



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10920.721358/2011-11
ACÓRDÃO	1402-007.049 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	17 de julho de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	PRETEC – PRECISÃO E TECNOLOGIA EM UNISAGEM LTDA. EPP
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 2001

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. RITO PROCESSUAL.

A lei nº 9.317/96 estabelece que a exclusão de ofício do Simples Federal dar-se-á mediante ato declaratório, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo, não havendo previsão para emissão de qualquer termo prévio à expedição do ato declaratório.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO. INTERPOSTA PESSOA.

A exclusão do Simples Nacional dá-se de ofício mediante ato declaratório quando a pessoa jurídica optante ocorrer na sua constituição por interpostas pessoas, circunstância esta evidenciada pelo acervo fático-probatório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário para, na parte conhecida, rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, a ele negar provimento, mantendo a exclusão da recorrente do regime do SIMPLES FEDERAL, nos termos do ADE nº 167/2011, da DRF/Joinville.

Assinado Digitalmente

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça – Relator

Assinado Digitalmente

Paulo Mateus Ciccome – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Alexandre Iabrudi, Catunda, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Rafael Zedral, Ricardo Piza di Giovanni, Alessandro Bruno Macedo Pinto, Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em desfavor do Acórdão nº 07-28.726, pela 5ª Turma da DRJ/FNS, julgando improcedente a Manifestação de Inconformidade para manter o Ato Declaratório Executivo nº 167/2011 que excluiu a Recorrente do SIMPLES.

Por bem relatar os fatos, adoto o relatório do acórdão de piso complementando-o a adiante:

“Trata-se de manifestação de inconformidade da empresa PRETEC – PRECISÃO E TECNOLOGIA EM USINAGEM LTDA. EPP contra exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples Federal.

A exclusão do Simples Federal, conforme Ato Declaratório Executivo nº 167, de 23 de agosto de 2011, emitido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Joinville, teve como motivação a constatação de que o sujeito passivo é constituído por interposta pessoa que não o verdadeiro sócio (art. 14, inciso IV da Lei 9317/96). Os efeitos da exclusão, de acordo com o art. 2º do citado ADE, operaram-se a partir de 20 de dezembro de 2001, conforme disposto no inciso V do art. 15 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

Inconformado o sujeito passivo apresentou manifestação de inconformidade, com as alegações em síntese expostas abaixo.

Após a exposição fática do ato administrativo de exclusão, diz que, contrariamente à representação de autoridade fiscal, as empresas PRETEC, BTOMEC, USIMEGA e TECNOSTAMP são pessoas jurídicas distintas, e deforma alguma há a mencionada existência de grupo econômico de fato ou constituição por interpostas pessoas que não os verdadeiros sócios. Diz, em suma, que cada uma das empresas possui propósito negocial e quadro societário próprio e

inconfundível, inexistindo a hipótese de interposição fraudulenta de pessoas, a qual ficou simplesmente no plano da argumentação, já que nem sequer foi comprovada ou evidenciara pela fiscalização.

Como preliminar, alega que a exclusão da empresa do Simples sem oportunidade de apresentação de defesa prévia, implica ofensa ao devido processo legal, em face da inobservância das garantias do art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, ressaltando que o art. 14, §3º, da Lei nº 9.317/1996, confere eficácia a essa garantia constitucional.

Entende que a exclusão de ofício do contribuinte do SIMPLES não pode prescindir de prévia intimação para que exerça a ampla defesa e o contraditório a respeito dos fatos que lhe são imputados, para só ao final se decidir, administrativamente, pela sua exclusão ou não do programa simplificado. Anexa decisão do STJ que reforça o argumento posto.

Defende ser nulo o ato administrativo que promoveu a exclusão da empresa impugnante do SIMPLES, devido à ausência de expressa motivação por parte da autoridade competente no ato declaratório executivo nº 167/2011.

Argumenta que a motivação do ato não pode estar contida apenas na representação fiscal expedida por agente fiscal, uma vez que cabe exclusivamente à autoridade competente para a exclusão (Delegado da Receita Federal do Brasil) motivar os seus atos e, assim, expor as razões fáticas e jurídicas que serviram para acolher ou não a dita representação fiscal.

No mérito, afirma a inexistência de constituição de pessoa jurídica por interposta pessoa.

Aduz que essa prática, vulgarmente conhecida como constituição de empresa através de sócio 'laranja', pode ser qualificada juridicamente, no âmbito do direito civil, como simulação. Na simulação por interposição de pessoa, o intuito do declarante é atingir, com o negócio jurídico dissimulado, um terceiro, que não o figurante do próprio negócio. O figurante do negócio é o testa de ferro, presta-nome ou homem de palha. Há um mise-en-scène em que o figurante, na realidade, adquire, extingue ou modifica direitos para terceiro oculto. O 'testa de ferro' é apenas titular aparente de direito.

Argumenta que são duas as características básicas da interposição de pessoas, a saber: (i) a pessoa interposta está no meio de duas pessoas ligadas diretamente por um negócio, sem possuir neste negócio um interesse pessoal; e (ii) a função da pessoa interposta é ocultar o verdadeiro contratante, que, por algum motivo, não quer aparecer.

Segundo a recorrente, os sócios da impugnante possuem interesse direto e pessoal na condução dos seus negócios, bem como não estão a ocultar nada nem ninguém, porquanto são os verdadeiros e ostensivos sócios da impugnante.

Afirma que a representação fiscal indica algumas razões pelas quais a impugnante deveria ser excluída do Simples, mas nenhuma delas enquadra-se ou subsume-se na hipótese que foi indicada no ato administrativo de exclusão, ou seja, a constituição de pessoa jurídica por interposta pessoa, e, ainda, que as afirmações constantes na representação fiscal são pautadas em meras suposições.

Menciona que a tese central da representação fiscal está focada na alegação de que as empresas BTOMEC, PRETEC, USIMEGA E TECNOSTAMP são um único grupo econômico de fato, sendo que a insurgência da autoridade fiscal se dá em relação aos seguintes aspectos resumidos, para a posteriori serem contestados:

A- As empresas BTOMEC e PRETEC estão de fato estabelecidas no mesmo local físico;

B- O fato dos quatro sócios majoritários das quatro empresas serem membros da mesma família;

C- As empresas em questão teriam constituído o Sr. Wiland Tiergarten como seu procurador, outorgando-lhes poderes de gerência e administração.

D- No processo de Reclamação Trabalhista n. 05499200800412007, da 1 Vara do Trabalho de Joinville, as três empresas teriam constituído a mesma advogada, firmando acordo com o reclamante no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais);

E- Haveria compartilhamento de recursos financeiros entre as empresas, registrados contabilmente na forma de empréstimo pecuniário entre elas;

F- A receita bruta das empresas BTOMEC, PRETEC E USIMEGA, no ano de 2006, teria totalizado a quantia de R\$ 6.063.335,33;

G- A contabilidade das empresas seriam feitas pelo mesmo escritório; H- Nos balanços patrimoniais de 2006 a 2010, as empresas BTOMEC, PRETEC E USIMEGA e TECNOSTAMP constam como empresas ligadas, ficando evidente a existência de grupo econômico;

I- As empresas em questão estariam a manipular seus resultados financeiros;

Questiona que de todas estas afirmações, onde está a constatação ou a comprovação de que a empresa impugnante é constituída por interposta pessoa, ou melhor, é constituída por sócio "laranja", uma vez que as suposições trazidas pelo agente fiscal apenas questionam aspectos empresariais, financeiros e contábeis da pessoa jurídica impugnante, mas em nenhum momento põem em dúvida que os seus sócios não sejam os verdadeiros sócios, já que isso é inquestionável.

Reforça que a fiscalização sequer esclarece a respeito de quem os sócios da impugnante estariam a se interpor, ou melhor, em favor de quem os sócios da impugnante seriam interpostas pessoas.

Diz que o simples fato da impugnante ter conferido procuração ao Sr. Wiland Tiergarten (a propósito, pai do representante legal da impugnante) para eventualmente representa-la, não tem o condão de caracterizar grupo econômico ou interposição de pessoas, uma vez que lhe fora outorgada tal procuração tão somente a fim de facilitar a prática de alguns e determinados negócios em caso de ausência, por qualquer motivo, dos representantes legais da impugnante, sendo essa prática comum no âmbito empresarial.

Entende ser irrelevante o fato de serem os sócios da impugnante membros da mesma família dos outros sócios administradores das empresas BTOMEC, PRETEC e TECNOSTAMP, por se tratam de pessoas maiores, capazes, aptas a participar no quadro societário de qualquer pessoa jurídica.

Segundo a recorrente, os sócios da impugnante possuem interesse direto e pessoal na condução dos seus negócios, tanto é assim que tomam decisões gerenciais, assinam todos os livros comerciais, balanços, balancetes, e todos os demais documentos necessários à gestão empresarial, conforme demonstrado na própria documentação que consta no presente de Infração nº 37.354.3069, não sendo cabível que a impugnante seja constituída por interposta pessoa se a fiscalização reconhece que seus sócios recebiam pró-labore.

Argumenta que não há nenhuma irregularidade no fato de estas empresas contratarem o mesmo escritório de contabilidade de confiança da família, e a mesma advogada para defender seus interesses na Reclamatória Trabalhista nº. 05499200800412007.

Refere que a receita bruta da impugnante, sua margem de lucro ou mesmo a existência de empréstimos financeiros tomados de outras empresas, não se relacionam com o fato de que sua constituição se deu por interpostas pessoas.

Assevera que está sediada em imóvel e endereço absolutamente distinto do imóvel e do endereço das demais empresas relacionadas pela fiscalização, além de possuir maquinário e funcionários próprios; fato que, aliás, nem sequer foi destacado pela fiscalização responsável. Trata-se, portanto, de empresa dotada de absoluta autonomia em relação às empresas BTOMEC, USIMEGA e TECNOSTAMP.

Refere que toda a tese construída na representação fiscal trata-se, quando muito, de hipótese de uma eventual infração à legislação tributária pela alegada existência de um suposto grupo econômico, o que seria apto a ensejar em tese a exclusão da impugnante do SIMPLES com base no art. 14, incisos I ou V, da Lei nº 9.317/96, em decorrência da eventual extrapolação de receita bruta, mas jamais pode ser reputada válida a exclusão da impugnante do SIMPLES com fundamento

no art. 14, inc. IV, uma vez que a impugnante no caso concreto não foi constituída por interposta pessoa, e tampouco o fato restou comprovado.

Refere que a própria autoridade fiscal menciona quanto ao faturamento das três empresas.

No tocante aos argumentos expendidos na representação fiscal, no sentido de que a impugnante teria sido constituída com o escopo de afastar a incidência de contribuições, questiona porque ela própria solicitaria o seu desligamento do aludido sistema já em junho de 2007, questionando o fato pelo qual a fiscalização não considerou a existência de grupo econômico a partir de junho de 2007, quando passou a apurar e recolher seus tributos e contribuições no regime do lucro presumido.

Requer, por fim, que seja julgado improcedente o ato administrativo de exclusão da empresa impugnante do SIMPLES, declarando insubsistente e nulo o Ato Declaratório Executivo nº 167/2011”.

Por sua vez, a 5ª Turma da DRJ/FNS julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade para manter o Ato Declaratório Executivo nº 167/2011 que excluiu a Recorrente do SIMPLES. A ementa dessa decisão segue transcrita:

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

Ano-calendário: 2001

EXCLUSÃO. SIMPLES FEDERAL. USO DE INTERPOSTAS PESSOAS.

A constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual, impõe a exclusão de ofício da pessoa jurídica do Simples Federal, com efeitos a partir, inclusive, do mês de ocorrência do fato, por expressa disposição legal.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2001

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta se encontraram plenamente assegurados.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. RITO PROCESSUAL.

A lei nº 9.317/96 estabelece que a exclusão de ofício do Simples Federal dar-se-á mediante ato declaratório, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo, não havendo previsão para emissão de qualquer termo prévio à expedição do ato declaratório.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada, a Recorrente apresentou recurso voluntário repisando os argumentos já expostos em sua manifestação de inconformidade:

3. DAS PRELIMINARES:

- OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL:

É de se ponderar, inicialmente, que a exclusão da recorrente do SIMPLES ocorreu à margem do devido processo legal, com as garantias do contraditório e da ampla defesa que lhe são inerentes, nos exatos termos do art. 5º, incisos LIV e LV:

Art. 5º a...

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Com o escopo de conferir plena eficácia à mencionada garantia constitucional, o próprio art. 14, § 3º da Lei nº 9.317/96 determina que o ato administrativo de exclusão deve assegurar ao optante o contraditório e a ampla defesa, senão vejamos:

Art. 14...

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.

Por isso, a lógica de que primeiro a recorrente é excluída do SIMPLES para depois apresentar defesa contraria frontalmente os postulados do devido processo legal, no qual está inserido a ampla defesa e o contraditório. De mais a mais, a prevalecer tal entendimento, poder-se-ia admitir o inadmissível fato de que primeiro o cidadão é condenado e preso para depois apresentar defesa.

Então, a exclusão de ofício do contribuinte do SIMPLES não pode prescindir de prévia intimação para que exerça a ampla defesa e o contraditório a respeito dos fatos que lhe são imputados, para só ao final se decidir, administrativamente, pela sua exclusão ou não do programa simplificado.

Sobre a indispensabilidade de defesa prévia do contribuinte para a exclusão do SIMPLES é, inclusive, a mais recente orientação do STJ proferida por ocasião do julgamento do REsp. nº 764.11 I/RS, de acordo com a decisão assim ementada: (...)

Portanto, nesta toada, a exclusão da recorrente do SIMPLES sem que lhe tenha sido oportunizada a apresentação de defesa prévia implica -inevitavelmente -

ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual deve ser reconhecida a nulidade do Ato Declaratório Executivo nº 167/2011.

- DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS:

Sobre ser nulo o ato administrativo que promoveu a exclusão da empresa recorrente do SIMPLES, entende-se que o seu vício também se deve à ausência de expressa motivação - por parte da autoridade competente - tanto no Despacho Decisório quanto no ato declaratório executivo nº 167/2011.

Vale dizer, a autoridade competente para a realização do ato administrativo de exclusão (Delegado da Receita Federal em Joinville) não procedeu a necessária e indispensável motivação, ou melhor, não apontou os motivos de fato e de direito que levaram à exclusão da recorrente do SIMPLES.

Pela motivação dos atos administrativos, entende-se que as decisões devem ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de fato (motivos-pressupostos) e de direito (motivos-determinantes da lei)". (...)

A necessária motivação dos atos administrativos é imperativo constitucional previsto no artigo 93, inciso X, o qual impõe que "as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública".

Da mesma forma, o dever de motivação está contemplado no art. 2º da Lei nº 9.784/99, o qual prescreve que "a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência".

Nem se argumente, por outro lado, que o simples fato de o Despacho Decisório ou o Ato Declaratório Executivo nº 167/2011 dispor tão somente que a exclusão foi feita por constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas (art. 14, inciso IV da Lei nº 9.317/96 e art. 23, inciso IV da IN SRF 608/06) teria o condão de satisfazer o dever de motivação dos atos administrativos. (...)

Na motivação exige-se, uma vez mais, "a obrigatoriedade de que sejam explicitados tanto o fundamento normativo quanto o fundamento fático da decisão, enunciando-se as razões técnicas e jurídicas que servem de calço ao ato conclusivo, de modo a poder-se avaliar a procedência jurídica e racional perante o caso concreto".

No ato administrativo combatido, entretanto, não foram explicitadas nem as razões técnicas ou jurídicas "que serviram de calço ao ato conclusivo", nem tampouco o fundamento fático da decisão, de modo que se afigura notadamente nulo por ausência da necessária e indispensável motivação.

Nem se diga, por derradeiro, que a motivação estaria contida na representação fiscal expedida por agente fiscal, uma vez que cabe exclusivamente à autoridade competente para a exclusão (Delegado da Receita Federal do Brasil) motivar os

seus atos e, assim, expor as razões fáticas e jurídicas que serviram para acolher ou não a dita representação fiscal.

Portanto, nulo é o Ato Declaratório Executivo nº 167/2011 por ausência de motivação, já que não atende ao disposto no art. 93 da CF/88 e no art. 2-da Lei 9784/99.

4. NO MÉRITO:

INEXISTÊNCIA DA HIPÓTESE DE EXCLUSÃO PREVISTA NO ART. 14, IV DA LEI 9.317/96:

Segundo consta do Ato Declaratório Executivo nº 167/2011, o fundamento apontado para a exclusão da recorrente é o de que ela teria sido constituída por interposta pessoa, com base no art. 14, inciso IV da Lei nº 9.317/96. Portanto, afigura-se inicialmente imperioso examinar o contorno jurídico da referida causa legal de exclusão para, ao final, concluir-se pela absoluta inexistência de constituição de pessoa jurídica por interposta pessoa - única causa legal da exclusão da recorrente do SIMPLES.(...)

A causa de exclusão do inciso IV, do artigo 14 da Lei nº 9.317/96 é, então, aquela que se costuma denominar doutrinariamente de simulação por interposição, conceituada com precisão por DOUGLAS YAMASHITA da seguinte forma: (...)

Portanto, o que se pretende aqui demonstrar é que a constituição da recorrente não se deu por meio de interposta pessoa, nem tampouco reúne as duas características mais elementares da hipótese legal de interposição de pessoas, acima mencionadas, uma vez que os sócios da recorrente possuem interesse pessoal e direto na condução da pessoa jurídica, bem como não estão a ocultar nada nem ninguém, porquanto são os verdadeiros e ostensivos sócios da recorrente.

A representação fiscal indica algumas razões pelas quais a recorrente deveria ser excluída do SIMPLES, pela Receita Federal do Brasil, mas nenhuma delas enquadra-se ou subsume-se na hipótese legal que foi indicada no ato administrativo de exclusão, qual seja, a constituição de pessoa jurídica por interposta pessoa. Em verdade, as afirmações constantes na representação fiscal estão pautadas em meras suposições, facilmente derruídas, conforme se verá adiante.

A tese central da representação fiscal está focada na tese principal de que entre a recorrente e as empresas BTOMEC, PRETEC, USIMEGA e TECNOSTAMP existe um único grupo econômico de fato. Assim, para sustentar a existência de um suposto grupo econômico, o agente fiscal aduz o seguinte:

14. Considerando as constatações relatadas no item VI. DESCRIÇÃO DOS FATOS DA SITUAÇÃO e considerando que as empresas são de propriedade da família TIERGARTEN e são administradas pelo senhor Wiland Tiergarten, verifica-se a existência de pressupostos caracterizadores do instituto de

grupo econômico da USIMEGA -Usinagem Ltda, EPP em relação às empresas BTOMEC Ferramentaria e Usinagem de Precisão Ltda., PRETEC - Precisão e Tecnologia em Usinagem Ltda. EPP e TECNOSTAMP - Estamparia e Usinagem Ltda. EPP.

Basicamente, a insurgência da autoridade fiscal dá-se em relação aos seguintes aspectos adiante resumidos para, a posteriori, serem contestados:

A - As empresas BTOMEC e PRETEC estão de fato estabelecidas no mesmo local físico;

B - O fato dos quatro sócios majoritários das quatro empresas serem membros da mesma família;

C - As empresas em questão teriam constituído o Sr. Wiland Tiergarten como seu procurador, outorgando-lhes poderes de gerência e administração.

D - No processo de Reclamação Trabalhista n. 05499-2008-004-12 00-7, da 1 Vara do Trabalho de Joinville, as três empresas teriam constituído a mesma advogada, firmando acordo com o reclamante no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais);

E - Haveria compartilhamento de recursos financeiros entre as empresas, registrados contabilmente na forma de empréstimo pecuniário entre elas;

F - A receita bruta das empresas BTOMEC, PRETEC E USIMEGA, no ano de 2006, teria totalizado a quantia de R\$ 6.063.335,33;

G - A contabilidade das empresas seriam feitas pelo mesmo escritório;

H - Nos balanços patrimoniais de 2006 a 2010, as empresas BTOMEC, PRETEC E USIMEGA e TECNOSTAMP constam como empresas ligadas, ficando evidente a existência de grupo econômico;

I - As empresas em questão estariam a manipular seus resultados financeiros;

De todas essas afirmações, onde está a constatação ou a comprovação, no presente processo administrativo, de que a empresa recorrente é constituída por interposta pessoa, ou melhor, é constituída por sócio "laranja"? Todas as suposições trazidas pela r. agente fiscal apenas questionam aspectos empresariais, financeiros e contábeis da pessoa jurídica recorrente, mas em nenhum momento põem em dúvida que os seus sócios não sejam os verdadeiros sócios, já que isso é inquestionável.

Aliás, nem sequer esclarece a fiscalização a respeito de quem os sócios da recorrente estariam a se interpor, ou melhor, os sócios da recorrente seriam interpostas pessoas em favor de quem?!?

Com a devida vênia, o simples fato da recorrente ter conferido procuração ao Sr. Wiland Tiergarten (a propósito, pai da representante legal da recorrente) para

eventualmente representa-la não tem o condão de caracterizar grupo econômico ou interposição de pessoas, uma vez que lhe fora outorgada tal procuração tão somente a fim de facilitar a prática de alguns e determinados negócios em caso de ausência, por qualquer motivo, dos representantes legais da recorrente.

A outorga de procurações a terceiros, da confiança dos sócios ou administradores, aliás, é prática comum e corriqueira no âmbito empresarial, sobretudo porque tem a finalidade de suprir a eventual ausência do representante legal da empresa na prática de atos reputados urgentes e relevantes.

Parece no mínimo bizarro, então, reputar a sociedade recorrente como tendo sido constituída por "interpostas pessoas", e isso com base no simples fato de haver sido conferido poderes ao pai da representante legal da recorrente [pessoa da sua mais irrestrita confiança) para praticar atos de gestão em sua ausência

Ora, o simples fato de serem os sócios da recorrente membros da mesma família dos outros sócios administradores das empresas BTOMEC, PRETEC e TECNOSTAMP é absolutamente irrelevante, por se tratarem de empresas familiares, de modo que os sócios da recorrente são todos maiores e capazes, que estão no pleno gozo de suas capacidades civis, podendo participar no quadro societário de qualquer pessoa jurídica.

Os sócios da recorrente possuem interesse direto e pessoal na condução dos seus negócios, tanto é assim que tomam decisões gerenciais, assinam todos os livros comerciais, balanços, balancetes, e todos os demais documentos necessários à gestão empresarial, conforme inclusive demonstrado na própria documentação que consta no presente processo administrativo.

Além do mais, tanto os sócios da recorrente são os seus verdadeiros sócios como retiram - inclusive - pró-labore. de maneira que não estão a interpor ou a ocultar qualquer outra pessoa que seja, na medida em que possuem interesse direto no sucesso da recorrente.

Ora, no próprio Auto de Infração n. 37.354.306-9, a mesma autoridade responsável pela representação levada a efeito nestes autos relata a existência de pagamentos de pró-labore aos sócios da empresa ora recorrente, senão vejamos DOC. 02 ANEXO À IMPUGNAÇÃO (...)

E mais, no próprio Relatório de Lançamentos - RL (anexo ao Auto de Infração n. 37.354.306-9), especialmente no levantamento sobre a folha de pagamento - FP, consta a constituição de suposto crédito tributário sobre o pagamento de pró-labore aos administradores da recorrente.

Não fosse tudo isso, os documentos juntados pela recorrente comprovam que os seus sócios administradores são devidamente remunerados mediante retirada de pró-labore (DOC. 02 ANEXO À IMPUGNAÇÃO).

A exclusão da recorrente do SIMPLES FEDERAL é, a toda prova, absolutamente incoerente e desconstruída. Ora, como se pode admitir que a recorrente seja constituída por interposta pessoa se a própria fiscalização reconhece que os seus sócios percebiam pró-labore, ou seja, retiravam remuneração pela administração da sociedade e, portanto, se beneficiam diretamente da sociedade.

De fato, a autoridade fiscal constatou uma realidade absolutamente irrelevante para a finalidade pretendida, qual seja, a de que todas as empresas possuem entre si uma vinculação societária de natureza familiar, contudo, inexiste no caso a hipótese de que quaisquer um dos sócios da recorrente sejam pessoas interpostas.

Justamente em razão desse estreito laço familiar que compõem as empresas referidas pela fiscalização -, que é a única realidade de fato constatada pela fiscalização - não há qualquer anormalidade no fato dessas empresas contratarem o mesmo escritório de contabilidade de confiança da família.

Igualmente, nada há de irregular ou anormal no fato de a recorrente ter contratado a mesma advogada contratada pelas empresas BTOMEC e USIMEGA para defender os seus interesses na Reclamatória Trabalhista n. 05499 2008-004-12-00-7. Aliás, como a ação foi movida contra as três empresas, é de se supor ser altamente recomendável que o mesmo causídico fique responsável pela defesa de todas as empresas. De qualquer modo, a própria autoridade fiscal assevera que as três empresas firmaram acordo com o reclamante, o que está a evidenciar que cada uma delas é dotada de personalidade jurídica distinta, sem que se possa falar em interposição de pessoas.

De resto, o que a receita bruta da recorrente, a sua margem de lucro ou mesmo a existência de empréstimos financeiros tomados de outras empresas pode relacionar-se com o fato de que a sua constituição deu-se por "interposição de pessoas"? Concessa vénia, tais divagações não servem de prova e nem sequer de indício para a conclusão alcançada pela autoridade fiscal, já que não guardam nenhuma relação direta ou indireta com o fato de haver ou não sócios "interpostos".

Por derradeiro, tal como já destacado anteriormente, a empresa recorrente está sediada em imóvel e endereço absolutamente distinto do imóvel e do endereço das demais empresas relacionadas pela fiscalização, além de possuir maquinário e funcionários próprios; fato que, aliás, nem sequer foi observado pela fiscalização responsável. Trata-se, portanto, de empresa dotada de absoluta autonomia em relação às empresas BTOMEC, USIMEGA e TECNOSTAMP.

Definitivamente, a fiscalização responsável não trouxe aos autos nenhum elemento probatório ou mesmo indício de que a sociedade recorrente tenha sido constituída por interposta pessoa, ou seja, por pessoas que não possuem nenhum interesse pessoal na condução da sociedade.

Por tais razões, afigura-se inviável e completamente inadequada a exclusão da recorrente do SIMPLES com fundamento no art. 14, inciso IV, da Lei nº 9.317/96 (constituição de pessoa jurídica por interposta pessoa).

Em verdade, toda a tese construída na representação fiscal trata-se, quando muito, de hipótese de uma eventual infração à legislação tributária pela alegada existência de um suposto grupo econômico, o que seria apto a ensejar - em tese - a exclusão da recorrente do SIMPLES com base no art. 14, incisos I ou V, da Lei nº 9.317/96, em decorrência da eventual extrapolção de receita bruta, mas jamais pode ser reputada válida a exclusão da recorrente do SIMPLES com fundamento no art. 14, inc. IV, uma vez que a recorrente - no caso concreto - não foi constituída por interposta pessoa, e nem tampouco tal fato restou comprovado.

Com efeito, em seu relatório de representação, a própria autoridade fiscal faz a seguinte menção: "Somente o faturamento das três empresas que compõe o grupo econômico, no ano de 2006, conforme quadro acima, foi de R\$ 6.063.335,33 (seis milhões, sessenta e três mil, trezentos e trinta e cinco reais e trinta e três centavos), portanto, superior ao previsto no inciso II do artigo 9º da Lei nº 9.317 de 05/12/1996".

Ora, se a irresignação da autoridade fiscal é em relação ao fato de que as empresas em questão formam, de fato, um único grupo econômico e, portanto, não poderiam ter optado pelo SIMPLES por ultrapassarem o limite legal de faturamento, então, a sua exclusão deveria ter sido motivada com base em fundamento jurídico diverso, revelando ser completamente insubsistente o ato de exclusão contestado.

Por fim, os argumentos expendidos na representação fiscal - no sentido de que a recorrente teria sido constituída com o escopo de permanecer na sistemática do SIMPLES - afiguram-se, no mínimo, incoerente e inconsistente. Eminentemente julgadores, se a finalidade da recorrente era de recolher tributos "a menor" no âmbito do SIMPLES então, por que razão a própria recorrente requereu o seu desligamento do SIMPLES no mês de junho/2007?!

Em outras palavras, fosse a finalidade da recorrente fraudar o fisco federal para permanecer no SIMPLES, por que razão ela própria solicitaria o seu desligamento do aludido regime simplificado já em junho de 2007?! Fosse a intenção da recorrente burlar a legislação tributária, não seria de se supor que tivesse permanecido no referido regime até os dias de hoje ou, pelo menos, durante todo o ano calendário de 2007?!

Ora, tanto a intenção da recorrente nunca foi a de burlar ou fraudar a legislação tributária como, desde junho de 2007, passou a apurar seus tributos com base no Lucro Presumido, ou seja, passando a recolher também as Contribuições Sociais Previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamento.

Curioso é, em vista disso, questionar as razões pelas quais a fiscalização não considerou a existência de grupo econômico a partir de junho/2007?! Não

considerou porque a partir de então a recorrente passou a apurar e a recolher as seus tributos e contribuições pelo Lucro Presumido.

Logo, a conclusão pretendida pela fiscalização - de que a recorrente faz parte de um grupo econômico ou que foi constituída por interposta pessoa - serve apenas para satisfazer a finalidade meramente arrecadatória, sem nenhuma correspondência com a realidade fática ou mesmo com o contexto probatório produzido nos presentes autos.

Logo, em razão de todo o exposto, não há que se falar em simulação por interposição de pessoas, nem tampouco de simulação pura e simples, uma vez que a recorrente e a empresa recorrente possui personalidade jurídica própria e muito menos foi constituída por interpostas pessoas.

5. DOS PEDIDOS:

Diante de todo o acima exposto, requer seja reformada a decisão recorrida a fim de que seja julgado definitivamente improcedente o ato administrativo de exclusão da empresa recorrente do SIMPLES, declarando insubsistente e nulo o Ato Declaratório Executivo nº 167/2011.

É o relatório.

VOTO

Conselheira **Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça**, Relatora

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional.

Conforme já relatado, trata-se de exclusão da Recorrente do Simples Federal, conforme Ato Declaratório Executivo nº 167, de 23 de agosto de 2011, emitido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Joinville.

O ato de exclusão teve como motivação a constatação de que o sujeito passivo é constituído por interposta pessoa que não o verdadeiro sócio (art. 14, inciso IV da Lei 9317/96) e os efeitos da exclusão, operaram-se a partir de 20 de dezembro de 2001, conforme disposto no inciso V do art. 15 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

A DRJ manteve a exclusão da Recorrente do SIMPLES, conforme preceitua o art. 14, inciso IV da Lei 9317/96, *in verbis*:

Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996:

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;

Irresignada, a Recorrente interpôs recurso voluntário em tão somente ratificou as alegações da manifestação de inconformidade e não houve nenhum argumento de mérito ou documentos que justifiquem uma nova visão dos fatos.

Assim, por entender que decisão a quo analisou detalhadamente a matéria, adoto como razões de decidir as externadas pela decisão recorrida (Acórdão nº 0728.726 5ª Turma da DRJ/FNS), tal como abaixo descritas, que ora ficam confirmadas, nos termos do art. 50, inciso V e § 1º, da Lei nº 9.784/1999 c/c art. 114, § 12, inciso I, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023 :

“PRELIMINAR

1. Da nulidade do ato

Nas razões de apelo, diz a recorrente que não foram observadas suas garantias ao contraditório e à ampla defesa, bem como a motivação para o ato de exclusão.

O ato de exclusão, Ato Declaratório Executivo nº 167, de 23 de agosto de 2011, está assim redigido:

O Delegado da Receita Federal do Brasil em Joinville/SC, [...], DECLARA:

Art. 1º. A exclusão da empresa USIMEGA USINAGEM LTDA – EPP, CNPJ nº 06.057.161/000106, do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte SIMPLES, devido à CONSTITUIÇÃO DA PESSOA JURÍDICA POR INTERPOSTAS PESSOAS QUE NÃO OS VERDADEIROS SÓCIOS, sendo vedada sua permanência naquele regime diferenciado nos termos do inciso IV do art. 14 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996. Demais informações estão contidas no processo nº 10920.721358/201111.

Art. 2º. A exclusão surtirá efeitos a partir de 20 DE DEZEMBRO DE 2001, conforme disposto no inciso V do art. 15 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

Art. 3º. Poderá a contribuinte, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência deste ato, manifestar sua inconformidade, relativamente ao procedimento de exclusão, ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis.

O ato de exclusão está fundamentado em despacho decisório emitido pela DRF/Joinville e representação administrativa, bem como tem por suporte os

documentos anexos ao processo administrativo, que demonstrariam que o sujeito passivo teria sido constituído por interpostas pessoas, diferentes de seus verdadeiros sócios.

O sujeito passivo foi intimado deste do ato de exclusão, do despacho decisório e da representação administrativa em 01/09/2011 (fl. 363 do processo digital).

Segundo a representação administrativa (item III DESCRIÇÃO DOS FATOS DA SITUAÇÃO), a empresa participou dos atos de fiscalização.

Desta forma, verifica-se inexistirem elementos nos autos capazes de corroborar as alegações de ofensa aos dispositivos referentes ao procedimento administrativo.

Observo que a representação efetuada pela autoridade fiscal, em 08/07/2011, apenas instaurou o procedimento oficioso, de atuação exclusiva da autoridade tributária, que busca obter elementos visando demonstrar a ocorrência ou não dos fatos naquela representação apontados. Nessa fase a autoridade fiscal atua com poderes amplos de investigação, tendo liberdade para interpretar os elementos de que dispõe, razão pela qual não havia ainda razão alguma para cientificar a interessada, exceto se houvesse necessidade de intimá-la a apresentar esclarecimentos.

A fase litigiosa do procedimento somente foi instaurada com a apresentação da manifestação de inconformidade em 20/09/2011 e se caracteriza pelo conflito de interesses submetido à administração. À litigância e consequente solução desse conflito é que se aplicam as garantias constitucionais da observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Não merece guarida, portanto, a preliminar de cerceamento de defesa.

Do mesmo modo, o ato de exclusão está fundamentado no Despacho Decisório antes citado e nas razões contidas na Representação Fiscal, elementos informativos que são indicados no Ato de Exclusão, que consigna expressamente que demais informações estão contidas no processo nº 10920.721359/201157.

Concluindo, constata-se, ao contrário do que refere o manifestante, que não houve qualquer cerceamento ao seu direito de defesa, já que o próprio ato, como acima transcrito, está devidamente fundamentado e prevê a possibilidade de manifestação de inconformidade, no prazo de trinta dias.

MÉRITO

2. Exclusão do Simples Federal

Em relação ao mérito de sua exclusão do Simples, o sujeito passivo afirma a inexistência de constituição de pessoa jurídica por interposta pessoa.

Conforme detalha a representação administrativa, em decorrência da ação fiscal instaurada contra as empresas BTOMEC Ferramentaria e Usinagem de

Precisão Ltda., inscrita no CNPJ sob nº 78855.166/ 000158, PRETEC Precisão e Tecnologia em Usinagem Ltda EPP, inscrita no CNPJ sob nº 04.832.121/000150, USIMEGA Usinagem Ltda EPP, inscrita no CNPJ sob nº 06.057.161/000106 e TECNOSTAMP Estamparia e Usinagem Ltda. EPP, inscrita no CNPJ sob nº 07.037.080/000107, concluiu a fiscalização que as empresas BTOMECA, PRETEC, USIMEGA e TECNOSTAMP constituem grupo econômico do fato e as empresas PRETEC, USIMEGA e TECNOSTAMP são constituídas por interpostas pessoas que não são os verdadeiros sócios.

Ressalte-se que embora a caracterização do grupo econômico não seja a situação fática que ensejou a exclusão da USIMEGA do Simples, os fatos apurados pela fiscalização, caracterizadores dessa situação jurídica, estão interrelacionados com a infração verificada na empresa PRETEC, pelo que, necessariamente, foram circunstanciados pela autoridade fiscal, uma vez que da análise conjunta dos atos constitutivos, da atividade da empresa e da gestão das empresas fiscalizadas, é que decorre a prova da infração ora em comento.

Para uma melhor visão da infração que está sendo imputada ao sujeito passivo, transcreve-se o dispositivo mencionado no ato de exclusão:

Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996:

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;

Por interposta pessoa temos a prática vulgarmente conhecida de constituição de empresa por meio de sócio “laranja”, conceituada juridicamente como simulação.

O conceito jurídico de simulação encontra-se bem delimitado por De Plácido e Silva, entendendo como:

[...] o artifício ou o fingimento na prática ou na execução de um ato, ou contrato, com a intenção de enganar ou de mostrar o irreal como verdadeiro, ou lhe dando aparência que não possui [...] No sentido jurídico, sem fugir ao sentido normal, é o ato jurídico aparentado enganosamente ou com fingimento, para esconder a real intenção ou para subversão da verdade. Na simulação, pois, visam sempre os simuladores a fins ocultos para engano e prejuízo de terceiros” (Silva, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Ed. Forense, 1990).

Luciano Amaro complementa que “a simulação seria reconhecida pela falta de correspondência entre o negócio que as partes realmente estão praticando e aquele que elas formalizam.” (Amaro, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 13ª Ed. Ed Saraiva, 2007, p. 231)

Ou seja, simular, no âmbito jurídico, significa aparentar algo que não existe, devendo, ainda, estar presente o aspecto volitivo, qual seja o intuito de prejuízos a terceiros.

A autoridade fiscal, ao verificar que o sujeito passivo utilizou-se de simulação para esquivar-se do pagamento de tributo, tem o dever de aplicar a legislação tributária de acordo como os fatos efetivamente ocorrem, em detrimento daquela verdade jurídica aparente.

Ives Gandra e Paulo Lucena defendem esta posição, ressaltando que:

No campo do direito tributário, portanto, a verdade material prevalece sobre a estrutura jurídica de direito privado adotada para encobrir a real intenção das partes, não obstante esta possa até ser válida, sob o prisma formal (Martins, Ives Gandra da Silva e Menezes, Paulo Lucena de. Elisão Fiscal, em Revista Dialética de Direito Tributário nº 63, dezembro de 2000, p. 159)

Caracterizado que a forma jurídica adotada não reflete o fato concreto, o fisco encontra-se autorizado “a determinar os efeitos tributários decorrentes do negócio realmente realizado, no lugar daqueles que seriam produzidos pelo negócio retratado na forma simulada pelas partes” (Amaro, Luciano, ob. cit., p. 233/234)

Esta determinação de efeitos tributários, no âmbito da legislação do Simples Federal, impõe que, em sendo constatado que a constituição de pessoa jurídica ocorreu por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, tratando-se de ato ou negócio jurídico simulado, esta pessoa jurídica deve ser excluída do Simples.

A primeira constatação diz respeito ao quadro societário das empresas fiscalizadas, cujos sócios majoritários pertencem à mesma família.

Consoante a Representação Fiscal, a primeira empresa do Grupo Econômico a ser constituída foi a BTOMEC, em 01/07/1985, tendo como sócios Cristina Bohn Tiergarten e seu pai Armando Bohn. Na primeira alteração contratual, de 25/08/1986, ingressou na sociedade Wiland Tiergarten, esposo de Cristina e genro de Armando, e, posteriormente, em 27/12/2002, Cristina Bohn Tiergarten retirou-se da sociedade.

Posteriormente, foi constituída a PRETEC (optante pelo Simples em 20/12/2001, com pedido de exclusão em 30/06/2007), que iniciou suas atividades em 20/12/2001 com os sócios Armando Bohn (90% do capital social) e Rogério Luiz Grebe (10%). Em 03/04/2003, Armando Bohn saiu do quadro societário, que passou a ser integrado por sua neta Leslie Tiergarten (filha de Cristina e Wiland), com 90% do capital social.

Acerca do ingresso de Leslie Tiergarten no quadro societário da PRETEC, consta que foi motivada no interesse do grupo para que a PRETEC pudesse

permanecer como optante pelo Simples, uma vez que Armando Bohr, que havia constituído a BTOMEC, ainda continuava e continua no quadro societário desta última, fato impeditivo à opção.

Quanto à sua localização, iniciou suas atividades da Rua Ary Barroso, s/nº, Acesso lateral Poste 4.

Em 01 de dezembro de 2005, conforme 2ª alteração contratual, a PRETEC alterou seu endereço para a Rua Francisto Alves, 119 e o capital continuou dividido em 10.000 quotas, sendo 98% de Leslie de 2% de Rogério.

Em 11 de janeiro de 2007, conforme 4ª alteração contratual, a PRETEC alterou seu endereço para a Rua Ary Barroso, s/nº, acesso lateral Poste 4 (Galpão Sede da BTOMECO e no seu endereço foi instalada a USIMEGA (outra empresa do grupo).

A **TECNOSTAMP** (optante pelo Simples entre 14/10/2004 até 30/06/2007, e, a partir de 01/07/2007, pelo Simples Nacional), iniciou suas atividades em 14/10/2004, tendo como sócios Arnaldo Correa de Oliveira (10% do capital social) e Cristina Bohn Tiergarten (90% do capital social). Em 14/08/2008, retirou-se da sociedade Arnaldo e ingressou Aloir Eufrázio da Silva, que passou a deter 5% do capital social, ao passo que Cristina passou a deter 95%.

Tocante à **USIMEGA**, de acordo com o item 3.3.1 a 3.3.5 da Representação Fiscal, iniciou suas atividades em 09/12/2003, na Rua Itabaiana, nº 134, em Joinville (SC) tendo como sócios Arnaldo Correa de Oliveira, CPF 331.475.31015 e Aloir Eufrázio da Silva, CPF nº 786.651.62972, com capital social de 50% para cada sócio, conforme contrato social. A opção pelo SIMPLES ocorreu em 19/12/2003 e a empresa solicitou sua exclusão em 30/06/2007.

Em 01 de dezembro de 2004, conforme 1ª alteração contratual, retirasse da sociedade Arnaldo Correa do Oliveira e ingressa em seu lugar Edgar Bach, CPF nº 632.576/70982 .

Em 24 de abril de 2007, conforme 2ª alteração contratual, a USIMEGA alterou seu endereço para a Rua Francisco Alves, 119, galpão onde eslava instalada a PRETEC, sendo que esta, na ocasião, retornou para o galpão sede de BTOMEC.

Em 14 de agosto de 2008, conforme 3ª alteração contratual, retira-se da Sociedade Aloísio Eufrázio da Silva e ingressa Wiland Tiergarten Junior, CPF nº 051.788.48950. Wiland passou a ser detentor de 95% do capital social, e Edgar de apenas 5%.

Como se viu, conforme informações obtidas nos contratos sociais e alterações contratuais das empresas, registradas na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina, o quadro societário majoritário das quatro empresas pertence a membros da mesma família, ou por ex empregados das empresas. No caso da Pretec, Leslie Tiergarten, que é neta de Armando e filha de Wiland Tiergarten e

Cristina Bohn Tiergarten, e irmã de Wiland Tiergarten Júnior, atual sócio administrador da USIMEGA.

Tocante à PRETEC, a evolução de seu quadro societário, ao par das demais movimentações societárias das empresas do grupo, deixa evidente que os verdadeiros sócios da empresa são os mesmos que detém o capital social das demais empresas, ou seja, membros da família Bohn e Tiergarten.

Restou também amplamente demonstrado, que as demais pessoas físicas que ingressaram nas sociedades integrantes do grupo, inclusive na USIMEGA, trata-se de ex-empregados, que inclusive transitaram como sócios de mais de uma das empresas do grupo:

- (a) o ex-empregado da BTOMEC Arnaldo Correa de Oliveira ingressou em 19/12/2003 como sócio da USIMEGA, retirando-se em 01/12/2004; também foi sócio da TECNOSTAMP no período de 14/10/2008 a 14/08/2008;
- (b) outro ex-empregado da BTOMEC, que transitou no quadro social da USIMEGA foi Aloir Eufrazio da Silva. Aloir foi empregado da BTOMEC durante vários períodos entre os anos de 1990 a 2000; posteriormente, foi contratado pela PRETEC (período de 04/02/2002 a 19/02/2004), ingressando como sócio da USIMEGA em 19/12/2003, quando ainda era empregado da PRETEC. Retirou-se do quadro societário da USIMEGA em 14/08/2008, mesmo dia em que ingressou como sócio na TECNOSTAMP.
- (c) o sócio Edgar Bach foi empregado da PRETEC, no período de 03/02/2003 a 03/08/2004, ingressou na USIMEGA como sócio em 01/12/2004;
- (d) o sócio da PRETEC Rogério Luiz Grebe não participa mais da empresa BTOMEC, entretanto, continua vinculado no plano de saúde contratado por esta junto a Unimed.

A descrição fática acima demonstra, contrariamente ao defendido pelo impugnante, a infração à Lei nº 9.316, de 1996, ensejadora da exclusão retroativa do Simples.

Além disso, outros elementos de prova coletados durante o procedimento fiscal, percorridos na Representação Fiscal, evidenciam a interdependência entre as empresas fiscalizadas, e estão abaixo sintetizados, com destaque aos fatos que envolveram a empresa em epígrafe, em síntese:

- as empresas BTOMEC e PRETEC estão estabelecidas no mesmo local e compartilham fatores de produção, instalação e equipamentos;
- toda a parte financeira das quatro empresas, BTOMEC, USIMEGA, PRETEC e TECNOSTAMP é gerida pelo sócio administrador Wiland Tiergarten na sede da empresa BTOMEC. Essas empresas, de acordo com o item 5.3 da Representação Fiscal, nomearam através de instrumentos públicos Wiland Tiergarten como seu

procurador, a quem concederam amplos e ilimitados poderes para gerir e administrar as empresas;

- na análise contábil foi verificado o compartilhamento de recursos financeiros entre as empresas do grupo econômico de fato, registrados na forma de empréstimos pecuniários;

- na reclamação trabalhista nº 05499200800412007 da 1ª Vara do Trabalho de Joinville, o reclamante Maurício Francisco Landucci de Oliveira argumenta que prestou serviços para as empresas BTOMEC, PRETEC e USIMEGA, e que estas pertencem a um mesmo grupo econômico. A ação foi extinta pela realização de um acordo entre as partes, sendo que as reclamantes foram representadas pelo mesmo advogado;

- até julho de 2007 as contabilidades das empresas BTOMEC, PRETEC, USIMEGA e TECNOSTAMP foram efetuadas no escritório Proconta Contabilidade Empresarial SC Ltda., e a partir de agosto de 2007 passaram a se efetuadas no escritório Meta Organização Contábil S/S Ltda;

- nos balanços patrimoniais de 2006 a 2010, as empresa BTOMEC, PRETEC, USIMEGA e TECNOSTAMP constam como empresas ligadas, coligadas ou controladas, o que evidencia a existência de grupo econômico;

- pela análise da escrituração contábil, detalhada no item 7.6 e 8, restou comprovada a confusão patrimonial e manipulação de resultados entre as empresas;

- Além desses fatos, outros foram apontados pela autoridade lançadora, que indicam a existência do grupo econômico:

- em página da internet da BTOMEC, consta que a empresa possui 80 funcionários, todavia, verificadas as folhas de pagamento, esse número corresponde aos funcionários de todas as empresas do grupo; consta, ainda, que o representante comercial da empresa em Santa Catarina, e Paraná é Rogério Luiz Grebe, que não possui nenhum vínculo com a citada empresa, todavia, é sócio da PRETEC;

- na página da internet da PRETEC, consta como endereço a Rua Sorocaba, 91, o que confirma que a empresa se encontra instalada no mesmo galpão da BTOMEC.

Pois bem. Do contexto probatório dos autos, tem-se que em relação a USIMEGA, restou amplamente comprovada que a sua constituição se deu por interpostas pessoas, no caso, ex-empregados da BTOMEC, de propriedade da família Tiergarten.

De posse de todos estes elementos, é possível concluir que a empresa USIMEGA, em que pese a regularidade formal, foi, na realidade, criada por interpostas pessoas. O sujeito passivo, por sua vez, não faz qualquer demonstração que infirme as conclusões da autoridade fiscal, não trazendo aos

autos nenhum elemento que comprove que os sócios constantes dos seus atos constitutivos atuam efetivamente na gerência da sociedade.

Ainda quanto à gestão da PRETEC e das demais empresas fiscalizadas, a autoridade fiscal traz elementos comprovando que a gestão é de responsabilidade do sócio majoritário da empresa BTOMECE, Wiland Tiergarten, através de poderes conferidos por instrumento público, como se vê, no caso da Pretec, pela procuração de fls. 346 a 349, datada de 01/01/2005. 13/05/2002 e 01/12/2003.

No caso em tela, percebe-se claramente que a empresa BTOMECE, no intuito de expandir seus negócios, simulou a contratação de empregados por empresas optantes do SIMPLES, para que estas, mantendo seus faturamentos dentro do limite estabelecido pela Lei nº 9.317/96, não arcassem com o encargo previdenciário patronal incidente sobre a remuneração paga aos segurados que lhe prestam serviço, causando prejuízo a Fazenda Pública.

Esclarece-se que o Simples, introduzido em 1997 e vigente à época da ocorrência dos fatos geradores em comento, consiste, basicamente, em permitir que as empresas optantes recolham os tributos e contribuições devidas, calculadas sobre a receita bruta, mediante a aplicação de alíquota única, em um único documento de arrecadação.

Dentre as contribuições substituídas encontramos as contribuições previdenciárias patronais, conforme dispõe o art. 3º, parágrafo 1º, alínea f, da Lei nº 9.317/96, *in verbis*:

Art. 3º A pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, na forma do art. 2º, poderá optar pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte SIMPLES.

[...]

§ 1º A inscrição no SIMPLES implica pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições:

[...]

f) Contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que tratam a Lei Complementar no 84, de 18 de janeiro de 1996, os arts. 22 e 22A da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991 e o art. 25 da Lei no 8.870, de 15 de abril de 1994. (Redação dada pela Lei nº 10.256, de 9.10.2001)

O fato de terem sido constituídas contribuições previdenciárias sobre os valores contabilizados como pagamento de pro labore dos sócios da USIMEGA não enfraquece ou desqualifica o ato de exclusão do SIMPLES. Verificada a situação de exclusão, cumpre à fiscalização resgatar as contribuições previdenciárias devidas, cujos fatos geradores foram buscados na escrituração contábil da empresa e as bases de cálculo apuradas constituem na remuneração ali contabilizada, ou seja, declaradamente paga pela empresa.

3. CONCLUSÃO

Em face do exposto, manifesto-me pela improcedência da manifestação de inconformidade e por manter o Ato Declaratório Executivo DRF/Joinville nº 167, de 23 de agosto de 2011.”

Assim sendo, tem-se que nos estritos termos legais este procedimento está de acordo com o princípio da legalidade ao qual o agente público está vinculado em razão da obrigatoriedade da aplicação da lei de ofício. Trata-se de poder-dever funcional irrenunciável vinculado à norma jurídica, cuja atuação está direcionada ao cumprimentos das determinações constantes no ordenamento jurídico.

Por fim, os efeitos da exclusão mantida operaram-se a partir de 20 de dezembro de 2001, conforme disposto no inciso V do art. 15 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

Ante o exposto, oriento meu voto no sentido de conhecer do recurso voluntário para, na parte conhecida, rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, a ele negar provimento, mantendo a exclusão da recorrente do regime do SIMPLES FEDERAL, nos termos do ADE nº 167/2011, da DRF/Joinville

Assinado Digitalmente

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça