



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10920.721359/2011-57
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-004.552 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de agosto de 2020
Recorrente USIMEGA USINAGEM LTDA EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2003

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. 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Eduardo Morgado Rodrigues - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carlos André Soares Nogueira, Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Eduardo Morgado Rodrigues, Letícia Domingues Costa Braga, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente) e Nelso Kichel.

Fl. 2 do Acórdão n.º 1401-004.552 - 1ª Seção/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 10920.721359/2011-57

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fl. 426 a 441) interposto contra o Acórdão nº 07-27.776, proferido pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis/SC (fls. 409 a 420), que, por unanimidade, julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada pela ora Recorrente, decisão esta consubstanciada na seguinte ementa:

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

Ano calendário: 2003

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: 2003

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"

Por sua precisão na descrição dos fatos que desembocaram no presente processo, peço licença para adotar e reproduzir os termos do relatório da decisão da DRJ de origem:

"Trata-se de manifestação de inconformidade da empresa USIMEGA 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 168, 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, se operaram a partir de 19 de dezembro de 2003, 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 que considerou as empresas BTOMEC, PRETEC, USIMEGA e TECNOSTAMP um grupo econômico de fato e que as empresas PRETEC, USIMEGA E TECNOSTAMP são constituídas por interpostas pessoas que não os verdadeiros sócios, sendo irregular a sua opção pelo Simples, cada uma das empresas possui propósito comercial 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 evidenciada 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 168/2011.

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.

Defende que a própria fundamentação legal apontada para a sua exclusão é errônea, pois não há como se admitir que a exclusão da empresa impugnante do SIMPLES seja feita com base em dispositivo legal revogado, que não existe mais, uma vez que atualmente regula o regime simplificado a Lei Complementar nº 123/2007.

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 testadeferro, prestanome ou homem de palha. Há um *mise-em-scène* em que o figurante, na realidade, adquire, extingue ou modifica direitos para terceiro oculto. O 'testadeferro' 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 processo administrativo. Os sócios retiravam pró-labore mensal, conforme retratado no Auto de Infração nº 37.354.3026, 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, PRETEC 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 168/2011."

Inconformada com a decisão de primeiro grau que indeferiu a sua Impugnação, a ora Recorrente apresentou o recurso sob análise nos exatos mesmos termos da Manifestação de Inconformidade apresentada em primeira instância.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo Morgado Rodrigues, Relator.

O presente Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Preliminarmente, há que se tratar da arguição de cerceamento de defesa trazido no bojo do Recurso Voluntário.

A Recorrente alega que fora infringido o princípio da ampla defesa por parte da autoridade fiscal ao proceder à sua exclusão do SIMPLES sem permitir que antes esta se manifestasse adequadamente.

Quanto a este questionamento, saliento que a atividade fiscal que analisa os requisitos para concessão e manutenção em regime especial se traduz em um PROCEDIMENTO administrativo, que não se confunde com o PROCESSO Administrativo Fiscal.

Enquanto o Procedimento é ato regular da atividade fiscal, o Processo é o meio pelo qual as partes solucionam seus conflitos. Quer isto dizer que o Processo só se origina com a insurgência do Contribuinte contra o ato lavrado pela Fiscalização, *in casu*, no momento da apresentação de Manifestação de Inconformidade.

Neste sentido tem-se a doutrina de JAMES MARINS:

No direito tributário, como já visto em capítulos anteriores, deve-se enfrentar o dualismo procedimento/processo em três diferentes regimes jurídicos:

1º procedimento enquanto caminho para consecução do ato de lançamento (inclusive fiscalização tributária e imposição de penalidades);

2º processo como meio de solução administrativa dos conflitos fiscais; e

3º processo como meio de solução judicial dos conflitos fiscais.

Neste esteio, o imperativo direito a ampla defesa e contraditório se expressa como princípio fundamental do PROCESSO. Porém, o PROCEDIMENTO realizado prévio a este, ainda que regido por princípios como a legalidade e busca da verdade material, não detém esta obrigação em relação ao Interessado.

Em fato, a Administração Fazendária é livre para realizar os atos investigatórios ao seu alcance que entenderem razoáveis e suficientes para a regular fundamentação de seus atos.

Quanto a isto, a falta de posterior intimação do contribuinte para esclarecimentos ou apresentação de maiores comprovações é opcional, vinculada ao juízo de necessidade e conveniência da autoridade fiscal, e não causa qualquer formal ao Contribuinte, vez que no âmbito de sua Impugnação/Manifestação de Inconformidade (e ao longo de todo Processo Fiscal que daí se desenvolverá) este disporá de todos os meios necessários para defender o seu direito, sob as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Outrossim, tampouco assiste razão a alegação de que o Ato Declaratório de Exclusão carece de motivação vez que o mesmo é lavrado em consequência do Despacho Decisório e da Representação Fiscal, adotando como seus todas as razões e documentações comprobatórias neles constantes.

Desta forma, REJEITO a preliminar de NULIDADE por Cerceamento de Defesa defendida pela Recorrente.

Superada esta questão, volto-me a analisar o mérito do litígio.

Conforme despacho decisório e ADE de fls. 360 a 362, a Recorrente foi excluída de ofício do regime do Simples Federal por infração ao art. 14 da Lei nº 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;

De acordo com o teor da Representação Fiscal de fls. 02 a 09, instruída com a documentação societária às fls. 190 a 266, a Autoridade Fiscal cumpriu regular mandado de fiscalização onde foi apurado a existência de grupo econômico constituído pela empresa Recorrente (USIMEGA), a PRETEC, a TECNOSTAMP e a BTOMEC, sendo essa última administrada pelo Sr. Wiland Tiergarten, reputado pela Fiscalização como real proprietário e administrador de todo o grupo.

Conforme documentação apurada, tem-se que a Recorrente foi fundada pelos Srs. Arnaldo Correa de Oliveira e Aloir Eufrázio da Silva, em Dezembro de 2003. Ambos os sócios eram anteriormente empregados da empresa BTOMECE.

Em Dezembro de 2004 o Sr. Arnaldo Correa de Oliveira deixa a sociedade e entra em seu lugar o Sr. Edgar Bach, que antes dessa data era funcionário empregado da empresa PRETEC. Já o Sr. Arnaldo Correa de Oliveira ingressou como sócio na empresa TECNOSTAMP.

Finalmente, em Agosto de 2008, o Sr. Aloir Eufrázio da Silva deixa a sociedade e entra em seu lugar o Sr. Wiland Tiergarten Júnior, filho do Sr. Wiland Tiergarten. Aponta-se que nesta alteração o capital social que antes era dividido igualmente entre os sócios passou a pertencer 95% a este último. Outrossim, o Sr. Aloir Eufrázio da Silva ingressou como sócio, em Abril de 2008, na empresa TECNOSTAMP.

Constatou-se também que os sócios administradores da TECNOSTAMP e PRETEC eram, respectivamente, a esposa e filha do Sr. Wiland Tiergarten. Igualmente, também se repete o padrão de se ter ex-funcionários do grupo como sócios minoritários.

O Sr. Wiland Tiergarten detém de procurações por instrumento públicos (fls. 346 a 351) que lhe asseguram amplos poderes para a gestão de todas as companhias. Igualmente, a análise extraída dos balancetes das referidas empresas demonstram o recorrente compartilhamento de recursos entre elas na forma de “empréstimos pecuniários (fls. 190 a 266).

Outrossim, conforme apurado a contabilidade de todas as empresas até Julho de 2007 era realizada pelo escritório Proconta Contabilidade Empresarial S/C Ltda. e após Agosto de 2007 passou a ser realizada pelo escritório Meta Organização Contábil S/S Ltda.

Ainda, a Fiscalização localizou a Reclamatória Trabalhista de nº 05499-2008-004-12-00-7 da 1ª Vara do Trabalho de Joinville/SC (fls. 314 a 345), onde o Reclamante alega textualmente ter trabalhado para o grupo e que o mesmo atua de forma una, sendo administrado pelas mesmas pessoas, utilizando-se dos mesmos recursos humanos e materiais, bem como da mesma estrutura, conforme segue:

6.1. O reclamante Mauricio Francisco Landucci de Oliveira argumenta que prestou serviços para as empresas BTOMECE, PRETEC e USIMEGA, beneficiando-as economicamente.

6.2. Conforme relato do reclamante, “As três pertencem ao mesmo grupo econômico, nos termos do art. 2º da CLT, pois atuam no mesmo ramo de atividade, possuem sócios em comum, utilizam a mão-de-obra dos mesmos empregados (inclusive utilizaram a mão-de-obra do autor), são administradas pelas mesmas pessoas, possuem sócios de fato em comum, utilizam os mesmos equipamentos e mão-de-obra de funcionários, bem como, funcionam praticamente no mesmo endereço”.

Por fim, tem-se às fls. 352 a informação postada pela Recorrente em um sítio eletrônico de oferta de vagas de emprego, anunciando oportunidades de trabalho na empresa BTOMECE, na descrição da vaga consta como a mesma sendo uma empresa com 80 funcionários, número este que, na verdade, corresponde ao total dos funcionários das 4 empresas.

Diante de todos esses indícios carreados aos autos pela Fiscalização, aliado ao fato de que, objetivamente, a Recorrente não contradiz os fatos apontados, apenas discorda das

conclusões de que estes indicariam interposição de sócios, sem trazer qualquer elemento probatórios, não vejo como reverter posição adotada pelo Fisco.

Diante destas circunstâncias e da similitude dos argumentos apresentados neste Recurso com a Impugnação apresentada, me utilizo do disposto no §3º do art. 57 do RICARF, e por concordar com seu teor, adoto as razões exaradas pela decisão da DRJ ora combatida. Para tanto, reproduzo os tópicos atinentes às matérias ora tratadas:

" (...)

Conforme detalha a representação administrativa, em decorrência da ação fiscal instaurada contra as empresas **BTOME**C Ferramentaria e Usinagem de Precisão Ltda., inscrita no CNPJ sob nº 78855.166/000158, **PRETE**C 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 BTOME, PRETE, USIMEGA e TECNOSTAMP constituem grupo econômico do fato e as empresas PRETE, 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 USIMEGA, 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.

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 1º alteração contratual, retira-se 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 2º 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 3º 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 Usimed, Wiland Tiergarten Júnior, atual sócio administrador, é filho de Wiland Tiergarten (atual sócio administrador da BTOMEC) e Cristina Bohn Tiergarten, atual sócia administradora da TECNOSTAMP, sendo estes dois últimos cônjuges casados no regime de comunhão parcial de bens. Leslie Tiergarten, sua irmã, é a atual sócia administradora da PRETEC.

Tocante à USIMEGA, 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, tanto que, após sua exclusão do Simples, ainda que voluntária, o capital social passou a ser majoritariamente de membro dessa família.

Restou também amplamente demonstrado, que as demais pessoas físicas que ingressaram nas sociedades integrantes do grupo, inclusive na USIMEGA, tratam-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 Eufrázio 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.

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, discurridos 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 reclamatória 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 encontra-se 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 USIMEGA e das demais empresas fiscalizadas, a autoridade fiscal traz elementos comprovando que a gestão é de responsabilidade do sócio majoritário da empresa BTOMEC, Wiland Tiergarten, através de poderes conferidos por instrumento público, como se vê, no caso da Usimega, pela procuração de fls. 350 e 351, datada de 01/01/2005.

No caso em tela, percebe-se claramente que a empresa BTOMEC, 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.

(...)"

Assim, com base nos argumentos supra colacionados, inclusive os provenientes da DRJ de origem, entendo que os argumentos esposados pela Recorrente não devem ser acolhidos. Portanto, a decisão de primeira instância não merece qualquer reparo.

Desta forma, VOTO por REJEITAR a preliminar de NULIDADE e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo *in totum* a decisão de primeira instância.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Eduardo Morgado Rodrigues