



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

Processo nº 12269.004052/2008-59
Recurso nº 200.000 Voluntário
Acórdão nº 2401-02.301 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de março de 2012
Matéria TERCEIROS
Recorrente COMERCIAL ELÉTRICA JARZYNSKI LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - TERCEIROS - DIFERENÇAS DE FOLHA DE PAGAMENTO - NÃO IMPUGNAÇÃO EXPRESSA

A não impugnação expressa dos fatos geradores objeto do lançamento importa em renúncia e consequente concordância com os termos do AI. Não compete a empresa apenas alegar, mas demonstrar por meio de prova suas alegações.

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

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 segurado empregado, contribuinte individual ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inciso I do caput do art. 9º deverá desconsiderar o vínculo pactuado para efeitos previdenciários com empresa interposta e efetuar o enquadramento como segurado empregado com a verdadeira empregadora.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO -NULIDADE - AUSÊNCIA DE EMISSÃO DE ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES PELA SRF - INOCORRÊNCIA DE DESCONSIDERAÇÃO

DA PERSONALIDADE JURÍDICA - INAPLICABILIDADE DA EXIGÊNCIA.

O ATO DECLARATÓRIO seria exigido, caso houvesse a desconsideração da opção pelo SIMPLES, devendo, apenas neste caso, ser feita a comunicação a então Secretaria da Receita Federal, para realizar a emissão do Ato Declaratório.

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.

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 CARF, 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.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos rejeitar as preliminares suscitadas pelo recorrente. II) Pelo voto de qualidade, rejeitar a preliminar de necessidade de expedição prévia do Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES da empresa Jarzynski Elétrica Ltda. Vencidos os conselheiros Igor Araújo Soares, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que, de ofício, acolhiam a preliminar de nulidade. e III) Por unanimidade de votos, 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, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

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

Autenticado digitalmente em 15/04/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA, Assinado digitalmente em 15/04/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA, Assinado digitalmente em 14/05/2012 por ELIAS SAMPAIO FREIRE

Impresso em 15/05/2012 por AMARILDA BATISTA AMORIM - VERSO EM BRANCO

Relatório

O presente Auto de Infração de obrigação principal, lavrado sob o n. 37.151.389-8, em desfavor da recorrente, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa destinada a terceiros no período compreendido entre as competências 01/2004 a 12/2004. O AIOP em questão possui correlação com o Processo 122269004051/2008-12, onde encontra-se lançada a contribuição patronal sobre a mesma base de cálculo.

Destaca-se que, conforme descrito no relatório fiscal, durante o procedimento de auditoria, como resultado da análise documental e dos procedimentos de auditoria fiscal, ficou configurado o seguinte quadro: nas empresas; Comercial Elétrica Jarzynski — CNPJ 92.690.205/0001-64 (lucro Real) e Jarzynski Elétrica Ltda — CNPJ 91.690.197/0001-56 (optante do simples), estabelecidas no mesmo endereço, operando uma só atividade, em um só estabelecimento, sob o comando de uma mesma administração, para usufruir a tributação favorecida, colocada à disposição das empresas optantes pelo SIMPLES, constatou-se que a realidade dos fatos demonstrava que a verdadeira empregadora era a empresa notificada, razão porque foram os segurados a ela vinculados para efeitos previdenciários.

Descreveu ainda o auditor, quais foram os elementos de convicção para formação do vínculo:

Em visita nas dependências da empresa, observou-se no prédio que consta uma única placa (logomarca) de identificação, Jarzynski. A recepção é única e a divisão do espaço físico interno entre as empresas é uma linha imaginária, pois não há distinção no *lay out* ou no processo operacional interno das empresas.

Atualmente a administração de toda atividade desenvolvida no local, está sob a responsabilidade de Alberto Kompinsky que de acordo com o contrato social é o administrador exclusivo. A sócia Fernanda Almaleh Kompinsky (retirou-se da sociedade em 18.07.2008) e o sócio Eduardo Almaleh kompinsky, menores, são filhos de Alberto Kompinsky e a sócia Jaqueline Almaleh kompinsky (retirou-se em 18.07.2008) é esposa. As empresas, desde sua fundação, pertencem As mesmas famílias de Henrique Jarzynski (pai de Nelson Jarzynski e fundador) e Guilherme kompinsky (pai de Alberto Kompinsky e fundador); e a administração sempre foi alternada entre ambas. Tal constatação reforçou a convicção de que a atividade era pertinente a uma só organização.

O desenvolvimento das atividades da Comercial Jarzynski é realizado pela utilização dos bens (maquinário) da Jarzynski Elétrica Ltda. No balanço patrimonial da Comercial não consta a conta "Máquinas e Equipamentos" no Ativo Permanente. Não foi constatada a existência de contrato de locação/cessão destes bens entre as empresas.

O faturamento de Comercial Elétrica Jarzynski Ltda é compatível com o objeto social da empresa, mas é incompatível com a massa salarial, visto não possuir empregados no período de 01/2004 a 12/2004, conforme constatado na Relação anual de Informações Sociais — RAIS —ano-base 2004. (Rais negativa). 16. a Jarzynski Elétrica

possui pouca receita para muita mão de obra, conforme verificado através da análise da escrituração contábil.

Esclareceu o auditor notificante, às fls. 17, por meio de uma tabela a demonstração dos fatos que levaram a formação do vínculo para efeitos previdenciários.

Concluiu que houve o convencimento de que a atividade é pertinente a uma só organização empresarial, sem distinção, na prática, quanto à alocação da mão-de-obra; equipamentos utilizados, administração e a produção. O "planejamento tributário" utilizado pela Comercial Elétrica Jarzynski Ltda, utilizando-se de outra empresa enquadrada no SIMPLES, teve como propósito criar uma situação jurídica com vistas à dissimulação do fato gerador de suas contribuições previdenciárias. Porquanto o fato gerador da obrigação previdenciária tem como base a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais, lançada nas folhas de pagamento da empresa Jarzynski Elétrica Ltda (optante do simples) e declarada nas Guias de Recolhimento do fundo de Garantia por Tempo de Serviço e informações à Previdência Social — GFIP.

Importante, destacar que a lavratura do AI deu-se em 10/10/2008, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 13/10/2008.

Não conformada com a notificação, foi apresentada impugnação, fls. 26 a 32.

A Decisão de 1 instância confirmou a procedência do lançamento, fls. 42 a 49.

*ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES
Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004
DESCONSIDERAÇÃO DE ATO OU NEGÓCIO JURÍDICO.*

permitido à autoridade tributária desconstituir ato ou negócio jurídico praticado pelo contribuinte, em desconformidade com a lei, com o objetivo de reduzir o montante do tributo devido.

Constatada a simulação de empresas a fim de ocultar a real empregadora, afastando-a do pagamento total das contribuições devidas, através da utilização de empregados registrados em empresas optante pelo SIMPLES, esta é considerada inexistente para fins da legislação tributária.

ARBITRAMENTO DA BASE DE CALCULO.

O arbitramento da base de cálculo, através da Folha de Pagamento e GFIP da empresa optante pelo SIMPLES, é utilizado quando a documentação do contribuinte autuado não se mostrar suficiente para permitir a apuração do montante do tributo devido.

LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO FORA DO ESTABELECIMENTO DO CONTRIBUINTE.

O auto de infração deve ser lavrado no local da verificação da falta, o que não significa o estabelecimento do contribuinte ou outro local onde a falta foi praticada, mas sim onde foi constatada.

COMPENSAÇÃO DE VALORES PAGOS NA GUIA DO SIMPLES.

NÃO CABIMENTO.

As contribuições destinadas a Outras Entidades e Fundos - Terceiros não podem ser objeto de compensação, conforme preceito do art. 56 da Instrução Normativa nº 900, de 30/12/2008

Impugnação – Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, conforme fls. 53 a 62 . Em síntese, o recorrente em seu recurso alega o seguinte:

1. A empresa autuada, sempre agiu de boa fé, não estava em mora com o recolhimento de seus débitos tributários com a Fazenda Nacional quando foi alvo do Procedimento Fiscal que concluiu pela lavratura do Auto de Infração. Este fato ao revés de ser relevado em seu favor, ao que parece, no olhar da fiscalização se constituiu em agravante e motivo para ser submetida a uma esdrúxula e impossível situação do ponto de vista legal, de «receber todos os empregados de outra empresa, como se seus fossem e ser compelida a recolher os encargos patronais, em favor da Seguridade Social, ora discutidos;
2. Evidente o erro de interpretação, pois, mesmo admitindo que a outra empresa não pudesse estar enquadrada no sistema do Simples, hipótese que se admite apenas para argumentar, de forma alguma, estaria o AFRB investido de competência para transferi-los para a empresa autuada.
3. A inconformidade e também se direciona pelo uso inapropriado do critério da aferição indireta. Inapropriada a aferição indireta se não houve recusa ou sonegação de documentos e informações por parte do Contribuinte, assim como por não ter sido constatado pela fiscalização que a contabilidade não registrou o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço;
4. Logo, da forma com que foi lavrado o Auto e chancelado pela decisão atacada é evidente a bi - tributação. Deve o Contribuinte ser autorizado a aproveitar o valor já recolhido, em dedução daquele arbitrado.
5. Houvesse a AFRF agido com a desejável acuidade, esmero, feito a dedução acima e comparado com a Tabela de Preços, vigente à época dos fatos tidos como irregulares e passíveis de autuação - teria ela mesma verificado que o valor da -Hora Técnica", estava cotada em R\$ 250,00.
6. Entretanto, como se alegou e ficou provado na instrução, o procedimento de fiscalização foi feito a distância, em sua grande parte, em Gabinete, sem o critério da análise fática, com desídia e conjecturas equivocadas, que levaram à conclusão em detrimento do Contribuinte;
7. Outro equívoco do relatório fiscal está no entendimento de que as empresas atuam no mesmo espaço físico. Em realidade o prédio é único, mas existe delimitação interna do

espaço de cada um dos Contribuintes, bem como, entradas independentes. Aqui, novamente, houve mera dedução, sem perquirir os Administradores ou até mesmo qualquer dos empregados, quanto à distribuição física das atividades. Nem mesmo o uso de marca comercial comum serve para caracterizar a infração capitulada;

8. Em relação ao procedimento fiscalizatório, ao não lavrar o AI no local, também, não respeitou as normas do art 55, da Lei Complementar nº126/2005:
9. Em derradeiro, por cautela e apego ao contraditório, na improvável hipótese de manutenção de valor residual do Auto de Infração, a multa deve ser limitada ao percentual de 20%, consentânea com o disposto no art. 61, § 2º, da Lei nº **9.430/96**, por ser mais benéfico ao Contribuinte, nos termos da norma protetiva insculpida no art. 106,11, do Código Tributário Nacional e para não configurar o confisco;
10. Assim sendo, não deve ser mantida a decisão recorrida, cabendo a desconstituição do Auto de Infração, pois tirado com os defeitos insanáveis acima relacionados e a consequente reforma do v. Acórdão hostilizado neste Recurso Voluntário sobre o total da matéria.

O processo foi encaminhado a este conselho para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 51. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS PRELIMINARES AO MÉRITO

Quanto ao argumento de que o auditor fiscal não foi diligente ao efetivar a vinculação dos segurados empregados, realizando o procedimento de longe, razão não assiste ao recorrente. Restou demonstrado no relatório fiscal, os motivos que ensejaram a vinculação dos segurados da empresa Jarzynski Elétrica Ltda — CNPJ 91.690.197/0001-56 a empresa notificada Comercial Elétrica Jarzynski — CNPJ 92.690.205/0001-64. Entendo que os argumentos ali expostos foram suficientes para demonstrar os elementos de convicção da auditoria fiscal. Portanto, entendo que ao contrário do que argumentou o recorrente não inferiu o auditor fatos inverídicos, mas tão descreveu constatações.

Assim, as alegações de que a lavratura do AI foi realizada fora das dependência da empresa de forma alguma macula o procedimento, posto que cumprido todo o rito indispensável a sua validação. Pela análise dos documentos constantes do auto observa-se que o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por cerceamento de defesa.

Observa-se anexo ao relatório fiscal e mencionado no corpo do próprio relatório cópias com a devida intimação para a apresentação dos documentos conforme Termos de Intimação Fiscal, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária.

Foi realizada a conclusão dos trabalhos com a emissão do Termo de Encerramento, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes.

Neste sentido, as alegações de que o procedimento não poderia prosperar por não ter a autoridade realizado a devida indicação dos motivos que ensejaram a autuação, entendo que razão não assiste ao recorrente.

Quanto à necessidade de justificativa para realização de auditoria ou mesmo necessidade de visita para orientação e posteriormente em uma segunda visita proceder a autuação, entendo que razão também não assiste ao recorrente, destaca-se que a autoridade fiscal possui competência para verificar o fiel cumprimento da legislação previdenciária. Ademais, o próprio conceito de auditoria descrito na IN 03/2005 esclarece seu objetivo.

*Art. 570. A Auditoria-Fiscal Previdenciária - AFP ou
Fiscalização é o procedimento fiscal externo que objetiva*

orientar, verificar e controlar o cumprimento das obrigações previdenciárias por parte do sujeito passivo, podendo resultar em lançamento de crédito previdenciário, em Termo de Arrolamento de Bens e Direitos, em lavratura de Auto de Infração ou em apreensão de documentos de qualquer espécie, inclusive aqueles armazenados em meio digital ou em qualquer outro tipo de mídia, materiais, livros ou assemelhados.

Simplesmente alegar, sem demonstrar o cumprimento da legislação, ou mesmo quais os vícios contidos no lançamento não servem como meio para anular o lançamento. Note-se que o relatório fiscal, encontra-se detalhado, permitindo ao recorrente o exercício do amplo direito de defesa, razão porque correto foi o procedimento adotado.

Assim, ao contrário do entendimento do recorrente, o auditor não está obrigado a lavrar o AI no estabelecimento do contribuinte, devendo fundamentá-lo com todos os dispositivos legais infringidos, bem como descrevendo de forma detalhada os fatos geradores e razões para autuação. Nesse sentido manifestou-se a autoridade julgadora de 1 instância, senão vejamos:

Há que se elucidar, por oportuno, a respeito do engano cometido pela impugnante ao alegar a nulidade dos Autos, por ter sido lavrado na repartição, pois assim dita a norma legal.

Dispõe o Decreto n.º 70.235/1972, em seu art. 10:

Art. 10 - O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta e conterá obrigatoriamente :

ii - o local, a data e a hora da lavratura; (ressaltei)

Como se verifica no caput do art. 10 acima, o auto de infração deve ser lavrado no local da verificação da falta, o que não significa o estabelecimento do contribuinte ou outro local onde a falta foi praticada, mas sim onde foi constatada.

Dispondo-se dos elementos suficientes para caracterizar a infração e formalizar o lançamento, o auto de infração pode ser lavrado dentro da própria repartição fiscal, o que não constitui irregularidade e não é motivo para nulidade do lançamento.

Assim, local da verificação da falta não significa local onde a falta foi praticada, mas sim onde foi constatada. O local de verificação da falta está vinculado ao conceito de circunscrição, para prevenir a jurisdição ou prorrogar a competência.

Apenas para esclarecer, considerando argumentos trazidos por este colegiado em outras ocasiões, entendo que no lançamento em questão não houve desconsideração de personalidade jurídica, nem tampouco desenquadramento de empresa da condição de optante pelo SIMPLES, o que ensejaria a emissão DO ATO DECLARATÓRIO SRF PARA EXCLUSÃO DAS EMPRESAS DO SIMPLES, dessa forma não existiu nenhum vício no procedimento adotado.

Entendo que 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 o auditor fiscal a caracterização

do vínculo 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, porém constatou-se que as características inerentes ao vínculo de emprego levaram a autoridade fiscal a descon sideração das contratações de determinadas empresas fiscalizadas em conjunto, vinculando seus supostos empregados a empresa notificada, já que constatou que a mesma é que preenchia as condições de empregadora.

Assim, o que ocorreu é que em constatando realidade diversa da pactuada inicialmente, procedeu o auditor para efeitos previdenciários o vínculo dos trabalhadores das empresas interpostas diretamente com a Comercial Elétrica Jarzynski — CNPJ 92.690.205/0001-64, o que encontra respaldo na própria legislação previdenciária.

Assim, entendo que o ATO DECLARATÓRIO seria exigido, caso houvesse a descon sideração da opção pelo SIMPLES das referidas empresas, devendo, apenas neste caso, ser feita a comunicação a então Secretaria da Receita Federal, para realizar a emissão do Ato Declaratório. 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 pessoas. O que vislumbrou o auditor, conforme descrito no relatório fiscal, é a possibilidade de utilização indevida do Sistema simplificado, porém restou constatado que o poder diretivo era exercido pela empresa notificada.

Tais procedimentos e artifícios, conspiraram para o mesmo resultado: Sonegação de tributos devidos à Previdência Social, que agora, os lançamentos fiscais buscaram resgatar. A aparente distinção entre as empresa 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 nesta 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 foi a constatação, por parte do auditor fiscal, de que não existiam realmente diversos empregadores, e sim, que 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 notificada.

Portanto, não há 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 nº 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):

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.

O relatório fiscal, transcrito em parte no relatório desse voto descreve diversos fatos que demonstraram o controle das atividades por parte da empresa notificada.

Quanto ao dispositivo legal da simulação, ou da alegação da impossibilidade de aferição indireta, entendo que logrou êxito a autoridade fiscal em demonstrar por meio dos relatórios e anexos as situações fáticas que o levaram a caracterizar para efeitos previdenciários, os segurados inicialmente contratados pela empresa Jarzynski Elétrica Ltda, como segurado da empresa Comercial Elétrica Jarzynski. 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.

No recurso em questão, o contribuinte resumiu-se a atacar a validade do procedimento fiscal, sem refutar, qualquer dos fatos geradores apurados. Ou seja, não houve a contestação dos valores apurado. Dessa forma, em relação aos fatos geradores objeto da presente notificação, como não houve recurso expresso aos pontos da Decisão de 1 instância presume-se a concordância da recorrente com a referida decisão.

Uma vez que houve concordância, lide não se instaurou e, portanto, deve ser mantida a Decisão nesse ponto.

Porém necessário a apreciação da vinculação realizada, apreciando se os pontos trazidos pelo auditor justificam o lançamento.

SIMULAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO

Destaca-se que conforme descrito no relatório fiscal, durante o procedimento de auditoria, como resultado da análise documental e dos procedimentos de auditoria fiscal, ficou configurado o seguinte quadro: nas empresas; Comercial Elétrica Jarzynski — CNPJ 92.690.205/0001-64 (lucro Real) e Jarzynski Elétrica Ltda — CNPJ 91.690.197/0001-56 (optante do simples), estabelecidas no mesmo endereço, operando uma só atividade, em um só estabelecimento, sob o comando de uma mesma administração, para usufruir a tributação favorecida, colocada à disposição das empresas optantes pelo SIMPLES, constatou-se que a realidade dos fatos demonstrava que a verdadeira empregadora era a empresa notificada razão porque foram os segurados a ela vinculados para efeitos previdenciários.

Descreveu ainda o auditor, quais foram os elementos de convicção para formação do vínculo:

Em visita nas dependências da empresa, observou-se no prédio que consta uma única placa (logomarca) de identificação, Jarzynski. A recepção é única e a divisão do espaço físico interno entre as empresas é uma linha imaginária, pois não há distinção no lay out ou no processo operacional interno das empresas.

Atualmente a administração de toda atividade desenvolvida no local, está sob a responsabilidade de Alberto Kompinsky que de acordo com o contrato social é o administrador exclusivo. A sócia Fernanda Almaleh Kompinsky (retirou-se da sociedade em 18.07.2008) e o sócio Eduardo Almaleh kompinsky, menores, são filhos de Alberto Kompinsky e a sócia Jaqueline Almaleh kompinsky (retirou-se em 18.07.2008) é esposa. As empresas, desde sua fundação, pertencem As mesmas famílias de Henrique Jarzynski (pai de Nelson Jarzynski e fundador) e Guilherme kompinsky (pai de Alberto Kompinsky e fundador); e a administração sempre foi alternada entre ambas. Tal constatação reforçou a convicção de que a atividade era pertinente a uma só organização.

O desenvolvimento das atividades da Comercial Jarzynski é realizado pela utilização dos bens (maquinário) da Jarzynski Elétrica Ltda. No balanço patrimonial da Comercial não consta a conta "Máquinas e Equipamentos" no Ativo Permanente. Não foi constatada a existência de contrato de locação/cessão destes bens entre as empresas.

O faturamento de Comercial Elétrica Jarzynski Ltda é compatível com o objeto social da empresa, mas é incompatível com a massa salarial, visto não possuir empregados no período de 01/2004 a 12/2004, conforme constatado na Relação anual de Informações Sociais — RAIS — ano-base 2004. (Rais negativa). 16. a Jarzynski Elétrica possui pouca receita para muita mão de obra, conforme verificado através da análise da escrituração contábil.

Esclareceu o auditor notificante, às fls. 17, por meio de uma tabela a demonstração dos fatos que levaram a formação do vínculo para efeitos previdenciários.

Concluiu que houve o convencimento de que a atividade é pertinente a uma só organização empresarial, sem distinção, na prática, quanto à alocação da mão-de-obra; equipamentos utilizados; administração e a produção. O "planejamento tributário" utilizado pela Comercial Elétrica Jarzynski Ltda, utilizando-se de outra empresa enquadrada no SIMPLES, teve como propósito criar uma situação jurídica com vistas à dissimulação do fato gerador de suas contribuições previdenciárias. Porquanto o fato gerador da obrigação previdenciária tem como base a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais, lançada nas folhas de pagamento da empresa Jarzynski Elétrica Ltda (optante do simples) e declarada nas Guias de Recolhimento do fundo de Garantia por Tempo de Serviço e informações à Previdência Social — GFIP.

Importante ressaltar que a manutenção do crédito em questão não se faz por meio de um único e frágil argumento, mas de um conjunto de constatações, as quais quando apreciadas em conjunto, seja: gerência única, compartilhamento do mesmo espaço físico, confusão entre as prestações de serviços, ausência de empregados em uma das empresas, informações de outros órgãos públicos acabam ensejando a conclusão de como se desenvolve a atividade.

Conforme descrito pelo próprio recorrente, nada impede a constituição de diversas empresas, para produzir ou mesmo prestar serviços, fato que entendo perfeitamente cabível, todavia o que não se admite é contratar empresas, para que seus funcionários prestem serviços dentro do próprio estabelecimento da tomadora, em sua atividade fim, com evidente confusão entre as funções exercidas.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM ESTABELECIMENTOS CONTÍGUOS

Quanto a alegação da insubsistência da assertiva de comprovação das empresas Comercial Elétrica Jarzynski — CNPJ 92.690.205/0001-64 (lucro Real) e Jarzynski Elétrica Ltda dividirem o mesmo estabelecimento, possuírem os mesmos empregados e realizarem a mesma atividade fim, entendo que os argumentos apontados pela recorrente não são suficientes para refutar o lançamento. Assim, como já descrito anteriormente não discuto a possibilidade de empresas se unirem para executarem diversas etapas do processo produtivo. Nem mesmo diga-se que não possam estabelecer em locais vizinhos. Entendo que o elemento que deve ser alvo de apreciação é o fato de que a empresa não logrou êxito em demonstrar

durante o procedimento, na execução de atividades, na apresentação da contabilização de seus custos que se tratavam de empresas independentes em termos de gerência e administração de seus custos e pessoal.

DA UTILIZAÇÃO DE INSTALAÇÕES FÍSICAS

Conforme alegado pelo recorrente muito embora a atitude dos Auditores Fiscais de se disporem a conhecer as instalações das empresas tenha sido louvável, as conclusões e apontamentos resultantes da visita não trouxeram ao lançamento tributário a devida sustentação comprobatória, fugindo da realidade dos fatos. Nesse ponto, também não lhe confiro razão. Demonstrou a autoridade lançadora que por exemplo no caso da empresa Comercial Elétrica Jarzynski o local designado para execução dos serviços (descrito pela própria empresa) não foram encontrados empregados para executar os serviços. Novamente a empresa alega que trava-se de serviços prestados pelos sócios, mas não demonstrou por meio de documentos essa efetiva prestação de serviços, inclusive considerando o faturamento da empresa

Ressalte-se que estamos tratando de diversas irregularidades apontadas pela autoridade fiscal, rebatidas pela recorrente, porém que em sua totalidade não são capazes de refutar o lançamento pelas razões expostas acima.

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 no mérito NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira