



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.722736/2012-49
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1201-004.769 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 18 de março de 2021
Recorrente VIA GERMANIA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

SIMPLES. CONSTITUIÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. CARACTERIZAÇÃO. EXCLUSÃO.

Considerando as robustas provas apresentadas pela Fiscalização que não se limitou a análise de documentos, mas por diligência no estabelecimento da contribuinte, com fotografias do local e dos maquinários, coleta de depoimento dos sócios e dos trabalhadores conclui-se que apesar de formalmente distintas a contribuinte e a empresa Tex-10 formavam uma empresa única, com unicidade de administração financeira e operacional, sendo a contribuinte a fornecedora de mão-de-obra, pelo fato de usufruir ilicitamente do benefício de recolhimento menor de contribuições previdenciárias sobre a folha de pagamento por ser optante do SIMPLES Nacional.

SIMPLES. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO. EXCLUSÃO.

Constata-se que a atividade exercida pela contribuinte não se alterou desde o início de sua opção ao SIMPLES Nacional, e que restaria vedada por restar caracterizada que fazia parte de um grupo econômico, no qual fornecia a mão-de-obra, por obter vantagem em relação ao recolhimento de contribuições previdenciárias.

SIMPLES. DECADÊNCIA PARA ATO DE EXCLUSÃO. INEXISTÊNCIA

A exclusão tem como base legal os artigos 17, inciso XII e art. 29, inciso V, §1º da Lei Complementar 123 de 2006, conforme estampado no ADE e não há limite temporal para o ato de exclusão conforme se verifica na leitura do referido diploma legal que instituiu o regime tributário diferenciado não se lhe aplicando o prazo quinquenal previsto no art. 150 do CTN por não se tratar de lançamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigênio de Freitas Júnior, Gisele Barra Bossa, Wilson Kazumi Nakayama, Jeferson Teodorovicz, Fredy José Gomes de Albuquerque e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão 07-33.105, de 24 de outubro de 2013, da 5ª Turma da DRJ/FNS que julgou improcedente, a manifestação de inconformidade apresentada pela contribuinte contra o ADE – Ato Declaratório Executivo n.º 42, de 18 de outubro de 2012, da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Blumenau/SC, que a excluiu do SIMPLES Nacional.

Por bem retratar os fatos até a apresentação da manifestação de inconformidade, e por economia processual, reproduzo o Relatório do acórdão combatido, complementando-o mais adiante:

I. DO ATO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

Trata-se de manifestação de inconformidade da empresa VIA GERMÂNIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. EPP contra exclusão do Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, mediante o Ato Declaratório Executivo n.º 42, de 18 outubro de 2012, emitido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Blumenau (SC).

A exclusão teve origem na Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional de 18/10/2012, e foi motivada na extrapolação do limite legal da receita bruta anual, assim considerada a soma da receita bruta das sociedades empresárias Via Germânia Industria e Comércio Ltda. EPP. e da Tex-10 Indústria Têxtil Ltda. (CNPJ 05.595.364/0001/12), integrantes de grupo econômico de fato e, ainda, na constatação da atividade vedada de locação de mão-de-obra por parte da Via Germânia Industria e Comércio Ltda. EPP.

Os efeitos da exclusão, de acordo com o art. 2º do citado ADE, operaram-se retroativamente a 01/07/2007, nos termos do inciso VI do art. 6º da Resolução CGSN n.º 15/2007 (Redação dada pela Resolução CGSN n.º 20, de 15 de agosto de 2007).

Consoante a Representação Administrativa que ampara o ato de exclusão, no procedimento fiscal levado a efeito contra as empresas Via Germânia Indústria e Comércio Ltda. EPP e Tex-10 Indústria Têxtil Ltda, restaram apuradas as infrações antes descritas, motivadas, em síntese, nos seguintes termos:

(...)

V- CONCLUSÃO

Da análise dos fatos relatados nesta representação concluímos que a VIA GERMÂNIA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA. - EPP é apenas uma extensão fornecedora de mão-de-obra da empresa TEX-10 INDUSTRIA TÊXTIL LTDA., embora seja proprietária do prédio-sede, e ambas se uniram em 18/03/2004 objetivando fundir seus negócios, ao mesmo tempo que afastar a incidência de contribuição previdenciária patronal e devidas a Terceiros/Outras Entidades sobre a remuneração paga aos seus trabalhadores, através da opção indevida pelo SIMPLES Nacional por parte da Via Germânia.

2. O objetivo da Lei 9.317/96, assim como a Lei Complementar N° 123/2006 foi dar tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas, desonerando-as da contribuição patronal sobre suas folhas de pagamento para que pudessem concorrer no mercado com as grandes empresas.

3. A VIA GERMÂNIA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.- EPP se enquadrou indevidamente na condição acima, no período 01/07/2007 a 31/12/2010, uma vez que na condição apenas de prestadora de serviços à mantenedora, Tex-10, e sob a total dependência econômica desta última, fica caracterizada a formação de grupo econômico de fato.

4. Estas constatações são resumidas nos seguintes itens conclusivos:

- Mesmo Objeto social e relação de exclusividade nas relações comerciais entre as duas empresas;*
- Relações unicamente familiares entre os membros da administração;*
- Distribuição irregular do patrimônio das empresas;*
- Dependência da Via Germânia de fretes e estoque de matéria-prima, em relação à mantenedora Tex-10;*
- Faturamento anual da Via Germânia incompatível com o número médio de empregados, se comparado com os dados da Tex-10, atuando ambas no mesmo ramo de atividade e comprovadamente seus trabalhadores executando serviços de manufatura que se complementam, no claro intuito de sonegar contribuição previdenciária e beneficiar-se do regime tributário diferenciado;*
- Discrepâncias gritantes entre as empresas, marcadamente pelo domínio da Tex-10 sobre a Via Germânia, no que se refere a despesas financeiras, combustíveis e lubrificantes, material de expediente, fretes e carretos e receita bruta com vendas e serviços;*
- Objeto social real da Via Germânia exclusivamente de locação de mão-de-obra para a Tex-10, atividade vedada pelo art. 17, inciso XII, da Lei Complementar n° 123/2006;*
- Administração, de fato, pelo sócio-administrador da Tex-10 e Via Germânia, Edson Schindwein, sendo a pessoa que recebeu a Auditoria, prestou informações e detalhou sobre o funcionamento das empresas discorrendo sobre máquinas, equipamento e estoques, assim como o processo produtivo;*
- A ausência de formalidade nos contratos firmados entre as duas empresas, seja para a prestação de serviços e venda de produtos por parte da Tex-10, seja para pagamento de aluguel, água e esgoto;*
- Dependência da Tex-10 para a sua instalação física, sendo dependente do imóvel de propriedade da Via Germânia.*

5. Assim, deve ser observada a legislação citada no TITULO II - Fundamentação Legal - para a exclusão do SIMPLES, no período 01/07/2007 a 31/12/2010, tendo em vista o

descumprimento previsto no art. 17, inciso XII e art. 29, inciso V da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, qual seja, a existência da atividade de locação de mão-de-obra por parte da empresa VIA GERMÂNIA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.- EPP à empresa TEX-10 INDUSTRIA TÊXTIL LTDA., na formação de grupo econômico de fato, cuja soma dos faturamentos anuais extrapolou os limites previstos em lei, com o intuito de beneficiamento indevido através de opção em regime tributário diferenciado.

Em vista dos fatos acima representados, foi exarado o Ato Declaratório Executivo n.º 42, de 18 outubro de 2012, emitido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Blumenau (SC), que excluiu a empresa do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/07/2007.

II. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificada do Ato de Exclusão, a sociedade empresária Via Germânia Industria e Comércio Ltda. EPP apresentou manifestação de inconformidade, expondo razões de fato e direito em síntese relatadas:

Nulidade do ato de exclusão

Após a exposição fática do ato administrativo de exclusão, alega a nulidade do mesmo, porque o fundamento jurídico adotado para a exclusão do Simples está relacionado a suposta prática de atividade de locação de mão-de-obra (art. 17, inc. XII, da LC n.º 123/2006), e, por outro lado, foi apontado outro motivo sem definição legal para excluí-la do Simples, qual seja, a suposta existência de grupo econômico de fato entre a Recorrente e a empresa Tex-10.

Aponta outra irregularidade, relacionada ao fundamento utilizado para delimitar os efeitos da exclusão. Refere que a Representação Fiscal aponta dois prazos distintos previstos na LC n.º 123/2006, a saber: *(a)* art. 29, inc. V, §1º - tal dispositivo preconiza que a exclusão produzirá efeitos a partir do mês que restar constatada as hipóteses de exclusão previstas nos incs. II a XII do caput; e *(b)* arts. 30, inc. II e 31, II - que determina que a exclusão produzirá efeitos a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva para permanência no Simples Nacional. Por sua vez, o ADE n.º 42, de 2010, aponta que a exclusão produz efeitos retroativos a 01/07/2007, nos termos do inciso VI do art. 6º da Resolução CGSN n.º 15/2007, o qual, em suma, traz uma série de hipóteses que poderiam justificar a exclusão de ofício do contribuinte do Simples Nacional, não havendo como apurar em qual hipótese a manifestante, em tese, se enquadraria, restando prejudicada a sua defesa nesse ponto específico.

Concluiu que o ato de exclusão não está adequado à legislação, sendo inválido por cercear o direito de defesa do contribuinte e ignorar o princípio da legalidade estrita que rege as relações jurídico-tributárias.

Inexistência de grupo econômico de fato

Alega que, apesar de o Relatório Fiscal e o Ato Declaratório não ter fundamentado expressamente como hipótese de exclusão a suposta existência de grupo econômico de fato, buscará demonstrar a sua inexistência.

Argumenta que a fiscalização ignorou que há dois anos a Recorrente não está mais enquadrada no Simples Nacional, e que a realidade fática atual da empresa não poderia ser projetada para comprovar supostas situações ocorridas nos anos

de 2007 a 2010. Ainda, considerando a data da ciência da exclusão, verificada em 25/10/2012, todas as informações anteriores a setembro de 2007 não poderiam justificar a exclusão da empresa do Simples, tendo em vista o transcurso do prazo decadencial (art. 150, §4º, do CTN).

Assegura que, apesar não haver qualquer fundamento quanto a existência do grupo econômico de fato, o relatório fiscal defendeu a existência da obrigação solidária entre a Recorrente e a Tex-10, fundamentada no art. 2º, parágrafo 2º, da CLT e art. 30, IX, da Lei n.º 8.212, de 1991. Quanto a legislação trabalhista, entende que somente se aplica para os efeitos da relação de emprego. Já a norma legal previdenciária também é inaplicável, porque de acordo com jurisprudência pacífica dos tribunais pátrios, responsabilidade tributária é matéria que somente pode ser regida por lei complementar (art. 146, III, b, da CF), não podendo ser tratada por lei ordinária, citando decisão do STJ sobre o tema. Entende que no campo do Direito Tributário não existe solidariedade decorrente de “grupo econômico”, o que por si só afasta a aplicação do art. 124, incisos I e II, parágrafo único, do CTN, apontados pela fiscalização.

Discorre que a Vila Germânia foi constituída em 30/03/2001 e desde a sua constituição está estabelecida na cidade de Indaial, que sua atividade preponderante é a prestação de serviços para a indústria têxtil, contando com máquinas e mão-de-obra próprias, entretanto, não tem despesas expressivas relacionadas com a aquisição de matéria-prima, porque estas despesas são arcadas pelos contratantes dos serviços. Diz que agrega ao referido processo de produção os seus custos diretos e indiretos e que as despesas necessárias à execução das atividades estão todas lançadas na contabilidade da empresa (fls. 174 a 177 do Processo Administrativo), inexistindo qualquer indício de irregularidade ou fraude.

Tocante a contabilidade, diz que a única observação feita pela fiscalização é de que não haveria nenhuma conta específica com o nome da empresa Tex-10. Entretanto, além de a afirmação não corresponder à realidade, as empresas optantes do Simples Nacional poderão adotar contabilidade simplificada para os registros e controles das operações realizadas (art. 27 da LC n.º 123/2006), de modo que a formalidade apontada pela fiscalização não poderia ser exigida da Recorrente.

No que tange à administração da empresa Via Germânia, aduz que era exercida pelo Sr Edson Schlindwein (fls. 36 a 52).

Defende que sua infraestrutura é adequada para o desenvolvimento de suas atividades, inclusive no período em que estava enquadrada no Simples Nacional, e que não há qualquer justificativa, pelo menos no presente caso, para que a fiscalização julgue se a "idade" ou a quantidade de máquinas é suficiente ou não para atender a demanda de produção da empresa, tendo o Fisco fantasiado uma situação jurídica inexistente.

Relata que a Tex-10 foi constituída em junho/2001 e iniciou suas atividades em julho/2001, depois da Recorrente, informação importante quando analisada no histórico traçado pelo Fisco, que quer fazer prevalecer o seu entendimento de que a Recorrente foi criada para atender as necessidades da empresa Tex-10 e que as empresas sempre fizeram parte de um grupo econômico de fato.

Alude que no período em que a Via Germânia foi optante pelo Simples Nacional, a administração da Tex-10 era exercida exclusivamente por Leila Denise Pereira (fl. 63 do Processo Administrativo), a qual foi apontada como chefia imediata nos depoimentos de fls. 108 e 117.

Diz que não há qualquer relevância nos apontamentos e comparativos feitos pela fiscalização pertinentes às receitas, despesas, matéria-prima, estoque e ativo imobilizado das referidas empresas, considerando que são autônomas entre si.

No tocante ao objeto social, o que Fisco realmente constatou é que houve operações complementares de empresas próximas, e que a Tex-10 transferia à Via Germânia e a outras empresas inúmeras atividades que compõem o processo de industrialização de seus produtos, defendendo a legalidade desta espécie de terceirização.

Quanto as relações comerciais, impugna o afirmado pelo Fisco, de que existia exclusividade nas relações comerciais das duas empresas, como demonstram as notas fiscais e relatórios anexos por amostragem (doc. 3).

Defende que não há qualquer irregularidade no fato de as empresas estarem num mesmo endereço, e que nunca esconderam o fato de que estão instaladas desde 2004 no mesmo prédio (a Via Germânia no térreo e Tex-10 no andar superior), e que os endereços sempre constaram em declarações encaminhadas a Secretaria Receita Federal. Ressalta que até 2004, como constatado pela Fiscalização, a sede da empresa Tex-10 era em Blumenau.

Alega que a fiscalização constatou, no decorrer da representação fiscal, que as instalações das empresas seriam inversas (ou seja, TEX-10 no térreo e Vila Germânia no andar superior), e que essa constatação está baseada em informações colhidas da minoria dos empregados, que não podem ser utilizadas como provas. Ademais, outros empregados, que cita, declararam que a Via Germânia fica no andar térreo e a Tex-10 no andar superior. Além disso, as informações pertinentes ao campo “onde se encontrava”, no tópico referente às entrevistas, dizem respeito a opinião pessoal do Fiscal, não podendo se averiguar a veracidade de tais informações. Entretanto, diz que declarações colhidas na ação fiscal confirmam que a Via Germânia está localizada na parte térrea do prédio e a Tex-10 na parte superior. Além disso, as constatações feitas “in loco” pela fiscalização, algumas confusas e outras distorcidas, refletem a situação atual das empresas e o Fisco não se preocupou em confirmar se houve ou não alguma mudança de procedimento ou disposição dos maquinários nos últimos dois anos, período em que não se sujeita às regras do Simples Nacional.

Assinala que as relações familiares entre os sócios e membros da administração não configuram a existência de grupo econômico e que o Fiscal não procurou demonstrar as condições do art. 265 da Lei n.º 6.404, de 1976, para que exista grupo de sociedades.

Em relação ao controle administrativo da Via Germânia e da Tex-10, que nos termos do relatório fiscal é exercida exclusivamente pelo sócio Edson Schlindwein, pondera que para tal conclusão o Fisco fez menção a fatos que ocorreram durante a fiscalização, ou seja, dois anos após o desenquadramento da Recorrente do referido regime. Afirma que no período em que estava no Simples Nacional (2007 a 2010), somente a Via Germânia era comandada pelo

Sr. Edson Schlindwein (fls. 36 a 44 do Processo Administrativo) e a administração da empresa Tex-10 cabia exclusivamente à Sra. Leila Denise Pereira (fls. 63 a 70 do Processo Administrativo). Anota que os próprios empregados da Tex-10 reconheceram como "chefia imediata" a Sra. Leila Denise Pereira (fls. 108 e 117 do Processo Administrativo).

Diz que, apesar de a fiscalização ter concentrado esforços para detalhar o maquinário existente no patrimônio da Recorrente e da empresa Tex-10, não apontou qualquer fato que pudesse denunciar eventual irregularidade na aquisição das referidas máquinas, ressaltando que as máquinas pertencentes à Recorrente foram adquiridas por ela (conforme comprovam os documentos, por amostragem, anexo - doc. nº 5), o que confirma inclusive a autonomia econômica da empresa para exercer a sua atividade. Acrescenta que o Fisco não apontou nenhum fato concreto que pudesse justificar qualquer questionamento acerca da distribuição do patrimônio das empresas, sendo insubsistente mais este argumento para fundamentar a exclusão do Simples Nacional.

Diz que sua atividade é a industrialização têxtil, e a matéria prima utilizada condiz com sua atividade, rechaçando a suposta dependência econômica da Via Germânia em relação à Tex-10, cuja conclusão está apoiada basicamente no fato de que a Tex-10 adquiriu determinados insumos que, na visão do Fisco, deveriam ser empregados na atividade que o Fisco defende que a Recorrente praticaria. Nesse ponto, entende que o Fisco caiu em contradição, ao indicar matéria prima adquirida pela manifestante que seria relacionada à atividade da Tex-10.

Busca demonstrar que inexistente a suposta confusão de caixa apontada pela fiscalização, que apontou o pagamento de algumas despesas pela Via Germânia que seriam da Tex-10. Aduz que alguns valores são irrisórios e que acertos entre empresas são plenamente aceitáveis em um contexto comercial, e, além disso, a fiscalização não se ateve a provas do período em que a Recorrente estava no Simples Nacional. Reforça que a fiscalização não comprovou e justificou porque as despesas representadas pelas Notas Fiscais de fls. 299 a 306 e 319, 330 a 334 não poderiam ser despesas da Tex-10, e, ainda, que tais matérias primas teriam sido utilizadas no processo produtivo da manifestante. Entende que a ausência de auferimento de receita de aluguel não comprometeu a regularidade do enquadramento da contribuinte no Simples Nacional, porque esta não desenvolve a atividade de locação de imóvel próprio, e, além do mais, acertos negociais entre empresas não podem ser motivo de exclusão do Simples.

Afirma que as entrevistas feitas pela fiscalização não podem ser utilizadas como prova, porque obtidas de forma ilegítima e direcionada, sendo os entrevistados pessoas simples que se viram acuados pelo Fisco. Diz que a confusão entre os nomes das empresas por parte do empregados é justificável, devido à proximidade da localização das empresas e que foram entrevistados trabalhadores admitidos em data posterior ao desenquadramento da Recorrente no Simples Nacional, ressaltando que algumas declarações corroboram a tese da Recorrente, de que a Via Germânia funcionada no andar de baixo e a Tex 10 no andar de cima e que cada empresa possui mão de obra própria.

Entende que o destaque feito pela fiscalização a respeito da "entrevista" da Sra. Marli Polidoro Catolini (cozinheira) não merece qualquer atenção especial, pois foi admitida somente 07/2011, de modo que eventual situação fática relatada

por ela não diz respeito à época em que a Recorrente estava enquadrada no Simples Nacional.

Ainda no tocante às entrevistas, assevera que a fiscalização não verificou a veracidade das informações, tomando os dados colhidos como verdadeiros e absolutos. Além disso, não servem como provas, porque colhidos dois anos após o desenquadramento do Simples Nacional, refletindo a situação atual das empresas, e, ainda, as entrevistas (salvo aquelas confusas e que não possuem todos os dados preenchidos), confirmam a tese defendida pela Recorrente, de que a Via Germânia desenvolve atividades de industrialização, inexistindo ilegalidade

Do mesmo modo, a descrição do ambiente de trabalho colhidas em demandas trabalhistas ajuizadas em desfavor da Recorrente, estão baseadas no fato de a fiscalização entender que a empresa Tex-10 funcionava no térreo, assertiva rechaçada pela Recorrente, inclusive com base em entrevistas feitas pela fiscalização (Sr. Juarez Theilacker).

No que pertine à duplicidade de registros de trabalhadores (na Recorrente e na Tex-10), aduz que se tratam de irregularidades pertinentes ao ano de 2011, ocorridas após o desenquadramento da manifestante do Simples. Os demais empregados destacados pela fiscalização foram demitidos naquele mês pela Recorrente e admitidos no mesmo período pela Tex-10, no que não há irregularidades. O fato de ter diminuído o quadro de empregados após o seu desenquadramento não poderia ter sido objeto de questionamento pela fiscalização, porque os atos de gestão não estão sujeitos a aprovação do Fisco.

Atividade desenvolvida pela empresa (ausência de cessão de mão de obra)

Nesse tópico, o contribuinte aduz que como restou demonstrado, é uma empresa autônoma, possui maquinário e mão-de-obra próprias para desenvolver suas atividades, e que também demonstrará a inexistência da suposta atividade de locação de mão de obra para a Tex-10, ressaltando que este é o único fundamento legal indicado pela fiscalização para o desenquadramento do Simples.

Transcreve acórdão do extinto Conselho de Contribuinte, e, a partir desse conceito, discorre que a locação de mão de obra se consuma quando uma empresa locadora coloca seus empregados a disposição da locatária para executar trabalhos temporários, em local por esta determinado, e, dentro deste contexto, a atividade da manifestante não poderia ser enquadrada como locação de mão de obra, porque seus empregados nunca estiveram a disposição da Tex-10 e não há qualquer subordinação destes em relação a essa última empresa.

Argui, ainda, que o Fisco desconsiderou que o processo de industrialização ocorre nas dependências da Recorrente, e que os empregados trabalham de forma subordinada a esta, havendo independência de atividades. Além disso, não estão sujeitos a qualquer trabalho temporário e prestam serviços de forma habitual e contínua a mesma

Transcreve o conceito de trabalho temporário da Lei n.º 6.019/74, pelo qual, está equivocado o entendimento da autoridade fiscal, a qual também reconheceu a existência de duas empresas distintas (Via Germânia e Tex-10), com maquinários próprios e atividades complementares entre si.

Em reforço, alega que o Fisco não comprovou a locação de mão de obra no caso concreto, tendo partido de presunções e indícios, discorrendo quanto a necessidade do Fisco buscar a verdade material. Entende que foram desconsideradas todas as provas pré-constituídas que estavam a disposição do Fisco, tais como contrato social, processo de industrialização ocorrido nas dependências da Recorrente, empregados trabalhando de forma subordinada apenas à Recorrente, entre outros, pois a principal preocupação da Fiscalização, na representação administrativa, foi demonstrar a formação do grupo econômico, hipótese que não poderia sequer fundamentar a exclusão da empresa do Simples Nacional.

Ao final, requer seja julgada procedente a Manifestação de Inconformidade, cancelando-se a exclusão do Simples Nacional, e, caso não acolhida, que sejam reconhecidos os efeitos da decadência, para limitar o período atingido pela referida exclusão.

É o relatório.

A manifestação de inconformidade foi julgada improcedente pela 5ª Turma da DRJ/FNS em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

GRUPO ECONÔMICO. CARACTERIZAÇÃO

Verificada a comunhão societária, de estabelecimento, bem como a unicidade de comando das empresas componentes do grupo por administradores vinculados por laços familiares (cônjuges), configura-se, de fato, a existência do grupo econômico.

EXCESSO DE RECEITA BRUTA. EXCLUSÃO DE OFÍCIO.

Será excluída de ofício do Simples Nacional a Microempresa (ME) ou a Empresa de Pequeno Porte (EPP), a partir do primeiro dia do ano-calendário subsequente, que ultrapassar o limite legalmente estabelecido para opção pelo referido sistema.

EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. LOCAÇÃO E CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.

A pessoa jurídica que se dedica à cessão ou locação de mão-de-obra está impedida de exercer a opção pelo Simples Nacional.

PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.

A prática reiterada de infração à legislação tributária, caracterizada pela locação de mão de obra e o excesso de receita bruta são causas de exclusão da pessoa jurídica do Simples Nacional.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. EFEITO SUSPENSIVO.
AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

A interposição de manifestação de inconformidade contra o ato declaratório de exclusão não possui efeito suspenso, por ausência de previsão legal.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

A contribuinte tomou ciência do acórdão em 13/12/2013(e-fl. 816).

Irresignada com o r. acórdão a contribuinte, ora Recorrente , apresentou recurso voluntário em 14/01/2014 (e.fls. 818-862) onde alega:

1 – nulidade do acórdão por cerceamento de defesa, por não ter analisado os fundamentos apresentados pela Recorrente;

2 – também seria nulo o acórdão, segundo a Recorrente, por apresentar contradição entre a situação analisada e a decisão;

3 - nulidade da exclusão pelo fato do fundamento jurídico apontado pela Fiscalização para a exclusão da Recorrente do SIMPLES estar relacionada com a suposta prática de locação de mão-de-obra, contrariamente ao que fora afirmado no acórdão guerreado, que seria por formação de grupo econômico;

4 – que o ADE seria nulo por ter apontado uma série de dispositivos legais, sem especificar em qual hipótese se enquadraria a Recorrente, caracterizando, portanto, cerceamento do seu direito de defesa;

5 – que apesar do acórdão afirmar que os efeitos da exclusão estariam de acordo com a LC n.º 123/06, não esclareceu quais seriam os dispositivos da citada Lei Complementar que justificariam a data *fixada* para *os efeitos da exclusão* (art. 29, V, § Io, ou arts. 30, II, e 31, II);

6 – que o acórdão indicou dispositivo diverso do apontado no ADE (que previa como fundamento o art. 6º, VI, da Resolução CGSN n.º 15/2007, com a redação dada pela Resolução CGSN n.º 20/2007), e que, portanto, o acórdão, em vez de afastar, confirmou a nulidade da exclusão do SIMPLES, na medida em que evidenciou o fato de que o ato de exclusão não se fundamentou adequadamente na legislação tributária, em afronta aos princípios da ampla defesa e da legalidade;

7 – que o acórdão acatou diversos fundamentos da Recorrente e confirmou que a exclusão do SIMPLES está fundada em meros indícios e não em provas concretas o que seria inadmissível;

8 – que o Relatório Fiscal e o ADE não fundamentaram expressamente a hipótese legal pertinente à suposta existência de um “grupo econômico de fato”, o que demonstraria a flagrante nulidade da exclusão;

9 – que as constatações apontadas pela Fiscalização sequer poderiam ser utilizadas para fundamentar a acusação de suposta existência de grupo econômico, pelo fato da fiscalização ter sido realizada em 2012, ao passo que a Recorrente esteve enquadrada no SIMPLES Nacional no período de 2007 a 2010, ou seja, a realidade fática atual da empresa não poderia ser projetada para comprovar supostas situações ocorridas nos anos em que esteve enquadrada no SIMPLES;

10 – que o acórdão recorrido admitiu que a Recorrente passou por mudanças significativas após sua saída do SIMPLES Nacional, o que evidenciaria evidente conclusão, uma vez que a Fiscalização afirmara ser possível “crer” que as condições de trabalho das referidas empresas, no período em que a Recorrente estava incluída no SIMPLES, seriam as mesmas verificadas quando da fiscalização em 2012;

11 – que seria insubsistente a alegada existência de responsabilidade solidária decorrente de um suposto grupo econômico entre a Recorrente e a empresa Tex-10, uma vez que a Recorrente teria comprovado que não haveria qualquer legislação na seara do Direito Tributário que permitisse a aplicação de responsabilidade solidária no presente caso;

12 – que a Fiscalização fundamentou a aplicação da responsabilidade solidária no art. 2º, § 2º, da CLT, conforme constou no Relatório Fiscal. E o Acórdão recorrido considerou lícita a aplicação analógica de conceitos definidos na CLT para caracterizar, para fins tributários, o “grupo econômico”, citando julgados proferidos na esfera trabalhista, bem como doutrina desta mesma área. Contudo, este entendimento não se coaduna com a mais autorizada jurisprudência dos Tribunais Superiores, em especial do Superior Tribunal de Justiça. Juntou decisão jurisprudencial para arrimar sua tese (*STJ, 1ª Turma, REsp n.º 824.667/PR, rei. Min. José Delgado, j. 17/08/2006, in www.stj.jus.br*);

13 – que , ademais, para se estabelecer a solidariedade e serem considerados “solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das **subordinadas**”, haveria de ter uma relação hierárquica, e no presente caso as empresas eram administradas por gestores distintos;

14 – que a Lei n.º 8.212/91 (art. 30, IX), invocada tanto pela Fiscalização quanto pelo Acórdão recorrido para justificar a solidariedade, seria igualmente inaplicável neste caso, eis que pela jurisprudência pacífica dos tribunais pátrios, a responsabilidade tributária é matéria que somente pode ser regida por lei complementar, em atenção ao art. 146, III, “b”, da CF, não podendo ser tratada por lei ordinária, como é o caso da Lei n.º 8.212/91. Juntou decisão jurisprudencial (STJ, 1ª Seção, REsp n.º 757.065/SC, rei. Min. José Delgado, j. em 28/09/2005, in www.stj.jus.br);

15 – que cumpria ao FISCO, por ocasião do lançamento/exclusão, comprovar a alegada existência de grupo econômico (art. 142 do CTN), com elementos consistentes e provas robustas, o que evidentemente não aconteceu;

16 – que a Recorrente demonstrou que agrega ao processo de produção os seus custos diretos e indiretos, dentre eles, e não somente, salários, materiais aplicados, serviços de terceiros, etc, e que as despesas necessárias à execução das atividades da Recorrente estariam todas lançadas na contabilidade da empresa (fls. 174 a 177 do Processo Administrativo);

17 – que a única observação feita pela Fiscalização acerca da contabilidade da Recorrente foi a de que não haveria nenhuma conta específica com o nome da empresa Tex-10 na sua escrituração, mas que o **Acórdão recorrido** (fl. 796 - “V. Relações comerciais”) **admitiu expressamente que esta alegação não é verdadeira** (“Na contabilidade da Via Germânia há conta específica em nome da Tex-10, o mesmo se verificando nesta última, a despeito das relações comerciais entre as duas empresas”). Ou seja, a contabilidade da Recorrente forneceria todas as informações necessárias ao acompanhamento das atividades da empresa, inexistindo qualquer indício de irregularidade ou fraude;

18 – que a atividade empresarial da Recorrente começou antes mesmo de a empresa Tex-10 ser constituída, o que afastaria a alegação da autoridade fiscal de que a Recorrente teria sido criada para atender as necessidades da **empresa Tex-10**;

19 – que a administração da Tex-10, no período em que a Recorrente estava no SIMPLES Nacional, era exercida exclusivamente por Leila Denise Pereira (fl. 63 do Processo Administrativo),

pessoa que nunca foi gestora da empresa Via Germânia, e que o acórdão recorrido não teria se manifestado quanto a esse fato;

20 – que o acórdão recorrido também deixou de se manifestar quanto aos depoimentos colhidos pela Fiscalização de empregados da Tex-10 que apontaram como chefia imediata a Sra Leila (fls. 108 e 117 do Processo Administrativo);

21 – que os apontamentos e comparativos feitos pela fiscalização e pelo acórdão recorrido quanto as receitas, despesas, matéria-prima, estoque e ativo imobilizado das empresas Via Germânia e Tex-10, não poderiam ser utilizados para justificar a suposta formação de um grupo econômico entre as empresas por se tratarem de empresas autônomas entre si, o que não se revelaria relevante as comparações entre as empresas;

22 – que a Recorrente nunca escondeu que possui relações comerciais com a empresa Tex-10, até porque não há qualquer irregularidade nisso. E não há qualquer vinculação extraordinária, além da comercial - e perfeitamente aceitável - que poderia justificar a suposta existência de grupo econômico de fato entre a Recorrente e a empresa Tex-10;

23 – que o acórdão recorrido reconheceu expressamente que a afirmação da autoridade fiscal, de que existiria exclusividade nas relações comerciais entre a Via Germânia e a empresa Tex-10, não condiz com a realidade;

24 - que o acórdão entendeu que o fato de as empresas Via Germânia e Tex-10 ocuparem, o mesmo prédio desde 2004 seria um indício de que as empresas fariam parte de um grupo econômico "de fato". Contudo, não há nenhuma irregularidade ou vedação legal no fato de as instalações das empresas se encontrarem no mesmo prédio (a Via Germânia no térreo e a Tex-10 no andar superior), fato esse que sempre foi do conhecimento do Fisco;

25 – que apesar das opiniões contraditórias emitidas pelo Fisco, as declarações colhidas ao longo da fiscalização confirmam que a Via Germânia está localizada na parte térrea do prédio e a Tex-10 no piso superior, não havendo que se falar em confusão entre as mesmas;

26 – que o acórdão recorrido foi induzido a erro, porque a fiscalização não relatou de forma fidedigna o conteúdo das imagens colacionadas no processo, uma vez que a descrição das fotos juntadas pela fiscalização (fls. 94 a 104 do Processo Administrativo) não reflete a realidade do caso, já que: (a) as imagens colacionadas às fls. 94 e 95 retratam a entrada da empresa Via Germânia (que fica no térreo), e não da empresa Tex-10, o que revela que a opinião do Fisco sobre a localização das empresas não é segura; e (b) a foto anexada pela Recorrente à Manifestação de Inconformidade (doc. n.º 4 da Manifestação) demonstra onde se localiza a entrada da empresa Tex-10, que fica no andar superior. Em que pese serem de extrema relevância, estes fundamentos foram ignorados pelo Acórdão recorrido, donde conclui que também sob este aspecto o acórdão não poderia ser mantido;

27 que, ainda que os fundamentos da Recorrente, nesse ponto, possam ser afastadas, o que cogita apenas por hipótese, as constatações “*in loco*” feitas pela fiscalização refletiriam, quando muito, a situação das empresas no momento da Ação Fiscal (2012), e não na época em que a Recorrente estava sujeita às regras do Simples Nacional (2007 a 2010);

28 – que o Fisco sequer se preocupou em confirmar se houve, ou não, alguma mudança de procedimento ou disposição dos funcionários/maquinários nos dois anos transcorridos entre a saída da Via Germânia do Simples Nacional (2010) e a fiscalização (2012). E o próprio acórdão recorrido confirmou a ocorrência de alterações significativas nas empresas

fiscalizadas após a saída da Recorrente do Simples, em especial quanto à administração, quadros de funcionários, e, no caso da empresa Tex-10, ao seu objeto social;

29 – que para justificar a existência do propalado “grupo econômico”, o acórdão recorrido ressaltou a composição societária da Recorrente e da empresa Tex-10, bem como o grau de parentesco entre os sócios das duas empresas. Contudo, isso é insuficiente para presumir a existência de “grupo econômico”. A legislação não veda a constituição de empresas da forma como ocorrido no presente caso;

30 – que o acórdão recorrido não apontou nenhuma prova da suposta unicidade gerencial entre a Recorrente e a empresa Tex-10 ao tempo que a Recorrente era optante do SIMPLES Nacional;

31 – que ao analisar o argumento da Fiscalização, de que após a instalação das empresas em um mesmo prédio, a Via Germânia teria deixado de investir em máquinas e equipamentos, enquanto a Tex-10 teria incrementado seu Ativo Imobilizado, o Acórdão reconheceu que (fl. 796) “Com efeito, esta constatação, isoladamente, não quer dizer muito (...)”, mas que este argumento analisado frente a configuração das empresas indicaria que quando estas passaram ter sede no mesmo prédio, “a Via Germânia passou a investir em máquinas e equipamentos, enquanto que a Tex-10, mesmo possuindo o maior número de trabalhadores, deixou de incrementar seu Ativo Permanente, evidenciando que havia locação de mão-de-obra registrada na Via Germânia para a Tex-10” (fl. 796). Aparentemente o acórdão equivocou-se, e a intenção era dizer que a Tex-10 teria passado a investir em máquinas, enquanto a Via Germânia teria deixado de incrementar seu ativo. Contudo, aduz a Recorrente, o fato de não ter investido em maquinário num determinado período não guarda qualquer relação com a empresa Tex-10. Tratar-se-ia de decisão de cunho administrativo, que não poderia ser questionada pela fiscalização;

32 – que o Acórdão entrou em contradição ao acatar o argumento da Fiscalização de que a Recorrente teria adquirido determinados insumos que deveriam ser empregados na atividade desenvolvida pela Tex-10. Que segundo o Acórdão, como a fiscalização teria constatado que a Tex-10 seria responsável pela produção da malha, enquanto a Via Germânia atuaria na talhação do tecido, causaria estranheza que a Recorrente tivesse despesas com fornecedores de fio. Contudo, se a atividade da Recorrente era custeada pela empresa Tex-10, por que arcaria por suas despesas? E a Fiscalização indicou ou analisou os produtos adquiridos, inclusive sua finalidade?

33 – que o Fisco entendeu que havia pagamento de algumas despesas da Recorrente pela Via Germânia e o acórdão acatou os argumentos da Fiscalização sobre suposta “confusão de caixa”. Contudo é perfeitamente aceitável que entre as empresas houvesse acertos, uma vez que tinham relação comercial. Além disso muitos dos pagamentos apontados pela Fiscalização são de valores irrisórios;

34- que o acórdão recorrido afirmou que o fato de a empresa Tex-10 ocupar parte do prédio pertencente à Recorrente, sem, no entanto, haver registro do pagamento de aluguel, confirmaria que as citadas empresas fariam parte de um grupo econômico. Afirma a Recorrente que não desenvolve a atividade de locação de imóvel próprio, e a receita decorrente dessa atividade não alteraria qualquer valor a título de receita bruta apurada pela contribuinte à época em que estava sujeita às regras do Simples Nacional, e que além disso, por se tratar de decisão

administrativa, o FISCO não poderia questionar acertos negociais entre as empresas, ou utilizá-los como motivos para a exclusão do SIMPLES;

35 – que em relação às entrevistas com funcionários sequer poderiam ser utilizadas como prova porque teriam sido obtidas de forma ilegítima e direcionada;

36 – que além disso o acórdão recorrido ignorou o fundamento aventado na manifestação de inconformidade de que algumas “declarações” colhidas pela Fiscalização corroboram a tese defendida pela Recorrente;

37 – que a Fiscalização não se preocupou em verificar a veracidade das citadas entrevistas, tendo considerada verdadeiras as que eram favoráveis ao FISCO e ignoradas aquelas que favoreciam a Recorrente;

38 – que o acórdão recorrido acatou a tese defendida pela fiscalização, de que demandas trabalhistas ajuizadas em desfavor da Recorrente (fls. 335 a 353) confirmariam a existência do suposto grupo econômico. Isso decorreu, na versão da fiscalização, pela descrição do ambiente de trabalho feita pelos respectivos empregados, que seria pertinente às instalações da empresa Tex-10, e não da Recorrente. Contudo, tal afirmação está baseada unicamente no fato de a fiscalização entender que a empresa Tex-10 funcionaria no térreo, e de que a Recorrente funcionaria no piso superior, o que não é verdade, consoante amplamente demonstrado pela Recorrente;

39 – que a Recorrente demonstrou que os trabalhadores que ajuizaram as citadas Ações Trabalhistas haviam sido contratados pela Via Germânia para exercer a função de tecelão e auxiliar de tecelão (conforme petições iniciais colacionadas ao Processo Administrativo), e que as próprias "entrevistas" realizadas pela Fiscalização confirmaram que o ambiente descrito nas citadas Ações é mesmo o da Recorrente;

40 - que o acórdão recorrido confirmou que (fl. 800): “No tocante aos vínculos empregatícios, a fiscalização registra que não verificou irregularidades no período, registrando, tão somente, o duplo vínculo com a Via Germânia e a Tex-10 de 5 trabalhadores.”

41 – que o fato da Recorrente ter diminuído o quadro de funcionários após seu desenquadramento do Simples Nacional não poderia ser apontado como um “indício” da formação de um grupo econômico com a empresa Tex-10, uma vez que ocorreu em um período em que a Recorrente já não estava enquadrada no citado regime, tratando de ato de gestão. E a empresa tem total autonomia para contratar e demitir seus colaboradores, desde que respeite a legislação trabalhista.

42 – que o acórdão recorrido reforçou a tese de que a Recorrente desenvolveria a atividade de locação de mão de obra, pelos seguintes aspectos: **(a)** conceito de locação de mão de obra previsto no Parecer COSIT n.º 69/1999 e na doutrina relacionada ao assunto; **(b)** a empresa Tex-10 forneceria matéria-prima à Recorrente; **(c)** a locação de mão de obra teria sido confirmada pela suposta existência da formação de um grupo econômico entre a Recorrente e a empresa Tex-10; e **(d)** "(...) a suposta contratação (porque sequer havia contas contabilizando em títulos próprios a suposta prestação de serviços ou contratos apresentados à fiscalização) da Via Germânia pela Tex-10 Indústria Têxtil Ltda tinha como objeto, essencialmente, o fornecimento

da mão de obra necessária à industrialização das matérias-primas fornecidas por esta última" (fl. 812);

43 – que os trabalhadores da Recorrente nunca prestaram serviços nas dependências da empresa Tex-10 ou em qualquer outro lugar supostamente indicado por esta empresa, o que, de pronto, afastaria a tese defendida pela fiscalização, sob a análise específica da legislação que rege o SIMPLES;

44 – que a especificidade da atividade da Recorrente (prestação de serviço para a indústria têxtil), a matéria-prima utilizada no processo produtivo normalmente é fornecida pelos contratantes dos serviços, de modo que não haveria qualquer irregularidade nesse procedimento que justificasse a exclusão da empresa do Simples;

45- que não houve qualquer prova inequívoca de que a Recorrente desenvolveria atividade de locação de mão de obra, ou, em última análise, de que a Recorrente formaria um grupo econômico de fato com aTex-10;

46 – que ao contrário do que entendeu o Acórdão recorrido, a atividade de locação de mão de obra pressupõe que uma empresa (locadora) **coloque seus empregados à disposição de outra (locatária)** para executar trabalhos **temporários**, em local por esta determinado. E dessa forma, a atividade da Recorrente não pode, sob hipótese alguma, ser considerada locação de mão de obra;

47 – que o acórdão recorrido ignorou o fato de que os funcionários da Recorrente trabalhavam na sua sede (imóvel que, aliás, pertence a ela), e de forma subordinada apenas à Recorrente. Também é incontroverso que os trabalhadores da Via Germânia não estão sujeitos a qualquer trabalho temporário. Eles prestam serviço de forma habitual e contínua, o que igualmente impede a configuração da alegada atividade de locação de mão de obra;

48 que entende que caberia à autoridade fiscal comprovar, por ocasião da Representação Administrativa, a alegada ocorrência de atividade de locação de mão de obra, em atenção inclusive aos princípios da verdade material e da presunção de inocência, bem como da estrita legalidade tributária (arts. 150, I, da CF e 97 do CTN), e do respeito à propriedade privada (art. 5o, XXII, da CF);

49 – que se houvesse dúvidas acerca da natureza das atividades prestadas pela contribuinte, o Acórdão deveria ter determinado a produção de provas adicionais ou complementares, ou mesmo a realização de diligências ou perícias. Não poderia, com base em “indícios”, confirmar a exclusão da Recorrente do Simples.

Requer ao final o provimento do recurso, reconhecendo-se a nulidade do acórdão para novo julgamento pela DRJ, ou caso assim não se entenda, que seja cancelada a exclusão do SIMPLES ou ainda, que seja reconhecidos efeitos da decadência, para limitar o período atingido pela exclusão

É o Relatório, no essencial.

Voto

Conselheiro Wilson Kazumi Nakayama, Relator.

O recurso voluntário atende aos requisitos formais de admissibilidade, assim dele tomo conhecimento.

A Recorrente foi excluída do SIMPLES Nacional por meio do ADE - Ato Declaratório Executivo n.º 42. de 18 de outubro de 2012 da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Blumenau/SC por constituir grupo econômico de fato com a empresa TEX10 INDUSTRIA TEXTIL LTDA, CNPJ 05.595.364/000112, e o somatório dos faturamentos anuais das empresas ter extrapolado o limite legal para optantes daquele regime diferenciado de arrecadação e por ter atuado na locação de mão-de-obra, atividade essa vedada a optantes do SIMPLES Nacional. O enquadramento legal foram os art. 3º, inciso II, art. 17, inciso XII e art. 29, inciso V, § 1º, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, bem como o disposto no art. 5º, inciso V da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) n.º 15, de 23 de julho de 2007 e no art. 1º da Resolução CGSN n.º 46, de 18 de novembro de 2008 que alterou o art. 4º, § 1º da Resolução CGSN n.º 15/2007.

Contra a exclusão a Recorrente apresentou impugnação, que foi julgada improcedente pela 5ª Turma da DRJ/FNS, mantendo-se a exclusão.

A Recorrente então manejou tempestivamente recurso voluntário contra a decisão, arguindo primeiramente nulidade do ADE e do acórdão.

Das arguições de nulidade

Nulidade do ADE

A Recorrente alega que o único fundamento jurídico apontado pela fiscalização para excluir a Recorrente estaria relacionado com a suposta prática de atividade de locação de mão de obra (art. 17, XII, da LC n.º 123/2006) e que embora a Fiscalização tenha apontado a suposta existência de grupo econômico de fato entre a Recorrente e a empresa Tex-10, não teria indicado nenhuma norma para dar suporte à exclusão da contribuinte do referido regime.

De fato, o enquadramento legal citado no ADE para a exclusão do SIMPLES Nacional é o inciso XII do art. 17 da Lei Complementar n.º 123 de 2006, ou seja, por ter como atividade a cessão ou locação de mão-de-obra, atividade essa vedada a optantes daquele regime diferenciado de tributação.

Ao alegar que o fundamento jurídico alegado pelo FISCO foi o disposto no inciso XII do art. 17 da Lei Complementar n.º 123 de 2006 e que a Fiscalização até apontou na Representação Fiscal a existência de um grupo econômico de fato, indicam, sem margem a dúvida, que a Recorrente entendeu do que foi acusada e teve toda a oportunidade de se defender, aliás é o que se depreende de todos os argumentos de defesa apresentados, tanto na manifestação de inconformidade quanto no recurso voluntário.

Não houve, portanto, nenhum prejuízo à sua defesa, de modo que rejeito a arguição de nulidade do ADE.

A questão quanto ao exercício de atividade vedada pela Recorrente é questão de mérito e será analisada mais adiante.

Nulidade do Acórdão

A Recorrente alega nulidade do Acórdão de piso pelos seguintes motivos:

i) por ter contrariado o disposto no art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição, pelo fato de não ter analisado todos os argumentos e documentos apresentados pela Recorrente;

ii) por ter se utilizado do argumento acerca da suposta ausência de escrituração contábil, quando teria reconhecido a improcedência da alegação da Fiscalização, demonstrando, segundo a Recorrente, contradição no seu entendimento;

iii) por não esclarecer quais dispositivos da Lei Complementar n.º 123 justificariam a data fixada para os efeitos da exclusão (art. 29, V, § 1º, ou arts. 30, II, e 31, II);

iv) que teria justificado a data para efeitos da exclusão (1º/07/2007 - primeiro mês de início do Simples Nacional), com fundamento no art. 6º, VII, da Resolução CGSN n.º 15/2007 ("a partir da data dos efeitos da opção pelo Simples Nacional, nas hipóteses previstas nos incisos XI e XII do art. 5º), e assim teria indicado dispositivo diverso do apontado pelo ADE (que previa como fundamento o art. 6º, VI, da Resolução CGSN n.º 15/2007, com a redação dada pela Resolução CGSN no 20/2007)

Quanto ao item (i), depreende-se da leitura do voto condutor do acórdão que a DRJ analisou sim os argumentos expendidos pela Recorrente, confrontando-os com os da Fiscalização e sopesando as provas juntadas aos autos para tomar sua decisão.

Constato que a decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente e da qual a Recorrente foi regularmente cientificada. Assim, este ato contém todos os requisitos legais, o que lhe confere existência, validade e eficácia.

Ademais, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na impugnação, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado. Sobre a matéria, cabe indicar o entendimento emanado em algumas oportunidade pelo Supremo Tribunal Federal¹:

Não há falar em negativa de prestação jurisdicional quando, como ocorre na espécie vertente, "a parte teve acesso aos recursos cabíveis na espécie e a jurisdição foi prestada (...) mediante decisão suficientemente motivada, não obstante contrária à pretensão do recorrente" (AI 650.375 AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 10-8-2007), e "o órgão julgante não é obrigado a se manifestar sobre todas as teses apresentadas pela defesa, bastando que aponte fundamentadamente as razões de seu convencimento" (AI 690.504 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, DJE de 23-5-2008). [AI 747.611 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 13-10-2009, 1ª T, DJE de 13-11-2009.] = AI 811.144 AgR, rel. min. Rosa Weber, j. 28-2-2012, 1ª T, DJE de 15-3-2012 = AI 791.149 ED, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 17-8-2010, 1ª T, DJE de 24-9-2010 (grifos do original)

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A constituição e o supremo do art. 93. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

Portanto, a proposição afirmada pela Recorrente, não pode ser ratificada.

Quanto ao item (ii), a Recorrente alega contrariedade em afirmações contidas no acórdão, citando uma passagem do texto em que alega que a DRJ teria reconhecido que existia conta específica na contabilidade da Recorrente em nome da TEX-10, e também nesta última e em outra passagem do texto afirmou o contrário, reconhecendo a afirmação da Fiscalização de que não havia registro na contabilidade da Recorrente com o reconhecimento das transações comerciais entre ambas.

O texto do Acórdão que a Recorrente afirma que a DRJ reconheceu a existência de escrituração com reconhecimento das transações comerciais entre ela e a empresa TEX-10 é a seguinte:

“Na contabilidade da Via Germânia há conta específica em nome da Tex10, o mesmo se verificando nesta última, a despeito das relações comerciais entre as duas empresas.”

Constata-se claramente que houve um erro de grafia, uma vez que analisando-se sintaticamente o período, não há congruência entre as orações que o compõem. Então a oração “a despeito das relação comerciais entre as duas empresas” só faz sentido se a primeira oração for “Na contabilidade da Via Germânica não há conta específica da Tex-10, o mesmo se verificando nesta última”.

Corroborando com esse entendimento, constato que não há nos autos a juntada de Livro Diário ou Livro Razão ou Livro Caixa onde conste conta específica das operações entre as empresas, e a Recorrente não junta documentos para infirmar a acusação fiscal.

Aliás, a Recorrente afirma o seguinte quanto a escrituração fiscal:

“Tocante a contabilidade, diz que a única observação feita pela fiscalização é de que não haveria nenhuma conta específica com o nome da empresa Tex10. Entretanto, além de a afirmação não corresponder à realidade, as empresas optantes do Simples Nacional poderão adotar contabilidade simplificada para os registros e controles das operações realizadas (art. 27 da LC n.º 123/2006), de modo que a formalidade apontada pela fiscalização não poderia ser exigida da Recorrente.”

A Recorrente não juntou aos autos documentos que comprovem sua alegação.

Portanto, confirma-se que o trecho do texto do Acórdão contém mero erro de grafia que não corrobora a afirmação da Recorrente de que houve contrariedade na afirmação da DRJ, e assim, como não prejudica a defesa da Recorrente há que ser afastada a arguição de nulidade do Acórdão também por esse argumento.

Quanto a arguição de nulidade pelo acórdão supostamente não esclarecer quais dispositivos da Lei Complementar n.º 123 justificariam a data fixada para os efeitos da exclusão (art. 29, V, § 1º, ou arts. 30, II, e 31, II) – item (iii) acima, também não assiste razão à Recorrente.

É que a decisão combatida corroborou o entendimento da Fiscalização de que a Recorrente e a empresa Tex-10 compunham um grupo econômico de fato, como se verá adiante na análise do mérito, sendo que a Recorrente era mera fornecedora de mão-de-obra. A exclusão decorreu da prática reiterada dessa atividade. Confirma-se:

Corroborando com o estampado no ADE a decisão de piso consignou o seguinte:

No caso presente, vejo que o ato administrativo que determina a exclusão da opção pelo SIMPLES estabeleceu o nexó entre o motivo do ato e a norma jurídica, observando o princípio da legalidade.

Portanto, não se vislumbra cerceamento ao direito de defesa no que tange à fundamentação jurídica e fática do presente ADE. Ressalte-se que o contribuinte efetuou a cópia de todo o processo administrativo (vide solicitação de fls. 766), inclusive da representação fiscal para fins de exclusão do Simples, e, no enfrentamento das questões na manifestação de inconformidade ora analisada, denota que compreendeu perfeitamente a descrição dos fatos que ensejaram o procedimento fiscal em tela.

Do mesmo modo, quanto aos efeitos da exclusão, não há qualquer reparo a ser feito, uma vez fixados de acordo com as prescrições da Lei Complementar n.º 123, de 2006, senão vejamos:

Para a hipótese de exclusão por **EXCESSO DE RECEITA BRUTA**:

Art.30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

[...]

Para a **LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA**:

Nesse caso, trata-se de situação impeditiva da opção pelo Simples Nacional, e, verificada essa situação, desde a opção, ou seja, em 07/2007, operam-se os efeitos da exclusão;

PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO

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

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

§1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três)anos-calendário seguintes.

(...)

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput: (Incluído pela Lei Complementar n.º 139, de 10 de novembro de 2011)

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou (Incluído pela Lei Complementar n.º 139, de 10 de novembro de 2011)

II- a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza omantenha a

fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo. (Incluído pela Lei Complementar n.º 139, de 10 de novembro de 2011)

Nesta última hipótese, a exclusão retroage a data da ocorrência da infração, ou seja, quando da constatação da prática reiterada à legislação.

Portanto, sem adentrar quanto a materialidade das infrações descritas no ADE, a data fixada para os efeitos da exclusão, 01/07/2007, ou seja, o primeiro mês de início do Simples Nacional, está amparada pelos dispositivos da Lei Complementar n.º 123, de 2007, acima transcritos.

Há que se dizer, ainda, que o ADE impugnado não alberga qualquer irregularidade ao citar a Resolução n.º 20 do CGSN, que dispõe sobre a exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), a qual, ao regulamentar a matéria, delimita os efeitos da exclusão. Como se vê dos seus fundamentos, o regulamento apenas reproduz o já estabelecido pela Lei Complementar n.º 123, de 2006, da qual os efeitos da exclusão defluem, senão vejamos:

Afasto, portanto, a arguição de nulidade do acórdão por supostamente não esclarecer quais dispositivos da LC 123 justificariam a data fixada para os efeitos da exclusão.

A Recorrente alega nulidade do Acórdão, porque a DRJ teria justificado a data para efeitos da exclusão (1º/07/2007 - primeiro mês de início do Simples Nacional), com fundamento no art. 6º, VII, da Resolução CGSN n.º 15/2007 ("a partir da data dos efeitos da opção pelo Simples Nacional, nas hipóteses previstas nos incisos XI e XII do art. 5º), e assim teria indicado dispositivo diverso do apontado pelo ADE (que previa como fundamento o art. 6º, VI, da Resolução CGSN n.º 15/2007, com a redação dada pela Resolução CGSN no 20/2007).

Aqui verifica-se que a Recorrente baseia sua arguição apenas pelo fato de constar no acórdão o realce do inciso VII do art. 6º da Resolução CGSN n.º 15/2007.

VI - nas hipóteses previstas nos incisos II a X, XIII e XIV do art. 5º, a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo regime diferenciado e favorecido do Simples Nacional pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes; (Redação dada pela Resolução CGSN n.º 20, de 15 de agosto de 2007)

VII - a partir da data dos efeitos da opção pelo Simples Nacional, nas hipóteses previstas nos incisos XI e XII do art. 5º.

O trecho do Acórdão abaixo colacionado, indica claramente que o entendimento da DRJ foi que os efeitos da exclusão seriam retroativos à data da ocorrência da infração, quando da constatação de prática reiterada à infração, ou seja, de acordo com o prescrito no inciso VII do art. 6º, da Resolução CGSN n.º 15/2007.

Nesta última hipótese, a exclusão retroage a data da ocorrência da infração, ou seja, quando da constatação da prática reiterada à legislação.

Portanto, sem adentrar quanto a materialidade das infrações descritas no ADE, a data fixada para os efeitos da exclusão, 01/07/2007, ou seja, o primeiro mês de início do Simples Nacional, está amparada pelos dispositivos da Lei Complementar n.º 123, de 2007, acima transcritos.

Art. 2º - A exclusão de que trata este Ato Declaratório produz efeitos retroativos a 01/07/2007, nos termos do inciso VI do art. 6º da Resolução CGSN nº 15/2007 (Redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007), podendo ser apresentada manifestação de inconformidade no prazo de 30 dias a partir da data da ciência do contribuinte, conforme determina o art. 15 do Decreto 70.235/72.

Afasto, portanto, a arguição de nulidade do acórdão por suposta divergência no apontamento do inciso do art. 6º da Resolução CGSN nº 15/2007.

Mérito

Quanto ao mérito, a exclusão da Recorrente do SIMPLES Nacional decorreu de representação de fiscalização previdenciária que elencou um conjunto robusto de provas que a levaram a concluir que a Recorrente e a empresa TEX10 INDUSTRIA TEXTIL LTDA.CNPJ 05.595.364/000112 compunham na verdade uma única empresa, mas com CNPJ distintos com o fim de economia ilícita de pagamento de contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamento.

Há que se ressaltar que a Fiscalização não se limitou a análise de documentos, mas realizou diligência *in loco* nos estabelecimentos da Recorrente e da empresa Tex-10, entrevistou o sócio administrador sr. Edson Schlindwein, trabalhadores, tirou fotografia das dependências e dos maquinários.

A tese esposada pela Fiscalização é que a Recorrente e a empresa Tex-10 formavam de fato uma só empresa, sendo a Recorrente a responsável unicamente pela mão-de-obra. E a justificativa é que o recolhimento de contribuições previdenciárias sobre o pagamento realizado pelos trabalhadores é menor para empresa optantes do SIMPLES Nacional, regime diferenciado de tributação da qual a Recorrente era optante.

Em suas razões recursais a Recorrente alega que a fiscalização ocorreu no ano de 2012, ao passo que estava enquadrada no SIMPLES Nacional no período de 2007 a 2010 e que portanto a realidade fática atual da empresa não poderia ser projetada para comprovar situações ocorridas quando estava enquadrada no SIMPLES Nacional.

O argumento da Recorrente seria válido caso comprovasse que teria ocorrido uma alteração na atividade. Mas pelo que consta nos autos a última alteração do contrato social da Recorrente ocorreu em 13 de agosto de 2009 (2ª Alteração Contratual) quando foram constituídas 02 filiais. Como essa última alteração ocorreu quando a Recorrente era optante do SIMPLES, e a Recorrente não apresenta nenhum outro comprovante de que teria alterado seu objeto social, entendo que a atividade por ela exercida era a mesma desde o início de atividade.

A Recorrente alega também que a empresa foi intimada da exclusão do SIMPLES em 25/10/2012 e que por isso todas as informações anteriores a setembro de 2007 não poderiam justificar a sua exclusão do referido regime de tributação e arrecadação.

Equivoca-se a Recorrente uma vez que não estamos a analisar lançamento tributário que sujeita-se a regra quinquenal de decadência prescritas no art. 150 do CTN – Código Tributário Nacional.

Ora, a exclusão tem como base legal os artigos 17, inciso XII e art. 29, inciso V, §1º da Lei Complementar 123 de 2006, conforme estampado no ADE e não há limite temporal para o ato de exclusão conforme se verifica na leitura do referido diploma legal que instituiu o regime tributário diferenciado, portanto são válidas todas as provas juntadas aos autos.

De resto a Recorrente procurou refutar os argumentos da Fiscalização, e no entendimento deste Relator sem argumentos robusto para infirmá-los, e o conjunto de constatações abaixo descritas me levam a concluir pela veracidade da acusação fiscal.

1 – A Recorrente e a empresa Tex-10, para a qual prestava serviços estavam situadas no mesmo prédio e os trabalhadores das empresas transitavam livremente entre as empresas, havendo inclusive confusão dos trabalhadores ao informar para quem se reportavam na entrevista realizada pela Fiscalização, o que demonstra que haveria unicidade administrativa;

2 – Havia confusão financeira entre as empresas, pois a Fiscalização constatou que havia despesas da Tex-10 pagas pela Recorrente e despesas desta pagas pela Tex-10 o que demonstra haver unicidade financeira;

3 – Em diligência in loco a Fiscalização constatou que trabalhadores registrados na Recorrente estavam com uniforme com logotipo da Tex-10;

4 - Em resposta a questionamento da Fiscalização o sr. Edson Schlindwein afirmou que a Recorrente foi constituída pelo Sr. Edson e por seu pai e a TEX-10 foi ele e sua esposa Leila. O fato de haver laços parentesco por si só não é suficiente para caracterizar que a Recorrente e a Tex-10 formavam de fato uma só empresa, mas o fato do sr. Edson Schlindwein ser sócio-administrador da Recorrente e marido da sra. Leila Denise Pereira sócia-administradora da Tex-10 para a qual a Recorrente prestava serviços sugere não haver independência entre as empresas;

5 – A Fiscalização constatou que não havia nos assentamentos contábeis da Recorrente nenhuma conta com o nome “Tex-10” da mesma forma não encontrou nenhuma conta com o nome Via Germânia na escrituração contábil da Tex-10, porém encontrou na escrituração da Recorrente inúmeras empresas que vendem fios para a mesma, sendo que esta somente atua na área de talhação, não lhe cabendo sequer costura, a qual é praticada nas facções. Empresas como Incofios Industria de Fios e Malhas Ltda, Guabifios Produtos Texteis Ltda., Fiação São Bento S/A, são empresas de fiação textil que somente poderiam vender para a Tex-10, que é a malharia do grupo;

6 – O contador da Recorrente e da Tex-10 e o fato de não haver um contrato de prestação de serviços, notas fiscais de prestação de serviço da Recorrente para a Tex-10 sugere também que havia unicidade administrativa;

7 – O imóvel ocupado pela Tex-10 e pela Recorrente pertence a esta última, e a Fiscalização constatou que não havia registro de pagamento de aluguel da Tex-10 para a Recorrente e a energia elétrica está em nome da Tex-10 e nesse endereço consta apenas uma unidade consumidora, de número 32280366, da Rua Dr. Blumenau, 2507, Encano, Indaial/SC. Denota-se portanto que teria havido unicidade operacional e administrativa;

8 – Conforme relata a Fiscalização, faturas emitidas em nome da Tex-10 foram pagas com recurso da Recorrente (fl. 17 da Representação Fiscal : “fatura sacada contra Tex10 de Terra Networks Brasil S/A, de 10/07/2010, de R\$ 82,82, debitados na agencia 1236, conta 222129 do Banco Itaú, cujo titular é a Via Germânia; fatura da Embratel contra Tex10, no valor de R\$ 5,73, em 09/09/2010, debitada na mesma agencia/conta/banco/titular acima; faturas da Brasil Telecom S/A contra Tex10, de R\$ 34,63, em 20/08/2010 e de R\$ 34,28, em 20/09/2010, idem; fatura da Embratel, sacado: Tex10, de R\$ 1.840,54, em 20/08/2010, idem). Pagamentos realizados pela Tex10 para Oceânica Administradora de Imóveis Ltda., imóvel do Atlântico Shopping Center, Av. Brasil, 1271, LE 14, no qual se situa a filial da Via Germânia; Condomínio Atlântico Shopping Center, tendo como sacado a Tex10, inclusive havendo um recibo de 14/02/2011, no valor de R\$ 10.024,81, onde consta o recebimento desse valor da Tex10 Ind. Têxtil Ltda. através dos cheques 001165 a 001167 que são da Via Germânia; Condomínio Shopping H, em nome da Tex10, porém sendo esse estabelecimento filial da Via Germânia; aluguel pago às Lojas Hering S/A, no valor de R\$ 2.500,00, referente a 03/01/2010, cujo sacado é a Tex10(loja da Via Germânia)”. Esses fatos corroboram o entendimento de que havia unicidade financeira entre a Recorrente e a Tex-10.

Por todas as constatações acima elencadas e as robustas provas apresentadas pela Fiscalização entendo caracterizado que a Recorrente e a empresa Tex-10 formavam uma empresa única, com gestão administrativa, financeira e operacional únicas, embora formalmente com CNPJs e administradores distintos.

A Recorrente, por ser optante do SIMPLES, o custo da despesa com contribuição previdenciária da folha de pagamento é bem menor do que se optante de outro regime tributário, daí ser a fornecedora de mão-de-obra da Tex-10. Não seria óbice o ingresso da Recorrente do SIMPLES, se não se fossem constatados as situações acima elencadas que levam a concluir que não se tratavam de empresas independentes, mas sim constituíam de fato uma única empresa.

Por todo o acima exposto voto em rejeitar as nulidades arguidas, e no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário mantendo a exclusão do SIMPLES Nacional a partir de 1º de julho de 2007.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama