pelo Recorrente são incapazes de refutar a presente notificação.

CONCLUSÃO

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso para no mérito NEGAR PROVIMENTO, julgando procedente o lançamento efetuado.

É como voto.

Sala das Sessões, em 7 de julho de 2010



RONALDO DE LIMA MACEDO - Relator

