



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10120.724099/2012-78
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1302-004.963 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 16 de outubro de 2020
Recorrente FLANTELLI COMERCIO DE CALCADOS LTDA - ME.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

EXCLUSÃO. EMPRESA CONSTITUÍDA POR INTERPOSTAS PESSOAS.

Consoante o disposto no inciso IV, do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006, é cabível a exclusão de ofício das pessoas jurídicas do Simples Nacional quando constatada a sua constituição por interpostas pessoas.

PROVAS INDICIÁRIAS -ANÁLISE CONJUNTA - PROVA CONCRETA A produção de provas indiciárias, isoladamente consideradas, é improfícua; sua análise conjunta e concatenada, inclusive, com o diálogo travado no curso do processo, convola-as em provas efetivas da prática dos atos investigados no processo administrativo.

NULIDADE. PRESSUPOSTOS.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada, e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente), Paulo Henrique Silva Figueiredo, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio

Machado Vilhena Dias, Andreia Lucia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert e Gustavo Guimarães da Fonseca.

Relatório

Cuidam os autos de Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES Nacional (e-fl. 1.483), lastreado no despacho decisório de e-fl. 1.482, por meio do qual promoveu-se a exclusão da ora recorrente do regime tributário de que trata a Lei Complementar 123/06.

Pelo que se deduz do predito ADE, o motivo para a sua prática estaria fincado na constatação de que a empresa teria sido constituída por interpostas pessoas, incorrendo, pois, a contribuinte, na vedação legal explicitada pelos preceitos do art. 29, inciso IV, com os efeitos descritos no § 1º deste último preceptivo.

Tanto o ADE como o despacho decisório são franciscanos na exposição dos motivos de fato que lhes dariam base. Pelo aludido despacho, contudo, vê-se que o procedimento de exclusão, em si, teria se dado a partir de provocação originada da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, retratada no ofício de nº 110/2010, em que o mencionado órgão pede à Coordenação Geral de Pesquisa e Investigação, vinculada ao Escritório de Pesquisa e Investigação da 10ª RF da Secretaria da Receita Federal, “*a realização de diligências no sentido de*”, entre outras coisas:

[...] empreender análise de relações de controle entre a Jolly Indústria de Calçados Ltda. [...] e seus controladores de fato (Luiz Eduardo Dutra Abichequer e César Dutra Abichequer) e lojas franqueadas da rede Datelli em atividade, com fins de possível redirecionamento de execuções fiscais contra essas lojas [...] (e-fl. 5).

O resultado das diligências e as conclusões da citada Coordenação foram consolidados no relatório denominado “*Anexo à Informação de Pesquisa e Investigação RS20110017*” (expressamente referenciado, pois, pela informação fiscal na qual se embasaram o despacho decisório e o ADE). Este documento, frise-se, se debruça sobre todas as lojas franqueadas, direta ou indiretamente, vinculadas à empresa Jolly, detentora da Marca Datelli.

Ao que nos interessa, todavia, e quanto a insurgente, os auditores responsáveis pela investigação fiscal concluíram que a mesma teria sido constituída por interpostas pessoas e que os seus verdadeiros titulares seriam os senhores Luiz Eduardo Dutra Abichequer e César Dutra Abichequer. Para fundamentar tais conclusões afirmaram, com base em elementos trazidos juntamente com as preditas assertivas, que:

a) estes senhores detinham procuração emitida em cartório, concedendo-lhe amplos poderes de gestão e, ainda, para movimentar contas bancárias da autuada (que seriam custodiadas pela mesma instituição financeira, inclusive mesma agência, da empresa Jolly);

b) que as obrigações fiscais/tributárias teriam sido geradas a partir de um mesmo IP, utilizado pelas demais empresas investigadas e que comporiam um único grupo econômico;

c) que a insurgente teria sido citada em ação reclamatória trabalhista movida pelo Sr. Cláudio José Fritzen em desfavor do grupo econômico capitaneado pela Jolly; e

d) que a empresa se utilizara dos serviços de um mesmo escritório de contabilidade contratado por terceira empresa, também vinculada ao grupo econômico em testilha, sediada na mesma cidade da contribuinte (Goiânia).

Cientificada do ADE, a empresa opôs a sua impugnação (e-fls. 1.489/1.540) em que suscita, inicialmente, a nulidade do aludido ato por falta de declinação de seus motivos de fato, em alegada afronta à garantia da ampla defesa (dada a generalidade do Despacho e do ADE se viu forçada a opor defesa de forma igualmente genérica). No mérito, afirma se tratar de loja franqueada e que sua a relação jurídica com a Jolly estaria jungida à esta forma negocial, não havendo qualquer tipo de ilegalidade em sua estrutura (defendendo se tratar de pessoas jurídicas autônomas/independentes).

Passo seguinte, discorre longamente sobre os contratos de franquia, sobre a força das provas no processo tributário administrativo (refutando a adoção de presunções não previstas em lei para dar lastro aos atos administrativos), sobre os primados da razoabilidade e proporcionalidade e sobre o princípio da boa-fé. Ao fim, pede o reconhecimento da citada nulidade e, superada esta, o acolhimento de sua defesa.

Instada a se pronunciar sobre o caso, a DRJ de Brasília houve por bem julgar improcedente a manifestação oposta, conforme fundamentos que se encontram resumidos na ementa cujo teor se reproduz abaixo:

EXCLUSÃO. EMPRESA CONSTITUÍDA POR INTERPOSTAS PESSOAS.

Consoante o disposto no inciso IV, do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006, é cabível a exclusão de ofício das pessoas jurídicas do Simples Nacional quando constatada a sua constituição por interpostas pessoas.

NULIDADE. PRESSUPOSTOS.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

A insurgente foi intimada do resultado do julgamento acima em 04/06/2013 (AR juntado à e-fl. 1.486), tendo interposto o seu recurso voluntário em 04/07/2013 (data da postagem da predita peça – e-fl. 1.549) em que reprisa, *ipsis litteris*, o teor de sua manifestação de inconformidade, inclusive quanto a preliminar de nulidade do ADE.

Este é o relatório

Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, Relator.

O recurso é tempestivo e, no mais, preenche todos os demais pressupostos de cabimento, pelo que, dele, tomo conhecimento.

I DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO ADE.

Tenho, como é de conhecimento deste Colegiado, posição firme acerca da regularidade formal dos atos administrativos, em especial quanto aqueles que culminem com a imposição de obrigações patrimoniais ou, a revés, que importem na supressão de direitos (patrimoniais ou, mesmo, de outra natureza). E também como já tive a oportunidade de me manifestar em outros casos, semelhante rigidez formal se justifica, diga-se, não por um apego desmedido à burocracia ou intransigência injustificada quanto a informalidade.

A necessidade de observância ao *minus* formalístico tem esteio na, igualmente necessária, satisfação da garantia da ampla defesa.

De fato, não raro, o ato de lançamento, ou eventuais atos praticados pela Administração Tributária, se calcam em exposições pouco fundamentadas ou, quiça, motivados de forma inconsistente, incoerente ou, mesmo, contraditória. E, neste passo, a exposição insuficiente, mal feita, confusa das razões para a prática do ato administrativo, no contexto ora exposto, invariavelmente resulta na redução da capacidade do destinatário do ato de se defender eficazmente.

A motivação, além de decorrer de determinações constitucionais explícitas (v.g., o art. 37 da CF), é consectária da garantia da ampla defesa e a sua falta, ou exposição falha, resulta, inegavelmente, em anulação do ato (no plano tributário federal, semelhante nulidade é explicitamente prevista, conforme se extrai do art. 59, II, do Decreto 70.235).

Tal consequência é descrita na teoria dos motivos determinantes tão bem explorada por Celso Antônio Bandeira de Mello em seu "Curso de Direito Administrativo", 12ª ed., São Paulo, 2000, Malheiros Editores, p. 346:

De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de "motivos de fato" falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.

E isto porque, ao expor motivos inexistentes ou incorretos, faz com que o administrado se oponha ao ato por meio de argumentos igualmente inconsistentes; se o motivo de direito ou o motivo de fato declinado o são de forma incorreta, o cidadão, igualmente, se insurgirá contra o ato de forma incorreta ou inconsistente. O contribuinte, especificamente no caso do direito tributário, trará documentos, fatos e argumentos de defesa que, ao fim e ao cabo, nada acrescentarão ao discussão efetivamente correta e, por isso mesmo, verá prejudicado a seu direito à uma defesa lata e irrestrita de seus interesses.

E, no caso vertente, este relator confessa que, de início, tendeu por acolher a preliminar em exame.

Com efeito, e como já destacado no relatório que precede este voto, o despacho decisório de e-fl. 1.482, que seria, por assim dizer, o arrazoado que daria supedâneo ao Ato Declaratório de Exclusão, é de uma pobreza expositiva ímpar. Este documento, diga-se, se limita

a dizer que a insurgente se enquadra na hipótese prevista pelo art. 29, IV, da LC 123/06, nada mais. Não traz, de forma clara e objetiva, os motivos de fato que permitiriam, precisamente, fazer-se o exercício silogístico que se espera para se entender porque a empresa teria tipificado a situação prevista, *in abstracto*, na LC 123/06. E isto, de início, e num exame rápido, demonstraria a falta de elemento de validade essencial, qual seja, o motivo fático para a prática do ato.

Contudo, ainda que, rephrase-se, franciscamente erigido, o predito despacho faz referência expressa à informação fiscal juntada à e-fl. 3 que, por sua vez, elenca como fundamentos de fato o mencionado “*dossiê com informação de pesquisa e investigação elaborado pela ESPEI/10a SRRF sob o número RS20110017*”. E este documento, realmente, e como apontado no relatório acima, traz motivos que atestariam o fato-tipo “*interposição fraudulenta da pessoa jurídica*”.

Agora se estes fatos estão comprovados pelos documentos constantes do dossiê retro ou mesmo se a qualificação destes elementos está correta são questionamentos próprios ao mérito da querela, não evidenciando, aí, uma nulidade apreensível no feito.

Em resumo, o Despacho Decisório restou calcado na Informação Fiscal e em Dossiê cujos fundamentos de fato justificadores da sua prática foram explícita e objetivamente expostos. E, mais que isso, semelhantes documentos foram, efetivamente, disponibilizados à insurgente.

Mesmo que a autoridade competente para elaboração da decisão que fundamenta o ADE tenha sido econômica, ela fez referência ao procedimento investigativo, e respectivas conclusões, que, ao fim e cabo, estampam de forma clara os motivos de fato ensejadores da exclusão contra a qual se insurge a ora recorrente.

Não há, neste caso, uma violação à garantia da ampla defesa, mesmo que o predito despacho e o ADE mereçam críticas pela forma pouco substancial e rasteira pelo que foram elaborados.

II MÉRITO.

II.1 A construção da norma concreta individual, a dialética processual e as provas indiciárias.

O positivismo jurídico se assentava na ideia de que a norma seria um ente dotado de autonomia, mergulhado num ambiente estéril, que não admitia iterações e, por isso mesmo, se afastava de tudo o que não fosse extraível do seu próprio conteúdo prescritivo. Neste diapasão, refutava-se a própria influência do estudioso (ou do aplicador do direito) sobre o objeto estudado, não admitindo qualquer tipo de instrumento interpretativo que se propusesse buscar a solução dos casos difíceis fora dos contornos da norma (a moldura a que se referia Kelsen¹) para se construir a norma concreta e individual:

Sob a ótica do direito positivo não existe critério pelo qual uma das dadas possibilidades de aplicação da norma possa ser preferida à outra. Simplesmente não existe –

¹ KELSSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 4ª ed., rev. da tradução, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 116-117.

caracterizável como juspositivo – um método, relativamente ao qual, dentre os vários significados linguísticos de uma norma, só se possa salientar um como “correto” [...]².

Para Kelsen, a adoção de métodos interpretativos – que não se destinassem, exclusivamente, à emolduração da norma positiva – equivaleria à externalização da própria vontade do aplicador do direito que, assim, justificaria a aplicação do direito a partir de “*comentários jurídicos*” de “*caráter absolutamente jurídico-político*”³, sobre os quais o direito positivo nada teria a dizer⁴. A preconcepção Kelseniana acerca dos limites de aplicação da norma, recusando, pois, a relevância (para o direito positivo) da própria construção argumentativa tendente à demonstração da melhor solução possível para o caso concreto, revela o que a doutrina chamou de decisionismo Kelseniano, como bem lembra Streck:

[...] que as normas jurídicas de um ordenamento não “cobrem” todas as hipóteses de aplicação: isto quer dizer que haverá “casos difíceis” que não serão solucionáveis pelas normas jurídicas existentes; daí o recurso à discricionariedade, poder “delegado” aos juízes [...]. Tais questões, de um modo ou de outro, estão presentes em Kelsen e Hart, que constituem, assim, o “ovo da serpente do positivismo contemporâneo”, embora realistas jurídicos, como Alf Ross, tem, sob outro viés, parcela significativa de responsabilidade nesse *affair*. Kelsen “desiste” de enfrentar o problema dos “casos difíceis” (embora deles não fale, na especificidade), deixando a cargo dos juízes tal solução, a partir de um “ato de vontade” (daí se falar do “decisionismo Kelseniano”)⁵.

Ainda que em tempos atuais, o emprego de argumentos de política para a justificação das decisões judiciais não seja pacificamente aceite – e, quando o são (os argumentos políticos), devem ser apenas quando testados contra os princípios vetores do direito (como defende Ronald Dworkin, citado por Neil MacCormick⁶) – o decisionismo proposto pelo juspositivismo não pode ser aceite e nem se tornar muleta para delegar aos aplicadores o mister de, nos chamados casos difíceis, aplicar o resultado que melhor lhe aprouver (a partir de valores absolutos e subjetivos), sem a necessária justificação:

Oponho-me à teoria popular de que os juízes têm poder discricionário para decidir casos difíceis. Admito que os princípios de direito sejam às vezes tão equilibrados que os que favorecem o demandante parecerão tomados em conjunto, mais fortes a alguns advogados, mas a outros, mais fracos. Sustento que mesmo assim faz sentido que cada uma das partes reivindique a prerrogativa de sair vencedora e, em decorrência disso, de negar ao juiz o poder discricionário de decidir em favor da outra⁷.

A norma jurídica individual e concreta, resultante do exercício silogístico que a aplicação da norma abstrata pressupõe, é construída não pela simples fixação da moldura normativa, mas, isto sim, pela dialética. Tal moldura, diga-se, estabelece de fato os limites materiais do antecedente normativo e, outrossim, fixa as consequências possíveis, que, todavia, devem ser aplicadas de acordo com o caso concreto – e não conforme os humores do juízes e aplicadores. É o discurso desenvolvido pelas partes e pelo aplicador da lei que permite erigir, fundamentadamente, a norma concreta individual:

² Op. cit. p. 117.

³ Op. cit. p. 119.

⁴ Op. loc. cit.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3ª Ed., Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009, p. 5-6.

⁶ MACCORMICK, Neil. On Legal Decisions and Their Consequences – From Dewey to Dworkin. New York University Law Review, vol. 58, n. 2, 1983, p. 245.

⁷ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 430.

Essas considerações levam ao entendimento de que atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sai atividade consiste em constituir esses significados. Em razão disso, também não é plausível aceitar a ideia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação⁸.

O caso em exame revolve norma que predispõe, em seu antecedente, situação que, *in abstracto*, não aparenta dificuldades de compreensão. A Lei Complementar de n.º 123/06 estabelece que as empresas constituídas por “*interpostas pessoas*” não podem optar pelo regime tratado pelos arts. 12 e ss (e nem, nele, podem permanecer). A expressão em testilha conforma a moldura normativa a que alude Kelsen de sorte que, constatada a predita situação, impor-se-á a consequência igualmente clara contida no mencionado regramento (a vedação à opção ou a exclusão da ME ou EPP do SIMPLES). Mas no plano fático (ou no mundo fenomênico), a resolução do caso, nem de longe, se torna tão “simples”.

A mera subsunção dos fatos à prescrição legal não é suficiente porque, mesmo que o elemento material do antecedente não revolva maiores dificuldades conceituais, a circunstância “*interposição de pessoas*” não é constatável (ao menos via de regra) por uma prova direta sobre o fato, mas por um conjunto de elementos que, isoladamente, não tem o condão de provar a materialidade descrita abstratamente na hipótese de incidência. A interposição de pessoas é utilizada (quase sempre), no caso de empresas optantes pelo SIMPLES, como forma de planejamento tributário ilícito (evasivo); a sua implementação, portanto, é, quase sempre, permeada por estratégias tendentes à ocultação daquela realidade, a fim de retardar ou impedir o conhecimento da estrutura concreta que se encontra dissimulada pela organização societária simulada. Em linhas gerais, o que se vê normalmente em casos tais é a formação de um conjunto de provas indiciárias.

E porque, nesta hipótese, tais provas seriam suficientes para demonstrar a concretização do antecedente da norma, se os fatos abstratos por ela descritos não se encontram, de forma direto, demonstrados?

Se as premissas do juspositivismo estivessem corretas, particularmente quando nega a interrelação entre objeto e observadores, ou entre o aplicador, as partes e o direito posto, os casos cuja solução pressupõe a produção de provas indiciárias não teriam uma solução. Como defendido por Kelsen, qualquer solução adotada estaria jungida à discricionariedade do julgador que teria, para tanto, apenas que se ater ao contorno normativo abstratamente definido.

Daí porque se afirma (a fim de se fugir do decisionismo Kelseniano) que o discurso dialético é o único meio pelo qual a valoração deste tipo prova pode ser justificado, já que os contornos da própria lide permitirão verificar a suficiência destes elementos para se concluir pela materialização da situação prevista *in abstracto* no antecedente normativo. Calha trazer a colação, as ponderações propostas pelo Ministro Luiz Fux quando do julgamento da Ação Penal de n.º 470, cujo objeto era, precisamente, a análise da concretização de crime de lavagem de dinheiro, cuja comprovação, pela própria natureza deste tipo penal, revolve a conjunção de indícios coletados ao longo do procedimento investigativo:

⁸ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2018, p. 52.

Assim, a prova deve ser, atualmente, concebida em sua função persuasiva, de permitir, através do debate, a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos, e o incentivo a um debate franco para a formação do convencimento dos sujeitos do processo. O que importa para o juízo é a denominada verdade suficiente constante dos autos; na esteira da velha parêmia *quod non est in actis, non est in mundo*. Resgata-se a importância que sempre tiveram, no contexto das provas produzidas, os indícios, que podem, sim, pela argumentação das partes e do juízo em torno das circunstâncias fáticas comprovadas, apontarem para uma conclusão segura e correta⁹

A força da prova indiciária é, portanto, verificada a partir do diálogo travado no curso do processo, participando, pois, de forma decisiva para a construção da norma concreta individual, a interação, conjunta, do aplicador e das partes nesse exercício lógico-jurídico. Como destacado pelo Ministro Fux, a prova, no caso, tem uma função de persuasão e serve, nesta esteira, de suporte ao livre convencimento do julgador que, não obstante revelar um atributo da atividade judicante, ainda está vinculado ao dever de motivar as decisões.

Se o conjunto de provas indiciárias, a partir das análise dos argumentos e contra-argumentos postos no feito, permitir o desvelamento da verdade material contida na demanda, mesmo que a míngua de provas diretas da concretização do fato, a sua força deve ser reconhecida. Não se estará, então, se propondo uma solução dentre as possíveis, mas, efetivamente, decidindo-se o caso da melhor forma possível.

II.2 O caso concreto e as provas produzidas.

Como exposto no relatório que precede este voto, foram declinados quatro fatos indiciários da materialização da situação prescrita pelo art. 29, inciso IV, da LC 123/06, a saber:

a) aos senhores Cesar e Luiz Eduardo (proprietários da marca Datelli por meio da empresa Jolly) foi outorgada procuração, emitida pela recorrente em Cartório, concedendo-lhes amplos poderes de gestão e, ainda, para movimentar contas bancárias (que seriam custodiadas pela mesma instituição financeira, inclusive mesma agência, da empresa Jolly);

b) que as obrigações fiscais/tributárias da recorrente teriam sido geradas a partir de um mesmo IP, utilizado pelas demais empresas investigadas e que comporiam um único grupo econômico;

c) que a insurgente teria sido citada em ação reclamatória trabalhista movida pelo Sr. Cláudio José Fritzen em desfavor do grupo econômico capitaneado pela Jolly; e

d) que a empresa se utilizara dos serviços de um mesmo escritório de contabilidade contratado por terceira empresa, também vinculada ao grupo econômico em testilha, sediada na mesma cidade da contribuinte (Goiânia).

Além destes fatos, há, ainda, importante constatação, no sentido de que a recorrente compra e vende produtos da citada marca Datelli, conformando novo indício da formação de um grupo econômico.

⁹ Ação Penal 470, Plenário, disponível em ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf; acessada em 22/09/2020.

De sua sorte, a recorrente sustenta, até para justificar a constatação posta no parágrafo anterior, que mantinha com a Jolly contrato de franquia e que teria independência econômica, estrutural e societária (além de invocar a boa-fé, a razoabilidade e a proporcionalidade como pilastras principiológicas de sua tese).

Particularmente quanto aos fatos descritos em “b” e “c”, a autoridade investigadora, no afã de construir de forma mais robusta a acusação, acabou por imputar à contribuinte situações que não se amoldam à realidade dos autos.

Em verdade, e no que tange ao problema do “IP”, vê-se, pelo doc. de e-fls. 159 e ss, que as informações ali exprimidas não indicam, nem comprovam, a circunstância alardeada pelo fisco. De fato, nenhum daqueles documentos apontam para o CNPJ da Flantelli como contribuinte responsável pelo envio das declarações lá tratadas (à e .fl.325, há o apontamento do uso do aludido endereço pela empresa Locatelli – que a par da similaridade de nome, *a priori* não guarda relação com a contribuinte -, mas não há informações se este registro se refere à alguma declaração da Flantelli) Em suma, não é possível identificar o CNPJ da recorrente dentre os registros apontados neste maço.

Quanto a reclamatória trabalhista mencionada no corpo daquela informação fiscal, observa-se, também, a inexistência de qualquer imputação à Flantelli. A aludida ação (e-fls. 485 e ss), diga-se, foi movida, dentre outras, contra a Sra. Elizângela Locatelli que é sócia da empresa insurgente, mas lá aparece como representante legal das empresas Mace e Educe. Não há, também aí, qualquer menção à empresa Flantelli.

No que tange, outrossim, ao uso de um mesmo escritório de contabilidade pela contribuinte e por outra empresa do indigitado grupo econômico, semelhante assertiva, mesmo que em conjunto com outras evidências, não tem o condão de comprovar a “interposição de pessoas”, já que, até pela natureza das atividades desenvolvidas, é absolutamente comum que estejam sob a batuta de um mesmo profissional ou empresa de contabilidade.

O fato que realmente indicia, e de forma substancial, que a recorrente seria gerida apenas formalmente pelos sócios que constam de seus atos constitutivos é, realmente, a outorga de procuração com amplos poderes de gestão administrativa e, principalmente, financeira aos sócios proprietários da empresa Jolly que, como destacado pela Fiscalização, e admitido pela insurgente, é detentora da marca dos produtos vendidos pela contribuinte. Confira-se, neste particular, o rol de poderes concedidos pela citada procuração (e-fl. 124):

[,..] a quem confere amplos poderes para, onde com esta se apresentar, gerir administrar a firma outorgante e tratar de todos os negócios que lhe são concernentes; comprar e vender mercadorias, pagar e receber contas, assinar correspondência; admitir e demitir empregados; representar a outorgante perante quaisquer estabelecimentos bancários e financeiros, inclusive Banco do Brasil S/A, Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A, Banco ABN AMR Real S/A, HSBC Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo e Caixa Econômica Federal; representar perante quaisquer repartições públicas federais, estaduais ou municipais, inclusive junto ao Ministério do Trabalho ou qualquer outro Ministério, seus departamentos e delegacias, Correios e Telégrafos, Delegacia Fiscal, Alfândegas, Junta Comercial, Mesa de Renda, Coletorias e Prefeituras podendo receber a correspondência telegráfica e epistolar, simples ou registrada, com ou sem valor declarado, importância de vales e reembolso postais, encomendas e "Collis Postaux", fazer e assinar despachos de mercadorias, assinar

guias, requerimentos, emitir e endossar notas promissórias, emitir e aceitar duplicatas, sacar letras de câmbio e demais título de crédito em geral, pagar impostos, taxas e emolumentos, requerer e receber dessas repartições quaisquer quantias que lhe forem devidas ou a que tenha direito por qualquer título; firmar ou rescindir contratos de qualquer natureza, inclusive de locação de prédios, de seguros contra fogo, acidente de trabalho ou furto; receber saldos de contas correntes credoras em estabelecimentos bancários, caixas econômicas e financeiros; emitir e endossar cheques, dar e títulos em caução que firmar; receber quaisquer quantias, passar recibos, dar e receber quitação; sacar, endossar, assinar, descontar, reconhecer, aceitar, emitir protestar quaisquer títulos cambiários, inclusive averbá-los; efetuar cobranças que for devido à outorgante; defender a outorgante em todos os seus negócios e interesses, em qualquer juízo ou instância, inclusive perante autoridades administrativas; propor ou promover ações, execuções ou quaisquer processos, acompanhando-os até o final; requerer falência de devedores da outorgante; aceitar ou rejeitar propostas de concordatas e representar a outorgante nas assembleias de credores, com todos os poderes contidos na cláusula "ad judicium", e ainda os de receber citação inicial, confessar, transigir, desistir e substabelecer o presente mandato, no todo ou em parte, podendo a outorgante praticar os mesmos atos sem que por tal fato fique este revogado [...].

O que esta procuração revela é que a empresa era e é gerida pelos procuradores constantes do instrumento supra que, em complemento à este documento, se apresentavam às instituições financeiras como "representantes da Flantelli" (v. relatório constante de e-fls. 137 e ss). Houve, pois, inadvertidamente, uma terceirização de toda a gestão da recorrente à terceiros que, pelo contexto apresentado no feito, indicia a correção das conclusões fiscais. Em outras palavras, estas evidências, somadas ao diálogo desenvolvido no curso deste processo, são de tal sorte robustas que, a despeito de indiciárias, produzem o convencimento necessário para se concluir pela ocorrência da situação vedadora descrita pelo art. 29, IV, da LC 123/06.

Com efeito, e como já dito, a empresa se defendeu no feito argumentando que a relação comercial havida entre ela e a empresa Jolly se resumiria à pactuação de contrato de franquia. Mas a insurgente não traz, ao feito, cópia do aludido instrumento... em verdade, não traz absolutamente nada que permita se inferir sequer a existência de semelhante avença (que, nos termos do art. 6º da Lei 8.995, de 15 de dezembro de 1994, deve se dar sempre por escrito). A empresa apenas menciona a existência de um modelo de "contrato-padrão" da marca Datelli, mas não o traz aos autos. E, a míngua do predito instrumento, não só não se sabe se ele de fato existe, como, por consentâneo, nada se sabe, também, sobre as regras que regeriam o negócio, caso se pretendesse admitir a sua existência.

O estabelecimento de regras claras do contrato e das franqueadas, com muito esforço, diga-se, poderia de alguma justificar a concessão de tão amplos poderes administrativos aos sócios da empresa franqueadora, bem como quanto ao acesso, destes, às contas bancárias da recorrente. A não apresentação destas regras, torna substancial esta prova (a procuração e a representação da empresa perante instituições financeiras), mesmo que os demais fatos apontados pela Autoridade Investigadora não mantenham qualquer relação de pertinência com o caso.

E, ainda que por um excesso de boa-vontade, se queira admitir a existência do negócio "franquia" (admitindo-se, igualmente, que o respectivo instrumento não tenha sido juntado por um lapso do recorrente), é preciso destacar que este modelo contratual não revolve a terceirização da gestão administrativa e financeira das franqueadas. Vale lembrar que, a teor dos

preceitos do art. 1º da Lei 8.955/94, vigente à época dos fatos aqui relatados, os contratos de franquia eram conceituados como sendo o instrumento pelo qual:

[...] um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Os únicos ativos que são cedidos por meio do aludido contrato são os direitos inerentes ao uso de marca ou patente, os direitos de distribuição e a tecnologia de implementação e administração do negócio. Não há, aí, uma intersecção entre o franqueado e o franqueador que, de qualquer forma, admita a entrega da própria gestão da empresa franqueada ao franqueador; aliás, diga-se, a forma de gestão (a “tecnologia”) é objeto explícito de cessão, sendo, inclusive, remunerada. É contrasistêmico sequer conceber que a administração da franqueada pelo franqueador seja possível sem se desnaturar o próprio contrato de franquia.

A verdade é que, ao longo deste voto, tentou-se demonstrar a admissibilidade das provas indiciárias como suficientes mesmo que para implementação de consequências de natureza sancionadora; a procuração supra, todavia, é senão um prova quase direta do fato-tipo descrito pelo por vezes mencionado art. 29, IV, da LC 123/06. A gestão administrativa e financeira da recorrente é exercida de fato é de direito (por força do aludido instrumento de mandato) pelos Srs. Cesar e Luiz Eduardo que, noutro giro, são os sócios-titulares da empresa detentora da marca Datelli (objeto de comercialização pela insurgente). O fato, no entanto, mais relevante para a constatação de que esta empresa é, quando menos, um braço comercial da Jolly, é que os próprios recursos financeiros da Flantelli, depositados em contas bancárias, se encontram, integralmente, e sem limites, sob o controle do Sr. César Dutra Abichequer.

Os sócios da insurgente, por todo o contexto elaborado a partir do confronto entre as provas e o diálogo intentado no curso da demanda, são, inegavelmente, meros “laranjas” dos reais gestores da Flantelli, revelando, pois, a materialização da hipótese de vedação destacada pelo despacho decisório e confirmada pelo acórdão recorrido.

Não há, diante disso, o que prover no caso.

III CONCLUSÃO.

Por todo o exposto, voto por afastar a preliminar de nulidade e, no mérito, por **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca

