



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

Processo nº 10950.004249/2009-55
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1803-001.705 – 3ª Turma Especial
Sessão de 9 de maio de 2013
Matéria IRPJ
Recorrente INDÚSTRIA COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO DE METAIS IMPERATRIZ LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007, 2008

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

A nulidade do auto de infração ocorrerá tão somente quando este não preencher os requisitos disciplinados no artigo 59 do Decreto 70.235/72. Não havendo vício em sua forma, não há que se falar em nulidade do auto de infração.

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

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007, 2008

GRUPO ECONÔMICO. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Tratando-se de Grupo Econômico formado por empresas que objetivam repartir o seu faturamento, pulverizando receitas, de modo a que todas possam usufruir, ao mesmo tempo, da tributação privilegiada do Simples, reduzindo, desse modo, os valores a recolher a título de impostos e contribuições, inclusive previdenciárias, cabível a exclusão de todas elas desse regime de tributação, na forma do art. 9º, incisos II e XVII, da Lei nº 9.317, de 1996.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Meigan Sack Rodrigues (Relatora), Victor Humberto da Silva Maizman e Roberto Armond Ferreira da Silva. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Sérgio Rodrigues Mendes. Apresentará declaração de voto o Conselheiro Victor Humberto da Silva Maizman.

(Assinado Digitalmente)

Walter Adolfo Maresch - Presidente.

(Assinado Digitalmente)

Meigan Sack Rodrigues - Relatora.

(assinado digitalmente)

Sérgio Rodrigues Mendes - Redator Designado.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Meigan Sack Rodrigues, Walter Adolfo Maresch, Victor Humberto da Silva Maizman, Sérgio Rodrigues Mendes, Roberto Armond Ferreira da Silva e Maria Elisa Bruzzi Boechat.

Relatório

Trata-se, o presente feito, de processo de exclusão da sistemática do Simples, através do Ato Declaratório Executivo nº 35, de 14.08.2009, com efeitos a partir de 01.01.2004, fundamentado nas hipóteses de embaraço à fiscalização e constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas, em afronta ao disposto nos incisos II e XVII do artigo 9º e incisos II e IV do artigo 14 da Lei nº 9.317, de 1996. Ainda, a ação em discussão teve origem em Representação Fiscal de fls.01/33 e foi instruída com os documentos de fls. 34 a 199 e 202 a 209. O ato de exclusão foi expedido em 14/08/2009 e a recorrente tomou ciência em 26/08/2009 (fl.213).

Devidamente cientificada do Ato de Exclusão, a empresa recorrente apresenta manifestação de inconformidade alegando, em sede de preliminar, a nulidade do ato de exclusão, porquanto embasar-se na lei nº 9.317, de 1996 que já está revogada pela Lei Complementar nº 123, de 2006. Afere a empresa que para se operar uma penalidade, como a exclusão do Simples, é impossível utilizar regra revogada, sob pena de ofender princípios constitucionais como o da segurança jurídica, do contraditório e ampla defesa e da legalidade; que o disposto no artigo 144 do CTN só se aplica ao lançamento, não podendo amparar a exclusão que é uma penalidade; que a lei tributária não possui efeito repretinatório; que o fundamento legal aplicável à hipótese é a Lei Complementar nº 123, de 2006; que a manter-se sua exclusão estar-se-á ameaçando de ruína a estrutura do Estado Democrático de Direito; que o ato atacado não obedeceu ao disposto no artigo 10 do Decreto nº 70.235, de 1972 que, em seu inciso IV dispõe sobre a obrigatoriedade de o auto de infração mencionar a disposição legal infringida e a penalidade aplicável; e, assim, pede que seja declarada a nulidade do ADE, por ser ilegal e por preterir o direito de defesa da empresa recorrente.

Prossegue, ainda em preliminar, alegando a nulidade do procedimento, já que ao quebrar o sigilo fiscal da empresa, a autoridade fiscal deixou de observar a garantia fiscal insculpida nos incisos X e XII do artigo 50 da Constituição Federal, ao expor dados sigilosos seus, aos seus concorrentes; que houve afronta ao disposto no artigo 198 do CTN; que o auto é nulo pela ausência de intimação da prorrogação do prazo do procedimento fiscal, previsto no artigo 9º, parágrafo único, da Portaria RFB nº 11.371, de 2007; que em nenhum momento foi cientificada expressamente acerca da prorrogação do prazo constante do Mandado de Procedimento Fiscal — Fiscalização (MPF-F); que tal conduta se afigura vício formal insanável, culminado com a nulidade do feito; que houve ofensa ao princípio do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da legalidade.

De igual modo, a recorrente sustenta que teria havido ausência de intimação da prorrogação da competência para incluir na fiscalização o período de janeiro a dezembro de 2008, bem como da intimação do contribuinte para optar por novo regime de tributação, conforme facultado pelo artigo 32 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Já em relação ao mérito, sustenta não existir o grupo econômico formado pela recorrente e demais empresas integrante do polo industrial de produção de torneiras na região de Loanda/PR. E, para sustentar suas afirmações, dispõe que na formação do grupo econômico, imperioso que se vislumbre a relação íntima de negócio e de controle entre as pessoas jurídicas que forma o grupo, que a gestão deve ser comum, bem como o interesse, qual seja, elas devem

exercer suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Aduz que no caso da empresa recorrente, as empresas são totalmente distintas umas das outras, possuindo personalidade jurídica distinta, com finalidade social diversa, empregados próprios, controladores diversos, clientes próprios e independentes.

Refere que existe um contrato de franquia celebrado com as empresas em questão e que é pacífico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que entre empresa franqueadora e empresa franqueada não há a caracterização de grupo econômico, uma vez que a única vinculação é a utilização da mesma marca. Já no que diz respeito à razão social das empresas e os respectivos quadros societários, alega que todas são distintas, sendo que cada qual possui alvará de funcionamento próprio, inscrição perante a Receita Estadual do Paraná, licença ambiental e licença de operação individualizadas, sede própria, faturas de energia individualizadas, razão social, quadro de funcionários distintos e carteira de clientes própria, razão pela qual não se confundem. Assim, a simples existência de grau de parentesco entre os sócios não induz que as mesmas constituam um grupo econômico.

Neste caminho, justifica a movimentação dos empregados como decorrente da exploração do mesmo ramo de atividade. Relaciona alguns funcionários e identifica os diversos postos, em diversas indústrias para as quais trabalharam nos últimos anos e conclui que o entendimento da autoridade fiscal implica infringir o princípio da livre iniciativa da atividade econômica e da livre concorrência. Alega ser imprescindível concluir que a movimentação de empregados entre a recorrente e as demais empresas indicadas pela autoridade fiscal não constitui elemento hábil para demonstrar a existência de um grupo econômico.

Afirma que o contador, Paulo Roberto Esbrigue, e a gerente de recursos humanos, Terezinha de Souza, embora mantenham vínculo com as empresas Jefferson César Gomes e Jeniffer Greice Gomes, respectivamente, são meros prestadores de serviços em relação à empresa alvo da ação fiscal. Aduz que a existência de apenas uma linha de produção não afasta o fato de que em cada setor de produção existe um conglomerado de máquinas e equipamentos necessários à função a ser desempenhada, não descaracteriza a existência de fato e de direito de cada pessoa jurídica e, nem o fato de que cada uma delas possui quadro de empregados próprios alocados em cada um dos estágios produtivos.

Já com relação à existência de ações trabalhistas, onde constam no polo passivo algumas das empresas neste processo relacionadas, não constitui prova de que elas formam um grupo econômico; que a menção ao Grupo Metais Imperatriz, conforme consta do LTCAT e no POMSO ocorreu com a finalidade única e exclusiva de ratear custos do serviço que foi contratado em grupo. Atenta para o fato de que não restou comprovado o uso de telefones celulares em conjunto pelas empresas fiscalizadas; que o aumento de suas vendas a partir do momento em que optou pelo Lucro Presumido e, em um período que a recorrente reduziu de forma significativa seus quadros de colaboradores, decorre da diminuição da produção e o incremento na aquisição de produtos para revenda; que não restaram comprovadas as divergências e omissões em seu balanço, conforme atesta a autoridade fiscal e que a ausência de algumas informações nas guias de recolhimento do FGTS e da GFIP decorrem de descumprimento de obrigação acessória, não constituindo fato determinante de sua exclusão, uma vez que não previsto em norma.

Prossegue salientando que a existência de personalidade jurídica distinta, com finalidade social diversa, empregados próprios, controladores diversos e clientes próprios

e independentes, afastam qualquer argumento no sentido de interposição de pessoas; que a existência de contratos de franquia entre as pessoas jurídicas afastam a imputação de que foram um grupo econômico. Contesta qualquer argumento referente à soma do faturamento global, em face das razões já expedidas; afirma nunca ter auferido receitas acima dos limites admitidos para o Simples; que o faturamento global é invenção jurídica, idealizada pelo auditor; que não houve omissão de receitas, portanto não há que se falar em exclusão por extrapolação de receitas.

Por fim, conclui a recorrente que o faturamento da empresa sempre se deu dentro dos permissivos legais, que não resulta de cisão, fusão ou incorporação, que prestou todas as informações solicitadas e que restou afastada a existência de um grupo econômico, razão pela qual pede a nulidade do ato atacado ou que o mesmo seja declarado improcedente.

A autoridade de primeira instância entendeu por bem manter o lançamento. Segundo dispõe em seu voto, a autoridade *a quo* aduz ser improcedente a preliminar de nulidade por afronta a preceitos constitucionais, vez que a esfera administrativa não é a competente para julgar questões de Constitucionalidade. Nesse contexto, afirma que as argumentações da recorrente pertinentes à inconstitucionalidade de leis e de violação de princípios constitucionais são demandas cuja competência de julgamento deve ser submetida ao Poder Judiciário, cabendo à autoridade administrativa tão somente velar pelo fiel cumprimento das leis. Cita Súmula deste Egrégio Conselho (CARF) a respeito do tema.

Quanto à alegação de nulidade do Ato de Exclusão, a autoridade julgadora refere que de acordo com o disciplinado nos artigos 59 e 60 do Decreto 70.235/72, só se pode cogitar de declaração de nulidade do ADE que se insere na categoria de ato ou termo, quando esse for lavrado por pessoa incompetente. Como no presente caso, a autoridade fiscal observou os devidos procedimentos fiscais, previstos na legislação tributária, nos termos do art. 142 do CTN, descabida a alegação da recorrente.

Refere ainda que, segundo a melhor doutrina processualística, em atenção ao princípio da instrumentalidade das formas, não cabe declarar nulidade sem que a parte demonstre o efetivo prejuízo sofrido. A reclamação de que o defeito vicia, macula e dificulta todo e qualquer procedimento no sentido de verificar a legalidade do procedimento e a regularidade da exclusão, é totalmente vazia de conteúdo, uma vez que a recorrente sequer cogita de apontar em que medida se sentiu prejudicada em sua defesa. A forma como foi produzida a impugnação, aliás, acaba por afastar sua tese, uma vez que foi feita com desenvoltura e de forma articulada.

O julgador afere ainda não caber a arguição de cerceamento do direito de defesa, vez que somente os despachos e as decisões podem estar eivados desse vício processual, quando proferidos com preterição desse direito de defesa, o que, no caso em tela, somente poderia ocorrer em uma fase posterior à exclusão do Simples pelo ADE DRF/MGA nº 035, de 2009, consoante determinado no § 3º do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996.

De igual modo, entende a autoridade julgadora que também não há que se falar em irregularidades quanto ao Mandado de Procedimento Fiscal-Fiscalização, cuja exigência se aplica aos procedimentos fiscais relativos a tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, assim entendidos as ações que objetivam a verificação do cumprimento das obrigações tributárias, assim como a correta aplicação da legislação do comércio exterior, podendo resultar em constituição de crédito tributário, apreensão de mercadorias, representações fiscais, aplicação de sanções administrativas ou exigências de direitos

comerciais, conforme disposto no art. 3º, I, da Portaria RFB nº 11.371, de 12 de dezembro de 2007. Como o presente feito trata apenas de análise da concessão de benefícios do regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previstos na Lei nº 9.317, de 1996, não há que se falar em falta de ciência de MPF-Fiscalização e de suas prorrogações, cuja exigência somente ocorrerá na eventual apuração de crédito tributário devido a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão do Simples, segundo as normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, caso confirmada sua exclusão desse regime.

O julgador refere também não haver ofensa ao disposto nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal à medida em que tais garantias são direcionadas às pessoas físicas, posto que o Título II da Carta Magna é **Dos Direitos e Garantias Fundamentais**, sendo que o CAPÍTULO I, que inicia com o mencionado artigo 5º trata **Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos**. Portanto, tais dispositivos não se aplicam aos dados investigados da pessoa jurídica, relativos à vida econômico-financeira da instituição. Salienta que a pessoa jurídica é uma entidade abstrata, com existência e responsabilidade jurídica, portanto não se lhe aplicam os direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal que são direcionados às pessoas naturais.

E, nesse caminho, atenta para o fato de ser infundada a alegação da recorrente de que o fisco teria exposto seus dados fiscais às suas concorrentes. Isso porque, segundo o entendimento da autoridade julgadora de primeira instância, o grupo econômico em análise é formado por pessoas da mesma família, que atuam em prol do mesmo objetivo social, que trabalham num mesmo espaço físico, utilizando-se dos mesmos equipamentos, partilhando o mesmo responsável contábil e a mesma gerente de recursos humanos, portanto não há que se falar em quebra de sigilo fiscal. Ademais, as empresas individuais tem como titulares pessoas com vínculo de parentesco com o titular da recorrente e que também possuem participação no capital desta, portanto não há que se falar em concorrentes se estas pessoas possuem interesse direto no desempenho da interessada, bem como nas empresas das quais são titulares. Aduz que nenhum empresário, em tese, iria laborar contra seus interesses e isso é um fator a mais a corroborar para a criação destas empresas, posto que após a entrada em vigor da legislação do Simples, teve como objetivo maior, pulverizar as linhas de produção, os colaboradores e, assim, permanecer na sistemática, tributando seus resultados com alíquotas diferenciadas e, por fim, auferir melhores resultados.

Já quanto à nulidade pela não intimação para optar pelo novo regime de tributação, expõe o julgador que o presente procedimento diz respeito única e exclusivamente à exclusão da empresa do regime simplificado de tributação, desta forma inexistente razão para consultá-la acerca da opção de outro regime de tributação. Fundamenta no artigo 16 da Lei 9.317/96. A opção é feita pela empresa.

Atenta o julgador que os fatos analisados ocorreram sob a égide da Lei 9.317/96, sendo inaplicável a legislação posterior. Desse modo, não prospera a tese de que o ADE seria nulo, posto ter sido emitido com base em legislação revogada, porquanto que a Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu as normas gerais do Simples Nacional e revogou a Lei 9.317/96, a partir de 01.07.2007, só tem aplicação sobre os fatos geradores pendentes e futuros, em conformidade com o disposto no arts. 105 e 144 do CTN. Ademais, a lei tributária não pode colher fatos pretéritos, já consolidados e cujos efeitos canalizaram regularmente em consonância com as diretrizes da ordem jurídica então vigente, tal como dispõe o art. 150, III, “a” da CF/88. Somente em caso de retroatividade benigna a lei poderá atingir fatos pretéritos, tal como determina o art. 10 do CTN.

No que diz respeito ao mérito da demanda, a autoridade de primeiro grau traça um histórico que culminou no ADE e assim coloca:

Consta da Representação Fiscal que em 01.01.2008 a autoridade fiscal dirigiu-se ao endereço dos contribuintes pessoas jurídicas Indústria Comércio e Exportação de Metais Imperatriz Ltda, CNPJ 78.386.885/0001-04, Jefferson César Gomes, CNPJ 01.754.565/0001-27 e Jeniffer Greice Gomes — Torneiras, CNPJ 04.922.919/0001-93, todos situados no Parque Industrial I, em Loanda/PR, tendo constatado uma única portaria com uma placa indicando Metais Imperatriz e tendo sido recepcionado pelo contador das empresas, Paulo Roberto Esbrigue, que o apresentou aos titulares das pessoas jurídicas identificadas.

No curso da ação, o auditor constatou que no mesmo local havia outros estabelecimentos funcionando, fato que acarretou a inclusão da empresa Imperatriz Sul Metais Ltda, CNPJ 06.054.733/0001-95, Paulo Afonso de Souza Ramos — Torneiras, CNPJ 06.370.572/0001-49 e Maria Conceição Trizzi, CNPJ 03.546.042/0001-10 na ação fiscal.

Análise do quadro societário das pessoas jurídicas em pauta revelou que se trata de empresa familiar, tendo como ponto de partida Roberto Gomes Vilar e, posteriormente, se estendendo aos filhos, genros, noras e cunhada, conforme quadra a seguir:

Empresa	Sócio	Parentesco	Início de Atividade	Data do afastamento
Imperatriz	Roberto Gomes Vilar		02/04/1993	05/08/2005
	Jeniffer Greice Gomes	Filha de Roberto Gomes Vilar	05/08/2005	
	Roberta Cinara Gomes Comin	Filha de Roberto Gomes Vilar	16/07/2003	
	Emerson Luiz Gomes	Filho de Roberto Gomes Vilar	22/09/2003	24/03/2005
	Jefferson César Gomes	Filho de Roberto Gomes Vilar	05/08/2005	
Jeniffer	Jeniffer Greice Gomes	Filha de Roberto Gomes Vilar	25/03/2002	
Paulo Afonso	Paulo Afonso de Souza Ramos	Genro de Roberto Gomes Vilar e esposo de Jeniffer Greice Gomes	06/07/2004	
Jefferson	Jefferson César Gomes	Filho de Roberto Gomes Vilar	15/04/1997	
Impsul	Fabiano Minini Vilar	Filho de Roberto Gomes Vilar	16/10/2008	

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 19/09/2013 por MEIGAN SACK RODRIGUES, Assinado digitalmente em 12/02/201

4 por WALTER ADOLFO MARESCHE, Assinado digitalmente em 04/12/2013 por VICTOR HUMBERTO DA SILVA MAIZMA

N, Assinado digitalmente em 20/09/2013 por SERGIO RODRIGUES MENDES, Assinado digitalmente em 19/09/2

013 por MEIGAN SACK RODRIGUES

Impresso em 13/02/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

	Guimar Minini Vilar	Irmã de Juraci Maria Minini Gomes, esposa de Roberto Gomes Vilar	16/10/2008	
	Katiane Gama Bragante Gomes	Nora de Roberto Gomes Vilar e esposa de Emerson Luiz Gomes	30/12/2003	16/10/2008
	Juraci Maria Minini Gomes	Esposa de Roberto Gomes Vilar	30/12/2003	16/10/2008
Maria Trizzi	Maria Conceição Trizzi	Empregada da empresa Jeniffer Greice Gomes – Torneiras	01/12/1999	

Somado a tudo isso restou comprovado que as empresas atuam no mesmo ramo de atividades, qual seja, fabricação e comércio de torneiras, registros, bóias e válvulas, peças para bombas d'água e instalações hidráulicas e artefatos de metal e ferro e perseguem este objetivo dentro de um mesmo espaço físico, tanto que possuem um mesmo portão de acesso, em resumo; os seis termos de início de ação fiscal foram cientificados dentro das instalações da empresa Indústria Comércio e Exportação de Metais Imperatriz Ltda.

Diante do narrado, o julgador de primeira instância entende que a alegação de que cada uma das empresas possui razão social, quadros societários próprio, alvará de funcionamento próprio, inscrição perante a Receita Estadual do Paraná, licença ambiental e licença de operação individualizadas, sede própria, faturas de energia individualizadas, quadro de funcionários distintos e carteira de clientes própria, razão pela qual não poderiam ser confundidas como um grupo econômico familiar não prospera, já que torna-se evidente que para poderem operar as empresas deveriam preencher os requisitos mínimos para que fossem reconhecidas como tal. A falta de qualquer dos itens mencionados pela defesa relativos a licenças, alvará, inscrição estadual e federal, bem como registro acarretaria o seu não reconhecimento perante a autoridade concedente.

Prossegue aduzindo que referente ao fato de possuir sede própria, já foi explicado que na realidade as empresas operam dentro de um mesmo espaço físico partilhando equipamentos e recursos. O quadro de funcionários também não constitui elemento probante à medida em que todas as seções abrigam empregados de todas as empresas, uma vez que só existe uma linha de produção e, as funções de menor demanda, como técnico de segurança do trabalho, copeira, contador, almoxarifado, chefes em geral e gerente administrativos são exercidas por uma única pessoa, comum a todas as empresas.

Atenta, o julgador que a autoridade fiscal, buscando comprovar o fato de que as pessoas jurídicas partilham de um mesmo espaço, aprofundou as investigações e juntou aos autos foto do mapa da cidade de Loanda, onde identificou que todas as empresas estão instaladas na quadra 383, cujos lotes estavam registrados no Cartório de Registro de Imóveis. Frisa que em 22.04.2009. Todos os lotes foram transferidos para o nome de Roberto Gomes Vilas.

Outro ponto citado pelo julgador foi o fato de diversos colaboradores terem acionado mais de uma das empresas em suas ações trabalhistas. Afirma que seria uma

evidência de que se trata de um grupo econômico o fato de constar do Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho – LTCAT, onde elas foram tratadas como Grupo Metais Imperatriz e onde foram expressamente mencionadas as empresas Indústria, Comércio e Exportação de Metais Imperatriz Ltda, Jefferson César Gomes, Jeniffer Greice Gomes-Torneiras e Paulo Afonso de Souza Ramos-Torneiras, que ocupam um terreno com área de 10.620m² e com área edificada de 7.662,48m². A mesma situação, de considerar todas as empresas como pertencentes ao Grupo Metais Imperatriz, se repetiu no Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional-PCMSO do exercício de 2008, firmado pelo Dr. João Batista S. Filho.

Corroborar o seu entendimento com o trecho da ação trabalhista 718/2005, movida por Santina de Oliveira Vargas, contra Jefferson César Gomes e Indústria, Comércio e Exportação de Metais Imperatriz Ltda, trazida ao autos pela fiscalização, na qual consta ter a reclamante rejeitado a contestação conjunta juntada aos autos, nos seguintes termos: ***"quanta a preliminar de ilegitimidade passiva: não merece prosperar, pois ambas as empresas pertencem ao mesmo grupo econômico, mesmo dono, estão estabelecidas no mesmo local e são gerenciadas pelas mesmas pessoas"***. Do mesmo modo, o fato das correspondências enviadas para a autoridade fiscal, em resposta às intimações, por mais de um das empresas, ter utilizado o mesmo papel timbrado e constar o mesmo telefone para contato.

Já quanto aos contratos de franquias, atenta o julgador que a empresa recorrente cedeu o uso da marca Imperatriz para as atividades específicas de fabricação de torneiras de metal, válvulas e registros de metal, canos e tubos de metal, peças de metal, canos de água, peças para instalações sanitárias, acessórios de regulação de aparelhos de água, filtros etc., para uso em embalagens, anúncios, propaganda, folders, banners, etc. em território nacional, com prazo indeterminado, ademais constatou-se que, apenas a empresa Imperatriz Sul Metais Ltda teria repassado, em 01/01/2006, o valor de R\$ 400.000,00 pelo uso da marca em 2005, contudo, o contrato de franquia não foi apresentado. Por outro lado, a Indústria, Comércio e Exportação de Metais Imperatriz Ltda não registrou receitas do uso de sua marca, bem como as outras empresas do grupo não lançaram as despesas correspondentes, exceto no exercício de 2008, quando constam valores a receber e a pagar. Ressalte-se que a contabilidade do exercício de 2008 foi concluída após o início da ação fiscal, a pedido da autoridade fiscal.

Registra a autoridade julgadora que durante o período analisado ocorreram empréstimos a favor da empresa Indústria, Comércio e Exportação de Metais Imperatriz, sem os quais a conta caixa teria, em alguns períodos saldo credor, segundo sua contabilidade. Também, em relação aos empréstimos, não correu nenhum lançamento a título de encargos sobre os mesmos. Nos contratos de franquia existe cláusula prevendo a possibilidade de a franqueada auxiliar a franqueadora para o cumprimento de suas metas, bem como regras específicas em relação à conduta a ser adotada frente às reclamações trabalhistas. Atesta o julgador *a quo* ser possível perceber que o conjunto probatório montado pela autoridade fiscal permite concluir que as empresas franqueada e franqueadora atuam conjuntamente e que foram constatadas inconsistências na relação: faturamento-número de empregados, conforme demonstrativo elaborado à fl. 20/21.

A análise dos Livros Diário apresentados conclui que os mesmos contêm informações diversas da realidade e que omitem informações verdadeiras, já que não registram todas as movimentações bancárias e financeiras e, a empresa intimada não prestou os devidos esclarecimentos, bem como deixou de apresentar a documentação necessária e imprescindível, caracterizando **embaraço fiscalizatório**. Também foram detectadas irregularidades nas

informações prestadas à Previdência Social, o que acarretou a lavratura de auto de infração, também em julgamento na DRJ.

Atenta que com a entrada em vigor da Lei nº 9.317, de 1996, Roberto Gomes Vilar, sócio da pessoa jurídica Indústria, Comércio e Exportação de Metais Imperatriz, por meio de interpostas pessoas, quer filhos seus, outros parentes e mesmo uma funcionária, constituiu as firmas individuais Jefferson Cesar Gomes (15/04/1997), Maria Conceição Trizzi-EPP (01/12/1999), Jeniffer Greice Gomes-Torneiras (20/02/2002) e Paulo Afonso de Souza Ramos-Torneiras (06/07/2004), todas funcionando no endereço a ela pertencente, tendo o mesmo objeto social e optantes pelo Simples, com o objetivo de distribuir seu faturamento e reduzir os valores a recolher a título de impostos e contribuições. Além das empresas acima mencionadas estabeleceu-se, ainda, vínculo com a empresa Imperatriz Sul Metais, constituída em 30/12/2003, cujos sócios também possuem grau de parentesco com Roberto Gomes Vilar, a qual optou pelo Simples a partir de janeiro de 2007.

Assim, entendeu o julgador de primeiro grau caracterizada a formação de grupo econômico familiar, sendo que foram somadas as receitas brutas auferidas pelas diversas empresas, desde o ano de 2004 até 2008, concluindo que o montante apurado extrapolou o limite admitido para a permanência no Simples, caracterizando a afronta ao disposto no inciso II do artigo 9º da lei nº 9.317, de 1996. Salienta que a soma das receitas brutas de cada uma das pessoas jurídicas correspondem aos valores por elas informados na contabilidade e declarados em suas DIPJ, conforme planilha de fls. 28- 33.

Quanto à ciência dos procuradores, requerida pela recorrente, o julgador entende não ser cabida, pois na atual fase do procedimento elas são feitas por via postal e o Decreto nº 70.235/1972, art. 23, II, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.532/1997, art. 67, que determina o encaminhamento ao domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo. E conclui por afastar as preliminares e no mérito manter o lançamento.

Devidamente cientificada da decisão de primeira instância, a empresa recorrente apresenta suas razões, em seara de recurso voluntário, aduzindo, sinteticamente, o já disposto na sua impugnação.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Meigan Sack Rodrigues, Relatora

O recurso preenche os requisitos de sua admissibilidade e dele tomo conhecimento.

Trata-se, o presente feito, de processo de exclusão da sistemática do Simples, através do Ato Declaratório Executivo nº 35, de 14.08.2009, com efeitos a partir de 01.01.2004, fundamentado nas seguintes hipóteses: a) embargo à fiscalização, e b) constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas, fundamento legal nos dispositivos: incisos II e XVII do artigo 9º e incisos II e IV do artigo 14 da Lei nº 9.317, de 1996. O ato de exclusão foi expedido em 14/08/2009 e a recorrente tomou ciência em 26/08/2009.

A autoridade de primeira instância manteve a exclusão da empresa, por entender caracterizada a formação do grupo econômico familiar, sendo que somadas as receitas de todas as empresas do grupo, o montante apurado ultrapassou o limite disciplinado na sistemática do Simples.

A empresa recorrente alega, praticamente, os mesmos pontos de insurgências apresentados em seara de impugnação. Frente a essa posição, passo ao voto de cada item.

Discussões a respeito da constitucionalidade de Normas e Aplicação de Princípios Constitucionais

Passo a dirimir as questões de constitucionalidades, alegadas pela recorrente, aduzindo que essa esfera administrativa não é competente para enfrentar o tema, posto que discussões desse porte, quais sejam, constitucionalidades de leis ou mesmo de artigos de leis são de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Assim, certo de que somente o Poder Judiciário pode manifestar-se sobre aplicação da constitucionalidade de uma norma, a este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais compete apenas aplicar as leis em vigor dentro do nosso ordenamento pátrio.

Cumpre salientar que este Egrégio Conselho encontra-se adstrito à aplicação de suas Súmulas e no presente caso à aplicação da Súmula CARF nº: 02:

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

Entendo que o auto de infração foi perfeitamente lavrado e encontra-se em conformidade com os determinantes legais para a sua formalização, haja vista que a empresa foi legalmente intimada, do contrário não teria apresentado suas razões de defesa em seara de impugnação e também em recurso voluntário. Ainda, o auto de infração encontra-se dirigido ao sujeito passivo de direito, legitimamente constituído para recebê-lo, consta a data e o local da sua lavratura, está descrito, de forma circunstanciada, o fato impositivo do tributo está devidamente cobrado, bem como perfeitamente fundamentado com a capitulação estipulada na norma, na qual se enquadra a imputação legal. Tudo de acordo com o artigo 59 do Decreto 70.232/72. Assim, descabida a argumentação de nulidade do auto pela recorrente sob essa fundamentação.

Desse modo, descabido o argumento de cerceamento de defesa, apresentado pela recorrente, tomando em conta que a mesma apresentou suas razões defensivas em seara de Impugnação e também em Recurso Voluntário. A empresa teve todas as oportunidades para apresentar suas provas, nas duas oportunidades processuais para as quais foi devidamente cientificada, o que não resulta pertinente a alegação de cerceamento do direito de defesa e tão pouco ofensa ao devido processo legal.

Irregularidades do Mandado de Procedimento Fiscal-Fiscalização

Alega a empresa recorrente que o mandado de procedimento fiscal não obedeceu o seu rito processual, tal como determinado nas normas que o regulamenta. Afirma que a empresa não recebeu a devidas intimações de prorrogações do referido Mandado de Procedimento Fiscal e refere que esta falta vicia todo o Ato Declaratório de Exclusão do sistema simplificado.

Ocorre que a empresa recebeu todas as intimações, segundo disciplina a norma. Importa que se refira que o art. 9º da Lei 11.371/07, impõe que as alterações constantes no MPF, decorrentes de prorrogação de prazo, sejam cientificadas ao sujeito passivo, mas somente quando do primeiro ato de ofício praticado após cada ato prorrogatório. No caso em tela, temos que a autoridade fiscal responsável cientificou a empresa através dos Termo de Intimação Fiscal nº01 e do Termo de Intimação Fiscal nº 02, porquanto tratem-se do primeiro ato de ofício praticado depois da prorrogação alcançada.

Quebra do Sigilo Bancário

Alega a empresa recorrente que o presente Ato de Exclusão não pode prosperar por ter quebrado o sigilo bancário da mesma, expondo sua contabilidade financeira às suas concorrentes. Ocorre que o sigilo de dados, referidos pela empresa, não pode prosperar, no caso em tela, quando entendido tratar-se de um grupo econômico familiar. Isso porque a

exposição jamais teria ocorrido se a empresa estivesse abrindo a sua contabilidade para si mesma.

Ademais, convém que se esclareça que neste presente feito não constam os extratos bancários da empresa recorrente e do que analisamos tão pouco houve quebra do sigilo de dados bancários, tal com alegado, já que sequer foram requisitados os extratos à empresa recorrente. Há que se ater ao fato de que a alegação da quebra dos sigilo só terá pertinência nos casos em que a apresentação dos extratos bancários não tenha sido feita de forma espontânea pela parte e sim mediante requisição direta da fiscalização às Instituições Bancárias, o que não consta nesse processo.

Assim, não pode prosperar a alegação de quebra de sigilo quando não consta no processo as requisições às Instituições Bancárias para que estas apresentem os extratos bancários, ultrapassando a vontade da empresa recorrente que não entregou espontaneamente ou sequer foi intimada a tanto. Neste caminho cumpre atentar para o fato de que a insurgência da empresa só poderia ter guarida nos casos em que a empresa, recusando-se a apresentar ou não sendo intimada a fazer, tivesse os extratos anexados como veículo condutor para o auto de infração lavrado, o que não ocorreu, posto que trata-se o caso em tela de Ato de Exclusão do sistema Simples.

Discussão sobre a aplicação da Lei 9.317/96 ou LC123/2006

Alega a empresa recorrente ser nulo o Ato de Exclusão do Simples por estar fundamentado em Lei Revogada, haja vista que a Lei Complementar 123/2006 expressamente revogou a Lei 9.317/96. Assim, segundo o seu entendimento, norma revogada não tem o condão de gerir efeitos e como o Ato de Exclusão foi lavrado no ano de 2009, referente ao ano calendário de 2004, deveria ter sido realizado com o embasamento da Lei Complementar e não mais sob a luz da Lei Ordinária em discussão.

Discordo do entendimento da empresa, já que os fatos abordados pelo Ato de Exclusão estão no passado, ou seja, referem-se ao ano calendário de 2004, quando a norma disciplinada pela Lei Ordinária 9.317/96 ainda vigorava. Neste caso, ainda que entenda que a Lei Complementar realmente revogou os efeitos da Lei Ordinária, esta somente revogou no ano de 2006 e até a sua revogação, data em que então a Lei Ordinária não mais produziu efeitos no mundo jurídico pátrio. Assim, tem-se que Lei 9.317/96 ainda detinha o condão de reger os atos realizados pela empresa no ano de 2004, ora em discussão.

Ademais, a revogação da Lei Ordinária traz para o mundo do direito a determinação que aquela norma não produzirá mais efeitos daquela data em diante, mas não poderá mudar o que está no passado. A sua exclusão do sistema jurídico, tal como pretende nos fazer crer a empresa recorrente, somente dar-se-á com a Resolução do Senado, depois de proferida decisão pelo Supremo Tribunal Federal, de que a norma realmente encontra em descompasso com o ordenamento da Carta Magna, fato esse que não ocorreu. A retirada por completo de uma norma do sistema jurídico brasileiro, por inconstitucional, se perfaz com a Resolução do Senado, sem esse posicionamento, a norma revogada produz efeitos até a sua revogação. Não se pode confundir Lei anulada, que nunca produziu efeitos, com Lei revogada que produz efeitos até a data da sua revogação.

É possível compreender que na revogação de uma Lei os atos praticados sob sua égide são perfeitos, a sua revogação atende a critérios de conveniência e oportunidade, porém não se pode dizer tratar-se de uma violação ao Direito, aliás a eficácia dessa norma não foi revogada. É com esse compasso que disciplina a matéria o doutrinador Washington de Barros Monteiro, no seu livro *Curso de Direito Civil*:

(...) Em regra, a norma só diz respeito a comportamentos futuros, embora possa referir-se a condutas passadas, tendo, então, força retroativa. A norma que atinge os efeitos de atos jurídicos praticados sob o império da lei revogada é **retroativa**; a que não se aplica a qualquer situação jurídica constituída anteriormente é **irretroativa**, hipótese em que uma norma revogada continua vinculante para os casos anteriores à sua revogação.¹ (grifos nosso)

Desse modo, entendo que a lei revogada produziu efeitos até a sua revogação e os atos praticados sob sua égide devem ser regidos pela mesma.

Formação de Grupo Econômico Familiar

A fiscalização buscou demonstrar que a empresa recorrente e as demais envolvidas na realidade formam um grupo econômico e que agem como uma empresa tão somente, estando divididas para fins de obter uma tributação mais benéfica, mas que fundamentalmente dispõem de mesma organização financeira, contábil, gerencial e organizacional. De fato, entendo que a empresa recorrente encontra-se como parte integrante do grupo econômico familiar, evidenciado na farta juntada de documentação pela autoridade fiscal competente.

Assim, no caso em tela, temos que o grupo societário foi formado com o objetivo de atender às necessidades do desenvolvimento dos processos de produção, racionalizando a exploração empresarial, baixando custos e aumentando os lucros. Logicamente, há interesse de toda e qualquer pessoa jurídica integrante deste grupo econômico nos atos de qualquer outra integrante, principalmente nos que beneficiem todo o agrupamento.

O que não pode prevalecer é a confusão patrimonial, gerencial ou mesmo financeira como veículo para que o grupo econômico esquive-se da obrigação de arcar com a responsabilidade oriunda da limitação imposta pelas normas do sistema Simples. Isso porque, no presente grupo, restou evidenciado que os atos de um, principalmente na seara tributária, são de total interesse das outras empresas agrupadas, bem como os benefícios da tributação simplificada.

Ademais, no grupo econômico ora em questão, o interesse comum vincula as empresas agrupadas por circunstâncias externas, formadoras de solidariedade, provenientes da consciência de grupo, das necessidades que interligam as empresas participantes. E, tais circunstâncias externas restaram perfeitamente evidenciadas quando as empresas demonstraram a unidade ao usar o mesmo local para alojar todo o grupo, ter o mesmo contador e mesma gerente de recursos humanos, ter em comum a mesma linha de produção, os funcionários atenderem a um só empregador e subordinarem-se a ele como um todo generalizado, entre outros tantos pontos elencados pela autoridade fiscal e que a empresa recorrente não logrou comprovar o contrário.

Desta forma, o interesse comum é justificado, no caso da recorrente, pela unidade de direção ou controle, com objetivos finais idênticos de todos os entes agrupados. Há claro aproveitamento das pessoas jurídicas que formam o grupo econômico com as atividades desempenhadas por qualquer delas, pois agem por subordinação ou mesmo por coordenação à empresa em comento. Tudo demonstrado na utilização de funcionários comuns a todas as empresas do grupo em todas as atividades que envolvam o processo produtivo.

Porém, no que tange ao Ato de Exclusão do sistema de apuração simplificada, a formação de grupo econômico, por si só, não gera motivo ou fundamentação tipificada em norma que lhe imponha tal penalidade. Entendo que a autoridade fiscalizadora, deixou de evidenciar os pontos que subsumem a empresa em comento nas hipóteses de exclusão do simples, tal como passarei a expor no item *Da Tipificação* a seguir.

“E, especificamente no que tange ao Ato de Exclusão do sistema de apuração simplificada, restou esclarecido que o grupo econômico utilizava-se da individualização das empresas apenas no papel, com o fim único de aproveitar-se dessa tributação mais benéfica. Ocorre que uma vez demonstrado que se trata de um grupo, a unificação das receitas é imprescindível e, no caso em comento, os valores apurados ultrapassam o limite estabelecido pela legislação do Simples. (restando pois válido o Ato de Exclusão analisado.)”

Da Tipificação

A empresa recorrente insurge-se contra a tipificação dada pela autoridade fiscalizadora, quando da emissão do ADE. Expõe que a referida exclusão do simples está fundamentada nos seguintes artigos: art.9º, II e XVII, art. 14, I e IV e art. 15, da Lei 9.317/96 e que nenhum deles respaldam a exclusão da empresa.

Aduz, a recorrente, que ser considerado Grupo Econômico não dá motivos à exclusão do regime simplificado. Neste ponto, guarda razão a recorrente, posto não haver em toda a legislação, que dispõe sobre a exclusão do SIMPLES, a tipificação como fundamento para exclusão deste regime o fato de ser um Grupo Econômico.

Insurge-se a empresa recorrente contra a fundamentação do auto de infração, referindo que toda a tipificação elencada não coaduna com a realidade jurídica e fática, estando em descompasso com a verdade. Frente a essa situação, passo a examinar a tipificação dada pela autoridade fiscal.

a) *Tipificação: art. 9º, II, da Lei 9.317/96:*

A empresa contrapõe-se à fundamentação disciplinada no art. 9º, II da Lei 9.317/96, já que a exclusão se dará quando a receita bruta for superior a R\$ 2.400.000,00. Porém, no caso em tela este montante somente ultrapassará o limite estabelecido em lei, caso sejam somadas todas as receitas de todas as empresas, posto que a recorrente sozinha não alcançou tal monta, razão pela qual entende que não pode ser excluída por tal fundamento.

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

II - a condição de empresa de pequeno porte que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais);

Neste contexto, entendo ter razão a empresa recorrente, já que para a exclusão se faz necessário que o valor elencado no artigo citado seja ultrapassado e isso somente se dá quando do somatório de todos os rendimentos. Contudo, para que o somatório seja realizado, faz-se pertinente submissão dos atos da empresa recorrente em outra hipótese de incidência que lhe confira a obediência da soma, fato esse que entendo não ter ocorrido.

b) *Tipificação: art.9º, XVII, da Lei 9.317/96:*

Afere-se que o segundo fundamento para a exclusão está embasado no art.9º, XVII, que determina a exclusão sempre que houver cisão ou qualquer outra forma de desmembramento. A empresa insurge-se contra esse fundamento, com razão, porquanto a mesma não resultar de cisão, fusão ou incorporação de alguma outras empresa fiscalizada. Importa atentar para o fato de que a fiscalização não demonstra a ocorrência de alguma dessas situações de desmembramento da pessoa jurídica em relação à empresa recorrente.

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa :

XVII - que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência desta Lei;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/09/2001.
Autenticado digitalmente em 19/09/2013 por MEIGAN SACK RODRIGUES. Assinado digitalmente em 12/02/2014 por WALTER ADOLFO MARESCH, Assinado digitalmente em 04/12/2013 por VÍCTOR HUMBERTO DA SILVA MAIZMA

N, Assinado digitalmente em 20/09/2013 por SERGIO RODRIGUES MENDES, Assinado digitalmente em 19/09/2013 por MEIGAN SACK RODRIGUES

esse fim ou já existente, extinguindo-se a empresa cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio (Cisão total) ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão (Cisão parcial). Porém, no caso em tela, a autoridade fiscal deveria ter fundamentado, descrito e demonstrado, que a empresa recorrente cindiu ou desmembrou de alguma forma, tendo para tanto transferido parcelas dos seus ativos e passivos para as sociedades resultantes da cisão ou desmembramento.

Ocorre que não há nenhuma descrição desse fato, fundamento ou base na contabilidade da empresa recorrente que demonstre que parte do seu patrimônio serviu para a formação das demais empresas do grupo. Razão pela qual entendo que não pode prosperar o presente auto.

c) *Tipificação: art. 14, II da Lei 9.317/96*

A empresa recorrente também observa que todas as informações solicitadas foram prestadas, não restando caracterizado o embaraço à fiscalização.

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

II - embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada, bem assim pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Sistema Tributário Nacional);

De igual modo, não vejo embaraço à fiscalização, já que a recorrente respondeu a todas a intimação recebidas. Atento para o fato de que a autoridade fiscal teve livre acesso e recebeu todas as informações necessárias para a autuação realizada.

d) *Tipificação: art. 14, IV da Lei 9.317/96:*

Também insurge-se a empresa quanto à fundamentação da exclusão na constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual. Isso porque restou comprovada, sob sua análise, a existência individualizada de fato e de direito da empresa recorrente, cujos sócios são todos conhecidos.

Neste ponto, coaduno com os argumentos da recorrente, posto estar evidente que a mesma não foi constituída por interposta pessoa, já que detém os mesmos sócios, desde a sua formação e as alterações societárias posteriores foram todas legitimadas em contrato e assentadas no órgão pertinente. Ainda, claro está que a pessoa jurídica, ora recorrente, é a responsável pela sua própria organização, gerência e comando, não havendo outras pessoas nos seus quadros societários, senão os já relacionados, sendo estes os que movem o setor produtivo da empresa.

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;

Não podemos fugir do disposto no artigo em referência, já que a constituição da pessoa jurídica, ora recorrente, não se fez por intermédio de pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual. Ao contrário, no caso em tela a empresa recorrente permanece intacta e atua por ela mesma nos interesses, inclusive do grupo econômico, não havendo caracterização de interposta pessoa.

Assim, diante dos argumentos acima expostos, entendo que, embora caracterizado o Grupo Econômico Familiar, a tipificação dada pela fiscalização, no Ato de Exclusão da empresa recorrente do Simples, não coaduna com o resultado. Isso porque, a exclusão da empresa recorrente teria que ser feita sob a égide do artigo 9º, IX, da Lei 9.317/96 para que restasse fundamentado que a empresa recorrente realmente era a detentora de todas as demais empresas, como sócia oculta ou mesmo de fato, já que de direito não consta nos quadros societários. Disciplina o artigo referido:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

II - na condição de empresa de pequeno porte que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais);

IX - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art. 2º;

Tem-se que a simples caracterização do Grupo Econômico não gera efeitos modificativos, antes a demonstração efetiva de que a empresa recorrente, por ser a signatária das demais e por deter a gerência dos negócios, reúne todo o grupo. Contudo tal fundamento não se encontra na tipificação dada pela autoridade fiscalizadora e tão pouco sua descrição.

Desse modo, por entender que a tipificação do Ato Declaratório de Exclusão do Simples necessita estar completo, com a presença de todos os artigos que o fundamentam, sob pena de gerar com isso a insegurança jurídica e impedir a correta defesa da empresa, é que não vislumbro como poderá prosperar a presente exclusão. Na realidade a fiscalização promoveu um trabalho árduo, mas equivocou-se ao tipificar a empresa no dispositivo correto.

E, neste contexto, entendo que houve descumprimento do disciplinado no art. 10, IV, do Decreto 70.235/72. Isso porque a autoridade fiscalizadora não fundamentou e tão pouco descreveu, a disposição legal infringida e a sua penalidade. Com isso, a empresa ora recorreta não pode fomentar a sua defesa da forma correta, já que não houve dois erros insanáveis: a) não há capitulação correta por parte da fiscalização; b) e tão pouco a capitulação e fundamentação disposta pela autoridade encontra respaldo fático e de direito.

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Restou claro que a autoridade fiscalizadora não demonstra a cisão ou desmembramento da empresa recorrente, não vinculando sua contabilidade ao ato, assim como não demonstrou a interposição de pessoas, nos seus quadros societários, para o fim de ludibriar o fisco.

Diante do exposto, voto por DAR provimento ao recurso.

É o voto

(Assinado Digitalmente)

Meigan Sack Rodrigues - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Sérgio Rodrigues Mendes, Redator Designado

Conforme bem observado pela decisão recorrida (fls. 613-verso):

55. Análise do quadro societário das pessoas jurídicas em pauta revelou que se trata de empresa familiar, tendo como ponto de partida Roberto Gomes Vilar e, posteriormente, se estendendo aos filhos, genros, noras e cunhada, [...]:".

Constata-se - analisando-se detidamente os autos - que todas as empresas apontadas no processo atuam no mesmo ramo de atividades, qual seja, “fabricação e comércio de torneiras, registros, bóias e válvulas, peças para bombas d’água e instalações hidráulicas e artefatos de metal e ferro”, com utilização da mesma marca (“Metais Imperatriz”) e perseguindo aquele objeto social dentro de um mesmo espaço físico.

Elas agem economicamente como um todo, como um Grupo, e assim devem ser consideradas. O objetivo final é comum, formando, na realidade, uma unidade de fato, com atividades intimamente relacionadas e planejamento econômico e administrativo único.

Não há dúvida, portanto, de que se trata de um Grupo Econômico, formado por empresas que objetivam repartir o seu faturamento, de modo a que todas possam usufruir, ao mesmo tempo, da tributação privilegiada do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), reduzindo, desse modo, os valores a recolher a título de impostos e contribuições, inclusive previdenciárias.

Por outro lado, apesar de não ter havido cisão formal da pessoa jurídica, houve cisão de fato: firmas individuais Jefferson César Gomes (15/04/1997), Maria Conceição Trizzi-EPP (01/12/1999), Jeniffer Greice Gomes-Torneiras (20/02/2002) e Paulo Afonso de Souza Ramos-Torneiras (06/07/2004).

Ademais, para a caracterização e identificação de Grupo Econômico, importa investigar a situação real, material, concreta - verificando-se os vínculos entre as empresas e as circunstâncias em que realizam suas atividades -, e não apenas a situação meramente formal.

Menciono, a respeito, os seguintes precedentes:

Acórdão nº 1201-00.625 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária

Sessão de 25 de novembro de 2011

EXCLUSÃO.

Não podem optar ou permanecer no sistema simplificado as pessoas jurídicas resultantes de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento.

[...]

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 19/09/2013 por MEIGAN SACK RODRIGUES, Assinado digitalmente em 12/02/201

4 por WALTER ADOLFO MARESC, Assinado digitalmente em 04/12/2013 por VICTOR POMBERTO DA SILVA MAIZMA

N, Assinado digitalmente em 20/09/2013 por SERGIO RODRIGUES MENDES, Assinado digitalmente em 19/09/2

013 por MEIGAN SACK RODRIGUES

Impresso em 13/02/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Sessão de 13 de junho de 2012

Ementa: Ao incorrer em quaisquer das hipóteses de exclusão previstas na legislação instituidora do Simples, o contribuinte deve ser excluído do sistema simplificado de tributação, especialmente porque foram comprovadas as hipóteses previstas na legislação de desmembramento da pessoa jurídica, embaraço à fiscalização e interposição de pessoas que não fossem os verdadeiros sócios.

Desse último precedente, transcrevo, por pertinente, o seguinte trecho:

A constituição de empresas individuais que ocupam um mesmo espaço físico, desenvolvem o mesmo objeto social, utilizam os mesmos colaboradores e maquinários, e cujos sócios possuem grau de parentesco ou afinidade entre si, objetivando reduzir custos, usufruir tributação privilegiada e pulverizar receitas, caracteriza constituição de grupo econômico e impede a opção pelo Simples.

De se ressaltar que, relativamente a esses precedentes, foi excluída do Simples a empresa mais antiga, que promoveu o seu desmembramento em outras, resultando, em consequência, menor do que deveria ser, se não houvesse efetuado dito desmembramento.

Já quanto aos precedentes desta Terceira Turma Especial, mencionados na Declaração de Voto que acompanha este acórdão e nos memoriais entregues em sessão, envolveram situação diversa, em que a empresa excluída era uma das mais novas, o que não quer dizer, entretanto, que a exclusão do Simples não deva alcançar – como realmente deve – todas as empresas do Grupo, sem exceção, inclusive a mais antiga.

Com relação à afirmação do Voto da Relatora do processo, no sentido de que

Neste ponto, guarda razão a recorrente, posto não haver, em toda a legislação que dispõe sobre a exclusão do SIMPLES, a tipificação como fundamento para exclusão deste regime o fato de ser um Grupo Econômico

esclareço que a tipificação fiscal não é pela circunstância de ser um Grupo Econômico, mas, sim, pelo fato de, em assim sendo, pretender agir como se não o fosse, como se se tratasse de entes isolados e independentes entre si (grifou-se):

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

[...].;

XVII - que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência desta Lei;

Ora, é inconcebível que um Grupo Econômico, pelo só fato de se apresentar composto por miniempresas, possa vir a usufruir de favor legal e - mais que isso - constitucional, voltado a minorar a carga tributária e os encargos administrativos das verdadeiras pequenas empresas, proporcionando-lhes meios de sobrevivência e possibilidades de crescimento, de notório interesse para a economia nacional.

Tal expediente, artificioso, não pode, nunca jamais, ser agasalhado pelo Direito.

Por fim, no que toca aos efeitos da exclusão no Simples, tidos pela ação fiscal como tendo início apenas em 1º de janeiro de 2004 – fls. 26, item 53 - o que coincide com o início do período auditado – fls. 22, item 42 -, observa-se que foi a ora Recorrente beneficiada nesse ponto, pois, como visto anteriormente, os primeiros desmembramentos impeditivos da opção pelo Simples se deram muito antes, em 15/04/1997 (firma individual Jefferson César Gomes), 01/12/1999 (Maria Conceição Trizzi-EPP) e 20/02/2002 (Jeniffer Greice Gomes-Torneiras).

Nego provimento ao Recurso.

(assinado digitalmente)

Sérgio Rodrigues Mendes

Declaração de Voto

Conselheiro Victor Humberto da Silva Maizman

A empresa Recorrente foi excluída do SIMPLES por ter o AFRFB constatado que, junto com as demais empresas mencionadas na Representação Fiscal de fls. 02/28 deste PAF, a mesma faz parte de um grupo econômico e, tendo somado os faturamentos das empresas optantes pelo SIMPLES, estaria extrapolado o limite de faturamento permitido para aquela modalidade de tributação.

O Ato Declaratório Executivo nº. 35 (fls.212) foi emitido com fulcro nos seguintes dispositivos legais, ora transcritos, da Lei 9.317/1996:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

II - na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais);

XVII - que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência desta Lei;

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

II - embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada, bem assim pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Sistema Tributário Nacional);

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

Como se vê da Representação Fiscal, a exclusão da Recorrente do SIMPLES se dá com a conjugação dos dispositivos acima dispostos. Assim, depreende-se necessário analisar um a um, dentro das conclusões extraídas pelo AFRFB que implicaram na edição do já mencionado ADE nº. 35.

I.I. ART. 9º, II

O inciso II do artigo 9º estabelece como impedimento à opção pelo Simples o auferimento no ano imediatamente anterior de receita bruta superior ao limite permitido por este regime simplificado de tributação.

No presente caso, como corretamente fez o AFRFB, não seria cabível a aplicação isolada do referido dispositivo (art. 9, II), posto que como verificado pelo próprio Auditor Fiscal, a Recorrente não extrapolou (isoladamente) o teto máximo permitido para o Simples.

Por isso é que, dentro do contexto verificado, de existência de grupo econômico, conjugou este dispositivo com outros, **que o permitisse fazer o somatório da receita bruta de todas as empresas**, como se uma só fossem, e verificar assim a extrapolação do limite legal estabelecido.

Assim, dentro do conteúdo do Relatório Fiscal e do contexto em que editado o Ato Declaratório Executivo nº. 35, correta está a aplicação do art. 9º, II, da Lei 9.317/1996.

Como dito, não sendo cabível a aplicação isolada do referido dispositivo, passemos a analisar os demais enquadramentos realizados pelo AFRFB para excluir a Recorrente do SIMPLES.

I.II. ART. 9º, XVII

Pelo contido na Representação Fiscal, o AFRFB concluiu que a empresa Recorrente criou outras empresas, por meio de interpostas pessoas, de modo a dividir/fatiar o seu faturamento e assim se manter dentro da sistemática do SIMPLES. Por este motivo, dentre outros, é que o AFRFB fundamentou, também, a exclusão no inciso XVII do artigo 9º.

O referido dispositivo veda o ingresso no Simples da pessoa jurídica que *“seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência desta Lei”*.

Para a aplicação deste dispositivo legal, teria que estar verificado de que a Recorrente *é resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento*. Todavia, da análise de todo o conjunto fático-probatório deste processo administrativo, não vislumbro esta possibilidade. Vejamos.

Destarte, não há dúvidas de que de acordo com o contexto do presente PAF e todas as provas aventadas pelo AFRFB, que a Recorrente criou as empresas lá relacionadas (Jeniffer Greice Gomes, Jefferson Cesar Gomes, Paulo Afonso de Souza Ramos, Maria Conceição Trizzi e Imperatriz Sul Metais Ltda.) com o intuito único e direto de fatiar o seu faturamento e permitir a sua permanência dentro do regime tributário mais benéfico.

Todavia, isto não faz concluir, em hipótese alguma, que seja a Recorrente **RESULTANTE** de qualquer forma de desmembramento, mas sim, o contrário, que as outras empresas lá relacionadas são sim **“resultantes”** de desmembramento da Recorrente Ind. Com. Exp. de Metais Imperatriz. O dicionário Michaelis assim define a palavra “resultante”:

resultante

re.sul.tan.te

adj m+f (de resultar) Que resulta ou que é consequência. sf Mec 1 A força que resulta da aplicação de muitas forças a um ponto determinado. 2 Linha reta que representa essa força.

Como se vê, resultante é aquele/aquilo que “resulta” ou que é “consequência”. No presente caso, por óbvio que a Recorrente não “resulta” de desmembramento, nem é consequência de qualquer cisão ou outra forma de desmembramento, pois como se vê, foi constituída no ano de 1.980, muito antes das demais empresas que formam o Grupo Econômico constatado pelo AFRFB.

De salientar, por oportuno, que é cediço à luz do artigo 111 do CTN que a interpretação deve ser restritiva quanto a análise da legislação que dispõe sobre benefício fiscal. Ora se é certo de que resta defeso ampliar o alcance da legislação em questão para incluir atividades no rol dos beneficiários dessa norma especial, certo também será de que também deve ser lançado mão do critério exegético restritivo para interpretar os enunciados normativos que impõe (e vedam) a exclusão do SIMPLES.

Dessa maneira, outra opção não vejo que não seja a de afastar a aplicação do inciso XVII do art. 9º da Lei 9.317/96, posto que absolutamente inaplicável ao presente caso, conforme outras vezes já decidiu este Conselho e esta Turma, conforme a análise dos julgados abaixo:

SIMPLES. EXCLUSÃO. DESMEMBRAMENTO.

Não poderá optar pelo Simples, a pessoa jurídica que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica. (PAF 13963.000190/2005-41, Sessão de 31/03/2011, 3ª Turma Especial da 1ª Seção, Relator Selene Ferreira de Moraes)

No julgamento do PAF acima reproduzido, proferido por votação unânime desta E. Turma Especial, o julgado deixou bastante claro que a exclusão se dava em virtude da empresa, então Recorrente, ser justamente aquela que resultava de desmembramento de outra pessoa jurídica. *In verbis*:

A fiscalização afirma que a recorrente é resultante de um desmembramento meramente formal da Indústria de Couro Ltda.

(...)

No presente caso, um dos sócios saiu do quadro societário da Indústria de Couro Ltda. para constituir uma nova empresa, a ora recorrente.

(...) são elementos probatórios mais do que suficientes para demonstrar que a saída da sócia Elta Marisane Coelho Paes da empresa Indústria de Couro Ltda., e a criação da Curthy Couro Ltda. com seu filho Isael Coelho Paes, configurou desmembramento que impede a opção pelo Simples.

Como se vê, fica clara a aplicação do dispositivo ora analisado em face daquela empresa que resulta de desmembramento, que foi originada por outra pessoa jurídica que se infere como sua controladora.

No mesmo sentido:

SIMPLES - EXCLUSÃO – DESMEMBRAMENTO

Feita a prova de que a pessoa jurídica é resultante de desmembramento de outra pessoa jurídica, deve ela ser excluída do regime do Simples com base no disposto no inciso XVII do artigo 9º da Lei 9.317, de 1996. (PAF 11516.000041/2005-25, Sessão de 04/11/2010, 2ª Turma Especial da 1ª Seção)

No processo acima ementado, a situação que se verifica é praticamente a mesma da jurisprudência anterior. Mais uma vez, é excluída do Simples pessoa jurídica que nasceu em virtude de um desmembramento de outra, que a criou justamente com o intuito de desviar o seu faturamento para outra empresa, no caso, a Recorrente do PAF nº. 11516.000041/2005-25. Vejamos:

De todo o exposto, parece-me, de fato, válida a conclusão de que a Recorrente, assim como as demais sociedades constituídas à mesma época, tinham por objetivo assumir parte da atividade da Precicast.

(...)

Em que pese tal fato, os demais elementos aqui arrolados parecem-me suficientemente indicativos de que houve desmembramento da atividade da Precicast para a Recorrente, caracterizando a hipótese do artigo 9º, XVII, da Lei 9.317/96.

Com base nas razões acima expostas, voto por afastar a aplicação do artigo 9º, inciso XVII, de modo a não ser este dispositivo apto a fundamentar a exclusão da Recorrente do Simples.

I.III. ART. 14, II

Da análise do Ato Declaratório Executivo nº. 35 verifica-se que a exclusão da Recorrente do SIMPLES também se deu com fulcro no inciso II do artigo 14 da Lei 9.317/96. O referido dispositivo estabelece que serão excluídos de ofício do Simples a pessoa jurídica que incorrer em “*embaraço à fiscalização*”.

Todavia, em todo o conteúdo da Representação Fiscal, não se verifica em momento algum que tenha a Recorrente incorrido nesta hipótese, muito pelo contrário, são relacionados pelo próprio AFRFB os documentos fornecidos pela própria Recorrente.

Diante dessas razões, voto também por afastar a aplicação do artigo 14, II como fundamento para o fim de excluir a Recorrente do Simples.

I.IV. ART. 14, IV

O último fundamento legal utilizado pelo Auditor Fiscal para excluir a Recorrente do Simples é o inciso IV do art. 14 da Lei 9.317/96. O referido inciso estabelece

que será excluída de ofício a pessoa jurídica que incorrer na hipótese de “*constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual*”.

Como já mencionado anteriormente, conclusão que inclusive este julgador não afasta, a Recorrente faz parte de um Grupo Econômico, sendo a “empresa-mãe” deste, e incorreu na criação de outras pessoas jurídicas com o fito de fatiar o seu faturamento e assim não extrapolar o limite do Simples.

Assim, precisou conjugar o disposto no inciso II do art. 9º, que estabelece o limite de faturamento - já que a Recorrente, sozinha, não extrapolou o limite, situação que só se configurou com o somatório dos faturamentos de todas as empresas do Grupo Econômico Imperatriz - com outros dispositivos legais, dentre eles o inciso IV do art. 14.

As demais empresas do Grupo Imperatriz, em sua maioria firmas individuais, possuem em seu quadro societário parentes do Sr. Roberto Gomes Vilar, sócio da ora Recorrente Ind. Com. Exp. de Metais Imperatriz.

Ocorre que, mais uma vez, entendo por equivocada a utilização do inciso IV do art. 14 como fundamento para excluir do Simples a Recorrente, “empresa-mãe” do Grupo Imperatriz, aquela que deu início a todo o grupo e muito antes da criação das demais empresas, posto que em nenhum momento foi indicado ou sequer aventado que no quadro societário da RECORRENTE (sujeito passivo do ATO DE EXCLUSÃO) constariam interpostas pessoas.

Embora o art. 14, IV, fale em “constituição” por interposta pessoa, creio que a utilização de interpostas pessoas para a aplicação deste inciso não seja necessária somente no ato de “constituição” da pessoa jurídica, mas sim em qualquer momento de sua vida, conforme inclusive já decidiu este Conselho:

INTERPOSTA PESSOA — SIMULAÇÃO ABSOLUTA - O caso é de simulação absoluta, e não relativa, pois se cuida de examinar se a sucessão a título singular dos sócios ocorreu ou não — em caso negativo, nenhum negócio jurídico houve. A presença de uma causa sinzulandi associada aos dados representados nos autos são elementos sobremaneira fortes a descortinar a consecução de simulação absoluta. (PAF n.º 11516.002599/2005-45, Sessão de 18/05/2010, 3ª Turma Ordinária, 1ª Câmara da 1ª Seção)

Na jurisprudência colacionada acima, tratava-se de se averiguar a ocorrência de sujeição ao inciso IV do artigo 14 num caso de sucessão societária onde os novos sócios (ingressantes) na verdade seriam laranjas, o que acabou ficando constatado.

Porém, no presente caso, não se aventou a hipótese de se encontrarem interpostas pessoas no quadro societário da Recorrente que não fossem os verdadeiros sócios ou acionistas. Muito pelo contrário, atribui-se à Recorrente a criação de outras empresas por interpostas pessoas, motivo pelo qual deverão aquelas empresas ser excluídas do Simples. Todavia, impossível a aplicação deste dispositivo em face da Recorrente.

No Dicionário Jurídico da autora Maria Helena Diniz consta o seguinte conceito:

Interposta pessoa seria aquele que comparece num dado negócio jurídico em nome próprio, mas no interesse de outrem, substituindo-o e encobrindo-o.

Tratar-se-ia do presta-nome ou testa de ferro. Age em lugar do verdadeiro interessado que, por motivos não de todo lícitos, deseja ocultar sua participação num ato negocial.

Da análise da Representação Fiscal e de toda a documentação acostada ao presente processo administrativo, não há qualquer indício de que o Sr. Roberto Gomes Villar (sócio da RECORRENTE) fosse um laranja, presta-nome, testa de ferro ou qualquer outra denominação que se dê a uma interposta pessoa. Muito pelo contrário, a ele é atribuída a criação de outras empresas, a utilização de interpostas pessoas para a utilização de outras pessoas jurídicas, mas não a Recorrente – Ind. Com. Exp. de Metais Imperatriz. Eis a conclusão da decisão recorrida à fl. 634:

Por fim, a autoridade fiscal concluiu que com a entrada em vigor da Lei nº. 9.317, de 1996, Roberto Gomes Vilar, sócio da pessoa jurídica Indústria, Comércio e Exportação de Metais Imperatriz, por meio de interpostas pessoas, quer filhos seus, outros parentes e mesmo uma funcionária, constituiu as firmas individuais Jefferson César Gomes (15/04/1997), Maria Conceição Trizzi-EPP (01/12/1999), Jeniffer Greice Gomes – Torneiras (20/02/2002) e Paulo Afonso de Souza Ramos – Torneiras (06/07/2004), todas funcionando no endereço à ela pertencente, tendo o mesmo objeto social e optantes pelo Simples, com o objetivo de distribuir seu faturamento e reduzir os valores a recolher a título de impostos e contribuições.

In casu, novamente aplico a regra contida no artigo 111 do CTN para que seja afastada a utilização de critério ampliativo.

Assim, não sendo a ora Recorrente constituída por interpostas pessoas, afasto a aplicação do referido dispositivo ao presente caso, em conformidade com a jurisprudência maçante deste Conselho:

EXCLUSÃO DO SIMPLES. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS.

Será excluída do Simples a pessoa jurídica constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual. (PAF 10630.000787/2006-41, Sessão de 27/01/2011, 1ª Turma Especial da 1ª Seção, Relator Sérgio Rodrigues Mendes)

No julgamento acima ementado, proferido por esta E. Turma Especial, ficou constatado que a empresa não era constituída por seus verdadeiros sócios, o que, então, ensejaria a aplicação do artigo 14, IV da Lei 9.317/96. Assim consta do referido voto:

Portanto, está devidamente caracterizado que os sócios declarados no contrato social da Farmácia Indiana de Manipulação Ltda. (Recorrente – Empresa excluída do SIMPLES) não são os verdadeiros sócios e que os verdadeiros sócios dessa empresa são aqueles que fazem parte do Quadro Societário da empresa Irmãos Matar e Cia Ltda.

Acréscete-se que, relativamente a essa constatação, a Recorrente não oferece qualquer argumento capaz de elidir a conclusão apresentada pela fiscalização previdenciária.

Como se vê, trata-se da aplicação lógica e única interpretação possível do dispositivo, no caso, implicando na exclusão daquelas pessoas jurídicas constituídas por laranjas, pessoas que não são os verdadeiros sócios da empresa da qual fazem parte do quadro societário.

No mesmo sentido:

SIMPLES. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. OCORRÊNCIA DE HIPÓTESES LEGAIS.

Justifica-se a exclusão da sistemática do Simples, desde a constituição da pessoa jurídica, pela constatação da utilização de interpostas pessoas como sócios da empresa, pela comprovação da prática reiterada de infração tributária, pelo embaraço à fiscalização e pela negativa, não justificada, da exibição de livros e documentos a que estava obrigada, nos termos do que dispõe o art. 14, incisos II, IV e V, da Lei nº 9.317/96. (PAF nº. 10670.004339/2008-10, Sessão de 27/06/2011, 2ª Turma Ordinária, 2ª Câmara da 1ª Seção)

No caso acima, a mesma situação já narrada nos casos anteriores:

Ainda, segundo comprovado pela fiscalização, no período que a empresa autuada exercia suas atividades, os ditos sócios de direito, Srs. Ronaldo Pereira da Silva e Ademir Alves dos Santos trabalharam como empregados das empresas MERCADÃO RURAL AGROPECUÁRIO LTDA, que tinha como sócios os Srs. Luciano Waldemar Valle Pereira e Crisantino Almeida Borém Filho, e PONTO DO FAZENDEIRO LTDA, que tinha como sócios Luciano Waldemar Valle Pereira e José Reinaldo Martins.

(...)

Portanto, concluo que a sociedade Irrifértil Irrigação e Pecuária Ltda. foi inicialmente constituída por interpostas pessoas (laranjas), incidindo ao caso a vedação de opção pelo SIMPLES, desde a sua constituição, em 2001, nos termos do art. 14, inciso IV, da Lei nº 9.317, de 1996 combinado com o art. 15, inciso V da mesma lei.

conclusão: Em outro caso, também julgado por esta E. Turma Especial, a mesma

SIMPLES. EXCLUSÃO.

A constituição da empresa mediante a utilização de interpostas pessoas, aliada ao quadro de completa ausência de capacidade operacional e financeira, configuram situação impeditiva para manutenção da opção no SIMPLES FEDERAL (Lei nº 9.317/96). (PAF nº. 13971.001139/2004-77, Sessão de 10/11/2010, 3ª Turma Especial da 1ª Seção, Relator Walter Adolfo Maresch)

Eis o relatório do PAF nº. 13971.001139/2004-77:

Relatam os auditores de que foi constatada situação de fato envolvendo três empresas sob o mesmo controle financeiro e administrativo, funcionando no mesmo local, envolvendo as empresas “VILLA CONFECÇÕES LTDA”, “VILLA TÊXTIL INDUSTRIAL LTDA” e a empresa “SERVTEX SERVIÇOS TÉCNICOS TÊXTEIS LTDA” ora recorrente.

A primeira empresa citada é a única que deteria verdadeira autonomia econômico financeira, enquanto as outras duas - “Villa Têxtil Industrial Ltda” e “Servtex Serviços Técnicos Têxteis Ltda”, ambas optantes pelo SIMPLES, seriam meras empresas de fachada utilizadas para registro dos empregados da “VILLA CONFECÇÕES”.

E a conclusão em seu voto:

Conforme relatam os auditores previdenciários, diversos funcionários foram sendo transferidos ao longo do tempo da VILLA CONFECÇÕES LTDA para a SERVTEX, sendo que o sócio majoritário desta, Sr. LINDOLFO KRAETZER, atua na verdade como preposto e executa atividades de cunho administrativo em nome da VILLA CONFECÇÕES LTDA, conforme documentos juntados aos autos.

(...) Desta forma, o quadro fático é revelador de que a SERVTEX não tem autonomia e tampouco quadro operacional independente, sendo mero apêndice da empresa VILLA CONFECÇÕES LTDA.

Como demonstrado, a exclusão do Simples será daquela pessoa jurídica que fora constituída por interpostas pessoas, o que, conforme já mencionado acima, não é o caso da Recorrente, ao menos com base na Representação Fiscal acostada ao presente processo administrativo, conforme item 50 da Representação Fiscal, à fl. 25:

Diante das constatações acima, a empresa Industria, Comercio e Exportação de Metais Imperatriz Ltda., utilizou-se de interpostas pessoas para exercer suas atividades normais, distribuir o seu faturamento e diminuir os valores a recolher de suas contribuições e impostos, utilizando-se de Jeffercon César Gomes, Jeniffer Greice Gomes, Maria Conceição Trizzi, Paulo Afonso de Souza Ramos e as pessoas constantes do contrato social e alterações da empresa Imperatriz Sul Metais Ltda. Sra. Katiane Gama Bragante Gomes, Juraci Maria Minini, Fabiano Minini Gomes e Guiomar Minini Vilar.

O conceito de “**interposta pessoa**” trazido acima, extraído das lições da doutrinadora Maria Helena Diniz, vai de encontro com aquele utilizado por este Conselho, qual seja, interpostas pessoas são os denominados “laranjas”, “testa-de-ferro”, que simplesmente emprestam os seus nomes para a abertura de pessoas jurídicas, deixando para os verdadeiros “donos” (ou sócios de fato) a administração da sociedade, por meio da outorga de procurações, por exemplo, com ilimitados poderes para gerir a empresa como um todo. Eis alguns julgados nesse sentido:

SIMULAÇÃO OBJETIVA – EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL - Conquanto a interposição de pessoas não possa ser deduzida de um único indício, o conjunto de indícios pode demonstrar a existência da causa simulandi a comunicar o fio condutor quanto à ocorrência de simulação subjetiva.

Vê-se que a recorrente outorgou ilimitados poderes a pessoas físicas, sócias de outra pessoa jurídica que, como a própria recorrente reconhece, é a líder de grupo econômico de fato a que pertence a recorrente. E as procurações outorgadas, sobre não estabelecerem limites para atuação das pessoas físicas, não previam sequer a prestação de contas, o que contraria a ideia de gestão de negócios colocada pela recorrente. Some-se a isso a vultosa movimentação financeira, não registrada e nem justificada, das contas correntes pertencentes à recorrente, que eram movimentadas pelos procuradores. Quadro fático que acusa a presença de causa simulandi, denotando a conclusão de constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas — no caso, as referidas pessoas físicas são os efetivos ou verdadeiros sócios da recorrente. (PAF nº. 11516.002474/2005-15, Sessão de 05/07/2010, 3ª Turma Ordinária, 1ª Câmara da 1ª Seção).

SIMPLES

Não pode optar pelo SIMPLES empresa que seja formada por interpostas pessoas. (PAF nº. 13971.00112230/2003-29, Sessão de 06/07/2010, 3ª Turma Ordinária, 1ª Câmara da 1ª Seção)

No caso acima (PAF nº. 13971.00112230/2003-29), a fiscalização constatou que a empresa fora “**formada por pessoas que não são os verdadeiros sócios**”, para assim ser concluído o voto:

Por tudo isso, fica devidamente comprovado que os empregados da recorrente são empregados da LULI Indústria e Comércio de Confeccões LTDA, pois, a recorrente, faz parte da LULI, ou seja, a recorrente, foi formada por interpostas pessoas, visando optar pelo SIMPLES, e aproveitar os benefícios do sistema, notadamente nas questões previdenciárias.

Por último, trazemos o julgado abaixo onde fica clarividente o norte de interpretação dado por este Conselho, onde na empresa Recorrente do PAF nº. 11516.001158/2005-86, ficou constatado que ela fora constituída por interpostas pessoas, pois, a pessoa jurídica “SEPROL Computadores e Sistemas Ltda.” era quem de fato geria a empresa Recorrente, o que ensejou a sua exclusão do Simples com fulcro no artigo 14, inciso IV da Lei 9.317/96. Eis a ementa e trecho conclusivo do voto:

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS.

A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica for constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual. (PAF nº. 11516.001158/2005-86, Sessão de 30/03/2011, 3ª Turma Especial da 1ª Seção)

Nos autos foram comprovados os fatos descritos na Representação Administrativa INSS, fls. 01/113, dos quais se pode deduzir que, embora a SEPROL Computadores e Sistemas Ltda, CNPJ 76.366.285/000140, não participa do capital social da Recorrente, há preponderância na gerência desta por parte daquela como forma de se beneficiar indevidamente do tratamento tributário diferenciado, simplificado e favorecido, o que evidencia, por presunção relativa, a interposição de pessoa.

Com base nas razões acima expostas, voto por afastar a aplicação do artigo 14, IV, da Lei 9.317/96 no presente processo administrativo, de modo não ser este dispositivo fundamento hábil a ensejar a exclusão da Recorrente do Simples, posto que diante de todo o conteúdo fático-probatório deste PAF em momento algum ficou constatado que tenha sido a Recorrente criada por interpostas pessoas ou tenha sido constatado, em qualquer momento desde a sua criação, interpostas pessoas em seu quadro societário.

Vê-se que tanto não é aplicável o referido artigo em casos como o da Recorrente (no caso é esta a empresa que criou outras por interpostas pessoas, e não a própria empresa criada por interpostas pessoas) que quando da criação da Lei Complementar nº. 123/2006, que revogou a Lei 9.317/96, veio previsão específica para situações como esta da ora Recorrente. Vejamos:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

(...)

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

(...)

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

Assim, haja vista a Lei Complementar nº. 123/2006 não poder se aplicar à Recorrente e as previsões da Lei 9.317/96 não serem aptas a ensejar na exclusão da Recorrente,

conforme demonstrado acima, entendendo pela não aplicação do artigo 14, inciso IV no caso sob análise.

Diante da análise pormenorizada de cada um dos fundamentos legais utilizados pelo AFRFB para excluir a Recorrente do Simples e assim entender que o art. 9º, XVII, e o art. 14, II e IV, não são aptos a ensejar a exclusão da Recorrente do Simples, e o inciso II, art. 9º, não é suficiente para caracterizar a exclusão da Recorrente, posto que o estouro do limite do faturamento só se dá com a soma dos faturamentos de todas as empresas do Grupo Econômico, voto pela improcedência do Ato Declaratório Executivo nº. 35, afastando a exclusão da Recorrente do Simples por ausência de fundamento legal apto a concretizar a exclusão nos moldes delineados pelo AFRFB.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Victor Humberto da Silva Maizman