



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

Processo n° 10920.003413/2007-01
Recurso n° 002.490 De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 2302-002.490 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - NFLD
Recorrentes REFRATEK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS REFRAATÓRIOS LTDA E OUTROS
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/2006

GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CARACTERIZAÇÃO.

Caracteriza-se grupo econômico de fato, também denominado “*grupo composto por coordenação*”, o conglomerado de empresas que, embora com situação jurídica distinta, possuam comunhão de sócios/parentes e de objetivos sociais, tenham linha de comando e representação efetuada pelo mesmo grupo de pessoas ou por pessoas diretamente a elas vinculadas, além de atuarem na mesma unidade física, utilizando-se da estrutura do grupo e compartilhando os fatores de produção.

SEGURADO EMPREGADO. CONTRATAÇÃO NA QUALIDADE DE PESSOA JURÍDICA OU POR INTERPOSTA PESSOA. ILEGALIDADE. DESCONSIDERAÇÃO DOS ATOS FORMAIS.

A contratação de trabalhadores por empresa interposta ou na qualidade de pessoa jurídica é ilegal, formando-se o vínculo de segurado empregado diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário.

A Lei outorga à Autoridade Administrativa a competência para desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

LANÇAMENTO. RELATÓRIOS FISCAIS. VÍCIO DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Inexiste vício de nulidade no lançamento tributário cujos relatórios típicos descrevam de forma clara, discriminada e detalhada a natureza e origem de todos os fatos geradores lançados, suas bases de cálculo, alíquotas aplicadas, montantes devidos, as deduções e créditos considerados em favor do contribuinte, assim como, os fundamentos legais que lhe dão amparo jurídico,

permitindo dessarte a perfeita identificação dos tributos lançados na notificação fiscal.

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E LEGALIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Tendo em vista o consagrado atributo da presunção de veracidade que caracteriza os atos administrativos, gênero do qual o lançamento tributário é espécie, opera-se a inversão do encargo probatório, repousando sobre o Notificado o ônus de desconstituir o lançamento ora em consumação. Havendo um documento público com presunção de veracidade não impugnado eficazmente pela parte contrária, o desfecho há de ser em favor desta presunção.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RETENÇÃO DE 11%. DISPENSA. REQUISITOS LEGAIS.

A contratante fica dispensada de efetuar a retenção e a contratada de registrar o destaque da retenção na nota fiscal, na fatura ou no recibo, quando a contratada, cumulativamente, não possuir empregados, o serviço for prestado pessoalmente pelo titular ou sócio e o seu faturamento do mês anterior for igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário de contribuição.

A comprovação de tais requisitos se dá mediante a apresentação, pela contratada à tomadora, de declaração assinada por seu representante legal, sob as penas da lei, de que não possui empregados e o seu faturamento no mês anterior foi igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário-de-contribuição.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

O crédito decorrente de contribuições previdenciárias não integralmente pagas na data de vencimento será acrescido de juros de mora, de caráter irrelevável, seja qual for o motivo determinante da falta, equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC a que se refere o artigo 13 da Lei 9.065/95, incidentes sobre o valor atualizado, nos termos do art. 161 do CTN c.c. art. 34 da Lei nº 8.212/91.

Recurso de Ofício Negado

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2ª TO/3ª CÂMARA/2ª SEJUL/CARF/MF/DF, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e por unanimidade de votos, em conceder provimento parcial ao recurso voluntário, para excluir do lançamento todas as obrigações tributárias contidas no levantamento intitulado “RON – CONTABILIDADE REFRACON”, assim como as obrigações tributárias referentes aos fatos geradores ocorridos, exclusivamente, nas competências janeiro/2002, maio e junho/2003, setembro a dezembro/2003 e janeiro a março/2004 contidas no levantamento “RO2 – TIRADENTES CONF. MANUT. INDUST.”, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Liége Lacroix Thomasi – Presidente Substituta.

Arlindo da Costa e Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Liége Lacroix Thomasi (Presidente Substituta de Turma), Leonardo Henrique Pires Lopes (Vice-presidente de turma), André Luis Mársico Lombardi, Juliana Campos de Carvalho Cruz, Fábio Pallaretti Calcini e Arlindo da Costa e Silva.

Relatório

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/2006

Data da lavratura da NFLD: 09/07/2007.

Data da ciência da NFLD: 12/07/2007.

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário interposto em face de Decisão Administrativa de 1ª Instância proferida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis/SC que julgou procedente em parte as impugnações oferecidas pelo sujeito passivo e pelos devedores solidários do crédito tributário lançado por intermédio da NFLD nº 37.109.225-6, de 09 de julho de 2007.

Relata a Autoridade Lançadora que o crédito previdenciário objeto da NFLD em debate diz respeito a contribuições devidas: à Seguridade Social, correspondente às contribuições dos segurados empregados; Contribuintes Individuais, Retenção pela tomadora de serviços mediante mão de obra (todas referente a parcelas não descontadas ou não retidas); parcelas de contribuições a cargo da empresa sobre a remuneração de empregados, Autônomos, Administradores e Contribuintes Individuais (parte patronal); para financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho; e as destinadas aos terceiros SALÁRIO EDUCAÇÃO, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE.

Durante os procedimentos de fiscalização, do exame dos documentos apresentados, houve-se por constatada a existência de grupo econômico de fato constituído pelas empresas Refratek Ind. Com. De Prod. Refratários Ltda, Refracon Man. e Com. de Produtos Refratários Ltda ME (Mandado 09380893F00); Refrashell Ind. e Com. de Produtos para Fundação Ltda ME (Mandado 09380901 F00); ACJL Participações Ltda Mandado 09380885F00) e Refrashell Ind. Com. de Produtos para Fundação II Ltda ME (Mandado 09380891F00), as quais houveram-se devidamente identificadas do vertente lançamento, conforme se depreende dos Ofícios e Avisos de Recebimento a fls. 1556/1564.

As obrigações tributárias objeto da vertente NFLD tem por origem os fatos geradores a seguir alinhados:

1. As remunerações pagas e/ou creditadas aos diversos segurados empregados, lançados constante de folha de pagamento, e Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência

Social — GFIP, da empresa REFRAATEK INDÚSTRIA E COM DE PRODUTOS REFRAATÁRIOS LTDA, CNPJ 82.153.396/0001-71, nos meses 08/2000; 10/2004 13/2005 e 13/2006, cujos valores estão indicados no campo "Base de Cálculo - 01 — SC Empregados" do Discriminativo Analítico de Débito — DAD, além de constar dos levantamentos de débito, "GFP — Folha de Pagamento em GFIP";

2. As remunerações pagas e/ou creditadas aos diversos segurados empregados, lançados na contabilidade e /ou constantes de documentos físicos, que permitiram a identificação como tal, não incluídas em folha de pagamento, nem declaradas em Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social — GFIP, da empresa REFRAATEK INDÚSTRIA E COM DE PRODUTOS REFRAATÁRIOS LTDA, CNPJ 82.153.396/0001-71, cujos valores estão indicados no campo "Base de Cálculo - 01 — SC Empregados" do Discriminativo Analítico de Débito — DAD, além de constar dos levantamentos de débito, " CTB Contabilidade e Documentos", além planilha específica elaborada para esta finalidade anexa ao Relatório Fiscal;;
3. As remunerações pagas e/ou creditadas aos diversos segurados Autônomos, Administradores, Sócios Gerentes e Contribuintes Individuais, a título de Comissões, Serviços Prestados e Retiradas Pro Labore, lançados na contabilidade e/ou constantes de documentos físicos, que permitiram a identificação como tal, não incluídas em folha de pagamento, nem declaradas em GFIP, da empresa REFRAATEK INDÚSTRIA E COM DE PRODUTOS REFRAATÁRIOS LTDA, CNPJ 82.153.396/0001-71, cujos valores estão indicados no campo "Base de Cálculo 03 — BC C.Ind/Adm Aut"; do Discriminativo Analítico de Débito —DAD, além de constar dos levantamentos de débito, "CTB — Contabilidade e Documentos", constante ainda de planilha específica elaborada para esta finalidade anexa ao Relatório Fiscal;
4. As importâncias pagas e/ou creditadas à empresa TIRADENTES CONFEC E MANUT INDL LTDA, no que concerne aos valores de retenção de INSS, não retidos pela tomadora dos Serviços, constantes do Levantamento de Débito "R02 Tiradentes Conf Manu Indust", cujas notas fiscais constam de planilha elabora para esta finalidade, anexa ao Relatório Fiscal;
5. As importâncias pagas e/ou creditadas à empresa EMPREITEIRA DE MÃO DE OBRA CUNHA SCHMIDT, no que concerne aos valores de retenção de INSS, não retidos pela tomadora dos Serviços, constantes do Levantamento de Débito "ROI Empreit Mão Obra Cunha Schmidt", no mês de 06/2005, relativo a nota fiscal100207;
6. As remunerações pagas e/ou creditadas aos diversos segurados empregados, lançados na contabilidade e/ou constantes de documentos físicos, que permitiram a identificação como tal, não incluídas em folha de pagamento, nem declaradas em Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social — GFIP, da empresa REFRACON MAN E COM DE PRODUTOS REFRAATÁRIOS LTDA ME, CNPJ 72.108.145/0001-

11, cujos valores estão indicados no campo "Base de Cálculo - 01 — SC Empregados" do Discriminativo Analítico de Débito — DAD, além de constar dos levantamentos de débito, "RON— Contabilidade Refracon" além planilha elaborada para esta finalidade, anexa ao Relatório Fiscal;

7. As remunerações pagas e/ou creditadas aos diversos segurados Autônomos, Administradores, Sócios Gerentes e Contribuintes Individuais, a título de Comissões, Serviços Prestados e Retiradas Pro Labore, lançados na contabilidade e/ou constantes de documentos físicos, que permitiram a identificação como tal, não incluídas em folha de pagamento, nem declaradas em GFIP, da empresa REFRACON MAN E COM DE PRODUTOS REFRAATÁRIOS LTDA ME, CNPJ 72.108.145/0001-11, cujos valores estão indicados no campo "Base de Cálculo 03 — BC C.Ind/Adm Aut"; do Discriminativo Analítico de Débito —DAD, além de constar dos levantamentos de débito, "RON — Contabilidade Refracon", constante ainda de planilha elaborada para esta finalidade anexa ao Relatório Fiscal;

As parcelas objetos de contribuições previdenciárias recolhidas relacionadas no RDA - Relatório de Documentos Apresentados, foram deduzidas das contribuições apuradas, nos parâmetros descritos no RADA - Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados.

Irresignado com o supracitado lançamento tributário, o sujeito passivo apresentou impugnação a fls. 1566/1633. A Refracon Manutenção e Comercio de Produtos Refratários Ltda ofereceu impugnação a fls. 1877/1881. A Refrashell Ind. Com. de Produtos para Fundação Ltda, por seu turno contestou o lançamento mediante bloqueio a fls. 1862/1865 e 1892/1895. Na mesma toada, a ACJL Participações Ltda apresentou defesa a fls. 1902/1905.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis/SC baixou o feito em Diligência para que a fiscalização prestasse esclarecimentos a respeito de determinados levantamentos integrantes do lançamento em questão, conforme despacho a fls. 1921/1922.

Fruto do incidente processual mencionado no parágrafo anterior, houve-se por emitida a Informação Fiscal a fls. 1924/1969, instruída com os documentos a fls. 1970/1979.

Devidamente cientificados do conteúdo da Informação Fiscal suso referida, o sujeito passivo ofereceu aditamento à defesa nos termos dos instrumentos a fls. 1990/1998. As demais empresas devedoras solidárias não se manifestaram nos autos no prazo normativo.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis/SC lavrou Decisão Administrativa textualizada no Acórdão a fls. 2030/2051, julgando procedente em parte o lançamento, para dele fazer excluir as obrigações tributárias atingidas pela decadência, nos termos do art. 173, I do CTN, mantendo o crédito tributário na forma exposta no Discriminativo Analítico do Débito Retificado - DADR a fls. 2001/2029, e recorrendo de

O Sujeito Passivo e os demais devedores solidários foram cientificados da decisão de 1ª Instância no dia 07/11/2008, conforme Documento de Intimação e Avisos de Recebimento a fls. 2053/2062.

Inconformado com a decisão exarada pelo órgão administrativo julgador *a quo*, a Refratek Ind. Com. de Prod. Refratários Ltda interpôs recurso voluntário a fls. 2067/; respaldando sua resistência ao lançamento em argumentação desenvolvida nas alegações que se vos seguem:

- Cerceamento de defesa, pelo fato de o Relatório Fiscal não conter justificativas nem motivação em relação aos diversos lançamentos;
- Que as empresas Refrashel, Refrashel II, Refracon e Refratek não formam grupo econômico;
- Que a fiscalização Previdenciária não possui competência para declarar a inexistência da relação laboral entre os empregados da empresa Refrashell II e a existência de vínculo laboral destes com a ora Refratek, eis que tal competência é exclusiva da Justiça Trabalhista;
- Que a Fiscalização Tributária não possui competência para o desenquadramento de empresa do SIMPLES e lançamento fiscal contra empresas terceirizadas que são optantes por esse sistema simplificado. Aduz que a fiscalização ilegalmente optou em desprezar a situação e atos jurídicos perfeitos e acabados para declarar a inexistência de relação laboral efetiva e a pretensa existência de vínculo laboral direto com a ora Recorrente, exigindo o recolhimento das contribuições patronais em questão;
- Que inexistente qualquer disposição legal que impeça ou restrinja a possibilidade de um indivíduo constituir uma pessoa jurídica para a prestação de serviços;
- Que o lucro antecipado pelas empresas em geral aos respectivos empregadores, desde que devidamente comprovado como tal por meio da contabilidade, não integra a suas remunerações para efeitos previdenciários;
- Que é indevida a exigência de retenção em relação aos serviços prestados pela empresa Tiradentes, uma vez que os serviços foram prestados pelos sócios, a empresa não tem empregados e o faturamento do mês anterior foi inferior a duas vezes o limite máximo do Salário de Contribuição;
- Que o Relatório Fiscal não faz menção à motivação do lançamento do valor devido a título de retenção de 11% pelo serviço prestado pela empresa de Empreiteira de Mão-de-Obra Cunha Schmidt;
- Que é impraticável a utilização da Taxa SELIC como índice de juros a serem aplicados na atualização de débitos tributários;

As fím, requer a procedência do recurso.

A Refrashell Ind. e Com. de Produtos para Fundição Ltda, a Refracon Man. Com. de Produtos Refratários Ltda, a ACJL Participações Ltda e Refrashell Ind. Com. de Produtos para Fundição II Ltda ofereceram Recurso Voluntário a fls. 2125/2129, 2130/2134, 2135/2139 e 2140/2145, respectivamente, alegando, em síntese:

- Que jamais houve confusão patrimonial entre as empresas;
- Que somente poderia se cogitar de responsabilidade solidária no caso de eventual reclamação na justiça do trabalho relativamente aos direitos dos empregados;
- Que não se trata de grupo econômico, pois não restam cumpridos os requisitos do artigo 748 da Instrução Normativa nº 03/2005, posto que as impugnantes não estão sob a direção, controle ou administração da REFRATEK.

Relatados sumariamente os fatos relevantes.

Voto

Conselheiro Arlindo da Costa e Silva, Relator.

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1.1. DA TEMPESTIVIDADE

O sujeito passivo e os demais devedores solidários foram válida e eficazmente cientificados da decisão recorrida no dia 07/11/2009. Havendo sido o recurso voluntário protocolado no dia 09 de dezembro do mesmo ano, há que se reconhecer a tempestividade do recurso interposto.

Presentes os demais requisitos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

2. DAS PRELIMINARES

2.1. DO CERCEAMENTO DE DEFESA

Alega o Recorrente Cerceamento de defesa, pelo fato de o Relatório Fiscal não conter justificativas nem motivação em relação a diversos lançamentos.

Razão não lhe assiste, todavia.

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

Dada à complexidade do procedimento, cada elemento constitutivo do lançamento há que ser interpretado e digerido com o olhar clínico que o seu propósito finalístico assim demanda.

Com efeito, por se tratar o lançamento de um procedimento administrativo de cunho eminentemente jurídico, nada mais natural e exigível que os termos que o compõem obedeçam à lógica e ao jargão jurídico. Tal característica, logicamente, não o invalida. Ao contrário, lhe confere a precisão terminológica adequada à sua perfeita compreensão e alcance. Fosse um documento médico, de literatura, ou de engenharia, exigíveis seriam os jargões médico, literário ou de engenharia, respectivamente, não o jurídico.

No presente caso, mediante o desenvolvimento de ação fiscal nas dependências da empresa notificada houve-se por constatada violação a obrigação tributária principal, consistente no não recolhimento de contribuições previdenciárias a cargo da empresa, destinadas ao custeio da Seguridade Social, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho e a Outras Entidades e Fundos, incidentes sobre remunerações pagas a segurados empregados da empresa e sobre o *pro labore* de seus diretores, não recolhidas aos cofres da Previdência Social na forma de nos prazos previstos na legislação.

Dentre os fatos geradores apurados pela fiscalização, o Relatório Fiscal a fl. 147 dos autos assim descreve:

“c) A empresa contabilizou pagamento de distribuição de lucros, e retiradas pro labore ao Sr. Nilson Crema, no período de janeiro a maio/1999, quando o mesmo não era sócio da empresa, como ficou provado através das informações acostadas no início deste relatório. Tais valores foram registrados nas contas contábeis 11270003 Adiantamento de Lucros e 32220001 Retiradas Pro labore, e corroboradas pela Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica exercício 2000, ano calendário 1999. Os valores pagos, a título de distribuição de lucros, foram de R\$ 15.000,00 mensais, de janeiro a maio/99, que totalizam 75.000,00. Quanto ao reconhecimento contábil de Retiradas Pro Labore, estas foram de R\$ 900,00 mensais, no mesmo período que totaliza R\$ 4.500,00”.

Mais adiante, na Informação Fiscal decorrente de Diligência, informa a Autoridade Lançadora, *verbatim*:

“Com relação ao item 2.3 - Levantamento "CTB — Contabilidade e Documentos" onde é solicitado maior esclarecimento, em relação aos pagamentos aos administradores, considerados como pro labore pela fiscalização, observando-se os dois momentos, quais sejam até o

período em que a empresa era tributada pelo Imposto de Renda com base no Lucro Presumido (até 2004) e o período posterior, tenho a informar o seguinte:

A empresa traz em suas peças de defesa, às folhas 1586 a 1588, o conceito de Lucro Presumido, bem como a exigência imposta pelo art. 527 do Regulamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, no tocante a manutenção de escrituração contábil e/ou Livro Caixa e Inventário. Reafirma em sua tese, que seria inadmissível e totalmente ilegal que esta Auditoria, de posse de toda a documentação contábil existente na empresa pudesse arbitrar a retirada de dividendos como sendo pró-labore dos sócios.

Neste aspecto, esta Auditoria não inovou em nenhum momento, simplesmente lançou os fatos geradores de contribuições previdenciárias, da forma que se encontravam evidenciados nos respectivos documentos físicos, respeitando seus históricos e naturezas; tanto assim, que anexou o que foi possível, junto ao Relatório Fiscal.

Ressalta inclusive, que o referido procedimento, foi motivado pela precariedade dos lançamentos contábeis e discrepâncias encontradas na contabilidade, conforme pode se verificar de forma contundente, às fls. 146 a 152 dos Autos. Desta forma, baseou esta auditoria tão somente na realidade fática encontrada nos documentos físicos, sem o condão de desconsiderar lucros distribuídos para pro labore, como afirma a Impugnante”.

Não procede, portanto a alegação da empresa de que os relatórios de lançamento nada mencionaram a respeito do lançamento de *pro labore* sob a roupagem de distribuição de lucros.

O Recorrente alega, também, que a Fiscalização “*relacionou em seu Relatório, empresas jurídicas de representação comercial e assessoria técnica, alegando que os sócios destas são, na realidade, autônomos (contribuintes individuais) ou empregados da ora Recorrente, dependendo do caso concreto. No entanto, lançou em sua planilha, pessoas físicas, sócias de empresas de representação comercial, sem sequer mencionar no Relatório Fiscal, ou seja, a ora Recorrente necessitou auditar a planilha e tentar adivinhar o motivo de tais lançamentos*”.

Ora, os motivos o próprio Recorrente está dizendo: os sócios de pessoas jurídicas de representação comercial e de assessoria técnica prestavam serviços à Notificada na condição de segurado empregado, nos termos do art. 12, I da Lei nº 8.212/91. Diz o Relatório Fiscal nestas exatas letras:

“3.3. OUTRAS SITUAÇÕES

Foram também encontradas situações de contratações de empregados que se confundiam com empresas constituídas, ou ainda representantes comerciais autônomos que prestavam ou ainda prestam serviços para as diversas empresas do grupo e

que por vezes se confundem com empresas pessoas jurídicas, conforme passo a descrever:

a) EMPREGADO x EMPRESA CONSTITUIDA:

a. 1) TADASHIGUE KAZIMOTO x TADA REFRATÁRIOS LTDA

O grupo empresarial Refratek registrou o segurado empregado TADASHIGUE KAZIMOTO, NIT 10421108182, junto a empresa REFRASHEL II, CNPJ 07.188.517/0001-03 em 17/11/2005, com salário de R\$ 366,00. Ocorre que 01/02/2005, foi firmado contrato de prestação de serviços entre a empresa TADA REFRATÁRIOS LTDA, CNPJ 01.533.972/0001-04, cujo titular é o Sr. Tadashigue Kazimoto, cujo objeto constante da Cláusula 1.1 é: "Acessória técnica para desenvolvimento, aprimoramento, pesquisa e desenvolvimento De produtos e processos fabris pela CONTRATADA à CONTRATANTE e suas Coligadas ... (grifo nosso). Prevê ainda o contrato que a Refratek pagará ao à TADA Ltda, a importância anual de R\$ 99.000,00 (Noventa e nove mil reais), que equivaleria em média a R\$ 8.250,00 mensais. Durante todo o período da fiscalização foram encontrados documentos de pagamentos ora feitos diretamente na conta pessoal do Sr Tadashigue, Kazimoto (Conta 1002747 Agência 334 — Bradesco), mesma agência em que a empresa Refratek mantém sua conta, embora a empresa TADA tenha sua sede na Rua Elba 130 em Betim — Minas Gerais.

a.2) MARCELO HENRIQUE KUMMROW X REPRESENT COMERCIAIS LTDA

Junto ao cadastro da Receita Federal do Brasil, consta empresa constituída em 17/03/1998, com a razão social de MARCELO KUMMROW REPRESENTAÇÕES LTDA, CNPJ 02.454.968/0001-13, situada em Balneário Itapoá, à Rua Princesa Isabel, s.n, cujo título do estabelecimento é "M.K.R. REFRATÁRIOS", embora a atividade econômica consta como sendo "74.90-1-01 — Serviços de tradução, interpretação e similares".

O Sr. Marcelo Henrique Kummrow presta serviços para a empresa REFRATEK e demais empresas do grupo econômico, desde 07/1998. Todas as notas fiscais emitidas no período de 07/1998 a 10/2000 (notas número 001 a 031), foram exclusivamente para empresa REFRATEK, cujos históricos, refere-se a pagamento de comissões por vendas, sendo que as importâncias correspondentes foram creditadas em sua conta corrente, pessoa física.

Por outro lado, o Sr. Marcelo Henrique Kummrow, foi registrado como segurado empregado na empresa REFRATEK de 01/12/2000 até 31/01/2005; quando foi então transferido para empresa REFRASHEL II, onde permaneceu de 01/12/2005 até 15/12/2005, para em seguida se registrar na empresa REFRACON em 10/07/2006 onde permaneceu até hoje.

Os pagamentos de comissões sempre foram feitos para pessoa física do Sr. Marcelo através de transferência bancária para sua conta corrente; como já dito anteriormente, sendo evidente que as poucas notas fiscais de sua empresa, emitidas no período 07/1998 a 10/2000, foram utilizadas tão somente com o propósito de desvirtuar a realidade fática da condição de segurado empregado das empresas do grupo Refratek.

b) REPRESENTANTES AUTONOMOS X EMPRESAS CONSTITUÍDAS

A empresa REFRATEK, mantém um quadro de representantes comerciais, cujas comissões são pagas através de recibos de pessoas físicas ou através de DOC/TED Bancários, conforme se verifica através dos extratos bancários (principalmente do Banco Bradesco, que traz em seus históricos, os nomes e contas dos beneficiários).

Ocorre que em determinados períodos estes representantes constituíram empresas, e por vezes apresentaram ainda que intempestivamente notas fiscais, para caracterização de pagamentos a pessoas jurídicas, que corroborariam a principio a não incidência de contribuições previdenciárias. Os diversos representantes constam das seguintes empresas:

b.1) JOSÉ GERALDO NUNES X JOGEMARI REPRESENTAÇÕES LTDA

O representante Sr. José Geraldo Nunes, CPF 372.549.876-87, tem suas comissões creditadas em conta corrente pessoal, conforme pode se verificar através dos diversos DOC/TEC Bancários, e ainda assim, constituiu a empresa JOGEMARI, CNPJ 05.307.265/0001-50, em 16/09/2002, conforme registro na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais — JUCEMG, sob número 3120659176-0. Se trata de Sociedade Empresária Limitada, porém todos os pagamentos, repito, são feitos na pessoa física do sócio José Geraldo Nunes.

b.2) JOSÉ HARY SCHNEIDER x Z & S REPRESENTAÇÕES LTDA

A empresa Z&S Representações Ltda, se constituiu na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina, com início de atividades em 20/04/2004, conforme Contrato Social arquivado sob número 4220349800, em cujo quadro de sócios, figura o Sr. José Hary Schneider. A grande maioria dos pagamentos feitos pela empresa Refratek, a estes prestadores de serviços se dá através da pessoa física do sócio, e como tal será tratado para fins de enquadramento, na modalidade de contribuinte individual.

b.3) CNPJ 07.080.183/0001-41 x CLAUDINEI APARECIDO FIERS

A exemplo dos anteriores, consta a abertura da empresa CLAUDINEI APARECIDO FIERS, CNPJ 07.080.183/0001-41, com sede em São Paulo, e no entanto pagamentos de comissões são feitos diretamente na conta corrente pessoal do titular da empresa CLAUDINEI APARECIDO FIERS.

b.4) GUIBEL REPRESENTAÇÕES LTDA X OSMAR MARCARINI

A empresa GUIBEL REPRESENTAÇÕES LTDA, CNPJ 82.153.396/0001-71, foi constituída em 18/09/98, mediante 2ª alteração contratual da empresa anteriormente existente Confecções DAAG Ltda ME, que detém em seu quadro social o Sr. Osmar Marcarmi, CPF 248.867.859-72.

O Sr. Osmar Marcarmi, presta serviços de Representante Comercial, para empresa REFRATEK e demais empresas do

grupo, desde 10/2000, percebendo o valor de suas comissões diretamente através de crédito em conta corrente pessoa física. As notas fiscais emitidas por sua empresa GUIBEL REPRESENTAÇÕES LTDA, quando emitidas, mostram uma outra realidade, qual seja, de destacar tão somente o valor líquido das comissões recebidos, ou seja, deduzido das despesas normais incorridas para produção dos rendimentos. Em cada prestação de contas é feito um demonstrativo onde fica claro o total de rendimentos, subtraído das despesas e finalmente o valor líquido como sendo as comissões do mês. A título de exemplo, temos junto a nota fiscal 0034 de 1710412001, onde consta Rendimentos R\$ 4.398,92; Despesas R\$ 1.825,24 e Saldo R\$ 2.573,68. Isto pode ser verificado através do PAG-FOR Bradesco de 10/0412001. Desta forma, serão considerados os pagamentos feitos ao Sr. Osmar Marcarim, como pagamentos a Pessoas Físicas/Contribuintes Individuais, fazendo incorrer sobre os mesmos, as contribuições previdenciárias incidentes sobre a matéria”.

fiscal:

Aqui também, no bojo da Informação Fiscal referida, iluminou o auditor

“Quando os representantes comerciais prestam seus serviços se fazendo passar por Pessoas Jurídicas, contraria institutos próprios, pelo fato não emitirem documentos próprios, como notas fiscais, por exemplo, e por consequência percebem suas remunerações através de DOC/CRÉDITOS diretamente em suas contas correntes pessoais. Desta forma eiva de vícios a contabilidade das tomadoras de tais serviços, que ferindo princípios contábeis geralmente aceitos, como o da Entidade, acarreta confusão patrimonial, induzindo em erros seus diversos usuários, e se tornando conivente com tal situação, juntas, prestam ao propósito de desvirtuamento da realidade fática, no sentido de ocultar, por exemplo, a incidência de contribuições sociais sobre o produto de tal labor.

Desta forma os pagamentos efetuados aos Representantes Comerciais: Jovemari Representações Ltda, na pessoa de seu sócio José Geraldo Nunes; MS Representações Ltda, na pessoa de José Hary Schneider; Claudinei Aparecido Fiers na pessoa de seu titular, e Guibel Representações Ltda na pessoa de Osmar Marcarini, foram considerados por esta auditoria fiscal, como sendo. próprios da modalidade de pagamentos a autônomos/contribuintes individuais, e constam do levantamento anteriormente descrito, especificado na planilha constante das fls. 175 a 198, do mesmo processo, que para melhor visualização, consta em planilha anexa, tratando especificamente dos contribuintes objetos deste item, apresentado por ordem de contribuintes e também por competência (planilha anexa).

Ratifico os elementos já descritos no Relatório Fiscal, que novamente transcrevo, desta feita em relação aos representantes solicitados em despacho.”.

Como pode, então, vir aos autos o Recorrente exortar que as pessoas físicas, sócias de empresas jurídicas de representação comercial e assessoria técnica, lançadas pela fiscalização como segurados contribuintes individuais, não foram sequer mencionadas no Relatório Fiscal ?

De todo exposto, avulta a desnecessidade de o Recorrente ter que “auditar a planilha e tentar adivinhar o motivo de tais lançamentos”. Bastava ler o Relatório Fiscal e a Informação Fiscal.

Na parte referente aos fatos geradores, os itens 3.4 e 3.5 do Relatório Fiscal descrevem os fatos jurídicos tributários que deveriam se submeter ao regime da retenção de 11 de que trata o art. 31 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98:

“3. Esta notificação abrange os seguintes fatos geradores das contribuições lançadas:

(...)

3.4. As importâncias pagas e/ou creditadas à empresa TIRADENTES CONFEC E MANUT INDL LTDA, no que concerne aos valores de retenção de INSS, não retidos pela tomadora dos Serviços, constantes do Levantamento de Débito "R02 - Tiradentes Conf Manu Indust", cujas notas fiscais constam de planilha elaborada para esta finalidade, anexada ao presente relatório;

3.5. As importâncias pagas e/ou creditadas à empresa EMPREITEIRA DE MÃO DE OBRA CUNHA SCHMIDT, no que concerne aos valores de retenção de INSS, não retidos pela tomadora dos Serviços, constantes do Levantamento de Débito "R01 Empreit Mão Obra Cunha Schmidt", no mês de 06/2005, relativo a nota fiscal 00207”.

De outro canto, no item ‘c’ da mesma resenha fiscal, a Autoridade Lançadora assim relata:

c) CESSÃO DE MÃO DE OBRA X RETENÇÕES DE INSS:

c.1) TIRADENTES CONFEC E MANUT INDL LTDA

A empresa Tiradentes Confecções e Manutenção Industrial Ltda CNPJ 02.461.774/0001-45, presta serviços para o grupo econômico REFRATEK, desde maio/1998. Junto aos cadastros institucionais do INSS, não consta que a empresa mantenha quadro de empregados, ou que tenha informado GFIP em nenhum mês, até a presente data, embora as notas fiscais emitidas trazem como históricos, "serviços de mão de obra, manutenção industrial, manutenção de ancoras, misturador de areia, reforma de forno, entre outros", justificando assim a real necessidade de empregados.

Ainda que tais notas emitidas refiram-se a cessão de mão obra, não se vislumbram nas mesmas, (exceto raríssimas exceções), a retenção de 11 % para o INSS, a que se refere a legislação, nem tampouco consta qualquer recolhimento de contribuições

previdenciárias no Conta Corrente daquela cedente de mão de obra.

As informações constantes do CNIS/INSS, indicam inclusive que a empresa se encontra de forma ATIVA NÃO REGULAR, desde 27/10/1998 conforme a seguir:

Não fugindo à regra, a Informação Fiscal, a fls. 1932/1934 se pronunciou sobre a questão em foco, *ad litteris et verbis*:

“Item 2.5 da Diligencia : Levantamento 1101 e R02:

Solicita a presente Diligência, que seja especificado o tipo de serviço realizado pelas prestadoras de serviços em questão (Tiradentes e Empreiteira de Mão de Obra Cunha Schmidt), bem como a modalidade de contratação.

Com relação à **Empreiteira de Mão de Obra Cunha Schmidt**, levantamento ROI, não foi apresentado pela empresa Refratek, nenhum contrato, ou outro documento que possibilitasse a esta fiscalização afirmar, por exemplo, qual a forma de contratação dos serviços, e a não obrigatoriedade de retenção, por se tratar de uma **“empreiteira de mão de obra”** tendo sido encontrado na contabilidade tão somente o lançamento contábil, e desta feita quando da apresentação da defesa, a empresa também não trouxe nenhum elemento novo capaz de alterar o procedimento adotado;

Quanto a **Tiradentes Conf Manut Industrial**, levantamento R02, o tipo de serviço prestado, em que pese constar do objeto do contrato (fl. 1793) confecção de peças ou de serviços de reforma de máquinas, em relação à empresa tomadora, trata-se na verdade, de **“serviços de mão de obra, manutenção industrial, manutenção de ancoras, misturados de areia, reforma de forno, entre outros”**, conforme consta dos históricos das notas fiscais, estes serviços foram prestados nas dependências da tomadora, tendo em vista se tratar de manutenção de peças fixas, como ancoras, forno, misturador de areia, etc., ou seja, manutenção industrial e a modalidade de contratação foi na forma de **Cessão de Mão de Obra**, a título de exemplo vide nfs. 387/88/91/451/52/53.

Quanto ao fato de identificar em quais competências a empresa Tiradentes estaria, de fato, desobrigada da retenção de 11% de INSS, em vista do art. 148, II da IN 03/2005, informa esta auditoria; que quando do desenvolvimento dos trabalhos, por várias vezes foram disponibilizadas oportunidades às empresas do grupo Refratek, de apresentarem os documentos solicitados, inclusive todas as notas fiscais da Tiradentes, para que de fato pudessem ser identificadas nas mesmas, os valores da mão de obra e as retenções correspondentes, exatamente pela precariedade da Contabilidade, conforme já foi amplamente descrito. Tais solicitações, não foram atendidas à época, sob o argumento de que não mais mantinham nenhum contato com a empresa Tiradentes, nem formas alternativas de atender ao solicitado. A auditoria buscou então os elementos possíveis no sentido de atender as necessidades fiscais, como consultas às

bases institucionais do INSS, por exemplo, e levantou as retenções já descritas nos Relatórios de Lançamentos.

A empresa Refratek, apresenta neste ato, em sua defesa declarações assinadas pelo titular da empresa Tiradentes, com as alegações de que, em determinados meses, a prestadora de serviços ou não mantinha empregados, ou teria seu faturamento igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário de contribuição, e que por isto estaria fora do campo de incidência da retenção de INSS sobre tais valores, por caracterizar-se em prestação de serviços efetuadas pelos próprios sócios.

Em que pese à empresa haver apresentado as declarações firmadas pela prestadora de serviços Tiradentes, ainda assim deixou de apresentar elementos que de fato pudessem corroborar sua defesa, por várias razões, senão vejamos:

a) Em determinados meses, onde o faturamento se apresenta em valores inferiores aos limites de retenção, a empresa alega que não mantinha empregado, e que os serviços teriam sido prestados pelos próprios sócios; porém, em relação aos meses onde o valor do faturamento sobrepõe a tais limites, nada afirma, não prova nenhuma elisão da responsabilidade solidária, e não observou a falta de retenção do INSS sobre tais notas;

b) As declarações sobre faturamento e ausência de empregados, deveriam ter sido apresentadas à empresa tomadora dos serviços à época do faturamento, para que pudesse essa elidir-se da responsabilidade solidária, o que não foi feito, tendo sido as mesmas apresentadas em defesa, na data de julho/2007.

c) Não apresenta cópias das notas fiscais, e embora declare o valor do faturamento como sendo "zero", ou em outros meses como sendo exatamente o valor considerado pela fiscalização, não fornece elementos para justificar, por exemplo, as diversas lacunas existentes entre a numeração das notas fiscais emitidas;

d) A empresa apresentou à Fiscalização, em determinados meses relação de diversas notas fiscais, com os respectivos pagamentos em sua integralidade, sem a individualização de valores, e sem nenhuma retenção de INSS, razão pela qual foi considerado o levantamento fiscal do débito à época;

e) Pela precariedade da contabilidade, e elementos apresentados, repito, não apresentou a impugnante, elementos novos que pudessem de fato, embasar qualquer alteração do procedimento fiscal adotado.

Assim sendo, salvo melhor juízo, não tendo apresentado fatos novos, ratifica-se o procedimento do ato vinculado praticado por esta fiscalização.

Como visto, apesar do zelo da fiscalização em abordar todos os aspectos da motivação do lançamento e da identificação clara e precisa dos fatos geradores, o Recorrente comparece aos autos para alegar cerceamento de defesa pelo fato de não ter feito menção nos relatórios acerca da motivação do lançamento.

Não há como prosperar, portanto, a alegação recursal de que *“incorreu o Sr. Fiscal em grave omissão, maculando a defesa da ora Recorrente, pois não respeitou o dispositivo legal que trata do conteúdo do Relatório Fiscal”*.

Se nos antolha que, se omissão houve no presente caso, essa foi de cuidado por parte de quem leu os relatórios que integram o vertente lançamento.

Por tais motivos, rejeitamos a preliminar de nulidade equivocadamente esboçada pelo Recorrente.

Vencidas as preliminares, passamos ao exame do mérito.

3. DO MÉRITO

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

Também não serão objeto de apreciação por esta Corte Administrativa as matérias substancialmente alheias ao vertente lançamento, eis que, em seu louvor, no processo de que ora se cuida, não se houve por instaurado qualquer litígio a ser dirimido por este Conselho.

Em razão da declaração de Decadência Parcial aviada no item 2.1. deste, não serão debatidas, igualmente, neste julgamento, as obrigações tributárias relativas aos fatos geradores ocorridos na competência novembro/2001 e nas competências anteriores a essa, assim como aquelas referentes ao 13º salário desse mesmo ano, em razão da perda do objeto.

3.1. DA CARACTERIZAÇÃO DO GRUPO ECONÔMICO

Os Recorrentes alegam que as empresas Refrashel, Refrashel II, Refracon e Refratek não formam grupo econômico.

Aduzem os demais integrantes do grupo que jamais houve confusão patrimonial entre as empresas e que somente se poderia cogitar de responsabilidade solidária no caso de eventual reclamação na justiça do trabalho relativamente aos direitos dos empregados.

Afirmam que não se trata de grupo econômico, pois não restam cumpridos os requisitos do artigo 748 da Instrução Normativa nº 03/2005, posto que as empresas não estão sob a direção, controle ou administração da REFRAKTEK.

Suas alegações, todavia, não correspondem aos fatos.

A jurisprudência pátria, hodiernamente, evoluiu de uma interpretação meramente gramatical do §2º do art. 2º da CLT para o reconhecimento do grupo econômico, ainda que não haja subordinação a uma empresa controladora principal. Admite, portanto, mesmo nas ordens do Poder Judiciário, a configuração de grupo econômico de fato, também denominado "grupo composto por coordenação", em que as empresas atuam horizontalmente, no mesmo plano, participando todas do mesmo empreendimento independente do controle jurídico, com base apenas na organização comum da atividade econômica, conforme desai dos julgados a seguir ementados, perfeitamente aplicáveis ao caso em apreciação:

GRUPO ECONÔMICO. CARACTERIZAÇÃO.

Consoante a melhor doutrina, a personalidade jurídica é o substrato da autonomia dos sujeitos plúrimos que constituem o grupo empresário, podendo-se dizer que a autonomia é uma das facetas do grupo econômico, o que, antes de caracterizá-lo, constitui-se em nota marcante de sua definição.

Quanto à exigência de controle pelo acionista majoritário, tal entendimento encontra-se superado pela doutrina e jurisprudência. Admite-se, hoje, a existência de grupo econômico independente do controle e fiscalização pela chamada empresa líder.

Evoluiu-se de uma interpretação meramente literal do artigo 2º, §2º, da CLT, para o reconhecimento do grupo econômico, ainda que não haja subordinação a uma empresa controladora principal. É o denominado "grupo composto por coordenação" em que as empresas atuam horizontalmente, no mesmo plano, participando todas do mesmo empreendimento.

No direito do Trabalho impõe-se, com maior razão, uma interpretação mais elástica da configuração do grupo econômico, devendo-se atentar para a finalidade de tutela ao empregado perseguido pela norma consolidada (artigo 2º, § 2º, da CLT). Grupo Econômico - Caracterização. (TRT-RO-19827/97 - 4ª T. - Rel. Juiz Ronan Neves Cury - Publ. MG 22.07.98)."

GRUPO ECONÔMICO.

Empresas que embora tenham situação jurídica distinta, são dirigidas pelas mesmas pessoas, exercem suas atividades no mesmo endereço e uma delas presta serviços somente à outra, formam um grupo econômico, a teor das disposições trabalhistas, sendo solidariamente responsáveis pelos legais direitos do empregado de qualquer delas. (TRT 3ª Região. 2T—RO/1551/86 Rel. Juiz Édson Antônio Fiúza Gouthier).

GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CARACTERIZAÇÃO.

O §2.º do art. 2º da CLT deve ser aplicado de forma mais ampla do que seu texto sugere, considerando-se a finalidade da norma, e a evolução das relações econômicas nos quase sessenta anos de sua vigência. Apesar da literalidade do preceito, podem ocorrer, na prática situações em que a direção, o controle ou a

administração não estejam exatamente nas mãos de uma empresa, pessoa jurídica. Pode não existir uma coordenação, horizontal, entre as empresas, submetidas a um controle geral, exercido por pessoas jurídicas ou físicas, nem sempre revelado nos seus atos constitutivos, notadamente quando a configuração do grupo quer ser dissimulada. Provados fartamente, o controle e a direção por determinadas pessoas físicas que, de fato, mantém a administração das empresas, sob um comando único, configurado está o grupo econômico, incidindo a responsabilidade solidária. (TRT/15ª REGLÃO. Decisão Nº 061975/2005-PATR., Relatora: MARIANE KHAYAT, publicado em 19/12/2005)

O grupo econômico de fato se caracteriza, portanto, pela reunião de várias pessoas, físicas ou jurídicas, cada uma com personalidade jurídica e patrimônio formalmente distintos e próprios, que combinam efetivamente recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou para participar de atividades ou empreendimentos comuns, conforme assim preconizado no inciso I do art. 124 do CTN.

No caso vertente, os fatos concretos e documentos que caracterizam o Grupo Econômico ora em debate encontram-se descritos, de maneira bem detalhada no Relatório Fiscal que a NFLD em debate, tanto que sequer foi objeto da diligência fiscal comandada pela administração tributária.

A caracterização do grupo econômico de fato foi abordada de maneira exemplar pelo Órgão Julgador de 1ª Instância, que assim se pronunciou sobre a questão ora em trato:

“DO GRUPO ECONÔMICO

Para a correta análise do presente, cumpre trazer uma síntese dos fatos apurados pela fiscalização quanto ao relacionamento existente entre as empresas em tela, os quais levaram à caracterização do grupo econômico de fato. Vejamos.

Após a constituição da REFRATEK (notificada), as demais empresas foram sendo geradas, sucessivamente: REFRASHELL (I) em 12/1991, REFRACON em 04/1993, REFRASHELL II em 01/2005 e ACJL Participações em 06/2005. Em seu relatório, a fiscalização compõe um nítido retrato da formação do grupo, onde a impugnante/notificada, criada em 1990, vai compondo novas empresas ao longo dos anos, todas com sócios e interesses em comum, todas trabalhando em uníssono e com os mesmos objetivos, e operando, praticamente, no mesmo espaço físico e mercadológico.

Consta que o prédio, a recepção e o atendimento para todas as empresas do grupo é única, não há divisão do espaço físico interno entre as empresas, sendo que até mesmo os alvarás de funcionamento emitidos pela Prefeitura Municipal são afixados na mesma parede.

A experiência fiscal relatada pelo auditor reflete que as empresas formam um amálgama, a tal ponto que, quando da

assinatura dos Mandados de Procedimento Fiscal (MPF) para as diversas empresas, os próprios sócios tiveram dificuldades de saber, em um primeiro momento, qual detinha poder para assinar por uma ou outra pessoa jurídica. Deste modo e por tudo mais que consta dos autos, não se pode negar a tutela da empresa impugnante sobre as demais.

Efetivamente, as empresas: continham ou contém ex empregados, parentes próximos ou afins em seus quadros sociais. A destacar, o Sr. Flávio Afonso de Oliveira, sócio-gerente da REFRACON entre 24/09/1999 e 10/10/2000, era, simultaneamente, funcionário da REFRATEK, onde foi admitido em 01/11/1991, permanecendo no grupo até hoje, atualmente registrado, formalmente, na REFRASHEL II.

Quanto a este fato, assiste razão à impugnante quando alega que não há impedimento para que uma pessoa seja sócia de uma empresa e empregada de outra. Ocorre que o foco da auditoria neste fato teve por objetivo trazer a lume a ascendência da REFRATEK, empresa contribuinte/notificada, sobre a REFRACON e REFRASHEL II, uma vez que o referido empregado, ao compor o quadro societário da REFRACON, mesmo que por um breve espaço de tempo, permaneceu subordinado ao comando da empresa principal, primeira empresa do grupo a ser criada e, posteriormente, foi incluído na folha de pagamento da REFRASHEL II (2005).

Restaram identificadas, além da administração societária comum, a realização de diversas operações irregulares pela impugnante, e há que se relevar a confusão nas contas das empresas, demonstrada pelo auditor fiscal, onde uma despesa de uma empresa é saldada com recursos de outra, como no caso dos pagamentos de salários efetuados pela REFRATEK aos segurados já transferidos desta e formalmente registrados na REFRASHEL II (fl. 148).

Da mesma forma, foi trazido à baila o fato do Sr. Nilson Crema ter recebido remuneração da empresa REFRATEK, a título de pró-labore e lucros distribuídos, quando ainda não se encontrava nos quadros da empresa, ou seja, no período de janeiro a maio de 1999, registrados em suas contas contábeis. Por seu turno, a impugnante alega simplesmente que tais depósitos foram feitos equivocadamente. Todavia, é evidente que este fato se insere no conjunto de elementos que caracterizam a situação desordenada e não criteriosa dos atos contábeis e procedimentais que desfavorecem a impugnante.

Relembrando o conceito legal de grupo econômico, temos que este abrange a ideia de que, sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, estará configurado o grupo econômico, e serão, para efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis com a empresa principal e cada uma das subordinadas (art. 2º, §2º. da CLT).

Desta forma, da própria conceituação legal se extrai que o grupo econômico previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) tem maior abrangência do que aquele previsto na Lei nº 6.404/76: para efeito da lei comercial, o grupo econômico será constituído, necessariamente, mediante convenção registrada, entre sociedade controladora e sociedades filiadas, devendo estas últimas revestirem a forma de sociedade anônima ou em comandita por ações; para efeitos trabalhistas e previdenciários, o grupo existirá desde que presentes os requisitos indicados no §2º do art. 2º da CLT.

[...]

Destarte, restou comprovado que as empresas relacionadas como solidárias compõem, de fato, um grupo econômico com a notificada”.

Adite-se aos elementos de convicção destacados pelo Órgão Julgador *a quo* que a fiscalização demonstrou que as empresas operam no mesmo endereço comercial e espaço físico, compartilhando todos os elementos operacionais e fatores de produção.

A Refratek transferiu todo seu quadro de empregados para as outras empresas criadas pelo grupo, beneficiárias do SIMPLES, sem, contudo, terem deixado de executar as mesmas funções nos mesmos locais. A Notificada manteve em seu quadro, a partir de 01/2005, somente uma Auxiliar Administrativa, Cleidimar Pereira, fato que não refletiu negativamente no faturamento da empresa, que subiu 14 % em 2005 e quase 25% em 2006, em relação a 2004.

Acrescente-se que o quadro societário é constituído pelo mesmo grupo de pessoas, cônjuges, filhos e cunhados, figurando como sócios em umas empresas e, concomitantemente, como empregados em outras, conforme disposto no item 3.1. QUADRO SOCIAL do Relatório Fiscal, a fls. 143/145.

A confusão patrimonial revela-se às escâncaras na medida em que a Refratek contabilizou pagamento de distribuição de lucros, e retiradas pro labore ao Sr. Nilson Crema, no período de janeiro a maio/1999, quando este não era sequer sócio da empresa, mas, sim, da Refrashell e da Refracon.

Adite-se que a contabilidade não registra em títulos próprios seus pagamentos de custos e despesas, fornecedores e clientes diversos, concentrando num mesmo “*saco de gato*” dispêndios que, em 2005, quase atingiu a cifra de 3 milhões de Reais.

Além disso, a Refratek não contabilizou nenhuma conta bancária de 1997 até o ano de 2000, embora tenha de fato realizado movimentação financeira, conforme pode se verificar através de lançamentos contábeis de 3010612000, onde são reconhecidos valores relativos a despesas bancárias e CPMF no Banco Bradesco, conta contábil 34130003 e 34130006, conforme folha 152/3 do Livro Razão 003.

Ainda, no mês de julho/2000, a empresa lançou na conta contábil 11120005, a conta Bradesco com saldo anterior de (R\$1,00), encerrando no mesmo mês, e voltando a não lançá-la a partir de agosto/2000. Adite-se que a empresa em tela deixou de registrar em sua contabilidade a movimentação financeira mantida no Banco Unibanco, conta corrente número 2038526, Agencia 0742, no período de 10/1997 a 10/1998, fatos que corroboram a constatação

de que a contabilidade da Recorrente não registra a totalidade de suas operações empresariais, tampouco sua movimentação financeira.

Apurou a fiscalização que a Refratek é a maior empresa do grupo e concentra a grande parcela do faturamento do Grupo Econômico, e como tal, transfere de forma habitual e constante importâncias para suprimento das necessidades financeiras de todas as demais empresas, ou assume diretamente pagamentos de despesas daquelas, ou ainda efetua pagamentos de despesas particulares dos sócios, lançando em títulos contábeis como "Despesas Indedutíveis" ou "Empréstimos", incorrendo em confusões patrimoniais, além de ferir o Princípio Contábil da Entidade.

A fiscalização apurou que a Refratek sempre manteve um saldo elevado na sua conta Caixa, cujos montantes chegaram a cifras superiores a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais). Com o desenvolvimento dos trabalhos, a fiscalização compreendeu a razão de valores tão vultosos, ao verificar que a empresa não registrava em títulos próprios de sua contabilidade os valores reais de suas operações. Em determinados períodos, grande parte de seus pagamentos efetuados através dos Bancos Bradesco e/ou Banco do Brasil, quer através de cheques ou débitos em conta, eram lançados tão somente à débito de Caixa e a crédito dos respectivos Bancos, muito embora os documentos físicos apontassem para uma realidade fática diferente da realidade jurídica dos atos e fatos contábeis.

Concluiu a fiscalização que *“Tal procedimento incorreto, no sentido de não registrar as despesas, encobre fatos geradores de contribuições previdenciárias, além de eivar de vícios a contabilidade da empresa, inviabilizando-a para os fins aos quais a mesma se propõe. Consta como anexo, planilha dos valores identificados pela documentação física, objeto de tributação por esta fiscalização, em levantamento específico”*.

A fiscalização apurou que a REFRASHELL CNPJ 85.213.973/0001-61, foi excluída do SIMPLES, através do Ato Declaratório 463075, de 07/08/2003, com efeitos a partir de 01/01/2002, pela situação excludente: "311 - sócio ou titular participa de outra empresa com mais de 10% e a receita bruta global no ano calendário de 2001 ultrapassou o limite legal”.

Não se prestando mais para o esquema, a empresa foi reduzindo totalmente seu quadro de empregados, até paralisar totalmente suas atividades em 31/01/2005, quando então, houve-se por constituída nova empresa, em fevereiro/2005, com a mesma Razão Social REFRASHELL II, CNPJ 07.188.51710001-03, com mesma atividade empresarial, mudando a composição dos sócios que passaram a ser os filhos dos sócios anteriores.

A empresa REFRASHELL II iniciou atividades em 02/2005 com 46 empregados, número que chegou a 50 em 12/2006, e lançou gastos com folha de pagamento de fev/2005 a jul/2005 sem que houvesse nenhum centavo de faturamento.

Dessai do quadro sinóptico a fl. 151 que os valores mais expressivos do faturamento da REFRASHELL II foram produzidos para própria empresa do grupo (Refratek), chegando a 80% em 2005 e 55% em 2006.

Registre-se que os valores faturados para terceiros, na maioria das competências, não se revela suficiente, sequer, para cobrir os gastos com a folha de pagamento.

As provas dos autos não dão margem a dúvidas de que a empresa Refrashell II houve-se por constituída com o propósito único de abrigar a mão-de-obra necessária ao desenvolvimento das atividades da empresa Notificada, sendo que todos os recursos e insumos eram por esta fornecidos. Pretendeu-se, com esse procedimento, conforme inferiu a fiscalização, elidir-se da incidência da contribuição previdenciária patronal, que recairia, a partir de então, sobre a folha de pagamento das empresas optantes pelo SIMPLES.

Soma-se a isso o fato de Recorrente e devedores solidários serem defendidos pelo mesmo Patrono e que as defesas oferecidas pelos demais integrantes do grupo, tanto em sede de impugnação quanto em de Recurso Voluntário, serem exatamente as mesmas, somente sendo alterada a razão social do recorrente, circunstância que denota a efetiva e real existência de uma unidade de comando e de desígnios.

Tais condições conduzem, inexoravelmente, à caracterização de grupo econômico de fato, eis que tais empresas, embora atuando horizontalmente, no mesmo plano, e sem interdependência jurídica, participam todas do mesmo empreendimento, comandadas por um mesmo grupo de pessoas, com base na organização comum da atividade econômica e na fruição dos mesmos meios de produção.

Carece de fundamento a alegação de que somente poderia se cogitar de responsabilidade solidária no caso de eventual reclamação na justiça do trabalho relativamente aos direitos dos empregados.

O caso presente não trata de responsabilidade solidária dos integrantes do grupo econômico em foco. O crédito tributário em questão houve-se por constituído, exclusivamente, em desfavor da empresa notificada, não em face das demais empresa integrantes do grupo econômico de fato ora em apreço.

A caracterização do grupo econômico em tela se presta como elemento de convicção a demonstrar a unidade de desígnios na consecução e sucesso da simulação levada a efeito pelas empresa do grupo.

3.2. DA CARACTERIZAÇÃO DA CONDIÇÃO DE SEGURADO EMPREGADO.

Pondera o Recorrente que a fiscalização Previdenciária não possui competência para declarar a inexistência da relação laboral entre os empregados da empresa Refrashell II e a existência de vínculo laboral destes com a Refratek, eis que tal competência é exclusiva da Justiça Trabalhista.

Aduz que a Fiscalização Tributária não possui competência para o desenquadramento de empresa do SIMPLES e lançamento fiscal contra empresas terceirizadas que são optantes por esse sistema simplificado. Acrescenta que a fiscalização ilegalmente optou em desprezar a situação e atos jurídicos perfeitos e acabados para declarar a inexistência de relação laboral efetiva e a pretensa existência de vínculo laboral direto com a ora Recorrente, exigindo o recolhimento das contribuições patronais em questão;

Os argumentos acima expendidos não merecem o abrigo desejado.

Em primeiro lugar, cabe esclarecer que a fiscalização tributária não promoveu qualquer desenquadramento de pessoas jurídicas do Sistema Integrado de

Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte. As empresas optantes do SIMPLES permanecem nessa mesma condição de antes, mantendo suas obrigações tributárias perante os fiscos federal, estadual e municipal, incidente sobre o seu faturamento, na forma prevista nas legislações de regência dos sistemas simplificados em realce.

Em segundo lugar, é de se alertar que a fiscalização não desprezou qualquer situação jurídica ou ato jurídico perfeito, tampouco declarou a existência ou inexistência de vínculo empregatício com as empresas ora em trato.

Ocorre, todavia, que o caso ora em estudo não trata, de forma alguma, da declaração de inexistência da relação laboral entre os empregados da empresa Refrashell II, tampouco da caracterização da existência de vínculo laboral destes com a Refratek. Trata-se, outrossim, a todo saber, da caracterização da condição de segurado empregado do trabalhador com o seu real e efetivo ente patronal, esta sim, contida no *portfolio* de competências da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

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

Consolidação das Leis do Trabalho - CLT

Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único. Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

- a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;*
- b) aquele que, contratado por empresa de trabalho temporário, definida em legislação específica, presta serviço para atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços de outras empresas;*
- c) o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em sucursal ou agência de empresa nacional no exterior;*

d) aquele que presta serviço no Brasil a missão diplomática ou a repartição consular de carreira estrangeira e a órgãos a ela subordinados, ou a membros dessas missões e repartições, excluídos o não brasileiro sem residência permanente no Brasil e o brasileiro amparado pela legislação previdenciária do país da respectiva missão diplomática ou repartição consular;

e) o brasileiro civil que trabalha para a União, no exterior, em organismos oficiais brasileiros ou internacionais dos quais o Brasil seja membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo se segurado na forma da legislação vigente do país do domicílio;

f) o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em empresa domiciliada no exterior, cuja maioria do capital votante pertença a empresa brasileira de capital nacional;

g) o servidor público ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a União, Autarquias, inclusive em regime especial, e Fundações Públicas Federais; (Alínea acrescentada pela Lei nº 8.647, de 13.4.93)

i) o empregado de organismo oficial internacional ou estrangeiro em funcionamento no Brasil, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999).

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

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

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

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

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

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

Não se deve olvidar que, tal qual no ramo do Direito do Trabalho, aplica-se igualmente no Direito Previdenciário o Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma, o qual propugna que, havendo divergência entre a realidade das condições ajustadas numa determinada relação jurídica e as verificadas em sua execução, prevalecerá a realidade dos fatos sobre a formalidade dos atos. Havendo discordância entre o que ocorre na prática e o que está expresso em assentamentos públicos, documentos ou acordos, prevalece a realidade dos fatos. O que conta não é a qualificação contratual, mas a natureza das funções exercidas em concreto.

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

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

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

A não eventualidade encontra-se patente não somente no prolongado período em que os trabalhadores prestaram serviços ao Recorrente, mas, sobretudo, pela espécie de serviços prestados, os quais são inerentes ao atuar típico da Empresa Notificada.

Cumprе alertar que a sindicância da não eventualidade se apura mais em razão da atividade realizada pelo empregador do que pelo prazo de vigência do contrato. Nessas circunstâncias, sendo o serviço contratado uma necessidade contínua da empresa, eis que inerente à sua atividade econômica, ou essencial ao desempenho satisfatório do objeto social da pessoa jurídica, caracterizada estará a não eventualidade do serviço, independentemente do prazo em que cada serviço seja prestado.

O trabalho eventual é o trabalho esporádico, acidental, de curta duração, numa situação casual a qual não abraça as atividades permanentes da empresa. Se a utilização da força de trabalho é necessária para o atendimento dos objetivos da empresa, não se pode falar em trabalho eventual. Nesse sentido, a lição do mestre Délio Maranhão: *“Desde que o*

serviço não excepcional ou transitório em relação à atividade do estabelecimento, não há que se falar em trabalho eventual." (Instituições do Direito do Trabalho, Ed. Freitas Bastos, 6ª ed., vol. I, pag. 237).

No caso em debate, foram identificados trabalhadores contratados à cooperativa para exercer as funções de jornalista, operador de áudio, engenheiro, locutor, programador e sonoplasta; educadores, assistentes sociais e professores em estabelecimentos de ensino; instrutores, em escola fábrica, sociólogos, dentre outros, circunstâncias que denotas a natureza não eventual dos serviços contratados.

Os trabalhadores considerados como segurados empregados pela Fiscalização inserem-se na dinâmica regular das tomadoras, que necessitam do trabalho por eles desempenhado para atender às múltiplas demandas inerentes aos seus respectivos objetivos sociais.

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

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

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

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

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

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

Dessarte, havendo prestação remunerada de serviços por pessoa física, por mais autonomia que tenha o contratado na condução do serviço a ser prestado, presente sempre estará, em menor ou maior grau, a subordinação jurídica do contratado ao contratante. Como exemplo meramente ilustrativo, mesmo a contratação de renomado profissional para a

elaboração de Parecer a respeito de matéria de sua notória especialidade, mesmo aqui presente estará a subordinação jurídica, eis que o aludido Parecer deverá atender os objetivos e interesses do contratante e ser elaborado no tempo e nas condições por este especificado, sob pena de não se consolidar o contrato laboral.

A subordinação se revela às escancaras com o Recorrente em foco, que detém todo o poder de chefia, de comando de como, o que, quando e quanto do serviço será executado, além do poder de dispensa do trabalhador. Todos trabalham, efetivamente, objetivando atingir as metas determinadas pela Refratek, ordenados pelas normas da empresa.

A remuneração foi apurada diretamente dos lançamentos registrados na contabilidade e nas notas fiscais e recibos de prestação de serviços.

A personalidade, por derradeiro, tem sua caracterização realçada na análise de cada caso particular, as quais revelam a prestação exclusiva dos serviços ao Recorrente, a natureza *intuitu personae* dos serviços pactuados, a circunstância de os pagamento serem efetuados diretamente na conta pessoal do prestador de serviços pessoa física, e não na conta da pessoa jurídica fantasiosamente contratada.

No caso em tela, observa-se que empresas foram criadas adrede visando a abrigar formalmente os operários da Recorrente, sob os benefícios do regime tributário garantido pelo SIMPLES, trabalhadores estes que permaneceram com suas atividades inalteradas, vinculados materialmente ao mesmo empregador e subordinados substancialmente aos mesmos mandantes.

Sob o olhar realístico da primazia da realidade dos fatos sobre a forma dos atos, tais obreiros se apresentam como segurados empregados do Recorrente, e não das interpostas pessoas propositalmente constituídas para o registro formal dos contratos de trabalho.

Corroborar tal entendimento o fato de a empresa REFRASHELL, CNPJ 85.213.973/0001-61, não se prestando mais para o abrigo formal dos trabalhadores, por ter sido excluída do SIMPLES através do Ato Declaratório 463075, de 07/08/2003, ter paralisado suas atividades, sendo substituída por outra, com a semelhante Razão Social REFRASHELL II, CNPJ 07.188.51710001-03, com mesma atividade empresarial, também optante pelo SIMPLES, mudando a composição dos sócios (que passaram a ser os filhos dos sócios anteriores), em razão de a 1ª empresa ter sido excluída do sistema simplificado *pela situação excludente de código 311: "Sócio ou titular participa de outra empresa com mais de 10% e a receita bruta global no ano calendário de 2001 ultrapassou o limite legal"*.

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

Enunciado nº 331 do TST

Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). (grifos nossos)

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

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

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

Para tais situações, o Parágrafo Único do art. 116 do CTN estatui expressamente a competência da autoridade administrativa para desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

Código Tributário Nacional - CTN

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

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

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

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

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

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

a) *aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;*

b) *aquele que, contratado por empresa de trabalho temporário, definida em legislação específica, presta serviço para atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços de outras empresas;*

(...)

V - *como contribuinte individual: (Redação dada pela Lei nº 9.876/99).*

(...)

g) *quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego; (Incluído pela Lei nº 9.876/99).*

(...)

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

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876/99).

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (Redação dada pela Lei nº 9.732/98).

a) *1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;*

b) *2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;*

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços; (Incluído pela Lei nº 9.876/99).

No que pertine a procedimentos e competências, o art. 33 da Lei de Custeio da Seguridade Social outorgou à Secretaria da Receita Federal do Brasil a competência para planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previdenciárias, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos, atribuindo aos seus auditores fiscais a prerrogativa de examinar a contabilidade das empresas, ficando obrigados a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados o segurado e os terceiros responsáveis pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e das contribuições devidas a outras entidades e fundos.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

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

§1º É prerrogativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, o exame da contabilidade das empresas, ficando obrigados a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados o segurado e os terceiros responsáveis pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e das contribuições devidas a outras entidades e fundos. (Redação dada pela Lei nº 11.941/2009).

§2º A empresa, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida. (Redação dada pela Lei nº 11.941/2009).

§4º Na falta de prova regular e formalizada pelo sujeito passivo, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante cálculo da mão de obra empregada, proporcional à área construída, de acordo com critérios estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da unidade imobiliária ou empresa corresponsável o ônus da prova em contrário. (Redação dada pela Lei nº 11.941/2009).

§5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.

§6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

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

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

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

§1º Recebida a notificação do débito, a empresa ou segurado terá o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar defesa, observado o disposto em regulamento. (Incluído pela Lei nº 9.711/98).

§2º Por ocasião da notificação de débito ou, quando for o caso, da inscrição na Dívida Ativa do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, a fiscalização poderá proceder ao arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo, conforme dispuser aquela autarquia previdenciária, observado, no que couber, o disposto nos §§ 1º a 6º, 8º e 9º do art. 64 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997. (Incluído pela Lei nº 9.711/98).

Ainda tratando de procedimentos, o inciso IX do art. 30 do Pergaminho Previdenciário determina a identificação e o lançamento do crédito tributário constituído, em desfavor das empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza, em razão da responsabilidade solidária nele prevista.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 8.620/93)

(...)

IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei;

Encontram-se presentes, portanto, os elementos essenciais caracterizadores da condição de *segurado empregado* insculpidos no art. 12, I da Lei nº 8.212/91, circunstância que deságua, como consequência inafastável, na observância das normas de custeio inscritas no supracitado diploma legal.

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

Como resultado, subsistem inabaladas as obrigações tributárias destacadas na NFLD em apreço, a qual não demanda reparos.

3.2. DA DISPENSA DE RETENÇÃO - TIRADENTES

Pondera o Recorrente ser indevida a exigência de retenção em relação aos serviços prestados pela empresa Tiradentes, uma vez que os serviços foram prestados pelos sócios, a empresa não tem empregados e o faturamento do mês anterior foi inferior a duas vezes o limite máximo do Salário de Contribuição.

Com o efeito, o inciso II do art. 157 da IN INSS/DC nº 100/2003 dispensa a contratante de serviços prestados mediante cessão de mão de obra de efetuar a retenção de que trata o art. 31 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98, nas hipóteses em que a contratada, cumulativamente, não possuir empregados, o serviço for prestado pessoalmente pelo titular ou sócio e o seu faturamento do mês anterior for igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário-de-contribuição, se contentando a legislação previdenciária, para a comprovação de tais requisitos, a mera apresentação à tomadora de declaração assinada por seu representante legal, sob as penas da lei, de que não possui empregados e o seu faturamento no mês anterior foi igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário-de-contribuição.

Instrução Normativa INSS/DC nº 100, de 18/12/2003

Art. 157. A contratante fica dispensada de efetuar a retenção, quando:

I - o valor correspondente a onze por cento dos serviços contidos em cada nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços for inferior ao limite mínimo estabelecido pelo INSS para recolhimento em documento de arrecadação;

II - a contratada não possuir empregados, o serviço for prestado pessoalmente pelo titular ou sócio e o seu faturamento do mês

anterior for igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário-de-contribuição, cumulativamente;

III - a contratação envolver somente serviços profissionais relativos ao exercício de profissão regulamentada por legislação federal, ou serviços de treinamento e ensino definidos no inciso X do art. 155, desde que prestados pessoalmente pelos sócios, sem o concurso de empregados ou outros contribuintes individuais.

§1º Para comprovação dos requisitos previstos no inciso II do caput, a contratada apresentará à tomadora declaração assinada por seu representante legal, sob as penas da lei, de que não possui empregados e o seu faturamento no mês anterior foi igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário-de-contribuição.

§2º Para comprovação dos requisitos previstos no inciso III do caput, a contratada apresentará à tomadora declaração assinada por seu representante legal, sob as penas da lei, de que o serviço foi prestado por sócio da empresa, profissional de profissão regulamentada, ou, se for o caso, profissional da área de treinamento e ensino, e sem o concurso de empregados ou outros contribuintes individuais ou consignando o fato na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços.

§3º Para fins do disposto no inciso III do caput, são serviços profissionais regulamentados pela legislação federal, entre outros, os prestados por administradores, advogados, aeronautas, aeroviários, agenciadores de propaganda, agrônomos, arquitetos, arquivistas, assistentes sociais, atuários, auxiliares de laboratório, bibliotecários, biólogos, biomédicos, cirurgiões dentistas, contabilistas, economistas domésticos, economistas, enfermeiros, engenheiros, estatísticos, farmacêuticos, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, fonoaudiólogos, geógrafos, geólogos, guias de turismo, jornalistas profissionais, leiloeiros rurais, leiloeiros, massagistas, médicos, meteorologistas, nutricionistas, psicólogos, publicitários, químicos, radialistas, secretárias, taquígrafos, técnicos de arquivos, técnicos em biblioteconomia, técnicos em radiologia e tecnólogos.

A norma tributária em relevo houve-se por reproduzida, sem solução de continuidade, no art. 148 da IN SRP nº 3/2005.

Instrução Normativa SRP nº 3, de 14 de julho de 2005

Art. 148. A contratante fica dispensada de efetuar a retenção e a contratada de registrar o destaque da retenção na nota fiscal, na fatura ou no recibo, quando:

I - o valor correspondente a onze por cento dos serviços contidos em cada nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços for inferior ao limite mínimo estabelecido pela SRP para recolhimento em documento de arrecadação;

II - a contratada não possuir empregados, o serviço for prestado pessoalmente pelo titular ou sócio e o seu faturamento do mês

anterior for igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário de contribuição, cumulativamente;

III - a contratação envolver somente serviços profissionais relativos ao exercício de profissão regulamentada por legislação federal, ou serviços de treinamento e ensino definidos no inciso X do art. 146, desde que prestados pessoalmente pelos sócios, sem o concurso de empregados ou outros contribuintes individuais.

§1º Para comprovação dos requisitos previstos no inciso II do caput, a contratada apresentará à tomadora declaração assinada por seu representante legal, sob as penas da lei, de que não possui empregados e o seu faturamento no mês anterior foi igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário de contribuição.

§2º Para comprovação dos requisitos previstos no inciso III do caput, a contratada apresentará à tomadora declaração assinada por seu representante legal, sob as penas da lei, de que o serviço foi prestado por sócio da empresa, no exercício de profissão regulamentada, ou, se for o caso, profissional da área de treinamento e ensino, e sem o concurso de empregados ou contribuintes individuais ou consignará o fato na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços.

§3º Para fins do disposto no inciso III do caput, são serviços profissionais regulamentados pela legislação federal, dentre outros, os prestados por administradores, advogados, aeronautas, aeroviários, agenciadores de propaganda, agrônomos, arquitetos, arquivistas, assistentes sociais, atuários, auxiliares de laboratório, bibliotecários, biólogos, biomédicos, cirurgiões dentistas, contabilistas, economistas domésticos, economistas, enfermeiros, custo unitários, estatísticos, farmacêuticos, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, fonoaudiólogos, geógrafos, geólogos, guias de turismo, jornalistas profissionais, leiloeiros rurais, leiloeiros, massagistas, médicos, meteorologistas, nutricionistas, psicólogos, publicitários, químicos, radialistas, secretárias, taquígrafos, técnicos de arquivos, técnicos em biblioteconomia, técnicos em radiologia e tecnólogos.

No caso em debate, em relação ao período não alcançado pela decadência, o Recorrente honrou acostar a fls. 1843 a 1852 dos autos, declaração de que, nos meses de dezembro/2001, abril, maio, agosto a dezembro de 2003, janeiro e fevereiro de 2004, não possuía empregados e que o faturamento foi igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário de contribuição.

Tais circunstâncias revelam-se suficientes para a dispensa da retenção em realce nas competências janeiro/2002, maio e junho de 2003, setembro a dezembro/2003 e janeiro a março/2004, em relação, tão somente, às notas fiscais emitidas pela empresa Tiradentes Confecção e Manutenção Industrial Ltda.

3.3. DA TAXA SELIC

Insurge-se o Recorrente contra a utilização da Taxa SELIC como índice de juros a serem aplicados na atualização de débitos tributários

Sem razão, todavia.

De plano, cumpre trazer à baila que os juros representam a remuneração do capital investido. Esmiuçando o conceito, juros representam o rendimento que o detentor do capital auferem em troca da colocação de um quantitativo à disposição de uma outra pessoa/entidade.

Ilumine-se que um investidor poderia empregar seu patrimônio financeiro em uma atividade econômica qualquer que lhe rendesse lucro. Pode, todavia, essa pessoa abdicar de seu capital, ofertando-o a outra pessoa, mediante a cobrança de uma taxa de remuneração, compensatória pela perda da oportunidade de produzir lucro, na forma da hipótese anterior.

A taxa de juros figura, então, como o *quantum* relativo que o titular do capital exige do tomador deste, num horizonte temporal, pela utilização do montante tomado. Nesse quadro, o índice nominal da taxa pode ser fixado unilateralmente pelo capitalista, ou, em comum acordo com aquele que se apodera da riqueza por empréstimo. É importante ressaltar que, em qualquer caso, a fixação da taxa de juros prescinde da edição de lei formal, como assim acredita piamente o Recorrente, até porque tal exigência culminaria por emperrar a atividade financeira do país – extremamente dinâmica em sua natureza –, paralizando-o.

Isso porque cada investidor, banco ou demais instituições financeiras possuem seus critérios próprios para o computo dos juros na atividade financeira, os quais são extremamente influenciados pelo mercado, pela oferta e procura de capital, pela taxa de crescimento da economia, pelo risco da inadimplência, etc., o que gera uma saudável concorrência entre os detentores do livre numerário.

Diante desse panorama mostra-se evidente que a exigência de lei *stricto sensu* a que se refere o CTN, não é para a fixação da taxa de juros (esta flui ao sabor das correntes do mercado), mas, sim, para a indicação de qual taxa de juros será a utilizada na remuneração do capital de titularidade da Fazenda, ainda nos cofres do sujeito passivo.

Com efeito, num mundo globalizado, em que todo e qualquer evento econômico ocorrido no polo norte produz efeitos imediatos, da mesma de ordem de grandeza, no polo sul, seria impensável que, para se alterar uma taxa de juros em, digamos, vinte e cinco centésimos por cento, como é extremamente comum em nossa economia, com a velocidade e prontidão que o mercado exige hodiernamente, fosse exigível a edição de uma lei ordinária, haja vista o trâmite procedimental exigido pela CF/88.

Nessa perspectiva, avulta, que o requisito da legalidade, na espécie, foi de fato adimplido, senão vejamos:

A Constituição Federal de 1988 outorgou à Lei Complementar a competência para estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários, nas cores desenhadas em seu art. 146, III, 'b', *in verbis*:

Constituição Federal de 1988

Art. 146: Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

Inerso nessa ordem constitucional, ao tratar do crédito tributário, já no âmbito infraconstitucional, o art. 161 do Código Tributário Nacional – CTN, topograficamente inserido no Capítulo que versa sobre a Extinção do Crédito Tributário, estabeleceu que o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis:

Código Tributário Nacional

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária. (grifos nossos)

§1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês. (grifos nossos)

§2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

Saliente-se que o percentual enunciado no parágrafo primeiro acima transcrito será o aplicável se a lei não dispuser de modo diverso. Ocorre que a lei de custeio da seguridade social disciplinou inteiramente a matéria relativa aos acessórios financeiros do crédito previdenciário em constituição e de forma distinta, devendo esta ser observada em detrimento do percentual previsto no §1º do art. 161 do CTN.

Nesse sentido já se manifestou o Tribunal Regional Federal da 4ª Região ao proferir, *ipsis litteris*:

“Na esfera infraconstitucional, o Código Tributário Nacional, norma de caráter complementar, não proíbe a capitalização de juros nem limita a sua cobrança ao patamar de 1% ao mês. pois o art. 161, §1º desse diploma legal prevê que essa taxa de juros somente será aplicada se a lei não dispuser de modo contrário. Assim, não tendo o Código Tributário Nacional determinado a necessidade de lei complementar, pode a lei ordinária fixar taxas de juros diversas daquela prevista no citado art. 161, §1º do CTN, donde se conclui que a incidência da SELIC sobre os créditos fiscais se dá por força de instrumento legislativo próprio (lei ordinária) sem importar qualquer afronta à Constituição Federal” (TRF- 4ª Região, Apelação Cível 200471100006514, Rel. Alvaro Eduardo Junqueira; 1ª Turma; DJ de 15/06/2005, p. 552).

Com efeito, as contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social estão sujeitas não só à incidência de multa moratória, como também de juros computados segundo a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, nos termos do art. 34 da Lei nº 8.212/91 que, pela sua importância ao deslinde da questão, o transcrevemos a seguir, com a redação vigente à época da lavratura do presente débito.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (redação dada pela Lei nº 9.528/97) (grifos nossos)

A matéria relativa à incidência da taxa SELIC já foi bater à porta da Suprema Corte de Justiça, que firmou jurisprudência no sentido de sua legalidade, consoante resai do julgado a seguir ementado:

TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DE DÉBITO. JUROS MORA TÓRIOS. TAXA SELIC. CABIMENTO.

1. O artigo 161 do CTN estipulou que os créditos não pagos no vencimento serão acrescidos de juros de mora calculados à taxa de 1%, ressalvando, expressamente, em seu parágrafo primeiro, a possibilidade de sua regulamentação por lei extravagante, o que ocorre no caso dos créditos tributários, em que a Lei 9.065/95 prevê a cobrança de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais (art. 13).

2. Diante da previsão legal e considerando que a mora é calculada de acordo com a legislação vigente à época de sua apuração, nenhuma ilegalidade há na aplicação da Taxa SELIC sobre os débitos tributários recolhidos a destempo, ou que foram objeto de parcelamento administrativo.

3. Também, há de se considerar que os contribuintes têm postulado a utilização da Taxa SELIC na compensação e repetição dos indébitos tributários de que são credores. Assim, reconhecida a legalidade da incidência da Taxa SELIC em favor dos contribuintes, do mesmo modo deve ser aplicada na cobrança do crédito fiscal diante do princípio da isonomia.

4. Embargos de divergência a que se dá provimento. STJ - EREsp nº 396.554/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI; 1ª SEÇÃO; DJ 13/09/2004; p. 167.

Em reforço a tal assertiva jurisdicional, ilumine-se o Enunciado da Súmula nº 03 do Segundo Conselho de Contribuintes, vazado nos seguintes termos:

SÚMULA CARF nº 3

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.

A propósito, repise-se que, sendo a atuação da Administração Tributária inteiramente vinculada à Lei, e, restando os preceitos introduzidos pela Lei nº 8.212/91 plenamente vigentes e eficazes, a inobservância desses comandos legais implicaria negativa de vigência por parte do Auditor Fiscal Notificante, fato que desaguaria inexoravelmente em responsabilidade funcional dos agentes do Fisco Federal.

Atente-se que as disposições introduzidas pela legislação tributária em apreço, até o presente momento, não foram ainda vitimadas de qualquer sequela decorrente de declaração de inconstitucionalidade, seja na via difusa seja na via concentrada, exclusiva do Supremo Tribunal Federal, produzindo portanto todos os efeitos jurídicos que lhe são típicos.

Ademais, perfilando idêntico entendimento como o acima esposado, a Súmula CARF nº 2, de observância vinculante, exorta não ser o CARF órgão competente para se pronunciar a respeito da inconstitucionalidade de lei de natureza tributária.

Súmula CARF nº 2:

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

Dessarte, se nos afigura correta a incidência de juros moratórios à taxa SELIC, haja vista terem sido aplicados em conformidade com o comando imperativo fixado no art. 34 da Lei nº 8.212/91 c.c. art. 161 *caput* e §1º do CTN, em afinada harmonia com o ordenamento jurídico.

Cumpra ainda salientar, por relevante, ser vedado aos membros das turmas de julgamento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afastar a aplicação ou deixar de observar o conteúdo encartado em leis e decretos sob o fundamento de incompatibilidade com a Constituição Federal, conforme determinado pelo art. 62 Regimento Interno do CARF, aprovado pela PORTARIA Nº 256, de 22 de junho de 2009, do Ministério da Fazenda.

PORTARIA Nº 256, de 22 de junho de 2009

Art. 62. Fica vedado aos membros afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) *súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou*

c) *parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.*

Assim emoldurado o quadro jurídico, encontra-se impedida esta Corte Administrativa de apreciar tal rogativa e reformar a Decisão Recorrida nesse particular, ao argumento de ilegalidade da aplicação da taxa Selic como juros moratórios, atividade essa que somente poderia emergir do Poder Judiciário.

3.4. DO LANÇAMENTO “RON - CONTABILIDADE REFRAÇON”

Conforme já salientado anteriormente, o vertente lançamento tem por fundamento o princípio da primazia da realidade sobre a forma dos atos, com fulcro no qual a Fiscalização, ao constatar que trabalhadores formalmente registrados em empresas optantes do SIMPLES, na realidade, ostentavam em relação coma empresa autuada todos os elementos constitutivos da relação de segurado empregado presentes no art. 12, I da Lei nº 8.212/91, promoveu *ex officio* a caracterização de tais obreiros como segurados empregados da empresa Autuada e, em consequência, procedeu ao lançamento tributários das contribuições previdenciárias devidas, conforme previsto na Lei nº 8.212/91.

O art. 37 da Lei nº 8.212/91 diz, com todas as letras, que constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nessa lei, a fiscalização lavrará de ofício notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

(...)

Ora, tratando-se de lançamento tributário fundado na prevalência da realidade dos fatos sobre a formalidade dos atos, a discriminação clara e precisa dos fatos geradores exigida pela lei passa, necessariamente, pela demonstração dos atributos típicos característicos da relação de segurado empregado.

Com efeito, restando flagrante a discordância entre os fatos jurídicos efetivamente ocorridos na prática cotidiana e o que está expresso nos atos registrados em assentamentos públicos, documentos ou acordos, prevalecerá sempre a realidade dos fatos. Todavia, para que a relevância da realidade sobre a forma impere no Processo Administrativo Fiscal, é necessário que este esteja instruído com os elementos de convicção colhidos

diretamente no mundo real que demonstre, de maneira contundente e cabal, a divergência entre os fatos reais e os atos virtuais.

Acontece que, ao contrário do que se sucedeu no caso das empresas Refrashell e Refrashell II, na hipótese específica da empresa Refracon Manutenção e Comércio de Produtos Refratários Ltda, apesar de esta integrar o grupo econômico ora em exame, a Fiscalização não logrou recheiar os autos com os respectivos parâmetros fáticos que demonstrassem, inequivocamente, que os empregados desta empresa, efetivamente, se configuravam como segurados empregados da empresa notificada.

O simples fato de atuarem num mesmo endereço físico e possuir quadro societário constituído pelo mesmo grupo de pessoas e parentes não implica que os empregados da Refracon efetivamente se configuravam como segurados empregados da Refratek.

Não estando presentes, portanto, os elementos essenciais caracterizadores da condição de segurado empregado insculpidos no art. 12, I da Lei nº 8.212/91, não se nos antolha possível convolar a condição de tais trabalhadores da condição de segurados empregados da Refracon para segurados empregados da Refratek.

Por tais motivos, pugnamos pela exclusão do vertente lançamento do levantamento intitulado “RON – CONTABILIDADE REFRACON”, em razão da não caracterização de fatos geradores.

4. DO RECURSO DE OFICIO

4.1. DA DECADÊNCIA

A questão da decadência foi enfrentada por Órgão Julgador de 1ª Instância em conformidade com o entendimento prevalecente nesta Turma de julgamento, em sua escalação titular, inexistindo, pois, arestas a serem aparadas, ressalvado o fato de este Subscritor ser voto vencido em relação à incidência do preceito inscrito no §4º do art. 150 do CTN.

4.2. DA REFRACON

Apesar de a empresa Refracon Manutenção e Comércio de Produtos Refratários Ltda integrar o grupo econômico ora em exame, inexistente prova nos autos de que os empregados desta empresa, efetivamente, se configuravam, na realidade dos fatos, como segurados empregados da empresa notificada, razão pela qual deve ser excluído do lançamento o levantamento intitulado “RON – CONTABILIDADE REFRACON”.

4.3. DOS SEGURADOS CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS

Quanto ao lançamento referente aos segurados contribuintes individuais, corroboramos o entendimento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis/SC de que os fatos narrados pela Fiscalização não são suficientes para caracterizar o liame previdenciário supostamente existente entre a empresa e os representantes comerciais com empresa regularmente constituída na condição de trabalhadores autônomos.

Por tais razões, negamos provimento ao Recurso de Ofício.

5. CONCLUSÃO:

Pelos motivos expendidos, CONHEÇO do Recurso Voluntário para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, devendo ser excluídos do vertente lançamento todas as obrigações tributárias contidas no levantamento intitulado “RON – CONTABILIDADE REFRACON”, assim como as obrigações tributárias referentes aos fatos geradores ocorridos, exclusivamente, nas competências janeiro/2002, maio e junho/2003, setembro a dezembro/2003 e janeiro a março/2004 contidas no levantamento “RO2 – TIRADENTES CONF MANUT INDUST”.

Outrossim, CONHEÇO do Recurso de Ofício para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Arlindo da Costa e Silva