



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

Processo n° 13971.003092/2009-91
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-002.239 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de junho de 2018
Matéria Exclusão do Simples Nacional
Recorrente INDÚSTRIA DE MADEIRAS ANTONIO FRANZÓI LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

ATO DECLARATÓRIO. AUTORIDADE COMPETENTE. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos dos artigos 10 e 59, ambos do Decreto nº 70.235/72.

In casu, o ADE foi proferido por autoridade competente, a capitulação legal atribuída e a motivação apresentada permitem identificar as causas da exclusão.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS. COMPROVAÇÃO.

A Representação para Fins de Exclusão do Simples Nacional e o Ato Declaratório foram devidamente fundamentados nos termos dos artigos 17, inciso XII e 3º, inciso II, ambos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

A autoridade fiscal comprovou a efetiva formação de grupo econômico e a ocorrência de cessão/locação de mão de obra.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da relatora.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Gisele Barra Bossa - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eva Maria Los, Luis Fabiano Alves Penteado, José Carlos de Assis Guimarães, Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Bárbara Santos Guedes (suplente convocada em substituição à ausência do conselheiro Rafael Gasparello Lima) e Ester Marques Lins de Sousa (Presidente). Ausente, justificadamente, o conselheiro Rafael Gasparello Lima.

Relatório

1. Por economia processual e por bem descrever os fatos, adoto como parte deste, o relatório constante da decisão de primeira instância:

“DA REPRESENTAÇÃO FISCAL

Trata-se de Manifestação de Inconformidade em face da exclusão da empresa Indústria de Madeiras Antonio Franzói Ltda. (ADE nº 99, de 04 de agosto de 2009) do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, em atendimento ao previsto no art. 3º, incisos II, §4º, inciso IV, art. 17, inciso XII da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e no art. 314º, inciso IV, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

Consta do Termo de Representação Fiscal, anexo às folhas 02 a 10, além dos fundamentos legais, que a ação fiscal foi desenvolvida também na empresa Serraria Franzói Ltda., inscrita no CNPJ nº 84.232.578/0001-63.

A seguir, resumiremos os principais pontos abordados em cada tópico do referido Relatório Representação Fiscal – RRF.

No tópico “DOS FATOS REPRESENTADOS E DOS PERÍODOS DE OCORRÊNCIA”, o Auditor procura demonstrar a existência do apontado grupo econômico de fato, baseando-se nas constatações e elementos de prova, a seguir sintetizados:

No item 1 - conclui, com base nos elementos coletados na referida ação fiscal, que se tratava de um “grupo econômico” evidenciado pela confusão patrimonial e forte interligação econômica e administrativa entre as mesmas e pela utilização de interpostas pessoas na constituição das empresas Industrial Salto Pilão Ltda. e Ind. de Madeiras Antônio Franzói Ltda., sendo ambas optantes do SIMPLES, com o único objetivo de se interporem na contratação formal de mão-de-obra utilizada em benefício da empresa Serraria Franzói Ltda.

No item 2 - explica que as empresas Industrial Salto Pilão Ltda. e Ind. de Madeiras Antônio Franzói Ltda. constituíam-se na realidade em desmembramentos da empresa Serraria Franzoi Ltda. e que tal subterfúgio foi utilizado com intuito de afastar a contribuição previdenciária, relativamente à parte patronal, incidente sobre a remuneração dos segurados empregados a partir de 01/07/2007.

Nos itens seguintes, prossegue demonstrando suas constatações em face das análises realizadas, a fim de formar suas convicções.

Item 3. - Da Análise Dos Contratos Sociais E Alterações Posteriores

“3.1. Empresa Indústria de Madeiras Antonio Franzói Ltda.

3.1.1. Foi constituída, em 28/11/2000 (no mesmo endereço da empresa (SERRARIA FRANZOI LTDA), pelos Srs. Mario FRANZOI (50%) e Afonso FRANZOI (50%), ex-sócios (06/01/1970 a 11/06/2001) e irmãos dos sócios Ingo FRANZOI (20%) e Armando FRANZOI (20%), todos filhos da também sócia Selena Rodermel FRANZOI (60%) da empresa SERRARIA FRANZÓI LTDA.

3.2. Empresa Industrial Salto Pilão Ltda.

3.2.1. Foi constituída, em 19/11/2002, pelos Srs. Mário Antônio Zagini (99%) e Antônio Zaghini (1%), pai e filho respectivamente, permanecendo como sócios até 29/08/2007.

Ressalte-se que o Sr. Mario Antônio Zagini foi também empregado da empresa SERRARIA FRANZÓI LTDA no período de 03/1999 a 12/2006, conforme tabela com dados extraídos do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), declarados em Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social — GFIP, anexo II.

3.2.2 Saliente-se que em 12/12/2001, já havia sido constituída uma FILIAL da empresa SERRARIA FRANZÓI LTDA, no mesmo endereço em que, posteriormente, foi constituída também a empresa INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA”.

Item 4. - Relação Folha De Pagamento X Faturamento Das Empresas

“4.1 Da análise dos dados obtidos do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), declarados em Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social — GFIP, bem como das DIPJ (declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica) das empresas, destaca-se:

- Até o ano de 2000, a empresa SERRARIA FRANZOI LTDA mantinha entorno de 50 empregados em sua folha de pagamento;*

- *A partir do ano de 2001, após ser constituída a empresa INDÚSTRIA DE MADEIRAS ANTÔNIO FRANZÓI LTDA (optante pelo SIMPLES) a empresa SERRARIA FRANZÓI LTDA reduz significativamente o seu custo com a folha de pagamento, porém, o seu faturamento passou a aumentar. Saliente-se que os empregados que constavam na folha de pagamento da empresa SERRARIA FRANZÓI LTDA, até os meses de 02/2001 e 03/2001, FORAM TRANSFERIDOS, a partir do mês de 04/2001, para a folha de pagamento da empresa INDÚSTRIA DE MADEIRAS ANTÔNIO FRANZÓI LTDA, conforme relatórios - Demonstrativo da Composição da Base de Cálculo (DCBC) dos referidos meses, extraídos do CNIS, informados pelas empresas em GFIP, anexo III;*
- *As empresas IND. DE MADEIRAS ANTÔNIO FRANZÓI LTDA e INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA, prestadoras de serviços de industrialização, exclusivamente, para a empresa SERRARIA FRANZÓI LTDA, conforme demonstrado no item 4. abaixo, apresentam um elevado percentual com despesas salariais em relação a suas Receitas Brutas, quando comparado com o da empresa SERRARIA FRANZÓI LTDA evidenciando a transferência do custo da mão-de-obra para as empresas optantes pelo SIMPLES”.*

Item 5. - Da Análise Contábil

“5.1. Da interligação econômica e administrativa das empresas

5.1.1. verificou-se que várias duplicatas em nome das empresas INDÚSTRIA DE MADEIRAS ANTONIO FRANZOI LTDA e da INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA, devidamente contabilizadas pelas mesmas, foram pagas pelo Sr. Armando FRANZOI através de contas bancárias da empresa SERRARIA FRANZOI LTDA, conforme cópias, por amostragem, no anexo IV, contendo: duplicatas; agendamentos bancários; e os lançamentos contábeis nos Livros Diário das empresas citadas acima. Evidenciando a confusão patrimonial e a interligação econômica e administrativa das empresas.

5.2. Custos e despesas da produção

5.2.1. Verificou-se que, a exceção do custo da mão-de-obra, contabilizado pelas empresas INDÚSTRIA DE MADEIRAS ANTONIO FRANZÓI LTDA e INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA, praticamente todos os demais custos e despesas relacionadas com a produção (depreciação, energia, manutenção, matéria prima, etc.) eram contabilizados pela empresa SERRARIA FRANZÓI LTDA, tributada pelo lucro real, conforme os Demonstrativos de Resultados das empresas, anexo V.

5.3. Propriedade das instalações utilizadas pelas empresas INDÚSTRIA DE MADEIRAS ANTONIO FRANZÓI LTDA e INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA.

5.3.1. Constatou-se que os prédios e as máquinas, utilizadas pela mão-de-obra contratada pelas empresas referidas acima, pertencem a empresa SERRARIA FRANZÓI LTDA, conforme consta no Ativo Permanente dos Balanços Patrimoniais das empresas, anexo V, e conforme os contratos, anexo VI. Ressalte-se que no Contrato de Compra e Venda, no qual a empresa SERRARIA FRANZÓI LTDA transfere a propriedade das instalações utilizadas pela empresa INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA para a empresa Cruzeiro Indústria e Comércio de Madeiras Ltda, consta, nas cláusulas 7ª e 8ª, que esta deve assumir o passivo trabalhista, fiscal, tributário e bancário, da empresa INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA, bem como providenciar uma alteração contratual desta, transferindo a totalidade das cotas do capital para novos sócios. Evidenciando que, DE FATO, a empresa INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA pertencia a família FRANZÓI, sendo os Srs. Mario Antônio Zagini e Antônio Zaghini, apenas pessoas interpostas na sociedade desta empresa.

5.4. Locação de mão-de-obra

5.4.1. Verificou-se, conforme lançamentos contábeis nas contas: 11576 — 3.01.01.01.01.0001 — Vendas de Serviços e da notas fiscais apresentadas, cópias, por amostragem, no anexo VII, que todo o faturamento resultante dos serviços de industrialização prestados pelas empresas INDUSTRIA DE MADEIRAS ANTONIO FRANZÓI LTDA e INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA, desde suas respectivas constituições, sempre foi, EXCLUSIVAMENTE, em benefício da empresa SERRARIA FRANZÓI LTDA.. Concluindo-se, portanto, não se tratar de uma mera prestação de serviços, mas tratar-se, DE FATO, de uma LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA daquelas para esta. Ressalte-se que, segundo esclarecimentos prestados pelas empresas, sequer havia contrato formal de prestação de serviços entre as mesmas”.

Item 6. Procurações

“6.1 Verificou-se que, logo após a constituição das empresas INDÚSTRIA DE MADEIRAS ANTONIO FRANZOI LTDA e INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA, as mesmas outorgaram procurações ao Sr. Armando FRANZOI (sócio da empresa SERRARIA FRANZOI LTDA) conferindo-lhe amplos poderes para gerir e administrá-las, evidenciando a interligação administrativa das empresas, conforme cópias anexo VIII”.

Item 7. Reclamatória Trabalhista

“7.1 Na Ação trabalhista movida pelo Sr. Valmor Cardoso ex-empregado das empresas INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA e SERRARIA FRANZÓI LTDA declara que as mesmas funcionavam no mesmo galpão, utilizavam-se do mesmo maquinário e dos mesmos funcionários e pertenciam ao mesmo grupo econômico familiar, administrado pelo Sr. Armando FRANZÓI, conforme copia no anexo IX”.

Item 8. Conclusão

“8.1. O objetivo da Lei 9.317/96 é dar tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas, desonerando-as da contribuição patronal sobre suas folhas de pagamento para que possam concorrer no mercado com as grandes empresas. Da análise dos fatos relatados nesta representação, conclui-se que:

- A mão-de-obra contratada pelas empresas interpostas, INDÚSTRIA DE MADEIRAS ANTONIO FRANZÓI LTDA e INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA (optantes pelo SIMPLES), utilizava as instalações e máquinas de propriedade da empresa SERRARIA FRANZÓI LTDA, cuja produção era, exclusivamente, em benefício desta. Configurando-se, portanto, a locação de mão-de-obra, DE FATO, daquelas para esta, prática vedada pela Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, inciso XII, letra “f”;

- As empresas SERRARIA FRANZÓI LTDA e INDÚSTRIA DE MADEIRAS ANTONIO FRANZÓI LTDA integram e a empresa INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA integrou até 30/06/2007, um Grupo Econômico, DE FATO, administrado pela família FRANZÓI. Sendo que a constituição de empresas com personalidades jurídicas distintas (desmembradas), sob o mesmo comando e direção, e com a participação de interpostas pessoas que não os verdadeiros donos, no caso da empresa INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA, objetivava reduzir o custo da mão-de-obra através da INDEVIDA opção pelo SIMPLES. Dessa forma, são atingidas pelo instituto da solidariedade determinado conforme legislação vigente.

8.2. GRUPO ECONÔMICO - Fundamentação Legal

8.3. As legislações previdenciária e trabalhista determinam o mesmo tratamento as empresas que compõem um grupo econômico, ou seja, todas são solidárias perante o fisco previdenciário e obrigações trabalhistas. Empregado que firma contrato de trabalho com determinada empresa, mesmo que com personalidade jurídica distinta das outras que formam o grupo, está prestando serviço a todas elas.

8.4. Definindo-se Grupo Econômico como sociedades juridicamente independentes submetidas à unidade de direção e compondo um conjunto de interesses comuns, é fato que os elementos encontrados em ação fiscal, nas empresas mencionadas, fornecem provas da confusão patrimonial e da interligação administrativa e econômica das empresas.

8.5. Assim, observando-se a legislação citada no item 2 — Fundamentação Legal, impõe-se a exclusão das empresas representadas do SIMPLES, com a aplicação do previsto no art.90, incisos IX, XII, letra “f” e XVII e art. 14º, inciso IV da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996”.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificadas do Ato de Exclusão do SIMPLES NACIONAL, a empresa INDÚSTRIA DE MADEIRAS ANTONIO FRANZOI LTDA apresenta, por intermédio de procurador legalmente constituído, manifestação de inconformidade, anexa às folhas 299 a 326, expondo suas razões de fato e de direito, a seguir resumidas.

I. DOS FATOS

Descreve seu objeto social e reproduz o ato de exclusão, como segue:

“- realização de locação de mão-de-obra (art. 17, inciso XII, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e art. 12, inciso XXIII da Resolução CGSN Nº 4/2007); e

- formação de grupo econômico, DE FATO, com as empresas INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA. (CNPJ: 05.409.753/0001-79) e SERRARIA FRANZÓI LTDA (CNPJ: 84.232.578/0001-63), conseqüentemente (sic), incidindo na restrição do artigo 30, inciso II da Lei Complementar nº 123 e do art. 12, inciso I da Resolução CGSN nº 4/2007”.

II. DAS PRELIMINARES

1. Do Efeito Suspensivo Da Impugnação

Defende que manifestação de inconformidade apresentada contra o ato de exclusão resultará na suspensão dos seus efeitos até decisão definitiva e irrecorrível da presente impugnação, bem como da exigibilidade do crédito tributário originário daquele, com base na Lei 5.172/66 do CTN.

2. Da Nulidade Formal Do ADE

Suscita a nulidade do ato de exclusão e de todos os demais que dele se originou, uma vez que embora o mesmo possua como autoridade responsável o Delegado da Receita Federal do Brasil em Blumenau é firmado pelo Sr. Ricardo Romanini Alchaar, sem que haja qualquer identificação desse signatário.

Colaciona julgado do Conselho de Contribuintes, no qual entende nula, por vício formal, a notificação de lançamento que não possui a identificação da autoridade que a expediu.

III. DO MÉRITO

Ultrapassadas as preliminares, protestam contra os motivos que consubstanciaram a exclusão porquanto não passam de meras presunções, sem qualquer suporte legal, conforme a seguir demonstrado.

1. Das Constituição Da Impugnante

Discorrem sobre sua atividade e o cumprimento de seus objetivos sociais e das legislações a que está obrigada.

Sustenta que foi automaticamente incluída no regime “Simples Nacional” e que, portanto, não havia nenhum impedimento para sua inclusão.

Afirmam que a alegação de que são constituídas por “pessoas interpostas” é totalmente desprovida de prova, pois suas atividades em nada se identificam com “locação de mão de obra” e, em momento algum, atingiram receita superior ao valor admitido pelo art.3º, II, da Lei Complementar 123/06.

a) Da Ocorrência Do Desmembramento Da Empresa

Assevera e comprova, através de seu ato de constituição, que não é resultado de desmembramento de outra empresa ou de pessoas interposta, mas, sim, “da constituição de nova empresa, com a finalidade de preencher um vácuo de mercado”.

Diz que não pode ser punida sem a constituição de provas cabais que, na verdade, inexistem. E que, mesmo que se tratasse de mesmo endereço da filial da outra empresa, o que não ocorre, não haveria qualquer ilegalidade.

Cita julgado do Conselho de Contribuintes que trata da questão do desmembramento de atividades em duas empresas na mesma área geográfica com fito racionalizarem as operações e diminuir a carga tributária.

Esclarece que a alega transferência de funcionários da suposta empresa desmembrada carece de prova. Nenhum dos seus funcionários foi admitido por transferência ou assunção de responsabilidade trabalhista. Cada qual foi admitido regularmente e, encontrava-se desempregado.

b) Da Outorga De Procuração

Assevera que nem mesmo a outorga da procuração trazida aos Autos, por si só, tem o condão de albergar a hipótese presumida pelo AFRFB.

Sustenta que o Auditor aduziu a interligação administrativa entre a empresa pelo simples fato da existência nos autos de cópia de uma procuração que outorgou a um dos sócios da empresa proprietária e locadora das máquinas e equipamentos que figura como locatária.

Aduz que o Auditor não trouxe aos autos nenhum documento que tenha sido assinado pelo outorgado no uso dos poderes outorgados ou qualquer prova ou indicio de uso da outorga.

Esclarece que foram trazidos aos autos documentos que, em seu nome/outorgante, foram pagos através de conta bancária da empresa locadora dos equipamentos e máquinas, na pessoa de seu administrador e outorgado. Afirma que tais despesas eram, de fato, da locadora e, não o fossem, poderia o outorgado ter realizado ou determinado o pagamento no uso dos poderes que lhe foram atribuídos.

Sustenta que inexistem provas materiais que possam levar à convicção de que a sociedade foi constituída por pessoas interpostas. E, ainda, que toda a legislação citada pelo AFRFB nos autos não dão suporte à sua pretensão de alegar excesso ao limite de receita, conforme previsto no art. 3º, II da LC 123/06, com a finalidade de exclusão do "SIMPLES NACIONAL".

2. Das Atividades Da Impugnante

Informa que uma das causas da exclusão do SIMPLES NACIONAL foi a presunção, ilegal diga-se de passagem, de atividade econômica impeditiva de opção pelo dito regime simplificado de tributação.

Para tanto, alega, entre outras:

a) Desenvolve Suas Atividades No Mesmo Endereço Da Empresa Serraria Franzói Ltda.

Aduz que as empresas encontram-se instaladas em endereços diferentes, embora seja na mesma rua os números são diferentes (uma no nº 1.828 e a outra no nº 1.856).

Sustenta que, desde que cada qual cumprindo com suas obrigações legais, não há qualquer dispositivo legal que impeça a instalação de uma ou mais empresas no mesmo local.

b) Constituição De "Grupo Econômico"

Explica que o Auditor, para caracterizar a existência de "grupo econômico", alega a existência de "confusão patrimonial", "forte interligação econômica e administrativa" e "utilização de interpostas pessoas". Todavia, entende que as condições imputadas para essa caracterização não são aquelas preconizadas pela Instrução Normativa - SRP nº 03, de 14/07/2005.

Aduz que o Auditor extrapolou de suas funções, porquanto não tem competência legal para desconstituir atos e negócios jurídicos perfeitos e legais.

Segue esclarecendo que o patrimônio de cada uma das empresas encontra-se regularmente escriturado dentro das normas legais contábeis, comerciais e tributárias; que os contratos de locação de máquinas e equipamentos foram apresentados, não restando qualquer dívida quanto à legalidade e efetividade dos mesmos; bem como não restou provado que os seus proprietários não são seus verdadeiros sócios quotistas.

Defende, ainda, que a figura e definição de "grupo econômico", nos termos da Lei, têm como único objetivo imputar responsabilidade solidária as empresas do "grupo" por débitos de receitas previdenciárias, não podendo o Auditor desvirtuar a norma legal com o fito de obter motivação (soma das receitas das empresas) para impor a exclusão do "SIMPLES NACIONAL". Eis que, não logrou êxito em provar a existência de quaisquer dos motivos elencados no art. 17 da LC 123/2006.

Prossegue mencionando jurisprudência administrativa do CARF relativamente à configuração de “grupo econômico de fato”.

Por fim, conclui que fazer parte de “grupo econômico” não tem condão para determinar ou admitir a somatória de receitas das empresas com o fito de exclusão do “SIMPLES NACIONAL”.

c) Da Locação de Mão-de-obra

Esclarece que seu objeto social é a industrialização de madeiras e que não há nenhuma ilegalidade a respeito de a empresa industrializar madeiras unicamente para um cliente, ou seja, não há impedimento legal ao fornecimento exclusivo.

Ressalva que, como qualquer empreendedor, foi constituída em virtude da existência de custo de oportunidade e a fim de ocupar um vácuo de mercado. E que nada impede que a ocupação de tal vácuo de mercado seja feito por intermédio de empresa constituída por pessoas que tenham ou tenham tido vínculo de emprego com aquela que oportunizou tal vácuo.

Também, salienta que não há nenhuma ilegalidade a respeito de a empresa industrializar madeiras unicamente para um cliente.

Afirma que, além da sua cliente ser a única empresa do ramo na região, a capacidade de produção aliada à viabilidade econômica e logística do empreendimento limitaram a sua atuação àquele fornecimento. Bem como, que a industrialização é prestada em obediência à padronização dos produtos da adquirente.

Sustenta, ainda, que admitir que suas operações são de locação de mão-de-obra seria desqualificar a existência constitucional e legal do Imposto Sobre Produtos Industrializados e a própria jurisprudência administrativa da RFB.

3. Da Retroatividade Da Exclusão

Aduz que, na hipótese de se admitir a exclusão, seus efeitos não poderão retroagir.

Defende que, da análise do texto legal, inexistente hipótese de o Ato de exclusão retroagir à data da inclusão no “SIMPLES NACIONAL”, 01/07/2007. Admiti-se que os efeitos deveriam retroagir ao mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva, conforme art. 31, II, da LC 123/2006.

Sustenta que, nos termos da LC 123/06, art. 31, II combinado com o art. 112 do Código Tributário Nacional, a produção dos efeitos somente se iniciará a partir do mês seguinte ao da exclusão, e, como o ADE de agosto de 2009, os efeitos da exclusão, se equivocadamente admitida, deverá vigorar a partir do mês de setembro de 2009.

Por fim conclui que “com a propositura da presente Manifestação de Conformidade, permanecerão suspensos todos

os efeitos decorrentes do ADE ora questionado, até a definitiva decisão administrativa, no contencioso ora instaurado”.

III – DO PEDIDO

Por fim, à vista do amplamente exposto, requer:

“a) Seja admitida a presente Manifestação de Inconformidade no seu efeito suspensivo, determinando a suspensão de todos os atos posteriores a lavratura do ADE ora Impugnado;

b) Declarada a nulidade do ADE nº 99, pelo fartamente exposto, eliminando os efeitos da exclusão eis que inexistentes os alegados motivos excludentes;

c) De outra forma anulando os efeitos retroativos da exclusão, prevalecendo os valores recolhidos no Regime de tributação Simplificada "SIMPLES NACIONAL" até o dia da exclusão, agosto de 2009”.

2. Em sessão de 13 de dezembro de 2012, a 5ª Turma da DRJ/FSN, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade, nos termos do voto relator, Acórdão nº 07-30.284 (fls. 354/375), cuja ementa recebeu o seguinte descritivo, *verbis*:

“ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES NACIONAL

Período de apuração: 01/07/2007 a 30/11/2009

DISPENSA DE EMENTA

Acórdão dispensado de ementa de acordo com a Portaria SRF nº 1.364, de 10 de novembro de 2004.

Manifestação de Inconformidade Improcedente Sem Crédito em Litígio”

3. A DRJ/FNS não acatou os argumentos da Recorrente, em síntese, sob os seguintes fundamentos:

Questões Preliminares

I. Da Ausência de Efeito Suspensivo da Impugnação e da Inocorrência de Decadência e Prescrição

3.1. Inexiste previsão em lei de atribuição de efeito suspensivo a recurso ou manifestação de inconformidade contra ato declaratório de exclusão do Simples Nacional.

3.2. Não há que se falar em prescrição ou decadência no presente caso, pois este processo não trata de crédito tributário.

II. Da Validade do Ato Declaratório Executivo

3.3. A alegação de nulidade dos atos declaratórios, em razão destes terem sido firmados por autoridade administrativa sem identificação de competência, foi afastada em face dos esclarecimentos prestados pela SACAT (fls. 438/439). Restou demonstrado que o auditor fiscal que assinou os atos administrativos ocupava o cargo de Delegado-Adjunto da RFB em Blumenau/SC.

3.4. No mais, as Portarias SRF nº 8440 e nº 60, ambas de 2007, conferiram competência para o auditor fiscal que firmou os atos de exclusão enquanto Delegado Adjunto da RFB, e, portanto, não há que ser falar em nulidade formal.

Questões de Mérito

I. Da Motivação

3.5. O relatório de representação a autoridade fiscal identificou situações impeditivas para a opção do regime tributário do Simples Nacional e apresentou adequada fundamentação calcada na legislação pertinente.

3.6. Os atos de exclusão não foram baseados em meras presunções. A comprovação material pode ser feita por um conjunto de indícios ou provas indiretas que, em conjunto, tem o condão de estabelecer a inequívocidade de uma situação de fato. Foram trazidos vários elementos de provas hábeis, por consequência lógica, a encadear as conclusões apresentadas no relatório de ação fiscal.

II. Das Evidências

3.7. Diferentemente do alegado pelas interessadas, houve comprovação material da infração ao longo do procedimento fiscal. O auditor procurou descrever em seu relatório fiscal situações que caracterizam a ocorrência da cessão de mão de obra, hipótese impeditiva para o Simples Nacional.

3.8. A partir das provas juntadas ao longo do procedimento fiscal, foi possível evidenciar que, a fim de evitar encargos previdenciários sobre a folha de pagamento, a empresa Serraria Franzói Ltda. transferiu seus empregados para as empresas manifestantes, ora excluídas do Simples Nacional, que passaram a recolher esses encargos sobre o faturamento. Portanto, a partir dessa dinâmica negocial, o grupo econômico formado pelas três empresas teve ganho fiscal significativo.

III. Da Cessão de mão de obra

3.9. O r. voto condutor, considerou estar caracterizada cessão de mão de obra na atividade relacionada à industrialização exclusiva de madeiras, vez que houve: (i) colocação de funcionários à disposição da contratante; (ii) realização do trabalho nas dependências do contratante; e (iii) realização de serviços contínuos.

3.10. Diante do conjunto probatório, restou demonstrado que as empresas Indústria de Madeiras Antonio Franzói Ltda e Industrial Salto Pilão Ltda foram criadas a partir da empresa Serraria Franzói Ltda, para que o grupo econômico usufrísse dos benefícios do Simples Nacional.

IV. Da Desconstituição de Ato e Negócios Jurídicos

3.11. Diferente do alegado pelas interessadas, a fiscalização não afastou a existência jurídica das empresas Indústria de Madeiras Antonio Franzói Ltda e Industrial Salto Pilão Ltda, mas apenas demonstrou o desdobramento da formação de um grupo econômico de fato e da cessão de mão de obra.

V. Da Retroatividade Da Exclusão

3.12. Como a opção da contribuinte ao novo regime de tributação se deu automaticamente, não há que se falar em novo período pra fins de produção dos efeitos da presente exclusão. Assim, os efeitos da exclusão do ADE nº 99/2009 devem se manter a partir do mês em que foi incorrida a situação excludente, qual seja, o mês de julho de 2007.

4. Cientificada da decisão (AR de 11/01/2013, fl. 379) a **empresa Indústria de Madeiras Antonio Franzói Ltda. ME** interpôs Recurso Voluntário (fls. 428/461) em 08/02/2013, reiterando as razões já expostas na manifestação de inconformidade de fls. 299/326), em especial para: (i) ser acolhida a preliminar de nulidade do acórdão da DRJ em razão dos vícios de forma e pela ausência de apreciação de alegações; (ii) ser acolhida preliminar de cerceamento de defesa em razão da ausência de intimação da Recorrente; (iv) seja reconhecido o efeito suspensivo do ato de exclusão do Simples; e (v) ser reconhecido a nulidade formal e material do ato administrativo declaratório de exclusão do Simples Nacional.

5. Cientificada da decisão (AR de 11/01/2013, fls. 380) a **Solidária Serraria Franzói Ltda. EPP** interpôs Recurso Voluntário (fls. 382/416) em 08/02/2013, reiterando as razões já expostas nos instrumentos de defesa **da empresa Indústria de Madeiras Antonio Franzói Ltda. ME**, em especial para: (i) ser acolhida preliminar de cerceamento de defesa em razão da ausência de notificação da Recorrente a respeito da sua inclusão no polo passivo da lide; (ii) ser declarada a nulidade da decisão de piso por vícios de forma em razão da ausência de apreciação de matéria impugnada; (iii) seja reconhecido o efeito suspensivo do ato de exclusão do Simples; e (iv) ser reconhecido a nulidade formal e material do ato administrativo declaratório de exclusão do Simples Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheira Gisele Barra Bossa, Relatora.

6. Inicialmente, com relação ao Recurso Voluntário apresentado pela **Solidária Serraria Franzói Ltda EPP** (fls. 382/416), consigno que até a decisão proferida pela DRJ (fls. 354/375) a empresa sequer havia sido notificada a respeito de sua inclusão no polo passivo da lide. Às fls. 380, foi feita a primeira notificação à Serraria para ciência do Acórdão da DRJ.

7. A própria decisão de piso, não faz qualquer menção a questão da solidariedade, isso porque o objeto da lide é a procedência ou não da Exclusão da empresa **Indústria de Madeiras Antonio Franzói Ltda. ME** do Simples Nacional, a empresa **Serraria Franzói Ltda EPP** carece de interesse de agir e legitimidade.

8. Portanto, deixo de apreciar o Recurso Voluntário ante ausência de pressupostos processuais (artigo 17, da Lei nº 13.105/2015) e consigno que as decisões

proferidas nestes autos não atingem a empresa **Serraria Franzói Ltda EPP**. Não há que se falar aqui em responsabilidade solidária, vez que essa questão sequer foi objeto deste processo administrativo (verdadeira impossibilidade jurídica).

9. O Recurso Voluntário da **Indústria de Madeiras Antonio Franzói Ltda. ME** (fls. 428/461) é tempestivo e cumpre os demais requisitos legais de admissibilidade, razão pela qual deles tomo conhecimento e passo a apreciar.

10. A ora Recorrente apresenta suas considerações a respeito de cada fato apontado pela autoridade fiscal, na tentativa de afastar o Ato Declaratório Executivo nº 99, de 04 de agosto de 2009, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 2006, que restou por excluí-la do regime especial de tributação.

Questões Preliminares

I. Da Ausência de Efeito Suspensivo e da Inocorrência de Decadência e Prescrição

11. A Recorrente argúi pela suspensão dos efeitos da exclusão até sua decisão definitiva e irrecorrível, bem como pela prescrição do direito da RFB exercer seu poder de polícia.

12. O Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo tributário, não trata da atribuição de efeito suspensivo à manifestação de inconformidade apresentada contra ato de exclusão, tampouco a legislação do Simples Nacional.

13. Ademais, o artigo 151, inciso III, do CTN, não se aplica à exclusão de regime tributário, haja vista tratar-se de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e **não da suspensão do ato declaratório de exclusão de regime tributário**, com quis crer a Recorrente.

14. Atente-se ainda que, nos termos do artigo 61, da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, aplicável, também, ao processo administrativo fiscal em caráter subsidiário, salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo:

“Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.

Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso”.

15. Portanto, em linha com a decisão de piso, considero que inexistente previsão em lei de atribuição de efeito suspensivo a recurso/manifestação de inconformidade contra ato declaratório de exclusão do Simples Nacional.

16. A própria Súmula CARF nº 77 não deixa dúvidas, *verbis*: “A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão”

17. No mais, não cabe nos presente autos falar em prescrição/decadência, pois o processo em análise sequer tem como objeto lançamento de crédito tributário.

18. Sabemos que é dever da autoridade administrativa competente, em atividade vinculada, tão logo constatada qualquer infração à legislação tributária, lançar de ofício os créditos tributários decorrentes da exclusão do Simples Nacional, a fim de preservá-los da decadência, instaurando-se, com a apresentação da impugnação, o contencioso administrativo, que terá seguimento normal, observado o rito do Decreto nº 70.235/72.

II. Da Ausência de Nulidade Formal no ADE

19. A Recorrente defende que o ADE nº 99, de 2009, deve ser anulado, porquanto possui como autoridade responsável o Sr. Edison José Santana da Cruz (Delegado da Receita Federal do Brasil em Blumenau), porém foi firmado pelo Sr. Ricardo Romanini Alchaar, o qual não possui nenhuma identificação.

20. Contudo, o teor da resposta de fls. 438/439 teve o condão de evidenciar que o Sr. **Ricardo Romanini Alchaar**, Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, matrícula nº 1188220, que, em 04/08/2009, assinou o Ato Declaratório Executivo, era autoridade competente. Tal fato foi consignado na decisão de piso e no Recurso Voluntário aqui em análise, nada trouxe para contestar este fato.

21. Vejam que, o auditor fiscal Sr. **Ricardo Romanini Alchaar**, ocupava à época o cargo de Delegado-Adjunto da Receita Federal do Brasil em Blumenau/SC, conforme Portaria SRF Nº 8.440 publicada na Seção 2, da Edição Extra do DOU Nº 83-A, de 02/05/2007 (fl. 294), tendo assinado o ato na condição de substituto do Delegado Titular, o Sr. EDISON JOSÉ SANTANA DA CRUZ.

22. Demais disso, conforme Portaria nº 60, de 07 de agosto de 2007, publicada no Diário Oficial da União, no dia 14 de agosto de 2007, ao Delegado Adjunto da Receita Federal do Brasil em Blumenau foram conferidas todas as competências passíveis de delegação previstas no Regimento Interno e na legislação tributária.

23. Nesses termos, não há que se falar em nulidade formal, visto que os referidos atos de exclusão atenderam às formalidades legais exigidas e foram .

24. No mais, somente ensejam a nulidade os despachos ou decisões proferidos com preterição do direito de defesa, nos termos do artigo 59, do Decreto nº 70.235/72, *verbis*:

“ Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

25. No presente caso, não verifico qualquer nulidade formal ocasionada pela inobservância do disposto nos artigos 10 e 59, tampouco dos requisitos constantes do artigo 5º, incisos V e XXXIII, da Constituição Federal e artigo 142 do Código Tributário Nacional.

26. A Recorrente notoriamente compreendeu a imputação que lhe foi imposta e a autoridade fiscal cumpriu as exigências legais para sua Exclusão do Simples Nacional.

Do Mérito

27. Superada as questões preliminares, passa-se a análise do mérito baseada nos elementos de provas constantes dos autos.

I. Da Motivação dos ADEs

28. Em decorrência do trabalho realizado pela autoridade fiscalizadora, restou evidenciado que: (i) as empresas Industrial Salto Pilão Ltda e Indústria de Madeiras Antonio Franzói Ltda constituíam-se em desmembramentos da empresa Serraria Franzói Ltda; (ii) a mão de obra das empresas interpostas utilizava as instalações e máquinas de propriedade da empresa Serraria Franzói Ltda, o que foi considerado locação de mão de obra daquelas para esta; e (iii) as empresas Serraria Franzói Ltda, Indústria de Madeiras Antonio Franzói Ltda e a Industrial Salto Pilão Ltda, sendo essa até 30/06/2007, integram um Grupo Econômico de fato, administrado pela família FRANZÓI.

29. Com base nas constatações da autoridade fiscal, a DRF/Blumenau emitiu o ADE nº 99/2009 para exclusão do Simples Nacional da empresas Indústria de Madeiras Antonio Franzói Ltda, por afronta ao artigo 17, inciso XII e ao artigo 3º, inciso II, ambos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

30. Em seus instrumentos de defesa, a ora Recorrente (Indústria de Madeiras Antonio Franzói Ltda) insiste em dizer que o ADE nº 99/2009 carece de motivação. Mas, evidencio: (i) estarem todas as situações identificadas suportadas pela legislação de regência e constarem do referido ato de exclusão; (ii) que a autoridade fiscal direcionou seus trabalhos de forma a identificar a ocorrência de situações impeditivas para opção ao regime especial de tributação e não no sentido de desconsiderar operações lícitas por elas desenvolvidas.

31. Desse modo, considero plenamente válido o ADE nº 99/2009, vez que respeitou as exigências legais e trouxe eficaz motivação ao ato.

II. Das Evidências

32. Diferentemente do alegado pela Recorrente, houve comprovação material da infração ao longo do procedimento fiscal. O auditor procurou descrever em seu relatório fiscal situações que caracterizam a ocorrência da cessão de mão de obra, hipótese impeditiva para o Simples Federal.

33. A fiscalização procedeu à análise de diversos documentos comprobatórios, dentre os quais: (i) documentos contábeis, para demonstrar a interligação econômica e administrativa (Representação Administrativa do Grupo Franzói (RAGF), fls. 05/06); (ii) contratos sociais, alterações posteriores ao contrato social e a composição acionária de cada uma das empresas envolvidas para demonstrar o desmembramento da Serraria Franzói Ltda (RAGF, fl. 03/04); e (iii) dados de folhas de pagamento e demonstrativos constantes do sistema CNIS para demonstrar a questão da interposta pessoa (RAGF, fl. 04/05).

34. Portanto, é inequívoco que a exclusão do Simples Nacional não foi baseada em meras presunções, vez que foram trazidos vários elementos de provas hábeis, por consequência lógica, a encadear as conclusões apresentadas no relatório de ação fiscal.

35. Por mais que a Recorrente afirme ter autonomia em relação à empresa Serraria Franzói Ltda em razão de: (i) estarem instaladas em números diferentes (contratos de fls. 168 e seguintes); (ii) exercer prestação de serviços à outros destinatários, considero que tais evidências não conseguem afastar a construção probatória e conclusões trazidas no relatório fiscal.

36. Vejam que, o imóvel que consta no Contrato de Locação, de fls. 168/169, é onde funcionava o setor de produção da locadora, Serraria Franzói Ltda. E, por mais que a ora Recorrente tenha trazido aos autos cópias de notas fiscais onde constam outros destinatários, não restou provado se os valores comercializados com as outras empresas são significativos se comparados com a receita oriunda dos produtos vendidos para Serraria Franzói Ltda.

37. Ademais, não merece prosperar alegação da Recorrente de que não há provas da transferência de funcionários da suposta empresa desmembrada, pois de acordo com a Representação Fiscal, além das máquinas e equipamentos utilizados pela interessada serem de propriedade da comandante (Serraria Franzói Ltda), o número de funcionários da Serraria Franzói Ltda. passou de 49 para 10 em 2001, ano de constituição da Indústria de Madeiras Antonio Franzoi Ltda e o seu faturamento aumentou de R\$ 2.775.572,31 para R\$ 3.296.209,45.

38. Adicionalmente, a análise proferida pela autoridade fiscal tomou como base nos elementos extraídos dos sistemas informatizados da RFB, alimentados pelas informações prestadas pela própria Recorrente, como segue:

“Os empregados que constavam na folha de pagamento da empresa SERRARIA FRANZÓI LTDA, até os meses de 02/2001 e 03/2001, FORAM TRANSFERIDOS, a partir do mês de 04/2001, para a folha de pagamento da empresa INDÚSTRIA DE MADEIRAS ANTÔNIO FRANZÓI LTDA, conforme relatórios – Demonstrativo da Composição da Base de Cálculo (DCBC) dos referidos meses, extraídos do CNIS, informados pelas empresas em GFIP, anexo III”.

39. Afirma que as duplicatas pagas pelo Sr. Armando Franzói através de contas bancárias da empresa Serraria Franzói Ltda, embora registradas na contabilidade da Indústria de Madeiras Antonio Franzói Ltda e da Industrial Salto Pilão Ltda, pertencem à empresa Serraria Franzói Ltda. Confirma, também, a existência da procuração que outorgou poderes a um dos sócios da empresa proprietária e locadora das máquinas e equipamentos que figuram como locatárias.

40. Portanto, os esclarecimentos prestados pela Recorrente acabam por reforçar as conclusões trazidas pela autoridade fiscalizadora, vez que confirmam a confusão patrimonial, interligação econômica e administrativa das empresas.

41. À vista das evidências coletadas pelo Auditor, resta claro que as interessadas foram constituídas por interpostas pessoas, pelo que se comprova através de trechos do Relatório Fiscal, a seguir reproduzidos:

“8.1 O objetivo da Lei 9.317/96 é dar tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas, desonerando-as da contribuição patronal sobre suas folhas de pagamento para que possam concorrer no mercado com as grandes empresas. Da análise dos fatos relatados nesta representação, conclui-se que:

As empresas SERRARIA FRANZOI LTDA e INDÚSTRIA DE MADEIRAS ANTONIO FRANZOI LTDA integram e a empresa INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA integrou até 30/06/2007, um Grupo Econômico, DE FATO, administrado pela família FRANZOI. Sendo que a constituição de empresas com personalidades jurídicas distintas (desmembradas), Inds sob o mesmo comando e direção, e com a participação de interpostas pessoas que não os verdadeiros donos, no caso da empresa INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA, objetivava reduzir o custo da mão-de-obra através da INDEVIDA opção pelo SIMPLES.

5.3 Propriedade das instalações utilizadas pelas empresas INDÚSTRIA DE MADEIRAS ANTONIO FRANZOI LTDA e INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA.

5.3.1 Constatou-se que os prédios e as máquinas, utilizadas pela mão-de-obra contratada pelas empresas referidas acima, pertencem a empresa SERRARIA FRANZOI LTDA, conforme consta no Ativo Permanente dos Balanços Patrimoniais das empresas, anexo V, e conforme os contratos, anexo VI. Ressalte-se que no Contrato de Compra e Venda, no qual a empresa SERRARIA FRANZOI LTDA transfere a propriedade das instalações utilizadas pela empresa INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA para a empresa Cruzeiro Indústria e Comércio de Madeiras Ltda, consta, nas cláusulas 7ª e 8ª, que esta deve assumir o passivo trabalhista, fiscal, tributário e bancário, da empresa INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA, bem como providenciar uma alteração contratual desta, transferindo a totalidade das cotas do capital para novos sócios. Evidenciando que, DE FATO, a empresa INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA pertencia a família FRANZOI, sendo os Srs. Mario Antônio Zagini e Antônio Zaghini, apenas pessoas interpostas na sociedade desta empresa”.

42. Conclui-se, portanto, que a empresa Serraria Franzói Ltda., a fim de evitar os encargos previdenciários sobre a folha de pagamento, transferiu seus empregados para as empresas excluídas, que, optantes pelo Simples Nacional, passaram a recolher esses encargos sobre o faturamento, de modo que o Grupo Econômico formado pelas três empresas obteve um ganho proporcionado pela redução no ônus tributário.

43. E, muito embora no ADE nº 99 não conste expressamente como razão da exclusão a “constituição de pessoa jurídica por interposta pessoa”, ao contrário do que ocorreu no ADE nº 98, não há motivo para sua declaração de nulidade.

44. Isto porque, nele consta como fundamento da sua exclusão a “*formação de grupo econômico de fato*” (fl. 283), entre as empresas envolvidas, o que é consequência lógica e fática da interposição de pessoas.

45. Ainda que assim não o fosse, vale destacar que as duas razões nele declinadas são suficientes para a sua exclusão da Recorrente do Simples Nacional, quais sejam:

1. Realização de locação-de-mão (art. 17, inciso XII da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e art. 12, inciso XXIII da Resolução CGSN nº 4/2007); e

2. Formação de Grupo Econômico, DE FATO, com as empresas INDUSTRIAL SALTO PILÃO LTDA (CNPJ: 05.409.753/0001 79) e SERRARIA FRANZÓI LTDA (CNPJ: 84.232.578/0001-63), conseqüentemente, incidindo na vedação imposta pelo art. 3º, inciso II da Lei Complementar nº 123/2006 e do art. 12, inciso I da Resolução CGSN nº 4/2007).

46. No mais, não procede a alegação da Recorrente de que a autoridade fiscal teria somado as receitas das três empresas.

47. *In casu*, as receitas das empresas excluídas eram predominantemente originadas de faturamento destas contra aquela. Ou seja, sob a ótica da figura da interposta pessoa, esses rendimentos são nulos ou inexistentes. O que interessa para fins de enquadramento no Simples Nacional, quando se analisa a constituição de empresa por interposição de pessoas, são as receitas geradas por faturamentos contra pessoas estranhas a esse grupo.

48. A empresa do grupo que faturava contra pessoas estranhas a ele era apenas a Serraria Franzói Ltda. Além disso, há que se ter sempre em mente que a mão de obra de fato pertencia à Serraria Franzói Ltda.

49. Portanto, o que interessa aqui não é o somatório do faturamento das três empresas, mas tão somente a receita da **Serraria Franzói Ltda**, a qual, por sua vez, no período de 2001 a 2007 sempre ultrapassou os limites de R\$ 2.400.000,00 e R\$ 3.600.000,00. Este foi o parâmetro utilizado para fins de enquadramento no Simples Federal e no Simples Nacional, o qual, por consequência, ensejou a exclusão das empresas pertencentes ao referido grupo econômico, dentre elas a ora Recorrente.

50. Ressalte-se que, se as receitas das excluídas fossem provenientes de faturamentos de pessoas jurídicas estranhas ao grupo, seria perfeitamente cabível o somatório das receitas dessas três quando da verificação do limite legal permitido para fins de enquadramento no Simples Nacional. *In casu*, como restou demonstrado que as empresas excluídas, na realidade, só existem como pessoas jurídicas autônomas formalmente, o valor considerado foi a receita da **Serraria Franzói Ltda**.

51. Do exposto, não procede a alegação da Recorrente.

III. Da Cessão de mão de obra

52. A Recorrente entende que industrializar madeiras unicamente para um cliente, além de não representar nenhuma ilegalidade, não caracteriza a cessão de mão de obra.

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

54. Para elucidar o litígio, vale ressaltar que o Parecer nº 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)”.

55. O Parecerista, concluiu que restam impedidas de optar pelo Simples Nacional 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)”.

56. 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”.

57. É oportuno transcrever o artigo 23, da Lei nº 9.711/98, que conferiu nova redação ao artigo 31 da Lei nº 8.212/91, 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, entende-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.

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

III – empreitada de mão-de-obra”

58. A partir da definição expressa na Lei nº 9.711/98, 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.

59. O próprio artigo 17, inciso XII, da LC nº 123/2006, também traz expressa essa vedação e equipara cessão à locação de mão de obra, *verbis*:

"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;"

60. No entanto, para caracterizar a cessão de mão de obra, faz-se necessária a presença de três requisitos: colocação de funcionários à disposição da contratante, em suas dependências e para a realização de serviços contínuos.

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

62. Não bastassem as evidências trazidas aos autos pela autoridade fiscalizadora, o ex-empregado das empresas Industrial Salto Pilão Ltda e Serraria Franzói Ltda, Sr. Valmor Cardoso, nos autos a ação trabalhista, declarou as referidas empresas funcionavam no mesmo galpão, utilizavam-se do mesmo maquinário e dos mesmos funcionários e pertenciam ao mesmo grupo econômico familiar, administrado pelo Sr. Armando FRANZÓI.

63. Pelo exposto, entendo que restou caracterizada a locação ou a cessão de mão de obra, para efeito de exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

IV. Da Desconstituição de Atos e Negócios Jurídicos

64. Ao contrário do alegado pela Recorrente, a autoridade fiscal não afastou a existência jurídica da empresa Indústria de Madeiras Antonio Franzói Ltda, nem interrompeu suas atividades empresariais, mas cuidou de analisar a existência de situações impeditivas à opção pelo regime de tributação do Simples Nacional. *In casu*, a efetiva formação de grupo econômico e a prática da cessão de mão de obra.

65. Tal providência é atividade vinculada da autoridade fiscal, sob pena de responsabilidade funcional. Tem a prerrogativa de averiguar se os contribuintes que optaram pelo regime de tributação do Simples Nacional podem de fato usufruir dos benefícios desta modalidade.

66. É certo que, o contribuinte pode organizar seus negócios de forma a buscar um melhor desempenho de suas atividades empresariais, com fundamento no princípio constitucional da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV, da CF/88). Contudo, diante da realidade fática, deve respeitar os requisitos legais capazes de legitimar suas escolhas.

67. Se o contribuinte escolhe regime de tributação cuja opção lhe é vedada, não estamos aqui tratando de obstar a livre iniciativa, desconsiderar atos ou negócios jurídicos, mas de buscar a realidade subjacente ou verdade material.

68. Por fim, considero incontroversa a aplicação dos efeitos retroativos da exclusão do Simples Nacional o ADE nº 99/2009. A r. decisão de piso, consignou expressamente: "*os efeitos da exclusão do ADE nº 99/2009 devem se manter a partir do mês em que foi incorrida a situação excludente, qual seja, o mês de julho de 2007*".

Conclusão

69. Diante do exposto, VOTO no sentido de CONHECER do presente RECURSO VOLUNTÁRIO, e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Processo nº 13971.003092/2009-91
Acórdão n.º **1201-002.239**

S1-C2T1
Fl. 24

(assinado digitalmente)

Gisele Barra Bossa