



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

Processo n° 19994.000416/2008-76
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-003.033 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2013
Matéria DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES
Recorrente MALHARIA MANZ LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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 - - 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

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas; e II) Pelo voto de qualidade, no mérito, negar provimento ao recurso. Vencidos os conselheiros Igor Araújo Soares e Carolina Wanderley Landin, que davam provimento parcial para abater as contribuições recolhidas na sistemática do SIMPLES e o conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que além de abater estas mesmas contribuições, dava provimento integral.

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. 35.763.837-9, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa, incluindo as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, bem como as destinadas a terceiros sobre os valores pagos aos segurados empregados e contribuintes individuais. O lançamento compreende competências entre o período de 04/2000 a 01/2005.

Segundo a fiscalização previdenciária, fls. 114 a 145, 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.

Neste contexto, verificamos que o sócio administrador da CMS INDÚSTRIA TÊXTIL LTDA (CMS), CARLOS VALDIR SCHUCKO, tendo sido anteriormente contratado como empregado, permaneceu exercendo as mesmas funções sob iguais condições após a rescisão do contrato trabalhista e imediata contratação de serviços de "assessoria" por intermédio da pessoa jurídica CMS. Os fatos caracterizadores específicos encontram-se descritos no item "DAS ATIVIDADES DO SÓCIO GERENTE (CMS)" do relatório fiscal complementar que acompanha as Notificações Fiscais de Lançamento de Débito – NFLDs N° 35.763.836-0 e 35.763.837-9.

Ainda descreve o relatório a infração em relação ao sócio gerente da JOINTÊXTIL LTDA (JOINTÊXTIL), PAULO ALEXANDRE DALCHAU, tendo sido anteriormente contratado como empregado, permaneceu exercendo as mesmas funções sob iguais condições após a rescisão do contrato trabalhista, mediante contratação de prestação de serviços por intermédio da pessoa jurídica JOINTÊXTIL. Os fatos caracterizadores específicos encontram-se descritos no item "DAS ATIVIDADES DO SÓCIO GERENTE (JOINTÊXTIL)" do relatório fiscal complementar que acompanha as NELDs retro mencionadas.

Trouxe o auditor em seu relatório diversos fatos contábeis, bem como documentos que demonstram ser a EMPRESA MANZ a verdadeira empregadora e gestora das demais empresas, sejam elas: pagamentos de folhas de pagamentos de uma por outra, lançamentos em contas bancárias de despesas das outras empresas, controle de horário em relação aos sócios das demais empresas, transferências de empregados, ausência de despesas com aluguéis, mobiliário, maquinário, em relação às empresas CMS e Jointextil etc.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 18/04/2005, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 20/04/2005.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela notificada, fls. 632 a 675, tendo apresentado também defesa complementar fls. 1198 a 1206 .

A Decisão-Notificação confirmou a procedência total da autuação, fls. 1214 a 1227

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CRIAÇÃO DE EMPRESAS FICTÍCIAS.

INCONSTITUCIONALIDADE.

A empresa deve assumir o risco da atividade econômica, nos termos do art. 15, inciso I, da Lei nº 8.212/91. A criação de empresas fictícias, com o único objetivo de incluí-las indevidamente no sistema SIMPLES, deve ser rechaçada pela fiscalização, que deve verificar a realidade dos fatos.

Não compete a um órgão administrativo manifestar-se sobre a inconstitucionalidade de lei.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.

Não concordando com os termos da decisão apresentou o recorrente recurso fls. 1237 a , 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. 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. A emissão de TEAF em relação ao cada empresa, comprova a sua existência.
3. 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.
4. 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;
5. 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;
6. Que inexistente entrave legal ao fato de o sócio da Facção Joinville Ltda. ser irmão de um dos sócios da Malharia Manz Ltda;

7. 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.
8. A CMS existe desde 1995, nunca tendo qualquer irregularidade. Não há óbice legal para que uma empresa possa alterar seu objeto social ou alterar seu endereço. Não foi indicado o fundamento que proíbe um empregado de uma empresa de ser também empresário de outra empresa. O simples fato de o sócio da CMS ter sido funcionário da Manz e da Joinville Factoring não o impede de ser sócio da CMS. Não há qualquer entrave legal para que o sócio da FACÇÃO não possa ser irmão do sócio da Manz. O agente fiscal deve indicar o dispositivo legal que impeça tal fato.
9. A utilização de crachá pelo sócios das empresas prestadoras é de cunho particular e resulta do princípio da igualdade, além de servir de identificação. No crachá de todos consta o logotipo Manz. Não há registro de controle de horário dos sócios das empresas prestadoras. Nada impede que exista um único relógio para registro do cartão. Houve arbitrariedade do agente fiscal, que agiu com excesso de poder. A conduta do agente é arbitrária e imoral.
10. Todos os requisitos de trabalho estão presentes na relação entre os funcionários e as empresas terceirizadas. Inexiste qualquer elemento caracterizador do vínculo de trabalho entre esses funcionários e a Manz.
11. As relações de cunho trabalhista são de interesse exclusivo dos trabalhadores, não competindo a autoridade fiscal indicá-la.
12. 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.
13. 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.
14. A pesar de estarem instaladas no mesmo endereço, cada empresa tem seu galpão e sua estrutura.
15. 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.
16. 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 conseqüência, suas empresas tinham dificuldades em efetuar movimentações financeiras.

17. Assim sendo, haja vista o sistema de condomínio industrial existente, as parcerias entre as empresas, houve 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. Ela não tinha condições financeiras de contratar funcionários próprios e queria reduzir custos. O Enunciado 331 do TST apenas se aplica na seara trabalhista.
18. 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.
19. A desconsideração da personalidade jurídica não pode ser feita arbitrariamente, com base em meras alegações, principalmente pelas graves conseqüências 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).
20. Alega que o agente julgador ignorou totalmente as alegações da Recorrente, fazendo tabula rasa de tudo o que restou explicitado e que esclarece a situação ocorrida no condomínio industrial fiscalizado, que culminou com a equivocada autuação, que, infelizmente, foi mantida.
21. 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.
22. 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.
23. 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.

24. Mais uma vez, constata-se a inobservância do que restou alegado pela Recorrente, que foi totalmente desprezado pela decisão administrativa de primeira instância, que "visualizou" tão somente os fatos que lhe foram convenientes, deixando de apreciar e analisar efetivamente o alegado pela Recorrente, em flagrante arbitrariedade também no julgamento, haja vista/que restou devidamente esclarecido que as empresas contratadas pela MANZ forneciam serviço de mão-de-obra, na forma do condomínio constituído partes interessadas, não sendo, mais uma vez, da competência deste órgão previdenciário delegar acerca de vínculo de emprego, matéria inerente com exclusividade à justiça do trabalho.
25. 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.
26. Veja-se que, ao contrário do expôs o julgador administrativo de primeiro grau, a Recorrente não se ateve a "detalhes", mas sim a elementos probantes, comprobatórios da regularidade da situação vivenciada, que efetivamente desconstituíram a fiscalização, revelando tão somente ter sido tendencioso o julgamento ora recorrido, expondo o desejo sagaz do fisco em arrecadar tributos, por quaisquer meios, aproveitando-se da desvantagem dos contribuintes em frente ao imenso poder o órgão fiscalizador que, de veras, nem sempre é isento.
27. Ilegal a contribuição destinada ao INCRA, assim como a destinada ao SEBRAE
28. Que a multa lançada a recorrente apresenta forma confiscatória de seu patrimônio, não devendo ser aplicada.
29. Desde já a empresa repudia o procedimento irregular e, mais uma vez, arbitrário, do agente fiscal, que "aditou" a NFLD, bem como o envio de notificação por via postal, senão vejamos.
30. Trata-se de verdadeiro aditamento da NFLD. O agente fiscal pretende, muito após a conclusão da sua fiscalização, juntar novos documentos ao processo administrativo.
31. Ocorre que, o mesmo agente fiscal já havia notificado a empresa em data muito anterior à sua complementação, cientificando a da autuação que estava impondo, inclusive passando a transcorrer prazo para a apresentação da defesa administrativa.
32. Haja vista a total ilegalidade da emenda da NFLD de infração, e a total irregularidade no procedimento adotado para a cientificação da empresa, ferindo os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, as declarações juntadas nada comprovam, sendo totalmente desprovidas de credibilidade, não correspondendo com a verdade dos fatos.
33. Requer também sejam desconsideradas as declarações juntadas, supostamente feitas pelo sr. Paulo Dalchau, por carecer de credibilidade, haja vista ser pessoa diretamente interessada na presente autuação, bem como requer seja oficiado à Delegacia da Receita Federal de Joinville, solicitando cópia das declarações de imposto de renda pessoa física do sr. Alexandre Dalchau,

A Delegacia da Receita Federal do Brasil, encaminhou o processo a este Conselho para julgamento.

É o relatório.

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

Autenticado digitalmente em 15/07/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digital

mente em 05/08/2013 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, Assinado digitalmente em 15/07/2013 por ELAINE CRISTIN

A MONTEIRO E SILVA VIEIRA

Impresso em 20/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 1305. 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, cumpra-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 Joinvile 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 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. 5º 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 a inexistência de relação direta entre a empresa MANZ e as empresas contratadas (Fação Joinvile Ltda., C. M. S. Indústria Têxtil Ltda. e Jointêxtil) e que segundo o recorrente seriam os empregadores, entendo que novamente não logrou êxito o recorrente em **demonstrar a inexistência de relação.**

Importante informar, que meros argumentos não afastam os fatos e documentos acostados aos autos pela autoridade fiscal, para atestar o lançamento de contribuições. Ademais, mesmo depois de proferida a decisão de primeira instância, não trouxe o recorrente, qualquer documento para comprovar suas alegações, pelo contrário repetiu praticamente os argumentos trazidos em sua impugnação.

Basta uma leitura do relatório fiscal e complementar, bem como, dos inúmeros anexos que o compõem para que se chegue a mesma conclusão trazidas pelo auditor fiscal no lançamento em questão e em todos os demais lavrados durante o mesmo procedimento.

Conforme já afastado em sede de preliminar, entendo que longe está o lançamento em questão de fundar-se em mera presunção. O que restou exaustivamente descrito no relatório e pelo que se pode constatar da análise dos autos, é que a autoridade fiscal, buscou incansavelmente demonstrar que as empresas, ditas como contratadas como meras prestadoras de serviço, eram na verdade fachada, posto que não se identificou a existência de comando gerenciamento, nem tampouco estavam os seus empregados a lhe prestar serviços verdadeiramente.

Entendo que diversos são os fatos que devem ser considerados no lançamento em questão, nenhum deles tido de forma isolada. O que se nota é uma espécie de terceirização sim, conforme argumentou o próprio recorrente, contudo realizado de forma irregular, o que ensejou conforme preceitua o princípio trabalhista da Primazia da Realidade o vínculo entre a MANZ e os empregados das EMPRESAS Facção Joinvile Ltda., C. M. S. Indústria Têxtil Ltda. e Jointêxtil.

Conforme trazido pelo próprio recorrente, entendo perfeitamente cabível a especialização e descentralização de suas atividades, contudo, para tanto deve primeiramente observar parâmetros legais, para só em observando-os, valer-se de estratégias administrativas para busca da excelência. 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**, visto que o auditor demonstrou em seus relatórios, por meio de entrevistas a empregados e sócios e diversos documentos a que teve acesso, que os mesmos prestam verdadeiramente serviços para empresa MANZ, sendo que em muitos casos, os seus funcionários, tratam as supostas empresas contratadas como prestadoras como verdadeiras filiais da primeira.

Nos termos da Súmula 331 do TST, dispositivo hoje que regula a terceirização do Direito Trabalhista Brasileira, visto ausência de norma específica, vejamos:

Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade

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

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

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Ou seja, da análise da referida Súmula, nota-se que não merece guarida a contratação de outras empresas, na forma como realizado pela recorrente e demonstrado pela autoridade fiscal. Observa-se de pronto o item III da referida súmula que não admite, em regra, a contratação de serviços terceirizados para atividades fim do empreendimento, formando-se o vínculo diretamente com o tomados dos serviços. Ora, por si só esse argumento, demonstra quão equivocada estava sua pretensão de valer-se de empresas interpostas para executar sua atividade fim. E não merece guarida o argumento de que a súmula não seria aplicável no âmbito do direito previdenciário. Os termos da súmula 331 regulam atualmente no âmbito das empresas a contratação mediante empresa terceirizada, já que não existe legislação própria que abarque a matéria. Referida súmula, define critérios mínimos de uma terceirização correta, evitando que a empresa se valha desse instituto para maquiar vínculos de emprego, desrespeitando os direitos trabalhistas e previdenciários. Todavia, a competência da auditoria previdenciária resume-se a determinar vínculos para efeitos previdenciários, posto assim definir a lei 8212/91.

Aqui independente do fato de as empresas contratadas estarem ou não sob a égide do Sistema de Tributação SIMPLES, correto o posicionamento adotado de formação do vínculo para efeitos previdenciários, sempre que constatado que a tomadora dos serviços agia como verdadeira empregadora. Dessa forma, o argumento de que as empresas possuem registro na junta comercial, sendo optante pelo SIMPLES deveriam ser excluídas do lançamento não merece guarida, conforme já esclarecido.

Aliás essa já havia sido a conclusão a que havia chegado a autoridade julgadora:

O AFPS relatou que as 4 empresas MANZ, CMS, JOINTEXTIL e FACÇÃO estão localizadas no mesmo endereço, são administradas pelos mesmos sócios e seus documentos se encontravam arquivados no mesmo local. Naturalmente, apenas esses requisitos não seriam suficientes para caracterizar as quatro empresas como uma única atividade empresarial. Contudo, foram os primeiros indícios que alertaram a fiscalização e o conduziram a aprofundar sua análise.

9. No relatório fiscal complementar de fls. 119 a 145, o Sr. AFPS descreveu de forma minuciosa todos os elementos que o levaram a concluir que essas 4 empresas formam uma única empresa.(...)

QUANTO A PRODUÇÃO DE PROVAS

Observa-se que por inúmeras vezes o recorrente traz como argumento para desconstituir o lançamento a sua presunção, descrevendo inclusive em sua impugnação que os elementos probatórios são frágeis e produzidos de forma unilateral. Primeiramente, quanto aos argumentos de cerceamento do direito de defesa e impossibilidade do contraditório, entendo que equivoca-se o recorrente.

O processo administrativo permite ao recorrente o amplo exercício do direito de defesa, sendo obrigação da autoridade julgadora indicar todos os seus elementos de convicção, sejam documentos aos quais teve a oportunidade de apreciar, ou mesmo descrever os elementos fáticos encontrados durante a auditoria e que o levaram a concluir pelo lançamento de contribuições.

Dessa forma, entendo que teve o recorrente a oportunidade de apreciar pontualmente todos as provas e testemunhos colhidas durante o procedimento fiscal, sendo-lhe permitido exercer o amplo exercício do direito de defesa com vistas a rebater com elementos probatórios e fáticos, se necessários, que as constatações são totalmente equivocadas.

Após apreciar detidamente a peça recursal, a decisão de primeira instância e até mesmo a impugnação apresentada, não identifico que o recorrente demonstrou que as empresas contratadas, realmente exerciam o papel de prestadoras de serviços, empregadoras, exercendo o gerenciamento de seus empregados enquanto prestadores de serviços. Note-se que, conforme já mencionado anteriormente, não se funda o lançamento em apenas um elemento de convicção, mas um conjunto deles.

Os fatos trazidos pelo auditor em seu relatório, quanto as entrevistas dos empregados, os aspectos contábeis e financeiros, suas constatações, não possuem presunção absoluta, mas possuem força probatória, na medida que não consegue o recorrente demonstrar que se tratam de verdadeiros equívocos.

Quem mais poderia rebater os argumentos da auditoria, senão o próprio autuado, que poderia demonstrar a realização de contratos com as prestadoras, a contabilização devida das referidas contratações e de todos encargos gerados por essa contratação. Bastaria requerer de suas contratadas, cópia de sua contabilidade, e de todo o trâmite administrativo, para que assim, ficasse evidenciada a total ausência de ingerência da empresa MANZ nas demais. Argumentou, inclusive o recorrente, que a escolha de centralizar folha de pagamento, controle de ponto, ou mesmo centralização contábil, deve-se a redução de custos e adoção de um regime de condomínio industrial, já que algumas das empresas passava por dificuldade financeiras.

Contudo, não é isso que se conclui, ao apreciar os fatos narrados. Primeiro, ao contrário do que alega o recorrente o sistema de terceirização não visa diminuir custos, mas sim, buscar excelência no desempenho de atividades, direcionando a empresa tomadora a concentrar esforços na sua atividade fim, contratando prestadoras para as atividades meio. A contratação de terceirizadas é ainda mais caro, do que a contratação direta, posto que os encargos trabalhistas são repassados na nota para a tomadora, sem contar ainda a taxa de administração. Isso, comprova, quão furado é o argumento trazido pelo recorrente. O esvaziamento da folha de pagamento e o repasse para outras empresas optantes pelo SIMPLES, demonstra, no presente caso, uma maneira de sonegar contribuições previdenciárias, assim como trazido pelo auditor.

Não estou dizendo com isso que não possa existir terceirização, mas, quando realizada, deve o tomador, resguardar-se de forma, a manter verdadeira autonomia entre as empresas.

Assim, enumerou a autoridade fiscal os principais fatos que demonstram uma única entidade administrativa, laboral e patrimonial única

Tal procedimento foi adotado em virtude da constatação fática de inexistência de autonomia das pessoas jurídicas CMS, JOINTÊXTIL e FACÇÃO frente à MALHARIA MANZ LTDA (MANZ), empresa que "CONTRATA OS SERVIÇOS DAQUELAS EM CARÁTER EXCLUSIVO", CONFIRMANDO OS INDÍCIOS INICIAIS ACIMA O grande ponto que merece ser apreciado é a "confusão de funções" exercidas pelos empregados das empresas que acabaram para efeitos previdenciários sendo considerados empregados da recorrente. Entendo desnecessário apreciar ponto a ponto dos argumentos do recorrente, tendo em vista que a decisão notificação os rebateu, de forma profícua.

A personalidade jurídica das "prestadoras de serviços", com seus atos constitutivos devidamente arquivados na Junta Comercial do Estado, é meramente formal. De fato, verificamos que elas compõem uma entidade administrativa, laboral e patrimonial única, sob a direção da MANZ.

A personalidade jurídica das "prestadoras de serviços", com seus atos constitutivos devidamente arquivados na Junta Comercial do Estado, é meramente formal. De fato, verificamos que elas compõem uma entidade administrativa, laboral e patrimonial única, sob a direção da MANZ.

As "empresas prestadoras" não têm domicílio. Os endereços de suas sedes sociais são os mesmos dos estabelecimentos da MANZ, acrescentados de complementos do tipo "Sala A", "Galpão B", "Sala C", etc. Nos documentos examinados, inclusive parte da contabilidade, não há registro de ativos imobiliários, nem pagamento por locações de imóveis para suas sedes;

c-) As empresas têm capital social simbólico, que é de R\$ 1.000,00 na CMS e R\$ 10.000,00 na FACÇÃO e JOINTÊXTIL. Também não dispõem de equipamentos e instalações para desenvolverem suas atividades, exceto a FACÇÃO, que em 2000 "adquiriu" máquinas e equipamentos de sua "tomadora" (mas não pagou), conforme registros lançados nos livros diário e razão N°s 001;

d-) A administração é única para todas as empresas. O setor de Recursos Humanos da MANZ atualmente é gerenciado por CHRISTIANO HILGENSTIELER (substituiu PAULO ALEXANDRE DALCHAU), e atende os empregados, bem como mantém os arquivos de RH de todas as empresas num mesmo local. O contador das empresas é ADILSON JORGES DOS SANTOS, registrado na JOINTÊXTIL, que mantém os arquivos contábeis das empresas num mesmo local. O diretor financeiro de todas é o sócio gerente da CMS, CARLOS VALDIR SCHUCKO e;

e-) As empresas operam de fato com um caixa único e contas bancárias comuns, ou seja, sem observar a autonomia patrimonial de cada uma em relação às demais. Por exemplo, a conta bancária da CMS, nº 6754-7, agência 3155-0, do Banco do Brasil, normalmente é utilizada para saldar compromisso de

Como já mencionado, o lançamento das contribuições foram efetuados na empresa tomadora, MANZ, em decorrência do afastamento da personalidade jurídica das prestadoras, por constituírem de fato uma entidade única. Entretanto, mesmo que se observasse a autonomia jurídica das prestadoras, o que não é o caso, os empregados destas continuariam sendo considerados empregados diretos da contratante. Neste caso, por atuarem nas atividades fins da MANZ, o que é considerado terceirização irregular de mão-de-obra, segundo o Enunciado nº 331 do TST. Isto pode ser constatado no confronto entre o objeto social da contratante, "indústria e comércio varejista e atacadista de tecidos e confecções", e os cargos e funções dos empregados das prestadoras descritos nos Laudos de Riscos Ambientais e em folhas de pagamentos, como: Líder de Tecelagem, Tecelão de Malhas, Auxiliar de Tecelão, Preparador de Tecidos, etc.

12. Isto fica bem evidente a partir de abril de 2004, quando a MANZ transfere seus empregados remanescentes para a FACÇÃO e, deste mês em diante, passa a operar sem qualquer empregado próprio com faturamentos mensais superiores à R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), conforme planilha "Evolução do quadro de empregados da MANZ, dos terceirizados e do Faturamento".

13. Além dos fatos já relatados, verificamos que os sócios gerentes da CMS, CARLOS VALDIR SCHUCKO, e da JOINTÊXTIL, PAULO ALEXANDRE DALCHAU, conforme exposto no Relatório Fiscal Complementar - RELFISCCO, nos subtítulos "DAS ATIVIDADES DO SÓCIO GERENTE" (das empresas CMS e JOINTÊXTIL), são na realidade, empregados da MANZ nos cargos de Diretor Financeiro e Gerente de Recursos Humanos, respectivamente, contratados sob forma jurídica diversa.

Para os trabalhos de verificação foi considerada relação de trabalhadores empregados fornecidos pela próprio setor de RH, que conforme descrito pelo auditor é único para as 4 empresas.

Apenas no intuito de esclarecer os pontos descritos acima de forma sucinta, transcrevo trecho da informação fiscal, em que encontram-se narradas as irregularidades encontradas durante a verificação física, senão vejamos (fls. 120):

a primeira alteração contratual, ou seja, até 12/2000, inclusive, a única finalidade da CMS era servir de veículo para o seu sócio gerente CARLOS VALDIR SCHUCKO prestar serviço à MANZ via contrato entre duas pessoas jurídicas. Com a primeira alteração do contrato social esta finalidade se mantém, acrescentada de outras, que será analisada adiante.

Abaixo relacionamos alguns fatos, apurados em documentos e consultas aos sistemas informatizados, que permitem identificar as verdadeiras características dos serviços prestados pelo sócio:

a-) O senhor CARLOS VALDIR SCHUCKO manteve contrato de trabalho como empregado das empresas JOINVILLE FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA entre 01/07/1994 e 10/03/1995, e MALHARIA MANZ LTDA, entre 09/10/2001 e 3/01/2002, nesta última no cargo de "Chefe de contas a pagar".

Verificamos, no Cadastro da Previdência Social

(PLENUS/ÁGUIA), que estas empresas têm sócios comuns, IVO GOULARTE, gerente, e BETTINA WEEGE GOULARTE;

b-) O sócio em questão recebeu férias pagas pela MANZ, como revelam o recibo parcial de férias de R\$ 1.000,00, de 08/03/2004 e, o movimento de caixa de 02/07/2004, da MANZ, com o recibo de transferência entre contas correntes, de R\$ 1.000,00. O primeiro recibo está em uma pasta funcional nos arquivos de RH, e o segundo pagamento foi lançado na MANZ, conforme sua movimentação de caixa, e os recursos saíram da conta bancária da CMS. Isto ocorreu na época em que sua relação formal com a MANZ era apenas a de um sócio gerente de uma empresa que lhe prestava serviços;

c-) Submissão do referido "sócio" às normas de horário para a prestação dos serviços e de utilização do crachá de identificação, como mostram o recibo de pagamento de 06/2002, contendo a escala ("004-HORÁRIO NORMAL"), o recibo de entrega do crachá e os registros de ponto, de 20/05/2004 a 25/08/2004;

d-) Participação habitual no procedimento de desembolso financeiro das empresas MANZ, CMS, FACÇÃO e JOINTÊXTIL, como mostram os demonstrativos de "Caixa Interno" destas empresas, que normalmente recebem a rubrica de CARLOS VALDIR SCHUCKO;

e-) Apresentação perante terceiros como representante da área financeira da MANZ, como está demonstrado nos recibos de transferência de valores para fornecedores, com anotações manuscritas feitas por CARLOS VALDIR SCHUCKO; ENDERECOS ÚNICOS.

Traz o auditor no REFISC, corroborado com o relatório instrumento que os endereços das empresas eram diferenciados em sua maioria apenas pelo número, galpão A B, tendo sido constatado por meio de diligências que nos respectivos endereços não havia organização física das empresas, dita por contratadas como prestadora de serviços. Entendo que nesse ponto, um comentário se mostra relevante. A contratação de prestadores de serviços, conforme argumentado pelo recorrente, possibilita que os trabalhadores (prestadores) estejam prestando serviços nas empresas tomadoras em atividades "meio", ou de limpeza, conservação e vigilância, contudo, as empresa prestadoras deve possuir sede própria, com contabilidade regular, registro de todas as suas operações financeiras e contábeis. Ressalte-se ainda, que as empresas ditas pela autoridade fiscal como fictícias não possuem sede própria, encontrando-inseridas nos prédios da MANZ, com a utilização de crachá único, relógio de ponto único, o que demonstra ser a empresa autuada a detentora do poder de direção. Não demonstrou o recorrente prova do pagamento de aluguéis, ou mesmo compra de imóveis. Pelo contrário tanto no recurso, quanto na impugnação apenas argumentava que trabalhava em regime de condomínio industrial, e que a centralização buscava diminuir custos. Contudo, é essa confusão de funções, como já abordado que determina estarem todos os empregados vinculados a um mesmo empregador. Simplesmente alegar, não afasta a autuação, quando desprovido de provas.

Conforme descrito acima, houve por parte da autoridade fiscal, um minucioso relatório, com vistas e identificar uma a uma, todos os elementos de prova, pelos quais

concluiu pela inexistência de empresas de fato vinculando seus trabalhadores a empresa MANZ, conforme destacamos a seguir de trechos extraídos do próprio relatório complementar:

CMS CONCLUSÕES

Diante do exposto, verificamos que esta empresa apresenta as seguintes características formais: é uma prestadora de serviços exclusiva da MANZ; dedicava-se à prestação de serviços de "assessoria" e, à partir de 01/2001, de serviços mediante cessão de mão-de-obra; pelos dispêndios, seus serviços se limitam à contratação de empregados em seu nome e colocação nas instalações da MANZ, à disposição desta e; é optante pelo regime tributário do SIMPLES, instituído pela lei 9.317/96, desde 01/2001.

No entanto, concluímos que estas operações entre empresas são atos simulados, pois ficou evidente a inexistência de requisitos de personalidade jurídica por parte da prestadora, frente à tomadora, à luz dos seguintes fatos:

I-) A CMS não possui domicílio próprio. No início encontrava-se estabelecida na residência dos sócios. Depois, ela passa a informar como sua sede social um estabelecimento da MANZ, sem que haja de fato alguma sala ou galpão que ocupe, nem pagamento ou contrato de locação;

II-) Os representantes e testemunhas são pessoas que prestam serviços à MANZ, como empregados (ou seus parentes), que em alguma época foram registrados como tal. Tudo indica que foram convencidas pelo empregador (de fato) a emprestarem seus nomes para simular a constituição da empresa;

III-) A MANZ e a CMS (assim como outras prestadoras analisadas), operam sob uma única estrutura gerencial/administrativa, sob direção da primeira. O diretor financeiro da MANZ exerce esta função em todas as empresas. O mesmo ocorre com o gerente de recursos humanos, o analista contábil, a analista de recursos humanos, o analista de contas a pagar, etc, todos subordinados ao sócio gerente da MANZ e;

IV-) Inexistência de autonomia patrimonial na CMS (e nas demais empresas prestadoras) em relação à MANZ. Ficou claro que as empresas operam suas finanças a partir de um caixa único e contas bancárias comuns. Para dar uma aparência de autonomia entre elas, são criadas "contas correntes" na estrutura contábil das empresas para registrar as movimentações de recursos entre elas como se fossem transferência, um procedimento destinado à simular o princípio contábil da entidade.

Diante disto, os empregados registrados na CMS, e colocados à disposição da MANZ, serão considerados empregados diretos desta em decorrência do afastamento da personalidade jurídica formal da prestadora.

Mesmo na hipótese de se preservar a personalidade jurídica de ambas, o que entendemos não ser o caso, os empregados da prestadora devem ser considerados como sendo empregados diretos da tomadora, visto que estes prestam serviços nas

*atividades fins da MANZ, o que, de acordo com o **Enunciado** n.º 331 do TST, caracteriza terceirização irregular de mão-de-obra.*

O sócio gerente também será considerado empregado da tomadora, pois utiliza sua empresa como meio para camuflar relação empregatícia via contratação de serviços de "assessoria" entre duas pessoas jurídicas, pois se verificou que exerce, até hoje, o cargo de Diretor Financeiro da MANZ.

FACÇÃO CONCLUSÕES

Diante do exposto, verificamos que esta empresa apresenta as seguintes características formais: é uma prestadora de serviços exclusiva da MANZ; dedica-se à prestação de serviços de manufatura; pelos dispêndios, seus serviços se limitam à contratação de empregados em seu nome e colocação nas instalações da MANZ, à disposição desta e; é optante pelo regime tributário do SIMPLES, instituído pela lei 9.317/96, desde a sua constituição.

*No entanto, **concluimos** que estas operações entre empresas são atos simulados, pois ficou evidente a inexistência de requisitos de personalidade jurídica por parte da prestadora, frente à tomadora, à luz dos seguintes fatos:*

I-) A FACÇÃO não possui domicílio próprio. Ela informa como sua sede social um estabelecimento da MANZ, sem que haja de fato alguma sala ou galpão que ocupe, nem pagamento ou contrato de locação;

II-) Os representantes e testemunhas são pessoas que prestam serviços à MANZ, como empregados ou dirigente (ou seus parentes), que em alguma época foram registrados como tal. Tudo indica que foram convencidas pelo empregador (de fato) a emprestarem seus nomes para simular a constituição da empresa;

III-) A MANZ e a FACÇÃO (assim como outras prestadoras analisadas),

operam sob uma única estrutura gerencial/administrativa, sob direção da primeira. O diretor financeiro da MANZ exerce esta função em todas as empresas. O mesmo ocorre com o gerente de recursos humanos, o analista contábil, a analista de recursos humanos, o analista de contas a pagar, etc, todos subordinados ao sócio gerente da MANZ e;

IV-) Inexistência de autonomia patrimonial na FACÇÃO (e nas demais empresas prestadoras) em relação à MANZ. Ficou claro que as empresas operam suas finanças a partir de um caixa único e contas bancárias comuns. Para dar uma aparência de autonomia entre elas, são criadas "contas correntes" na estrutura contábil das empresas para registrar as movimentações de recursos entre elas como se fossem transferência, um procedimento destinado à simular o princípio contábil da entidade.

Diante disto, os empregados registrados na FACÇÃO, e colocados à disposição da MANZ, serão considerados empregados diretos desta em decorrência do afastamento da personalidade jurídica formal da prestadora.

Mesmo na hipótese de se preservar a personalidade jurídica de ambas, o que entendemos não ser o caso, os empregados da prestadora devem ser considerados como sendo empregados diretos da tomadora, visto que estes prestam serviços nas atividades fins da MANZ, o que, de acordo com o Enunciado nº 331 do TST, caracteriza terceirização irregular de mão-de-obra.

CONCLUSÕES JOINTEXTIL

Diante do exposto, verificamos que esta empresa apresenta as seguintes características formais: é uma prestadora de serviços exclusiva da MANZ; dedica-se à prestação de serviços de cessão de mão-de-obra e, depois, de serviços de manufatura;

*pelos dispêndios, seus serviços se limitam à contratação de empregados em seu nome e **colocação** nas instalações da MANZ, à disposição desta e; é optante pelo regime tributário do SIMPLES, instituído pela lei 9.317/96, desde a sua constituição.*

No entanto, concluímos que estas operações entre empresas são atos simulados, pois ficou evidente a inexistência de requisitos de personalidade jurídica por parte da prestadora, frente à tomadora, à luz dos seguintes fatos:

I-) A JOINTEXTIL não possui domicílio próprio. Ela informa como sua sede social um estabelecimento da MANZ, sem que haja de fato alguma sala ou galpão que ocupe, nem pagamento ou contrato de locação;

II-) Os representantes (sócios e administrador) e testemunhas são pessoas que prestam serviços à MANZ, como empregados ou dirigente, que em alguma época foram registrados como tal. Tudo indica que foram convencidas pelo empregador (de fato) a emprestarem seus nomes para simular a constituição da empresa;

III-) A MANZ e a JOINTEXTIL (assim como outras prestadoras analisadas),

operam sob uma única estrutura gerencial/administrativa, sob direção da primeira. O diretor financeiro da MANZ exerce esta função em todas as empresas. O mesmo ocorre com o gerente de recursos humanos, o analista contábil, a analista de recursos humanos, o analista de contas a pagar, etc, todos subordinados ao sócio gerente da MANZ e;

IV-) Inexistência de autonomia patrimonial na JOINTEXTIL (e nas demais empresas prestadoras) em relação à MANZ. Ficou claro que as empresas operam suas finanças a partir de um caixa único e contas bancárias comuns. Para dar uma aparência de autonomia entre elas, são criadas "contas correntes" na estrutura contábil das empresas para registrar as movimentações de recursos entre elas como se fossem transferência, um procedimento destinado à simular o princípio contábil da entidade.

Diante disto, os empregados registrados na JOINTÊXTIL, colocados à disposição da MANZ, serão considerados empregados diretos desta em decorrência do afastamento da personalidade jurídica formal da prestadora.

Mesmo na hipótese de se preservar a personalidade jurídica de ambas, o que entendemos não ser o caso, os empregados da prestadora devem ser considerados como sendo empregados diretos da tomadora, visto que estes prestam serviços nas atividades fins da MANZ, o que, de acordo com o Enunciado nº 331 do TST, caracteriza terceirização irregular de mão-de-obra.

No período em que não se encontrava formalmente registrado como empregado da MANZ, o sócio gerente também será considerado empregado da tomadora, visto que utilizou sua empresa como meio para camuflar relação empregatícia via contratação de serviços entre duas pessoas jurídicas, pois se verificou que exerceu de fato, até 12/2004, o cargo de Gerente de Recursos Humanos da MANZ.

Destaca-se, assim como já informado anteriormente que não se trata de mera presunção, mas constatação de que as empresas não possuíam a dita autonomia gerencial, ou mesmo física, sendo que a condição de emprego era verdadeiramente prestada em nome da MANZ. Observa no relatório complementar, fls. 119 a 145 acima transcrito apenas as conclusões, que o auditor indicou todos elementos fáticos, colacionando inclusive os documentos, que ratificam suas conclusões, justamente para identificar a existência das empresas, ou mesmo como eram executados os serviços, bem como onde encontravam-se as empresas.

Assim, entendo conforme descrito pela autoridade fiscal, que o liame empregatício entre os supostos sócios e os empregados das supostas “prestadoras de serviço” sempre existiu havendo, como dito anteriormente verdadeira CONFUSÃO entre os serviços prestados pela empresa notificada – MANZ e todas as empresas que lhe prestavam serviços descritas no presente AI.

Importante observar que o recurso do recorrente em nada rebate pontualmente os argumentos aqui trazidos, buscando tão somente desqualificar o trabalho de auditoria, alegando tratar-se de presunção, arbitrariedade, o que discordo veementemente.

Inclusive tenta o recorrente desqualificar as informações prestadas pelo sócio de uma das empresas, indicando que nas declarações prestadas perante a própria receita o mesmo declarou ser sócio responsável por uma das empresas, o que contrariaria suas declarações perante a autoridade fiscal. Todavia, sabe-se que as declarações de imposto de renda, muitas vezes destacam apenas a situação formal, sendo que o que foi constatado pela autoridade fiscal é que os aspectos formais são diversos da situação fática. É esta que forneceu elementos suficientes para demonstrar a ingerência da autuada sob as demais, bem como, as irregularidades nas contratações das empresas terceirizadas. No mesmo sentido, manifestou-se o julgador a quo:

44. A impugnante procurou apenas desqualificar a declaração do Sr. Paulo Alexandre Dalchau e o procedimento que resultou nessa informação. Em nenhum momento ela trouxe qualquer prova de que os fatos por ele narrados são falsos.

45. O Sr. Paulo Alexandre Dalchau foi empregado da MANZ, no período de 01/02/2002 a 29/02/2004, na função de chefe de departamento de pessoal. Exerceu a gerência da JOINTEXTIL entre 01/06/2002 e 03/01/2005. Além disso, assinou diversos documentos das 4 "empresas" envolvidas nesta NFDL, identificando-se como gerente de recursos humanos ou chefe de departamento pessoal. Trata-se, assim, de uma pessoa que conheceu a fundo a estrutura administrativa da MANZ e das outras "empresas" envolvidas.

46. O Sr. Paulo Alexandre Dalchau confirmou, em sua declaração, diversos fatos e conclusões apresentados pela fiscalização. Disse que a JOINTEXTIL nunca pagou aluguel pelo uso das instalações e equipamentos da MANZ; que a JOINTEXTIL sempre foi administrada e gerenciada pelo Sr. Ivo Goularte, sócio proprietário da MANZ; que todos os pagamentos e recebimentos da JOINTEXTIL ocorriam através do caixa geral da MANZ;

que ele sempre atuou como gerente de RH da MANZ, JOINTEXTIL, CMS e FACÇÃO, subordinado ao Sr. Ivo Goularte. Concluiu, por fim:

"Devido às dificuldades financeiras da MALHARIA MANZ, bem como pela restrição de crédito da empresa e seus sócios, o Sr. IVO GOULARTE resolveu criar novas empresas, colocando empregados como sócios. No entanto, estes sócios sempre foram apenas elementos figurativos, jamais exerceram os poderes de gestão que o contrato lhes conferia. A JOINTEXTIL sempre foi administrada e gerenciada pelo Sr. IVO GOULARTE, cujas decisões não podiam, em hipótese alguma, ser questionadas. (...)"47. Assim, as declarações do Sr. Paulo Alexandre Dalchau confirmam todas as conclusões da fiscalização, reforçando a procedência deste lançamento.

48. Se houve ou não prestação de informações falsas à Receita Federal por parte do Sr. Paulo Alexandre Dalchau, tal fato deve ser apurado em procedimento próprio, não se confundindo com este lançamento. Ademais, eventuais infrações tributárias cometidas por terceiros não dizem respeito à impugnante, que não é parte interessada em uma declaração de imposto de renda de pessoa física. Além disso, qualquer envio de dados fiscais de terceiros para a impugnante configuraria quebra de sigilo fiscal. Assim, indefiro o pedido de informações do imposto de renda do Sr. Paulo Alexandre Dalchau, por ser absolutamente desnecessário para o julgamento desta NFDL.

Por fim, de posse de todo o detalhamento exposto pelo auditor poderia a empresa rebater ponto a ponto trazido pelo auditor fiscal, o que não o fez, razão porque deve ser mantido o lançamento, quanto a inclusão de todos os empregados das empresas "dita pelo recorrente como prestadoras de serviços", como verdadeiros empregados da empresa MANZ, face o liame fático e jurídico que os vincula.

GERENCIAMENTO DOS RECURSOS HUMANOS DISPONÍVEIS

O setor de Recursos Humanos da autuada, também, é quem efetivamente controla a frequência (através de cartões pontos e folhas de frequência), dos funcionários registrados nos CNPJ de todas as empresas fictícias, inclusive dos supostos "sócios" destas e paga/pagou salários, férias, décimo terceiro salário, verbas rescisórias, etc. Até o valor de

guias GPS das prestadoras foi em determinadas competência pago pela autuada. Sem contar, o controle de horário, ponto do próprio sócio das prestadoras, o que nem de longe, se coaduna com uma verdadeira terceirização.

ASPECTOS CONTÁBEIS

Contabilmente, também bem demonstrou a autoridade fiscal como se dava o pagamento das despesas das empresas “ditas prestadoras” e a empresa MANZ Destaca o auditor em seu relatório parte específica quanto a essas constatações:

CMS

A seguir, algumas transações efetuadas por meio desta conta, cujos comprovantes encontram-se em anexo à I a via:

a-) Pagamentos, via guias de recolhimento da Previdência Social - GPS's, de contribuições das empresas CMS, FACÇÃO e JOINTÊXTIL, referentes às competências 09/2004 e 10/2004 e 11/2004. Todas estas guias foram quitadas com recursos desta conta;

b-) Quitação de títulos em que a MANZ se faz presente como sacadora ou como sacada/liquidados com recursos desta conta;

c-) Transferência eletrônica para pagamento de consórcio, possivelmente de titularidade da empresa JOINVILLE FACTORING;

d-) Demonstrativo e cópias de duplicatas emitidas pela MANZ e encaminhadas em 04/11/2003 à cobrança bancária via esta conta corrente;

e-) Relação de pagamento de folha de salários de 07/2004 da FACÇÃO encaminhadas ao banco para pagamento por meio desta conta, e lançadas no caixa daquela como valor recebido da MANZ;

f-) Cópias de documentos demonstrando pagamentos de compromissos da JOINTÊXTIL por esta conta;

g-) Compromissos da MANZ que foram quitados com recursos desta conta bancária da CMS. Nos lançamentos de caixa, antes das saídas correspondentes aos pagamentos, são registradas entradas como valores recebidos da CMS em valores suficientes para cobrir as saídas. É um procedimento adotado o tempo todo após a abertura desta conta e;

h-) Chama a atenção os pagamentos de compromissos pessoais do sócio gerente da MANZ via conta bancária da CMS. Para dar uma aparência de regularidade, registra-se no caixa da MANZ uma entrada via transferência da CMS e uma saída como valor repassado p/ Sr. IVO, o sócio gerente.

FACÇÃO

balancete de 2000 informa que durante o ano a empresa obteve receitas de R\$ 464.601,20 prestando serviços para a MANZ (fl. 52 do livro diário de 2000). Os "custos de produção", constituídos apenas por salários e encargos sobre mão de obra,

foi de R\$ 619.222,47 (fl. 53). Considerando as deduções sobre receitas e despesas administrativas, o prejuízo apurado neste ano foi de R\$ 217.185,07 (fl. 54).

Como conseqüência, o patrimônio líquido em 31/12/2000 é negativo em R\$ 207.185,07 (fl. 51).

Fosse uma empresa autônoma, a empresa estaria sem condições financeiras de continuar as atividades. Ocorre que, como consta no passivo à fl. 50, a empresa contava com recursos da Malharia MANZ, de R\$ 103.250,00 na condição de fornecedor (à título de compra de equipamentos) e de R\$ 135.550,00 na condição de cliente (adiantamento).

As contribuições previdenciárias dos segurados da FACÇÃO (e também de outras empresas), das competências 09/2004, 10/2004 e 11/2004, foram quitadas com recursos da conta bancária da CMS (nº 6754-7, agência 3155-0, do Banco do Brasil S.

A.).

As folhas de pagamentos salários da FACÇÃO normalmente são debitadas da conta bancária da CMS, como de 07/2004, com a relação de empregados encaminhada ao banco para pagamento em conta, sendo lançado no caixa como valor recebido da MANZ.

Em relação à movimentação de caixa das empresas dos dias 05 e 06/06/2003 e 03/04/2003, quando houve pagamento de salários das competências 05/2003 e 03/2003, vemos nos respectivos demonstrativos de caixa interno a "movimentação de valores" entre elas, destinados ao pagamento dos salários.. .

Por fim, chama atenção o parágrafo único da cláusula segunda do contrato de prestação de serviços, que diz "A CONTRATADA assume, a partir desta data, o ativo e o passivo trabalhista da CONTRATANTE, sendo responsável por seus encargos trabalhistas e previdenciários na conformidade com a Consolidação das Leis Trabalhistas, Legislação da Previdência Social e Legislação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço". Isto indica que a relação entre as empresas não se limita à prestação **de serviços**.

JOINTEXTIL

As contribuições dos segurados, descontadas e recolhidas pela JOINTEXTIL, **bem** como as da CMS e FACÇÃO, das **competências** 09/2004, 10/2004 e 11/2004, foram todas quitadas, conforme cópias de guias de recolhimento da Previdência Social - GPS's, com recursos da conta bancária da CMS (nº 6754-7, agência 3155-0, do Banco do Brasil S A).

A movimentação de caixa das empresas dos dias 05 e 06/06/2003 e 03/04/2003, respectivamente, quando houve pagamento de salários das competências 05/2003 e 03/2003. Vemos nos demonstrativos de caixa interno das empresas a "movimentação de valores" entre elas (partindo da MANZ), destinados ao pagamento dos salários.

Nesta linha, os movimentos de caixa da JOINTÊXTIL de 19 e 20/03/2003 e 22/10/2003, quando ocorreram pagamento de pessoal, indicam que os recursos necessários vieram da MANZ. Isto é uma amostragem do que normalmente ocorreu em todo o período.

*A empresa não exibiu os livros contábeis. Mesmo assim, pelos documentos acima e análise das demais empresas, ficou claro que a JOINTÊXTIL e estas empresas, sob a MANZ, operam suas finanças a partir de um caixa único e de contas bancárias comuns. Além disso, as empresas não recebem os recursos pelos "serviços prestados" em data certa e no valor faturado, e sim nos dias dos vencimentos dos compromissos das "prestadoras", e apenas no valor necessário para saldar **estes** compromissos.*

Novamente, convém destacar a demonstração por parte da auditoria fiscal que os serviços prestados não se coadunam com verdadeira prestação de serviços na modalidade de terceirização, argumentada pelo recorrente, mas vínculo direto dos prestadores com a empresa notificada uma vez que era a mesma que assumia papel de empregadora, inclusive com o ônus de administrar os trabalhadores, papel que seria inerente apenas a figura de empregador. No caso, de terceirização cada empresa tem que assumir a responsabilidade e o ônus de seus empregados, sendo ilegal existir subordinação entre o tomador e o prestador de serviços.

QUANTO AS BASES DE CÁLCULO

Conforme descrito pelo auditor os levantamentos tiveram por base a origem da informação das remunerações (GFIP, RAIS, FOPAG, Aferições de salários officiosos). Foi levado em consideração ainda a origem da mesma em relação ao vínculo original.

No recurso em questão quanto as bases de cálculo, o recorrente resumiu-se a atacar a validade do procedimento fiscal, e do arbitramento sem refutar, qualquer dos fatos geradores apurados. Dessa forma, em relação aos fatos geradores objeto da presente notificação, como não houve recurso expresso as bases de cálculo descritas pela autoridade fiscal, aos pontos da Decisão presume-se a concordância da recorrente com os termos da referida decisão.

ILEGALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO PARA O INCRA E SEBRAE

No que tange a argüição de inconstitucionalidade/ilegalidade de legislação previdenciária que dispõe sobre o recolhimento de contribuições destinadas a terceiros, frise-se que incabível seria sua análise na esfera administrativa. Não pode a autoridade administrativa recusar-se a cumprir norma cuja constitucionalidade vem sendo questionada, razão pela qual são aplicáveis os prazos regulados na Lei n.º 8.212/1991.

Dessa forma, quanto à inconstitucionalidade/ilegalidade na cobrança das contribuições previdenciárias, não há razão para a recorrente. Como dito, não é de competência da autoridade administrativa a recusa ao cumprimento de norma supostamente inconstitucional, razão pela qual são exigíveis a aplicação da taxa de juros SELIC, e a multa pela inadimplência, bem como o lançamento de contribuições destinadas a terceiros INCRA E SEBRAE.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Nesse sentido, entendo

pertinente transcrever trecho do Parecer/CJ n ° 771, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 28/1/1997, que enfoca a questão:

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

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

No mesmo sentido posiciona-se este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF ao publicar a súmula n°. 2 aprovada em sessão plenária de 08/12/2009, sessão que determinou nova numeração após a extinção dos Conselhos de Contribuintes.

SÚMULA N. 2

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

Esclarecendo, em relação à cobrança do INCRA segue ementa do Recurso Especial n ° 603267, publicado no DJ em 24/05/2004, cujo Relator foi o Ministro Teori Albino Zavascki:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNRURAL E PARA O INCRA (LEI 2.613/55). EMPRESA URBANA. EXIGIBILIDADE. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO STF. PRECEDENTES DO STJ. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não existe óbice a que sejam cobradas de empresa urbana as contribuições destinadas ao INCRA e ao FUNRURAL. 2. Recurso especial provido.

Também apenas para ilustrar, em relação à cobrança das contribuições destinadas ao SEBRAE, segue ementa do entendimento firmado pelo TRF da 4ª Região:

Tributário – Contribuição ao Sebrae – Exigibilidade. 1. O adicional destinado ao Sebrae (Lei n° 8.029/90, na redação dada pela Lei n° 8.154/90) constitui simples majoração das alíquotas previstas no Decreto-Lei n° 2.318/86 (Senai, Senac, Sesi e Sesc), prescindível, portanto, sua instituição por lei complementar. 2. Prevê a Magna Carta tratamento mais favorável às micro e pequenas empresas para que seja promovido o progresso nacional. Para tanto submete à exação pessoas jurídicas que não tenham relação direta com o incentivo. 3. Precedente da 1ª Seção desta Corte (EAC n 2000.04.01.106990-9).

ACÓRDÃO: Vistos e relatados estes autos entre as partes acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que

ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Porto Alegre, 17 de junho de 2003. (TRF 4ª R – 2ª T – Ac. nº 2001.70.07.002018-3 – Rel. Dirceu de Almeida Soares – DJ 9.7.2003 – p. 274)

Quanto ao questionamento acerca da aplicação de correção monetária, note-se que no lançamento em questão não há o que se apreciar, visto a incidência apenas de taxa SELIC e MULTA MORATÓRIA. Com relação à cobrança de juros está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei n.º 8.212/1991, abaixo transcrito, desse modo foi correta a aplicação do índice pela autarquia previdenciária:

Art.34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento.

Conforme descrito acima, a multa moratória é bem aplicável pelo não recolhimento em época própria das contribuições previdenciárias. Ademais, o art. 136 do CTN descreve que a responsabilidade pela infração independe da intenção do agente ou do responsável, e da natureza e extensão dos efeitos do ato.

O art. 35 da Lei n.º 8.212/1991 dispõe, nestas palavras:

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99)

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) quatorze por cento, no mês seguinte; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa; (Redação dada pela Lei nº 9.876/99).

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

a) sessenta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) setenta por cento, se houve parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) oitenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

d) cem por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

§ 1º Nas hipóteses de parcelamento ou de reparcelamento, incidirá um acréscimo de vinte por cento sobre a multa de mora a que se refere o Caput e seus incisos. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 2º Se houver pagamento antecipado à vista, no todo ou em parte, do saldo devedor, o acréscimo previsto no parágrafo anterior não incidirá sobre a multa correspondente à parte do pagamento que se efetuar. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 3º O valor do pagamento parcial, antecipado, do saldo devedor de parcelamento ou do reparcelamento somente poderá ser utilizado para quitação de parcelas na ordem inversa do vencimento, sem prejuízo da que for devida no mês de competência em curso e sobre a qual incidirá sempre o acréscimo a que se refere o § 1º deste artigo. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 4º Na hipótese de as contribuições terem sido declaradas no documento a que se refere o inciso IV do art. 32, ou quando se tratar de empregador doméstico ou de empresa ou segurado dispensados de apresentar o citado documento, a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos será reduzida em cinquenta por cento. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.876/99)

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

exigência, poder-se-ia questionar a violação ao princípio da isonomia, por haver tratamento similar entre o contribuinte que cumprira em dia com suas obrigações fiscais, com aqueles que não recolheram no prazo fixado pela legislação. Dessa forma, não há que se falar em excesso de cobrança de juros, estando os valores descritos na NFLD, em consonância com o prescrito na legislação previdenciária.

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