



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15949.000482/2008-31
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-009.867 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de setembro de 2021
Recorrente DI MAURO BROTHERS PARTNERS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2003 a 30/06/2005

LANÇAMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. CONTRADITÓRIO. AMPLA DEFESA. FALTA DE CLAREZA. INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal atuante 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, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

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

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

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

ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO.

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

ARBITRAMENTO. AFERIÇÃO INDIRETA. POSSIBILIDADE.

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

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RETENÇÃO 11%.

Empresa tomadora do serviço esta obrigada ao recolhimento da retenção de 11% incidente sobre as notas de prestação de serviço. Art. 31, da Lei n.º 8.212/91, com a redação dada pela Lei n.º 9.711/98.

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

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

(Súmula Carf nº 2)

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. SÚMULA CARF Nº 4

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

(Súmula Carf nº 4)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Rayd Santana Ferreira – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Rodrigo Lopes Araújo, Andréa Viana Arrais Egypto, Gustavo Faber de Azevedo, Rayd Santana Ferreira, Wilderson Botto e Miriam Denise Xavier.

Relatório

DI MAURO BROTHERS PARTNERS LTDA, contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já qualificada nos autos do processo em referência, recorre a este Conselho da Decisão-Notificação n.º 19.422.4/0029/2006 da antiga DRP em Caxias do Sul/RS, às e-fls. 570/590, que julgou procedente o lançamento fiscal, referente às contribuições sociais descontadas dos segurados e não recolhidas, além da retenção de 11% sobre as notas de prestação de serviços, em relação ao período de 04/2003 a 06/2005, conforme Relatório Fiscal, às e-fls. 93/123, consubstanciados no DEBCAD n.º 35.804.879-6.

O relatório fiscal traz constatações fáticas que convenceram a fiscalização previdenciária de que as empresas WHS MÓVEIS LTDA. e INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS SOLEVID LTDA. - ME estão diretamente ligadas à notificada DI MAURO BROTHERS & PARTNERS LTDA. sendo na verdade apenas uma empresa, onde a folha de pagamento e demais ocorrências de fato gerador como o pagamento a contribuintes individuais, freiteiros, sócio-gerentes, etc. são de responsabilidade apenas da autuada, já que as outras duas não passam de empresas interpostas, que participam do processo produtivo da notificada.

Após a auditoria realizada, a fiscalização concluiu que as empresas DI MAURO e WHS foram criadas simultaneamente, com praticamente um mês de diferença; que a última alteração contratual se deu na mesma data em 04/01/2005; que, conforme descrito às fls. 92 a 96 do processo, as empresas participam entre si do capital social e os seus sócios-gerentes, às vezes são os mesmos ou estão intimamente relacionados com as empresas, ora são empregados de uma e gerentes de outra, por exemplo.

As empresas WHS e DI MAURO têm sua sede no mesmo local, embora conste no contrato social diferentes endereços; possuem idêntico objeto social, sendo que a WHS atua na fabricação dos produtos, utilizando a mão de obra fabril, com uma média de vínculos superior a cem, enquanto a DI MAURO atua na comercialização com um reduzido número de funcionários que beiram os cinco.

A WHS é optante do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, desde que iniciou suas atividades, deixando de recolher, assim, as contribuições previdenciárias patronais de toda a mão de obra empregada para produzir os produtos comercializados pela defendente, que por ter um faturamento acima do limite legal que permita a opção pelo SIMPLES, detém um reduzido número de empregados.

Várias solicitações de serviços e incentivos fiscais efetuadas à Prefeitura Municipal de Antonio Prado tratam a WHS e a notificada DI MAURO como uma única empresa. Constam no processo cópias de correspondências enviadas, as fls.187 a 195, onde a própria defendente *apresenta relatórios englobando os funcionários* das duas empresas e referindo-se à fábrica (WHS) como sendo sua, evidenciando a unicidade existente, já que em nenhum momento cita a outra (WHS) como uma empresa à parte.

Existem atividades e serviços que são comuns as duas empresas, como por exemplo a aquisição de maravalha (produto rural), que foi feita da DI MAURO, mas o pagamento foi efetuado a WHS; os serviços de manutenção são solicitados pela WHS, mas efetuados na DI MAURO, o pagamento efetuado pela DI MAURO, através do sistema Bannisul

Office Banking, na conta-corrente da WHS; e os trabalhadores são vinculados a WHS, mas remunerados pela DI MAURO, conforme comprovam documentos de fls. 213/214, do processo.

Ainda, quanto ao quadro de funcionários, na WHS não existem funcionários administrativos, cujos serviços são efetuados pelos empregados da DI MAURO. A empresa WHS assumiu toda a mão de obra relativa ao processo produtivo de industrialização, enquanto a defendente se ocupa com a administração e vendas dos produtos, sendo comum encontrar documentos de uma empresa junto aos documentos de caixa da outra, atestando a confusão de identidade na administração das duas empresas, nas suas receitas, contas, etc.

A fiscalização atesta que efetuou pesquisa junto ao estabelecimento bancário Banrisul S/A, onde restou comprovado que a defendente movimentava a conta da WHS na condição de cliente do banco, efetuando pagamentos, o que, claramente, só é autorizado por quem de direito, comprovando, mais uma vez, a identidade entre as empresas e o poder de mando da impugnante para com a outra.

Outro fato relevante é que em 01/05/2005, todos os contratos de trabalho vinculados à WHS foram transferidos para a DI MAURO, assumindo esta todos os encargos decorrentes dos mesmos.

Com referência a relação existente entre a autuada e a empresa COMÉRCIO E SERVIÇOS SOLEVID LTDA., a fiscalização informa que a última é também optante do SIMPLES e paralisou suas atividades em 04/2003. Em 05/05/2003, a notificada registra a abertura de uma filial na cidade de Vacaria e a empresa SOLEVID, através de alteração contratual registrada em 11/07/2003, altera a razão social para INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS SOLEVID LTDA. ME, passando seu endereço a ser o mesmo da filial da DI MAURO, Rua Libera Graneto Bressan, n.º 3450 – Vacaria/RS, com objeto social idêntico ao da notificada e da WHS Móveis Ltda.

Através do exame da contabilidade da DI MAURO e dos lançamentos havidos no livro Caixa da SOLEVID, a fiscalização constatou que a partir da competência 05/2003, teve início a prestação de serviços para a notificada, na filial de Vacaria, mediante um contrato de industrialização por encomenda. Tal documento reza que a SOLEVID entra com toda a mão de obra e produzirá o que for solicitado pela notificada, que se responsabiliza por todo o material e insumos a serem utilizados, sendo que o valor a ser pago será definido a cada programação, levando-se em conta os custos da produção. Cópia do contrato às fls. 269 a 272.

Já às fls. 273 do processo, encontra-se cópia do Termo de Ajuste Extracontratual, onde a DI MAURO assume para si toda e qualquer responsabilidade por reclamações trabalhistas, encargos sócias, previdenciários, sanções e execuções fiscais, tributárias e civis, que venham a ser imputadas à SOLEVID em decorrência do contrato de industrialização por encomenda firmado, eximindo, ainda, a contratada de qualquer responsabilidade decorrente da execução do contrato.

A fiscalização reforça que a empresa SOLEVID era mera interposta na prestação de serviço para a notificada, anexando por amostragem 21 casos de solicitação de emprego, exames, atestados médicos e rescisões de contrato de trabalho às fls. 274 a 337, onde se constata, por exemplo, que na ficha de solicitação de emprego aparece como empregadora a empresa DI MAURO BROTHERS & PARTNERS LTDA., enquanto a admissão é efetuada na empresa INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS SOLEVID LTDA. Da mesma forma os atestados médicos e Atestado de Saúde Ocupacional — ASO trazem como empregador a DI MAURO, e os empregados são na verdade da SOLEVID. Também, ocorre igual confusão de identidade entre

as duas empresas com relação ao convênio existente com farmácia para a aquisição de medicamentos. As fls. 339 a 344, do processo é possível vislumbrar a relação de aquisição de medicamentos em nome da notificada, que à época não tinha nenhum empregado registrado, e constatar que os nomes ali relacionados são de empregados da SOLEVID, conforme os recibos de pagamento de salário.

Da mesma forma ocorrida com a empresa WHS Móveis Ltda., todos os empregados registrados na SOLEVID foram transferidos para a DI MAURO (filial Vacaria), sem interrupção de seus contratos de trabalho, em 01/12/2004.

A fiscalização faz também referência a 41 reclamações trabalhistas movidas contra a defendente e a empresa SOLEVID simultaneamente (fls.374/376), onde os reclamantes dizem ter sido contratados pela SOLEVID, mas que prestaram serviços efetivamente para a DI MAURO; que a SOLEVID não possuía bens, pois era mera prestadora de serviço para a DI MAURO, sendo que o próprio Juiz do Trabalho (fls.411/413) determina o arresto dos bens que guarnecem o estabelecimento localizado no endereço da filial da DI MAURO, independentemente *se no aspecto formal constem ou não* como de propriedade da SOLEVID. O Juiz refere, ainda, que esta evidenciada a *"obscura comunhão de interesses entre a requerida e a pessoa jurídica DI MAURO BROTHERS & PARTNERS LTDA. E ...Que existem, nos autos indícios suficientes de uso abusivo da figura da pessoa jurídica, de modo a atrair, desde logo, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao caso concreto."*

A auditoria fiscal concluiu que a SOLEVID foi utilizada pela DI MARCO para viabilizar a filial em Vacaria, pois já era uma empresa constituída, optante pelo SIMPLES e apenas se transformou numa empresa interposta para assumir os vínculos empregatícios reduzindo assim o custo das contribuições previdenciárias. Os custos do empreendimento eram suportados pela defendente. Nas reclamações trabalhistas, por exemplo, a SOLEVID assumia ser a responsável pela demanda e efetuava os pagamentos com cheques fornecidos pela DI MAURO.

Outro fato que corrobora a assertiva de se tratar de empresa interposta é que a DI MAURO sustou o pagamento de alguns desses cheques para a SOLEVID e os sócios desta não puderam honrar seus compromissos, registrando, por conta disso, ocorrência policial pelo delito de "estelionato" (doc. de fls. 437/439).

Por derradeiro, consta do relatório fiscal quadros demonstrativos da relação entre a mão-de-obra sem os encargos e o faturamento das três empresas: DI MAURO BROTHERS & PARTNERS LTDA., WHS MÓVEIS LTDA. E INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS SOLEVID LTDA. Da análise dos mesmos se pode concluir que a empresa WHS ao ser criada optou pelo SIMPLES, tendo seu faturamento exclusivo para a DI MAURO e absorvendo a mão de obra desta com custo reduzido, em vista da opção pelo SIMPLES, o que não era facultado a defendente devido ao seu faturamento estar além do limite legal permitido opção. A WHS procurou sempre adequar seu faturamento ao limite legal da opção, suportando apenas o custo da folha de pagamento e em alguns meses nem isso. Inclusive se observa que em certos períodos o faturamento é reduzido sem que tenha diminuído o número de vínculos empregatícios. A WHS, portanto, existiu apenas para assumir o passivo fiscal/tributário sem lastro patrimonial para garantir as obrigações decorrentes, sendo a impugnante a dona de fato de todo o empreendimento, mas sem assumir as obrigações previdenciárias que restaram substituídas pelas contribuições recolhidas ao SIMPLES, pela empresa interposta.

O mesmo aconteceu com a INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS SOLEVID LTDA. ME, onde a despesa com a mão de obra é maior que seu faturamento; a formalização da

mão de obra ficou sob sua responsabilidade, arcando com o passivo fiscal/tributário, deixando a defendente livre destes encargos.

Ambas empresas interpostas não apresentaram contabilidade que pudesse respaldar a condição crítica em que se encontravam, ambas existem formalmente, mas desativadas e sem ativos para saldar seus compromissos, e durante sua existência restou demonstrado que não tinham objetivo de lucro inerente a qualquer empresa, mas apenas serviram à DI MAURO, que até 2004 apresentava um irrisório número de funcionários, e posteriormente veio a assumir os empregados que formalmente eram das outras duas, mas efetivamente prestavam serviços para ela, a fim de viabilizar o seu processo produtivo.

Frente ao relatado e corroborado pelas fartas provas que acompanham a notificação, o crédito foi constituído em nome da DI MAURO BROTHERS & PARTNERS LTDA. pois restou comprovado que as duas empresas envolvidas no processo produtivo apenas serviram para diminuir os custos da defendente com as contribuições previdenciárias, já que ambas eram optantes do SIMPLES. Na verdade, os empregados prestavam serviço para a defendente e deveriam estar assim registrados e não apenas a partir das competências de 12/2004, para os oriundos da SOLEVID e 05/2005, os da WHS. Portanto, foram constituídos na defendente os créditos previdenciários relativos folha de pagamento das duas empresas interpostas, quanto à parte patronal e incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais, constantes da NFLD n.º 35.804.880-0. E, nesta notificação estão sendo lançadas as contribuições previdenciárias que foram efetivamente descontadas dos segurados empregados, mas não foram recolhidas à Previdência Social, pelas empresas interpostas.

A contribuinte, regularmente intimada, apresentou impugnação, requerendo a procedência do seu pedido.

Por sua vez, a antiga Delegacia da Receita Previdenciária em Caxias do Sul/RS entendeu por bem julgar procedente o lançamento, conforme relato acima.

Regularmente intimada e inconformada com a Decisão recorrida, a autuada, apresentou Recurso Voluntário, às e-fls. 594/630, procurando demonstrar sua improcedência, desenvolvendo em síntese as seguintes razões:

Após breve relato das fases processuais, bem como dos fatos que permeiam o lançamento, repisa às alegações da impugnação, motivo pelo qual adoto o relatório da decisão de piso, senão vejamos:

- 7.1. é nula a notificação frente a deficiente descrição e comprovação da hipótese de incidência.
- 7.2. Apesar de extensa a narrativa dos fatos contida na NFLD, não passam de ilações que não comprometem a formal e reconhecida relação de trabalho entre as empresas e a impugnante. Que a fiscalização não trouxe elementos convincentes e comprobatórios do suposto liame entre a impugnante e as empresas citadas, configurando frontal violação aos diplomas legais que regulam o processo administrativo fiscal, que dentre outros aspectos deve trazer a correta descrição do fato, sob pena de ferir o princípio do contraditório e causar cerceamento de defesa impugnante.
- 7.3. As empresas WHS e SOLEVID recolheram as contribuições tributo - previdenciárias a partir da sistemática legal a que estavam vinculadas, isto é, ao SIMPLES, não havendo quaisquer contribuições a recolher. Que a fiscalização não fez qualquer consideração a respeito dos recolhimentos efetuados pelas empresas WHS Móveis Ltda e Indústria e Comércio de Móveis Solevid Ltda.

7.4. Argúi a impossibilidade de imputar responsabilidade à impugnante pelas contribuições das outras empresas, visto a formalização contratual existente entre as partes. Alega que o estabelecimento de uma relação de trabalho entre os empregados das empresas WHS e SOLEVID e a impugnante somente teria lugar se tivesse origem nos próprios interessados, o que não aconteceu, carecendo de motivação a fiscalização para fazê-lo.

7.5. Alega a inexistência da suposta relação de emprego e por conseguinte das contribuições devidas. Aduz que somente a Justiça do Trabalho pode sentenciar a existência de uma relação de emprego.

7.6. Argúi que tem com as empresas apenas obrigação subsidiária, motivo pelo qual a fiscalização deveria primeiro exigir delas o cumprimento das obrigações previdenciárias, pois é inconstitucional se exigir duplamente as contribuições. Diz também, que a prova do não recolhimento deveria ser ato contínuo ao lançamento, o que não foi feito. Discorre sobre os limites da responsabilidade do empreiteiro em face do contrato de empreitada de obra civil, para dizer que por ocasião da execução, deve ser respeitado o benefício de ordem em favor do empreiteiro principal. E, portanto, equiparando-se o empreiteiro à impugnante, tem-se que as contribuições primeiro devem ser exigidas da verdadeira empregadora e somente em casos extremos da tom adora do serviço.

7.7. Não aceita falar em não recolhimento de contribuições tributo-previdenciária sobre remuneração paga a contribuinte individual, pois a fiscalização desconsiderou a documentação fiscal que subsidiava a contratação de pessoa jurídica prestadora de serviço. Argúi que para cumprir seu objeto social, que inclui a venda de móveis, contrata serviços de empresas de transporte e montagem e a fiscalização entendeu que tais serviços eram prestados por autônomos, estabelecendo liame obrigacional desta natureza. Argúi que os documentos apresentados pelas empresas são oficiais e que não há débitos relativos aos serviços prestados pelos contribuintes individuais, posto que não houve sua contratação.

7.8. Argúi a inconstitucionalidade da incidência de contribuição sobre a remuneração paga a contribuintes individuais, com fundamento na Lei Complementar 84/96, que não possui eficácia impositiva posto que contrária aos ditames constitucionais vigentes, já que tem a mesma base do Imposto de Renda e do Imposto Sobre Serviços. Também é inexigível a contribuição com base na Lei n.º 9.876/99, que não poderia ter alterado lei ordinária.

7.9. Não aceita a imposição de recolhimento de contribuição previdenciária incidente sobre a prestação de serviço por empresas de manutenção de instalações elétricas. Faz referência a julgado do Tribunal Regional Federal que entendeu indevida a exigência da retenção quando não haja cessão de mão de obra.

7.10. Argúi a impossibilidade da exigência de juros acima de 1% e sua cumulação com a SELIC, por ser contrário ao disposto no artigo 161, § 1º do CTN.

7.11. Argúi o caráter confiscatório da multa; que não há disposição constitucional que a autorize; que não há crédito a favor do Instituto sendo inexigível a multa cominada.

7.12. Não aceita a incidência de correção monetária sobre a multa aplicada, caracterizando a peça como ilíquida. Da mesma forma argúi a impossibilidade dos juros incidirem sobre os acessórios.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do seu recurso, para desconsiderar o Auto de Infração, tornando-o sem efeito e, no mérito, sua absoluta improcedência.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Fl. 8 do Acórdão n.º 2401-009.867 - 2ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 15949.000482/2008-31

Voto

Conselheiro Rayd Santana Ferreira, Relator.

Presente o pressuposto de admissibilidade, por ser tempestivo, conheço do recurso e passo ao exame das alegações recursais.

PRELIMINAR DE NULIDADE – CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO

Alega a recorrente a nulidade da notificação devido à deficiente descrição e comprovação da ocorrência da hipótese de incidência.

Em que pesem as substanciosas razões ofertadas pela contribuinte, seu inconformismo, contudo, não tem o condão de prosperar. Do exame dos elementos que instruem o processo, conclui-se que os lançamentos, corroborados pela decisão recorrida, apresentam-se formalmente incensuráveis, devendo ser mantidos em sua plenitude.

Resta evidenciada a legitimidade da ação fiscal que deu ensejo ao presente lançamento, cabendo ressaltar que trata-se de procedimento de natureza indeclinável para o Agente Fiscalizador, dado o caráter de que se reveste a atividade administrativa do lançamento, que é vinculada e obrigatória, nos termos do art. 142, parágrafo único do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação de penalidade cabível.

De fato, o ato administrativo deve ser fundamentado, indicando a autoridade competente, de forma explícita e clara, os fatos e dispositivos legais que lhe deram suporte, de maneira a oportunizar ao contribuinte o pleno exercício do seu consagrado direito de defesa e contraditório, sob pena de nulidade.

E foi precisamente o que aconteceu com o presente lançamento. A simples leitura dos anexos da autuação, especialmente o "Relatório Fiscal", além do "Discriminativo Analítico de Débito", "Fundamentos Legais do Débito" e demais informações fiscais, não deixa margem de dúvida recomendando a manutenção do lançamento.

Consoante se positiva dos anexos encimados, a fiscalização ao promover o lançamento demonstrou de forma clara e precisa os fatos que lhe suportaram, ou melhor, os fatos geradores das contribuições destinadas aos terceiros ora exigidas, não se cogitando na nulidade do procedimento.

Mais a mais, a exemplo da defesa inaugural, a contribuinte não trouxe qualquer elemento de prova capaz de comprovar que os lançamentos encontram-se maculados por vício em sua formalidade, escorando seu pleito em simples arrazoado desprovido de demonstração do sustentado.

Destarte, é direito da contribuinte discordar com a imputação fiscal que lhe está sendo atribuída, sobretudo em seu mérito, mas não podemos concluir, por conta desse fato, isoladamente, que o lançamento não fora devidamente fundamentado na legislação de regência.

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

Concebe-se que o auto de infração foi lavrado de acordo com as normas reguladoras do processo administrativo fiscal, dispostas nos artigos 9º e 10º do Decreto n.º 70.235/72 (com redação dada pelo artigo 1º da Lei n.º 8.748/93), não se vislumbrando nenhum vício de forma que pudesse ensejar nulidade do lançamento.

No âmbito do Processo Administrativo Fiscal, as hipóteses de nulidade são as previstas no art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972, nos seguintes termos:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões preferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Dito isto, quanto ao argumento do desatendimento à norma previdenciária e falta de motivação, verifica-se claramente que a fiscalização observou, criteriosamente, as normas vigentes de forma motivada.

Neste diapasão, descabe cogitar a nulidade do lançamento.

MÉRITO

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

Dos Segurados vinculados à “WHS” e “SOLEVID”

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

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

É manifesto que os autos contêm diversas evidências lastreadas em provas, não contraditadas em linguagem apropriada pela recorrente, da existência de uma obscura e promíscua relação entre as empresas envolvidas, mediante fracionamento irregular das atividades da "DI MAURO", com a finalidade de obtenção de vantagens tributárias indevidas oriundas da

concentração da mão de obra em terceiro optante pelo regime tributário diferenciado e favorecido (Simples Federal).

Ao fim e ao cabo, a análise conjunta dos elementos probatórios leva à conclusão da efetiva prestação dos serviços pelos trabalhadores para a pessoa jurídica notificada, não optante pelo Simples Federal.

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

- i) a centralização de documentos e do departamento administrativo na sede da tomadora, o que permite aferir a existência de controle administrativo e financeiro único;
- ii) a prestação de serviço exclusivamente para a "DI MAURO";
- iii) a existência de declarações formais por parte da "DI MAURO" sobre a implantação de sua unidade industrial no município, quando na realidade referia-se ao estabelecimento da "WHS";
- iv) a movimentação de conta bancária pela "DI MAURO", aberta em nome da "WHS", com pagamentos de títulos em nome desta última empresa;
- v) a confusão financeira entre as empresas, porque há pagamento pela "DI MAURO" de despesas de responsabilidade da "WHS"; e
- vi) a constatação de pagamentos pela "DI MAURO" a trabalhadores com vínculo à "WHS".

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

- i) a prestação de serviços sem os riscos da atividade empresarial exclusivamente a "DI MAURO";
- ii) o atestado de saúde ocupacional e exame audiométrico em nome do empregador "DI MAURO", relativamente a empregados vinculados formalmente à "SOLEVID";
- iii) as reclamações trabalhistas em que empregados registrados na "SOLEVID" afirmam prestarem serviços também a "DI MAURO"; e
- iv) a declaração formal do sócio da "SOLEVID" acerca da sua condição de "laranja".

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

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

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

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

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

Em visto disso, ao verificar o desvirtuamento dos elementos constitutivos da obrigação tributária, no critério pessoal ou quantitativo, a fiscalização pode desconsiderar o vínculo pactuado e lançar o crédito tributário correspondente à relação jurídica efetivamente existente com o verdadeiro tomador dos serviços.

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

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

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

Ademais, esse posicionamento se encontra respaldado pelo que foi decidido em processo "análogo", conforme depreende-se do teor do Acórdão nº 2401-003.977, da lavra do Ilustre Conselheiro Cleberson Alex Friess.

Pró-labore e salários fora da folha de pagamento

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

São meras negativas, em persuasivo exercício de retórica, desprovidas de esteio em indício de prova material. Ao contrário, o Fisco afirma os fatos jurídicos e apresenta elementos comprobatórios. Em consequência, caberia à recorrente demonstrar a inoccorrência dos

fatos alegados pela acusação fiscal, mediante argumentos precisos e convergente, apoiados em documentos.

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

Salários aferidos indiretamente

Quando realizado, o arbitramento, por aferição indireta, encontra respaldo na apresentação deficiente de documentos, bem como na recusa ou sonegação destes, conforme previsto no § 3º do art. 33 da Lei nº 8.212, de 1991, dispositivo indicado no relatório "Fundamentos Legais do Débito FLD".

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

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

Da Correção Monetária, Juros e Multa

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

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

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

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

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

Como sabido, argumentos desse jaez são inoponíveis na esfera administrativa.

Nesse sentido, não só o art. 26A do Decreto nº 70.235, de 1972, como também o enunciado da Súmula nº 2, deste Conselho, assim redigida:

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

Da Retenção de 11%

De acordo com a auditoria fiscal, a contribuinte não procedeu ao recolhimento da contribuição de 11%, **embora tivesse efetuado o pertinente desconto nas notas fiscais de prestação de serviço**, conforme faz prova e exemplifica o documento de e-fl. 486. Portanto, são inócuas as alegações de que não incide retenção sobre os serviços, eis que a recorrente descontou o valor da nota fiscal, mas não o recolheu.

De modo análogo ao tópico da multa, segundo prescreve o enunciado da Súmula Carf nº 2, acima reproduzido, torna-se inviável examinar, em sede de controle administrativo, as ponderações da recorrente quanto à inconstitucionalidade da exigência da contribuição previdenciária na cessão de mão-de-obra.

Dos Contribuintes Individuais

No tocante à contribuição a ser descontada da remuneração dos contribuintes individuais, o crédito está estribado na Lei n.º 10.666, de 08/05/2003, que dispõe sobre a obrigatoriedade da empresa arrecadar a contribuição do segurado contribuinte individual a seu serviço, descontando-a da remuneração e a recolher o valor arrecadado, juntamente com a contribuição a seu cargo até o dia dois do mês seguinte ao da competência.

As contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga ou creditada por empresas às pessoas físicas que lhes prestem serviço, sem vínculo empregatício, estão estribadas no artigo 22, inciso III, da Lei 8.212/91, com a redação da Lei 9.876/99.

Sendo assim, são inócuas as alegações da recorrente de que tal contribuição não tem eficácia na Lei n.º 9.876/99, pois a partir da Emenda Constitucional n.º 20/98, a contribuição das empresas sobre a remuneração de pessoa física que lhe presta serviço sem vínculo empregatício (autônomo, empresário, avulso, etc.), está prevista no artigo 195 da Constituição Federal de 1988, deixando, conseqüentemente, de ser matéria privativa de Lei Complementar.

Ressaltamos que esta notificação diz respeito apenas a contribuição que deve, por lei, ser descontada pela empresa do contribuinte individual que lhe preste serviço e recolhida até o dia dois do mês seguinte aquele que se referirem as remunerações. No caso presente, as contribuições foram arrecadadas pela recorrente, mas não repassadas à Seguridade Social.

Ademais, como já dito nos últimos dois tópicos, torna-se inviável examinar, em sede de controle administrativo, as ponderações da recorrente quanto à inconstitucionalidade da exigência da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração paga ou creditada aos contribuintes individuais, segundo teor da Súmula Carf nº 2.

Do aproveitamento dos recolhimentos pela sistemática do Simples Federal

No caso dos autos, impossível falar em aproveitamento de recolhimento pela sistemática do SIMPLES. Isto porque, o lançamento trata-se de contribuições relativas a parte

dos segurados, ou seja, não há qualquer recolhimento da parte de segurados pela sistemática do SIMPLES. Portanto, incabível falar em aproveitamento.

Ademais, se assim não fosse, nos autos do PAF n.º 11020.003163/2009-79, já houve o devido aproveitamento dos valores recolhidos pelo SIMPLES.

Neste diapasão, improcedente o pedido da contribuinte.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, estando o Auto de Infração, *sub examine*, em consonância com as normas legais que regulamentam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO para afastar a preliminar e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Rayd Santana Ferreira