



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

Processo nº 11474.000172/2007-16
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-003.031 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2013
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO, OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA
Recorrente MALHARIA MANZ LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 28/04/2006

CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 33, § 2.º DA LEI N.º 8.212/91 C/C ARTIGO 283, II, “j” DO RPS, APROVADO PELO DECRETO N.º 3.048/99

A inobservância da obrigação tributária acessória é fato gerador do auto-de-infração, o qual se constitui, principalmente, em forma de exigir que a obrigação seja cumprida; obrigação que tem por finalidade auxiliar o INSS na administração previdenciária.

Inobservância do artigo 33, § 2.º da Lei n.º 8.212/91 c/c artigo 283, II, “j” do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO -SEGURADOS EMPREGADOS INCLUÍDOS EM FOLHA DE PAGAMENTO DE EMPRESA INTERPOSTA - - PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE.

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

Não se faz necessário caracterizar os requisitos de empregado, quando o vínculo original com terceira empresa já se dava nessa condição, bastando a configuração de gerenciamento único, ou seja, subordinação jurídica para que se redirecione o vínculo de emprego para efeitos previdenciários.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 28/04/2006

AUTO DE INFRAÇÃO -NULIDADE - ILEGITIMIDADE DO AUTUADO - INOCORRÊNCIA DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

No procedimento em questão a AUTORIDADE FISCAL EM IDENTIFICANDO a caracterização do vínculo empregatício com empresa que simulou a contratação por intermédio de empresas interpostas, procedeu a caracterização do vínculo para efeitos previdenciários na empresa notificada, que era a verdadeira empregadora de fato.

LANÇAMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, com esteio na legislação que disciplina a matéria, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

O encaminhamento de relatório fiscal complementar antes da decisão de primeira instância não vicia o procedimento, ainda mais, quando o objetivo é tão somente esclarecer ao recorrente fatos descritos no próprio lançamento.

LANÇAMENTO. COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL.

Conforme preceitua o artigo 142 do CTN, artigo 33, *caput*, da Lei nº 8.212/91 e artigo 8º da Lei nº 10.593/2002, c/c Súmula nº 05 do Segundo Conselho de Contribuintes, compete privativamente à autoridade administrativa - Auditor da Receita Federal do Brasil -, constatado o descumprimento de obrigações tributárias principais e/ou acessórias, promover o lançamento, mediante NFLD e/ou Auto de Infração.

A verificação de inconstitucionalidade de ato normativo é inerente ao Poder Judiciário, não podendo ser apreciada pelo órgão do Poder Executivo.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: I) rejeitar as preliminares suscitadas; e II) no mérito, negar provimento ao recurso.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Carolina Wanderley Landim e Ricardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata o presente auto-de-infração, lavrado sob n. 37.764.346-1, em desfavor da recorrente, originado em virtude do descumprimento do art. 33, §2º da Lei nº 8.212/1991 c/c art. 283, II, “j” do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999.

Segundo o relatório fiscal, fl. 22 a 26, em diligência fiscal junto à empresa MALHARIA MANZ LTDA (MANZ) tendo por finalidade a lavratura de novo auto-de-infração - AI por apresentação deficiente de documentos e livros, caso ainda persista esta infração, visto que o AI de Nº35.763.839-5, lavrado em 18/04/2005, foi declarado nulo sem análise do mérito, por deixar de mencionar reincidências na gradação da multa aplicada, resultando em definição de valor da multa incorreto, conforme DN Nº 20.421.4/0346/2005.

A irregularidade constatada na ocasião e que persiste até então, consistiu em constituição de empresas de fachada no interior da MANZ, com inclusão no regime tributário do SIMPLES, contratação de empregados em seu nome para colocá-los prestando serviços nas instalações da MANZ mediante simulação de contratos de prestação de serviços na área têxtil. De fato, eram empresas fictícias criadas com a finalidade de se interpor entre o real empregador (a tomadora) e seus empregados, deixando de reconhecer as contribuições sociais a cargo do empregador ao optarem pelo SIMPLES.

Na diligência fiscal realizada constatou-se que os documentos e livros continuam apresentando informação diversa da realidade ou omitindo informação verdadeira, ou seja, continuam reconhecendo a existência das empresas prestadoras fictícias e os negócios havidos entre a MANZ e as empresas interpostas.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 28/04/2006, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 04/05/2006.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela notificada, fls. 92 a 139.

Determinou-se a baixa do processo em diligência para juntada de cópias de NFLD 35.763.836-0 e 35.763.837-9. A empresa foi devidamente cientificada quanto aos documentos anexados ao Auto de Infração (fls.162 à 603), acostados primeiramente na NFLD nº 35.763.837-9 (fls. 192 à 619), para vistas e obtenção de fotocópias, se fosse do interesse.

A Decisão-Notificação confirmou a procedência total da autuação, fls. 608 a 614. Em síntese alega o recorrente:

Não concordando com os termos da decisão apresentou o recorrente recurso fls. 619 a 646, onde em síntese alega:

1. Primeiramente é de se deixar claro que a empresa autuada, Malharia Manz Ltda., é plenamente ILEGÍTIMA para figurar no pólo passivo da presente autuação, não devendo em hipótese alguma quaisquer valores ao INSS, decorrente do auto em apreço.

2. Pelo que consta do referido auto e, mais precisamente, do famigerado "Relatório Fiscal Complementar — RELFISCO" que originou a presente e também as demais autuações da Malharia Manz Ltda., o agente fiscal interpretou de maneira totalmente equivocada, errônea, e, à sua vista, e tão somente à sua vista, entendeu que as empresas que estavam sendo fiscalizadas (Facção Joinville Ltda., C.M.S. Indústria Têxtil Ltda. e Jointêxtil Ltda.) seriam, sob a sua ótica, empresas de "fachada", para acobertar uma situação jurídica diversa da real que, no ato arbitrário e fantasioso do agente fiscal, teria o único fim de sonegar impostos. E, foi nestas empresas (Facção, CMS e Jointêxtil) que o fiscal encontrou as supostas irregularidades apontadas (não repasse de • contribuições previdenciárias ao INSS), e não na Malharia Manz Ltda., que foi autuada (indevidamente). A emissão de TEAF em relação ao cada empresa, comprova a sua existência.
3. Especificamente quanto à empresa CMS Indústria Têxtil Ltda., como consta do Relatório mencionado, a empresa existe desde 1995!!!, ou seja, há aproximadamente 10 anos, nunca tendo qualquer irregularidade.
4. Ademais, quanto à todas as empresas prestadoras de serviços, nesta mesma senda, deveria também o agente fiscal ter indicado qual o dispositivo de lei que veda, além da alteração da sede e do objeto social de uma empresa, também o fundamento que o faz crer que uma pessoa, que seja empregado de uma empresa não possa ser também empresário, proprietário de uma outra empresa.
5. Não demonstrou o agente fiscal a existência de controle de horário dos sócios, e o fato de existir um único relógio para registro do cartão, não demonstra subordinação, já que se encontra na entrada do condomínio.
6. As relações de cunho trabalhista são de interesse exclusivo dos trabalhadores, não competindo a autoridade fiscal indicá-la.
7. Sustenta também o agente fiscal que algumas pessoas, dentre as quais contadores e gerente de RH e Financeiro, se apresentariam perante terceiros em nome da Malharia Manz Ltda. e também das outras empresas Ora, como já dito, não há óbice legal para a terceirização das atividades de uma empresa, mormente em se tratando de atividades administrativas. Ademais, como já restou claro, por tratar-se de um condomínio de empresas, estas decidem entre si por contratarem todas as mesmas empresas para prestar os serviços contábeis e de gestão financeira, bem como os serviços de Recursos Humanos, pois desta forma • podem contratar por um melhor preço, reduzindo custos para todas as empresas.
8. Quanto à alegação do fiscal de que as atividades fins seriam as mesmas das empresas contratadas e da contratante, o que impossibilitaria a prestação de serviços, igualmente não merece prosperar. Isto porque, em tratando-se de condomínio industrial, várias empresas se estabelecem num mesmo local, ou em locais próximos, para exercerem atividades comuns, em sistema de parceria, diminuindo os custos de produção para as empresas.
9. A pesar de estarem instaladas no mesmo endereço, cada empresa tem seu galpão e sua estrutura.
10. No que diz respeito à administração da empresas contratadas, as mesmas sempre foram gerenciadas por seus sócios gerentes e, excepcionalmente, tão somente a partir de janeiro

de 2005, foi nomeado um administrador para a Jointêxtil, tendo em vista a necessidade que se opunha à época.

11. No *que* diz respeito às movimentações financeiras, esclarece a Malharia Manz Ltda. que, até o ano de 2002 movimentava sua própria conta, pois possuía talões de cheque em suas mãos, cedidos em período anterior pelo banco com o qual efetuava movimentações financeiras. As movimentações das outras empresas que foram efetuadas através de sua conta, ocorreram porque os sócios das empresas encontravam-se em dificuldades financeiras, com restrição de crédito, e, por consequência, suas empresas tinham dificuldades em efetuar movimentações financeiras.
12. Assim sendo, haja vista o sistema de condomínio industrial existente, as parcerias entre as empresas, ouve uma verdadeira cooperação entre as mesmas, de modo a superar as dificuldades financeiras que algumas delas pudessem estar atravessando, atitude natural de empresas que se unem para desempenhar atividades no sistema de condomínio industrial, buscando a prosperidade de todas as empresas que dele fazem parte.
13. Como a empresa possuía toda a estrutura física, maquinário de ponta, necessitava agora de pessoas para iniciarem suas atividades. E, como a Manz não tinha condições financeiras de contratar funcionários próprios, e também como meio de reduzir custos, e tornar-se competitiva no mercado nacional, adotou o modelo do condomínio industrial, terceirizando sua linha de produção, através da contratação de empresas de mão de obra, as quais prestariam seus serviços nas suas áreas específicas, sendo para isso remuneradas.
14. A desconsideração da personalidade jurídica não pode ser feita arbitrariamente, com base em meras alegações, principalmente pelas graves consequências econômicas e sociais que resulta, devendo ser precedida de razões devidamente fundamentadas, em procedimento específico para este fim, com possibilidade de contraditório e ampla defesa (constitucionalmente resguardado).
15. Outra prova da autonomia das empresas, é a "Notificação Recomendatória" que cada uma das empresas prestadoras de serviço (CMS, Jointêxtil e Facção) recebeu, enviadas pelo Ministério Público do Trabalho, sendo enviado uma Notificação para cada uma das empresas, haja vista serem empresas distintas, com personalidade jurídica própria.
16. E não há que se falar que as empresas não apresentaram documentos, conforme os artigos de lei no qual o fiscal fundamenta a autuação, uma vez que não fossem todos os documentos fornecidos, o fiscal não teria todas as informações necessárias ao desempenho das suas funções. Apesar de ter feito mal uso das informações, em atos indistintamente arbitrários.
17. Toda a situação das empresas foi esclarecida por seus contadores e, se algum livro eventualmente não foi apresentado, tal fato ocorreu tão somente por motivo de força maior, em vista do roubo de equipamentos, conforme noticiado pela própria Assessoria Contábil da empresa, esclarecendo toda a situação ocorrida, e conforme cópia do boletim de ocorrência em anexo, que comprova todo o alegado, não havendo qualquer culpa de nenhuma das empresas quanto à eventual não apresentação de algum documento.
18. E não há que se falar em falsidade nas informações prestadas, uma vez que todos os registros documentais correspondem à realidade das empresas, não havendo qualquer irregularidade.

19. O agente fiscal aplicou à Manz a penalidade prevista no art. 92 e art. 102 da Lei n. 8212/91, e também, sobre o mesmo fato, e mesmo fundamento, aplicou a pena do art. 283, inciso II, "j" e art. 373, do Decreto 3048/99, o que configura verdadeiro BIS IN IDEM

I) que não pode a autoridade administrativa negar-se a discutir matéria constitucional, visto que reduziria a defesa do contribuinte;

II) que o uso de presunção por parte do agente do fisco ofendeu expressamente o princípio da legalidade; a aplicação da penalidade está alicerçada em suposta infração fundada unicamente em presunções e indícios, o que é vedado por lei;

III) que toda a argumentação utilizada pela fiscalização remonta às notificações anteriores, o que é inadmissível; o mesmo fato gerou as notificações fiscais do ano de 2005, em discussão na esfera administrativa, e o presente auto de infração;

IV) que o agente fiscal interpretou de maneira equivocada e errônea que as empresas Facção Joinville Ltda., C. M. S. Indústria Têxtil Ltda. e Jointêxtil seriam apenas empresas de fachada, com o intuito de sonegar impostos;

V) que são empresas legítimas, autônomas, devidamente constituídas, com personalidade jurídica própria, registradas na Junta Comercial, no CNPJ, e que a emissão pela autoridade fiscal de Termo de Encerramento da Ação Fiscal em relação a cada uma das empresas corrobora a autonomia destas.

VI) que deixou a autoridade fiscal de informar qual a legislação pátria que veda à pessoa física estar na condição de empregada e o mesmo tempo desempenhar atividades empresariais, participando de sociedade comercial;

VII) que a circunstância de um antigo empregado da Malharia Manz Ltda. ser atualmente sócio de outra das empresas e desempenhar estas atividades de prestação de serviços para a recorrente não pode ser considerado como subsídio para as alegações do fiscal;

VIII) que inexistente entrave legal ao fato de o sócio da Facção Joinville Ltda. ser irmão de um dos sócios da Malharia Manz Ltda.;

IX) que, quanto aos sócios das empresas prestadoras estarem submetidos as 1 normas de horário e identificação, omitiu o agente fiscalizador que juntamente com o logotipo do condomínio de empresas e nome da pessoa indicada, consta expressamente o nome da empresa a que está subordinada, e também este não trouxe aos autos prova da existência de controle de horário;

X) que inexistente impeditivo legal para que uma empresa salde compromissos financeiros de outra;

XI) esclarece que as empresas atuam em sistema de condomínio industrial, que ocorre quando várias empresas se estabelecem em um mesmo local físico para exercerem atividades comuns e de certa forma complementares;

XII) que a desconsideração da personalidade jurídica não pode ser feita arbitrariamente, alicerçada apenas em presunções;

XIII) que não basta a identidade de sócios para a caracterização do grupo econômico; devem ser observados outros requisitos como o estreito liame entre as empresas demandadas, mesmo endereço comercial e, ainda, identidade de objeto social, o que não é o caso;

XIV) que, ao prevalecer a suposição e os indícios, estar-se-á submetendo o contribuinte a uma espécie de "inquisição fiscal", em direta afronta aos princípios do contraditório e ampla defesa;

XV) que o ato administrativo que constituiu a notificação necessita ser recalculado, diante da utilização do sistema da aferição indireta para a composição das bases imponíveis;

XVI) que a multa aplicada está prevista no artigo 92 e 102 da Lei nº 8.212/91 e, também sobre o mesmo fato e fundamento, incide a penalidade disposta no artigo 283 e 373 do Decreto nº 3.048/99, configurando verdadeiro *bis in idem*, razão para a anulação do auto de infração em comento;

XVII) que a utilização da Taxa SELIC como índice para os juros moratórios é inconstitucional, devendo ser utilizada a regra prevista pelo §P do artigo 161 do CTN;

XVIII) que a multa lançada a recorrente apresenta forma confiscatória de seu patrimônio, não devendo ser aplicada.

20. Requer cumulativamente a nulidade da autuação, seu cancelamento, o e cálculo do débito, que seja afastada a multa, que se utilize a documentação acostada aos AIs nº 35.763.843-3 e 35.763.839-5 e NFLDs nº 35.763.836-0 e 35.763.837-9 com prova emprestada, que seja concedido o prazo de 15 dias para a juntada do instrumento procuratório e que todas as intimações/notificações se dêem em nome dos procuradores firmatários.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil, encaminhou o processo a este Conselho para julgamento com indicativo de intempestivo, fls. 64, tanto da empresa notificada como da responsável solidária.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 651. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 1271. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:**QUANTO A NULIDADE PELA ILEGITIMIDADE DO AUTUADO**

Entendo que no procedimento em questão a AUTORIDADE FISCAL EM IDENTIFICANDO a condição de vínculo empregatício com empresa que simulou a contratação por intermédio de empresas interpostas, procedeu o auditor fiscal ao redirecionamento do vínculo empregatício para efeitos previdenciários na empresa notificada, que era a verdadeira empregadora de fato.

Pela análise do relatório fiscal, resta claro que não houve simplesmente caracterização do vínculo de emprego, visto que os segurados já estavam enquadrados como empregados nas empresas auditadas em conjunto; porém constatou-se que as características inerentes ao vínculo de emprego levaram a autoridade fiscal a desconsideração das contratações de determinadas empresas fiscalizadas em conjunto, vinculando seus supostos empregados a empresa notificada, já que constatou que a mesma é que preenchia os condição de empregadora, gerenciando de fato toda a atividade. Em boa parte dos casos, houve inclusive transferência de empregados da própria autuada em data anterior para as empresas constituídas sob a modalidade de tributação simplificada.

Quanto a possibilidade de exclusão de empresas do SIMPLES, ressalte-se que não cobrou o auditor contribuições patronais das empresas optante pelo SIMPLES, portanto não houve desenquadramento, para que se determinasse a emissão do Ato de Exclusão. O que ocorreu em verdade, foi, que em constatando realidade diversa da pactuada inicialmente, procedeu o auditor para efeitos previdenciários ao vínculo dos trabalhadores das empresas interpostas diretamente com a notificada, o que encontra respaldo na própria legislação previdenciária.

Em nenhum momento a autoridade fiscal disse que as empresas encontravam-se irregulares e que dessa forma não poderiam mais funcionar. Pelo contrário, observa-se, conforme descrito no relatório fiscal, durante o procedimento de auditoria, constatou a fiscalização a existência de estabelecimentos que embora possuam CNPJ próprios, estão de fato, sob a administração das mesma pessoa. O que vislumbrou o auditor, conforme descrito no relatório fiscal, é a possibilidade de utilização indevida do Sistema simplificado,

pela transferência de empregados, porém restou constatado que a subordinação continuou com a empresa notificada.

Tais procedimentos e artifícios, conjugados com a utilização dos mesmo empregados, entre as empresas, conspiraram para o mesmo resultado: Sonegação de tributos devidos à Previdência Social, que agora, os lançamentos fiscais buscaram resgatar. A aparente distinção entre as empresas permitiu aos empresários usufruírem indevidamente do tratamento tributário simplificado e favorecido instituído pela Lei nº 9317/96 (Lei do Simples), mas constatando-se que na verdade quem detinha a gerência sobre os ditos empregados era a empresa notificada.

Dessa forma, a confusão entre gerência e desempenho de atividades corrobora com as informações trazidas pela autoridade fiscal neste AIOP

Por fim, cumpre-nos esclarecer que a autoridade fiscal não extrapolou de seus limites, quando da cobrança do crédito, desrespeitando os limites legais. A fiscalização previdenciária é competente para constituir os créditos tributários decorrentes dos fatos geradores de contribuições previdenciárias, conforme descrito no art. 1º da Lei 11.098/2005:

Art. 1º Ao Ministério da Previdência Social compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento, em nome do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição, bem como as demais atribuições correlatas e conseqüentes, inclusive as relativas ao contencioso administrativo fiscal, conforme disposto em regulamento.

Ademais, não compete ao auditor fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

Na verdade o que se vislumbrou foi a simulação para que as empresas que prestavam os serviços pudessem se beneficiar do Sistema Simplificado de impostos – SIMPLES em um primeiro momento, mantendo o faturamento dentro dos limites da lei. Porém não é aceitável esse tipo de atitude, se constatado ter por objetivo distorcer a realidade dos fatos apenas como fim de lograr proveito, sem cumprir os preceitos legais.

O que ocorreu durante o procedimento fiscal, por meio de diversos elementos de prova, observados pontualmente e em loco (não por mera presunção) foi a constatação, por parte do auditor fiscal, de que não existiam realmente diversos empregadores, e sim, que os sócios das empresas Facção Joinville Ltda., C. M. S. Indústria Têxtil Ltda. e Jointêxtil, eram na verdade empregados da empresa MANZ, face a presença dos requisitos e a outorga de poderes

e decisões ao gerentes dessa última. As empresas criadas não assumiram verdadeiramente o poder de direção, estando todos os empregados vinculados enquanto trabalhadores a um único empregador, qual seja a empresa MANZ.

Assim, não consigo identificar a nulidade apontada pelo patrono da recorrente. Em restando demonstrado que o verdadeiro empregador era único, compete a fiscalização simplesmente proceder a vinculação das pessoas que lhe prestavam serviços enquanto segurados empregados para efeitos previdenciários, bastando para isso a identificação do verdadeiro empregador.

Portanto, não assiste razão ao recorrente, pois a presente notificação encontra-se revestida das formalidades legais, tendo sido lavrada de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto, consoante disposto no artigo 33 da lei nº 8.212, de 1991, senão vejamos:

Art. 33 - Ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "a" , "b" e "c" do parágrafo único do art. 11. bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal- SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "d" e "e" do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.

Ainda apenas para efeitos de esclarecimento ao recorrente nos termos do artigo 229 do Regulamento da Previdência Social- RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06 de maio de 1999, também é muito claro ao dispor que:

Art.229. O Instituto Nacional do Seguro Social é o órgão competente para:

I - arrecadar e fiscalizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nos incisos I, II, III, IV e V do parágrafo único do art. 195. bem como as contribuições incidentes a título de substituição; (Redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 26/11/2001)

II - constituir seus créditos por meio dos correspondentes lançamentos e promover a respectiva cobrança;

III - aplicar sanções; e

IV - normatizar procedimentos relativos à arrecadação, fiscalização e cobrança das contribuições referidas no inciso I.

§ 1º Os Auditores Fiscais da Previdência Social terão livre acesso a todas as dependências ou estabelecimentos da empresa, com vistas à verificação física dos segurados em serviço. para confronto com os registros e documentos da empresa, podendo requisitar e apreender livros, notas técnicas e demais documentos necessários ao perfeito desempenho de suas funções, caracterizando-se como embaraço à fiscalização qualquer dificuldade oposta à consecução do objetivo. (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 29/11/99)

§ 2º Se o Auditor Fiscal da Previdência Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inciso I do caput do art. 9º deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado. (Redação dada pelo Decreto nU 3.265, de 29/11/99) (grifo nosso).

Destaco aqui as palavras do ilustre Ministro Maurício Godinho Delgado (Curso de Direito do Trabalho. Ed. LTR. 5ª Edição, 2006, pág. 363-364), quando sendo identificada relação fática diversa da realidade, compete as autoridades públicas, cada uma em seu campo de atuação, proceder a correção das mesmas, e quando necessário proceder a aplicação das penalidades a ela inerentes.

A dinâmica judicial trabalhista também registra a ocorrência de uma situação fático-jurídica curiosa: trata-se da utilização do contrato de sociedade (por cotas de responsabilidade limitada ou outra modalidade societária existente) como instrumento simulatório, voltado a transparecer, formalmente, uma situação fático-jurídica de natureza civil/comercial, embora ocultando uma efetiva relação empregatícia. Em tais situações simulatórias, há que prevalecer o contrato que efetivamente rege a relação jurídica entre as partes, suprimindo-se a simulação evidenciada.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO

Destaca-se, ainda em sede de preliminar que o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, **nulidade por cerceamento de defesa**, ou ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, tampouco pela falta de fundamentação legal. O argumento de que a emissão de relatório fiscal complementar, com a reabertura da prazo de defesa, não provoca nulidade dos atos já praticados, pelo contrário demonstra a possibilidade do fisco, antes da realização de qualquer julgamento, rever seus atos, buscando melhor esclarecer ao recorrente os fatos que ensejaram o lançamento. Não há argumento válido para cancelar o lançamento, quando restou reaberto o prazo de defesa.

A nulidade é declarada, quando viciado ou ilegal o ato praticado, o que não é o caso. Destaca-se ter o auditor cumprido todos os passos necessários a realização do procedimento: autorização por meio da emissão do Mandato de Procedimento Fiscal – MPF- F e complementares, fl. 169, com a competente designação do auditor fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento. Intimação para a apresentação dos documentos conforme Termos de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária. Autuação dentro do prazo autorizado pelo referido mandato, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do AI ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes.

Note-se, que as alegações de que o procedimento não poderia prosperar por não ter a **autoridade realizado a devida fundamentação das contribuições, baseando-se em presunções**, não lhe confiro razão. Não só o relatório fiscal e complementar se presta a esclarecer as contribuições objeto de lançamento, como também o DAD – Discriminativo analítico de débito, que descreve de forma pormenorizada, mensalmente, a base de cálculo, as contribuições e respectivas alíquotas. Sem contar, ainda, o relatório FLD – Fundamentos

Legais do Débito que traz toda a fundamentação legal que embasou o lançamento. Merece destaque o fato de ter a autoridade julgadora detalhado inúmeras situações fáticas, que demonstravam verdadeira confusão entre os empregados da empresa MANZ e suas supostas contratadas terceirizadas.

Quanto a suposta simulação entendo que logrou êxito a autoridade fiscal em demonstrar por meio dos relatórios, documentos, anexos as situações fáticas que o levaram a caracterizar para efeitos previdenciários, os segurados inicialmente contratados pela empresas Facção Joinvile Ltda., C. M. S. Indústria Têxtil Ltda. e Jointêxtil, como segurados da empresa notificada.

Também afasto a nulidade, assim como mencionado acima, em relação a emissão do relatório fiscal complementar. Houve a cientificação do recorrente, em relação aos fatos narrados pela autoridade fiscal no relatório complementar. Não ocorreu inovação ou mesmo mudança da situação fática demonstrada anteriormente, mas apenas aperfeiçoamento da mesma, mediante esclarecimentos e documentos colacionados aos autos para ratificar as informações anteriormente prestadas.

Isto posto, entendo que realizou o auditor devidamente o lançamento, tendo-o fundamentado na legislação que rege a matéria, qual seja: lei 8212/91, Decreto 3.048/99. Ressalto, que não apenas o auditor realizou de forma muito minuciosa as fundamentações e descrições necessárias para caracterizar a simulação, como a autoridade julgadora de 1ª instância ao rebater os mesmos argumentos apontados na defesa, destacou de forma detalhada os dispositivos legais, descritos no relatório FLD, que também fundamentaram o lançamento. Assim, razão não assiste ao recorrente.

Da mesma forma, não existe qualquer nulidade quanto ao fato da autoridade fiscal ter encaminhado termo de Encerramento fiscal as demais empresas (ditas interpostas), ou mesmo ter o relatório complementar encaminhado por correio. Assim, bem enfrentou a autoridade julgadora:

43. A impugnante alega, ainda, que a sua ciência da "emenda" da NFLD deveria ter sido pessoal. Não procede sua alegação. Primeiro, porque o art. 26, § 3., da Lei nº 9.784, de 29/01/1999, prevê que a comunicação dos atos pode ser feita por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado, sem ordem de preferência. Segundo, porque a impugnante teve ciência do teor da declaração, tanto é assim que a contestou, não havendo qualquer prejuízo, ainda que a ciência tenha sido irregular, o que não ocorreu. O § 5.º do art. 26 da Lei nº 9.784/99 diz que o comparecimento do administrado supre a falta ou irregularidade da intimação.

Pelo contrário irregular seria a vinculação dos segurados dessas empresas, sem a realização de procedimento fiscal conjunto. Como dito acima, as empresas continuam a existir juridicamente, não houve desconstituição das pessoas jurídicas, razão porque necessário o encerramento do procedimento em relação a cada uma. Note-se, conforme já apreciado que a empresa MANZ deve sim, figurar no polo passivo, uma vez constatado ser a verdadeira empregadora, conforme identificaremos na apreciação do mérito.

Apenas, para esclarecer, não existe qualquer vício de falta de fundamentação, em relação a possibilidade de empregados de empresas serem sócios de outras empresas. Não foi esse fato o que consubstanciou o lançamento, mas sim, uma argumento fático, de que o referido sócio era verdadeiramente empregado da empresa autuada, já que na função de sócio, continuava a preencher os requisitos que o vinculavam como empregado da empresa tomadora.

Superadas as preliminares passo ao exame do mérito.

DO MÉRITO

Quanto ao argumento de que a multa aplicada tem caráter confiscatório, indo de encontro ao princípio constitucional que veda o confisco, e em função disso deve ser relevada, teço os seguintes argumentos.

A vedação constitucional quanto ao caráter confiscatório se dá em relação ao tributo e não à penalidade pecuniária, sendo esta última a apreciada no caso concreto. Nesse sentido preceitua o art. 150, IV da Constituição Federal de 1988:

Art. 150 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

O procedimento adotado pelo AFPS na aplicação do presente auto-de-infração seguiu a legislação previdenciária, conforme fundamentação legal descrita.

Conforme prevê o art. 33, § 2º da Lei n.º 8.212/1991, o contribuinte é obrigado a exibir os livros e documentos relacionados com as contribuições previdenciárias, que a empresa continua apresentando informação diversa da realidade ou omitindo informação verdadeira, ou seja, continuam reconhecendo a existência de empresas prestadoras fictícias.

Art.33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e e do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente. (Redação dada pela Lei nº 10.256, de 9/07/2001)

(...)

§ 2º A empresa, o servidor de órgãos públicos da administração direta e indireta, 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.

Assim, a exigência da fiscalização não foi desmedida, pois a solicitação foi realizada no prazo estabelecido na legislação. A Auditora-Fiscal agiu de acordo com a norma aplicável, e não poderia deixar de fazê-lo, uma vez que sua atividade é vinculada.

Desse modo, a recorrente praticou a infração, pois a não apresentação da documentação na forma devida, durante o procedimento fiscal acarreta a responsabilidade do infrator pela penalidade prevista na legislação previdenciária.

Destaca-se que as obrigações acessórias são impostas aos sujeitos passivos como forma de auxiliar e facilitar a ação fiscal. Por meio das obrigações acessórias a fiscalização conseguirá verificar se a obrigação principal foi cumprida.

Assim, justificável apenas a necessária apreciação do desfecho do julgamento da NFLD conexa. No caso, importante identificar o resultado das NFLD lavradas, que se encontra em julgamento nessa mesma sessão, Processo 19994.000416/2008-76.

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/04/2000 a 31/01/2005

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO -SEGURADOS EMPREGADOS INCLUÍDOS EM FOLHA DE PAGAMENTO DE EMPRESA INTERPOSTA - - PRINCIPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE.

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

Não se faz necessário caracterizar os requisitos de empregado, quando o vínculo original com terceira empresa já se dava nessa condição, bastando a configuração de gerenciamento único, ou seja, subordinação jurídica para que se redirecione o vínculo de emprego para efeitos previdenciários.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/04/2000 a 31/01/2005

AUTO DE INFRAÇÃO -NULIDADE - ILEGITIMIDADE DO AUTUADO - INOCORRÊNCIA DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

No procedimento em questão a AUTORIDADE FISCAL EM IDENTIFICANDO a caracterização do vínculo empregatício com empresa que simulou a contratação por intermédio de empresas interpostas, procedeu a caracterização do vínculo para efeitos previdenciários na empresa notificada, que era a verdadeira empregadora de fato.

LANÇAMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, com esteio na legislação que disciplina a matéria, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

O encaminhamento de relatório fiscal complementar antes da decisão de primeira instância não vicia o procedimento, ainda mais, quando o objetivo é tão somente esclarecer ao recorrente fatos descritos no próprio lançamento.

LANÇAMENTO. COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL.

Conforme preceitua o artigo 142 do CTN, artigo 33, caput, da Lei nº 8.212/91 e artigo 8º da Lei nº 10.593/2002, c/c Súmula nº 05 do Segundo Conselho de Contribuintes, compete privativamente à autoridade administrativa - Auditor da Receita Federal do Brasil -, constatado o descumprimento de obrigações tributárias principais e/ou acessórias, promover o lançamento, mediante NFLD e/ou Auto de Infração.

APLICAÇÃO DE JUROS SELIC - PREVISÃO LEGAL.

Dispõe a Súmula nº 03, do 2º Conselho de Contribuintes, aprovada na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, publicadas no DOU de 26/09/2007, Seção 1, pág. 28: “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.”

O contribuinte inadimplente tem que arcar com o ônus de sua mora, ou seja, os juros e a multa legalmente previstos.

A verificação de inconstitucionalidade de ato normativo é inerente ao Poder Judiciário, não podendo ser apreciada pelo órgão do Poder Executivo.

TERCEIROS - CONTRIBUIÇÕES PARA O INCRA -E SEBRAE - ILEGALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE - INCOMPETÊNCIA DE ÓRGÃO ADMINISTRATIVO

A fiscalização previdenciária possui competência para arrecadar e fiscalizar as contribuições destinadas a terceiros, conforme art. 94 da Lei 8.212/91.

A verificação de inconstitucionalidade de ato normativo é inerente ao Poder Judiciário, não podendo ser apreciada pelo órgão do Poder Executivo.

Não tendo o contribuinte recolhido à contribuição previdenciária em época própria, tem por obrigação arcar com o ônus de seu inadimplemento.

Recurso Voluntário Negado

A Auditora-Fiscal agiu de acordo com a norma aplicável, e não poderia deixar de fazê-lo, uma vez que sua atividade é vinculada.

Destaca-se que as obrigações acessórias são impostas aos sujeitos passivos como forma de auxiliar e facilitar a ação fiscal. Por meio das obrigações acessórias a fiscalização conseguirá verificar se a obrigação principal foi cumprida.

Como é de conhecimento, a obrigação acessória é decorrente da legislação tributária e não apenas da lei em sentido estrito, conforme dispõe o art. 113, § 2º do CTN, nestas palavras:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Conforme descrito no art. 96 do CTN, a legislação engloba não apenas as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos, mas também as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Assim, foi correta a aplicação do auto de infração pelo órgão previdenciário. O relatório fiscal, indicou de maneira clara e precisa todos os fatos ocorridos, havendo subsunção destes à norma prevista na Lei n.º 8.212/1991.

Os valores aplicados em auto de infração pela omissão justificam-se pelo fato da importância dos esclarecimentos para administração previdenciária. As informações prestadas auxiliarão na fiscalização das contribuições arrecadadas em prol da Previdência Social.

Vale destacar, ainda, que a responsabilidade pela infração tributária é em regra objetiva, isto é, independe de culpa ou dolo, ou das circunstâncias que geraram o descumprimento da legislação.

Quanto a ocorrência de bis in idem, também não há de se acatar o argumento do recorrente, conforme explicitado às fls. 652, no acórdão do julgamento de primeira instância não ocorreu dupla penalização, mas, tão somente, a menção ao decreto 3.048/98, cujo objeto é regulamentar, esclarecer a aplicação da multa, bem como o valor da multa imposto, determinando inclusive a observância da atualização dos valores.

Contudo, nenhum dos argumentos apontados pelo recorrente são capazes de deconstituir a autuação, posto que restando comprovado serem devidas as contribuições pela procedência das NFLD correlatas, por consequência o mesmo encaminhamento deve ser dado ao AI de Obrigação Acessória.

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

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para, rejeitar as preliminares suscitadas, e no mérito voto por NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.