



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.000635/2010-51
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1301-005.049 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 21 de janeiro de 2021
Recorrente PINHEIRO INDUSTRIA DE MADEIRAS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/12/2009

ADE DE EXCLUSÃO. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.

Restando caracterizada a existência de cessão de mão-de-obra, atividade vedada no âmbito da sistemática simplificada nos termos do artigo 17, XII, da Lcp 123/2006, deve ser mantido o ADE de exclusão por seus termos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Lucas Esteves Borges – Redator Ad Hoc

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Giovana Pereira de Paiva Leite, José Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Souza, Bianca Felícia Rothschild, Lucas Esteves Borges e Heitor de Souza Lima Junior (Presidente). Ausente o conselheiro Rafael Taranto Malheiros.

Relatório

Tendo em vista que a Conselheira Relatora Bianca Felicia Rothschild se encontra em gozo de licença-maternidade, conforme Despacho e-fls. 79, colaciono a seguir o relatório por ela preparado e apresentado na sessão de julgamento de 19/01/2021, tendo sido este conselheiro designado redator ad hoc, nos termos do artigo 17, III, do Anexo II, do RICARF.

Assim, transcrevo na íntegra o relatório disponibilizado em meio magnético pela referida conselheira relatora, a saber:

Inicialmente, adota-se parte do relatório da decisão recorrida, o qual bem retrata os fatos ocorridos e os fundamentos adotados até então:

I DA REPRESENTAÇÃO FISCAL

Trata-se da exclusão de ofício do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, mediante o Ato Declaratório Executivo – ADE n.º 15, de 23 de fevereiro de 2010, em face da CONSTITUIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA POR INTERPOSTAS PESSOAS (inciso IV, artigo 29 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 e inciso IV, artigo 23 da IN SRF 608/06) e, conseqüentemente, por incidir na vedação imposta pelo inciso XII, artigo 17 da referida Lei Complementar (CESSÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA).

Consoante o Termo de Representação Fiscal, a ação fiscal foi desenvolvida nas empresas Pinheiro Indústria de Madeiras Ltda. – ME, ora Excluída, e Vale Norte Industrial Mercantil Ltda. (CNPJ n.º 02.682.551/000108), onde foram identificadas situações que corroboram com o referido ADE, as quais passo a relatar, resumidamente, a seguir:

a) com base nos contratos sociais das empresas, e alterações posteriores, constata-se o uso do mesmo espaço físico pelas empresas e que o objeto social das duas se completam desde o início de suas atividades “Comércio Atacadista de Madeira; Representações de Madeiras e Compensados; Desdobramento de Madeira; Fabricação de Madeira Laminada e de Chapas de Madeira Compensada ou Aglomerada e Fabricação de Portas de Madeira”.

b) infere-se do quadro de pessoal que a Interessada opera com locação de mão de obra, tendo em vista que, até 2007, a Vale Norte não possuía nenhum segurado sob seu registro.

c) verifica-se que a totalidade da atividade é feita pela Vale Norte, sob a direção do casal Wilfried e Eliana: a administração, o atendimento, o financeiro, o acabamento, a produção (a serra de toras era dentro da empresa mãe até meados de 2007), o expediente, a execução do serviço, compra e venda de mercadorias, almoxarifado, estoque de mercadoria acabada, transportes etc..

d) constata-se que a Excluída utilizada imóvel, equipamentos, máquinas e meios de transportes de propriedade da Vale Norte por meio de comodato contrato de cessão gratuita de uso (...). O contrato de aluguel somente teve início em 2010 com a presença fiscal, ainda assim, apenas do terreno e da

construção pré-moldada. As ferramentas para a execução do trabalho continuam incluídas no contrato de cessão gratuita de uso.

e) conclui-se que o faturamento da Pinheiro é basicamente para pagar a sua folha de pagamento e os seus encargos. Enquanto isso a Vale Norte que encaminha toda a matéria-prima através de uma nota de remessa para industrialização da Defendente, ficou apenas com os custos sobre o pró-labore de seus dois administradores.

Em outras palavras, o que se constata é a simulação de terceirização de mão-de-obra, quando da criação da Excluída no regime simplificado de tributação, e a existência de grupo econômico controlado pela Vale Norte.

f) verifica-se que, apesar de ter empregado registrado em 2002, a Pinheiro não teve movimentação financeira sequer para pagar os seus empregados.

g) da análise nos livros contábeis apresentados pela Pinheiro não foram constatados lançamentos de custos e despesas necessários (ou imprescindíveis) ao desenvolvimento de suas atividades como energia elétrica, água, telefone etc. Mesmo com a criação de novo parque industrial (a serraria em 2007), a Vale Norte continua pagando a conta de luz em seu nome.

Tal fato demonstra que os custos das empresas se confundem e que o controle contábil da Interessada é meramente figurativo.

h) constata-se que a Excluída depende 100% da Vale Norte, visto que em sua contabilidade não há registros com encargos, despesas com luz, água, telefone, matéria-prima, aquisição de ativo imobilizado, existem apenas lançamentos com notas de remessa para industrialização, emitidas pela Vale Norte.

i) a Vale Norte, através de seus administradores, nomeia seus próprios familiares procuradores com poderes ilimitados para gerir seus negócios e movimentar contas bancárias. (vide procurações).

Após todas as constatações, a autoridade fiscal concluiu que as empresas integram, DE FATO, um GRUPO ECONÔMICO, evidenciado pela unicidade de comando exercida pelos representantes legais da Vale Norte, Srs. Wilfried Prachthausen e Eliana Prachthausen, e pela UTILIZAÇÃO DE INTERPOSTAS PESSOAS (seus filhos), que não os verdadeiros donos, na formação do quadro societário da empresa Pinheiro Indústria de Madeiras Ltda. ME.

Bem como, que a conduta foi tomada com intuito de afastar a incidência das contribuições previdenciárias (cota patronal) da empresa Pinheiro, por meio da opção indevida pelo SIMPLES NACIONAL, a partir de 01/07/2007, motivo pelo qual deve ser vedada a sua permanência na sistemática de arrecadação simplificada.

II DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificada da exclusão, a Interessada apresenta Manifestação de Inconfornidade, por meio de procurador legalmente constituído, expondo suas razões de fato e de direito, a seguir sintetizadas:

Esclarece que os argumentos que motivaram a expedição do ADE nº 15, de 23 de fevereiro de 2010, não coadunam com a realidade, posto que não foi constituída por interposta pessoa, tampouco realiza operação de prestação de serviços de locação/cessão de mão-de-obra.

Prossegue contrapondo, por tópico, os fatos levantados pela autoridade fiscal, como segue:

1. DA REALIDADE FÁTICA

Nesse tópico a Interessada aborda questões como: composição societária, sede e objeto social das empresas e os verdadeiros motivos que conduziram a sua constituição; inexistência de transferência de empregados, de simulação de terceirização e de constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas; dos custos e despesas da atividade e da administração e gerenciamento financeiro.

Diz que, embora a autoridade fiscal tenha relatado com exatidão a sequência com que se deu a alteração formal da participação no capital social, os argumentos de que se utilizou não são hábeis a caracterizar constituição de empresa por interpostas pessoas, tampouco a formação de grupo econômico de fato.

Discorre, ampla e exaustivamente, sobre os motivos que levaram a sua constituição, tais como:

a) os atuais sócios da manifestante entenderam que seria interessante que ambas as empresas funcionassem próximas uma da outra, não só porque os custos (especialmente com transporte de mercadorias) seriam menores, mas, também, porque, em sendo assim, o auxílio do Sr. Wilfried seria mais efetivo e constante. Por isso se instalou nas proximidades da Vale Norte Ltda.

b) no ano de 2007, então, o seu sócio menor de idade, Felipe Anel Prachthausen, atingiu a idade de 20 (vinte) anos e como já se sentia preparado para, juntamente com sua irmã, administrar a Excluída, o Sr. Wilfried deixou a sociedade, embora até os dias atuais permaneça auxiliando-os.

Nesse mesmo ano ampliou suas atividade para atender a demanda que provinha da Vale Norte.

c) dado que não dispunha de recursos suficientes para adquirir maquinários necessários para executar as suas novas atividades, a Vale Norte emprestou gratuitamente não só equipamentos como também, móveis, utensílios de escritório e um espaço maior para sua nova sede.

Segue reforçando a tese de que a forma de composição do quadro societário e, bem assim, as alterações da sede e do objeto social da peticionária (Pinheiro Indústria de Madeiras Ltda. ME) e da empresa Vale Norte Industrial Ltda. não são circunstâncias capazes de caracterizar eventual constituição de empresa por interpostas pessoas, tampouco fraude/subterfúgio no intuito de ludibriar o fisco, sobretudo porque, como visto, a criação da primeira (ou seja, da peticionária) é fruto único do auxílio que o Sr. Wilfried e sua esposa Eliana deram e continuam dando a seus filhos, os quais compõem o seu quadro societário.

Esclarece cada uma das situações que podem resultar em grupo econômico, a fim de provar que nenhuma das empresas participa no capital da outra, tampouco exerce o controle da outra.

Discorda da autoridade lançadora quando afirma que o objeto social das duas empresas é semelhante, porque foi criada por sócios com a finalidade de prestar serviços à Vale Norte.

Assevera que as empresas não foram constituídas no mesmo pátio, mas, sim, próximas uma das outras para facilitar o auxílio prestado por seus pais

Wilfried e Eliana (sócios da Vale Norte), e nem executam suas atividades no mesmo pátio, posto que a atividade de uma é diferente da outra.

Contesta a alegação de que houve transferência de empregados da Vale Norte apenas porque ela possui mais empregados e, também, não concorda com informação de que parte de seus empregados trabalha na Vale Norte.

Esclarece que desde o início de sua constituição presta serviços à Vale Norte, os quais antes eram executados por ela própria. O que implicou na admissão de grande parte dos empregados dispensados da Vale Norte, porque eles possuíam muita experiência no que faziam. Frisa que essa situação não comprova a formação de grupo econômico ou a utilização de interposta pessoas.

Aduz que, esporadicamente, alguns dos seus empregados ingressam no estabelecimento da Vale Norte para a realização dos serviços contratados com a Excluída.

Reforça que não existe relação de subordinação na prestação de serviços realizada por seus funcionários na sede da Vale Norte, razão pela qual não há que se falar em locação de mão-de-obra.

Prossegue afirmando a inexistência dos requisitos legais para caracterização de locação de mão-de-obra.

Discorda dos argumentos apresentados pela fiscalização que deram suporte ao Ato de Exclusão, e que, por consequência, lastrearam o presente auto de infração, por entender que são insuficientes, inexistentes e não encontram guarida na legislação.

Fala sobre o mercado e a crise econômica a fim de justificar o seu baixo faturamento. Sustenta que o fato da Vale Norte ser seu principal cliente não pode caracterizar fraude/simulação de serviços terceirizados, posto que é uma situação comum entre diversas empresas no país.

Registra que foi criada com a ajuda de seus pais porque não desfrutava de experiência, capacidade e estrutura suficientes para competir com empresas do mesmo porte.

Afirma que se presta serviço para Vale Norte para o qual foi contratada – recebendo a matéria-prima e transformando em produto industrializado — não há que se falar em simulação, pois “tal não implica conferência ou transmissão de direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem ou transmitem, declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira, tampouco pós datação ou ante datação de documentos”.

Diz que as benesses que recebem da Vale Norte decorrem da relação de parentesco existente ente os sócios das empresas, e se justificam dado o desejo de seus pais (sócios da Vale Norte) em auxiliarem os seus filhos (sócios da Excluída) na edificação e constituição de seu próprio negócio.

Reforça que a sua administração não se confunde com a da Vale Norte, ainda que receba auxílio informal de seus pais (sócios da Vale Norte), haja vista tratar-se de pessoas jurídicas distintas, sem dependência hierárquica ou comando de uma sobre a outra.

2. DO DIREITO

2.1. Da Prescrição Administrativa/Decadência

Esclarece que a legislação estabelece o prazo de 05 (cinco) anos para que a administração reveja seus próprios atos, assim sendo, tendo se passado mais de 8 (oito) anos de sua inscrição no SIMPLES sem qualquer oposição ao pedido de inscrição, decaiu o direito da administração excluí-la do referido regime simplificado de tributação.

2.2. Da inexistência de constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas

Reprisa a questão da independência administrativa, das benesses recebidas da Vale Norte, do auxílio informal dos pais, da ausência dos requisitos legais para configuração de grupo econômico, da independência das sedes, da inexistência de transferência de empregados entre as empresas, do faturamento inexpressivo em face da pouca experiência no mercado, em fim, tudo que já foi abordado nas tópicos anteriores.

2.3. Da não realização pela autuada de operação de prestação de serviços de locação de mão-de-obra

Apresenta a legislação e jurisprudência que tratam da conceituação de mão-de-obra, a fim de se ver afastada da imputação de locação de mão-de-obra.

Narra, exaustivamente, sobre os requisitos legais necessários para caracterização de cessão/locação de mão-de-obra, onde alega que seus serviços não se enquadram em nenhuma das hipóteses lá previstas.

Cita vários julgados do Conselho de Contribuintes que tratam de locação de mão-de-obra com o fim de justificar o eventual deslocamento de seus empregados para executar os serviços no estabelecimento da tomadora de serviços, no caso a Vale Norte.

2.4. Da aplicação de analogia para a exigência de tributo Sustenta que a autoridade fiscal utilizou-se da legislação comercial e/ou trabalhista para reputar configurada a existência de grupo econômico, bem como ter caracterizado os serviços prestados como cessão/locação de mão-de-obra sem ao menos estarem listados no art. 31 da Lei nº 8.212/91.

Reprisa as situações necessárias para se configurar grupo econômico, reforçando a tese de que a autoridade fiscal criou hipótese de incidência, por analogia, para exigir tributos sem lei que previamente o estabelecesse.

2.5. Da impossibilidade de descon sideração dos atos jurídicos de constituição da autuada Alega ilegalidade do ADE nº 15/2010 por ter considerado que foi constituída mediante simulação/fraude, e como consequência ter descon siderado o ato jurídico de sua constituição e tê-la excluída do SIMPLES NACIONAL.

Defende que os atos e negócios jurídicos não podem ser descon siderados pela autoridade administrativa antes que seja editada legislação própria. Cita doutrina e jurisprudência sobre o tema.

A decisão da autoridade de primeira instância julgou improcedente a defesa da contribuinte, cuja ementa encontra-se abaixo transcrita:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/12/2009

DISPENSA DE EMENTA

Acórdão dispensado de ementa de acordo com a Portaria SRF n.º 1.364, de 10 de novembro de 2004.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Cientificado da decisão de primeira instância, o contribuinte apresentou recurso voluntário, repisando os argumentos levantados em manifestação anterior, acrescentando razões para reforma na decisão recorrida.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Lucas Esteves Borges, Redator *ad hoc*.

Por se tratar de caso específico de Redator *ad hoc*, em situação em que a Relatora original apresentou seu voto em sessão de julgamento, o qual foi acompanhado por unanimidade pela turma, adoto na íntegra o voto por ela apresentado.

Segue conteúdo *ipsis litteris*:

Conselheira Bianca Felicia Rothschild, Relatora.

Recurso Voluntário

O recurso voluntário é **TEMPESTIVO** e, uma vez atendidos também às demais condições de admissibilidade, merece, portanto, ser **CONHECIDO**.

Fatos

Trata-se da exclusão de ofício do SIMPLES NACIONAL, mediante ADE n.º 15, de 23 de fevereiro de 2010, em face da CONSTITUIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA POR INTERPOSTAS PESSOAS (inciso IV, artigo 29 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 e inciso IV, artigo 23 da IN SRF 608/06) e, conseqüentemente, por incidir na vedação imposta pelo inciso XII, artigo 17 da referida Lei Complementar (CESSÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA).

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra;

"Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

IV — a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;"

Empresas envolvidas

EMPRESA	PINHEIRO INDÚSTRIA DE MADEIRAS LTDA ME
CNPJ	04.873.892/0001-96
ENDEREÇO	Rua Traugot Mueller, 795, Pinheiro – Presidente Getúlio.

EMPRESA	VALE NORTE INDUSTRIAL MERCANTIL LTDA
CNPJ	02.682.551/0001-08
ENDEREÇO	Rua Traugot Mueller, 795/815, Pinheiro – Presidente Getúlio.

Auditorias-Fiscais desenvolvidas nas empresas acima evidenciam a presença de subterfúgios utilizados no intuito de afastar a incidência de contribuições previdenciárias (cota patronal), por meio da opção indevida pelo SIMPLES a partir de 01/07/2007 para a empresa Pinheiro ME.

Constatou-se que as mesmas integram, DE FATO, um GRUPO ECONÔMICO, evidenciado pela unicidade de comando exercida pelos representantes legais da Vale Norte, srs. Wilfried Prachthausen e Eliana Prachthausen, e utilização de interpostas pessoas (seus filhos), que não os verdadeiros donos, na formação do quadro societário da ME.

Histórico societário

A Pinheiro, iniciou as atividades em 02/01/2002 com endereço declarado à Rua Traugot Mueller, 815 e em seu quadro societário o Sr. Wilfried Prachthausen e os filhos Ellen Cristian e Felipe Anel, ambos declarados estudantes. Ellen como administradora. Objeto social: "Indústria e Comércio Atacadista de Madeiras e Industrialização de Madeiras por Encomenda".

A partir de 12/04/2007 (2.a alteração contratual) a empresa alterou o endereço para a Rua Luize Fey, 61, no mesmo bairro. Saiu da sociedade o sr. Wilfried e a administração passou para os dois filhos. Mudou também o ramo empresarial para "Indústria e Comércio Atacadista de Madeiras, Desdobramento e Laminagem de Madeiras em Geral, Marcenaria e Fabricação de Esquadrias e de Móveis sob Medida, e Industrialização de Madeiras por Encomenda".

Nome do Sócio	Período de Atuação	Cargo	% de Quotas
Wilfried Prachthausen	02/01/2002 até 12/04/2007	Sócio	5%
Ellen Cristian Prachthausen	02/01/2002 até 12/04/2007	Sócia-Gerente	90%
Felipe Ariel Prachthausen	02/01/2002 até 12/04/2007	Sócio	5%
Ellen Cristian Prachthausen	12/04/2007.....	Sócia-Gerente	50%
Felipe Ariel Prachthausen	12/04/2007.....	Sócio-Gerente	50%

A Vale Norte, empresa-mãe, iniciou suas atividades em 15/07/1998 na Rua Santos Dumont, 84, centro de Presidente Getúlio (endereço de residência da família até hoje), como empresa do Simples, tendo como objetivo social o "Transportes Rodoviários de Cargas em Geral, Comércio Atacadista de Madeiras e Representações de Madeiras e Compensados" e administrador o Sr. Wilfried Prachthausen.

No final de 2003, a Vale Norte deixou de ser do Simples.

Composição do quadro social da Vale Norte:

Nome do Sócio	Período de Atuação	Cargo	% de Quotas
Wilfried Prachthausser	15/07/1998	Sócio-Gerente	50%
Eliana Prachthausser	15/07/1998 até 24/04/2000	Sócia	50%
Eliana Prachthausser	24/04/2000	Sócia-Gerente	50%

A Representada foi criada dentro da Vale Norte (Rua Traugot Mueller, 785 / 815) e no mesmo pátio industrial permaneceu até meados de 2007 com 100% dos empregados registrados em seu CNPJ, executando todo o serviço da empresa-mãe, isto é: servindo apenas para registrar todo o pessoal do grupo econômico. Em 2005, a Vale Norte adquiriu um terreno nas proximidades da sede, que em 2007 construiu uma Serraria para desdobrar a madeira usada na sua produção industrial, utilizando nessa atividade cerca de 20% dos empregados.

A Vale Norte era ME e mantinha os empregados registrados em seu CNPJ até a criação da Representada, no início de 2002. A partir do nascimento da nova sociedade (no Simples), ela transferiu todos os empregados para a Representada e permaneceu até o fevereiro de 2007 sem nenhum segurado sob o seu registrado, além de seus dois administradores.

Atualmente, o grupo industrial tem cerca de 90 colaboradores como pode ser observado no site: www.valenorte.com.br - 80% em sua sede. Destes, 8 estão registrados na empresa-mãe (geralmente os encarregados de setores) e os demais na Representada. Portanto, dos 90 colaboradores registrados na Representada, 70 trabalham de fato dentro da empresa-mãe e 20 no pátio da serraria, cujo encarregado (Luciano Gabriel de Oliveira) é empregado com registro na Vale Norte. Embora inseridos em dois CNPJ, no ambiente da matriz, o pessoal trabalha junto, sendo que os comandantes/encarregados de setores dos registrados na primeira e os demais na Representada.

No endereço da Vale Norte é que o trabalho é transformado em capital (exceto o desdobramento da madeira, atualmente): a administração, o atendimento, o financeiro, o acabamento, a produção (a serra de tóms era dentro da empresa-mãe até meados de 2007), o expediente, a execução do serviço, compra e venda de mercadorias, almoxarifado, estoque de mercadoria acabada, transportes etc, isto é, tudo é feito de forma única pela família Prachthausser, sob a direção do casal Wilfried e Eliana.

O novo imóvel é da Vale Norte sem cobrar nenhum aluguel da Representada nem pela propriedade nem pelos equipamentos, máquinas, meios de transportes etc.

Observou-se várias transferências de empregados entre as empresas. Em 2002, eles saíram da Vale Norte e foram para a Representada. A partir de 2007, a empresa-mãe voltou a registrar empregados, assumindo todos os encarregados de setores em seu CNPJ, deixando os demais na Representada.

No início da verificação física, dentro da empresa-mãe, Ellen Cristian (filha e sócia da Representada) se apresentou como recepcionista e telefonista da empresa e de fato tem essa função no grupo: recepcionar quem chega. No decorrer do dia, constatou-se que era, no papel, sócia-gerente da Representada quando assinou o termo de início da ação fiscal.

Em meados de 2007, conforme podemos ver no próprio site da Vale Norte, o grupo empresarial adquiriu novo terreno na Rua Luize Fey (nas proximidades da empresa-mãe) e construiu uma serraria que passou a ser a "suposta" sede da Representada. O ambiente se constitui numa casa de madeira com um pequeno ambiente administrativo com telefone, escrivaninha e arquivo onde se encontram as DRE dos 20 empregados desse setor, cujo encarregado Luciano Gabriel de Oliveira está registrado na Vale Norte.

Na entrada da serraria duas placas indicam a relação do grupo empresarial: uma se refere à Vale Norte e, ao lado, a outra se refere à Serraria Pinheiro como no site.

A razão da constituição da nova empresa, evidentemente, foi: a) a possibilidade de ter uma empresa no SIMPLES Federal, instituído pela Lei n.º 9.317/96; b) a criação do SIMPLES NACIONAL, a partir de 01/07/2007, instituído pela Lei Complementar n.º 123/2006, onde a empresa pudesse registrar os empregados sem a contribuição dos tributos gerados sobre a folha de pagamento.

O faturamento da Representada é basicamente para pagar a sua folha de pagamento e os seus encargos, sendo o seu grande cliente a própria Vale Norte Mercantil. Esta encaminha toda a matéria-prima através de uma nota de remessa para industrialização enquanto a outra devolve o produto industrializado como vendas de serviço.

De fato, o que se constata é a simulação de terceirização com a criação da Representada no Simples para prestação de serviço e a existência de grupo econômico controlado pela Vale Norte. Ou seja, a Representada é parte de grupo econômico controlado pela Vale Norte.

Vale Norte				
Exercício	Faturamento em R\$	Média de Empregados	Salários e Ordenados	Lucro/Prejuízo
2002	1.260.082,42			(5.786,72)
2003	3.348.791,56	2	16.800,72	177.367,38
2004	4.229.454,08	2	29.669,76	79.386,30
2005	3.653.957,46	2	31.380,08	14.771,29
2006	3.354.310,81	2	37.268,49	13.066,37
2007	5.176.673,91	4	53.772,90	240.534,17
2008	7.004.556,15	13	163.900,64	76.439,73

Obs. Os 2 empregados da terceira coluna correspondem aos sócios-gerentes da empresa, apenas. Ou seja, nesses períodos a Vale Norte não tinha empregado registrado em seu CNPJ.

Pinheiro				
Exercício	Faturamento em R\$	Média de Empregados	Salários e Ordenados	Lucro/Prejuízo
2002	0,00	15	38.105,00	0,00
2003	281.723,80	48	190.732,16	9.708,85
2004	506.043,27	70	421.827,54	19.588,12
2005	633.798,44	70	505.120,24	29.629,17
2006	732.467,27	76	588.713,00	36.784,21
2007	1.026.033,00	97	783.001,57	92.454,65
2008	1.209.645,40	96	949.743,37	53.690,70

O que se pode observar, apesar de ter empregado registrado em 2002, a Representada não teve movimentação financeira sequer para pagar seus empregados.

Em 2003, despendeu 67% do faturamento com a folha de pagamento; em 2004 = 83%; 2005 e 2006 = 80%; 2007 e 2008 cerca de 77%, assumindo 100% dos empregados do grupo econômico. Enquanto isso a Vale Norte ficou apenas com os custos sobre o pró-labore de seus dois administradores.

Conforme podemos ver no site da Vale Norte, em 2006 a empresa adquiriu terreno na Rua Luize Fey no qual esta construindo a serraria, que no final de 2009 abrigava 20 segurados. Apesar de identificar o local como sendo a Representada (embora que 80% dos empregados estejam denim da empresa-mãe e devem continuar ali por falta de estrutura no novo empreendimento), a construção é da Vale Norte.

O contrato de construção, a matrícula CEI da obra, o próprio terreno enfim o imobilizado é da Vale Norte e assim estio sendo contabilizados os custos na conta construção em andamento/imobilizado em andamento (contrato anexo).

Entre as empresas, a justificativa da existência da Representada se da em todo esse tempo por meio de contrato de comodato "gratuito", identificado no documento como "contrato de cessão gratuita de uso..." dos bens, patrimônio da Vale Norte, incluindo o período de maio de 2007 em diante quando já existia a serraria no novo endereço.

Contrato de aluguel somente no início de 2010 com a presença fiscal, mesmo assim apenas do terreno e da construção pré-moldada. As ferramentas para a execução do trabalho continuam incluídas em contratos de cessão gratuitas de uso.

Analisando a contabilização de custos no quadro a seguir, constata-se que de fato a empresa-mãe mantém o controle da situação econômica do grupo, isto é, demonstra que de fato os custos das empresas se confundem e que o controle contábil da Representada é meramente figurativo.

A Representada registra em sua contabilidade somente os movimentos principais como caixa, banco, clientes (Vale Norte), adiantamentos a funcionários, produtos para industrialização, encargos a recolher, honorários a pagar, vendas de serviço, ordenados e salários, serviços profissionais contratados, taxas entre outras poucas.

Ainda dentro dos livros contábeis apresentados pela Representada não foram constatados lançamentos de custos e despesas necessários (ou imprescindíveis) ao desenvolvimento de suas atividades como energia elétrica, água, telefone etc. Mesmo com a criação de novo parque industrial (a serraria em 2007), a Vale Norte continua pagando a conta de luz em seu nome conforme cópias da Celesc anexas.

Contabilização de Custos

conta	Material	Ano	Vale Norte	Pinheiro
150833.01.01.10.30.001	Água	2003	159,36	-
		2004	801,27	-
		2005	1.006,30	-
		2006	-	-
		2007	369,87	-
		2008	626,34	-

15270	3.01.01.10.30.001	Desp. Com. Telefone	2003	15.979,99	-
			2004	20.783,77	-
			2005	14.719,14	-
			2006	12.020,80	-
			2007	29.395,20	404,21
			2008	25.053,31	489,79
15075	3.01.01.10.30.001	Energia Elétrica	2003	52.204,31	-
			2004	41.973,95	-
			2005	42.195,56	-
			2006	51.868,19	-
			2007	56.357,61	-
			2008	76.732,28	-

Sem encargo nenhum, sem despesas com luz, água, telefone, matéria-prima, sem a aquisição de nenhum ativo imobilizado etc, a Representada depende 100% da empresa-mãe, existindo somente as notas de remessa para industrialização que a Vale Norte encaminha para a Representada, que em contrapartida fatura como venda de serviço para cobrir os custos com a folha de pagamento.

Se analisados os balanços patrimoniais das duas empresas podemos ver detalhadamente todas as contas e a discrepância entre ambas quando se trata de assumir os custos para o desenvolvimento independente de suas atividades. Ou seja, a Representada não tem capacidade de se estabelecer sozinha, de movimentar o seu negócio sem o suporte econômico e estrutura empresarial da Vale Norte.

Inclusive existe um "contrato particular de empréstimo com abertura de crédito" entre as empresas com a finalidade da Vale Norte suprir as condições financeiras da Representada para o pagamento de impostos e taxas, bem como outras eventuais necessidades.

A gestão administrativo-financeira da Vale Norte e da Representada é exercida pelos proprietários do grupo econômico e seus filhos, ou seja, sob um único comando, independentemente de onde estejam registrados os trabalhadores. Tudo é feito na sua administração: o atendimento, a compra, a venda, o expediente, a produção, a execução do serviço, a construção do novo parque fabril etc tem a marca VALE NORTE e sio realizados sob o comando dela. A Representada na verdade só existe para registrar os empregados, no papel, ou seja, ela de fato foi criada para simular a terceirização de serviço para o grupo econômico.

A Vale Norte, através de seus administradores, nomeia seus próprios familiares procuradores com poderes ilimitados para gerir seus negócios e movimentar contas bancárias, conforme procurações anexas.

O objetivo da criação da Representada é desenvolver a atividade com duas empresas paralelas, sendo uma do SIMPLES, onde estarão registrados 100% dos empregados e contabilizados os custos da mão-de-obra e a outra (fora do Simples), que não registra empregado, usada exclusivamente para o faturamento.

A legislação diz que não poderio recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte que realize cessão ou locação de mão-de-obra.

Outro item que caracteriza a hipótese de exclusão do SIMPLES NACIONAL é a utilização de interpostas pessoas, que nil) sejam os verdadeiros sócios, na constituição da pessoa jurídica, no caso, na constituição da Representada. Como

mencionado, os verdadeiros sócios (donos) sic, os administradores da Vale Norte Mercantil.

Conclui-se que a Representada foi criada nas dependências da empresa-mãe, envolvendo familiares como supostos administradores com a única finalidade de formalizar os registros dos empregados, sendo totalmente controlada pela Vale Norte. Trata-se de criação simulada de pessoa jurídica, por interpostas pessoas físicas (parentes) e assim eximir a empresa-mãe do pagamento de contribuições previdenciárias e outros tributos, tudo com o claro e primordial intento de lesar o fisco.

Por todo o exposto, diante do conjunto de evidências amealhadas conclui-se que a empresa Vale Norte Industrial Mercantil Ltda constituiu outra empresa optante pelo SIMPLES no mesmo endereço, em nome de um dos proprietários e de seus filhos estudantes, mantendo todos os vínculos empregatícios na nova firma.

Acredita-se tratar de uma situação configuradora de SIMULAÇÃO quando comprovadamente uma empresa optante pelo SIMPLES não cumpre o seu objeto social; tem massa salarial incompatível com seu faturamento; "desenvolve" suas atividades utilizando bens constantes no ativo permanente de empresa não optante sem nenhum vínculo jurídico justificador dessa utilização; igualmente possui despesas operacionais referentes a pagamentos da manutenção desses bens; possui sócios comuns à empresa act optante etc.

Seu faturamento, não obstante a diminuição de seus vínculos para quase zero, foi aumentando ano a ano. Este contexto tem revelado, via de regra, a prática adotada por muitas empresas que se utilizam do artifício da abertura de empresas do SIMPLES que abrigam o quadro funcional com objetivo de se elidirem da contribuição patronal sobre a folha de pagamento. Reiteradamente essas empresas têm sido autuadas por se tratar não de elisão, mas de simulação com vistas à sonegação fiscal.

A Representada desenvolve atividade já prevista no objeto social da empresa-mãe. Presta serviços exclusivos para ela, utilizando recursos e estrutura por ela providos. Restou evidenciado que os funcionários da Representada procederam dos quadros da Vale Norte. Outros foram selecionados para trabalhar na Representada sob a responsabilidade e mando dos sócios da Vale Norte. Demonstrou-se, que na estrutura hierárquica estabelecida, onde funcionários da Representada (sit) chefiados por integrantes do quadro de empregados da Vale Norte (por ex. todos os encarregados estio registrados nesta). De acordo com os depoimentos prestados, os proprietários da Representada são e sempre foram os sócios da empresa-mãe.

Assim, observando-se a legislação citada no item II — Fundamentação Legal, e o disposto no § 1º do art. 29 da Lei Complementar n.º 123/2006 (além do art. 17, inciso MI), impõe-se a exclusão da empresa Pinheiro Indústria de Madeiras Ltda do SIMPLES NACIONAL, desde 01 de julho de 2007, observando também a Resolução CGSN n.º 15, de 23 de julho de 2007 e alterações posteriores.

Manifestação de Inconformidade

Os argumentos fiscais que motivaram a expedição, em 23/02/2010, do Ato Declaratório Executivo n.º 14 não procedem, haja vista que, além de lastrados em fatos que de modo algum se coadunam com a realidade, a peticionaria não foi constituída por interpostas pessoas, tampouco realiza operação de prestação de serviços de locação de

mão-de-obra, de modo que jamais incidiu em qualquer situação capaz de configurar simulação ou circunstância apta a dar ensejo à sua exclusão do Simples.

Conquanto, de fato, a autoridade fiscal tenha relatado com exatidão a sequência com que se deram as alterações a forma de participação no capital social, os argumentos de que utilizou não são hábeis a caracterizar constituição de empresas interpostas pessoas, tampouco formação de grupo econômico de fato.

Com efeito, os atuais sócios da peticionária — um deles, aliás, que à época da sua constituição ainda era menor de idade —, na ânsia de seguir o exemplo de seus pais, solicitaram ao Sr. Wilfried Prachthauer que lhes auxiliasse, em todos os aspectos, a montar seu próprio negócio.

O Sr. Wilfried, então, não apenas os ajudou financeiramente — tanto lhes emprestando soma de dinheiro considerável para atingir seus objetivos quanto integrando o quadro societário da empresa para fomentar-lhe o capital —, como também lhes forneceu todos os dados e instrumentos necessários para que os atuais sócios da peticionária montassem seu próprio negócio.

Nesse cenário, então, o Sr. Wilfried sugeriu aos atuais sócios da peticionária que constituíssem uma empresa que, dentre outras atividades, também prestasse serviços à empresa que ele próprio já possuía, ou seja, à Vale Norte Ltda., pois assim, além de já de início ter um cliente, poderia lhes repassar conhecimento de forma mais precisa e correta, haja vista ser atividade que guardava relação com seu ramo de atividade.

Em vista disso, os atuais sócios da peticionária entenderam que seria interessante que ambas as empresas funcionassem próximas uma da outra, não só porque os custos (especialmente com transporte de mercadorias) seriam menores, mas, também, porque, em sendo assim, o auxílio do Sr. Wilfried seria mais efetivo e constante. Por isso a peticionária se instalou nas proximidades da Vale Norte Ltda.

No ano de 2007, então, o sócio menor da peticionária, Felipe Anel Prachthauer, atingiu a idade de 20 (vinte) anos e como já se sentia preparado para, juntamente com sua irmã, administrá-la, o Sr. Wilfried deixou a sociedade, embora até os dias atuais per aneça auxiliando-os diuturnamente não só na administração, sobretudo, na condução dos trabalhos e dos negócios.

Como não possuíam capital suficiente para adquirir o maquinário necessário para executar as atividades que almejavam alcançar, o Sr. Wilfried, mais uma vez no intuito de auxiliar no crescimento da vida profissional dos filhos, fez com que a empresa da qual era sócio (Vale Norte) emprestasse gratuitamente a empresa de seus filhos (a peticionária) não só equipamentos, como, também, móveis, utensílios de escritório e um espaço maior para o qual, aliás, transferiram, no mesmo ano, a sede da peticionária. É, aliás, o que comprovam os contratos de comodato utilizados pela própria autoridade fiscal.

O objeto das duas empresas reportadas (Pinheiro e Vale Norte) não é semelhante desde o início de suas respectivas constituições, até porque a primeira, ou seja, a peticionária foi criada por sócios, a fim de prestar serviços à segunda (Vale Norte), haja vista que a sua constituição, repita-se, é fruto do auxílio que os pais (Sr. Wilfried e Sra. Eliana) deram a seus filhos (os atuais sócios da peticionária) para que dessem início à vida profissional que desde cedo almejavam.

Todas as benesses que a Vale Norte concede à peticionária não o faz por filantropia, mas, sim, porque seus sócios almejam auxiliar seus filhos (sócios da peticionária) a dar início a seu próprio negócio, o que, aliás, se reverte em benefícios para ela própria, já que ao lhes conceder essas facilidades angaria preços menores na prestação dos serviços pela peticionária, o que, de sua vez, barateia também seus nos custos.

Jamais houve transferência qualquer de empregados da Vale Norte para a peticionária quando da criação desta, tanto que a autoridade fiscal não fez prova dessa alegação.

O fato de a partir da criação da peticionária esta possuir mais funcionários do que a Vale Norte — conquanto a peticionária não possa falar por ela, já que não conhece as minúcias de seu setor administrativo — certamente se deu em razão de que, desde então, a peticionária passou a presta-lhes serviços que anteriormente eram executados por ela própria e, daquele marco em diante, passaram a ser terceirizados.

Por outro lado, não é verdadeira a informação de que boa parte dos funcionários da peticionária trabalham na Vale Norte, tampouco que "embora inseridos em dois CNPJ, no ambiente da matriz, o pessoal trabalha junto, sendo que os comandantes de setores são registrados na primeira e os demais na Representada".

Com efeito, alguns dos empregados da peticionária ingressam no ambiente ou estabelecimento da Vale Norte esporadicamente. O fazem, porém, não para executar atividades da própria Vale Norte, mas, sim, com o simples propósito de ali realizarem a atividade fim da peticionária, ou seja, de ali prestarem seus serviços à Vale Norte, os quais foram anteriormente contratados.

Não existe relação de subordinação na prestação de serviços realizada pelos funcionários da peticionária na sede da Vale Norte.

De outro lado, especificamente em relação aos funcionários nominados pela autoridade fiscal à fl. 4-5 de seu relatório, igualmente jamais houve transferência. O que, eventualmente, pode ter acontecido é a contratação por uma empresa de um empregado demitido pela outra.

Outro argumento utilizado pela autoridade fiscal para dar lastro à exclusão da peticionária do SIMPLES NACIONAL A o fato de possuir faturamento pouco expressivo e ter, como principal cliente, a Vale Norte, o que caracterizaria simulação de terceirização.

Com efeito, conforme já demonstrado acima, a peticionária é uma empresa relativamente nova no mercado, cujos sócios são pessoas com pouca experiência, até mesmo pela pouca idade que possuem, o que faz com que seu desenvolvimento seja lento e moderado. Isso tudo, aliado à recente crise econômica, tem feito com que o insucesso nas suas negociações seja superior ao sucesso, de modo que, efetivamente, seu faturamento tem sido, no mais das vezes, suficiente apenas para cobrir seus custos e despesas.

A decisão de primeira instância julgou improcedente a manifestação de inconformidade.

Não houve a juntada de documentos em sede de Recurso Voluntário, em verdade, a mesma se limitou a repisar os argumentos já levantados em sede de manifestação de inconformidade.

Dado o contexto, em vista do disposto no § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015 - RICARF, não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, estando a conclusão alcançada pelo órgão julgador de primeira instância em consonância com o entendimento desta Relatora, adoto os fundamentos da decisão recorrida, mediante transcrição do seu voto condutor, in verbis:

Trata-se da exclusão do regime especial de tributação, por meio do Ato Declaratório Executivo – ADE n.º 15, de 23 de fevereiro de 2010, da empresa Pinheiro Indústria de Madeiras Ltda. – ME, doravante denominada de Excluída/Interessada/Defendente, em face de ter incorrido numa das hipóteses de vedação ao ingresso no SIMPLES NACIONAL (constituição por interposta pessoas e realização de cessão ou locação de mão-de-obra).

Pelo que se observa do relatório fiscal, as teses desenvolvidas pela autoridade lançadora são de que a Excluída e a empresa Vale Norte Industrial Mercantil Ltda. integram, de fato, um GRUPO ECONÔMICO evidenciado pela unicidade de comando exercida pelos representantes legais da Vale Norte, Srs. Wilfried Prachthausen e Eliana Prachthausen, e pela UTILIZAÇÃO DE INTERPOSTAS PESSOAS (seus filhos), que não os verdadeiros donos, na formação do quadro societário da empresa Pinheiro Indústria de Madeiras Ltda. ME.

Cientificada da exclusão, a Interessada apresenta suas considerações a respeito de cada fato apontado pela autoridade fiscal, na tentativa de afastar o ADE n.º 15/2010, que restou por excluí-la do regime especial de tributação.

Nesse contexto, passo a análise da manifestação de inconformidade à luz da legislação de regência e dos elementos que compõem o presente processo.

1. DA REALIDADE FÁTICA

Nesse tópico, a Excluída contextualiza a sua constituição e apresenta uma série de considerações a respeito dos fatos apontados pela autoridade fiscal.

De se dizer de início, que os argumentos trazidos pela Defende não a socorre para o fim de mantê-la na sistema especial de tributação (SIMPLES NACIONAL).

Explico.

Pelo que se denota da manifestação de inconformidade, as justificativas apresentadas são frágeis para o fim a que se propõem, inclusive, traz questões de cunho familiar, sem nenhum substrato.

Para elucidar o caso, traz-se alguns trechos das alegações contrárias às constatações efetuadas pela autoridade lançadora:

(...)

AUDITOR: A totalidade da atividade é feita pela Vale Norte, sob a direção do casal Wilfried e Eliana.

PINHEIRO: Alega que “a interferência de Wilfried e Eliana na condução dos negócios da peticionária se limita ao simples auxílio informal que prestam a seus filhos, não configurando administração de fato da peticionária”.

“(…) foram instaladas uma próxima à outra visando a facilitar o auxílio diuturnamente prestado por Wilfried e Eliana (sócios da Vale Norte) a seus filhos (sócios da peticionária) e a diminuir os custos com transportes de mercadoria”.

AUDITOR: Infere-se que a interessada opera com locação de mão de obra, tendo em vista que até 2007 a Vale Norte não possuía nenhum seguro sob seu registro.

PINHEIRO: Esclarece que “(…) a partir de 2002 a Vale Norte começou a terceirizar boa parte das atividades que executava, as quais passaram a ser realizadas pela peticionária, que lhe presta serviços até os dias atuais. Isso certamente fez com que boa parte de seus funcionários fossem dispensados e, como já sabiam realizar o trabalho, foram contratados pela peticionária, que, repita-se, a partir de 2002 a prestar serviços para a Vale Norte, executando, na qualidade de prestadora de serviços, atividades que outrora eram realizadas exclusivamente pela tomadora”.

“É bom que se esclareça que os empregados da peticionária não são locados ou colocados no ambiente ou estabelecimento de seus clientes, mas neles ingressam com o simples propósito de realizarem sua atividade, ou seja, com o objetivo de ali realizarem a prestação de serviços contratada. Não há confusão, nem transferência de funcionários entre a peticionária e a Vale Norte, mas, como dito, esporadicamente os funcionários daquela prestam os serviços contatados diretamente na sede desta”.

“(…) os funcionários da peticionária não recebem ordens dos representantes ou funcionários de seus clientes, tampouco de seus funcionários e/ou representantes legais, mas, apenas, eventualmente, algumas instruções e diretrizes, acerca da forma como almejam o serviço contratado, o que, como visto, não configura subordinação ou hierarquia”.

AUDITOR: O fato da Vale Norte ter emprestado gratuitamente não só equipamentos como também, móveis, utensílios de escritório e um espaço maior para sua nova sede da Interessada.

PINHEIRO: Diz que “(…) como não possuíam capital suficiente para adquirir o maquinário necessário para executar essas novas atividades que almejavam alcançar, o Sr. Wilfried, mais uma vez no intuito de auxiliar no crescimento da vida profissional dos filhos, fez com que a empresa da qual era sócio (Vale Norte) emprestasse gratuitamente à empresa de seus filhos (a peticionária) não só equipamentos, como, também, móveis, utensílios de escritório e um espaço maior para o qual, aliás, transferiram, no mesmo ano, a sede da peticionária”.

AUDITOR: O faturamento da Pinheiro é basicamente para pagar a folha de pagamento e os seus encargos. Enquanto a Vale Norte ficou apenas com os custos sobre o pró-labore de seus dois administradores.

PINHEIRO: Aduz que “O fato de a partir da criação da peticionária esta possuir mais funcionários do que a Vale Norte — conquanto a peticionária não possa falar por ela, já que não conhece as minúcias de seu setor administrativo — certamente se deu em razão de que, desde então, a peticionária passou a presta-lhes serviços que anteriormente eram executados por ela própria e, daquele marco em diante, passaram a ser terceirizados”.

“Se a peticionária presta serviços à Vale Norte transformando a matéria-prima por ela produzida em mercadorias, nada mais normal do que esta possuir menos funcionários do que aquela, porquanto se limita a comercializar as mercadorias já prontas, de modo que, por isso, não necessita de tantos operários — os quais são necessários para a execução das atividades que realiza —, mas, sim, de pessoal especializado na negociação de seus produtos e na administração geral da empresa”.

AUDITOR: A Pinheiro não teve movimentação financeira sequer para pagar seus empregados, apesar de ter empregado registrado em 2002.

PINHEIRO: Sustenta que “O faturamento inexpressivo da peticionária se deve ao fato de ser uma empresa jovem que ainda não alcançou o sucesso almejado, cujos sócios possuem pouca experiência de vida e no próprio ramo de atividade (...)”.

AUDITOR: Constatasse que a Interessada depende 100% da Vale Norte, visto que existem apenas as notas de remessa para industrialização, emitidas pela Vale Norte (seu único cliente).

PINHEIRO: Afirma que “(...) ainda que a Vale Norte fosse, de fato, a principal cliente da peticionária — o que se diz apenas para argumentar —, tal não caracterizaria fraude/simulação de terceirização de serviços. E isso não apenas pelos fatos exaustivamente narrados acima — especialmente aqueles relativos à verdadeira razão que deu ensejo à constituição da peticionária —, mas, sobretudo, porque não há nenhuma irregularidade nisso, tanto que diversas empresas, hoje, dependem de uma única empresa e lhe prestam serviços com exclusividade”.

“Ademais, tal seria plenamente justificável. A um, porque se trata da empresa de que são sócios os pais de seus sócios, razão pela qual nada mais justo do que aqueles lhes darem prioridade. A dois, porque a Vale Norte foi sua primeira cliente e, em si tratando de uma empresa jovem e incipiente, evidente que ainda não desfruta de experiência, reconhecimento, capacidade e estrutura suficientes para possuir, ainda, outros do mesmo porte”.

Percebe-se, portanto, que é inevitável a conclusão de que a Interessada possui forte vínculo com a empresa Vale Norte, pelo que faço a seguinte análise:

Embora a Defendente tente alegar sua autonomia, ela própria faz prova de que depende financeiramente da Vale Norte quando afirma que essa concede, gratuitamente, máquinas, equipamentos e instalações. Além disso, ratifica a assertiva do auditor de que a administração é regida pelos seus pais, os sócios da Vale Norte.

Relevante, para caracterizar a locação de mão-de-obra, a assertiva de que os empregados demitidos pela Vale Norte foram admitidos pela Interessada em razão daquela deixou de executar os serviços que hoje são por essa prestados.

Não se sustenta o argumento de que presta serviços para outras empresas, porquanto não restou provado se os valores comercializados com as outras empresas são significativos se comparados com a receita oriunda dos produtos vendidos à empresa Vale Norte.

Nesse compasso, ao contrário do que pretende a Interessada, os seus esclarecimentos apenas reforçam a tese da fiscalização de interligação econômica e administrativa das empresas.

Portanto, dado as circunstâncias em que se apresentam os fatos aqui narrados, conclui-se que a Excluída foi criada com o único intuito de formalmente receber a mão-de-obra da empresa Vale Norte, a fim de que fosse repassado ao faturamento daquela a tributação dos encargos sociais que originalmente incidiam sobre a folha de pagamento. Daí a constatação da formação de grupo econômico.

2. DO MÉRITO

Inicialmente, esclarecesse que, por uma questão de economia processual, deixa-se de analisar os itens 2.2. Da inexistência de constituição de pessoa jurídica por

interpostas pessoas e 2.4. Da aplicação de analogia para a exigência de tributo da manifestação de Inconformidade, porquanto já foram abordados quando analisado o tópico do

“DA REALIDADE FÁTICA”.

2.1. Da Prescrição Administrativa/Decadência

A interessada sustenta que decaiu o direito da administração excluí-la do SIMPLES NACIONAL, porquanto o prazo para rever seus próprios atos é de cinco anos.

De se dizer de início, que a tese levantada pela Interessada é equivocada.

Explico:

Primeiro, porque o caso que aqui se discute é exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES e não da constituição de crédito tributário.

Depois, porque contrariamente a atividade de lançamento de crédito tributário, que estaria limitada aos prazos previstos pelos artigos 150, §4º, e 173, inciso I, do CTN, a administração pode rever seus atos a qualquer tempo.

Por essa razão, não há que se falar em perda do direito de excluir a Interessada do SIMPLES NACIONAL, posto que não se tratar de lançamento de crédito tributário.

2.3. Da não realização pela atuada de operação de prestação de serviços de locação de mão-de-obra

Nesse item, a Defendente narra, exaustivamente, sobre os requisitos legais necessários para caracterização de cessão/locação de mão-de-obra, alegando que seus serviços não se enquadram em nenhuma das hipóteses previstas na Lei n.º 8.212/91.

Como se vê, o cerne da questão, é determinar se a atividade relacionada à industrialização de madeiras tipifica-se ou não como contrato de locação de mão-de-obra, cessão ou empreitada exclusivamente de mão-de-obra.

Para elucidar o litígio, vale ressaltar que o Parecer n.º 69, de 10 de novembro de 1999, a Coordenação Geral de Tributação – Cosit, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, esclarece em que casos, a prestação de serviços é caracterizada como locação de mão-de-obra, cessão ou empreitada exclusivamente de mão-de-obra, vale transcrever os itens 3 e 4:

3. Em se tratando de locação da mão-de-obra, pressupõe-se que será utilizado trabalho alheio, ou seja, alguém cederá a outrem a atividade laborativa em virtude de necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou do acréscimo extraordinário de tarefas.

4. A locação de mão-de-obra pode também ser definida como o contrato pelo qual o locador se obriga a fazer alguma coisa para uso ou proveito do locatário, não importando a natureza do trabalho ou do serviço. Os trabalhos são realizados sem a obrigação de executar a obra completa, ou seja, sem a produção de um resultado determinado. Na locação de mão-de-obra, também definida como contrato de prestação de serviços, a locadora assume a obrigação de contratar empregados, trabalhadores avulsos ou autônomos sob sua exclusiva responsabilidade do ponto de vista jurídico. A locadora é responsável pelo vínculo empregatício e pela prestação de serviços, sendo que os empregados ou contratados ficam à disposição da tomadora dos serviços

(locatária), que detém o comando das tarefas, fiscalizando a execução e o andamento dos serviços.(grifei)

O Parecerista, no final, concluiu que restam impedidas de optar pelo Simples as pessoas jurídicas que:

- a) tem como atividade a locação de mão-de-obra;
- b) firmam contratos de prestação de serviços relativos à empreitada exclusivamente de mão-de-obra;
- c) contratam serviços mediante cessão de mão-de-obra, e
- d) estabelecem contratos de prestação de serviços relativos à empreitada e subempreitada de mão-de-obra, aplicados à construção civil, independentemente do fornecimento de material (Lei nº 9.528/97, art.4º).

Sobre o significado da expressão “locação de mão-de-obra”, Valentin Carrion (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 19ª ed. Saraiva, 1995, p.292) ensina que:

Na locação de mão-de-obra e na falsa subempreitada, quem angaria trabalhadores, os coloca simplesmente (ou quase) à disposição de um empresário, de quem recebem as ordens e com quem se relacionam constante e diretamente, inserindo-se no meio empresarial do tomador de serviço, muito mais no que do de quem o contratou e o remunera; o locador é apenas um intermediário que se intromete entre ambos, comprometendo o relacionamento direto entre o empregado e seu patrão natural; em seu grau extremo, quando, sem mais, apenas avilta o salário do trabalhador e lucra o intermediário (Camerlynck, “Le Contrat”). É a figura do marchandage, com suas características mais ou menos nítidas e que é proibida em vários países. (grifei)

É oportuno transcrever o art. 23 da Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998, que conferiu nova redação ao art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, conforme segue:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal, ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33.

(...)

§ 3º Para os fins desta Lei, entenda-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

(grifei)

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

III – empreitada de mão-de-obra;

A partir da definição expressa na Lei nº 9.711, de 1998, nota-se a similaridade entre os conceitos de locação de mão-de-obra e cessão de mão-de-obra, fato este que não enseja dúvidas na aplicação da vedação ao SIMPLES.

Todavia, para caracterizar a cessão de mão-de-obra, faz-se necessária a presença de três requisitos, quais sejam, colocação de funcionários à disposição da contratante, em suas dependências, para a realização de serviços contínuos.

Destaco que não se trata de analisar o objeto social da empresa como locação de mão-de-obra, mas, sim, de se verificar se a prestadora, para atingir o seu objetivo social – que no presente caso é industrialização de madeiras presta serviços com a natureza de cessão de mão-de-obra.

No presente caso, à vista dos elementos constantes dos autos, verifico que estão presentes os requisitos essenciais na caracterização da cessão de mão-de-obra.

E, ainda, robustecendo as evidências do caso aqui tratado, destaco as seguintes declarações prestadas pela Excluída:

“(…) alguns serviços são prestados dentro do estabelecimento da Vale Norte para facilitar a sua execução”.

ou estabelecimento de seus clientes, mas neles ingressam com o simples propósito de realizarem sua atividade, ou seja, com o objetivo de ali realizarem a prestação de serviços contratada”.

“(…) a petionária não recebem ordens dos representantes ou funcionários de seus clientes, tampouco de seus funcionários e/ou representantes legais, mas, apenas, eventualmente, algumas instruções e diretrizes, acerca da forma como almejam o serviço contratado, o que, como visto, não configura subordinação ou hierarquia”.

Ora, não se pode falar em “eventualidade” quando se estar diante de um cliente exclusivo (Vale Norte). Quero dizer que, se os serviços são prestados com habitualidade à Vale Norte, utilizando-se de recursos e estrutura por ela providos e, como dito pela própria Excluída, dentro das sua dependências e sob suas instruções e diretrizes, é irrelevante para o processo identificar os motivos que a levaram a adotar tal procedimento.

Assim sendo, como já amplamente debatido nos autos, as evidências dos fatos não deixam dúvidas quanto às constatações da fiscalização, restando à Defendente apresentar provas contundentes que suporte suas alegações, fato que não foi atendido.

Em razão disso, entendo que restou caracterizada a cessão de mão-de-obra, para efeito de exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL.

2.5. Da impossibilidade de desconsideração dos atos jurídicos de constituição da atuada

A Defendente alega ilegalidade do ADE por ter considerado que foi constituída mediante simulação/fraude, bem como ter desconsiderado o ato jurídico de sua constituição, fato que restou por excluí-la do SIMPLES NACIONAL.

Assevera que os atos e negócios jurídicos não podem ser desconsiderados pela autoridade administrativa antes que seja editada legislação própria.

Pois bem. Ao contrário do alegado, o Relatório Fiscal não afastou a existência jurídica da empresa Pinheiro Indústria de Madeiras Ltda. – ME e nem interrompeu suas atividades empresariais; a autoridade fiscal apenas abordou a questão do grupo econômico e cessão de mão-de-obra e apontou os desdobramentos desta

constatação no modelo fiscal de tributação, no sentido de excluí-la do regime especial de tributação em face da mesma apresentar situações impeditivas previstas na legislação que rege a matéria.

Na realidade, o que a fiscalização apurou, conforme já amplamente relatado, foi uma séria de situações que levaram a constatação de que o verdadeiro administrador da Interessada não é o indicado formalmente nos contratos sociais apresentados, bem como que a conduta adotada teve como intuito afastar a incidência de contribuição previdenciária (cota patronal) sobre as remunerações dos segurados, por meio da indevida opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições — SIMPLES NACIONAL.

Ademais, que desde que pratique atos válidos e lícitos, o contribuinte pode organizar seus negócios de forma a evitar a ocorrência de fatos geradores de tributação, e de buscar um melhor desempenho de sua atividade, porquanto um dos fundamentos do Estado Brasileiro é a livre iniciativa (artigo 1º, IV). E é desse direito constitucional, onde a obrigação tributária só pode nascer validamente pela ocorrência efetiva da hipótese de incidência prevista em lei (art.150, I da CF), que decorre a legitimidade do contribuinte de planejar suas atividades de forma a procurar incorrer em situações legais de menor tributação.

No caso que aqui se tem, restou evidente que não agiu a fiscalização no sentido de desconsiderar um planejamento tributário lícito, mas, sim, de buscar a realidade subjacente.

Conclusão

Desta forma, voto por **CONHECER** do Recurso Voluntário e no mérito **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

Pelo exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário e, no mérito, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Lucas Esteves Borges.