



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

Processo nº 10530.724460/2009-39
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1802-000.638 – 2ª Turma Especial**
Data 24 de março de 2015
Assunto Solicitação de diligência
Recorrente NEUMICRO - MONTAGEM E EMBALAGEM DE PRODUTOS
HOSPITALARES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, CONVERTER o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Jose de Oliveira Ferraz Corrêa- Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, Luis Roberto Bueloni Santos Ferreira, Nelso Kichel, José de Oliveira Ferraz Correa, Gustavo Junqueira Carneiro Leão e Henrique Heiji Erbano.

Relatório

Cuidam os autos do Recurso Voluntário de e-fls. 942/959 contra decisão da 4ª Turma da DRJ/Salvador (e-fls. 926/932) que julgou a manifestação de inconformidade improcedente, mantendo a exclusão da empresa do Simples Federal

Quanto aos fatos, consta dos autos:

I – Representação Fiscal para Exclusão do Simples:

- que, em procedimento de fiscalização do INSS **em 1999** tendo por objeto a COMPOJET BIOMÉTICA LTDA, CNPJ: 01.081.026/0001-74, a autoridade administrativa **constatou** que referida empresa **mantinha o controle administrativo e econômico-financeiro** de mais três empresas, dedicadas ao mesmo ramo de atividade, dentre elas a **NEUMICRO Montagem e Embalagem de Produtos Hospitalares Ltda**, CNPJ nº 03.155.266/000100, pelo seguinte:

(i) vínculo familiar entre os sócios e constante rotatividade entre eles nas empresas do grupo;

(ii) a COMPOJET tem como objeto social a industrialização e comercialização de produtos hospitalares e a transformação de termoplásticos, e, no entanto, todo o funcionamento do seu parque se dá através de outras empresas, dentre elas, com grande participação, a NEUMICRO;

(iii) **todos os funcionários desta exercem suas atividades no prédio da COMPOJET**, e responderam à fiscalização que não sabiam quem era de fato o seu empregador;

(iv) o auxiliar de contabilidade e os chefes dos setores pessoal e administrativo da COMPOJET prestam serviços a todas as sociedades empresárias do grupo;

(v) o capital social e o patrimônio da NEUMICRO são incompatíveis com o risco/encargo da sua atividade econômica, p. ex., no ano de 2006 o seu capital social era de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao mesmo tempo que declara GFIP uma massa salarial relativa aos segurados empregados que trabalham na COMPOJET com uma média mensal de R\$ 37.389,94;

(vi) a NEUMICRO apresentou declaração de que **não possui bens patrimoniais**, denotando de que o risco de sua atividade econômica é de responsabilidade da COMPOJET;

(vii) não foi apresentado ao Fisco nenhum tipo de contrato, a exemplo de “comodato”, que justifique a utilização do parque fabril da COMPOJET;

(viii) a COMPOJET assume despesas com folhas de pagamento de empregados, auxílio alimentação, assistência médica, contribuições social e sindical e verbas rescisórias da NEUMICRO e demais empresas do grupo vide sub-itens 4.8 a 4.13 da RA/INSS;

(ix) além de funcionar no mesmo endereço da COMPOJET, todos os funcionários da NEUMICRO vieram de demissão e transferência de empresas do grupo (itens 4.14/4.16 da RA);

(x) procuração da NEUMICRO nomeando a sócia administradora da COMPOJET como sua bastante procuradora, com poderes de representação perante repartições federais, estaduais e municipais, e de assinar documentos diversos, nos termos do item 4.17 da RA;

(xi) a **NEUMICRO presta serviços exclusivos à COMPOJET** e não registra contabilmente a matéria prima recebida, e a COMPOJET também não registra as operações mercantis pertinentes (itens 4.18 a 4.21);

- que, com base nesses indícios, a autoridade administrativa do INSS inferiu que se trata de grupo econômico, ou seja, que as empresas **NEUMICRO** e COMPOJET são do mesmo grupo econômico; que a primeira foi constituída por **interpostas pessoas**, incorrendo na vedação, prevista no art. 14, inciso IV, da Lei nº 9.317, de 1996, para figurar no SIMPLES Federal, razão pela qual a contribuinte deve ser excluída do Simples Federal.

- que, portanto, houve a representação interna no âmbito da DRF/Feira de Santana, ou seja, Representação Fiscal para Exclusão do Simples, de **26/11/2009**, da **NEUMICRO - MONTAGEM E EMBALAGEM DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA**, CNPJ: 03.155.266/0001-00, por violação, em tese, da Lei nº 9.317/96, art. 14, IV (e-fls. 02/10).

II – Ato Declaratório Executivo de Exclusão do Simples:

-que a contribuinte foi excluída do Simples pelo Ato Declaratório Executivo da DRF/Feira de Santana nº 23, de **08/12/2009**, com efeito jurídico a partir de **14/05/1999**, uma vez que a pessoa jurídica teria sido constituída com utilização de **interpostas pessoas** que não seriam os verdadeiros sócios ou acionistas, infringindo o comando legal do art. 14, IV, da Lei 9.317/1996. A propósito, transcrevo o disposto no citado ADE (e-fls. 278 e 312):

(...)

*O DELEGADO SUBSTITUTO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL
EM FEIRA DE SANTANA - BA, (...) declara:*

Art.1º Excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) o contribuinte NEUMICRO - MONTAGEM E EMBALAGEM DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA, CNPJ nº 03.155.266/0001-00, em virtude de ter sido constatada a situação excludente prevista no art. 14, inciso IV, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, considerando o que consta do processo administrativo nº 10530.724460/2009-39.

An. 2º Os efeitos desta exclusão serão a partir de 14 de maio de 1999, nos termos do previsto no art. 15, inciso V, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, c/c o art. 24, inciso VII, da Instrução Normativa SRF nº 608, de 9 de janeiro de 2006.

(...)

Ciência do ADE:

A contribuinte tomou ciência do ato de exclusão do Simples Federal em **18/12/2009**, por intermédio de representante legal (e-fl. 280).

Impugnação:

A contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade em **19/01/2010** (e-fls. 283/362), aduzindo as seguintes razões, em síntese, já resumidas no relatório da decisão *a quo* e que, nessa parte, transcrevo (e-fls. 926/927):

(...)

(i) *A empresa foi irregularmente excluída do SIMPLES NACIONAL (sic) porque o contrato de prestação de serviços firmado com a empresa COMPOJET BIOMEDICA LTDA, segundo a fiscalização, se constituir "numa relação de dominação entre a empresa dita principal que inclusive é quem tem o recurso econômico-financeiro e social e (...) existência do poder de mando da maior sobre a sua subordinada".*

(ii) *O fisco acusa que a requerente é constituída por interpostas pessoas pela existência de vínculo familiar e significativa alternatividade da administração societária dentre as sociedades empresariais que compõem o grupo econômico caracterizado na auditoria fiscal. Ora, a legislação tributária não impede que integrantes de mesma família constituam empresas distintas, ainda que as mesmas integrem o mesmo grupo econômico. Portanto, não há que se falar que a empresa indevidamente excluída do SIMPLES é composta de interposta pessoa ou "laranjas", sobretudo pelo fato de os sócios serem os verdadeiros titulares da sociedade, conquanto a DSPJSimples da requerente atesta seu quadro societário, bem como a retirada dos mesmos a título de distribuição de lucros (doc. 03), o que torna manifestamente nula a exclusão do Simples Nacional (sic).*

(iii) *Elisão fiscal não se confunde com simulação, eis que o planejamento tributário desenvolvido pela contribuinte é atividade lícita. O Fisco não pode impor ao contribuinte determinada conduta quando houver conduta outra também lícita, que seja mais interessante ao contribuinte, vez que esse ser o senhor de suas decisões, de conformidade com doutrina e jurisprudência mencionadas. Por isso, urge concluir que a constituição da empresa requerente se deu de forma absolutamente legal.*

(iv) *Não há que se falar em formalização do contrato de comodato para uso dos equipamentos da tomadora dos serviços. Isso porque num planejamento tributário visando a redução de impostos é mais interessante à tomadora dos serviços adquirir os equipamentos*

necessários à prestação de serviços e obter uma redução do valor a ser pago à requerente, eis que a atividade desta se resume à efetiva prestação de serviços. A requerente efetivamente prestou serviços à tomadora, mas tal fato está registrado em documentos fiscais e contábeis, conforme notas fiscais de remessa e de retorno dos produtos (docs. 04 e 05), não havendo que se falar, portanto, em simulação de prestação de serviços.

(v) Embora a legislação trabalhista atribua ao empregador a obrigação de pagar a folha de salários, contudo, essa obrigação pode ser cumprida por terceiros, como se deu no caso em tela, em que os salários dos empregados da requerente foram pagos pela tomadora dos serviços (COMPOJET), via transferência bancária (vide cláusula décima do CPS). Mas os valores pagos aos empregados da prestadora de serviços foram deduzidos do valor contratual correspondente à efetiva prestação de serviços. O fato de constar tais pagamentos no histórico bancário da COMPOJET é em razão da falta de nomenclatura no banco para inserção de dados referentes a pagamento a terceiros e/ou adiantamento de pagamento.

(vi) Os pagamentos feitos pela COMPOJET, a título de alimentação, assistência médica, contribuição sindical e verbas rescisórias, dos empregados da NEUMICRO, decorrem de pactuação expressa na cláusula nona do contrato de prestação de serviços (CPS).

(vii) A CLT permite a transferência de empregados desde que não acarrete prejuízo ao empregado e resulte de mútuo consentimento entre as partes. Também nada impede que empresas compartilhem o mesmo endereço. No caso concreto, o valor do aluguel previsto no contrato é deduzido do valor pago à requerente relativo ao contrato de prestação de serviços.

(viii) Em relação ao instrumento em que a sócia da COMPOJET, Sra. Patrícia Marques, é procuradora da empresa requerente com poderes para representação junto aos órgãos fiscais e trabalhistas, a outorga de procuração se deu para resguardar os interesses da tomadora dos serviços no que tange à necessária fiscalização do cumprimento das cláusulas contratuais, bem como para resguardar os interesses do fisco. Isto é, em face da solidariedade da tomadora de serviços quanto ao pagamento dos salários e do FGTS dos empregados da prestadora, a tomadora exigiu a procuração para aferir a regularidade de tais pagamentos, por parte da empresa terceirizada, para evitar futura demanda trabalhista contra seus interesses.

(ix) Em relação à prestação exclusiva de serviços à COMPOJET, não se verifica a ausência de registro contábil das operações. Em verdade, a auditoria fiscal deixou de considerar os registros fiscais e contábeis que atestam a contabilização dos serviços prestados pela requerente. Os documentos analisados pela Fiscalização comprovam que a tomadora de serviços remete os equipamentos necessários à prestação de serviço desenvolvido pela requerente, conforme notas fiscais de saída em anexo (docs. 04 e 05). E não há lei que impeça qualquer empresa prestadora de serviços de possuir um único contrato de prestação de serviços.

(x) A inexistência de custo de produção decorre do contrato de cessão de mão de obra, em que não há fornecimento de materiais pelo prestador de serviços, haja vista que o tomador fornece os materiais e equipamentos necessários à consecução dos serviços acordados, conforme cláusula segunda do contrato de prestação de serviços.

(xi) Não há base legal para exclusão do Simples Nacional (sic), com efeito retroativo ao ano-calendário de 1999, pois a LC 123/2006 revogou expressamente a Lei 9.317/96, que previa a retroatividade da exclusão. Assim, o ADE nº 22, de 08/12/2009, não pode produzir quaisquer efeitos em desfavor da empresa requerente. Ainda que se entenda que a exclusão de ofício deva prosperar, os seus efeitos devem ser projetados para o futuro, em face do disposto no art. 106 do CTN.

(...)

A 4ª Turma da DRJ/Salvador, enfrentando as questões suscitadas pela contribuinte, manteve a imputação da infração, conforme Acórdão de 29/02/2012 (e-fls. 926/932), cuja ementa transcrevo a seguir:

(...)

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

Ano-calendário: 1999

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. PESSOA JURÍDICA CONSTITUÍDA POR INTERPOSTAS PESSOAS.

Deve ser excluída do Simples Federal a pessoa jurídica constituída, comprovadamente, por interpostas pessoas que não sejam seus verdadeiros sócios ou titular.

Manifestação de Inconformidade

Improcedente Sem Crédito em Litígio

(...)

Ciente desse *decisum* por via postal –AR, porém não consta a data de ciência (e-fl. 968), a Contribuinte apresentou Recurso Voluntário em 23/04/20012 (e-fls. 942/959), reprisando, em síntese, as razões já apresentadas na instância *a quo*.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator.

Quanto ao Recurso Voluntário, há dúvida fundada se a peça recursal com suas razões foi apresentada tempestivamente ou não, pois do Aviso de Recebimento – AR não consta a data de ciência da contribuinte, em relação à decisão *a quo* (e-fl. 968).

Nesta situação em que foi omitida a data de ciência no AR, torna-se necessário documento que comprove a **data de expedição da intimação** (Decreto nº 70.235/72, art. 23, II, §2º, II), pois dessa data conta-se 15 (quinze) dias, quando se considera ocorrida a ciência da decisão *a quo*.

A propósito, transcrevo o comando legal do Decreto nº 70.235/72, *in verbis*:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I – (...)

*II – **por via postal**, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo (Redação dada pelo art.67 da Lei nº 9.532/97).*

(...)

§ 2º. Considera-se feita a intimação:

I – (...)

II – no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação (Redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532/97).

Compulsando os autos, observa-se, de plano, que não houve por parte da DRF/Feira de Santana a juntada do documento que pudesse comprovar a **data de expedição** da intimação.

O despacho, que consta na e-fl. 969, afirma que o recurso seria tempestivo, porém sem fundamentação legal. Além disso, deixou de juntar aos autos o **comprovante de expedição** da intimação fiscal (data de postagem, registro, na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT).

A propósito, transcrevo o disposto no citado despacho:

(...)

O contribuinte foi em 16/04/12, AR folha 968 (não datado pelo contribuinte), cientificado do Acórdão nº 15-29.951 - 4ª Turma da DRJ/SDR, de 29/02/12, folhas 926/932, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo a exclusão do Simples, e inconformado com o Acórdão, interpôs recurso voluntário tempestivo em 23/04/12, folhas 942/959..

Processo nº 10530.724460/2009-39
Resolução nº **1802-000.638**

S1-TE02
Fl. 978

(...)

Logo, há falha na instrução dos autos do processo, exigindo instrução processual complementar para juntada dessa prova pela unidade de origem da RFB, no caso a DRF/Feira de Santana.

Por tudo que foi exposto, voto para CONVERTER o julgamento em diligência, determinando o retorno dos autos do processo à DRF/Feira de Santana para juntada do documento que comprove a **data de expedição** da intimação fiscal pela unidade local da RFB.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel