



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10850.723005/2015-41
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-004.987 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de dezembro de 2020
Recorrente SEBO SOL INDUSTRIA DE SUB PRODUTOS DE BOVINOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2017

NULIDADE. SUPERAÇÃO. MÉRITO FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE.

Nos termos do § 3º do artigo 59 do Decreto 70.235/1979, quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

INTERPOSTA PESSOA. NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE “LARANJAS” OU “TESTA-DE-FERRO” PARA A SUA CARACTERIZAÇÃO

A caracterização da “interposta pessoa” necessita da utilização de terceiros que simplesmente emprestam os seus nomes para a abertura de pessoas jurídicas, deixando para os verdadeiros “donos” (ou sócios de fato) a administração da sociedade, com ilimitados poderes para gerir a empresa.

NÃO CARACTERIZAÇÃO DAS SITUAÇÕES ELENCADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PARA A EXCLUSÃO DO SIMPLES. MANUTENÇÃO.

Não caracterizada nenhuma das situações impeditivas previstas na lei para a exclusão do Simples, mostra-se improcedente o ato de exclusão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar a preliminar de nulidade da decisão recorrida e, no mérito, dar provimento ao recurso para cancelar a exclusão da Recorrente do SIMPLES FEDERAL, determinando sua reinclusão no referido sistema simplificado a partir de 08 de abril de 2005.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Goncalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Claudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos André Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Leticia Domingues Costa Braga, Luiz Augusto de Souza Goncalves (Presidente). Ausente o Conselheiro Itamar Artur Magalhães Alves Ruga.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Acórdão DRJ/RPO, que por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade para manter a exclusão no Simples Nacional, com efeitos a partir do dia 08 de abril de 2005.

Convém ressaltar que a Representação nº 036 CTADM/ECOB/SACAT/DRJ/SJR (fl. 02), de 08/09/2011, por meio do Ato Declaratório Executivo nº 25/2007, excluiu do Simples Nacional a recorrente, juntamente de outras duas empresas. O Acórdão nº 1802-002.497 do CARF deu parcial provimento a recurso voluntário, determinando o desmembramento do processo e autuação em separado.

O referido acórdão entendeu ser descabida a formalização, no mesmo processo administrativo, de exclusões do SIMPLES FEDERAL pertinentes a três pessoas jurídicas distintas, anulando o Acórdão nº 14-27.861, de 08/03/2010 proferido pela 1ª Turma da DRJ/RPO nos autos do referido processo administrativo, a fim formalizar processos distintos para cada uma das pessoas jurídicas excluídas do SIMPLES FEDERAL, determinando-se, ainda, a intimação de cada um dos contribuintes para deduzirem, separadamente, suas defesas.

O ADE de fls. 24 excluiu a requerente do Simples em razão da prática reiterada de infração à legislação tributária, conforme previsto no art. 14, IV e V, da Lei nº 9.317/1996, levando em conta o seguinte conjunto de fatos, expostos no Acórdão de fls. 214-221:

- A SEBO SOL alterou sua denominação social para SOL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS RIO PRETO LTDA, funcionando atualmente em local constituído apenas por salas comerciais onde funcionam também outras empresas do grupo. Figuram no quadro social da SEBO SOL LTDA os Srs. Nivaldo Fortes Peres, Juvenino Marques Ferreira, José Roberto Giglio, Pedro Giglio Sobrinho, Luciano da Silva Peres e Rodrigo da Silva Peres. A COURO SOL LTDA funciona no mesmo endereço, mas na sala 0, tendo como sócios os Srs. Nivaldo Fortes Peres e Silvio Giglio. A sede anterior da SEBO SOL LTDA localizava-se no mesmo endereço da SOL COUROS e também da RPMC COMÉRCIO DE CARNES E DERIVADOS LTDA. Outra filial desta empresa funciona em endereço comum a outros empreendimentos do grupo, inclusive das duas outras empresas representadas, quais sejam, a CMG e a SEBO SOL. A CMG tem como sócios a Sra. Cláudia Maria Giglio e o Sr. Carlos Alberto Ortega Marques. A primeira foi empregada da SEBO SOL LTDA no período de 02/01/1995 a 29/02/2000, enquanto o segundo teve vários vínculos empregatícios com a mesma empresa no período de 01/12/1978 a 28/02/2000 e, na sequência foi admitido na RPMC COMÉRCIO DE CARNES E DERIVADOS LTDA, permanecendo nesta empresa entre 01/03/2000 e 15/07/2003. O contrato social da CMG foi elaborado em 01/06/2003 e registrado na JUCESP em 01/07/2003, ou seja, quando ainda era empregado da RPMC.

- O capital social da CMG é incompatível com a quantidade de veículos utilizados no empreendimento, razão pela qual a SEBO SOL LTDA e o Sr. José Roberto Giglio venderam a prazo para ela, em 11/08/2003, um imobilizado da ordem de R\$ 265.400,00, conforme consta do livro Registro de Entradas de Mercadorias, enquanto a quitação se deu ao durante um longo período, encerrando-se apenas em

2006, de acordo com os lançamentos do Livro Razão. Mais que isso, os empregados da CMG foram registrados a partir de 01/08/2003, vindos transferidos da RPMC COMÉRCIO DE CARNES E DERIVADOS LTDA. Em 01/08/2006, ocorreram transferências de funcionários, desta vez vindos da SOL AGRO INDUSTRIAL LTDA. Registre-se que o Sr. Aparecido Correa da Cunha foi registrado como contador da CMG de 01/08/2003 a 28/02/2007 e da SOL COUROS. Além disso, a movimentação das contas do ativo circulante da CMG revela que os clientes listados em duplicatas a receber são, na maioria, empresas ligadas ao grupo econômico. Há, inclusive, registro de operações com a DISTRIBUIDORA DE CARNES SÃO PAULO LTDA, empresa que, no âmbito da chamada operação “Grandes Lagos” atuava emitindo notas fiscais frias.

- Todos esses fatos são indícios fortes e concordantes de que a SEBO SOL LTDA e a COURO SOL LTDA foram fragmentadas em tantas outras empresas. O capital social integralizado na constituição da SEBO SOL é claramente incompatível com os maquinários e as instalações prediais necessários ao complexo industrial do empreendimento. Diante desta discrepância, as instalações foram arrendadas junto à SEBO SOL LTDA, atual SOL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS RIO PRETO LTDA. A SEBO SOL é atualmente uma empresa unipessoal, titularizada pelo sócio João Francisco Fernandes, e continua em mesmo endereço de outras empresas do grupo. No Livro Razão da SEBO SOL estão registradas diversas operações de industrialização envolvendo a DISTRIBUIDORA DE CARNES SÃO PAULO LTDA, empresa que, conforme foi apurado na operação “Grandes Lagos”, exerce a função de emitir notas fiscais frias com fins fraudulentos. A SOL COUROS tem como sócios o Sr. Paulo Bueno de Camargo e a Sra. Márcia Helena de Oliveira. Esta foi empregada da SEBO SOL LTDA de 01/12/1992 a 29/02/2000, de modo que, quando da fundação da SOL COUROS, em 03/01/2000, ainda trabalhava para aquela empresa. As declarações de IRPF dos sócios revelam que eles não tinham condições econômico-financeiras para constituir uma empresa do porte da SOL COUROS, considerando sua estrutura física. Diante disso, foram feitos contratos de arrendamento junto à SEBO SOL LTDA e à COURO SOL LTDA. A SOL COUROS teve empregados registrados apenas em agosto de 2003, a despeito de exercer suas atividades desde os primeiros meses do ano de 2000, conforme cópias dos Resumos de Operações de Entradas e Saídas de Mercadorias.

- Todos os empregados então admitidos são provenientes da SEBO SOL LTDA e da RPMC COMÉRCIO DE CARNES E DERIVADOS LTDA. Além disso, as cópias das rescisões de contratos de trabalho, assim como de recibos de férias de alguns empregados, confrontadas com as respectivas quitações, demonstram que a SOL COUROS assumiu os encargos trabalhistas de empregados da RPMC COMÉRCIO DE CARNES E DERIVADOS LTDA, ainda que anteriores a agosto de 2003. É curioso notar que o Sr. Sérgio Gonçalves Martins foi empregado da RPMC COMÉRCIO DE CARNES E DERIVADOS LTDA mas recebeu suas verbas rescisórias da SOL COUROS, ainda que nunca tivesse firmado contrato de trabalho com esta empresa. A RPMC COMÉRCIO DE CARNES E DERIVADOS LTDA firmou com a SOL COUROS, em 01/03/2000, com vigência até 29/02/2002, contrato particular de locação de mão-de-obra. Um novo contrato foi firmado em 01/03/2002, vigorando até o distrato ocorrido em 12/08/2003. Registre-se que os endereços do contratante e do contratado são idênticos, e o mesmo endereço da SEBO SOL LTDA. O estabelecimento da RPMC que funciona neste endereço possui o CNPJ 62.067.129/0006-89. Entretanto, foram localizadas várias notas fiscais de prestação de serviços emitidas pelo estabelecimento 62.067.129/0003-36, da filial de Guapiaçu, sendo que para esta filial não há recolhimentos previdenciários. Ressalte-se que não há registro dos serviços prestados a terceiros pela RPMC COMÉRCIO DE CARNES E

DERIVADOS LTDA nas GFIPs apresentadas, de modo que as informações relativas ao referido contrato particular de locação de mão-de-obra foram omitidas.

O ADE, que conta a fls. 24, deu-se em virtude de a contribuinte cometer prática reiterada de infração à legislação tributária, de acordo com artigo 14º, incisos IV e V da Lei 9317/96.

Cientificada, a interessada apresentou defesa (fl. 29-38), na qual, em resumo, alegou que foi submetida a fiscalização por auditor-fiscal referente ao período de março de 2005 a outubro de 2006, e que sem que se chegasse ao final da auditoria, com apoio apenas de meras suspeitas de irregularidades, entenderam pela exclusão do Simples, alegando ainda que não lhe foi ofertada oportunidade de defesa, expedindo-se o ato declaratório n. 25.

Alega que sua Solicitação de Revisão de Exclusão do Simples foi indeferida por despacho que não analisou suas alegações.

Tratou, em sede de preliminar, que os atos administrativos devem ser motivados; no mérito, que o auditor fiscal se pautou em presunções, e não deveria interessar operações de terceiros, e sim apenas da própria contribuinte, e que os motivos que fundaram a decisão são infundados e insuficientes. Por essa razão, o ADE seria nulo, e requereu o acolhimento da impugnação para cancelar o ADE n. 25, afastando seus efeitos.

Após o Acórdão nº 14-27.861, o recurso voluntário contra ele interposto e o respectivo julgamento pelo CARF, por meio do Acórdão nº 1802-002.497 (fls. 03-07), sendo todos esses atos praticados no processo administrativo nº 16004.000311/2007-53, a SEBO SOL foi novamente intimada a apresentar manifestação de inconformidade no presente processo administrativo contra o Ato Declaratório Executivo DRF/SÃO JOSÉ DO RIO PRETO nº 25/2007 de exclusão do SIMPLES FEDERAL. Às fls. 143-156, a SEBO SOL apresentou manifestação de inconformidade, reiterando a falta de motivação do ato que ensejou a exclusão, bem como que são infundadas as presunções que pautaram o ato e que exclusão do SIMPLES da empresa VALENTIM GENTIL ABATEDOURO DE BOVINOS E SUÍNOS LTDA promovida na mesma data e com base nas mesmas acusações foi cancelada pelo CARF.

Apesar das alegações, sua manifestação foi julgada improcedente nos termos do Acórdão 14-61.105 (fls. 214-221), entendendo, quanto à alegação de falta de motivação do ADE, que há nele expressa referência ao processo administrativo nº 16004.000311/2007-53, que deu origem ao presente processo administrativo, de modo que os fatos que levaram à conclusão de que a empresa foi constituída por interpostas pessoas e de que houve prática reiterada de infração à legislação tributária devem constar dos autos e não do texto do Ato recorrido.

Ainda, no que toca à alegação da falta de fundamentação do pedido de revisão da exclusão do Simples, entendeu-se que a recorrente nada de novo trouxe que pudesse ensejar revisão, considerando ainda que é procedimento prévio e limitado, visando apenas evitar que atos de exclusão do SIMPLES editados com erro de fato surtam seus efeitos. Para o pleno exercício do direito de defesa contra o ADE de exclusão o recurso adequado é a manifestação de inconformidade.

Quanto ao mérito, tanto na impugnação apresentada as fls. 143-156, tanto como na impugnação originalmente apresentada no processo administrativo nº 1604.1000311/2007-53, juntada no presente processo administrativo às fls. 29-38, entendeu-se que a recorrente silencia acerca de várias provas contundentes apresentadas no presente processo administrativo, como a coincidência de endereços, além de o capital social integralizado na constituição da SEBO SOL é claramente incompatível com os maquinários e as instalações prediais necessários.

Diante desta discrepância, as instalações foram arrendadas junto à SEBO SOL LTDA, atual SOL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS RIO PRETO LTDA. No Livro Razão da SEBO SOL estão registradas diversas operações de industrialização envolvendo a DISTRIBUIDORA, empresa que exerce a função de emitir notas fiscais frias com fins fraudulentos.

Certo que a eventual inexistência de débitos não afasta a exclusão do SIMPLES, visto que as infrações apuradas sequer poderiam ensejar, no momento em que constatadas, os lançamentos dos tributos respectivos, já que a exclusão do SIMPLES deve necessariamente preceder os autos de infração.

Por fim, demarcou-se que a decisão proferida pelo CARF de interesse da empresa VALENTIM GENTIL ABATEDOURO DE BOVINOS E SUÍNOS LTDA, não tem qualquer repercussão no presente processo administrativo, por se tratar de contribuinte distinto, com circunstâncias fáticas diferentes.

O acórdão, portanto, concluiu pela improcedência da manifestação de inconformidade.

Inconformada com o resultado do julgamento, interpôs Recurso Voluntário as fls. 226-255, alegando preliminar de nulidade do acórdão recorrido, colocando que este apreciou as questões objeto da impugnação apresentada pela SEBO SOL, afirmando que o julgamento, de forma inexplicável, vale-se de conjunto acusatório movediço para acusar independente das alegações da defesa, e no mais segue em suma reiterando os argumentos da impugnação.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Relatora.

O Recurso Voluntário é tempestivo, preenche os requisitos de admissibilidade, dele conheço.

Conforme relatado, nos termos do Ato Declaratório Executivo n. 25 de 26 de junho de 2007, com efeitos a partir de 08 de abril de 2005, a Recorrente foi excluída do Simples (Lei 9.317/96) dada a acusação de prática reiterada de infração à legislação tributária, de acordo com o art. 14, inciso IV e V da Lei 9.317/96:

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

[...]

IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual;

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

Os fatos que ensejaram a exclusão da Recorrente do Simples foram descritos nos seguintes termos (e-fl. 403)

A Seção de Fiscalização da DRF/ S J Rio Preto/ SP encaminhou REPRESENTAÇÃO FISCAL, através dos documentos de fls 01 a 341, dando origem ao processo supra citado, informando os fatos que ensejam a exclusão da empresa do Simples:

- a) Fatos apurados e demonstrados que apontam para provável fragmentação das empresas Sebo Sol Ltda e Couro Sol Ltda, dando origem a outras empresas de menor porte, utilizando-se, para tanto, dos recursos prediais, materiais, técnicos e humanos das empresas então desativadas;
- b) Neste processo de descendência das empresas foram utilizados sócios com capital social incompatível com o porte dos empreendimentos, situação corrigida com o arrendamento do acervo das empresas originais, e outros favores tais como a venda de ativos com prazos de pagamento que fogem à normalidade;
- c) A obscuridade decorrente das operações de fornecimento e transferência de mão-de-obra da empresa RPMC Comércio de Carnes e Derivados Ltda para outra empresa do grupo, e sobretudo, a falta de recolhimentos previdenciários e a sonegação de tais informação na GFIP.

Na mencionada Representação Fiscal (e-fls. 12/18), restou consignado que as empresas C.M.G. TRANSPORTES RIO PRETO LTDA, SEBO SOL IND. DE SUB PRODUTOS DE BOVINOS LTDA EPP e SOL IMPORTADORA E EXPORTADORA DE COUROS LTDA, seriam parte integrante de um grupo econômico, de propriedade da família do Sr. Nivaldo Fortes Peres, com possíveis braços também na família Giglio, fazendo uso portanto de sócios fictícios, tendo em vista que a titularidade única nos diversos estabelecimentos resultaria em comprometimento à condição de optante do Simples Nacional de cada um deles.

À Representação Fiscal foram anexados documentos que evidenciam que a Sebo Sol-Ltda-alterou sua denominação social para Sol Empreendimentos Imobiliários Rio Preto Ltda, funcionando atualmente na Rua José Macagnani, 64, sala 1, Jardim Alto Alegre, em São José do Rio Preto-SP, local constituído apenas de salas comerciais onde funcionam também outras empresas do grupo. Figuram no quadro social desta empresa os Srs. Nivaldo Fortes Peres, Juventino Marques Ferreira, José Roberto Giglio, Pedro Giglio Sobrinho, Luciano da Silva Peres e Rodrigo da Silva Peres, conforme documentos de fls. 30 a 34.

A Couro Sol Ltda, que funciona no mesmo endereço acima, porém, na sala 0, possui no seu quadro social os Srs. Nivaldo Fortes Peres e Silvio Giglio, conforme consta nas fls. 35 e 36. O endereço da Sebo Sol Ltda era na Rodovia BR 153, s/no, km 46, Zona Rural, em São José do Rio Preto, o mesmo da Sol Importadora e Exportadora de Couros Ltda, e também da RPMC Comércio de Carnes e Derivados Ltda - CNPJ 62.067.129/0006-89. Outra unidade da RPMC, cujo controle do CNPJ é 0005-06, funciona na Rua Lúcia Gonçalves Vieira Giglio, 3111, Distrito Industrial Carlos Arnaldo Silva, em São José do Rio Preto-SP, endereço comum a outros empreendimentos do grupo, inclusive de duas das empresas ora representadas, ou seja, a C.M.G. Transportes Rio Preto Ltda e a Sebo Sol Indústria de Sub Produtos de Bovinos Ltda.

No que diz respeito especificadamente à apuração dos fatos em relação à Recorrente Sebo Sol Indústria de Sub Produtos de Bovinos Ltda, restou descrito o seguinte (e-fls. 15):

5.5. DA APURAÇÃO DOS FATOS NA SEBO SOL IND. DE SUB PRODUTOS DE BOVINOS LTDA EPP

5.5.1. Com base no Contrato Social e suas alterações, vide fls. 133 a 149, nota-se que o capital social integralizado pelos sócios é de pequena monta comparado aos maquinários e instalações prediais necessárias ao complexo industrial do empreendimento, fato que foi sanado através do arrendamento realizado junto à Sebo Sol Ltda, inscrita no CNPJ sob nº 60.006.251/0001-06, atualmente denominada Sol Empreendimentos Imobiliários Rio Preto Ltda, conforme cópia do livro Razão às fls. 150 e 151.

5.5.2. A empresa iniciou suas atividades com o nome de J.S. Indústria de Sub Produtos de Bovinos Ltda, alterando para Sebo Sol Indústria de Sub Produtos de Bovinos Ltda EPP em 27/07/2005. Atualmente a sociedade é unipessoal ao sócio João Francisco Fernandes e continua funcionando na Rua Lúcia Gonçalves Vieira Giglio, 3111, Distrito Industrial Carlos Arnaldo Silva, em São José do Rio Preto-SP, mesmo endereço de outras empresas do grupo.

5.5.3. Conforme cópias do livro Razão, vide fls. 152 a 171, observa-se que a empresa realizou quantidade significativa de operações de industrialização envolvendo a Distribuidora de Carnes São Paulo Ltda, que, conforme é do nosso conhecimento, trata-se de empresa rotulada de "Noteira", ou seja, servia a outras empresas com suas notas fiscais frias com fins fraudulentos, tornando-se um pivô dentro do esquema de sonegação desvendado pela Operação Grandes Lagos, não sendo possível, portanto, oferecer crédito a tais operações.

5.5.4. Foi citado anteriormente que há grandes chances de as empresas aqui representadas serem meros fragmentos de outras unidades de maior porte. Nota-se às fls. 172 a 175, que a C.M.G. Transportes Rio Preto Ltda presta rotineiros serviços a esta empresa. Na prática entende-se tratar de uma empresa única, que ao invés de ter vários departamentos ou filiais, possui CNPJ's distintos a cada um destes, daí a necessidade de se nomear sócios específicos em cada um, almejando as vantagens advindas da conotação de microempresa e empresa de pequeno porte, além da possibilidade de opção pelo Simples.

Por sua vez, a recorrente, em sede de recurso, traz várias informações com as quais pretende afastar os fatos que firmaram a convicção do Auditor-Fiscal que realizou a ação fiscal e a do relator voto condutor da decisão de primeira instância.

Preliminar de nulidade.

De início a Recorrente aduz preliminar do acórdão de origem, arguindo que em que pese dada a falta de coerência das acusações fiscais o acórdão recorrido misturou a situação da SEBO SOL à de outras acusadas no processo que havia sido desmembrado, repetindo a tese acusatória, sem nenhuma consideração por provas e argumentos da defesa, vez que não houve enfrentamento do mérito do ato de cassação do regime do Simples em sua motivação escolhida pela autoridade fiscal, vez que, para manter a cassação.

Alega que a decisão jamais apontou por que razão o senhor João Francisco Fernandes seria um laranja, nem de quem seria laranja, muito menos para que empresa "fragmentada" trabalharia de fato, e que a decisão é vazia de conteúdo decisório verdadeiro, e como ela não enfrenta argumentos defensivos essenciais é nula de pleno direito.

Na decisão recorrida, consta como razão determinante a da manutenção do ADE a afirmação de que o fundamento da exclusão foi a prática reiterada de infração à legislação tributária, infrações estas que se consubstanciam na constituição da empresa por interpostas pessoas, coincidência de endereço da sede com outras empresas integrantes do mesmo grupo econômico e utilização, em suas operações, de notas fiscais emitidas pela DISTRIBUIDORA, empresa inexistente de fato, que atua emitindo notas fiscais frias com fins fraudulentos.

Realmente não houve a identificação de que a Sebo Sol indústria de Sub Produtos de Bovinos Ltda, representada pelo seu titular João Francisco Fernandes, teria agido como interposta pessoa e em nome de quem teria agido e quais fatos teria praticado nessa condição.

A acusação de que no Livro Razão da Recorrente estão registradas diversas operações de industrialização com empresa "noteira", sem o mínimo apontamento de como teria se dado essa constatação, quais processos inquisitivos teriam levado a essa conclusão, também implica de certa forma na dificuldade de elaboração de elementos modificativos ou extintivos da acusação fiscal.

Contudo, verifico que além da questão preliminar que implicaria na nulidade da decisão recorrida, por falta de enfrentamento dos argumentos da manifestação de inconformidade à sua plenitude na consideração por provas e argumentos da defesa, vez que não houve enfrentamento do mérito, verifico que no mérito, não há como manter o Ato Declaratório Executivo nº 25/2007.

Por isso, entendo que neste caso, perfeitamente cabível a aplicação do §3o. do art. 59 do Decreto 70.235/72, segundo o qual:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

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

De modo que, seguindo a disposição legal acima, entendo por bem, superar as preliminares para analisar o mérito por entender que é possível prover o recurso do Recorrente.

Mérito.

No mérito entendo que assiste razão à Recorrente quando aduz que o Ato Declaratório Executivo nº 25/2007 é eivado de vícios, sobretudo quanto à sua motivação específica, vez que sua própria narrativa interna não se infere a possibilidade de enquadramento nas hipóteses legais de cassação do artigo 14, IV e V da Lei 9.317/96, que autorizaria o ato, e que não houve a fundamentação para prolar o Ato Declaratório de exclusão do Simples.

Dado o fundamento da exclusão ser a prática reiterada de infração à legislação tributária e a prática de atuação através de interposta pessoa, tem-se que é ônus do fisco a prova suficiente para justificar a exclusão da empresa defendente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequenos Porte.

No que diz respeito às acusações fundamentadas em ausência de lastro financeiro e atuação em mesmo endereço, a recorrente apontou que o real patrimônio de sócios da empresa SEBO SOL, constantes nas Declarações de Renda de que o Fisco dispunha e que nunca trouxe ao processo jamais permitiria sua classificação como laranjas;

Sobre a presença das pessoas acusadas pelo fisco de estarem envolvidas em fraudes, esclareceu que elas seriam relacionadas na condição de sócios ou parentes do senhor Silvio Giglio e dos que dele foram sócios, justificando-se plenamente, por força do que dispõe o direito sucessório brasileiro e o direito societário no caso de falecimento de sócios, relações negociais entre tais pessoas e que as relações de parentesco, sociedade e emprego com o patriarca da família Giglio, Sr. Silvio Giglio justificam que muitas outras pessoas tenham terminado por se envolver em negócios de ramos afins de atividade, mantendo, entre si, lícitas e frequentes relações, que não foram corretamente identificadas pelo fisco, uma vez que se limitou a investigar apenas os cadastros públicos, onde não constavam as informações de cunho sucessório.

Quanto a coincidências de endereços, há que se reconhecer haver certo sentido a partir da presença de contrato de arrendamento, como forma lícita de proceder a atividades industriais sem investir capital na compra imediata de equipamentos, ocorrendo em várias empresas e não sendo, jamais causa legal para exclusão do regime do Simples;

No que diz respeito à acusação de prática reiterada de infrações, tem-se, conforme demonstrou a Recorrente, ela não havia sido autuada, sequer uma única vez e, em sede de defesa apresentou todas as certidões que comprovam a regularidade de suas operações, fato incompatível com empresa destinada a prática reiterada de infração a legislação tributária, com quadro social fraudado.

Quanto à tese do fisco de fragmentação da empresa para tributação pelo Simples, a Recorrente aponta para a existência de um lapso de mais de 05 (cinco) anos entre o encerramento das atividades de uma SEBO SOL LTDA e a constituição da outra Sebo Sol Indústria de Sub Produtos de Bovinos Ltda.

Especialmente em relação aos dispositivos legais utilizados como fundamento aos Ato Declaratório Executivo nº 25/2007 (fls. 403), art. 14, IV e V, da Lei 9.317/96,

Sobre a exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES, sob o fundamento de composição por meio de interposta pessoa, tem-se:

Art. 14. (...)

IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual.

Analisando a aplicação de tal dispositivo, este Conselho já proferiu algumas decisões quanto a constituição por de empresas por interpostas pessoas, sendo que me sirvo de uma para a abordagem desse ponto:

INTERPOSTA PESSOA — SIMULAÇÃO ABSOLUTA - O caso é de simulação absoluta, e não relativa, pois se cuida de examinar se a sucessão a título singular dos sócios ocorreu ou não — em caso negativo, nenhum negócio jurídico houve. A presença de uma causa sinzulandi associada aos dados representados nos autos são elementos sobremaneira fortes a descortinar a consecução de simulação absoluta. (PAF nº. 11516.002599/2005-45, Sessão de 18/05/2010, 3ª Turma Ordinária, 1ª Câmara da 1ª Seção)

Feita esta ponderação, adentrando no caso em julgamento, não se aventou a hipótese de se encontrarem interpostas pessoas no quadro societário da Recorrente que não fossem os verdadeiros sócios ou acionistas.

O termo de representação fiscal, ao tratar da interposição de pessoas (e-fls. 403), não se prestou a demonstrar/comprovar a efetiva constituição da Recorrente de forma fraudulentamente, utilizando-se de interpostas pessoas. Limita-se a registrar que “*os fatos apurados e demonstrados apontam para provável fragmentação das empresas Sebo Sol Ltda e Couro Sol Ltda, dando origem a outras empresas de menor porte*” e que na “*descendência das empresas foram utilizados sócios com capital social incompatível com o porte dos empreendimentos, situação corrigida com o arrendamento do acervo das empresas originais, e outros favores tais como a venda de ativos com prazos de pagamento que fogem a normalidade*”, ou seja, não se presta a confirmar que a Recorrente promovia negócio jurídico em nome próprio mas no interesse de outrem, substituindo-o, encobrindo-o.

Segundo precedentes do CARF, caracteriza-se pessoa jurídica constituída por interposta pessoa àquela constituída por terceiros, completamente estranhos à atividade empresária, veja-se:

SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES.

ANO-CALENDÁRIO: 1999.

SIMPLES. EXCLUSÃO. Não poderá optar pelo simples a pessoa jurídica que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, ou que seja constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios.

(CARF. PAF nº 13971.002269/2003-46. Acórdão nº 1801-00.182. Rel. Marcos Vinícius Barros Ottoni. 1ª Seção, 3ª Turma Especial. Sessão: 27/01/2011)

No caso em apreço, como já descrito, não restou consignado em nome de quem, ou na defesa de qual interesses, supostamente teria agido a recorrente, não há clareza na acusação fiscal suficiente a apagar o ato de exclusão.

Com base nas razões acima expostas, voto por afastar a aplicação da Lei 9.317/96, art. 14, IV no presente processo administrativo, de modo não ser este dispositivo fundamento hábil a ensejar a exclusão da Recorrente do Simples.

No que diz respeito à exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES, sob o fundamento de prática reiterada de infração, tem-se:

Art. 14. (...)

V - prática reiterada de infração à legislação tributária.

Fica nítido que para a verificação da “prática reiterada”, necessário se faz a formalização destas por meio de auto de infração ou notificação de lançamento, ou mesmo que seja o caso de verificação da segunda ocorrência, de infração idêntica a anteriormente destacada. Notadamente, não se vê estas características no presente caso.

Compulsando a Representação Fiscal, a única menção que faz o auditor fiscal a alguma prática que poderia fundamentar a exclusão da Recorrente com fulcro nesse fundamento legal, não há demonstração e/ou comprovação de se tratar de reiteração da prática apontada, bem como não há especificação acerca de qual empresa dentre aquelas formadora do alegado grupo econômico incorreu na prática ali descrita, por se tratar de afirmação genérica sem vinculação entre agente e conduta.

Assim, não há como apontar qualquer violação ao dispositivo em tela.

Por todo o exposto voto no sentido de superar a preliminar de nulidade da decisão recorrida e, no mérito, dar provimento ao recurso para cancelar a exclusão da Recorrente do SIMPLES FEDERAL, determinando sua reinclusão no referido sistema simplificado a partir de 08 de abril de 2005.

(documento assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin.