



Processo nº	11065.001660/2008-35
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	2201-009.410 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	9 de novembro de 2021
Recorrente	RAFITTHY BOLSAS E ACESSORIOS LTDA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2003 a 30/12/2007

CONTRIBUIÇÕES DE TERCEIROS. OBRIGAÇÃO DO RECOLHIMENTO.

A empresa é obrigada a recolher, nos prazos definidos em lei, as contribuições destinadas a terceiros a seu cargo, incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados a seu serviço.

CONTRIBUIÇÃO PARA TERCEIROS. PEJOTIZAÇÃO. SEGURADOS EMPREGADOS. RELAÇÃO DE EMPREGO. FALTA DE COMPROVAÇÃO.

Constatado que em nenhuma das relações de trabalho concernentes às pessoas jurídicas, cujos sócios foram qualificados como segurados empregados pela fiscalização, houve a comprovação da existência concomitante dos elementos fático-jurídicos caracterizadores da relação de emprego, não pode prosperar o lançamento, cuja base de cálculo foi a remuneração de segurados qualificados como empregados.

SIMULAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESAS OPTANTES PELO SIMPLES. EVASÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO.

Há simulação quando a vontade declarada destoa da vontade real. A contratação de empresas optantes pelo Simples apenas para o fornecimento de serviços, mantidos com a contratante os elementos caracterizadores da relação empregatícia, configura simulação para evadir-se de obrigações previdenciárias.

Em não havendo comprovação nos autos de que a empresa autuada utilizou-se do artifício simulatório consistente em ocultar o pagamento de remuneração a pessoas físicas, conferindo a essa remuneração a roupagem enganosa de um pagamento realizado em contrapartida de um serviço prestado por pessoas jurídicas não há como ser mantido o lançamento efetuado.

TERCEIRIZAÇÃO. LICITUDE.

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário.

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

Débora Fófano dos Santos – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Douglas Kakazu Kushiyama, Francisco Nogueira Guarita, Fernando Gomes Favacho, Débora Fófano dos Santos, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega (suplente convocado(a)), Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 588/605) interposto contra decisão no acórdão da 5^a Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora (MG) de fls. 563/584, que julgou a impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário formalizado no AI – Auto de Infração – DEBCAD nº 37.088.681-0, consolidado em 16/5/2008, no montante de R\$ 424.813,99, acrescido de juros e multa (fls. 2/144), acompanhado do Relatório Fiscal do Auto de Infração (fls. 150/160), relativo às contribuições devidas à Terceiros (SALÁRIO EDUCAÇÃO, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE), advindas de valores lançados em folha de pagamento de empresas terceirizadas que atuaram na área industrial, no período de janeiro/2003 a dezembro/2007, de acordo com as folhas de pagamento e recibos de contribuintes individuais de empresas terceirizadas que prestaram serviços ao contribuinte.

Do Lançamento

De acordo com resumo constante no acórdão recorrido (fls. 564/566):

Trata-se de Auto de Infração — AI para a cobrança de obrigação principal lavrado sob DEBCAD nº 37.088.681-0, consolidado em 16/05/2008, no valor de R\$424.813,99 (quatrocentos e vinte e quatro mil e oitocentos e treze reais e noventa e nove centavos) relativo ao período de 01/01/2003 a 30/12/2007 contendo a cobrança de contribuições sociais destinadas ao custeio das outras entidades e fundos, no caso SALÁRIO-EDUCAÇÃO; INCRA; SENAI; SESI; SEBRAE.

A ciência do sujeito passivo deu-se em 03/06/2008, mediante o recebimento pessoal do representante legal da empresa, conforme recibo constante da folha inicial do processo de lançamento.

De acordo com o Relatório Fiscal, às fls. 149/159, os fatos geradores referem-se a remunerações dos trabalhadores segurados empregados e contribuintes individuais, apurados nas folhas de pagamento de empresas, a seguir relacionadas, contratadas pela autuada. A sujeição passiva da empresa autuada se deve ao fato de a autoridade administrativa considerar as empresas contratadas como extensão daquela, isto é, tê-las como uma única empresa.

A E STEFFEN & CIA LTDA	CNPJ 03.717.077/0001-75
BOLSAS LEBASI LTDA - ME	CNPJ 07.509.267/0001-58
FERNANDA DE SOUZA CARVALHO MABILIA	CNPJ 07.361.465/0001-17
JOARES LUCIANO GONÇALVES DIAS	CNPJ 07.361.600/0001-24
JOYCE ALINE DOS REIS	CNPJ 07.317.057/0001-68
MANUFATURADORA DE BOLSAS JOSI LTDA -ME	CNPJ 04.968.692/0001-17
SONIA MARA SOCOVOSKI	CNPJ 07.509.256/0001-78

Os valores dos salários-de-contribuição foram identificados nos seguintes levantamentos:

AES	A E STEFFEN SEGURADOS;
LEB	BOLSAS LEBASI SEGURADO;
FER	FERNANDA MABILIA SEGURADOS
JOA	JOARES LUCIANO SEGURADOS
JOY	JOYCE ALINE SEGURADOS
JOS	MANUFATURADORA JOSI SEGURADOS
SON	SONIA MARA SEGURADOS

Acrescenta a autoridade lançadora que tais empresas foram, simultaneamente, fiscalizadas destacando sobre elas os seguintes pontos: funcionamento na mesma área industrial da autuada; opção pelo regime especial de tributação SIMPLES; início de atividade em data posterior ao da autuada; existência de sócios em comum com a empresa Manufaturadora de Bolsas Josi Ltda-ME; as empresas envolvidas têm o mesmo objeto social; no local de funcionamento consta como identificação apenas placa de logomarca da empresa autuada, a principal recepção também é da autuada, sendo que para as demais, o acesso é de difícil identificação, dando-se a idéia de um grupo homogêneo.

Analizando o faturamento e massa salarial de todas as empresas envolvidas ressalta o auditor-fiscal que, no tocante à autuada, existe grande disparidade entre o faturamento e massa salarial, a exemplo do acontecido nos anos de 2005 e 2006, onde conforme se vê na planilha descrita no item 5 do relatório fiscal, a relação entre estes dois fatores é inferior a 5%.

Quanto à situação das empresas prestadoras de serviço, registra o fisco que também existe "incompatibilidade da massa salarial versus faturamento", pois "a relação massa salarial/ faturamento é superior, na sua grande maioria a 50%, sendo que a base de cálculo levada em consideração foi aquela considerada como incidente de contribuição à previdência e não a integralidade das rubricas". No relatório, fiscal apresenta, quanto a este aspecto, planilha demonstrando a situação individual das empresas participantes da ação fiscal.

Sustenta a fiscalização que "em face dos fatos relatados, firmou convencimento de que o "planejamento tributário" utilizado pela empresa Contribuinte, com a abertura das empresas TERCEIRIZADAS com opção pelo SIMPLES, teve como propósito criar situação jurídica com vistas à dissimulação do fato gerador das contribuições previdenciárias relativas à empresa PRINCIPAL — RAFITTHY BOLSAS E ACESSÓRIOS".

Continuando, diz ainda que os fatos descritos evidenciam uma situação fática completamente divergente da situação jurídica. Por meio dos mesmos podemos concluir que as empresas TERCEIRIZADAS optantes pelo SIMPLES, constituem empresas interpostas utilizada pela empresa PRINCIPAL para contratar empregados com redução de encargos previdenciários.

Nas relações trabalhistas deve prevalecer a situação fática e não a incorretamente formalizada: o denominado princípio da primazia da realidade sobre a forma. Por esse princípio a realidade fática prevalece sobre qualquer instrumento formal utilizado para documentar o contrato pois as circunstâncias e o cotidiano na relação empregatícia pode ser diversa daquilo que ficou documentado, podendo por isso gerar mais obrigações e direitos entre as partes. A essência do ato jurídico é o fato e não a forma.

Por fim, conclui o fisco que respaldado no princípio da primazia da realidade, no previsto nos artigos 9º e 444 da CLT, no Enunciado 331 do TST, 142 do CTN, 33 da

Lei nº 8.212/1991 e 229 § 2º do Regulamento da Previdência Social- RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, corroborados por decisões judiciais transcritas, se demonstrada a contratação fraudulenta por interposta pessoa impõe-se à fiscalização, no uso de sua atribuição funcional, a desclassificação do vínculo empregatício dos empregados das empresas terceirizadas e o reconhecimento de vinculação com a empresa locadora dos serviços, com a consequente exigência legal das contribuições previdenciárias.

(...)

Da Impugnação

O contribuinte foi cientificado pessoalmente do lançamento em 3/6/2008 (fl. 2) e apresentou sua impugnação em 1/7/2008 (fls. 171/188), acompanhada de documentos (fls. (189/557), com os seguintes argumentos consoante resumo no acórdão da DRJ (fls. 566/568):

(...)

Cientificada do lançamento, a empresa ofertou impugnação de fls. 170 a 187, com protocolo em 01/07/2008, onde apresentou as razões de defesa que se seguem.

Sobre o funcionamento das empresas em seu parque industrial diz que de forma legal e regular locou prédio de sua propriedade para funcionamento de empresas que prestam serviços de terceirização de beneficiamento de parte de sua industrialização tendo como objetivo a redução de gastos na logística, ressaltando que "não há lei que proíba esta prática". Anexa à peça contestatória cópia destes contratos.

Sobre a constituição das empresas aduz que a autuada foi constituída em março de 2000 em outro endereço e que a partir de 07/2001 passou a funcionar no endereço citado pela fiscalização e que as outras empresas tiveram início em fevereiro de 2000 (A SEEFFEN & CIA Ltda) outra em fevereiro de 2002 (Manufaturadora de Bolsas Josi Ltda Me) e as demais em março, maio ou junho de 2005, e que a autuada "não teve qualquer influencia e/ou participação na constituição das empresas que lhe prestam serviços de terceirizaçãoapenas contratou estas empresas para realizarem os serviços ... para o que não há impedimento legal"

Continua suas alegações ressaltando que nem todas as empresas foram constituídas em data posterior à da autuada, que possuem personalidade própria e independente, bem como não existe dispositivo legal que proíba a contratada de ter início das atividades posterior a contratante e que proíba serem optante pelo SIMPLES.

Diz que não existe sócio em comum entre as empresas, que o único vínculo existente entre elas é a prestação de serviço devidamente regulada pelo direito civil e comercial. Informa que a única participação de sócio em comum foi a do Sr. Vanderlei Gonçalves dos Santos que é um dos sócios da autuada e no período de 02/2002 a 06/2007, foi também sócio quotista da empresa Manufaturadora de Bolsas Josi Ltda.

Sobre a identidade do objetivo social entre as empresas conforme dito pela fiscalização, afirma inexistir, porque o objetivo social da autuada é a industrialização, comercialização, importação, exportação e locação de imóveis, enquanto que das empresas terceirizadas é o beneficiamento de parte da industrialização, tal como preparação e costura.

Sobre a identificação em destaque da autuada sustenta que houve equívoco da fiscalização ao assim entender, porque não cabe, no caso, afirmar que existe "prédio das empresas" porque onde a autuada funciona só ela existe e conforme prova várias fotografias, anexadas à peça impugnatória, "não existe e nunca existiu placa de identificação na empresa Rafitthy Bolsas e Acessórios.... O que existe é meramente, uma placa com a palavra Loja, e em tamanho bem menor, a palavra Rafitthy, o que identifica pura e simplesmente a Loja."

Informa que nas demais empresas, cuja entrada é de acesso em outra rua, algumas possuem identificação, outras não, porém todas têm número de identificação de endereço independente.

Sobre a idéia de grupo homogêneo decorrente de uma única recepção na empresa principal, conforme concluído pela fiscalização, discorda dizendo que a fiscalização "está completamente equivocada pois não existe empresa principal, mas sim contratantes e contratada"

Em outro trecho afirma que "não existe qualquer possibilidade de idéia de "grupo homogêneo", pois, a cidade toda sabe que estas empresas são independentes é tem vida própria, vale aduzir aqui, que os Auditores do Ministério do Trabalho estiveram nas empresas fazendo perguntas aos funcionários sobre quem seria o chefe, quem efetuava o pagamento, etc. e concluíram que não há qualquer vínculo com a Rafithy, de fato e de direito, os sócios ou titulares destas empresas são os únicos e verdadeiros proprietários".

Sobre a incompatibilidade entre faturamento/massa salarial aduz que não existe lei que determine compatibilidade entre faturamento, objeto social e massa salarial, mas, salienta-se que, a Rafithy industrializa, comercializa, importa, exporta e loca imóveis logo, faz pesquisa internacional, buscando tendências da moda, investe em criação, design, marketing, publicidade e propaganda do produto, contrata, empresas para representar o produto, compra toda a matéria prima, corta todos os materiais: para as bolsas, envia estes cortes para as empresas de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização, procederem a preparação e a costura. Observa-se que são realidades de custo totalmente diferentes, portanto, não há como estabelecer qualquer relação de compatibilidade entre faturamentos.

Sobre o convencimento firmado pelo AFRFB de que a situação fática deve prevalecer sobre a formal ressalta que:

Não há situação criada. A Rafithy, com amparo legal, contratou os serviços de empresas de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização, via contrato de serviços de beneficiamento de parte da industrialização, uma vez que estas são empresas, legalmente constituídas, idôneas e independentes, como se demonstra e prova-se, na presente impugnação.

A Rafithy Bolsas e Acessórios Ltda, com objetivo de obter agilidade com qualidade, terceiriza com empresas de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização, parte de sua industrialização (preparação e costura), desde sua constituição, não tem qualquer vínculo, parentesco ou amizade com os sócios e/ou empregados das, empresas de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização, sendo estas, empresas totalmente independentes, sem qualquer tipo de subordinação hierárquica, sem qualquer vínculo de exclusividade com a contratante, cabe observar, que a contratante aplica punições cabíveis às terceirizadas em caso de serviços imperfeitos.

Algumas empresas de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização mudaram várias vezes de endereço, como a A E Steffen & Cia Ltda e Manufaturadora Josi Lida, todas possuem alvará da prefeitura em todos os endereços estabelecidos, bem como, inscrição em todos os órgãos competentes. Cada empresa de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização possui a sua movimentação financeira (Conta bancária pessoa jurídica), conforme cópia de extratos bancários, anexos, LXXIII, LXXIV, LXXV; LXXVI, LXXVII, LXXVIII, LXXIX, páginas 232/365 a 238/365, cada uma das empresas de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização contrata os seus funcionários e são totalmente responsáveis por eles, algumas pagam os funcionários com cheque, outras através de contas salário e algumas em espécie, cada uma estipula o seu horário de trabalho, compra seu uniforme, algumas nem usam, por opção, algumas têm convênio médico com a Unimed, outras com a Multiclinicas e algumas não têm convênio médico, anexos LXXX, LXXI, LXXXII, LXXXIII, LXXXIV, LXXXV, páginas 239/365 a 245/365, cada uma tem o seu sistema de controle de ponto, conforme fotografias, anexo LXXXVI, páginas 246/365 a 248/365, cada uma possui a sua linha telefônica, anexo LXXXVII, página 249/365, cada uma compra suas próprias máquinas, paga a manutenção de suas máquinas, extintores, equipamentos e vale transporte,

anexos LXXXVIII, LXXXIX, XC, XCI, XCII, XCIII, XCIV, páginas 250/365 A 270/365, cada uma possui a sua empresa de segurança, como se vê nas placas fixadas nos portões, conforme fotografias, anexo XCV, páginas 271/365 e 272/365, cada uma possui o seu próprio estacionamento/pátio, a sua campainha, o seu portão de entrada/saída, cabe salientar que cada empresa colocou o seu portão de acordo com sua vontade e/ou necessidade, conforme fotografias, anexo XCVI, páginas 273/365 a 275/365, as empresas possuem escritório contábeis diferentes, algumas empresas pagam seus impostos e outras pagam os impostos para o escritório de contabilidade, cópia recibo, anexo XCVII, página 276/365, cada uma tem o seu programa de medicina e segurança do trabalhador (PPRA, PCMSO), anexos XCVIII, XCIX C, CL CII, CIII, CIV, CV, páginas 277/365 a 325/365 sem qualquer dependência hierárquica e/ou jurídica com a contratante.

Toda a relação com as empresas de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização, bem como, o beneficiamento, são regidos pelas cláusulas constantes no contrato de prestação de serviços.

A Rafithy sempre deixou e deixa, completamente livres, as empresas de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização para prestarem serviços de terceirização para outras empresas, e inclusive, em épocas de queda nas vendas, sugeriu para as empresas de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização, que estas procurassem outras empresas para procederem a serviços de terceirização, mas nestas épocas, normalmente, também ocorre queda nas outras empresas, ainda assim, eventualmente prestam serviços de terceirização para outras empresas, com se observa em notas fiscais, anexo CVI, CVII, CVIII, CIX, páginas 326/365 a 329/365

Contesta ainda a impropriedade da exigência fiscal ressaltando que todas as empresas foram fiscalizadas pelo Ministério do Trabalho e aquela fiscalização encerrou o procedimento fiscal sem apontar ilegalidades, pois a terceirização foi regular não tendo intuito algum de dissimular a ocorrência de fato gerador da contribuição previdenciária, tanto na forma jurídica, quanto na fática, como também não existiu interposta pessoa, razão pela qual não pode a autuada ser considerada como sujeito passivo da obrigação tributária originada nas demais empresas, as quais foram responsáveis, pelo pagamento dos seus tributos.

Conclui suas alegações citando várias outras empresas do ramo que, assim como a autuada, terceirizaram grande parte de seus processos produtivos, porque esta é uma tendência atual, sem a qual dificilmente se imagina qualquer empreendimento industrial ou comercial, ao fim, pede a insubsistência é a improcedência do lançamento.

(...)

Da Decisão da DRJ

A 5^a Turma da DRJ/JFA, em sessão de 18 de agosto de 2010, no acórdão nº 09-30.938 (fls. 563/584), julgou a impugnação improcedente, conforme ementa a seguir reproduzida (fls. 563):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2003 a 30/12/2007

SIMULAÇÃO. FRACIONAMENTO DE ATIVIDADES. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES.

Convincentes as provas realizadas pelo Fisco, quando da fiscalização da contribuinte e das empresas terceirizadas é de serem aceitas as presunções e indícios resultantes do conjunto fático probatório apurado, pois que graves e precisos, a ponto de se reconhecer que se trata de operação simulada, levada a efeito com o fim de se desobrigarem os interessados de suas responsabilidades tributárias.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário

O contribuinte tomou ciência do acórdão por via postal em 6/10/2010 (AR de fl. 587) e interpôs recurso voluntário em 3/11/2010 (fls. 588/605), em síntese, com os mesmos argumentos da impugnação, alegando o que segue:

(...)

Item 2

O ARFB comunicou que estava fiscalizando, simultaneamente, algumas empresas que prestam serviços de beneficiamento de parte da industrialização, para a empresa Rafithy Bolsas e Acessórios Ltda.

Empresas Fiscalizadas pelo AFRFB:

- a.1 AE Steffen & Cia Ltda;
- a.2 Bolsas Lebase Ltda;
- a.3 Fernanda de Souza Carvalho Mabilia;
- a.4 Joares Luciano Gonçalves Dias;
- a.5 Joyce Aline dos Reis;
- a.6 Manufaturadora de Bolsas Josi Ltda;
- a.7 Sonia Mara Socoski.

As empresas, acima relacionadas, através de seus administradores, disponibilizaram informações e cópia de alguns documentos a serem anexados no presente recurso.

Visitamos as empresas fiscalizadas, com o objetivo, de obtermos dados ópticos, para a composição do presente recurso.

Questiona-se o fato de o AFRFB ter notificado somente empresas de prestação de serviços de terceirização do SIMPLES, cita-se a seguir, apenas algumas, por amostragem, empresas que não são SIMPLES e prestam serviços de terceirização para a Rafithy Bolsas e Acessórios Ltda.

Base Dublagens Especiais Ltda CNPJ 08 362 64110001-06

Bier Scharlau & Cia Ltda CNPJ 96 736 92110001-96

Confecções Gromo Ltda CNPJ 93 553 03010001-06

D'Lumma Ind. e Com. de Confecções Ltda CNPJ 05 587 85310001-95

Dublevale Ind. Química Ltda CNPJ 00 191 62410001-33

Endutex Brasil Ltda CNPJ 00 849 89810001-77

Galber Ind. e Com. Ltda CNPJ 02 915 32310001-30

Reichert Calçados Ltda CNPJ 88 059 74610001-06

Ring do Brasil Ltda CNPJ 03 969 38410001-43

Entretex do Brasil Ind. e Com textel Ltda CNPJ 08 49142410001-08

Estamparia JC Ltda CNPJ 95 274 79110001-54

Plastisinos Ind. e Com, de Plásticos Ltda CNPJ 87188 99110001-66

Item 2.a

A empresa Rafithy Bolsas e Acessórios Ltda, tem sua sede, em prédio próprio, na Rua Cairú, 181, Centro, Campo Bom/RS.

A Rafitthy é proprietária de outro prédio, localizado na Rua Pastor Dohms, dividido em blocos de 600 m², para locação, conforme autoriza a clausula do objeto Social no Contrato Social.

Como não há ilicitude na escolha de um caminho menos oneroso, a empresa Rafitthy locou, alguns destes blocos, para algumas empresas que lhe prestam serviços de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização, como estratégia comercial de reduzir o custo com a logística.

A locação ocorreu de forma legal, com Contrato de Locação, devidamente autenticado em cartório, assinado por locador, locatário e testemunhas, cópia dos contratos de locação, anexo I, páginas 19 a 53.

Ressalta-se que os blocos locados são totalmente independentes, não há qualquer acesso direto e/ou interno, entre o prédio da locadora e o prédio das locatárias.

Item 3

Explana-se, a seguir, os atos constitutivos da empresa Rafitthy Bolsas e Acessórios Ltda e das demais empresas, fiscalizadas pelo AFRFB:

A empresa **Rafitthy Bolsas e Acessórios Ltda**, foi constituída em março/2000, com sede na Rua dos Andradás, 610, Centro, Campo Bom, RS, em julho/2001, mudou sua sede para Rua Cairu, 181, Centro, Campo Bom, RS.

Sócios:

1. RE Participações Societárias Ltda, neste ato, representada pelo sócio Sr. Paulo Juarez Ermel;
2. Vanderlei Gonçalves dos Santos;
3. Gustavo Fernando Ermel;
4. Carin Fernanda Ermel.

Objeto Social:

- a) Indústria, comércio, importação e exportação de calçados, bolsas, artefatos de couro, cintos de materiais sintéticos, artigos do vestuário e afins;
- b) locação de imóveis, móveis, máquinas e equipamentos.

Cópia de Alvará da Prefeitura, anexo II, página 54, contrato social e posteriores alterações, anexo III, páginas 55 a 97.

A empresa **A E Steffen & Cia Ltda**, foi constituída em fevereiro/2000, com sede na Rua 24 de outubro, 291, Centro, Campo Bom, RS, em agosto/2000 mudou sua sede para Rua Paulista, 486, Paulista, Campo Bom, RS, em novembro/2003, mudou sua sede para Av. São Leopoldo, 1705, Centro, Campo Bom, RS, e, em dezembro/2005, mudou sua sede para Rua Pastor Dohms, 305, Centro, Campo Bom, RS.

Sócios:

Arley Evandro Steffen;

Bianca Aparecida Vetter

Objeto Social:

Fabricação de carteiras, bolsas, valises e outros artefatos para viagem de qualquer material; serviço de corte e acabamento de carteiras, bolsas, malas, valises e outros artefatos para viagem de qualquer material e comércio atacadista de carteiras, bolsas, malas e artigos de viagem.

Cópia de certidão de alvarás emitidos pela Prefeitura Municipal, anexo IV, página 98, contrato social e alterações contratualas, anexo V, páginas 99 a 113.

A empresa **Bolsas Lebase Ltda Me**, foi constituída em junho/2005, na Rua Pastor Dohms, 293, Centro, Campo Bom, RS.

Sócios:

Ademir Jose Arnold

Isabel Cristina Arnold

Objeto Social:

a) Industrialização e o beneficiamento de calçados, bolsas, carteiras, cintos, cinturões, nos mais diversos materiais, bem como, o comércio no atacado e no varejo dos referidos produtos.

b) Importação e a exportação dos produtos que possas relacionar-se as atividades da empresa previstos no item precedente.

Cópia de Alvará da Prefeitura Municipal, anexo VI, página 114 e contrato social, anexo VII, páginas 115 a 117.

A empresa **Thabis Bolsas e Acessórios de Fernanda de Souza Carvalho Mabilia**, foi constituída em abri1/2005, na Rua Pastor Dohms, 369, Centro, Campo Bom, RS.

Titular:

Fernanda de Souza Carvalho Mabilia

Objeto:

Fabricação de malas, bolsas e artefatos para viagem nos mais diversos materiais.

Cópia de Alvará da Prefeitura Municipal, anexo VIII, página 118 e requerimento de empresário, anexo IX, página 119.

A empresa **Visual Acessórios de Joares Luciano Gonçalves Dias**, foi constituída em março/2005, na Rua Pastor Dohms, 355, Centro, Campo Bom, RS.

Titular:

Joares Luciano Gonçalves Dias

Objeto:

Fabricação de malas, bolsas e artefatos para viagem nos mais diversos materiais.

Cópia de Alvará da Prefeitura Municipal, anexo X, página 120/ e requerimento de empresário, anexo XI, página 121/.

A empresa **J A Reis de Joyce Aline dos Reis**, foi constituída em março/2005, na Rua Pastor Dohms, 319, Centro, Campo Bom, RS.

Titular:

Joyce Aline dos Reis

Objeto:

Fabricação de malas, bolsas e artefatos para viagem nos mais diversos materiais.

Cópia de Alvará da Prefeitura Municipal, anexo XII, página 122/ e requerimento de empresário, anexo XIII, página 123/.

A empresa **Manufaturadora de Bolsas Josi Ltda Me**, foi constituída em fevereiro/2002, com sede na Rua 17 de abril, 1095, Imigrante, Campo Bom, RS, em abri1/2003 mudou sua sede para Rua Cairú, 161, Centro, Campo Bom, RS, em junho/2007 mudou sua sede para Rua Tupi, 30, Centro, Campo Bom, RS, em fevereiro/2008 mudou sua sede para Rua Pastor Dohms, 341, Centro, Campo Bom, RS.

Sócios:

Luiz Carlos Alves Fagundes

Marcel Francisco dos Santos Silveira

Objeto Social:

Importação e exportação, manufaturadora e beneficiadora de calçados, bolsas e acessórios para industrialização.

Cópia de certidão dos Alvarás emitidos pela Prefeitura Municipal, anexo XIV, página 124/ contrato social e posteriores alterações, anexo XV, páginas 125/ a 142/.

A empresa **Status Acessórios de Sonia Mara Socovoski**, foi constituída em maio/2005, com sede na Rua Pastor Dohms, 333, Centro, Campo Bom, RS.

Titular:

Sonia Mara Socovoski

Objeto:

Fabricação de malas, bolsas e artefatos para viagem nos mais diversos materiais.

Cópia de Alvará da Prefeitura Municipal, anexo XVI, página 143/ e requerimento de empresário, anexo XVII, página 144/.

A empresa Rafithy não teve qualquer influência elou participação na constituição das empresas acima citadas, apenas contratou estas e outras tantas empresas, não fiscalizadas pelo AFRFB, para realizarem os serviços de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização, para o que, não há impedimento legal, mesmo empresas tributas pelo SIMPLES.

Todas as empresas que prestam serviços para a Rafithy, são empresas com personalidade própria e independente, não existe dispositivo legal que proíba a contratada deter início das atividades posterior a contratante, ou ainda, que proíba as empresas contratadas (terceirizadas) serem optantes pelo sistema simples, direito assegurado pelos Art. 170 e Art. 179 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, transcritos abaixo.

(...)

Item 3.a

Não há sócios em comum, entre as empresas Rafithy Bolsas e Acessórios Ltda e Manufaturadora de Bolsas Josi Ltda.

A única semelhança que existiu é que o Sr. Vanderlei Gonçalves dos Santos, participou do quadro societário da empresa Manufaturadora de Bolsas Josi Ltda, no período de fevereiro/2002 á junho/2007, e, adquiriu quotas do Capital Social da empresa Rafithy Bolsas e Acessórios Ltda, em abril/2003, no percentual de 4,72%, situação plenamente legal, com direito garantido pela Constituição Brasileira.

Não existe qualquer vínculo entre a contratante e as contratadas fiscalizadas, apenas um acordo comercial, a mera terceirização de beneficiamento de parte da industrialização, mediante contrato de prestação de serviços, assinado por contratante, contratado e testemunhas, regulado pelo direito civil e comercial, conforme cópia dos Contratos de Prestação de Serviços anexo XVIII, páginas 145/ a 172/.

Item 3.b

Equivocadamente o AFRF afirma que o Objeto Social da empresa Rafithy não é impeditivo a opção pelo Simples, pois, a locação ou administração de imóveis é vedada pelo SIMPLES, conforme Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, Capítulo V, Art. 9º, Inciso XII-b e Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, Seção II, Art 17, Inciso XV.

Item 3.e

O objeto social das demais empresas fiscalizadas, não é idêntico ao objeto social da Rafithy, porque a Rafithy industrializa, comercializa, importa, exporta e loca imóveis, enquanto as empresas de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização procedem, unicamente, parte da industrialização (preparação e costura).

Item 4.a

O AFRFB, equivocadamente, afirma que no prédio das empresas consta uma única placa de identificação, que é relativa a empresa Rafithy Bolsas e Acessórios Ltda.

Primeiramente devemos esclarecer que a expressão "no prédio das empresas" não está correta, pois, onde a Rafithy está estabelecida, funciona, única e exclusivamente, a empresa Rafithy Bolsas e Acessórios Ltda, portanto, a expressão correta seria "no prédio da empresa".

Afirma, também, que consta uma única placa de identificação da empresa, outro equívoco, não existe e nunca existiu placa de identificação na empresa Rafithy Bolsas e Acessórios, fotografias anexos L, páginas 173 e 174.

O que existe é, meramente, uma placa com a palavra Loja, e, em tamanho bem menor, com a palavra Rafithy, o que identifica pura e simplesmente a Loja, fotografia, anexo LI, página 175.

Quanto aos blocos locados, na Rua Pastor Dohms, tem algumas empresas identificadas com a denominação social, ou, com o nome fantasia e outras sem identificação, de acordo com a vontade e autonomia de cada locatária, porém, todos os blocos com número de identificação de endereço, fotografias, anexo LII, páginas 176/ a 179/.

Não existe qualquer exigência do locador ou da legislação que torne obrigatório a colocação de placa com identificação da empresa.

Se olharmos mais atentamente, veremos que a grande maioria das empresas, no País, não possui placa com identificação do nome da empresa e algumas até sem número de identificação de endereço.

Item 4.b

A afirmação do AFRFB "A recepção é feita na empresa principal, a recepção para as demais empresas é de difícil identificação, dando a idéia de um grupo homogêneo", está completamente errada, pois, **não existe empresa principal**, mas sim, **empresa contratante e empresas contratadas**, como declara-se abaixo:

Quando o AFRFB esteve na empresa Rafithy Bolsas e Acessórios Ltda, ele entrou na recepção desta, perguntou para a recepcionista onde ficava a Rua Tupi, ela não sabia e verificou no mapa da cidade enquanto o AFRFB passava o termo de Início da Ação Fiscal para o empregador assinar.

A recepcionista procurou o endereço solicitado no mapa e o passou para o AFRFB, quando este estava saindo da recepção da Rafithy.

A recepção da Rafithy é, e sempre foi, única e exclusivamente, da empresa Rafithy Bolsas e Acessórios Ltda, fotografia, anexo XXII página 180/.

Não existe qualquer possibilidade de idéia de "grupo homogêneo" pois, **a cidade toda sabe que estas empresas são independentes e tem vida própria, vale aduzir aqui que os Auditores do Ministério do Trabalho estiveram na Rafithy e nas demais empresas fiscalizadas, localizando a recepção de cada empresa, sem qualquer dificuldade, como apresenta-se abaixo:**

Fiscalização Ministério do Trabalho — MTE

A empresa Rafithy Bolsas e Acessórios Ltda, bem como as demais empresas fiscalizadas, em virtude de denúncia, foram visitadas por três auditores fiscais do Ministério do Trabalho — MTE — Subdelegacia do Trabalho de Novo Hamburgo, Auditora Fiscal do Trabalho Sra. Bibiana de A. Ribeiro Hickmann, CIF 03463-0, Auditor Fiscal do Trabalho Sr. Ricardo N. Ballarini, CIF 034428, Auditor Fiscal do Trabalho Sr. Gilberto M. P. Couto, CIF 034746.

Primeiramente, os Auditores Fiscais do Trabalho entraram na Rafithy, conferiram cartões ponto e funcionários, passaram em todos os setores, perguntaram sobre as terceirizadas e sobre a relação de terceirização, solicitaram a apresentação de todos os documentos, após ser sanado algumas irregularidades, encerraram a fiscalização, com tudo certo, dentro da legalidade, anexo XXIII, página 181 a 183.

Em seguida, os Auditores Fiscais do Trabalho visitaram todas as empresas da Rua Pastor Dohms, segundo os administradores destas empresas, eles entraram em todas elas, pegaram cartões ponto, conversaram com funcionários, perguntaram quem seria o chefe e quem fazia os pagamentos, perguntaram como funcionava a terceirização, solicitaram a apresentação dos documentos das empresas, após ser sanado algumas irregularidades, encerraram a fiscalização, com tudo certo, dentro da legalidade, cópia dos Livros de Inspeção do Trabalho, anexo XXIV, páginas 184 a 205.

A expressão "a recepção para as demais empresas é de difícil identificação", além de não ser verdadeira, não é de competência da locadora do prédio e muito menos, da empresa que contrata os seus serviços, não existe qualquer cláusula, com alguma exigência neste quesito, no contrato de locação elou no contrato de prestação de serviços de beneficiamento de parte da industrialização.

Visitamos as empresas fiscalizadas, juntamente com seus administradores e constatamos que cada empresa possui uma recepção, com recepcionista, mural de avisos, balcão para atendimento, possue também, sala com mesas e computadores, cada uma ao seu estilo, conforme fotografias, anexos XXV, páginas 206/ a /.

A apresentação/decoração e o espaço físico destinada a recepção, é de responsabilidade de cada locatária, cada uma tem a sua recepção de acordo com a sua vontade e/ou gosto.

Item 5.a

Não existe lei que determine compatibilidade entre faturamento, objeto social e massa salarial, mas, salienta-se que, a Rafithy industrializa, comercializa, importa, exporta e loca imóveis,.

A empresa Rafithy faz pesquisa internacional, buscando tendências da moda, investe em criação, design, marketing, publicidade e propaganda do produto, contrata empresas para representar o produto, compra toda a matéria prima, corta todos os materiais para as bolsas.

A Rafithy comprou, em dezembro/2002, uma máquina Lectra, no valor de R\$ 300.128,59, para cortar, a laser, o corpo das bolsas, máquina esta, que substituiu o corte manual, que necessitava em tomo de 40 funcionários), anexo XXVI, páginas 213 e 214, cópia da nota fiscal de compra e fotografia, envia estes cortes para as empresas de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização procederem a preparação e a costura, anexo XXVII, fotografia, página 215.

Observa-se que são realidades de custo totalmente diferentes, portanto, não há como estabelecer qualquer relação de compatibilidade entre faturamentos.

Apesar disso tudo, o AFRFB, ainda, apresentou uma planilha de faturamento da Rafithy, com valores absurdos, para estabelecer a relação entre faturamento e massa salarial, como segue:

Competência	Quantidade de Trabalhadores	Valor do Faturamento	Base_Calc	Percentual da Folha/Faturamento	Média Percentual	Rafitthy
2005/01	9	485.865,90	9.036,48	1,06%		Rafitthy
2005/02	1	762.517,36	1.000,00	0,13%		Rafitthy
2005/03	1	1.412.679,53	1.000,00	0,07%		Rafitthy
2005/04	2	1.339.056,61	2.000,00	0,15%		Rafitthy
2005/05	2	683.204,91	2.000,00	0,29%		Rafitthy
2005/06	2	720.779,81	2.000,00	0,26%		Rafitthy
2005/07	2	1.014.730,19	2.000,00	0,20%		Rafitthy
2005/08	2	1.100.423,61	2.000,00	0,18%		Rafitthy
2005/09	2	1.201.392,17	2.000,00	0,17%		Rafitthy
2005/10	2	1.273.522,33	2.000,00	0,16%		Rafitthy
2005/11	2	1.417.494,44	2.000,00	0,14%		Rafitthy
2005/12	2	4.860.251,58	2.000,00	0,04%	0,31%	Rafitthy
2006/01	2	189.637,92	2.000,00	0,05%		Rafitthy
2006/02	2	353.832,31	2.000,00	0,57%		Rafitthy
2006/03	2	1.124.879,31	2.000,00	0,18%		Rafitthy
2006/04	2	1.151.386,57	2.000,00	0,17%		Rafitthy
2006/05	2	744.963,93	2.000,00	0,27%		Rafitthy
2006/06	2	803.258,11	2.000,00	0,25%		Rafitthy
2006/07	2	696.638,19	2.000,00	0,22%		Rafitthy
2006/08	2	742.400,25	2.000,00	0,27%		Rafitthy
2006/09	1	1.184.140,48	1.000,00	0,08%		Rafitthy
2006/10	1	1.080.039,03	1.000,00	0,09%		Rafitthy
2006/11	1	1.213.071,79	1.000,00	0,08%		Rafitthy
2006/12	1	3.100.621,83	1.000,00	0,03%	0,27%	Rafitthy

Estranha-se o fato do AFRFB fiscalizar a empresa Rafitthy Bolsas e Acessórios Ltda, ter fiscalizado toda a documentação contábil da empresa e lançar uma planilha com valores errados, seria isto proposital para criar vistos a dissimulação de fato gerador?

Cita-se como exemplos mais gritantes, embora, haja diferença nos demais meses, os meses de dezembro/2005 e dezembro/2006, com dados extraídos de documento oficial, DACON, anexos XXVII, paginas 215 a 220.

12/2005 faturamento = R\$ 1.175.283,84

12/2006 faturamento = R\$ 813.208,52

Ressalta-se que a AFRFB, Sra. MARIA DE FÁTIMA ZAMAGNO PINHEIRO, Mat 1106150, relatora designada para Impugnação em Primeira Instância, equivocadamente, usa a planilha com valores incorretos, apresentada no relatório fiscal, para sua avaliação de impugnação.

Item 5.b

O objeto social das demais empresas fiscalizadas, não é idêntico ao objeto social, da Rafitthy, porque a Rafitthy industrializa, comercializa, importa, exporta e loca imóveis, enquanto as empresas de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização procedem, unicamente, parte da industrialização (preparação e costura).

Após, a preparação e a costura, as empresas de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização, devolvem as bolsas para a Rafitthy (**emitem nota fiscal modelo 1, com natureza de operação no código 5902 — retorno de mercadoria utilizada na industrialização por encomenda e no código 5124 — industrialização efetuada para terceiros**), cópia de notas fiscais anexo XXIX, páginas 222 a 254.

Face ao exposto e com base no contrato de prestação de serviços de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização, cláusula do objeto, onde está claro a atividade exercida pelas empresas de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização, fica claro que o **objeto social da Rafitthy e das empresas de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização, são divergentes**.

A preparação e a costura são processos desenvolvidos manualmente, consequentemente, requer muitas pessoas (mão-de-obra) para desenvolvê-las, anexo XXX, fotografias, páginas 255 a 258.

Não existe lei que determine compatibilidade entre faturamento, objeto social e massa salarial, mas, ainda assim, o AFRFB apresentou uma planilha com relação de faturamento e massa salarial das demais empresas fiscalizadas, no relatório fiscal, **TAMBÉM COM VALORES ERRADOS**, valores totalmente diferentes dos

lançados no Relatório de Acompanhamento de Entradas por Fornecedor, da empresa Rafithy Bolsas e Acessórios Ltda, anexo LXIV, páginas 259/ a 264/.

A empresa contratante, em virtude de não ter acesso ao faturamento e aos dados da folha de pagamento das terceirizadas, apresenta, a seguir, a planilha apresentada no relatório fiscal, **incluindo uma coluna, denominada NF emitidas para Rafithy, com os valores que constam no Relatório de Acompanhamento de Entradas por Fornecedor da empresa Rafithy Bolsas e Acessórios Ltda, comprovando que há um contraste enorme, dos valores apresentados no relatório fiscal.**

(...)

OBSERVA-SE QUE, NOVAMENTE, A SRA. MARIA DE FÁTIMA ZAMAGNO PINHEIRO, AFRFB, USOU A PLANILHA COM VALORES ERRADOS, O QUE FOI DETERMINANTE, PARA CONSTRUIR A SUA AVALIAÇÃO, POIS, ALÉM DE CONSTRUIR A RELAÇÃO FATURAMENTO/MASSA SALARIAL, RELATA QUE OS VALORES PAGOS AS PRESTADORAS DE SERVIÇOS SÃO VALORES FIXOS PARA 12 MESES, O QUE É TOTALMENTE INCORRETO E FICA BEM CLARO NAS TABELAS ACIMA (COLUNA DE NF EMITIDAS PARA RAFITHY).

A empresa notificada, deveria poder confiar no relatório fiscal apresentado, no entanto, tem dados, valores e informações incorretas, o que, por si só, seria motivo suficiente para torná-lo nulo.

Item 6

Não houve ocorrência de empresas interpostas e os fatos acima descritos evidenciam uma realidade fática e jurídica completamente iguais, pois, as circunstâncias e o cotidiano são idênticos a tudo que está documentado.

A grande vantagem da terceirização é a preservação do controle de qualidade, onde os executivos poderão se concentrar na definição de estratégias para aprimorar o seu negócio, seja ele voltado ao comércio, indústria ou serviço.

Cada empresa de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização possui a sua movimentação financeira (conta bancária pessoa jurídica), conforme cópia de extratos bancários, anexos, XXXII páginas 265 a 271, cada uma das empresas contrata os seus funcionários e é totalmente responsável por eles, algumas pagam os funcionários com cheque, outras através de conta-salário e algumas em espécie, cada uma estipula o seu horário de trabalho, compra seu uniforme, algumas nem usam, algumas têm convênio médico com a Unimed, outras com a Multiclinicas e algumas não têm convênio médico, anexos XXXIII, páginas 272/ a 277, cada uma tem o seu sistema de controle de ponto, anexo XXXIV, páginas 278 a 280, cada uma possui a sua linha telefônica, anexo XXXV, página 281, cada uma compra suas próprias máquinas, paga a manutenção de suas máquinas, extintores, equipamentos e vale transporte, anexos XXXVI, páginas 282 a 302, cada uma possui a sua empresa de segurança, como se vê nas placas fixadas nos portões, conforme fotografias, anexo XXXVII, páginas 303 a 305, cada uma possui o seu próprio estacionamento/pátio, a sua campainha, o seu portão de entrada/saída.

Cabe salientar que cada empresa colocou o seu portão de acordo com sua vontade elou necessidade, conforme se observa nas fotografias do anexo anterior.

As empresas possuem escritório contábeis diferentes, algumas empresas pagam seus impostos e outras pagam os impostos para o escritório de contabilidade, cópia recibo, anexo XXXVIII, página 306, cada uma tem o seu programa de medicina e segurança do trabalhador (PPRA, PCMSO), anexo XXXIX, páginas 307 a 353 sem qualquer dependência hierárquica elou jurídica com a contratante.

Toda a relação com as empresas de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização, bem como, o beneficiamento, são regidos pelas cláusulas do contrato de prestação de serviços.

A Rafithy sempre deixou e deixa, completamente livres, as empresas de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização para prestarem serviços de terceirização para outras empresas, e inclusive, em épocas de queda nas vendas, sugeriu para as empresas de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização, que estas procurassem outras empresas para procederem serviços de terceirização, mas nestas épocas, normalmente, também ocorre queda nas outras empresas, ainda assim, eventualmente prestam serviços de terceirização para outras empresas, com se observa em notas fiscais, anexo XL, páginas 354 a 357.

Item 6.a

Pautado na realidade das empresas fiscalizadas e face ao exposto no presente recurso, conclui-se que toda a terceirização ocorreu naturalmente, que não houve qualquer participação da Rafithy na abertura destas empresas, consequentemente, não houve dissimulação do fato gerador de contribuições previdenciárias, tanto na forma jurídica, quanto na forma (ática, não gerando nenhum crédito tributário pelo lançamento porque não há ocorrência de fato gerador de obrigação tributária, e, por conseguinte, não se enquadra no PARECER/CJ/Nº 2952/2003, emitido pela Consultoria do Ministério da Previdência.

Item 6.b

A Rafithy Bolsas e Acessórios Ltda não é sujeito passivo da obrigação tributária, porque não há fato gerador, cada terceirizada é responsável pelo pagamento dos seus tributos, não havendo qualquer vínculo entre ambas.

Não houve ocorrência de empresas interpostas e os fatos acima descritos evidenciam uma realidade fática e forma jurídica completamente iguais, pois, as circunstâncias e o cotidiano são idênticos a tudo que está documentado.

A essência do ato jurídico é o fato, então, face ao exposto, e, olhando atentamente a realidade das empresas fiscalizadas, com fundamento no princípio da primazia do fato sobre a forma, pode-se afirmar que nunca ocorreu qualquer fato que possa ser fundamentado nos artigos 9º e 444 da Consolidação da Leis do Trabalho.

O entendimento jurisprudencial do AFRFB sobre o tema está pacificado no enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho, no entanto, a aplicabilidade deste enunciado é de supervisão do Ministério do Trabalho, por ser uma jurisprudência trabalhista, vale aduzir que o Ministério do Trabalho, através de seus Auditores Fiscais do Trabalho Ricardo N. Ballarini, CIF 034428 SIAPE 1448917, Gilberto M.P. Couto, CIF 034746 SIAPE 1448834 e Bibiana de A Ribeiro Hickmann, CIF 03463-0 SIAPE 1446838, fez uma Auditoria completa na Rafithy e nas empresas de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização, no período de 11/03/2008 a 02/04/08, período em que as empresas estavam sendo fiscalizadas pelo Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil Vladimir Soares Aquino, matrícula 0169171.

Podemos comprovar, através dos documentos (Livro de Inspeção do Trabalho) anexados anteriormente, que a fiscalização do Ministério do Trabalho, após algumas empresas sanarem algumas irregulares, como consta acima, encerrou a fiscalização, pois, estava tudo dentro da legislação, e os fatos constatados pessoalmente pelos auditores, evidenciando uma realidade fática e forma jurídica idênticos em todas as empresas.

Todos os processos exemplificados, no auto de infração supra mencionado, com aplicação do enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho, como o próprio nome diz é de cunho trabalhista e aplicado em situações totalmente adversas, não ocorre qualquer semelhança ao exposto no Auto de Infração de Obrigações Principais.

Acórdão TP: N° 0396/2001 Processo TRT: RO N° 1552/2000

Recorrente: Melo Comércio de Alimentos Ltda

Não localizamos este processo porque o número está incompleto, mas, pelo que está descrito no relatório fiscal, este é o caso de uma reclamatória, meramente trabalhista, ocorrido na 1^a Vara do trabalho de Campo Grande/MS, portanto, sem qualquer

relatividade com o assunto em epígrafe, o caso faz referência a trabalhador autônomo, enquadrado no decreto nº 3048/1999.

No âmbito previdenciário, está tudo correto, de acordo com a Lei nº 8.212/1991, plenamente cumprido o Art.33, bem como o Decreto nº 3.048/1999.

A jurisprudência do STJ, Acórdãos a seguir:

161357

Processo Edcl no Resp 515821 / RJ

2003/0027212-8.

Não tem nenhuma relatividade com a situação das empresas fiscalizadas, pois este processo é referente médicos que trabalhavam como, autônomos, nas dependências de um hospital, não há como estabelecer qualquer relação de semelhança, cópia do processo, anexo CXVIII, páginas 358/365 a 363/365

Processo: Edcl no Resp 515821/RJ

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL

2003/0027212-8

Relator(a) Ministro FRANCIULLI NETTO (1117)

Órgão Julgador: T2 — SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento: 21/06/2005

Data da Publicação/Fonte DJ 08.08.2005 p. 243

Também não tem nenhuma relatividade com a situação das empresas fiscalizadas, é uma situação, meramente trabalhista, portanto, não há como estabelecer qualquer relação de semelhança.

Após esclarecer tudo, fatos, valores e documentos verídicos, apresentados no presente recurso, corrigindo os dados e valores incorretos, apresentados pelo AFRFB, talvez possa-se concluir que o objetivo do relatório fiscal, foi criar uma situação, com vistas a dissimulação de fato gerador da Contribuições Previdenciárias.

Salienta-se ainda que o fisco não questionou a terceirização com as empresas que não são simples. Seria, nestes casos, a terceirização legal?

II — O Direito

A grande vantagem da terceirização é a preservação do controle de qualidade, pois os executivos poderão se concentrar na definição de estratégias para aprimorar o seu negócio, seja ele voltado ao comércio, indústria ou serviço.

Logística e estratégia Comercial, uma forma lícita de reeleição de custos;

A terceirização ocorre de forma gigantesca, nos mais diversos ramos, desde as décadas de 70, 80, 90 e 2000, porém, somente após a lei do Simples, o fisco firmou o entendimento de que a terceirização é incorreta.

A lei deveria definir de forma exaustiva a atividade fim e estabelecer regras de fiscalização da empresa contratada a serem observadas pela contratante, eximindo-a de qualquer responsabilidade, casos as normas sejam integralmente observadas, pois, é flagrantemente insuficiente a normatização proposta para a terceirização.

II.1— PRELIMINAR

A empresa Rafithy contempla todos os itens abaixo, o que prova que a empresa não simulou, ocorreu tudo com amparo legal e de forma verdadeira.

Não houve ocorrência de empresas interpostas e todos os fatos descritos no presente recurso, evidenciam uma realidade fática e forma jurídica completamente iguais, pois, as circunstâncias e o cotidiano são idênticos em tudo que está documentado.

- Não há relação de pessoalidade;

- não há qualquer ligação funcional anterior, dos sócios elou empregados;
- não há confusão patrimonial;
- não há contrato de exclusividade;
- são empresas totalmente autónomas, cada empresa é responsável por todos os seus atos;
- cada uma tem o seu setor de recursos humanos;
- cada uma tem um preposto distinto na Justiça do Trabalho;
- o contador não é o mesmo e nem os documentos contábeis estão no mesmo local;
- as empresas contratadas tem lucro;
- não há empréstimo de valores de empresa contratante para empresa contratada;
- as empresas contratadas tem administradores próprios, sem qualquer vínculo com a contratante;
- cada empresa compra os seus equipamentos de proteção individual;
- cada uma quita seus custos individualmente;
- não há qualquer acesso direto elou interno entre contratante e contratadas,
- o maquinário das contratadas é próprio, sem arrendamento por parte da contratante;
- não existe qualquer vínculo elou grau de parentesco entre empresas contratante e contratadas;
- os sócios das empresas contratadas nunca foram funcionários da empresa contratante;
- inexiste vínculo de subordinação dos empregados das empresas contratadas à empresa contratante.

11.2 - MÉRITO

A terceirização faz parte do cenário económico brasileiro desde a década de 70 e vem, desde então, ocorrendo de forma gigantesca, nos mais diversos ramos de atividade.

A essência do ato jurídico é o fato, então, à vista de todo o exposto, e, olhando atentamente a realidade das empresas fiscalizadas, com fundamento no princípio da primazia do fato sobre a forma, pode-se afirmar que nunca ocorreu qualquer fato que possa ser fundamentado nos artigos 9º e 444 da Consolidação da Leis do Trabalho.

A Rafithy Bolsas e Acessórios Ltda não é sujeito passivo da obrigação tributária, porque não há fato gerador, cada terceirizada é responsável pelo pagamento dos seus tributos, não havendo qualquer vínculo entre elas.

III - A CONCLUSÃO

A empresa Rafithy não teve qualquer influência elou participação na constituição das empresas acima citadas, apenas contratou estas e outras tantas empresas, não fiscalizadas pelo AFRFB, para realizarem os serviços de terceirização de beneficiamento de parte da industrialização, para o que, não há impedimento legal, mesmo empresas tributadas pelo SIMPLES.

Não houve ocorrência de empresas interpostas e os fatos aqui descritos, evidenciam uma realidade fática e forma jurídica completamente iguais, pois, as circunstâncias e o cotidiano são idênticos em tudo que está documentado.

Comprova-se, através dos documentos (Livro de Inspeção do Trabalho) acima expostos, que a fiscalização do Ministério do Trabalho, após algumas empresas sanarem algumas irregulares, como consta acima, encerrou a fiscalização, pois, estava tudo dentro da legislação, e os fatos foram constatados, pessoalmente, pelos Auditores Fiscais do MTE, evidenciando uma realidade fática e forma jurídica idênticos em todas as empresas.

O CONVENCIMENTO, FIRMADO PELO AFRFB, NÃO É PAUTADO NA REALIDADE DAS EMPRESAS FISCALIZADAS, O QUE POR SI SÓ, JÁ SERIA MOTIVO PARA CANCELAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO.

OBSERVA-SE QUE O VOTO VENCEDOR, DA IMPUGNAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, USOU COMO BASE, DADOS E VALORES INFORMADOS ERRADOS NO RELATÓRIO FISCAL, PARA CONSTRUIR A SUA AVALIAÇÃO.

Não há provas, na autuação, que tenham o condão de destituir os atos das empresas contratadas, não foi praticado qualquer ato ilegal ou abusivo.

Não caracteriza simulação a instalação de empresas na mesma área geográfica; a terceirização não pode, por si só, ser motivo para autuação fiscal.

À vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer a recorrente seja acolhido o presente recurso para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado.

O presente recurso compôs lote sorteado para esta relatora.

É o relatório.

Voto

Conselheira Débora Fófano dos Santos, Relatora.

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

É de salientar-se que no recurso voluntário são apresentados os mesmos argumentos da impugnação e em linhas gerais, as questões meritórias apresentadas pelo contribuinte gravitam em torno das seguintes questões:

- inicialmente apresenta resumo contendo informações sobre a data de constituição, endereço, sócios e objeto social do sujeito passivo e das demais empresas (terceirizadas) que prestaram serviços de beneficiamento de parte da industrialização para a empresa ora Recorrente;
- afirma que não teve qualquer influência e/ou participação na constituição das referidas empresas, com personalidade própria e independente, não existindo qualquer proibição legal da contratada ter iniciado suas atividades posteriormente à contratante, ou ainda, que as empresas contratadas (terceirizadas) serem optantes pelo sistema SIMPLES;
- indaga se o fato do fisco não ter questionado a terceirização com as empresas que não são SIMPLES, teria considerado que nestes casos a terceirização seria legal?
- assegura que não houve a ocorrência de pessoas interpostas e nunca ocorreu qualquer fato que possa ser fundamentado nos artigos 9º e 444 da CLT;
- menciona que o convencimento firmado pelo AFRB não é pautado na realidade das empresas, o que por si só já seria motivo para cancelamento do auto de infração;

- alega que o voto vencedor usou como base dados e valores informados errados no relatório fiscal para construir a sua avaliação;
- aduz que não há provas, na autuação, que tenham o condão de destituir os atos das empresas contratadas, não foi praticado qualquer ato ilegal ou abusivo;
- sustenta que não caracteriza simulação a instalação de empresas na mesma área geográfica e
- que a terceirização não pode, por si só, ser motivo para autuação fiscal.

Antes de adentrarmos nas questões meritórias propriamente ditas, oportuno, inicialmente, a seguinte contextualização legal acerca da terceirização.

Da Terceirização – Artigo 4º-A da Lei nº 6.019 de 1974

A Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974¹ sofreu alterações por meio Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, com a inserção do artigo 4º-A que introduziu a figura da terceirização propriamente dita. Reza o referido artigo 4º-A:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros: (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

II - registro na Junta Comercial; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros: (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais); (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais); (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

(...)

¹ Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências.

Da transcrição acima, extrai-se, em linhas gerais, que a terceirização consiste na transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

A prestação de serviços é realizada por empregados das empresas descritas no artigo 4º-A da Lei nº 6.019 de 1974, ou por seus sócios, cujos serviços são geridos diretamente pela prestadora e, portanto, sem qualquer subordinação entre os trabalhadores (ou sócios) e a empresa contratante.

O Caso Concreto

Preliminarmente, a análise passa por uma apreciação dos argumentos e provas utilizados pelo fisco para demonstrar a existência de relação empregatícia dissimulada por contratação de pessoas jurídicas.

No Relatório Fiscal (fls. 150/160), o fisco inicia o relato afirmando que a empresa tem por sede uma antiga fábrica de calçados que ocupa quase um quarteirão na cidade de Campo Bom. Nesta área industrial funcionam além da própria empresa, mais sete empresas terceirizadas, optantes pelo simples, que lhe prestam serviço:

- a.1 - A E STEFFEN & CIA. LTDA. — CNPJ 03.717.077/0001-75;
- a.2 - BOLSAS LEBASI LTDA — ME — CNPJ 07.509.267/0001-58;
- a.3 - FERNANDA DE SOUZA CARVALHO MABILIA CNPJ 07.361.465/0001-17;
- a.4 - JOARES LUCIANO GONÇALVES DIAS — CNPJ 07.361.600/0001-24;
- a.5 - JOYCE ALINE DOS REIS — CNPJ 07.317.057/0001-68;
- a.6 - MANUFATURADORA DE BOLSAS JOSI LTDA— ME —CNPJ 04.968.692/0001-17;
- a.7 SONIA MARA SOCOVOSKI — CNPJ 07.509.256/0001-78.

Relatou, ainda, que a empresa RAFITTHY não é optante do SIMPLES e as demais tiveram data de início de atividade posteriores ao de início de atividade da empresa contribuinte.

Da análise comparativa dos contratos sociais e alterações de todas as empresas, constatou: a) existência de sócios em comum na empresa Rafitthy e na empresa Manufaturadora de Bolsas Josi Ltda. — ME; b) que o objeto social declarado no contrato social da empresa Rafitthy não é impeditivo à opção pelo SIMPLES, no entanto o que a impede é o faturamento e c) que o objeto social declarado no contrato social das demais empresas terceirizadas não é impeditivo à opção pelo SIMPLES, sendo idêntico à empresa principal.

Na constatação *in loco* dos estabelecimentos, verificou que: a) no prédio das empresas consta uma única placa (logomarca) de identificação, que é relativa à empresa RAFITTHY BOLSAS E ACESSÓRIOS e b) a recepção é feita na empresa principal. A recepção para as demais empresas é de difícil identificação, dando a ideia de um grupo homogêneo.

Da análise dos documentos solicitados no TIAD, constatou que: a) a origem do faturamento da empresa contribuinte, pela análise da contabilidade e da folha de pagamento, é compatível com o objeto social da empresa, mas é incompatível com a massa salarial, pois a relação Massa Salarial/Faturamento é inferior a 5% (cinco por cento), amostragem feita no ano de 2005 e de 2006; b) a origem do faturamento das demais empresas é incompatível com o objeto social destas empresas, pois pela análise das notas fiscais emitidas, constatou que se trata de atividade econômica da mesma natureza do objeto social da empresa principal. Constatou

também a incompatibilidade da massa salarial versus faturamento, que consta em declaração de imposto de renda pessoa jurídica - DIPJ, pois a relação Massa Salarial/Faturamento é superior, na sua grande maioria a 50%, sendo que a base de cálculo levada em consideração foi aquela considerada como incidente de contribuições à previdência e não a integralidade das rubricas.

Após apresentar esses fatos, relatou que no encerramento da ação fiscal, firmou convencimento de que o "planejamento tributário" utilizado pela empresa contribuinte, com a abertura das empresas TERCEIRIZADAS com opção pelo SIMPLES, teve como propósito criar uma situação jurídica com vistas à dissimulação do fato gerador das contribuições previdenciárias relativas à empresa PRINCIPAL - RAFITTHY BOLSAS E ACESSÓRIOS.

Afirmou que a empresa objeto da ação fiscal é contribuinte em relação aos fatos geradores relativos à remuneração auferida pelos empregados das empresas elencadas no item "2.a" do relatório Fiscal.

Aduziu que os fatos descritos evidenciam uma situação fática completamente divergente da situação jurídica, concluindo que as empresas TERCEIRIZADAS, empresas optantes pelo SIMPLES, constituem empresas interpostas utilizada pela empresa PRINCIPAL para contratar empregados com redução de encargos previdenciários.

Ressaltou que nas relações trabalhistas deve prevalecer a situação fática e não a incorretamente formalizada: o denominado princípio da primazia da realidade sobre a forma. Com fundamento neste princípio foram considerados os vínculos empregatícios dos empregados da empresa elencadas no item "2.a" diretamente com a empresa Rafithy, fundamentando a decisão nos artigos 9º e 444 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Os principais argumentos da parte recorrente são de que não há provas na autuação que tenham o condão de destituir os atos das empresas contratadas, sustentando que não caracteriza simulação a instalação de empresas na mesma área geográfica e que a terceirização não pode, por si só ser motivo para a autuação fiscal.

Na apreciação da impugnação pelo juízo *a quo*, a relatora do voto vencido (fls. 569/572) afirmou que, da autuação se apreende que o enquadramento dos prestadores de serviços como empregados se deu, basicamente, por quatro fundamentos: 1) haveria pessoalidade, já que as atividades são desempenhadas por pessoas certas, conforme contrato entre a autuada e prestadoras de serviço; 2) haveria onerosidade, tendo sido o pagamento da remuneração lançado na contabilidade da autuada; 3) as atividades são não-eventuais, relacionando-se à atividade normal da empresa; 4) há subordinação, já que os serviços foram executados sob supervisão da empresa. Ressalta, todavia, que o requisito mais significativo para a configuração de contrato de trabalho é o da subordinação, pelo qual se manifesta o poder de mando do empregador. No presente caso, trata-se de prestadoras de serviço constituídas, as quais realizam atividades específicas para a autuada, que por disposição contratual tem direito à supervisão do produto contratado.

Ressaltou que a caracterização do espaço para a autonomia e a autodeterminação destas empresas é determinante na sustentação do procedimento fiscal, o qual tem como objetivo a construção do lançamento calcado em simulação, com vistas a planejamento tributário, para redução da tributação.

Reconheceu ser tarefa difícil segregar o planejamento tributário abusivo do não abusivo. As hipóteses para caracterizar aquele são bastante diversificadas. Vão desde a fraude à lei até a falta de propósito negocial, o abuso de direito, o abuso de forma, etc.. Nesse sentido, a

Lei Complementar n.º 104, de 10/1/2001, introduziu um parágrafo único no artigo 116 do Código Tributário Nacional (CTN).

Havendo a configuração de condutas que visem a elidir as contribuições devidas, a fiscalização está legitimada a buscar a verdade material em observância ao princípio da primazia da realidade conforme preceitua o Código Civil no artigo 167, quanto à simulação.

Após discorrer sobre as situações de simulação normalmente constatadas pela fiscalização entendeu que no caso em apreço a simulação não foi suficientemente retratada pela autoridade lançadora, uma vez que faltou comprovação de elementos imprescindíveis à sua caracterização, sendo o caso de aceitação de planejamento tributário (elisão fiscal).

Por sua vez, a relatora do voto vencedor concluiu que: a) a aplicação do princípio da primazia da realidade, no caso, foi corretamente adotada pelo Auditor Fiscal autuante, contendo o relatório fiscal e seus anexos, informações suficientes para a formação de convicção de que o planejamento tributário alegado pela notificada, foge as regras determinantes para a realização legal desta ferramenta de estratégia e planejamento empresarial e b) ter sido observado nos autos que, aproveitando-se da Lei n.º 9.317 de 1996, que instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, a notificada criou uma estratégia para beneficiar-se usando do SIMPLES.

Dentre os argumentos para a manutenção do lançamento no voto vencedor estão os seguintes, conforme excerto extraído da decisão (fls. 573/584):

(...)

O lançamento em comento abrange o período de 01/2003 a 12/2007. A autuada, Rafithy Bolsas e Acessórios Ltda., possuía até 05/2003 uma média de 70 empregados, a partir de 06/2003 este número veio caindo para média de 12 empregados em 2003, 8 em 2004 e de 2005 a 2007 nenhum empregado, voltando a contratar diretamente seus empregados a partir de 2008, com média de 60 empregados.

Daí conclui-se que a terceirização realizada pela empresa comprehende tão somente o período abrangido pela auditoria fiscal, sendo a maioria das empresas terceirizadas abertas neste período e com paralisação de suas atividades (GFIP sem movimento), no ano seguinte ao encerramento da ação fiscal.

Todas as empresas terceirizadas são "optantes pelo simples" e tem como atividade principal a "fabricação de artigos para viagem, bolsas e semelhantes de qualquer material" —CNAE 15.21-1-00.

À época dos fatos duas empresas contratadas já existentes transferiram o domicilio comercial para a **Rua Pastor Dohms**, e as que foram criadas no período também tinham o mesmo endereço, imóveis localizados no terreno do mesmo quarteirão onde se encontra a empresa autuada (contratante), sendo dela o título de propriedade de todos os imóveis alocados para as contratantes.

Em relação aos contratos de prestação de serviços, tem-se como objeto a "prestação de serviços de beneficiamento de calçados, bolsas e acessórios para industrialização", sendo que a 'contratante repassa para as contratadas através de NF — série 1, o material a ser utilizado. Ao final dos serviços as contratadas emitem NF retomando os bens confeccionados com destaque do valor unitário e total e ainda da o valor da mão-de-obra despendida na execução dos serviços.

Em relação a todas as empresas contratadas no período, o auditor fiscal juntou ao processo, por amostragem, as Notas Fiscais de remessa do material e Notas Fiscais emitidas para a contratante, em numeração seqüencial, comprovando a prestação de serviço unicamente para a Rafithy.

Alerte-se para o fato de que o faturamento (receita bruta) de todas as prestadoras durante o período auditado, tinha como fonte exclusiva os pagamentos de Notas Fiscais onde consta como destinatário/remetente a empresa autuada Rafithy, conforme informações prestadas nas Declarações de imposto de Renda Pessoa Jurídica, de cada empresa.

Em pesquisa realizada nos Sistemas Informatizados da Receita Federal do Brasil constata-se que o contador Sr. José Severino Becker é o responsável pela escrituração contábil de quase todas as empresas, excetuando-se a contratante e empresa contratada Manufaturadora de Bolsas Josi Ltda., que têm como contador a empresa Errnel Escritório Contábil Ltda., e a empresa A E Steffen e Cia. Ltda., que tem como contador o Sr. Marzane Bernadete Zanbelli Barbosa, situação pouco comum quando se trata de empresas totalmente independentes.

(...)

- Sobre o Enunciado nº 331 do TST

De tudo isso, verifica-se que a empresa Rafithy Bolsas e Acessórios Ltda., visando gozar indevidamente dos benefícios do SIMPLES, terceirizou irregularmente; por meio de empresas utilizadas e criadas exclusivamente para tal finalidade, mão-de-obra de sua atividade-fim.

Ao terceirizar mão-de-obra de sua atividade-fim, a empresa autuada também desrespeitou frontalmente o Enunciado 331, do Tribunal Superior do Trabalho, que assim preceitua:

Nº 331- Contrato de prestação de serviços. Legalidade - Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000

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 6019, 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).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

Nesse sentido, observa-se:

- Com o advento do Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho passou-se a admitir a contratação de serviços especializados (qualquer um) ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta (item III do E. 331).

- A propósito da legalidade da contratação por empresa interposta, o tribunal Superior do Trabalho emitiu o Enunciado 331, de 21.12.93, onde entende que "não forma vínculo de emprego com o tomador, a contratação de serviço, ... desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta; considera ilegal a terceirização da atividade-fim da tomadora (grifamos)"; segundo o referido Enunciado, o TST vedava a contratação de empresa interposta formando vínculo, diretamente com o tomador dos serviços, ressalvando expressamente os casos de trabalho temporário, serviços de vigilância, limpeza e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que

inexistente a pessoalidade e a subordinação direta na situação fática descrita, a notificada justamente terceirizou os cargos administrativos/operacionais da atividade-fim, como constatamos através de Fichas de Registro de Empregados, Folhas de Pagamentos e GFIP's.

Importa saber que os serviços prestados pelos funcionários das empresas "Prestadora de Serviços" compreende-se, à toda evidência, na atividade-fim da empresa Rafithy Bolsas e Acessórios Ltda., porquanto constituem parte fundamental e indispensável das Operações componentes de seu objeto social.

Como se vê, o espaço concedido ao fenômeno da terceirização não é absoluto, restringindo-se à atividade-meio da empresa, isto é, por assim dizer, aquele serviço que não faz parte do processo criador do produto final do empreendimento.

- Desta forma, atendidos os pressupostos acima, não há como desconhecer a relação entre a notificada e os segurados empregados das empresas prestadoras de serviços.

- Os fatos acima descritos evidenciam uma situação fática completamente divergente da situação jurídica. Por meio dos mesmos podemos concluir que a empresa Rafithy Bolsas e Acessórios Ltda., contratou com empresas prestadoras de serviços optantes pelo SIMPLES, empresas interpostas utilizadas para contratar funcionários com redução de encargos previdenciários.

Portanto, não cabe nenhuma razão ao contribuinte, tendo a autoridade fiscal autuante agido dentro dos preceitos legais vigentes, observando os pressupostos e atos normativos que disciplinam o assunto, (...)

Vale dizer, que no presente voto defende-se o entendimento de que a autoridade administrativa que efetuou o lançamento não está negando, nem poderia fazê-lo, a possibilidade de constituição de uma pessoa jurídica para prestação de serviços a outra pessoa jurídica. Não obstante, os elementos e as circunstâncias que cercaram o negócio pactuado entre a autuada e as empresas prestadoras de serviços demonstram de forma clara que a Fiscalização agiu corretamente ao lavrar a presente autuação.

A aplicação do princípio da primazia da realidade, no caso, foi corretamente adotada pelo Auditor Fiscal autuante, contendo o relatório fiscal e seus anexos, informações suficientes para a formação de convicção de que o planejamento tributário alegado pela notificada, foge as regras determinantes para a realização legal desta ferramenta de estratégia e planejamento empresarial.

Enfim, o que se observa nos autos é que, aproveitando-se da Lei nº 9.317, de 1996, que instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, a notificada criou uma estratégia para beneficiar-se usando do SIMPLES.

(...)

Postas estas considerações, passemos à apreciação da questão.

A fiscalização tomou como pressupostos de suas conclusões acerca da existência de simulação na terceirização apenas aspectos relativos às empresas, tais como o fato de tanto a empresa contribuinte como as empresas terceirizadas funcionarem na mesma área industrial, a existência de sócios em comum em apenas uma das terceirizadas (Rafithy e Manufaturadora de Bolsas Josi Ltda – ME), a exclusividade na prestação dos serviços, o fato do faturamento da empresa contribuinte ser compatível com o objeto da empresa mas ser incompatível com a massa salarial e que a origem do faturamento das demais empresas é incompatível com o objeto social, sintetizando tais informações em diversas tabelas.

Foram juntadas cópias dos contratos sociais, alterações, demais atos constitutivos e alvarás da Recorrente e das empresas terceirizadas e também contratos de prestação de serviços firmados entre o Recorrente e as referidas empresas supostamente fraudulentas.

Todavia, tanto no relatório fiscal, quanto no voto vencedor da decisão de primeira instância, não há nenhuma preocupação no sentido de vincular o trabalhador caracterizado como empregado a alguma atividade da empresa autuada.

Embora a autoridade lançadora não tenha mencionado no seu arrazoado, é cediço que o fundamento legal que autoriza a caracterização de trabalhadores como empregados é o § 2º do artigo 229 do Decreto nº 3.048 de 6 de maio de 1999² a seguir reproduzido:

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

(...)

§ 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 1999)

A disposição contida na norma transcrita exige como pressuposto para o enquadramento como segurado empregado a ocorrência dos requisitos constantes no inciso I do "caput" do artigo 9º do referido Decreto nº 3.048 de 1999³:

Art. 9º São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

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

(...)

Sob esse prisma, a demonstração exigida pela norma requer prévia descrição das atividades realizadas por determinado segurado, ou por grupo de segurados que laborem em tarefas idênticas ou similares. No caso em apreço, não há qualquer menção ou descrição do serviço executado pelos segurados, razão pela qual não há como se avançar na análise da caracterização do vínculo de emprego.

Com efeito, as evidências apontadas pelo fisco são válidas, mas não são por si hábeis a caracterizar a condição de segurado empregado, uma vez que não há qualquer demonstração da ocorrência dos pressupostos fático-jurídicos do vínculo laboral, descumprindo o dever prescrito no artigo 142 do CTN, qual seja, a verificação do fato gerador.

Por sua vez, não é suficiente, para dar ao sujeito passivo elementos necessários à produção de uma ampla defesa, a mera juntada dos contratos de prestação de serviço, sem uma análise das atividades elencadas em cada um dos ajustes. Até porque haveria, no caso concreto, de se fazer uma distinção entre atividade-fim e atividade acessória, necessária para efetuar o enquadramento dos segurados como empregados ou contribuintes individuais.

Cumpre observar, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar conjuntamente a ADPF 324 e o RE 958252 (esse último na sistemática da repercussão geral), nos quais se discutia a licitude da terceirização de atividades precípuas da empresa tomadora de serviços, fixou a

² Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências.

³ Vale lembrar que o artigo 3º do Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho), apresenta o conceito de empregado:

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

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

seguinte tese jurídica: "É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante (tema 725 da repercussão geral)."

Desse modo, em razão da natureza vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos aludidos feitos, deve ser reconhecida a licitude das terceirizações em qualquer atividade empresarial.

Como decorrência de tal decisão do STF, perde o sentido a interpretação dada pela fiscalização quanto à caracterização da pejotização, não havendo provas nos autos da existência de vínculo de emprego e dos requisitos elencados no artigo 3º da CLT, pois todas as pessoas jurídicas foram constituídas regularmente de acordo com o artigo 2º da CLT⁴ e com o conceito de empresário, disposto no artigo 966 do Código Civil⁵, sendo que as provas coletadas pela fiscalização corroboram o exercício de atividade empresarial, não podendo se falar em vínculo empregatício e pejotização.

Por derradeiro, também faltou a comprovação pela fiscalização de elementos imprescindíveis à caracterização da simulação, como foi muito bem pontuado no acórdão recorrido, pela relatora do voto vencido, cujo excerto reproduzimos abaixo (fls. 570/572):

(...)

É tarefa difícil segregar o planejamento tributário abusivo do não abusivo. As hipóteses para caracterizar aquele são bastante diversificadas. Vão desde a fraude à lei até a falta de propósito negocial, o abuso de direito, o abuso de forma, etc.. Nesse sentido, a Lei Complementar nº 104, de 10/01/2001, introduziu um parágrafo único no artigo 116 do Código Tributário Nacional (CTN).

Art. 116

"Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária."

Esse dispositivo pode ser considerado uma norma geral antielisiva ou apenas um enunciado para tratar o tema da simulação, que demanda a aprovação dos "procedimentos especiais" para lograr eficácia plena. Por exemplo, a lei nº 9.317/96, que disciplinava o SIMPLES FEDERAL em seu art. 9º das vedações à opção, apresenta normas específicas antielisivas, a saber:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

⁴ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

⁵ LEI N° 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil.

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

(...)

IX - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art. 22;

XIV - que participe do capital de outra pessoa jurídica, ressalvados os investimentos provenientes de incentivos fiscais efetuados antes da vigência da Lei n.º 7.256, de 27 de novembro de 1984, quando se tratar de microempresa, ou antes da vigência desta Lei, quando se tratar de empresa de pequeno porte;

XVII - que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência desta Lei;

Havendo, portanto, a configuração de condutas que visem a elidir as contribuições devidas, a fiscalização está legitimada a buscar a verdade material; em observância ao princípio da primazia da realidade conforme preceitua o Código Civil quanto à simulação:

"Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ Iº Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Inúmeras são as situações de simulação constatadas pela fiscalização onde usualmente depara-se com o seguinte perfil: empresas localizadas no mesmo endereço Físico; há parentesco entre os sócios das mesmas, têm o mesmo objeto social; recepção única de acesso para todas e sem distinção interna de leiaute e processo operacional; antigos empregados que são dispensados que passam a figurar como sócios ou empregados da terceirizada; atividades financeiras e operacionais das empresas com aval da contratante; faturamento oriundo exclusivamente em razão de um único contrato; exclusividade, confusão patrimonial, administração de pessoal única, transferência para as contratadas de quase a totalidade de seus funcionários; pulverização do processo produtivo; falta de patrimônio suficiente para garantir suas obrigações tributárias e trabalhistas e contabilidade feita pelo mesmo profissional etc.

No caso, em se tratando de lançamento que demanda sua sustentação na riqueza de descrição de detalhes simulatórios, demonstrativos da utilização de artifícios indiretos objetivando benefícios, cabe a fiscalização primar pela apresentação de elementos robustos de confirmação da situação presenciada. Todavia, diante do conjunto probatório carreado no relatório fiscal, tenho que, no caso, não se caracterizou, de maneira suficiente, a simulação.

Em que pese a atuação fiscal, entendo, no presente caso, que faltou a comprovação pela fiscalização de elementos imprescindíveis à caracterização da simulação, haja vista não constar qualquer referência à exclusividade na contratação, falta de autonomia administrativa e financeira, ligação funcional anterior dos sócios ou empregados das contratadas com a autuada; confusão patrimonial, lançamentos contábeis que demonstrassem aportes financeiros suspeitos na forma de depósitos, adiantamentos e transferências entre contras, necessários para cobrir gastos operacionais, custos com pessoal, despesas bancárias e diversas, cheques, contratados com remuneração fixa mensal, submissão à mesma política salarial estabelecida aos empregados da autuada, enfim, maiores detalhes que corroborem com as suspeitas de planejamento tributário irregular. Ao argumento de funcionamento no parque industrial, vêem-se nos autos, trazidos pela própria fiscalização, o funcionamento das empresas em imóvel independente, não tendo sido feita referência a confusão física de instalações.

A identificação individualizada das empresas existe, fato este confirmado pela fiscalização ao dizer no relatório fiscal que "A recepção para as demais empresas é de difícil identificação"

A existência de sócio em comum em uma única empresa, a discrepância entre a massa salarial/faturamento, o mesmo objeto social, obviamente, são elementos instigantes para maior apuração. Mas, na forma colocada, entendo insuficientes para a caracterização, no caso, da simulação.

É, ainda, importante comentar que no relatório fiscal o auditor-fiscal conclui que "*as empresas terceirizadas, empresas optantes pelo SIMPLES, constituem empresas interpostas utilizadas pela empresa principal para contratar empregados com redução de encargos previdenciários*", no entanto, em pesquisa realizada nos Sistemas

Informatizados da Receita Federal do Brasil constata-se que tais empresas permaneceram inscritas no SIMPLES, antes identificado como Federal e agora, Nacional.

Registre-se, também, que contra a autuada, no sistema de protocolo da Receita Federal não se detectou a formalização de qualquer representação fiscal administrativa ou para fins penais.

Dante, do exposto, resta concluir que a simulação não foi suficientemente caracterizada, sendo o caso de aceitação de planejamento tributário (elisão fiscal).

(...)

Dante dessas considerações, por não ter havido a suficiente descrição dos fatos geradores com todas as circunstâncias que lhes acompanharam, deve ser o lançamento considerado improcedente e, em decorrência, a decisão de primeira instância deve ser reformada.

Conclusão

Por todo o exposto e por tudo mais que consta dos autos, vota-se em dar provimento ao recurso voluntário.

Débora Fófano dos Santos