



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

Processo n° 11065.725073/2014-83
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1001-000.699 – Turma Extraordinária / 1ª Turma
Sessão de 07 de agosto de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL
Recorrente JJ WILBERT & CIA LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010

ATO DE EXCLUSÃO. NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade do Ato de Exclusão exarado pelo órgão de competência originária quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. SUSPENSÃO.

O ato declaratório de exclusão do Simples Nacional objeto de manifestação de inconformidade apenas se tornará efetivo após a decisão definitiva desfavorável ao contribuinte.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. UTILIZAÇÃO DE INTERPOSTAS PESSOAS NA CONSTITUIÇÃO E FUNCIONAMENTO DE PESSOA JURÍDICA.

É cabível a exclusão do regime simplificado quando ficar comprovada a utilização de interpostas pessoas na constituição de pessoa jurídica, de modo a encobrir quem são os verdadeiros sócios administradores.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Edgar Bragança Bazhuni - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Lizandro Rodrigues de Sousa (presidente), Edgar Bragança Bazhuni, Eduardo Morgado Rodrigues e Jose Roberto Adelino da Silva.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente em face de decisão proferida pela 4ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento em Fortaleza (CE), mediante o Acórdão nº 08-37.118, de 29/09/2016 (e-fls. 688/695), objetivando a reforma do referido julgado.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento em primeira instância, a seguir transcrito: (grifos constam do original)

A empresa acima identificada foi excluída de ofício do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) por meio do **ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO (ADE) SEORT/DRF – NHO, nº 009, de 11/02/2015**, fls. 268, com efeitos a partir de 01/01/2010.

A exclusão teve origem na Representação Fiscal para Exclusão do Simples de 26/12/2014 (fls. 2/13), e foi motivada pela **utilização de interpostas pessoas na constituição da pessoa jurídica**, situação prevista no inciso IV do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006, *verbis*:

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

(...)

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

A fiscalização que resultou na exclusão teve origem no Mandado de Procedimento Fiscal nº 1010700.2014.00791 o qual cuidou da auditoria das contribuições previdenciárias envolvendo o contribuinte ora excluído, além da pessoa jurídica CARMINA CALÇADOS LTDA, CNPJ 04.713.609/0001-69.

O Relatório fiscal de fls. 264/267, que embasou a exclusão, propôs a expedição do ADE tomando por fundamento as seguintes constatações:

- As empresas Wilbert e Carmina são tributadas por regimes diferentes: A primeira obedece ao Simples Nacional, enquanto a Carmina é tributada pelo lucro presumido.
- O tratamento tributário diferenciado ao qual é submetida a Wilbert estaria sendo utilizado com o propósito de evadir as contribuições efetivamente devidas pela empresa tributada pelo lucro presumido.

- Os sócios administradores das empresas referidas mantém entre si relação de parentesco (irmãs) ou conjugal, de modo a configurar claramente o interesse das famílias em ambas as empresas.
- Ambas as empresas operaram (no período fiscalizado), na mesma localização, com alguns cuidados formais para simular independência física. Apesar de apresentarem endereços diferentes, as edificações onde operam estão na mesma quadra.
- As empresas referidas têm a mesma atividade empresarial.
- Em que pese terem a mesma atividade, o número de funcionários de cada empresa, bem como o comprometimento da Receita Bruta com as Despesas de Pessoal dá forte indício de que a mão de obra alocada na Wilbert busca o benefício do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional (notadamente em relação às Contribuições Previdenciárias), em que pese as operações serem da empresa Carmina. A relação entre o número de funcionários e o faturamento é mostrada nas tabelas abaixo:

ANO	Carmina			Wilbert		
	Receita	Custo M.O.	% MO/Receita	Receita	Custo M.O.	% MO/Receita
2010	R\$ 3.986.729,23	R\$ 77.579,71	1,95%	R\$ 769.606,98	R\$ 821.724,04	106,77%
2011	R\$ 5.351.385,98	R\$ 72.088,17	1,35%	R\$ 1.062.363,89	R\$ 1.051.886,89	99,01%

- A empresa Wilbert, de natureza industrial, para exercer suas atividades, se valia de máquinas e equipamentos de propriedade da empresa Carmina.
- Na medida em que ocorriam as despesas da Wilbert, o pagamento era feito com recursos da Carmina, notadamente aquelas com pessoal.
- Resulta do exposto, um panorama bastante claro de interposição: empresas diferentes pertencentes a familiares, operando em uma mesma localização, realizando operações empresariais da mesma natureza, nas quais uma das empresas, tributada pelo regime do Simples Nacional, tem um Quadro de Lotação desproporcional ao faturamento, a ponto de comprometer com a folha de pagamento do pessoal um valor superior à receita, enquanto a empresa tributada pelo lucro presumido opera com quadro reduzidíssimo, em que pese ser proprietária do imobilizado (máquinas e equipamentos).
- Há fortes indicativos, além de fatos concretos, todos adequadamente documentados, que a empresa "JJ Wilbert Ltda - ME", foi criada para absorver seguros da empresa "Carmina Calçados Ltda" para realizar serviços desta empresa, a qual aproveitaria, no entanto, o regime de tributação (especialmente contribuições previdenciárias) do Simples Nacional.
- O Sujeito passivo foi **cientificado do ADE** em 22/02/2015 (fl. 278), **apresentando contestação em 16/03/2015**, fls. 674/681, onde refuta a exclusão com base, em suma, dos seguintes argumentos:
- A empresa WILBERT, nos autos do Processo nº 11065.724.981/2014-50, impugnou integralmente a imputação de sujeição passiva solidária, o que acarretou a suspensão da exigibilidade da pretensão fiscal (CTN, art. 151, III), motivo pelo qual não pode surtir efeitos a exclusão enquanto não constituído

definitivamente o citado crédito tributário, o qual poderá resultar improcedente.

- Dentre os requisitos legais do ato administrativo vinculado, destaca-se a sua motivação ou causa, isto é, a efetiva comprovação da situação material que serviu de suporte para a sua prática.
- Por ocasião do ADE, o motivo que o ensejou havia sido questionado pela contribuinte, visto que a WILBERT impugnou tempestivamente os créditos tributários, sobretudo a imputação de sujeição passiva solidária.
- Na data de emissão do ADE não restava definitivamente comprovada, de forma inequívoca e incontestada, a efetiva ocorrência do motivo que o ensejou ("interposição de pessoas"), razão pela qual é passível de nulidade por motivação inválida.
- Não sendo esse o entendimento dos julgadores, requer a suspensão do presente processo de exclusão do SIMPLES até que transitado em julgado o processo administrativo que o originou (Processo nº 11065.724.981/2014-50).
- A exclusão prevista no inciso IV do art. 29 da LC 123/06 tipifica a constituição de empresa por interposta pessoa. Essa prática, vulgarmente conhecida como constituição de empresa através de sócio "laranja", pode ser qualificada no âmbito do direito civil como simulação.
- A WILBERT é constituída pelos reais proprietários, não havendo falar em "interposta pessoa", motivo pelo qual deverá ser reconhecida a insubsistência do ato declaratório de exclusão do SIMPLES.
- Inexiste vedação legal para que empresas cujos sócios possuam vínculo familiar estabeleçam relação comercial, firmem contratos, parcerias etc. Os sócios administradores da WILBERT estão diretamente ligados ao negócio, possuindo interesse pessoal no empreendimento. Assim, não existe a figura da "pessoa interposta", pelo contrário, tratam-se dos reais gestores da pessoa jurídica.
- Cada uma das empresas ocupa seu espaço sem interferência e ou ingerência de uma sobre a outra; cada empresa possui conta de energia elétrica em seu nome. As empresas existem fisicamente nos seus respectivos domicílios fiscais, o que demonstra que os endereços não são fictícios.
- A fiscalização foi omissa em pontos importantes, tais como: (i) a filial 01 da WILBERT somente foi aberta em 03/2011; e (ii) até 07/2011, a WILBERT tinha sua sede e estabelecimento industrial na Rua Ildo Meneghetti, nº 491, muito distante da sede da CARMINA.
- Todas as despesas e custos da WILBERT são por esta suportados, exclusivamente, com o devido registro em sua contabilidade. Os pagamentos/depósitos bancários realizados por sua parceira comercial, CARMINA, foram meros adiantamentos por conta da industrialização (por encomenda) que estava em andamento. Por óbvio, os valores antecipados foram deduzidos do valor total devido pelos serviços de industrialização. Portanto, ao final, quem suporta o ônus financeiro é a WILBERT e não a CARMINA.

- A CARMINA nada mais é do que uma cliente da WILBERT, mas não é a única. Os demonstrativos contábeis anexados com a defesa juntada aos autos do processo nº 11065.724.981/2014-50 (Balanço Patrimonial e DRE) comprovam que a WILBERT possui diversos clientes para os quais comercializa produção própria de calçados.
- A WILBERT adquire as matérias-primas e os insumos consumidos no processo de fabricação dos calçados que comercializa. Além disso, prova de que a WILBERT funciona como empresa independente são os registros contábeis de despesas típicas de uma empresa industrial, tais como honorários contábeis, material de consumo, energia elétrica, depreciações, seguros, fretes, despesa com pessoal, dentre outras.
- Não existe uma reclamatória trabalhista sequer ajuizada contra a WILBERT e também direcionada contra a CARMINA.

Ao concluir sua petição, o interessado reclama pela insubsistência do ADE e, sucessivamente requer a suspensão do processo até o julgamento do processo que originou a exclusão.

A DRJ considerou improcedente a manifestação de inconformidade, pois entendeu que *"restou caracterizado que a existência (formal) da empresa JJ WILBERT, contando com sócios distintos da CARMINA, tem o único objetivo de dar uma aparência de validade para a situação que, na prática, se pretendeu encobrir (simulação)"*, confirmado, assim, *"que a empresa ora excluída do Simples Nacional foi constituída por interpostas pessoas, visando o indevido benefício esperado por terceiros"*.

Ciente da decisão de primeira instância em 19/10/2016, conforme "Termo de Ciência por Abertura de Mensagem" à e-fl. 700, a recorrente apresentou recurso voluntário em 17/11/2016 (e-fls. 701/710), conforme carimbo à e-fl. 701.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Edgar Bragança Bazhuni, Relator

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que regula o processo administrativo-fiscal (PAF). Dele conheço.

No recurso interposto, a recorrente apresenta os seguintes argumentos: requer em preliminar a nulidade do ADE, pois na data de sua emissão *"não restava definitivamente comprovada, de forma inequívoca e inconteste, a efetiva ocorrência do motivo que o ensejou ("interposição de pessoas")."*

Alegou, no mérito, que no *"processo de origem (11065.724.981/2014-50) em nenhum momento foi aventada a hipótese de interposição de pessoas, pelo contrário, a discussão gira em torno das relações comerciais havidas entre as empresas WILBERT e*

CARMINA...", que *"Inexiste vedação legal para que empresas cujos sócios possuam vínculo familiar estabeleçam relação comercial, firmem contratos, parcerias etc."*

Discorre, ainda, sobre a localização das empresas; sobre a relação custo com pessoal x faturamento; sobre as máquinas e equipamentos utilizados; sobre os aportes financeiros e que *"A CARMINA nada mais é do que uma cliente da WILBERT, mas não é a única"*.

Constato, efetivamente, que se trata de uma repetição dos argumentos apresentados na manifestação de inconformidade (vide e-fls. 674/682), que foram fundamentadamente afastados em primeira instância.

Neste sentido, com base no disposto no §1º, do art. 50, da Lei nº 9.784/1999 c/c o §3º, do art. 57, do RICARF, por concordar com todos os seus termos e conclusões, adoto as razões de decidir do colegiado *a quo*, cujos excertos do voto transcrevo a seguir: (grifos constam do original)

Da nulidade do ADE

É improcedente a preliminar de nulidade do ato de exclusão argüida pelo recorrente, porquanto assim estatuem os artigos 59 e 60 do Decreto nº 70.235/1972:

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.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Do exame do dispositivo supra extrai-se que, no tocante ao ato de exclusão, só pode haver nulidade se ele for praticado por agente incompetente. Não se evidencia nos autos a ocorrência da hipótese mencionada, tendo em vista que o ato emanou de autoridade competente (Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil com delegação de competência para tanto).

Quanto ao inciso II do mesmo artigo, relativo a cerceamento de defesa, alcança apenas os despachos e decisões, quando proferidos com inobservância do contraditório e da ampla defesa. Não se evidenciou nos autos a ocorrência deste inciso, pois a fase investigativa – promovida pela fiscalização – é de cunho inquisitorial. O contraditório é inaugurado apenas com a impugnação/manifestação de inconformidade (art. 14 do PAF). Assim, não há que se falar em cerceamento de direito de defesa durante a auditoria, porque o direito de defesa só se inaugura com a ciência da exigência. E com a manifestação de inconformidade o contribuinte teve a oportunidade de apresentar todos os documentos de defesa que julgou necessário. Não há, portanto, nulidade a ser reconhecida.

No tocante aos efeitos do ato de exclusão do Simples Nacional, observa-se que, nos termos do art. 29, §3º, da Lei Complementar 123/2006, a exclusão de ofício

será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

O CGSN, no uso desta atribuição, regulamentou a exclusão do Simples Nacional por meio da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, que estabelece, em seu artigo 4º, parágrafo 3º-A, que na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo apenas quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte.

Desta forma, o ato da exclusão do Simples Nacional, quando impugnado tempestivamente, produz efeitos apenas após a decisão definitiva do litígio; ficando assegurado ao interessado as garantias ao contraditório e à ampla defesa, previstas no trâmite do Processo Administrativo Fiscal (PAF), regulado pelo Decreto nº 70.235, de 1972.

Quanto à questão da motivação do ADE, cabe apenas destacar que não há como cogitar a invalidade do ato excludente, visto que a na data da sua expedição restava configurada a situação prevista em lei, necessária à realização da exclusão, qual seja a constatação, pela autoridade fiscal, da existência de empresa constituída por interpostas pessoas.

Da constituição da empresa por interpostas pessoas

Interposta pessoa é aquela que figura em um negócio jurídico apenas para ocultar, de forma dissimulada, a participação do verdadeiro interessado no negócio.

Na formação de sociedades comerciais, hodiernamente, não é incomum encontrarmos interposição de pessoas, sempre com vistas a esconder o verdadeiro interessado no negócio. A interposta pessoa é instituída nos contratos, com ou sem o seu conhecimento, sobrevivendo o abuso negocial proposital. Ou seja, terceiras pessoas são inseridas na sociedade como pseudo sujeitos das relações jurídicas, em prol de benefícios ilícitos em favor do titular oculto, que faz o aproveitamento econômico do negócio.

O interessado alega que as empresas relacionadas possuem parques fabris distintos com entrada própria, que cada uma ocupa seu espaço sem interferência e ou ingerência de uma sobre a outra, que cada empresa possui conta de energia elétrica em seu nome, como também que as empresas possuem contabilidade, clientes e fornecedores próprios.

Já a autoridade fiscal, constata a existência de um esquema de simulação envolvendo a constituição das duas sociedades. O agente fiscal conclui que a empresa WILBERT existe apenas formalmente, visto que, na prática, mostra-se totalmente dependente da empresa CARMINA CALÇADOS.

A Representação Fiscal de fls. 3/12, anexada aos autos apresenta robustos elementos de convicção suficientemente consistentes a caracterizar que a empresa JJ WILBERT & CIA LTDA – ME, foi constituída pelos proprietários da empresa CARMINA CALÇADOS LTDA, em nome de pessoas com laços de parentesco, apenas com o intuito de sonegar tributos, no caso a contribuição previdenciária, contribuição esta que tem tratamento favorecido para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional, isto quando comparado com as empresas tributadas pelo Lucro Presumido, que é o caso da CARMINA CALÇADOS.

A matéria aqui abordada também foi analisada no bojo do processo administrativo nº 11065.724.981/2014-50, o qual cuidou dos lançamentos tributários

decorrentes da ação fiscal que apurou as irregularidades perpetradas por ambas as empresas; naqueles autos as contestações apresentadas contra as exigências ali formalizadas foram apreciadas pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Salvador (BA), resultando na expedição do Acórdão nº 39.912, exarado pela 7ª Turma de Julgamento, ocasião em que as impugnações apresentadas foram consideradas improcedentes.

A utilização de interpostas pessoas no quadro societário fica caracterizada, no momento em que a empresa constituída opera, na prática, como um estabelecimento filial da empresa CARMINA, ou seja, os verdadeiros proprietários da empresa JJ WILBERT são, na verdade, os sócios daquela. Mesmo que formalmente ambas possuam quadros societários distintos.

A situação fica evidenciada quando se analisa o grau de dependência da JJ WILBERT em relação à CARMINA CALÇADOS. Esta dependência é gritante, tanto do ponto de vista operacional, no momento em que JJ WILBERT se utiliza em sua atividade fabril das máquinas da CARMINA, além do aspecto financeiro, na medida em as despesas da JJ WILBERT são pagas com recursos diretamente repassados por CARMINA e, até mesmo no campo mercadológico, quando se observa que as notas fiscais emitidas pelas duas empresas utilizam-se do mesmo logotipo.

Já os argumentos do interessado buscam demonstrar apenas a existência formal da empresa, tais como, existência de fornecedores, contabilidade, contas de energia e acessos externos distintos (apesar da constatada interligação física entre ambas). Tais aspectos não evidenciam a alegada independência.

Além disso, o defendente apresenta uma explicação pouco convincente para a ocorrência de aportes financeiros da CARMINA para pagamento de despesas contraídas por JJ WILBERT. Registre-se que as operações bancárias realizadas para a quitação de tais despesas foram comandadas por Marciane Kramer, sócia da CARMINA que não faz parte do quadro societário da JJ WILBERT.

O administrado, de sua parte, afirma que os aportes financeiros são meros adiantamentos por serviços posteriormente prestados no processo de industrialização por encomenda. Ora, tal nível de informalidade na transferência de recursos entre companhias é incompatível com as práticas comerciais minimamente aceitáveis.

Dessa forma, resta caracterizado que a existência (formal) da empresa JJ WILBERT, contando com sócios distintos da CARMINA, tem o único objetivo de dar uma aparência de validade para a situação que, na prática, se pretendeu encobrir (simulação).

Assim, confirmado está que a empresa ora excluída do Simples Nacional foi constituída por interpostas pessoas, visando o indevido benefício esperado por terceiros.

Em vista de tudo o que foi exposto, voto no sentido de considerar improcedente a manifestação de inconformidade.

Quanto aos novos documentos juntados, em nada comprova o que a recorrente vem alegar e, por isto, não são capazes de alterar a decisão anterior.

Quanto às doutrinas citadas, a autoridade administrativa é vinculada à legalidade estrita, seja nos termos da Lei 8.112 de 1990, em seu artigo 116, III, seja pelo artigo

Processo nº 11065.725073/2014-83
Acórdão n.º **1001-000.699**

S1-C0T1
Fl. 724

41, inciso IV, do Anexo II, do atual Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015.

Por todo o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário mantendo-se a exclusão a empresa do Simples Nacional.

(assinado digitalmente)

Edgar Bragança Bazhuni