



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11065.725312/2012-33
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.741 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de agosto de 2021
Recorrente PGD INDUSTRIA DE CALCADOS LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

PRELIMINAR. PONTOS NÃO ANALISADOS PELA DRJ. OMISSÃO. ENQUADRAMENTO NO ART. 60 DO DEC. 70.235/72. ATOS SANÁVEIS. Eventuais omissões que se enquadrem na previsão do art. 60 do Dec. 70.235/72 podem ser sanadas, sem se caracterizarem como motivos para nulidade do ato.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. ART. 29, IV LC 123/06. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PARA O POLO PASSIVO. INEXISTÊNCIA DE BENEFÍCIO. IMPROCEDÊNCIA. LEGITIMIDADE CARACTERIZADA.

A legitimidade para se situar no polo passivo de exclusão do Simples Nacional, bem como em processo administrativo que discute a perda do benefício, caracteriza-se pela interposição de pessoas na constituição da empresa, nos termos da lei, independentemente se houve benefício ou não.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. INTERPOSTAS PESSOAS. CARACTERIZAÇÃO. EXCLUSÃO CONFIRMADA.

Sendo confirmada a interposição de pessoas, conforme previsto no art. 29, IV da LC 123/06, então deve a exclusão do Simples Nacional ser procedida, nos termos da lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário e, no mérito, a ele negar provimento, mantendo a exclusão da recorrente do regime do SIMPLES NACIONAL.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luciano Bernart - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogério Borges, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Evandro Correa Dias, Luciano Bernart, Iágaro Jung Martins,

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça (suplente convocado(a)), Jandir José Dalle Lucca, Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

1. Trata-se de Recurso Voluntário (fls. **290-314** e docs. anexos) interposto em face de Acórdão n.º **01-28.748**, da 2ª Turma da DRJ/BEL (fls. **275-286** e docs. anexos), proferido na sessão realizada em 12 de março de 2014, por meio do qual o referido Órgão julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade (fls. **234-255** e docs. anexos).

I. Ato Declaratório Executivo (ADE) e Manifestação de Inconformidade (MI) e DRJ

2. Por economia e celeridade processual, transcreve-se o Relatório do Acórdão da DRJ de fls. **276-284**.

Trata o presente processo de Manifestação de Inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF-NHO n.º 10, datado de 01 de outubro de 2013, decorrente da Representação Administrativa com vista a exclusão da interessada na modalidade de tributação denominada de SIMPLES NACIONAL, haja vista ter sido constituída por interpostas pessoas, com fundamento no inciso IV, do art. 29, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, com efeitos a partir de 01 de janeiro de 2009, fl 230, com ciência via postal, na data de 10/10/2013, conforme “AR”, fl n.º 232.

2. Propôs que os efeitos da exclusão do Simples Nacional dar-se-ia a partir de 01.01.2009, conforme disposto no art. 76, inciso IV, alínea “c” da Resolução CGSN n.º 94, de 29 de novembro de 2011. No art. 3º do referido ADE constou que o contribuinte fica impedido de optar pelo Simples Nacional pelos próximos 10 (dez) anos-calendário seguintes à exclusão, conforme vedação expressa no art. 29, em seu § 2º, da LC n.º 123/2006.

3. A autoridade fiscalizadora relatou, na data de 28 de dezembro de 2012, que em cumprimento ao Mandado do Procedimento Fiscal 1010700.2012.00362-0, de auditoria das contribuições previdenciárias junto ao contribuinte interessado neste processo, o seguinte, fls 02 a 23:

a) verificou que o mesmo enquadra-se na situação prevista na LC n.º 123/2006, em seu art. 29, incisos IV e V, uma vez que em razão do conjunto de elementos e fatos a seguir expostos, os mesmos apontam para a prática reiterada de infração à Legislação do SIMPLES, e utilização de interposta pessoa através da manutenção de duas empresas do ponto de vista formal, quando de fato o que existe é apenas uma empresa;

b) além da representada a empresa CALÇADOS PEGADA LTDA – CNPJ n.º 93.104.904/0001-06, foi intimada a apresentar documentos conforme Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIPF e Termo de Intimação Fiscal – TIF, ambos datados de 13/03/2012;

c) citou como elementos de convicção – quanto à constituição das empresas: que a empresa PGD constituída em 26/06/1997, optante pelo SIMPLES até 30/06/2007, dali em diante optante pelo SIMPLES NACIONAL até 30/04/2010, passando, a partir de 01/05/2010 a ser tributada pelo Lucro Presumido;

d) que por sua vez a empresa PEGADA constituída em 29/09/1989, é tributada pelo Lucro Presumido;

e) informou que a empresa PGD ainda que sua primeira denominação social tenha sido Indústria de Calçados Engelmann Ltda, posteriormente em 12/06/1997, a denominação foi alterada para Twister Calçados Ltda, que em 28/04/2010, a denominação foi alterada para PGD – Indústria de Calçados Ltda, que em 01/11/2011, ocorreu a incorporação da PGD pela PEGADA, conforme atesta o documento de “Extinção da Sociedade Empresária em decorrência de Incorporação” anexo;

f) que quanto à atividade e localização, transcreveu os dados extraídos dos contratos sociais e alterações das empresas, onde restou demonstrado (fls 2 e 3), o mesmo endereço para a Filial 1 da empresa PEGADA e a Filial 1 da empresa PGD, tal seja – Rua 25 de Julho, nº 943 – Centro – Cidade Dois Irmãos – RS, ambas com o mesmo objeto social principal que é Indústria e beneficiamento de Calçados;

g) constatou ainda, que o endereço de funcionamento da PGD (à época Twister Calçados) desde o início de suas atividades em 26/06/1997 até 21/02/2008 era na Rua Santo Antonio da Patrulha, nº 303 – município Dois Irmãos, mesmo endereço residencial de seus sócios: Geraldo Adão Engelmann e Maria Helena Scherer Engelmann, que a partir de 21/02/2008 a localização do estabelecimento passou para a Rua 25 de Julho, nº 943 – município Dois Irmãos, endereço este de atual funcionamento da filial ! da PEGADA e da filial 1 da PGD, que o endereço da matriz da PGD foi alterado novamente em 19/05/2010 para o endereço atual acima descrito;

h) quanto ao quadro societário da empresa PEGADA descreveu:

Sócio	Qualificação	Incluído	% do Capital
Valdir Henrique Engelmann	Sócio-Admin	29/09/1989	20%
Rubem Guilherme Ranft	Sócio-Admin	29/09/1989	30%
Astor Reinaldo Ranft	Sócio-Admin	26/11/1999	40%
Egídio Loreno Schacht	Sócio-Admin	26/11/1999	10%

i) Quanto ao quadro societário da empresa PGD descreveu:

Sócio	Qualificação	Incluído	Excluído	Relação dos sócios com a PEGADA	% do Cap
Geraldo Adão Engelmann	Sócio-Adm	26/06/1997	08/04/2010	Irmão de Valdir Henrique Engelmann (da PEGADA). Segurado empregado da PEGADA de 01/06/2006 a 28/06/2008.	70%
Maria Helena Scherer Engelmann	Sócio-Adm	23/11/1999	13/02/2008	Cunhada do Valdir Engelmann	30% até 13/02/2008, quando saiu da sociedade e passou seu capital para seu filho Alex Engelmann
Alex Fernando Engelmann	Sócio-Adm	13/02/2008	08/04/2010	Sobrinho de Valdir Engelmann	30% até sua saída da sociedade
Valdir Henrique Engelmann	Sócio-Adm	08/04/2010		Sócio Adm. da PEGADA	20%
Rubem Guilherme Ranft	Sócio-Adm	08/04/2010		Sócio Adm. da PEGADA	30%
Astor Reinaldo Ranft	Sócio-Adm	08/04/2010		Sócio Adm. da PEGADA	40%
Egídio Loreno Schacht	Sócio-Adm	08/04/2010		Sócio Adm. da PEGADA	10%

j) observou de acordo com os quadros acima, que os sócios administradores da empresa PGD pertencem à mesma família do sócio administrador da empresa PEGADA – Sr. Valdir Engelmann, que além disso, o sócio administrador da empresa PGD – Sr. Geraldo Engelmann, constou como segurado empregado da empresa PEGADA de 2006 a 2008;

k) que posteriormente, em 08/04/2010, antes mesmo da incorporação da empresa PGD pela empresa PEGADA, ocorreu uma alteração contratual, na qual os sócios da empresa PEGADA passaram a ser sócios da empresa PGD, demonstrando e formalizando, assim, a estreita interligação de ambas empresas e a ingerência da empresa PEGADA na empresa PGD;

l) que examinando a contabilidade da empresa PGD constatou que a receita desta advém em sua totalidade das vendas e/ou prestação de serviço exclusivamente à empresa PEGADA;

m) que a análise para o ano de 2010, foi realizada por semestre, em virtude de que o contribuinte auto desenquadrado-se do Simples Nacional, a partir da competência 05/2010, passando a ser tributado pelo lucro presumido. “Assim, a partir de 01/01/2005” no âmbito das contribuições previdenciárias, no campo das GFIPS “optante ou não optante do Simples” começou a declarar-se como não optante;

n) a seguir descreveu o faturamento da PGD, conforme quadro a seguir:

Ano	Valor do Faturamento da PGD
2009	2.273.377,72
2010 – 1º semestre	1.305.052,98
2010 – 2º semestre	10.004.952,98

o) que no que se refere ao ano de 2009 e ao 1º semestre de 2010, além dos lançamentos contábeis que compõem o faturamento demonstrar a exclusividade na prestação de serviços, a verificação “in loco” das notas fiscais emitidas demonstrou que as mesmas são

periódicas e exclusiva para a cliente empresa PEGADA, conforme quadro que ali demonstrou, fls 5 a 21;

p) que a partir destes dados pode se vilumbrar a dependência total da empresa PGD com relação à empresa PEGADA, ficando claro que toda a sua receita provém dos serviços prestados a esta, o que significa dizer que todas as despesas da PGD, inclusive as com folhas de pagamento, encargos são indiretamente custeadas por esses recursos totalmente proveniente da empresa PEGADA, que em outras palavras, embora estas despesas, do ponto de vista registral passe pela Contabilidade da empresa PGD, revestindo-as, assim, de formalidade para dar-lhes aparência de pertencerem à esta, são, de fato, suportadas pela empresa PEGADA, pois a receita que permite o custeio das mesmas é composta em sua totalidade com recursos provenientes desta;

q) que, além disso, a partir do fato demonstrado de que a PGD não possui outras fontes de receita, a conclusão que se impõe é de que o seu funcionamento está totalmente atrelado àquela, o que lhe retira qualquer autonomia na gestão dos negócios;

r) tratou da relação faturamento versus mão-de-obra, quando verificou que o faturamento da empresa PEGADA e da empresa PGD no período apurado, comparativamente com os custos de mão-de-obra contabilmente lançados, apresentou os seguintes dados:

Empresa PGD

Ano	Faturamento	Custo de MOD	% MO x Fatº	Fonte - dados
2009	2.273.377,72	1.516.953,45	67%	DRE – arquivos digitais da Contabilidade
2010-1º semestre	1.305.052,98	1.141.206,07	87%	DRE – arquivos digitais da Contabilidade

Empresa PEGADA

Ano	Faturamento	Custo mão-de-obra própria e encargos	% MO x Fatº	Fonte - dados
2009	45.480.887,23	5.828.211,99	12%	DRE – arquivos digitais da Contabilidade
2010	47.879.261,54	8.850.106,03	18%	DRE – arquivos digitais da Contabilidade

s) citou a disparidade dos percentuais acima, ao comparar-se uma empresa com a outra, que na PGD enquanto foi optante do SIMPLES os gastos com mão-de-obra representavam grande parte da Receita, chegando a representar 87% da mesma, enquanto que na outra, tributada pelo Lucro Presumido ficaram entre 12 e 18% da Receita Bruta, nos períodos analisados;

t) que ficou bastante evidente que o prosseguir dos negócios da empresa PGD, até seu desenquadramento do Sistema Simples em maio de 2010 e posterior incorporação pela própria empresa PEGADA, somente se justificava para registro de mão-de-obra pertencente à autuada com o objetivo de reduzir encargos tributários utilizando-se dos benefícios do Sistema Simples;

u) citou que partindo da análise da contabilidade da empresa PGD, verificou que a mesma não possuía máquinas e equipamentos próprios, o que vem a ser bastante incomum tratando-se de empresa cuja atividade principal é industrialização por encomenda, que corrobora esse entendimento, o fato de que, indagada sobre a ausência de maquinário próprio, a PGD apresentou diversos contratos de comodato com a empresa PEGADA, dos quais anexou cópia ao presente auto, que como se sabe, o comodato é um empréstimo de bens fungíveis a título gratuito, que sendo assim, fica claro, que o maquinário utilizado pela empresa PGD na sua produção compõe o patrimônio da empresa PEGADA;

v) que corroborando e reafirmando as constatações acima relatadas, em 01/01/2011 foi levado a registro o ato de “Distrato Social e Extinção de Sociedade Empresária em decorrência de sua incorporação”, que neste ato, a empresa incorporada foi a empresa PGD e a incorporadora foi a empresa PEGADA, assumindo esta todo o passivo e o ativo

daquela, que desta forma, a PGD passou a ser formalmente parte da empresa PEGADA, algo que, como restou demonstrado ao longo deste relatório, já ocorria de fato antes da incorporação;

x) destacou, ainda, que conforme demonstram as GFIPS da empresa PGD das competências 02/2011 a 04/2011, todos os 88 segurados empregados registrados na PGD matriz e todos os 191 empregados da Filial 1, na competência 03/2011 foram transferidos para a empresa PEGADA ou demitidos;

y) que considerando todos os fatos acima expostos, tomados em seu conjunto, concluiu que a empresa PGD até sua incorporação pela empresa PEGADA, tratava-se de uma empresa interposta, utilizada para criar uma situação jurídica com vistas à dissimulação do fato gerador de contribuições previdenciárias, através da utilização por esta do Sistema SIMPLES, reduzindo assim, a tributação a que estaria sujeita a empresa PEGADA, caso registrasse como sua a mão-de-obra registrada naquela, que dessa forma, configura-se uma simulação tendente a reduzir as contribuições previdenciárias devidas pela autuada;

z) que tais práticas configuram-se em hipótese de exclusão do SIMPLES NACIONAL, conforme preceitua a LC nº 123/2006, em seu art. 29, incisos IV e V, que sendo assim, formalizou esta Representação Fiscal para que seja determinada a sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, com efeitos a partir de 01 de janeiro de 2009, nos termos do parágrafo 1º, do art. 29 da referida Lei Complementar.

4. Para comprovar as afirmações constantes da Representação Fiscal, juntou os seguintes documentos, além de outros, tais como: resumo de folhas de pagamento, de GFIPS, arquivo digital da Contabilidade, Cadastro Nacional de Informações Sociais, etc:

-12ª Alteração e Consolidação do Contrato Social da empresa “Calçados Pegada Ltda, registrado na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul, na data de 07/04/2011, fls 24 a 26;

-Documentos relativos ao procedimento fiscal realizado na empresa PEGADA, que culminou com a lavratura de dois (2) Autos de Infração, conforme Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal – TEPF, datado de 13/12/2012, fl nº 39;

-Contrato Social da empresa “Indústria de Calçados Engelmann Ltda, fls 88 a 91;

-Primeira Alteração de Contrato Social da empresa “Twister Calçados Ltda”, fls 92 a 93;

-Segunda Alteração de Contrato Social e Consolidação da empresa “Twister Calçados Ltda”, fls 94 a 98;

-Terceira Alteração de Contrato Social e Consolidação da empresa “Twister Calçados Ltda”, fls 99 a 101;

-Quarta Alteração de Contrato Social e Consolidação da empresa “Twister Calçados Ltda”, fls 102 a 105;

-Quinta Alteração de Contrato Social e Consolidação da empresa “Twister Calçados Ltda”, fls 106 a 109;

-Protocolo e Justificativa de Incorporação da empresa PGD – INDUSTRIA DE CALÇADOS LTDA pela CALÇADOS PEGADA LTDA, fls 110 a 115;

-Distrito Social – Extinção da Sociedade Empresária Limitada em decorrência de sua Incorporação da empresa PGD – Indústria de Calçados Ltda – Matriz e Filial, fls 121 a 122;

-Contratos de Comodato, realizados entre a empresa CALÇADOS PEGADA LTDA e a empresa TWISTER CALÇADOS LTDA, fls nºs 124, 126, 128; 130, 133, 135, 137, 139, 141, 143, 145, 147, 149, 151, 153, 155, 157, 159, 161, 163, 165, 167, 169, 171, 173, 175, 177, 179, 181, 183, 185, **todos sem assinatura de testemunhas e sem reconhecimento de assinaturas em cartório;**

-NFS emitidas pela empresa TWISTER CALÇADOS LTDA emitidas para a empresa CALÇADOS PEGADA LTDA, indicando no campo de NATUREZA DA OPERAÇÃO – “**Ret,Merc,Rec,P/Indust.P/Conta e Ordem**”, fls 186 a 190;

-NFS emitidas pela empresa TWISTER CALÇADOS LTDA emitidas para a empresa CALÇADOS PEGADA LTDA, indicando no campo de NATUREZA DA OPERAÇÃO – “**Ret.Ind.P/Encomenda**”, fls 191 a 198;

-Demonstração do Resultado do Exercício, da empresa CALÇADOS PEGADA LTDA, datada de 31/12/2010 e 31/12/1999, fls 199 e 200;

-Demonstração do Resultado do Exercício Analítica, da empresa CALÇADOS PEGADA LTDA, dos períodos encerrados em 31/12/2009 e 31/12/2010, fls 201 a 213;

-Demonstração do Resultado do Exercício, da empresa TWISTER CALÇADOS LTDA, datada de 31/12/2009, fl 214;

-Demonstração do Resultado do Exercício, da empresa PGD INDÚSTRIA DE CALÇADOS LTDA, dos períodos encerrados em 30/06/2010 e 31/12/2010, fls 215 e 216;

-Demonstração do Resultado do Exercício Analítica, da empresa PGD INDÚSTRIA DE CALÇADOS LTDA, referente ao período 01/01/2009 a 31/12/2009, fl 217 e 218;

--Demonstração do Resultado do Exercício Analítica, da empresa PGD INDÚSTRIA DE CALÇADOS LTDA, referente ao período 01/01/2010 a 31/12/2010, fl 219 e 220;

5. A Delegacia de Origem através do SEORT, com base na Representação Fiscal apresentada, emitiu o Despacho Decisório n.º 0939/2013, datado de 01 de outubro de 2013, que concluiu que deveria ser emitido o ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO, fls n.ºs 226 a 229.

6. Inconformado o sujeito passivo protocolou sua manifestação de inconformidade na data de 05/11/2013, através de seu bastante procurador, conforme Instrumento de Procuração, fl 256, com as seguintes argumentações, em seu favor, em resumo, fls 234 a 255:

a) que pelo fato da fiscalização entender que a manifestante estaria simulando com outra empresa (constituída em 2003, quase um ano antes da manifestante) entendeu por bem excluí-la do SIMPLES, sob a alegação de constituição por interposta pessoa, somente para os anos de 2009 e 2010;

b) que esta situação não ocorreu, bem como impossível imputar constituição por interposta pessoa para apenas dois anos, sendo estes mais de quinze da constituição da pessoa jurídica;

c) Argumentou que o Ato Declaratório foi emitido por autoridade incompetente, e transcreveu o art. 59, do Decreto n.º 70.235/72;

d) Descreveu o anexo I da Portaria RFB 1.098, de 08 de agosto de 2013, onde consta que dentre as autoridades competentes para emissão de ADE se encontra listada como Autoridade o Delegado, fl n.º 235, que o documento ora debatido o foi por Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, é nulo, assim como o ato anterior, o despacho decisório emitido em face do manifestante também é ilegal, pois firmado por Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, e novamente transcreveu parte do anexo I, da mesma Portaria citada;

e) que houve duplicidade de autuação em face do mesmo ato – violação da ampla defesa e contraditório, que como bem pode analisar deste processo, a manifestante foi excluída do SIMPLES, em face de problemas ocorridos com terceira pessoa, que a empresa foi duplamente intimada, sendo em um momento para apresentação da impugnação e, em outro, de manifestação de inconformidade;

f) que nesse sentido o ADE 10/2013 é claro possibilitou apresentação de Manifestação de Inconformidade e o Despacho Decisório 0939/2013 possibilitou a apresentação de Impugnação, fls 236 e 237;

g) Alegou falta de provas e fundamentação e violação à ampla defesa e contraditório, por entender que o Relatório Fiscal deve, necessariamente, descrever a situação fática, demonstrando a subsunção do fato à norma legal supostamente infringida, bem como demonstrando a apuração dos valores, para que assim possibilite à impugnante o

conhecimento dos fatos que ensejaram a penalização aplicada, e transcreveu o art. 10 do Decreto n.º 70.235/72 e os arts 2º e 50 da Lei n.º 9.784/99 e fez citação doutrinária, fl 238;

h) que a intimação não indica as circunstâncias em que foi praticada a infração e em que extensão, bem como não disponibilizou ou informou quais documentos foram utilizados para suportar seu entendimento, que esta omissão imputa vício formal ao presente documento fiscal, já que não constam no seu corpo, de forma expressa e comprovada, as provas dos motivos que ensejaram a exclusão da empresa do SIMPLES NACIONAL, que foi violada a ampla defesa e contraditório da impugnante, que não há no processo qualquer documento ou fundamentação que expresse os motivos do primeiro lançamento realizado que, como consequência, acarretou a exclusão da manifestante, fl 239;

i) que não havendo quaisquer documentos ou informações precisas do ocorrido, a impugnante não tem condições de se defender plenamente e questiona: quais as provas utilizadas para chegar a tal conclusão; por que a outra empresa foi lançada?

j) que ainda que disséssemos que a manifestante tem conhecimento dos fatos com base no que foi apostado neste processo de exclusão do SIMPLES, isto não afasta a nulidade deste, que cada processo é único e deve ser devidamente instruído, que ainda que a posição do contribuinte fosse posta de lado, como julgar este processo se nenhum dos julgadores da DRJ ou do próprio CARF saberá quais os motivos e provas que levaram ao lançamento do outro processo e a esta exclusão;

k) Transcreveu diversas ementas sobre nulidades constantes em processos que tramitaram no CARF, dos quais não fez parte, fls 240 e 241;

l) Alegou inexistência de MPF para o caso em concreto e transcreveu os arts. 2º e 3º da Portaria n.º 1265, de 22 de novembro de 1999, e art. 2º e 3º da Portaria n.º 3014, de 29 de junho de 2011, que para o caso em tela se faz necessário MPF específico, conforme dispõe a legislação, fl 243;

m) transcreveu o art. 2º do Decreto n.º 3.724, de 10 de janeiro de 2001, para argumentar que não há nas exceções de exigência do MPF qualquer hipótese aplicável ao caso em concreto, como também dispõe a Portaria antes transcrita, que o MPF é uma ordem específica na qual os auditores fiscais devem seguir para fins de validação das verificações realizadas, que qualquer ato realizado de forma contrária ao autorizado no referido MPF é nulo e transcreveu o art. 196 do CTN, e fez citações doutrinárias, fls 243 e 244;

n) transcreveu ementas de decisões do CARF que versam sobre MPF, dos quais o contribuinte não fez parte, fl 245, por entender que o MPF utilizado para suportar a exclusão do SIMPLES trata de situação diversa, nulo é o ato declaratório daquela exclusão;

o) aventou ilegitimidade passiva, por entender que a manifestante não é parte legítima para figurar no polo passivo deste lançamento, isto porque as razões do despacho decisório que suportou a exclusão do SIMPLES NACIONAL, vemos que a parte que deveria ter sido lançada seria a empresa CALÇADOS PEGADA LTDA, isso porque a empresa que supostamente teria afastado a tributação de contribuições previdenciárias seria a empresa que não era optante pelo Simples;

p) defendeu a impossibilidade de exclusão em face da não subsunção dos fatos à norma, e alegou que analisando o despacho de exclusão da manifestante do SIMPLES viu que o motivo para tal foi a suposta constituição por interposta pessoa, que a constituição de empresa por interposta pessoa ocorre quando uma empresa possui como sócios pessoas diversas das que efetivamente lá constam, que analisando os fundamentos do despacho ora em análise, viu que a situação ocorrida, no entender da fiscalização, foi diversa, fl 246;

q) que não há na fundamentação qualquer comprovação de que a manifestante houvesse sido constituída por interposta pessoa, que pelo contrário, o que há é a discussão de que o negócio jurídico entabulado entre as empresas envolvidas teria reduzido o pagamento de tributos, e transcreveu o item 8 do Despacho Decisório que embasou o ADE, fl 247;

r) que a imputação aposta às empresas supostamente envolvidas não foi a de constituição por interpostas pessoas, mas sim a suposta simulação de operações, situação diversa;

s) elaborou um quadro para demonstrar as datas da constituição das empresas e a data dos fatos e questiona como imputar à manifestante a constituição por interposta pessoa, quando os fatos narrado se deram muito tempo depois da sua constituição e afirma que pode ter ocorrido neste caso qualquer situação, menos a ocorrência de constituição por interposta pessoa, que descabe a exclusão, fl 247:

Empresa	Data da constituição	Data dos fatos
Indústria de Calçados PGD Ltda	2004	2009/2010
Calçados Pegada Ltda	2003	2009/2010

t) mencionou planejamento tributário, e alegou que da análise do ADE viu que a autoridade administrativa buscou imputar à manifestante a prática de planejamento tributário, motivo pelo qual desconsiderou a sua personalidade jurídica, bem como os contratos e operações realizadas, que a industrialização por encomenda é um procedimento legal, que não se configura como planejamento tributário, tanto que o próprio Regulamento do IPI normatiza este tipo de operação, e transcreveu o art. 136 do RIPI, fl n 247; u) que esta era a situação posta, a manifestante prestava serviços para terceiras empresas, que tanto as operações realizadas foram regulares, formal e materialmente, que não houve qualquer lançamento por subfaturamento ou inexistência dos negócios realizados, e novamente fez citação doutrinária, fl 248;

v) que analogicamente, o então Conselho de Contribuintes sempre afastou a ocorrência de simulação ou abuso de forma quando ocorrem operações negociais que buscam apenas a eficiência, mais ainda em casos em que os negócios ocorrem ao contrário dos tidos como abusivos e transcreveu ementa de Acórdão, emanado pela CSRF em processo, do qual o contribuinte não fez parte, fl 249;

x) que a LC nº 104/2001, ao alterar o art. 116 do CTN, foi clara, e transcreveu o citado art. 116 e incisos, que como até àquele momento não foi editada a referida norma reguladora, a autoridade administrativa carece de legitimidade para desconsiderar os negócios realizados entre a manifestante e terceiras empresas, fl 250;

y) novamente alegou falta de provas, que toda a fundamentação é calcada em presunções e indícios, os quais não se prestam para comprovação da situação, e transcreveu os itens 5, 7 e 8 do ADE, fl 250; z) que no mérito não há motivos para a manutenção da exclusão da manifestante do Simples Nacional, alegou que planejamento tributário é quando as empresas buscam, com suas atitudes e alterações contratuais, reduzir sua carga tributária, que ocorre quando uma empresa maior, que sofre uma tributação mais elevada, faz uma cisão, constituindo empresas menores que, assim, podem ser tributadas pelo SIMPLES e, com isso, conseguem uma redução global da carga tributária, e transcreveu ementa de acórdão emanado do Conselho de Contribuintes, em processo do qual o contribuinte não fez parte, fl 251;

aa) que demonstrada a inexistência de qualquer planejamento tributário ou abuso de forma, que a manifestante trabalhava para outras empresas, participando do processo produtivo daquelas;

bb) entendeu que as alegações são infundadas, que a manifestante trabalha com duas empresas, e não apenas uma só, que tem sede em Ruy Barbosa/BA e a outra em Dois Irmãos/RS, que são duas empresas distintas que, por equívoco, foram tomadas como uma só, que é mais uma razão para afastar a chamada constituição por interposta pessoa e questiona se foram então duas pessoas que constituíram a manifestante de forma interposta, fl 253;

cc) que em que pese ser empresa industrial, não possuir máquinas e equipamentos arrolados no seu Ativo, o comodato de máquinas não revela qualquer irregularidade, que não há qualquer informação de que o serviço não tenha sido feito, que não tenha ocorrido pagamento, ou que os valores cobrados tenham sido super ou subfaturados, que a revelação de que o comprometimento do faturamento da PGD com a folha de pagamento, no período, varia de 67% a 87%, o que informa alocação de mão-de-obra de forma exagerada, principalmente se contrastada com a relação de Mão de Obra versus Faturamento da cliente

PEGADA, a qual varia de 12% a 18%, que esta alegação não revela qualquer irregularidade;

dd) que a própria DRJ de Rio Preto, ao analisar caso análogo, na decisão 14-44.822, também entendeu assim, que ligação de parentesco entre sócios de empresa não comprova irregularidade, muito menos o fato de um sócio de outra trabalhar na manifestante, que não há qualquer vedação legal nestas situações, fl 253;

ee) que as indústrias calçadista no RS são preponderantemente familiares, que o fato de uma pessoa da família trabalhar em outra empresa para ajuda-la, não denota irregularidade, que a incorporação da manifestante pela empresa Calçados Pegada Ltda, não demonstra qualquer irregularidade;

ff) finalmente requereu o cancelamento do ADE.

7. Para comprovar suas alegações o manifestante apresentou os seguintes documentos:

-12ª Alteração e Consolidação do Contrato Social da empresa Calçados Pegada Ltda, fls 257 a 259;

-Cartões do CNPJ das empresas abaixo, todos emitidos em 31/10/2013:

-Cartão do CNPJ da Matriz da Manifestante, com endereço na Rua Machado de Assis, 207 – Centro – Dois Irmãos – RS, fl 262;

-Cartão do CNPJ da Matriz da empresa **Calçados Pegada Nordeste Ltda**, com endereço na Rua Cruzeiro da Rocha, s/n – Cruzeiro – RUY Barbosa – BA, fl nº 264;

-Cartão do CNPJ da Matriz da empresa Calçados Pegada Ltda, com endereço na Av. Florestal, nº 140 – Beira Rio – Dois Irmãos – RS, fl nº 266.

3. A Delegacia da Receita de Julgamento julgou pela Improcedência da Manifestação de Inconformidade. Em suma, o órgão julgador decidiu que não há incompetência por parte da Autoridade fiscal, pois no próprio Ato Declaratório há a delegação de competência. Sobre a alegação de ausência de provas, o Relatório foi bastante claro nas constatações. Não houve planejamento tributário, como alegado, pois esse pressupõe atos lícitos, situação essa não identificada. A documentação comprova que a Interessada se utilizou de empresa interposta para se beneficiar, não recolhendo contribuições previdenciárias. Dentre outros argumentos, a ausência de autonomia financeira da PGD à PEGADA comprova que houve efetiva simulação. O objetivo era a supressão ou redução de tributos. Não há previsão normativa para que haja MPF específico para a exclusão. Sobre a jurisprudência, essa se aplica apenas *inter partes* nas decisões e não necessariamente ao presente caso.

II. Recurso Voluntário (RV)

4. Inconformada da decisão da DRJ, a Contribuinte interpôs Recurso Voluntário, por meio do qual alegou, em síntese, que: **preliminarmente, a)** a DRJ não analisou pontos cruciais da defesa, o que gera nulidade da decisão. São os pontos: **a.1)** o Despacho Decisório foi emitido por autoridade incompetente e seria nulo por força do art. 59 do Dec. 70.235/72; **a.2)** duplicidade de autuação em face do mesmo ato, o que corresponderia a uma violação do contraditório e ampla defesa; **b)** a Recorrente é parte ilegítima, pois quem deveria figurar no polo passivo é a PEGADA, pois ela é quem teria se beneficiado; **c)** não houve subsunção dos fatos à norma, portanto não caberia a exclusão; **d)** ato de exclusão emitido por

autoridade incompetente; e) falta de provas e fundamentação, o que caracterizaria violação ao contraditório e à ampla defesa; f) inexistência de MPF para o caso em concreto; g) desconsideração da personalidade jurídica indevida, por meio do art. 116 do CTN; g) inexistem provas que justifiquem os atos da Autoridade fiscal; no mérito, h) da impossibilidade de desconsideração dos negócios realizados; h); o Despacho Decisório se baseia em ilações. Ao final, requer a procedência do Recurso, de forma que o processo seja extinto com o consequente cancelamento do ADE.

5. Não foram apresentadas contrarrazões pela Fazenda Nacional.
6. É o relatório.

Voto

Conselheiro Luciano Bernart, Relator.

III. Tempestividade

7. Com base no art. 33 do Decreto 70.235/72, e na constatação da data de intimação da decisão da DRJ (fl. **288** – em **16/06/2014**) bem como do protocolo do Recurso Voluntário (fls. **290** – em **03/07/2014**), conclui-se que este é tempestivo.

8. Tendo em vista que o Recurso Voluntário atende aos demais requisitos de admissibilidade, o conhecimento, no mérito, passo a apreciá-lo.

PRELIMINARMENTE

IV. Pontos não analisados e competência emissão do ADE

9. A Recorrente afirma que houve dois pontos não analisados pela DRJ, o que geraria nulidade da decisão. O primeiro seria em relação à alegação de que o Despacho Decisório teria sido emitido por autoridade incompetente, nos termos do Anexo I da Portaria RFB nº 1.098/13. O segundo se refere ao argumento de que teria sido intimada duas vezes para apresentar duas defesas, uma no DD, outra no ADE. Tal multiplicidade de intimações equivaleria a uma violação ao contraditório e ampla defesa.

10. Quanto ao primeiro ponto, cumpre salientar que, em que pese não ter sido citado o Despacho Decisório na decisão, aquele também se fundamenta no apontamento feito pela DRJ. Explica-se. A DRJ citou apenas o ADE, como contendo a indicação da Portaria que delegou a competência ao Auditor Fiscal para emitir o documento (fl. **284**).

11. O questionamento da manifestante quanto à nulidade do Ato Executivo de Exclusão que entendeu ter sido emitido por autoridade incompetente, não procede, haja vista que no próprio Ato Declaratório foi citada a delegação de competência da autoridade administrativa que assinou, fl 260.

11. No ADE, percebe-se que há o apontamento da Portaria DRF/NHO n.º 46, de 19 de julho de 2012, a qual concede competência ao Agente para sua emissão (fl. **230**).

O Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, conforme competência conferida pela Portaria DRF/NHO n.º 46, de 19 de julho de 2012, publicada no DOU de 23 de julho de 2012; tendo em vista o disposto no art. 33 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no art. 75 da Resolução CGSN n.º 94, de 29 de novembro de 2011; e em concordância com a Representação Fiscal protocolada sob o n.º 11065.722238/2013-84, declara:

12. Considerando que o Despacho Decisório indica a mesma Portaria (fl. **229**, abaixo), então se percebe que não houve vício de competência na atuação da Autoridade fiscal, até mesmo porque o mesmo Auditor que assina o DD, assina também o ADE. Portanto, não se encaixa no previsto no art. 59 do Dec. 70.235/72.

Assinado Digitalmente
Luiz Fernando Loureiro de Moura
Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil
Matrícula 1.220.528

Competência Delegada Portaria DRF/NHO n.º 46, DOU 23/07/2012.

13. A omissão da DRJ em citar o Despacho seria um problema se causasse prejuízo à Contribuinte ou não houvesse a previsão do art. 60 do Dec. 70.235/72, que dispõe o seguinte:

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.

14. É o caso em questão, não há aqui incompetência da Autoridade fiscal, conseqüentemente não há cerceamento de defesa, portanto, deve ser aplicado o art. 60 do Dec. 70.235/72, sem a necessidade, inclusive, de sanar tal omissão, pois não resulta prejuízo à contribuinte. Assim, não há nulidade a ser reconhecida.

15. Alega ainda a Requerente que a Autoridade fiscal também seria incompetente para emitir o ADE. Como visto acima, a competência foi justificada pela Portaria mencionada. Não há nulidade a ser apontada aqui.

16. O mesmo se dá em relação à alegação de houve duplicidade de autuação em face do mesmo ato. Abaixo se colaciona quais seriam os atos que trariam prejuízo à Interessada (fls. **229/230**).

10.4. Abrir prazo de trinta dias, a partir da data da ciência do Ato Declaratório de Exclusão, para impugnação junto a DRJ/Porto Alegre, conforme a LC n.º 123:

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.

Art. 4º A pessoa jurídica poderá apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste ADE, manifestação de inconformidade dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre/RS, protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, nos termos do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972 - Processo Administrativo Fiscal (PAF).

17. De acordo com a Recorrente, pelo fato de ter sido notificada duas vezes , o que acarretaria “multiplicidade de intimações e determinações”, isso lhe causaria prejuízo quanto ao contraditório e ampla defesa.

18. Primeiramente, ressalta-se que ambas informações dizem respeito ao mesmo fato, que é a possibilidade de apresentação de defesa a partir do recebimento do ADE. Depois não é possível afirmar que as informações de que o contribuinte pode apresentar defesa, facultativamente, possam vir a lhe causar prejuízo no contraditório e ampla defesa. Tal argumentação transborda os limites do razoável. Como bem afirma a Requerente “é certo que o julgador não é obrigado a analisar todas as teses a que os contribuinte/recorrentes trazem aos autos”. No presente caso, não há tese, nem fundamento de existir para tal alegação. De qualquer sorte, para fins de eventual embargos declaratórios ou Recurso Especial, utiliza-se o art. 60 do Dec. 70.235/72 para sanar eventual omissão na decisão da DRJ.

V. Ilegitimidade para o polo passivo, comprovação e subsunção

19. Em suas argumentações alega a Recorrente que não deve se situar no polo passivo, pois quem obteve o benefício teria sido a empresa PEGADA. Afirma também que há falta de provas e fundamentação, o que caracterizaria violação ao contraditório e à ampla defesa. A subsunção dos fatos à norma seria inexistente, portanto não caberia a exclusão.

20. Sobre o polo passivo, não é isso o que dispõe a legislação. Não há necessidade que a pessoa jurídica optante pelo Simples tenha tido benefício para que se situe no polo passivo da exclusão e, posteriormente, em processo administrativo. Pelo contrário, o art. 29, IV da LC 123/06 prevê que a empresa é excluída quando sua constituição se der por meio de interpostas pessoas. Assim, é plenamente possível que a Requerente se situe no polo passivo.

21. Quanto às provas e fundamentação, a Representação para Exclusão do Simples Nacional (fls. **2-23**), bem como a decisão da DRJ indicam fatos e fundamentos claros sobre a infração cometida pela Recorrente, qual seria simulação de que os proprietários da PGD e essa própria seriam independentes e autônomos em relação à empresa PEGADA. Contudo, se observa que referidos fatos demonstram o contrário. Dentre eles se situam a relação de parentesco entre os antigos e os novos sócios, que são os mesmos; a incorporação da PGD pela PEGADA, assim que saíram do Simples; mesmos endereços das filiais das sociedades, sem qualquer divisória entre ambas no local de trabalho; a totalidade da receita da PGD vem da PEGADA, pois somente atende a essa; que apesar da PGD faturar por volta de um vinte avos do que fatura a PEGADA, a primeira gasta em média por volta de sete vezes mais com mão de obra, sendo que ambas empresas atuam no mesmo ramo; todo o maquinário utilizado pela PGD é emprestado pela PEGADA, por meio de contrato de comodato; na incorporação da PGD pela PEGADA, essa assumiu todo o passivo daquela. Foram ainda todos o empregados da PGD transferidos à PEGADA ou demitidos. Todas essas afirmações são comprovadas com a documentação acostada aos Autos.

22. Cada uma dessas constatações, isoladamente não trariam certeza na aplicação do art. 29, IV da LC 123/06, pois poderiam ser circunstanciais. Agora, todas elas juntas comprovam que houve a intenção, por meio de simulação, de obter vantagem tributária, na utilização do Simples Nacional para redução de pagamento das contribuições previdenciárias, havendo comprovação e subsunção da interpretação dos fatos com a interpretação da norma.

VI. Inexistência de MPF

23. A Contribuinte alega que não houve Mandado de Procedimento Fiscal para a exclusão. Cita o art. 2º do Decreto nº 3.724/01.

24. Há MPF para o procedimento, o qual consta indicação expressa na Representação para Exclusão do Simples Nacional, como exemplo à fl. 2.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB
Número do MPF: 1010700.2012.00362 Informação Protegida por Sigilo Fiscal
REPRESENTAÇÃO PARA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL
COMPROT: 11.065.725.312/2012-33

Sujeito Passivo: CNPJ 01.990.815/0001-28
Nome: PGD INDÚSTRIA DE CALÇADOS LTDA
Endereço: RUA MACHADO DE ASSIS, 207 **Bairro:** CENTRO
Município: DOIS IRMÃOS **UF:** RS **CEP:** 93950-000

25. Havendo tal indicação na Representação, a qual é colocada ao acesso da Contribuinte, não há necessidade de que em cada documento a numeração seja repetidamente indicada. Assim, deve o argumento ser rechaçado, estando o procedimento em conformidade com a lei.

VII. Desconsideração da personalidade e de negócios jurídicos

26. Na visão da Recorrente, o fisco teria desconsiderado a sua personalidade jurídica e seus negócios jurídicos, o que demandaria lei com base no artigo 116, parágrafo único do CTN.

27. Cumpre esclarecer que não há nos Autos indício de desconsideração da personalidade jurídica, até porque a punição aplicada é a exclusão da sociedade do Simples Nacional (fl. 230).

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a pessoa jurídica a seguir identificada, em virtude do enquadramento previsto no art.29, inciso IV, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

28. Sobre os negócios jurídicos e seu eventual enquadramento em planejamento tributário, percebe-se que essa linha foi levantada pela Requerente, mas que a Autoridade fiscal não menciona desconsideração de planejamento. Com tal base de defesa, a Contribuinte pretendia utilizar o parágrafo único do art. 116 do CTN, para o qual inexistente lei para sua execução. Ocorre que não se trata de planejamento tributário, mas sim de simulação, portanto,

atos ilícitos. Neste sentido, bem se manifestou a DRJ (fl. **284**), argumento que se adota na fundamentação.

13. Quanto à alegação de planejamento tributário evocada pela manifestante não é o que se depreende dos autos. Primeiramente cumpre salientar que o conceito do termo 'planejamento tributário' compreende o conjunto de atos **lícitos** realizados pela empresa com vista a reduzir os seus encargos tributários. Desse modo, a liberdade do contribuinte de organizar a sua vida fiscal na busca da menor carga possível está associada à licitude do negócio praticado. Contudo, não foi essa a situação identificada pela autoridade autuante no decorrer da ação fiscal.

29. Desta sorte, não merece acolhimento o argumento da Recorrente.

VIII. Conclusão

30. Diante do exposto, voto no sentido de conhecer o Recurso Voluntário, para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, de forma a manter a exclusão da Contribuinte do Simples Nacional de acordo com o ADE.

(documento assinado digitalmente)

Luciano Bernart