



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11065.724205/2012-98
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-005.967 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de dezembro de 2021
Recorrente MILENAR CALCADOS LTDA EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2009

EXCLUSÃO DO SIMPLES. INTERPOSTA PESSOA. EFEITOS

Correta a exclusão do Simples motivada pela interposição de pessoas, que é um negócio simulado, na qual a realidade fática é modificada artificialmente, com o intuito de usufruir indevidamente os benefícios do regime simplificado de tributação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Presidente

(documento assinado digitalmente)

LIZANDRO RODRIGUES DE SOUSA – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Giovana Pereira de Paiva Leite, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Marcelo Jose Luz de Macedo, Rafael Taranto Malheiros, Fellipe Honorio Rodrigues da Costa (suplente convocado(a)), Jose Roberto Adelino da Silva (suplente convocado(a)), Heitor de Souza Lima Junior (Presidente), a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausente(s) o conselheiro(a) Lucas Esteves Borges, substituído(a) pelo(a) conselheiro(a) Jose Roberto Adelino da Silva.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra Acórdão da DRJ que manteve a exclusão do contribuinte do Simples Nacional a partir de 01/01/2009, por utilizar-se de interpostas pessoas em sua constituição. Peço vênia para reproduzir o relatório da decisão recorrida (e-fls. 4087 e ss):

Trata o presente processo de manifestação de inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo SEORT/DRFNHO n.º 08, de 18 de julho de 2013, fl.4044, que excluiu a empresa em epígrafe do SIMPLES NACIONAL com base no art.29, inciso IV, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006.

2. A ciência do ato de exclusão se deu em 26/07/2013, fl.4047/4048.

3. A empresa foi excluída do SIMPLES NACIONAL a partir de 01/01/2009 por utilizar-se de interpostas pessoas em sua constituição.

4. Assim retrata a Representação Fiscal que deu origem à exclusão, fls.02/21:

A empresa MILENAR CALÇADOS LTDA EPP enquadra-se na situação prevista na LC 123, Art. 29, IV, uma vez que, juntamente com a empresa CEZAR CLEUMAR FERREIRA BOFF CALÇADOS, CNPJ n.º 05.221.837/000184, utilizaram-se de meios irregulares e simulados, com o objetivo exclusivo de não recolherem os tributos da forma e montantes previstos e determinados em Lei.

As empresas atuam na mesma atividade empresarial, ou seja, a contratada KELLY BOFF (que passou a denominação MILENAR) atua na atividade fim da sua contratante, CEZAR CLEUMAR. Outro ponto que corrobora esta consideração, foi à visita ao domicílio fiscal, onde podemos constatar que a empresa KELLY BOFF (que passou a denominação MILENAR) executa todas as etapas da industrialização e fabricação de calçados, entregando a CEZAR CLEUMAR o produto pronto e embalado.

CEZAR CLEUMAR e KELLY BOFF são compostas e comandadas exclusivamente por pessoas ligadas por laços familiares:

a) Cezar Cleumar Ferreira Boff – Pai.

b) Kelly Boff – Filha.

A partir da abertura da empresa KELLY BOFF (que passou a denominação MILENAR) houve uma gradativa diminuição dos colaboradores da FISCALIZADA, com conseqüente aumento destes na TERCEIRIZADA. O que aconteceu efetivamente foi à transferência da mão-de-obra da CEZAR CLEUMAR (IRPJ – LUCRO PRESUMIDO) para a KELLY (IRPJ – SIMPLES), conforme está nitidamente verificado na PLANILHA de fls.06/08.

Análise do quadro de fl.09, podemos identificar, que os custos com pessoal da empresa KELLY BOFF (que passou a denominação MILENAR) em relação a sua receita bruta, representaram 74,32% em 2009 e 111,55% em 2010, significando portanto, que sua razão de existir no mundo econômico é uma mera fantasia.

O que fica demonstrado através dos números encontrados, é a pura e simples separação da mão-de-obra e da receita. A KELLY BOFF (que passou a denominação MILENAR) assume toda a folha de pessoal (IRPJ SIMPLES) enquanto a CEZAR CLEUMAR (LUCRO PRESUMIDO) assume todas as receitas provenientes do empreendimento e se beneficia do creditamento do PIS/Pasep e COFINS relativo a estes serviços.

KELLY BOFF (que passou a denominação MILENAR), conforme escrituração contábil e notas fiscais de prestação de serviço, tem total dependência econômica e financeira da CEZAR CLEUMAR, pois opera de forma cativa e exclusiva, necessitando de repasses contínuos e constantes, sendo que, na sua falta, não teria nem como honrar os compromissos com seus empregados, possuindo um capital registrado de apenas R\$ 3.000,00 (três mil reais).

As Notas Fiscais são emitidas de forma seqüencial, indicando a exclusividade na prestação dos serviços, conforme quadro de fls.10/11.

Quanto ao Pagamento de Despesas, analisando a escrituração contábil da empresa KELLY BOFF (que passou a denominação MILENAR), anos de 2009 e 2010, verificamos a inexistência de despesas inerentes a sua atividade empresarial, como:

- Energia elétrica;
- Aluguel do estabelecimento;
- Água/esgoto;
- Telefone;
- Manutenção de máquinas e equipamentos;
- Manutenção de veículos;
- Combustíveis;
- Manutenção de instalações;
- Despesas com resíduos;
- Manutenção e conservação de prédios;
- Engenharia de segurança;
- Segurança e medicina do trabalho;
- Higiene e limpeza;
- Impostos e taxas

Comparando os DREs 2009 e 2010 das empresas CEZAR CLEUMAR e KELLY BOFF (que passou a denominação MILENAR), fls.12/13, verificamos que todas estas despesas são suportadas pela CEZAR CLEUMAR.

5. Cita como exemplo o pagamento da energia elétrica das duas empresas efetuado pela CEZAR CLEUMAR. E continua a Representação Fiscal:

As únicas despesas relevantes encontradas, foram aquelas incorridas com a FOLHA DE PAGAMENTO DE PESSOAL como demonstrado no quadro de fl.12 A CEZAR CLEUMAR terceiriza toda a sua produção, não tem empregados e possui um consumo de energia elétrica de R\$ 7.979,99, enquanto a KELLY BOFF (que passou a denominação MILENAR), ao contrário, industrializa, tem os empregados e possui um consumo de energia de apenas R\$2.180,64. Isto demonstra que na tentativa de criar uma situação diversa da real, acabam criando confusão e cometendo erros grosseiros nos detalhes.

A empresa CEZAR CLEUMAR paga e escritura como seus, gastos com alimentação, utilizando o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT).

Nada mais natural e correto o fornecimento de alimentação aos seus empregados, desde que os tivesse. Conforme folha de pagamento e GFIP a empresa tem nos seus quadros apenas o empresário (firma individual). O que se depreende disto, é que estas despesas se referem aos gastos de alimentação com os empregados da empresa KELLY BOFF (que passou a denominação MILENAR) .

Em relação à empresa KELLY BOFF o contrato de locação do estabelecimento não foi apresentado, nem tampouco existem lançamentos na sua contabilidade de despesas incorridas com esse objetivo.

Foi solicitado à empresa CEZAR CLEUMAR, além de outros documentos, o contrato de prestação de serviços com a empresa KELLY BOFF (que passou a denominação MILENAR). Em resposta nos foi informado que tal documento não existia e que os serviços eram contratados verbalmente.

As empresas, CEZAR CLEUMAR e KELLY BOFF (que passou a denominação MILENAR), apesar de apresentarem domicílio fiscal diverso nos seus documentos, operam de fato, em instalações dentro de um único parque fabril.

CEZAR CLEUMAR e KELLY BOFF (que passou a denominação MILENAR) , têm suas escriturações contábil e fiscal executadas pelo mesmo contador, o Sr. Lori Sita Fagundes, CPF nº 151.586.91053, CRC/RS nº 25.876.

Reunindo os fatos acima, é flagrante a inexistência de separação entre as empresas: KELLY BOFF (que passou a denominação MILENAR) e CEZAR CLEUMAR FERREIRA BOFF CALÇADOS, como unidade econômica e empresarial, ficando evidente a existência de uma como mero órgão da outra.

Não se pode fracionar, conforme a conveniência, as obrigações tributárias decorrentes de fatos geradores praticados no mesmo lugar, através da mera constituição formal de outra pessoa jurídica.

O artigo 126, inciso III, do CTN, ao tratar de capacidade tributária, dispõe que: "a capacidade tributária passiva independe de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que constitua uma unidade econômica ou profissional".

Por todo o exposto, fica evidente, que ocorreu apenas uma “contratação simulada” pela empresa CEZAR CLEUMAR FERREIRA BOFF CALÇADOS, de serviços de industrialização por encomenda da empresa terceirizada KELLY BOFF (que passou a denominação MILENAR), em lugar dos seus próprios funcionários. Desta forma, a CEZAR CLEUMAR vem obtendo o benefício do ingresso de sua mão-de-obra no sistema de tributação SIMPLES, reduzindo, por conseguinte, sua carga tributária previdenciária.

O fracionamento das atividades empresariais, materializado por meio da constituição da empresa “Interposta”, KELLY BOFF CALÇADOS ME, constitui infração à LC 123, hipótese de exclusão do SIMPLES NACIONAL conforme inciso IV, do artigo 29, da mesma Lei.

Assim, em decorrência da empresa enquadrar-se em situação de exclusão ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de pequeno porte – SIMPLES NACIONAL prevista na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em seu artigo 29, inciso IV, formalizamos a presente representação para que seja determinada a sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, com efeito, a partir de 01/01/2009, nos termos do parágrafo 1º e/ou 2º, do artigo 29 da Lei Complementar 123, de 14/12/2006.

6. Inconformada, a empresa apresentou manifestação de inconformidade em 19/08/2013, fls.4049/4082, alegando o seguinte:

A manifestante é empresa do setor calçadista, constituída em 03/2004.

A empresa trabalha principalmente com a industrialização por encomenda, ou seja, terceiras empresas enviam seus produtos para que ela realize parte do processo produtivo.

A manifestante sempre possuiu sócios que nunca participaram de outras empresas, bem como possui empregados registrados e receitas auferidas em decorrência de sua atividade, fato comprovado e não negado pela fiscalização.

Faturamentos de empresas e número de funcionários nunca foram prova para alegada constituição por interposta pessoa.

A constituição de empresa por interposta pessoa ocorre quando uma empresa possui como sócios pessoas diversas das que efetivamente lá constam.

Como imputar à manifestante a constituição por interposta pessoa quando os fatos narrados se deram muito tempo depois da constituição da manifestante?

Impossível imputar constituição por interposta pessoa para apenas dois anos, mais de dez anos da constituição da pessoa jurídica.

A referida situação foi objeto de impugnação administrativa no processo 11065.722462/201295 (doc. 01).

Como podemos observar, ainda não há decisão, primeira ou derradeira, sobre o mérito da questão, motivo pelo qual a manifestante não poderia ter sido excluída do SIMPLES.

Ademais, o art. 151, III do CTN é claro ao dispor que a apresentação de recurso administrativo suspende a exigibilidade do crédito tributário.

Ato de exclusão emitido por autoridade incompetente.

Despacho decisório emitido por autoridade incompetente.

Ocorre que a empresa foi duplamente intimada, uma em relação ao Ato Declaratório Executivo SEORT/DRFNHO n.º 08, de 18 de julho de 2013, e outra em relação ao despacho decisório 0697/2013. A multiplicidade de intimações e determinações de defesa também equivale a uma violação ao direito de ampla defesa e contraditório.

Falta de provas e fundamentação violação à ampla defesa e contraditório. Entretanto, o presente lançamento não indica as circunstâncias em que foi praticada a infração e em que extensão, não disponibilizou ou informou quais documentos foram utilizados para suportar seu entendimento, bem como não demonstrou a forma de cálculo dos valores e penalidades aplicadas.

Esta omissão imputa vício formal ao presente documento fiscal, já que não consta de seu corpo, de forma expressa e comprovada, as provas dos motivos que ensejaram a exclusão do SIMPLES da empresa.

Inexistência de MPF para o caso em concreto. Da ilegitimidade passiva. Diferentemente do que entendeu a autoridade administrativa, a manifestante não é a parte legítima para figurar no polo passivo deste lançamento. A parte que deveria ter sido lançada seria a empresa Cezar Cleumar Calçados Ltda.

Tanto as operações realizadas foram regulares, formal e materialmente, que não houve qualquer lançamento por subfaturamento ou inexistência dos negócios realizados.

Ademais, não há qualquer alegação de que a manifestante tenha auferido renda suficiente para excluí-la do SIMPLES.

É o relatório.

A DRJ indeferiu a manifestação de inconformidade apresentada, através do Acórdão n. 0129.059 da 2ª Turma da DRJ/BEL (e-fls.) por entender que à empresa MILENAR está corretamente direcionado o ato de exclusão do SIMPLES NACIONAL, posto que a mesma era a pessoa interposta, atuando no interesse do verdadeiro titular do empreendimento de industrial no ramo de calçados, seja este a empresa CEZAR CLEUMAR.

Cientificado em 29/03/2019 (e-fl. 197), o contribuinte apresentou Recurso voluntário em 28/04/2019 (e-fl. 199), em que repete os argumentos da manifestação de Inconformidade, requerendo ao final:

- a) A extinguir de plano o presente processo, já que:
 - a.1) Quando realizado o despacho, a suposta situação que ensejaria a exclusão do SIMPLES estava, e continua, com sua exigibilidade suspensa, já que objeto de recurso administrativo;
 - a.2) os atos de exclusão do SIMPLES se deram por autoridade incompetente;
 - a.3) Comprovada a violação à ampla defesa e contraditório, já que há falta de fundamentação e provas do alegado nos autos;
 - a.4) não há MPF que suporte o ato administrativo realizado;
 - a.5) Há ilegitimidade passiva frente à recorrente;
 - a.6) Não ocorreu a subsunção do fato à norma aplicada (constituição por interposta pessoa);
 - a.7) O fato aposto no ADE é diferente da base legal informada (simulação x constituição por interposta pessoa);
 - a.8) Inexiste base legal para suportar a desconsideração do negócio jurídico realizado pela recorrente;
 - a.9) há duplicidade de decisões administrativas, o que impede a recorrente de se defender plenamente;

- a.10) Alternativamente, em entendendo não possa ser extinto o feito, requer a suspensão do processo, até o julgamento do mérito dos processos principais que ensejaram a presente exclusão;
- b) No mérito, em ultrapassadas as preliminares, requer o cancelamento do ADE, pois a situação posta não corresponde à realidade, não havendo qualquer irregularidade nos procedimentos da recorrente.

Voto

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, Relator.

O recurso é tempestivo. \Cumpridos os demais requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Inicialmente afasta-se qualquer nulidade formal no procedimento de exclusão. Isto porque o ADE em questão (e-fls.) foi prolatado por servidor competente, contém os elementos prescritos no arts 9º e 10 do Decreto 70235/72 e ao Recorrente foi dado a oportunidade de defesa que a lei prevê (art. 15 e ss do Decreto 70235/72).

Afasta-se também a necessidade que o processo administrativo 11065.722462/201295, que traria o lançamento decorrente da exclusão do Simples Nacional, seja julgado previamente a este, que julga a própria exclusão ao Simples Nacional. Como a exclusão não se deu por omissão ou excesso de receitas, mas por interposição de pessoas (art. 26, IV da LC 123/2006), o que pode demandar o lançamento (no processo administrativo 11065.722462/201295) de receitas na nova sistemática, que não a do Simples Nacional, o julgamento estes autos influenciará no destino do processo citado (no processo administrativo 11065.722462/201295), e não o contrário.

A exclusão do sistema simplificado está amparada no artigo 29, IV, da Lei Complementar n.123/06, que prescreve que a exclusão de ofício da empresa optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas. Assim dispôs a Representação para Exclusão (e-fls. 02 e ss):

Em face de tudo o que foi relatado, entendemos que o fracionamento das atividades empresariais, materializado por meio da constituição da empresa “Interposta”, KELLY BOFF CALÇADOS ME, constitui infração à LC 123, hipótese de exclusão do SIMPLES NACIONAL conforme inciso IV, do artigo 29, da mesma Lei.

A interposição de pessoas dá-se quando alguém, a quem não pertencem os interesses em causa, pratica um ato jurídico em vez do titular desses interesses. E foi o que se comprovou nos autos deste processo, em que se discute a exclusão da recorrente do Simples Nacional. A empresa Recorrente (MILENAR) é a interposta pessoa que pratica o ato jurídico

laboral com os funcionários registrados em seu nome, no lugar da empresa CEZAR CLEUMAR, a verdadeira detentora do interesse de produzir e comercializar calçados.

Concorre a esta conclusão constatações como, por exemplo:

- Comparando os DREs 2009 e 2010 das empresas CEZAR CLEUMAR e KELLY BOFF (que passou a denominação MILENAR), fls.12/13, verifica-se que todas estas despesas são suportadas pela CEZAR CLEUMAR;
- A empresa CEZAR CLEUMAR paga e escritura como seus, gastos com alimentação, utilizando o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), mesmo declarando que nos anos em questão (2009 e 2010) não tinha funcionários;
- A CEZAR CLEUMAR terceiriza toda a sua produção, não tem empregados e possui um consumo de energia elétrica de R\$ 7.979,99, enquanto a KELLY BOFF (que passou a denominação MILENAR), ao contrário, industrializa, tem os empregados e possui um consumo de energia de apenas R\$2.180,64;
- Os custos com pessoal da empresa KELLY BOFF (que passou a denominação MILENAR) em relação a sua receita bruta, representaram 74,32% em 2009 e 111,55% em 2010;
- A Recorrente (MILENAR), nos anos de 2009 e 2010, não declarou despesas que seriam inerentes a sua atividade empresarial, como: Energia elétrica; Aluguel do estabelecimento; Água/esgoto; Telefone; Manutenção de máquinas e equipamentos; Manutenção de veículos; Combustíveis; Manutenção de instalações; Despesas com resíduos; Manutenção e conservação de prédios; Engenharia de segurança; Segurança e medicina do trabalho; Higiene e limpeza; Impostos e taxas.
- Não foi apresentado contrato de prestação de serviços entre as empresas.

Constato que a Recorrente repete os argumentos que levou à primeira instância. Por aderir aos fundamentos que os rebatem, constantes no acórdão de primeira instância (e-fls.), e conforme autorizado pelo § 3º do art. 57 do Regimento Interno do CARF, reproduzo a seguir o voto vencedor daquele acórdão:

8. Trata o processo de exclusão da empresa em epígrafe do SIMPLES NACIONAL a partir de 01/01/2009, determinada pelo Ato Declaratório Executivo SEORT/DRFNHO n.º 08, de 18 de julho de 2013, fl.4044.

DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE

9. Não prosperam as nulidades argüidas pelo contribuinte, eis que a exclusão do SIMPLES NACIONAL preenche todos os requisitos formais e materiais estabelecidos pela legislação, constando da Representação Fiscal, fls.02/21, a descrição clara e precisa dos fatos que deram origem à exclusão, bem como a fundamentação fática e legal que orientou tal procedimento.

10. Observe-se, também, que o Decreto n.º 70.235/1972, em seu artigo 59 dispõe sobre os casos de nulidade:

Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

11. Vê-se que as questões apresentadas pela impugnante não se enquadram em nenhum dos itens do artigo acima transcrito. Não há a incompetência de que trata o inciso I e não ocorreu a hipótese de preterição do direito de defesa contida no inciso II. Portanto, Ato Declaratório Executivo SEORT/DRFNHO nº 08, de 18 de julho de 2013, fl.4044, não está eivado de qualquer nulidade.

DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

12. Um primeiro ponto importante para o entendimento do processo é quanto a competência para o julgamento da exclusão em pauta.

13. Vejamos o que enuncia a Lei Complementar N.123/2006, a respeito:

Seção XII

Do Processo Administrativo Fiscal

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

14. Sobre o tema, assim dispõe a Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional, nº 94, de 29 de novembro de 2011:

Art.109 O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federado que efetuar o lançamento do crédito tributário, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente. (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 39, caput)

15. Neste sentido, esclarecemos que a manifestação de inconformidade quanto à exclusão do SIMPLES NACIONAL imposta à contribuinte, será julgada no presente acórdão.

DO MOTIVO DA EXCLUSÃO

16. A exclusão está fundamentada no seguinte dispositivo da Lei Complementar N.123/06:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

[...]

IV a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

17. No presente caso, conforme demonstraremos a seguir e pelo rol de provas claramente apresentadas pela fiscalização, não guardamos a menor dúvida de que ocorreu a interposição de pessoas na figura da empresa MILENAR CALÇADOS LTDA – EPP, utilizada como forma de redução de carga tributária da empresa CEZAR CLEUMAR FERREIRA BOFF CALÇADOS, CNPJ nº 05.221.837/000184, doravante designada neste voto como CEZAR CLEUMAR.

18. Nas palavras do Prof. Doutor José Bezeza dos Santos, “*a interposição de pessoas consiste, assim, em alguém, a quem não pertencem os interesses em causa, praticar um ato jurídico em vez do titular desses interesses*”.

19. No presente caso foi exatamente o que ocorreu, a empresa ora excluída, MILENAR CALCADOS LTDA – EPP, antes chamada KELLY BOFF CALÇADOS LTDA, e doravante designada apenas por MILENAR, foi utilizada para abrigar apenas formalmente os funcionários da empresa CEZAR CLEUMAR.

20. Tal medida foi adotada como forma de redução da carga tributária da contribuição previdenciária patronal, tendo em vista que a empresa MILENAR, sendo optante do SIMPLES NACIONAL, não sofria esta tributação sobre a folha salarial.

21. Desta forma, os funcionários continuavam trabalhando no mesmo lugar, atendendo aos interesses da empresa CEZAR CLEUMAR, realizando todas as etapas de fabricação de seus calçados, utilizando os equipamentos da empresa CEZAR CLEUMAR, porém, em nome de uma outra empresa, a MILENAR, a qual estava em nome da filha do Sr. Cezar Cleumar.

22. É nítido que no presente caso a empresa MILENAR é a interposta pessoa que pratica o ato jurídico laboral com os funcionários registrados em seu nome, no lugar da empresa CEZAR CLEUMAR, a verdadeira detentora do interesse de produzir e comercializar calçados.

23. Alega a empresa excluída que “*trabalha principalmente com a industrialização por encomenda, ou seja, terceiras empresas enviam seus produtos para que ela realize parte do processo produtivo*”.

24. Vemos nesta alegação uma tentativa de comparar a simulação criada com uma prática que seria normal entre empresas que participam do processo produtivo de outras, o que de fato, no presente caso, está distante da realidade.

25. A empresa MILENAR não atua para outras *terceiras empresas*, pois suas notas fiscais são exclusivas para a empresa CEZAR CLEUMAR, atuando em seu parque fabril, sem sequer existir um contrato de locação por escrito para uso do mesmo.

26. Não estamos diante do caso de uma empresa que é contratada para a realização de uma tarefa, ou mesmo industrialização de parte de um produto, que depois de pronto, parte para outra tarefa com outra empresa contratante. No presente caso, a empresa excluída realiza um trabalho de caráter CONTÍNUO nas dependências da empresa CEZAR CLEUMAR.

27. Ressalte-se que a exclusão que ora abordamos não foi motivada unicamente em razão de a empresa MILENAR atuar exclusivamente para a empresa CEZAR CLEUMAR, mas pelo conjunto de indícios que se apresentam claramente no processo, os quais estão sendo debatidos neste voto.

28. Vejamos a seguinte alegação: *A manifestante sempre possuiu sócios que nunca participaram de outras empresas, bem como possui empregados registrados e receitas auferidas em decorrência de sua atividade, fato comprovado e não negado pela fiscalização.*

29. Conforme já abordamos acima, a interposição de pessoa no presente caso é da própria empresa em relação a empresa CEZAR CLEUMAR, a real detentora do interesse de produção industrial de calçados. Ou seja, a exclusão não se deu em razão da constituição societária da empresa MILENAR, ora excluída, mas em razão de a própria empresa ser utilizada para operar no interesse da empresa CEZAR CLEUMAR.

30. Neste item também é possível esclarecer que a exclusão ora em curso, não se deu exclusivamente em razão de a sócia da empresa MILENAR ser filha do PROPRIETÁRIO da empresa CEZAR CLEUMAR. Tal fato não é vedado em nossa legislação, e não pode ser tomado de maneira isolada para configurar a existência de interposta pessoa. No entanto, representa mais um fato no somatório de indícios trazidos à lume pela fiscalização.

31. Quanto à existência de empregados e receitas na empresa excluída, apesar de o contribuinte tentar utilizar tal fato a seu favor, este opera exatamente no sentido da correta exclusão proposta pela administração, pois foi a identificação destes empregados atuando exclusivamente no interesse de produção de calçados para a empresa CEZAR CLEUMAR, e a comparação desproporcional entre o que fatura a empresa MILENAR e o que depende com seus funcionários, os maiores indícios da existência de interposição de pessoas.

32. Concordamos com a fiscalização, que qualificou a razão de existir da empresa KELLY BOFF (que passou a denominação MILENAR) no mundo econômico como mera fantasia, posto que seus custos com pessoal em relação a sua receita bruta, representaram 74,32% em 2009 e 111,55% em 2010.

33. Seria uma empresa irreal sem custos com Energia elétrica, Aluguel do estabelecimento, Água/esgoto, Telefone, Manutenção de máquinas e equipamentos, Manutenção de veículos, Combustíveis, Manutenção de instalações, Despesas com resíduos, Manutenção e conservação de prédios, Engenharia de segurança, Segurança e medicina do trabalho, Higiene e limpeza.

34. Uma mera simulação que pode ser comprovada quando se verifica nas Demonstrações de Resultado de Exercício dos anos-calendário 2009 e 2010 que todas estas despesas são suportadas pela CEZAR CLEUMAR, fls.12/13.

35. Vejamos a seguinte alegação:

Impossível imputar constituição por interposta pessoa para apenas dois anos, mais de dez anos da constituição da pessoa jurídica.

36. Equivoca-se o contribuinte no entendimento do que dispõe a legislação sobre o assunto, pois a exclusão determinada pelo inciso IV do Art. 29, da Lei Complementar N.123/06, não delimita a exclusão do SIMPLES NACIONAL como sendo somente a constituição inicial da empresa.

37. A exclusão é determinada pela ocorrência da situação de interposição de pessoa, a qual pode se dar anos depois de sua abertura, de sua inscrição no CNPJ. Se assim não fosse, seria muito simples a qualquer empresa somente comprar uma empresa já existente e simplesmente utilizá-la como interposta pessoa em um negócio sem sofrer a imposição legal da exclusão do SIMPLES.

38. No presente caso, a fiscalização identificou a situação de interposição de pessoa a partir do ano-calendário 2009, e apresentou os indícios que estão sendo agora debatidos, e demonstram sem qualquer margem a dúvidas a existência de interposição da pessoa jurídica MILENAR na empresa CEZAR CLEUMAR.

39. Vejamos a seguinte alegação:

Tanto as operações realizadas foram regulares, formal e materialmente, que não houve qualquer lançamento por subfaturamento ou inexistência dos negócios realizados.

40. É importante frisar que a penalidade de exclusão do SIMPLES NACIONAL, aplicada na empresa MILENAR, independe da ocorrência de lançamento por subfaturamento.

41. Quanto à inexistência de negócios, está amplamente demonstrado pela fiscalização que a empresa MILENAR servia apenas de abrigo formal aos funcionários que efetivamente trabalhavam para a empresa CEZAR CLEOMAR, evitando-se assim o pagamento da contribuição previdenciária patronal. Tal simulação sim, acarretou a exclusão, pois a empresa MILENAR, neste entendimento atuou como uma mera pessoa interposta agindo no interesse do verdadeiro dono do negócio, a empresa CEZAR CLEOMAR, a qual não era optante do SIMPLES NACIONAL.

42. No mesmo sentido, cabe ressaltar que a exclusão não se deu em razão de ultrapassagem do limite legal de Receita Bruta para permanência no SIMPLES NACIONAL.

DO PROCESSO N.11065.722462/201295

43. A existência da impugnação impetrada no PROCESSO N.11065.722462/201295, não é de forma alguma impeditivo para a continuação do presente processo de exclusão do SIMPLES NACIONAL.

44. Ainda que o PROCESSO ADMINISTRATIVO N.11065.722462/201295, não tivesse o seu julgamento em instância administrativa concluído, tal fato não impediria o processo de exclusão do SIMPLES NACIONAL, ora tratado.

45. Pelo contrário, é exatamente a exclusão que ora abordamos no presente processo, que vai fortalecer a decisão no citado PROCESSO ADMINISTRATIVO N.11065.722462/201295.

46. Cabe, no entanto, informar que o PROCESSO ADMINISTRATIVO N.11065.722462/201295, já foi julgado em 02 de outubro de 2013, no Acórdão 0946.952, da 5ª Turma da Delegacia de Julgamento de Juiz de Fora, em decisão desfavorável ao contribuinte, que corrobora com o entendimento de que de fato ocorreu a interposição de pessoa que no presente processo é a causa da exclusão da empresa MILENAR do SIMPLES NACIONAL.

DA COMPETÊNCIA PARA ASSINAR O ATO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

47. Alega o contribuinte a incompetência para emitir o ato de exclusão.

48. Cabe esclarecer porém, que o próprio Ato Declaratório Executivo SEORT/DRFNHO nº 08, de 18 de julho de 2013, fl.4044, aponta a legislação que ampara a competência para emissão do mesmo pelo Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil Luiz Fernando Loureiro de Moura, sendo esta a Portaria DRF/NHO nº 46, de 19 de julho de 2012, publicada no DOU de 23 de julho de 2012.

DO DESPACHO DECISÓRIO

49. Quanto ao Despacho Decisório, fls.4040/4043, de N.0697/2013, entendemos ser o mesmo, parte da instrução probatória que confirma a convicção que ora compartilhamos da existência de interposição de pessoa na figura da empresa MILENAR, ora excluída.

50. Conforme já foi elucidado em item anterior, a competência para julgar a exclusão do SIMPLES NACIONAL, pertence à esta Delegacia de Julgamento, e é o que se faz no presente acórdão, ao qual se reporta à Manifestação de Inconformidade apresentada pelo contribuinte às fls.4049/4082, prevalecendo assim o pleno respeito ao contraditório e a ampla defesa.

FALTA DE MPF NA EXCLUSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA

51. Em síntese, a impugnante suscita a nulidade do ADE, por falta de dispositivo legal, falta de MPF.

52. A respeito da necessidade de expedição de Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), a interessada equivocou-se quanto à legislação que dispõe sobre o planejamento das atividades fiscais e estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela

Secretaria da Receita Federal do Brasil. Nos termos dos artigos 2º e 3º da Portaria RFB nº 4.066, de 2 de maio de 2007, abaixo transcritos, o MPF é exigido para a abertura de procedimento fiscal, que redundem em lavratura de auto de infração ou apreensão de documentos, materiais, livros e assemelhados. Não se aplica, portanto, ao ato de exclusão do Simples.

Dos Procedimentos Fiscais

Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos a tributos e contribuições administrados pela RFB serão executados, em nome desta, pelos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (AFRFB) e instaurados mediante Mandado de Procedimento Fiscal (MPF).

Parágrafo único. Para o procedimento de fiscalização será emitido Mandado de Procedimento Fiscal Fiscalização (MPFF), no caso de diligência, Mandado de Procedimento Fiscal Diligência (MPFD).

Art. 3º Para os fins desta Portaria, entende-se por procedimento fiscal:

I de fiscalização, as ações que objetivam a verificação do cumprimento das obrigações tributárias, por parte do sujeito passivo, relativas aos tributos e contribuições administrados pela RFB, bem assim da correta aplicação da legislação do comércio exterior, podendo resultar em constituição de crédito tributário ou apreensão de mercadorias;

II de diligência, as ações destinadas a coletar informações ou outros elementos de interesse da administração tributária, inclusive para atender exigência de instrução processual.

Parágrafo único. O procedimento fiscal poderá implicar a lavratura de auto de infração ou a apreensão de documentos, materiais, livros e assemelhados, inclusive em meio digital.

DA LEGITIMIDADE PASSIVA

53. Conforme já abordamos em itens anteriores, à empresa MILENAR está corretamente direcionado o ato de exclusão do SIMPLES NACIONAL, posto que a mesma era a pessoa interposta, atuando no interesse do verdadeiro titular do empreendimento de industrial no ramo de calçados, seja este a empresa CEZAR CLEUMAR.

54. Nem poderia ser a empresa CEZAR CLEUMAR a excluída, pois a mesma não era optante do SIMPLES NACIONAL.

Pelo exposto, voto por afastar as alegações de nulidade e negar provimento ao recurso voluntário.

(Assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa

Fl. 14 do Acórdão n.º 1301-005.967 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 11065.724205/2012-98