



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.723655/2018-01
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-006.956 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de agosto de 2024
Recorrente ADSERVI SERVICOS E COMERCIO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2013

NULIDADE. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. SIMULAÇÃO. ART. 116 DO CTN. INOCORRÊNCIA.

A Lei Complementar nº 123/06 é lei posterior e específica com relação à norma prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN, cuja falta de regulamentação não afasta a eficácia plena da hipótese de exclusão do Simples objetivamente prevista no art. 29, IV da Lei Complementar nº 123/06, ainda que a constatação da interposição de pessoas implique necessariamente a constatação do descompasso entre a realidade e a forma, que se amolda ao conceito de simulação.

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. ELEVADO VOLUME DE DOCUMENTOS. INOCORRÊNCIA.

O elevado volume de documentos que amparam a acusação não é causa de cerceamento do direito de defesa, mormente quando a acusação concatena tais elementos probatórios em relatório fiscal explanando de maneira clara as causas da acusação.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

SIMPLES NACIONAL. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. EXCLUSÃO. EFEITOS.

Comprovada a constituição mediante interposição de pessoas para mascarar o real quadro societário da pessoa jurídica, logrando assim a artificiosa opção pelo Simples Nacional, de rigor a exclusão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em afastar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante de Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Lucas Issa Halah - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Jose Eduardo Genero Serra, Lucas Issa Halah, Raimundo Pires de Santana Filho, Renato Rodrigues Gomes, Alexandre Evaristo Pinto, Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

Por bem relatar os fatos até o momento de sua prolação, adoto o relatório do Acórdão Recorrido, reproduzindo-o no que entendo relevante.

“Tratam os presentes autos de manifestação de inconformidade contra a exclusão do Simples Nacional da empresa acima identificada, com efeitos a partir do dia 1º de janeiro de 2013. O contribuinte foi comunicado de sua exclusão, por meio do **Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/FNS nº 195/2018** de 22/11/2018 (fls. 2):

Art. 1º O contribuinte ADSERVI SERVICOS E COMERCIO LTDA, CNPJ nº 11.231.182/0001-28, excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, por ser constituída por interpostas pessoas, devido ao seu capital possuir participação de outra pessoa jurídica, e por possuir como sócios pessoas físicas que participam com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, fatos que importam a exclusão de ofício com fundamento no artigo 29, incisos IV, e artigo 3º, §4º, incisos I e IV, c/c artigo 3º, §6º, artigo 29, inciso I, e artigo 30, inciso II, §1º, todos da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Nos termos da informação fiscal de fls. 3 a 53:

A- foram realizadas, concomitantemente, ações fiscais nas empresas ADSERVI ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS LTDA, ADS SERVIÇOS LTDA, ADS SERVIÇOS ESPECIAIS LTDA, ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA, ADSERVIG VIGILÂNCIA LTDA e IMS CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA (período de apuração 01/2013 a 12/2017) ;

B- verificou-se que as citadas empresas compõem o grupo econômico ADSERVI e que o contribuinte, ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA, optou pelo enquadramento no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, em 01/01/2009, tendo solicitada sua exclusão em 31/12/2017;

C- por meio dos documentos obtidos nas ações fiscais nos contribuintes acima mencionados, constatou-se que a ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA, foi

constituída por meio de interpostas pessoas, com a finalidade de reduzir, fraudulentamente, os valores devidos à Fazenda Nacional, por meio de opção pelo Simples Nacional, a qual não teria direito caso fosse registrada em nome dos verdadeiros sócios;

D- apurou-se que o contribuinte possui como sócios de fato os Srs. Israel Fontanella da Silva e Sirilo Severo Redante e que as pessoas incluídas no contrato social como sócias, Srs. Gabriel Norberto Fontanella, Murilo Silveira Fleischmann e Maria de Fátima Nunes Redante atuam apenas como "laranjas" (sócios meramente formais);

E- foi verificado que a empresa ADSERVI - ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS LTDA, em que pese não constar de seu contrato social, possui participação no capital social da empresa ADSERVI - SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA, utilizando-se de simulação por meio de contratos de mútuo;

F- o Fisco mencionou, ainda, que a optante atuava como filial da mesma ADSERVI ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS LTDA;

G- os Srs. Israel e Sirilo são sócios formais e de fato das empresas ADSERVI ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS LTDA, ADSERVIG VIGILÂNCIA LTDA e IMS CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA;

G- foi juntado aos autos relatório circunstanciado e detalhado acerca da existência do grupo ADSERVI ("Relatório Grupo Adservi" e anexos de fls. 54 a 228);

H- com vistas a burlar as vedações do artigo 3º, §4º, I e IV, da Lei 123/2006, o contribuinte lançou mão de interpostas pessoas como sócios e da ampliação do capital social, simulada em contratos de mútuo pelos quais a ADSERVI ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS LTDA fornecia à manifestante recursos financeiros necessários para suas atividades empresariais. Detalha-se:

(...)

J- fatos de interesse acerca da optante:

ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA é a quinta integrante do grupo ADSERVI, tendo sido constituída em 01/10/2009 com os sócios MARIA DE FÁTIMA NUNES REDANTE (esposa do Sr. Sirilo) e GABRIEL NORBERTO FONTANELLA REDANTE (filho do Sr. Sirilo). Foi criada um ano após a aquisição das empresas ADSERVI ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS, ADSERVIG, ADS SERVIÇOS ESPECIAIS e ADS SERVIÇOS pelos sócios SIRILO SEVERO REDANTE e ISRAEL FONTANELLA DA SILVA.

No domicílio constante em seu Contrato Social (Rua Domingos Pedro Hermes, nº 1109) já operavam as demais empresas do GRUPO ADSERVI.

O Sr. GABRIEL NORBERTO FONTANELLA é Gerente Financeiro do GRUPO ADSERVI, conforme tratado a seguir. A Sra. MARIA DE FÁTIMA NUNES REDANTE não pratica nenhuma atividade na empresa ou mesmo no GRUPO ADSERVI.

Em 22/04/2015 o Sr. GABRIEL NORBERTO FONTANELLA REDANTE, atuando em nome de ADSERVI SERVIÇOS E COMERCIO ME,

constitui como procurador da empresa o Sr. ISRAEL FONTANELLA DA SILVA, a quem confere poderes especiais e específicos para as mais diversas operações financeiras tais como emitir cheques, dar quitação, fazer resgates em aplicações, assinar como fiador, assinar contratos de crédito, efetuar acordos, emitir, avalizar e descontar títulos de créditos, assinar contratos de câmbio, entre outros tantos.

Nesta mesma data, fechando o ciclo de transmissão de poderes das três empresas do GRUPO ADSERVI em nome de interpostas pessoas, o Sr. MURILO SILVEIRA FLEISCHMANN, atuando em nome da ADS SERVIÇOS LTDA ME e da ADS SERVIÇOS ESPECIAIS LTDA ME, constitui como procurador das empresas o mesmo Sr. ISRAEL FONTANELLA DA SILVA, a quem confere os poderes especiais e específicos da procuração antes referida.

Essas condutas coordenadas permitem concluir que o Sr. ISRAEL FONTANELLA DA SILVA é o real proprietário da sociedade ao lado do Sr. SIRILO SEVERO REDANTE, uma vez que ambos tem o poder de manejar como bem entender os ativos financeiros da sociedade.

Em 11/06/2015 foi Alterado o quadro societário, com o sócio GABRIEL NORBERTO FONTANELLA REDANTE se retirando para o ingresso do sócio MURILO SILVEIRA FLEISCHMANN, que adquiriu 99% das quotas da sociedade. Destaque-se que, dois dias antes, em 09/06/2015, as empresas ADS SERVIÇOS e ADS SERVIÇOS ESPECIAIS modificaram seus contratos sociais, diminuindo a participação no Capital Social do Sr. MURILO SILVEIRA FLEISCHMANN para 1%, de forma a permitir a manutenção da empresa ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO no Simples Nacional.

Em 12/11/2015 é alterado o endereço da empresa para Rua Gerônimo Thieves, nº 196, sala 5, Barreiros, São José/SC, atual domicílio da sociedade. Nesta mesma data as empresas ADSERVI ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS e IMS INCORPORADORA E CONSTRUTORA alteram seu domicílio fiscal para este mesmo endereço.

Por fim, relevante é o fato de a empresa optante, intimada a apresentar os comprovantes do pagamento ou transferência bancária do valor de aquisição das quotas de capital social, não apresentou nenhum documento, respondendo não ter encontrado os elementos solicitados.

K- sobre a composição societária da ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA

No relatório de fls. 136 a 174 são expostos com detalhes os vínculos e atividades reais de diretores e empregados do GRUPO ADSERVI, conforme documentos encontrados no desenvolvimento das ações fiscais. Tais documentos comprovam a utilização de empregados/diretores vinculados a uma empresa em atividades de outras empresas do GRUPO ADSERVI, informando inclusive os seus reais cargos no Grupo.

L- análise contábil da optante

Constata-se, ainda, que a empresa possui inúmeras obrigações junto as demais empresas do GRUPO ADSERVI.

As contas “484 - Empréstimos tomados de terceiros” e “112 - Empréstimos tomados Terceiros LP”, que totalizam as operações de mútuo realizadas com as demais empresas do Grupo, alcançaram, somadas, os valores de R\$ 2.504.653,13, R\$ 2.514.705,99 e R\$ 2.738.608,28 ao final dos anos 2013, 2014 e 2015, respectivamente.

A contribuinte ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO, assim como as demais empresas do GRUPO ADSERVI, realiza o procedimento de, durante o ano-calendário, contabilizar as operações de mútuo obtidos junto a empresas do Grupo e aos seus sócios por meio de contas específicas.

Ao final do ano calendário, no mês de dezembro, usualmente em 31/12, contudo, estas contas são zeradas, e o saldo é transferido para a conta “484 - Empréstimos tomados de terceiros”, para no dia 02/01 do ano seguinte os valores retornarem as contas específicas de mútuo.

Resta claro, portanto, que a empresa ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO apenas consegue operar no mercado em decorrência dos empréstimos obtidos junto às demais empresas do GRUPO ADSERVI, especialmente das empresas ADSERVI ADM e ADS ESP.

Essa opção de financiamento, esse endividamento excessivo proveniente das negociações entre as sociedades do grupo, em contraposição a um investimento insuficiente para financiar as atividades sociais evidenciam a presença de subcapitalização, formando a convicção de que a subscrição e a integralização de capital social são fraudulentas ou dolosamente insuficientes para a realização das atividades sociais.

O capital social da empresa ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA., sem nenhuma dúvida, se mostra dolosamente abaixo do valor necessário para a realização do objeto social.

Assim registrado, conclui-se a fundamentação do ADE em mesa, nos termos da informação fiscal (fls. 50 e 51) a seguir transcrita:

(...)

Cientificada por via postal, em 03/12/2018 (f. 8477), a interessada ingressou com manifestação de inconformidade de fls. 8483 a 8502, em 29/12/2018, assim resumida:

I- o ADE e o respectivo relato fiscal não trazem o real fundamento da exclusão e o detalhamento de seus elementos de convicção, a despeito do extenso volume de seus anexos;

II- dentre os "inúmeros" documentos juntados pelo Fisco, boa parte não se refere à manifestante;

III- ausência de prova de que os fatos imputados ao contribuinte ocorreram desde 2013, fixando o termo inicial para os efeitos do ADE ora combatido;

IV- a Manifestante é composta por seus sócios, Murilo Silveira Fleischmann (que ingressou na sociedade apenas em 11/06/2015) e Maria de Fátima Nunes Redante;

V- quanto à caracterização de suposto grupo econômico:

V.a- sua constituição é irrelevante para a manutenção de um contribuinte no regime do SIMPLES, tampouco causa sua exclusão deste regime especial;

V.b- a manifestante tem personalidade jurídica própria e está legalmente representada por seus sócios Murilo e Maria de Fátima, que praticam atos de gestão;

V.c- a fiscalização enquadra a manifestante ora como empresa integrante de Grupo Econômico, ora como filial de outra pessoa jurídica;

V.d- o partilhamento de recursos em nome da eficiência e economia, não pode ser tomado como confusão patrimonial;

VI- da inexistência de interposta pessoa (quanto aos Srs. Murilo e Maria de

VI.a a fiscalização supôs que o Sr. Murilo não exercia atos “típicos de sócio” : aduziu que tal atividade era exercida por terceiros;

VI.b- sobre a Sra. Maria de Fátima, o Fisco apenas argumenta que ela não pratica nenhuma atividade na empresa ou no “grupo”;

VI.c- inexistente irregularidade quando o sócio delega determinadas atribuições a pessoas qualificadas, objetivando melhores resultados para a empresa;

VI.d- a opção feita pelo Sr. Murilo foi focar sua atuação na área operacional da empresa; portanto, delega a administração da parte financeira e administrativa da companhia a diretores constituídos;

VI.e- o próprio Sr. Murilo recebeu a fiscalização, assinando todas as intimações;

VII- a fiscalização ainda apontou, indevidamente, que a empresa ADSERVI – ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS LTDA, por meio de contratos de mútuo com a Manifestante, efetuava verdadeiros aportes no seu capital social.

VII.a- o fato de a empresa contrair empréstimos (mútuo) não significa que a outra empresa (mutuante) está aportando valores no capital social da empresa;

VII.b- os contratos de mútuo são regidos pelo direito privado e possuem características bem específicas: o mutuante pode cobrar uma remuneração pelo domínio do bem mutuado (juros), criando para o mutuário o dever de restituir o equivalente ao que recebeu, acrescido de juros que visam remunerar o mutuante pelo uso do capital;

VII.c- destaca-se que a empresa mutuante está respondendo por autos de infração lavrados pela autoridade fiscal exigindo IOF sobre referidos empréstimos: ora, se aqui são aportes de capital, não pode ser sustentada a atuação exigindo IOF;

VIII- sendo improcedente a caracterização dos sócios de direito como interpostas pessoas, resta também concluir que não tendo os Srs. Murilo e Maria de Fátima,

participações societárias nas empresas ADSERVI – ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS LTDA., ADSERVIG – VIGILÂNCIA LTDA. e IMS CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA, restam inválidos os dois motivos de exclusão do regime de tributação SIMPLES;

IX- ao final, clama a interessada pela produção de todos os meios de prova cabíveis e pelo cancelamento, ou subsidiariamente, a irretroatividade do ADE ora em apreciação.”

O Acórdão Recorrido negou provimento à Manifestação de Inconformidade, entendendo que:

- Precluiu o direito de produção de provas conforme prescreve o inciso III do art. 16 do Decreto nº. 70.235/72.
- O grande volume de documentos decorre da necessidade de uma fiscalização global do grupo Adservi, mas que foram tomados como fundamentos documentos próprios do contribuinte excluído.
- O ADE não se amparou na acusação de constituição de grupo econômico, razão pela qual não seriam apreciadas as questões a esse respeito.
- A defesa demonstrou ter compreendido as causas de exclusão consolidadas no Relatório Fiscal, e a vasta documentação encontra-se organizada por assunto, o que afasta a alegação de nulidade por cerceamento do direito de defesa.
- Os vultosos mútuos firmados em contrato de prazo curto (90 dias), sem registro em cartório, sem assinatura de testemunhas e sem a estipulação de juros comprova tratar-se na verdade de aportes de capital das demais Pessoas Jurídicas do Grupo Adservi.
- A veiculação da cobrança de IOF, além de não comprovada nos autos, não impediria a reclassificação da essência dos negócios celebrados, por força do art. 118 do CTN.
- Ficou caracterizada a interposição de pessoas “laranjas” por meio de negócios simulados para ocultar o real quadro societário da ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO, informação extraída de uma série de provas, notadamente a outorga de procurações com poderes amplos aos sócios de fato (Srs. Israel e Sirilo), trocas de e-mails, coincidência de domicílio entre as empresas, concretização de movimentações bancárias dentre outros que comprovariam a qualidade de Israel e Sirilo como verdadeiros administradores e sócios de fato da sociedade ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO.
- A exclusão deve produzir efeitos a partir de 01/01/2013, pois nesse mês já se verificou a hipótese de exclusão.

Cientificado, o Contribuinte interpôs Recurso Voluntário no qual alega, em síntese:

- A nulidade do ato de exclusão, e do Acórdão Recorrido por inexistência de previsão legal que permita a desconsideração de negócios jurídicos, face à ausência de lei ordinária regulamentando o parágrafo único do art. 116 do CTN;
- A nulidade do ato de exclusão por cerceamento do direito de defesa, sob o argumento de que o relatório fiscal não permitiu ao Recorrente conhecer o real fundamento e motivação para a exclusão, nem a razão de os Srs. Murilo e Luciana terem sido considerados interpostas pessoas, sendo que o elevado volume de informações sem individualização de suas implicações objetivas para a exclusão da Recorrente do Simples cercearia o direito de defesa da Recorrente;
- A nulidade do ato de exclusão por não haver prova de que a causa para exclusão existia desde janeiro de 2013;
- No mérito, inexistência de interpostas pessoas, ausência de participação societária de outra pessoa jurídica na Recorrente, e ausência de pessoas físicas participando com mais de 10% no capital social de outra pessoa jurídica.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Lucas Issa Halah, Relator.

1 - Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma Regimento Interno do CARF.

No mais, o Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

2 – Preliminar

O contribuinte peticiona nos autos informando a adesão ao Programa Litígio Zero, instituído pela Portaria conjunta PGFN/RFB 1/23, e defendendo que referida adesão implicaria a suspensão do presente processo.

Ocorre que a adesão ao referido programa produz efeitos sobre o processo em que se veicula a cobrança do crédito tributário decorrente da referida exclusão, mas não produz efeitos diretos sobre o processo de exclusão.

Nesse sentido, o processo de nº 1151.6723659/2018-81, que se encontrava apenso ao presente e discutia o lançamento tributário decorrente da exclusão do contribuinte do Simples Nacional, já foi devolvido a origem.

Pelo exposto, o pleito de suspensão do presente processo não merece prosperar, sendo certo que o lançamento correspondente recebeu o tratamento adequado em decorrência da adesão do contribuinte referido programa.

3 – Direito

As empresas objeto da ação fiscal são as seguintes, e foram denominadas de maneira abreviada da seguinte forma:

(i) ADSERVI ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS LTDA:

ADSERVI ADM

(ii) ADSERVIG VIGILÂNCIA LTDA:

ADSERVIG

(iii) IMS CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA:

IMS

(iv) ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA:

ADSERVI COM

(v) ADS SERVIÇOS LTDA:

ADS SERV

(vi) ADS SERVIÇOS ESPECIAIS LTDA:

ADS SERV ESP

O Contribuinte excluído do Simples no presente processo é a “ADSERVI COM” (ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA) e as causas de exclusão indicadas no ADE são três:

- 1) ser constituída por interpostas pessoas, para ocultar que:
- 2) seu capital possuiria a participação de outras pessoas jurídicas, e que
- 3) seu capital possuiria a participação de pessoas físicas detentoras de mais de 10% do capital de outra pessoa jurídica não optante do Simples Nacional.

Reconhecendo a limitação das causas de exclusão, o Acórdão Recorrido expressamente deixou de analisar questões relacionadas à existência de grupo econômico, visando a respeitar as limitações da lide impostas pelo ADE de exclusão, o que produziu efeitos também no Recurso Voluntário ora analisado.

3.1 – PRELIMINAR DE NULIDADE DO ADE E DO ACÓRDÃO RECORRIDO – AUSÊNCIA DE PERMISSIVO LEGAL PARA A DESCONSIDERAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS

O Recorrente argui a nulidade do ato de exclusão e do Acórdão Recorrido por inexistência de previsão legal que permita a desconsideração de negócios jurídicos, face à ausência de lei ordinária regulamentando o parágrafo único do art. 116 do CTN.

Direciona a nulidade também para o Acórdão Recorrido, asseverando que o Acórdão teria se escorado na simulação dos negócios analisados, ao arremetimento do ADE e da ausência de regulamentação do parágrafo único do art. 116 do CTN. Vejamos o excerto que consta da íntegra do voto:

Do uso de interposta pessoa

Atualmente, não é incomum encontrarmos interposição de pessoas, sempre com vistas a esconder o verdadeiro interessado no negócio. Trata-se de negócio simulado, ou seja, há operações com a aparência de legalidade, que são forjadas para esconder a realidade dos fatos.

O parágrafo único do art. 116, como bem decidiu o STF ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.446, trata de evasão fiscal (não de elisão) e depende de regulamentação por lei ordinária para que seja aplicável. Ocorre que não foi esse dispositivo que deu respaldo à exclusão, nem seria ele o único apto a tanto. A autoridade fiscal escorou-se em dispositivos específicos sobre a vedação de opção pelo Simples Nacional previstos em Lei Complementar específica, a LC 123/2006, suficientes para amparar a exclusão quando identificados seus pressupostos.

O art. 29, IV da Lei Complementar nº 123/06, invocado pelo ADE, prevê a exclusão de ofício do Simples Nacional nas situações em que se constate que o optante era constituído por interpostas pessoas.

“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 despeito do julgado na (ADI) nº 2.446, a exclusão em questão não foi calcada no art. 116, parágrafo único do CTN diante da existência de Lei Complementar própria acerca das hipóteses de exclusão do Simples Nacional. É evidente que a constatação da interposição de pessoas decorre da identificação de um descompasso entre a realidade e a forma, assim como na simulação de que trata o parágrafo único do art. 116 do CTN, contudo, seria um contrassenso interpretativo invalidar uma previsão específica e superveniente contida LC nº 123/06, em função da ausência de regulamentação de uma previsão genérica contida em Lei Complementar anterior (o CTN).

Não há, portanto, nulidade por ausência de dispositivo legal vigente apto a permitir a análise da materialidade de operações.

Tampouco se pode extrair do simples uso da palavra “simulação” pelo Acórdão Recorrido a fundamentação da manutenção da exclusão no parágrafo único do art. 116 do CTN. O termo simulação foi usado para indicar justamente a concordância do Acórdão com a imputação de interposição de pessoas, conduta identificada justamente a partir da dissonância entre a realidade e a forma, que a despeito de poder ser mascarada por meio de simulação, encontra na LC nº 123/06 respaldo próprio e autônomo.

Pelo exposto, afasto a preliminar.

3.2 – PRELIMINAR DE NULIDADE DO ADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

O Recorrente argui a nulidade do ato de exclusão por cerceamento do direito de defesa, sob o fundamento de que o relatório fiscal não permitiu ao Recorrente conhecer o real fundamento e motivação para a exclusão, nem a razão de os sócios de direito terem sido considerados interpostas pessoas, sendo que o elevado volume de informações sem individualização de suas implicações objetivas para a exclusão da Recorrente do Simples cercearia o direito de defesa da Recorrente.

Particularmente, entendo que a constatação de que o contribuinte se defendeu adequadamente é de pouca valia para a verificação do cerceamento do direito de defesa, pois é simplesmente impossível adivinhar quão melhor teria sido a defesa do contribuinte sem a causa do suposto cerceamento, até porque em função do princípio da eventualidade e do marco

preclusivo imposto pelo art. 16 do Decreto nº 70.235/72, é natural que o contribuinte se esforce ao máximo para produzir uma defesa adequada, ainda que com grande dificuldade e eventual insuficiência decorrente das causas de cerceamento. Prefiro, por isso, analisar o cerceamento do direito de defesa sempre tomando como referencial a acusação e as decisões administrativas, não a peça de defesa.

Sob essa premissa, não vislumbro cerceamento do direito de defesa no caso concreto. O volume dos autos no caso em questão, é decorrência natural da quantidade de pessoas físicas e jurídicas fiscalizadas, e da necessidade de que a fiscalização desenvolva seu mister acusatório amparada por elementos probatórios analisados de maneira concatenada.

No caso em questão, a acusação é clara e foi sintetizada em relatório fiscal que a despeito de volumoso encontra-se organizado, contém imputações específicas à pessoa jurídica excluída, e alinhava os elementos de prova colhidos ao longo de todo o processo de fiscalização.

Cerceamento de defesa haveria se a fiscalização simplesmente lançasse aos autos vasta documentação de maneira desorganizada sem analisá-la de maneira concatenada no relatório fiscal, já que as intrincadas relações materiais supostamente ocultadas sob estruturas formais fictícias demandam, naturalmente, complexa e custosa construção por parte da fiscalização, que invariavelmente extravasa a Pessoa Jurídica excluída, sem contudo deixar de tratar dela.

Não vislumbro, portanto, cerceamento do direito de defesa. Os comentários que a defesa tece sobre a falta de prova da verificação da hipótese de exclusão são pertinentes ao mérito e serão analisados em tópico próprio.

3.3 – SUPOSTA AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES AUTORIZADORAS DA EXCLUSÃO

O Recorrente defende a inexistência de interposição de pessoas, ausência de participação societária de outra pessoa jurídica na Recorrente, e ausência de pessoas físicas participando com mais de 10% no capital social de outra pessoa jurídica.

A prova da interposição de pessoas é, como regra, bastante trabalhosa, pois requer a detecção e junção de uma série de peças que usualmente foram escondidas propositadamente para dificultar a montagem do quebra-cabeça que revela a realidade. A prova cabal, nesses casos, muitas vezes decorre da concatenação de uma série de indícios que muito embora insuficientes isoladamente, somam-se reconstruindo a história ocultada.

No caso em questão, pode-se dizer que a “arma fumegante” é a procuração outorgada ao Sr. Israel, mas não se trata de arma encontrada sem qualquer digital, jogada em local distante da cena investigada. Este elemento relevante foi contextualizado pelo Termo de Verificação Fiscal de maneira a demonstrar que havia desde a origem uma única empresa formalmente segmentada entre diversas pessoas jurídicas de titularidade de interpostas pessoas para evitar a configuração formal de uma das hipóteses de exclusão do Simples Nacional.

Não creio que os elementos identificados pela fiscalização permitam concluir que os empréstimos tomados pela ADSERVI COM perante outras das pessoas jurídicas investigadas,

como a ADSERVI ADM e a ADSERVI ESP, estivessem a mascarar a participação societária destas pessoas jurídicas naquela. A violação comprovada não é a do artigo 3º, § 4º, I da LC nº 123/06, pois no contexto reconstruído pela fiscalização o que se verifica é que todas as pessoas jurídicas em questão pertenciam materialmente aos mesmos sócios pessoas físicas, que gerenciavam os recursos das empresas fiscalizadas como pertencentes a um caixa único, movimentando recursos de uma para outra sob o véu de empréstimos sem juros, nunca pagos nem cobrados, conforme as necessidades de caixa.

Por outro lado, houve prova além de qualquer dúvida razoável, de que os reais sócios da ADSERVI COM eram os Sr. Israel e Sirilo.

A defesa tenta desconstituir as premissas da exclusão atacando de maneira isolada alguns elementos constantes do relatório fiscal que, se analisados isoladamente, de fato poderiam ser tidos por olhos menos atentos como usuais ou aceitáveis. Mas a fiscalização cuidou de demonstrar a partir dos elementos colhidos que a conjunção dos elementos colhidos não tornaria verossímil a versão sustentada pela defesa. Vejamos alguns desses diversos elementos, presentes no Relatório Fiscal, notadamente a partir da e-fl. 130:

- O Capital social da ADSERVI COM era de apenas R\$ 10.000,00, mas os empréstimos tomados perante as demais empresas investigadas que se apresentavam ao mercado como integrantes de um mesmo grupo somavam cerca de R\$ 3.000.000,00, sendo firmados por meio de contratos sem a previsão de juros e que, a despeito do prazo exíguo para pagamento (90 dias) nunca foram cobrados ou pagos. Há registro de trânsitos monetários já em 2013.
- O endereço adotado como sede da ADSERVI COM a partir de sua constituição em 01/10/2009 já abrigava outras das empresas investigadas e pertence à empresa ADSERVI VIGILÂNCIA, cujo “Diretor Administrativo” era o Sr. Sirilo, e trata-se de endereço residencial usado apenas para fins de correspondência, no qual a fiscalização constatou não haver qualquer atividade desenvolvida, e identificou uma placa direcionando potenciais visitantes para o real endereço do “Grupo Adservi”.

No endereço Rua Domingos Pedro Hermes, 1053, São José/SC, em 17/04/2017 havia uma construção residencial em alvenaria, de pequeno-médio porte, que se encontrava fechada, com uma pequena placa com os dizeres ADS SERVIÇOS LTDA. e uma outra placa, logo na entrada, informando: *“Endereço para Correspondência: Rua Gerônimo Thives, 196, Barreiros, São José/SC, CEP: 88117-290”*.



- A pessoa jurídica foi constituída tendo como sócios os Srs Gabriel (filho de Sirilo) e Maria de Fátima (esposa de Sirilo). Posteriormente o Sr. Murilo, adquiriu 99% da ADSERVI COM, contudo não foi apresentada nenhuma prova do pagamento do preço pela aquisição e o Sr. Murilo foi empregado da empresa ADSERV VIGILÂNCIA entre 2008 e 2010.

- Todas as pessoas jurídicas em questão se apresentavam ao mercado como uma única empresa, inclusive em seminários.
- As contas bancárias das empresas são movimentadas pelos Srs. SIRILO SEVERO REDANTE e ISRAEL FONTANELLA DA SILVA, este por meio de poderes obtidos por procuração em relação as empresas ADSERVI SERVIÇOS, ADSERVI SERVIÇOS ESPECIAIS e ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO.
- A ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO, embora tivesse receitas da ordem de 3 milhões anuais, não apresentou à fiscalização nenhum comprovante de prestação de serviços de 2013 a 2015, e não lançou notas fiscais no sistema SPED, indicando que servia ao fim de reduzir a carga tributária das demais empresas “ADSERVI” tanto pela alocação de faturamento, quanto pelo registro de funcionários das demais empresas do grupo, pois por seu CNAE recolheria a Contribuição Previdenciária Patronal dentro do Simples Nacional.
- As empresas são atendidas pelo mesmo escritório de contabilidade e possuem um sistema integrado de escrituração contábil, envolvendo todas as empresas do GRUPO ADSERVI, e que estabelece centros de custo específico para cada uma destas empresas.
- A empresa ADSERVI ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS é responsável pela entrega das declarações econômico-financeiras e de confissão de dívida à Receita Federal do Brasil de todas as empresas fiscalizadas, inclusive da ora Excluída do Simples Nacional.
- “Na documentação referente ao mês de julho de 2013 (ANEXO 13 – ISRAEL), foram encontradas cópias de e-mails em que Israel pede a Gabriel Fontanella Redante, interposta pessoa da empresa, efetue transferência bancária em nome de Rafael Brasil Silva, e que deixe o valor agendado todos os meses, pedido que é atendido por Gabriel por meio de conta bancária da empresa ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO.”
- Foi encontrado ainda documento com logo GRUPO ADSERVI, com título “COMISSÕES REFERENTE 01/06/2013 A 30/06/2013”, informando valores a serem pagos a dois empregados, assinado por Israel com o carimbo de “Diretor GRUPO ADSERVI”, valores que foram pagos por meio de conta bancária da empresa ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO. (...) Um detalhe interessante sobre estes relatórios é que eles possuem informação de que se referem a “SERVIÇOS ESPECIALIZADOS”, o que indica que a empresa ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO foi usada para pagamento de despesas da empresa ADSERVI SERVIÇOS ESPECIAIS.”

São alguns dos inúmeros elementos pelos quais se confirma a constituição por interpostas pessoas, ensejando a exclusão do Simples Nacional.

3.4 – SUPOSTA AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE A INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS TERIA OCORRIDO DESDE 2013.

A interposição de pessoas com o objetivo de mascarar que Israel e Sirilo eram os verdadeiros sócios da ADSERV SERVIÇOS E COMÉRCIO restou comprovada, e o contribuinte agora questiona a partir de quando a exclusão deveria produzir efeitos, asseverando que nos autos não haveria qualquer elemento de prova que permitisse a promoção da exclusão com efeitos a partir de 01/01/2013.

O contribuinte suscita a questão como preliminar de nulidade, mas na realidade trata-se de questão de mérito, que como tal será analisada.

Questiona, em essência a extensão dos efeitos do ato de exclusão por não haver prova de que a causa para exclusão existia desde janeiro de 2013.

Analisando os autos, verificamos que os elementos identificados pela fiscalização somam-se ao longo do tempo, o que levou a fiscalização a concluir que desde seu nascimento, em 2009, a ADSERVI COMÉRCIO E SERVIÇOS havia sido constituída por interpostas pessoas.

Por mais que a “arma fumegante” seja, no meu sentir, a procuração pública outorgada ao Sr. Israel, trata-se apenas da “cereja do bolo” diante da variedade de elementos contrários à tese defensiva do contribuinte, todos dialogando no sentido de demonstrar que desde sua constituição a ADSERVI COMÉRCIO E SERVIÇOS fora constituída por pessoas interpostas.

Vejamos alguns elementos pelos quais pode-se chegar a essa conclusão:

- O endereço adotado como sede da ADSERVI COM a partir de sua constituição em 01/10/2009 já abrigava outras das empresas investigadas e pertence à empresa ADSERVI VIGILÂNCIA, cujo “Diretor Administrativo” era o Sr. Sirilo, e trata-se de endereço residencial usado apenas para fins de correspondência, no qual a fiscalização constatou não haver qualquer atividade desenvolvida, e identificou uma placa direcionando potenciais visitantes para o endereço do “Grupo Adservi”.
- “Na documentação referente ao mês de julho de 2013 (ANEXO 13 – ISRAEL), foram encontradas cópias de e-mails em que Israel pede a Gabriel Fontanella Redante, interposta pessoa da empresa, efetue transferência bancária em nome de Rafael Brasil Silva, e que deixe o valor agendado

todos os meses, pedido que é atendido por Gabriel por meio de conta bancária da empresa ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO.

- Foi encontrado ainda documento com logo GRUPO ADSERVI, com título “COMISSÕES REFERENTE 01/06/2013 A 30/06/2013”, informando valores a serem pagos a dois empregados, assinado por Israel com o carimbo de “Diretor GRUPO ADSERVI”, valores que foram pagos por meio de conta bancária da empresa ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO. (...) Um detalhe interessante sobre estes relatórios é que eles possuem informação de que se referem a “SERVIÇOS ESPECIALIZADOS”, o que indica que a empresa ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO foi usada para pagamento de despesas da empresa ADS SERVIÇOS ESPECIAIS.”

O acúmulo de elementos probatórios ao longo do tempo, no caso em questão, alguns deles passados em 2009 e outros ainda em meados de 2013 não deixa de ter força probatória suficiente, demonstrada pela fiscalização e exemplificada pelos elementos imediatamente acima elencados, de que desde sua constituição a ADSERVI SERVIÇOS E COMÉRCIO foi constituída por interpostas pessoas, permitindo a exclusão com efeitos a partir de 01/01/2013.

4 – Dispositivo

Pelo exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário para afastar as preliminares e, no mérito, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Lucas Issa Halah