



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13962.000293/2008-64
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-001.854 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 6 de agosto de 2020
Recorrente MGR CONFECÇÕES LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 1998

EXCLUSÃO AO SIMPLES. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Para efeitos de exclusão ao Simples aplica-se a lei vigente à época em que restou caracterizada a situação impeditiva, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

SIMPLES. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO. UTILIZAÇÃO DE INTERPOSTAS PESSOAS NA CONSTITUIÇÃO E FUNCIONAMENTO DA PESSOA JURÍDICA. ADMINISTRAÇÃO ÚNICA. PREVALÊNCIA DA SUBSTÂNCIA FÁTICA SOBRE A FORMA.

É cabível a exclusão do regime simplificado quando ficar evidenciada a utilização de interpostas pessoas na constituição e no funcionamento de pessoa jurídica, que na realidade não é dotada de autonomia operacional nem patrimonial, fazendo parte de empreendimento único,

SIMPLES. EXCLUSÃO. NULIDADE DO TERMO DE INÍCIO DE AÇÃO FISCAL. NÃO OCORRÊNCIA,

Além de não ser objeto de análise no presente processo, que trata de exclusão do SIMPLES. e não do procedimento de fiscalização, a pessoa que recebeu a intimação se encontrava no domicílio da Recorrente e não levantou nenhuma ressalva em firmar o documento; e além do mais, não há nos autos qualquer indicação de que a Recorrente tenha deixado de atender as requisições que constam do Termo de Início de Fiscalização, não configurando, portanto, nenhum prejuízo à defesa da Recorrente

EXCLUSÃO DO SIMPLES. RITO PROCESSUAL.

A lei nº 9.317/96 estabelece que a exclusão de ofício do Simples Federal dar-se-á mediante ato declaratório, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo, não havendo previsão para emissão de qualquer termo prévio à expedição do ato declaratório.

SIMPLES. EXCLUSÃO. ADE. NULIDADE POR FALTA DE MOTIVAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Os elementos de prova que dão suporte a motivação fática da exclusão *ex officio* e ao enquadramento legal dado pela autoridade competente encontram-se discriminados e

arrolados no processo nº 13962.000293/2008-64, que é expressamente indicado no ADE.

APLICAÇÃO TEMPORAL DA LEI. LEI SUPERVENIENTE NÃO ALCANÇA FATOS ANTERIORES À SUA VIGÊNCIA.

É princípio basilar do direito que a regra incidente na aplicação da pena é aquela vigente à época do fato delituoso. e no que tange ao direito tributário à aplicação da lei vigente por ocasião dos fatos geradores, inclusive no que toca aos aspectos de exclusão do sistema simplificado, em face da verificação de condição impeditiva, hipótese dos autos.

NULIDADE DA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA. INOVAÇÃO NA FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

A DRJ reconheceu a interposição fictícia de pessoas no quadro societário da Recorrente, conforme fundamentos contidos na Representação Fiscal e no ADE, e portanto não houve inovação nos fundamentos como quer fazer crer a Recorrente. Ocorre que a DRJ afirma que a interposição de pessoas no quadro societário de uma sociedade empresária constitui, em termos do código Civil, um caso de simulação, posto que “haverá simulação nos negócios jurídicos quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente conferem, ou transmitem.

NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE ANÁLISE DE TODOS OS ARGUMENTOS DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

A decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a matéria, quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

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

Ano-calendário: 1998

EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL. INTERPOSTA PESSOA.

A constatação de interposição de pessoa autoriza a exclusão do sujeito passivo do regime de tributação por meio SIMPLES, nos termos do disposto no inciso IV do artigo 14 da Lei nº 9.317, de 1996, retroagindo seus efeitos à data de verificação do fato ensejador da exclusão.

SIMPLES. EXCLUSÃO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE.

A exclusão surte efeito a partir da ocorrência das situações excludentes, ainda que coincida com a data do início das atividades, termo a partir do qual fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. Este é o entendimento constante na decisão definitiva de mérito proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em recurso especial repetitivo nº 1.124.507/MG, cujo trânsito em julgado ocorreu em 16.06.2010 e que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade em rejeitar as nulidades suscitadas e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Bárbara Santos Guedes, Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça, Wilson Kazumi Nakayama e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente)

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o acórdão 07-18.327, de 11 de dezembro de 2009, da 5ª Turma da DRJ/FNS, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade da contribuinte contra o ADE – Ato Declaratório Executivo nº 13/2008, da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Blumenau que a excluiu do SIMPLES Federal.

Por relatar adequadamente os fatos até a apresentação da manifestação de inconformidade e para evitar repetições, adoto e transcrevo o relatório do acórdão recorrido, complementando-o mais adiante.

Trata-se de manifestação de inconformidade da sociedade empresária MGR Confecções Ltda contra a sua exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), que foi efetuada por meio do Ato Declaratório Executivo da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Blumenau nº 13/2008 (fl. 198), devido a verificação da hipótese de exclusão prevista no inciso IV do artigo 14 da Lei nº 9.317/1996 (constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas), e a consequente incidência na vedação prescrita no inciso LX do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996 (sócio ou titular participa de outra empresa com mais de 10% e a receita bruta global ultrapassa o limite legal da empresas de pequeno porte).

Conforme detalha a representação administrativa de fls. 01 a 08, que originou o citado Ato Declaratório Executivo (nº 13/2008 da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Blumenau), os sócios da empresa MARGRIFF Confecções Ltda (Rosângela Teresinha Waldrich e Sergio Tadeu Waldrich), visando usufruir irregularmente do regime do SIMPLES, criaram a sociedade empresária MGR Confecções Ltda por meio de interpostas pessoas.

Segundo a autoridade fiscal que emitiu a representação de fls. 01 a 08, a constituição de tal empresa (MGR) e sua opção indevida pelo SIMPLES, combinados com o registro de empregados nela (MGR) e a manutenção do faturamento na sociedade empresária MARGRIFF, que não é optante pelo

SIMPLES, acarretou em prejuízos à Seguridade Social, tendo em vista o não pagamento de contribuições sociais previdenciárias patronais.

O ato constitutivo da sociedade empresária MGR Confeções Ltda (fls. 110 a 112) e suas alterações (fls. 113 a 124), de acordo com a citada representação administrativa (fls. 01 a 08), demonstram que dois filhos da senhora Rosângela Terezinha Waldrich e do senhor Sergio Tadeu Waldrich (Rafael Waldrich e Leonardo Waldrich - fls. 195/196) e a mãe de Sergio (Ida Hermes Waldrich - fl. 191) foram usados para compor o quadro societário formal da MGR Confeções Ltda.

Ainda conforme a representação de fls. 01 a 08, a sociedade empresária MGR Confeções Ltda forma grupo econômico de fato com a empresa MARGRIFF Confeções Ltda (CNPJ nº 85.335.438/0001-83), porquanto sempre foi comandada de fato por Rosângela Terezinha Waldrich e Sergio Tadeu Waldrich, que são os dois únicos sócios da MARGRIFF desde o final de 1994 (segunda alteração do ato constitutivo - fls. 130/131).

Visando amparar sua representação (fls. 01 a 08), a autoridade fiscal discriminou as seguintes constatações e elementos de prova:

4. SITUAÇÃO FÁTICA

4.1(...)

A MARGRIFF CONFECÇÕES LTDA está situada formalmente na Rua França 140, e a MGR CONFECÇÕES LTDA na Rua França 150, embora as duas empresas façam parte do mesmo complexo fabril. Na parte administrativa da empresa encontramos empregados com crachás de identificação, tanto da MARGRIFF quanto da MGR no mesmo local.

O acesso às duas empresas é único, nos fundos há um galpão, por onde entram caminhões para carga e descarga.

4.2 A situação de fato encontrada por esta fiscalização, demonstra que a divisão do empreendimento em duas empresas, aconteceu exclusivamente com o intuito de afastar a incidência da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração paga aos segurados empregados e empresários

4.3 O contribuinte simula a existência de duas empresas, mas na verdade elas compõem um Grupo Econômico. A prática adotada para a simulação consiste em registrar os empregados em empresa optante do SIMPLES, (MGR), e manter o faturamento noutra que não é optante, (MARGRIFF), pois sua inclusão no SIMPLES é vedada em razão de ultrapassar o limite de faturamento, conforme podemos observar no item 6.

5. ASPECTOS CONTÁBEIS

5.1 Apresentação de documentos

5.1.1 A MARGRIFF foi intimada através de TIAF datado de 28/02/2008 e TIAD datado de 28/04/2008, para apresentação de documentos do período 01/1998 a 12/2007, tendo apresentado os Livros Diário e Razão 09 a 28.

5.1.2. A MGR foi intimada através de TIAF datado de 28/02/2008 e TIAD datado de 28/04/2008, para apresentação de documentos do período 01/1998 a 12/2007 tendo apresentado os Livro Diário e Razão 02 a 11.

5.2. Ativo Imobilizado

Constata-se nos Livro Diários e Razão da MGR, que em todo o período não há qualquer registro de máquinas ou equipamentos em seu Ativo Imobilizado, conforme Balanços Patrimoniais, no entanto verificamos que a empresa exerceu atividades industriais desde 04/1997. Em 2003 já constava com 93 empregados em média, em 2004 com uma média de 70 empregados, em 2005 com uma média de 68, em 2006 com média de 87 empregados e em 2007 com 103 empregados.

Assim, como pode os empregados desenvolverem atividades produtivas em uma empresa do setor têxtil, sem esta possuir sequer uma máquina têxtil? Na verdade estes empregados fazem parte de um Grupo Econômico.

5.3. Despesas Administrativas

Nos Livros Diário e Razão nº 07, 08, 09, 10 e 11, dos últimos cinco anos da empresa MGR, período 2003 a 2007, não constam registros de despesas com energia elétrica, água e esgoto ou telefone, conforme podemos verificar através dos Demonstrativos de Resultado, anexo às fls. 17, 20, 23, 26 e 29.

Se esta empresa realiza atividades industriais, como pode não ter gasto algum, entretanto, apresentar prejuízo nos exercícios de 2003 a 2007, conforme cópia dos Balanços Patrimoniais e Demonstrações Financeira às (fls. 15 a 30).

5.4. Outros documentos

Constatamos que a sócia da MARGR1FF Sra. Rosângela Terezinha Waldrich assina também documentos relativos a empresa MGR, como por exemplo: Rescisões de contrato de Trabalho, Contratos de Experiência, Aviso de férias e outros. Os sócios da empresa MGR, são filhos dos sócios da empresa MARGR1FF.

5.5. Insuficiência de recursos para pagamento de despesas

5.5.1. Conforme constata-se no item 6.1, no exercício de 2003, a MGR (optante do Simples), teve uma massa salarial de 410 mil reais, e o seu faturamento foi de apenas 495 mil reais, entretanto, a MARGR1FF teve um faturamento da ordem de 4 milhões e 400 mil reais, com uma massa salarial de 66 mil e uma média de apenas 08 empregados ao mês. Então obviamente, que arcou com as despesas, foi a MARGR1FF (não optante do simples), tendo em vista que houve prejuízo no exercício;

No exercício de 2004, a MGR obteve um faturamento na ordem de 512 mil reais, com uma média de 70 empregados e uma massa salarial de 365 mil reais, sem possuir sequer uma máquina ou equipamento industrial, enquanto que a MARGR1FF faturou nesse ano 5 milhões de reais, com apenas 12 empregados em média e uma massa salarial de 91 mil.

No exercício de 2005, a MGR faturou 293 mil reais e somente a sua folha de salários atingiu 370 mil reais. O faturamento não cobriu sequer a folha de

pagamentos de salários. Enquanto que na MARGRIFF o faturamento foi de 5 milhões e 995 mil e uma massa salarial de apenas 86 mil reais com 10 empregados em média.

Em 2006 a MGR obteve um faturamento da ordem de 445 mil e somente a sua folha de pagamento ultrapassa, sendo de 557 mil reais, entretanto a MARGRIFF com apenas 09 empregados em média, faturou 7 milhões e 415 mil reais.

Já em 2007 a MGR faturou 550 mil reais e somente a folha de pagamento foi de 745 mil reais, entretanto a MARGRIFF faturou nesse mesmo ano 8 milhões e 791 mil, com uma folha de pagamento de apenas 88 mil reais com 04 empregados em média.

E evidente que a MGR não possui recursos financeiros para fazer frente às suas despesas, pois conforme podemos constatar através da Demonstração de Resultados, houve um prejuízo nos Exercícios de 2003 a 2007.

5.5.2 Face ao acima exposto, podemos facilmente concluir que a MARGRIFF (não optante do simples), utiliza mão de obra alocada na MGR (optante do simples), já que tem um faturamento alto em relação ao número de empregados Concomitantemente, a MGR têm insuficiência de recursos para pagamento das despesas. (...)

6. EVOLUÇÃO DO FATURAMENTO DAS EMPRESAS ENVOLVIDAS

A evolução do faturamento das empresas envolvidas nos últimos cinco anos foi a seguinte:

6.1. MGR

Exercício	Faturamento	Salários	Pró-labore	Total	Média seg.
2003	495.720,00	400.021,42	10.800,00	410.821,42	93
2004	512.720,00	358.404,52	7.100,00	365.504,52	70
2005	293.760,00	363.366,18	6.880,00	370.246,18	68
2006	445.193,44	549.557,79	8.100,00	557.657,79	87
2007	550.800,00	736.480,06	8.940,00	745.420,06	103

6.2. MARGRIFF

Exercício	Faturamento	Salários	Pró-labore	Total	Média se%.
2003	4.408.250,79	32.617,71	33.951,90	66.569,61	8
2004	5.066.846,72	57.213,07	34.069,20	91.282,27	12
2005	5.995.232,24	52.354,59	34.300,00	86.654,59	10
2006	7.415.061,32	49.974,02	57.565,45	107.539,47	9
2007	8.791.587,01	19.207,48	68.907,96	88.115,44	4

Às fls. 46 a 55, encontram-se os demonstrativos de faturamento.

7. ADMINISTRAÇÃO DAS EMPRESAS

7.1. A administração das duas empresas é única, como podemos mais uma vez demonstrar abaixo, pois encontramos diversos documentos, tanto da MARGRIFF, quanto da MGR, (que anexamos por amostragem), assinados pela mesma pessoa, ou seja, Sra. Rosângela Terezinha Waldrich, que é sócia administradora da empresa MARGRIFF, o que vem demonstrar mais uma vez, que se trata de um Grupo Econômico.

- *Termos de Rescisões de Contratos de Trabalho datados de abril/2000, julho/2006, novembro/2006, dezembro/2006, abril/2007 e maio/2007, da empresa MARGRIFF (cópias em anexo às fls. 155 a 161);*
- *Termos de Rescisões de Contrato de Trabalho datados de outubro/2003, julho/2005, setembro/2005, dezembro/2005, agosto/2006, setembro/2006 e dezembro/2006 da empresa MGR (cópias em anexo às fls. 162 a 168);*
- *Contratos de Experiência datados de setembro/2003, janeiro/2004, março/2004 e fevereiro/2006, da empresa MARGRIFF (cópias em anexo às fls. 169 a 172);*
- *Contratos de Experiência datados de maio/2005, agosto/2005, novembro/2005, novembro/2006, dezembro/2006, janeiro/2007, abril/2007 e julho/2007, da empresa MGR (cópias em anexo às fls. 173 a 180);*
- *Avisos de Férias datados de dezembro/2004, junho/2005, dezembro/2005, janeiro/2006, outubro/2006 e novembro/2006, da empresa MARGRIFF, (cópias em anexo às fls. 181 a 186);*
- *Avisos de Férias datados de maio/2006, fevereiro/2007, junho/2007 e setembro/2007, da empresa MGR (cópias em anexo às fls. 187 a 190).*

(...)

Contrariada com o ato de exclusão (fl. 198), a Interessada (MGR) apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 205 a 226, instruída com os documentos de fls. 227 a 338, alegando, em síntese, o que se passa a expor.

Aduziu que a MGR Confecções Ltda e a empresa MARGRIFF Confecções Ltda "são pessoas jurídicas distintas, com administração próprias e de forma alguma se caracterizam pela formação de grupo econômico com o fim de ludibriar o Fisco".

Disse que a relação entre a MGR Confecções Ltda e a empresa MARGRIFF Confecções Ltda "é estritamente comercial", e que cada uma desenvolve "negócios independentes, com finalidades próprias".

Aduziu que o objetivo social da MGR Confecções Ltda é o ramo de confecções de artigos do vestuário e prestação de serviços de fabricação de roupas, e que a MARGRIFF atua somente no ramo de comércio varejista e atacadista de artigos do vestuário.

Afirmou que o fato de duas empresas terem sócios com ligações de natureza familiar é "absolutamente normal", já que "a quase totalidade das pequenas empresas constituídas neste país são formadas por membros da mesma família".

Asseverou que a MGR Confecções Ltda e a MARGRIFF Confecções Ltda possuem "propósito negocial específico e próprio", e que a simples análise dos seus contratos sociais "demonstra haver distinção do quadro societário entre as empresas".

Alegou que a MGR Confecções Ltda "apenas presta serviços de confecção à Margriff Confecções Ltda, e recebe a respectiva remuneração por esses serviços, conforme se percebe pelas notas fiscais e extratos bancários anexados

aos autos". Frisou que o que ocorre "nada mais é do que simples terceirização de serviços, na medida em que a empresa impugnante presta serviços de confecção para a empresa Margriff, e esta, por sua vez, comercializa os produtos têxteis prontos e acabados".

Salientou que toda a operação de terceirização está devidamente documentada por meio de notas fiscais de entrada e saída. Segundo a Autuada, "a Margriff emite nota fiscal de saída a título de remessa para industrialização e a impugnante emite a correspectiva nota fiscal de entrada de peças para serem confeccionadas. Ao final do processo de industrialização, ainda de acordo com a Autuada "a impugnante emite nota fiscal de saída dos produtos, prontos e acabados, para a empresa Margriff, que promove a sua comercialização".

Disse que "a prestação de serviços à empresa Margriff, inclusive mediante a locação de equipamentos pela impugnante, ocorre desde 20 de abril de 1997, conforme consta no contrato de locação originário, e foi renovado em 24 de outubro de 2005, nos exatos termos do Contrato de Locação de Imóvel com Maquinário para Fins Industriais e Prestação de Serviços".

Afirmou que "a empresa impugnante e a empresa Margriff mantêm relação comercial lícita, de complementaridade, com propósito econômico e negocial, não se podendo admitir que o simples fato de a impugnante recolher menos tributos ao INSS seja causa - por si só - de simulação ou grupo econômico".

Disse que a configuração de simulação não depende dos "objetivos visados com a prática do ato", mas sim da ilicitude do ato e da não existência de propósito negocial.

Aduziu que "não há dúvidas de que inexistente a apontada simulação ou grupo econômico, uma vez que a relação negocial entre as empresas é perfeitamente lícita e encontra-se devidamente amparada por seu manifesto propósito negocial, eis que cada uma dessas empresas possui autonomia financeira, gerencial, contabilidade própria e todos os atos da administração são fundamentados em contrato de locação de imóvel com maquinário para fins industriais e prestação de serviços firmado entre as partes (doe. 04). Disse que esses contratos (de locação e prestação de serviços) "justificam todas as operações realizadas entre as empresa, caindo por terra, todas as suposições levantadas pela fiscal acerca de existência de grupo econômico".

Aduziu que a sua exclusão do SIMPLES desrespeitou as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstas na Constituição Federal e no artigo 14, §3º, da Lei nº 9.317/96, já que ocorreu sem intimação para apresentação de defesa prévia. Por esse motivo, entende que deve ser reconhecida a nulidade do Ato Declaratório Executivo nº 13/2008.

Alegou que o Ato Declaratório Executivo nº 13/2008 é nulo pois não apontou expressamente os motivos de fato e de direito que o fundamentam.

Asseverou que a "a necessária motivação dos atos administrativos" encontra-se expressamente prevista no artigo 93, inciso X, da Constituição Federal e no artigo 2º da Lei nº 9.784/99.

Aduziu que não se pode dizer que "a motivação estaria contida na representação fiscal expedida por agente fiscal, uma vez que cabe exclusivamente à autoridade, competente para a exclusão (Delegado da Receita Federal do Brasil)

motivar os seus atos e, assim, expor as razões fáticas e jurídicas que serviram para acolher ou não a dita representação fiscal".

Alegou que a própria fundamentação legal apontada para a sua exclusão (artigo 14, inciso IV, da Lei nº 9.317/96, e artigo 23, inciso IV, da IN SRF 608/06) é errônea pois se baseia em dispositivo de lei revogados pela Lei Complementar nº 123/07.

Disse que "não há como admitir-se possa ser a impugnante excluída do SIMPLES, no ano de 2008 e com efeitos retroativo até dezembro de 2007, com base na Lei nº 9.317/96, se em julho de 2007 tal diploma legal foi completamente revogado pela Lei Complementar nº 123/07".

Afirmou que o "próprio procedimento fiscalizatório" é nulo já que quem firmou o Termo de Início de Ação Fiscal - TIAF, de acordo com a representação fiscal de fls. 01 a 08, não é representante legal da Interessada (MGR) e tampouco possui poderes para em nome dela receber intimações.

Disse que os representantes legais da Interessada (MGR), além de não terem sido cientificados do Termo de Início de Ação Fiscal - TIAF, também não receberam o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF. .

Ressalvou que "encerrada a fiscalização e emitida a respectiva notificação o processo administrativo deveria ter sido instruído obrigatoriamente com o Mandado de Procedimento Fiscal", o que não ocorreu

Asseverou que considera "imprescindível que o contribuinte receba um via do Mandado de Procedimento Fiscal, vez que, somente de posse deste documento é que o sujeito passivo poderá certificar-se da autenticidade do MPF, bem como tomar ciência da natureza do procedimento fiscal e do prazo para a sua realização". Dessa forma, entende que o ato de lançamento resultante desta fiscalização é nulo de pleno direito, já que a autoridade fiscal não observou formalidades essenciais e indispensáveis no que tange ao MPF.

Aduziu que não ocorreu interposição de pessoas na constituição da Interessada (MGR), *"uma vez que os sócios da impugnante possuem interesse pessoal e direto na condução da pessoa jurídica, bem como não estão a ocultar nada nem ninguém, porquanto são os verdadeiros e ostensivos sócios da impugnante"*.

Disse que os elementos de prova indicados na representação fiscal de fls. 01 a 08 são meras presunções que não comprovam a constituição de pessoa jurídica por interposta pessoa.

Alegou que *"o simples fato de serem os sócios da impugnante descendentes dos sócios da empresa Margriff é absolutamente irrelevante, por se tratarem de empresas familiares, de modo que os sócios da impugnante são todos maiores e capazes, que estão no pleno gozo de suas capacidades civis, podendo participar no quadro societário de qualquer pessoa jurídica"*.

Afirmou que *"os sócios da impugnante possuem interesse direto e pessoal na condução dos seus negócios, tanto é assim que tomam decisões gerenciais, assinam todos os livros comerciais, balanços, balancetes, e todos os demais documentos necessários à gestão empresarial, conforme inclusive demonstrado na própria documentação que consta no presente processo administrativo"*.

Asseverou que *"tanto os sócios da impugnante são os seus verdadeiros sócios como retiram — inclusive — pró-labore mensal, de maneira que não estão a interpor ou ocultar qualquer outra pessoa que seja"*.

Argumentou que *"o simples fato de a Sra. Rosângela Waldrich (mãe dos sócios da impugnante) assinar alguns poucos e isolados documentos da empresa impugnante não tem o condão de caracterizar grupo econômico ou interposição de pessoas, uma vez que lhe fora outorgada procuração pelos próprios sócios da impugnante, a fim de facilitar a condução dos negócios em caso de ausência, por qualquer motivo, dos representantes legais da impugnante"*.

Disse que o documentos fiscais, trabalhistas e comerciais da Interessada (MGR) são assinados, em regra, pelo seu sócio administrador Rafael Waldrich.

Aduziu que a Interessada (MGR) *"não possui maquinário próprio, e nem tampouco precisa ter, uma vez que mantém contrato de locação de imóvel com maquinário para fins industriais e prestação de serviços com a empresa Margriff"*. \

Afirmou que por força de contrato, todas as despesas decorrentes de prestação de serviços são de responsabilidade da empresa MARGRIFF.

Asseverou que *"até mesmo os argumentos expendidos na representação fiscal - no sentido de que a impugnante teria sido constituída com o escopo de afastar a incidência de contribuições - não possui qualquer subsistência, na medida em que, apenas para se ter idéia, no regime simplificado da Lei nº 9.317/96, a empresa impugnante recolheu PIS e COFINS em valor superior àquele que seria devido no regime do lucro presumido"*

Aduziu que *"ainda que venha a ser reputada válida a exclusão da impugnante do SIMPLES, o que se admite apenas em tese"*, deve ser reconhecida a impossibilidade de retroação dos efeitos do ato declaratório executivo de fl.198.

Afirmou que caso a autoridade julgadora entenda que se aplicam efeitos retroativos ao ato de exclusão da Impugnante do SIMPLES, tais efeitos não podem ultrapassar o prazo decadencial previsto no artigo 150, §4º, do CTN, contado da data do ato declaratório executivo de fl. 198.

Disse que se a autoridade julgadora entender que o artigo 150, §4º, do CTN, não é aplicável ao presente caso, os efeitos retroativos não poderão ultrapassar o prazo decadência previsto no artigo 173, inciso I, do CTN.

Por fim, requereu a declaração de insubsistência e nulidade do Ato Declaratório Executivo nº 13/2008

E o relatório

A DRJ não acolheu as nulidades suscitadas e no mérito a manifestação de inconformidade foi julgada improcedente, em síntese, pelos seguintes motivos:

- as alegações da contribuinte não foram suficientes para rechaçar a acusação de constituição por interpostas pessoas diante das constatações e elementos de prova discriminados nos itens 4. 5. 6 e 7 da Representação Fiscal, que demonstrariam que os sócios da empresa

MARGRIFF Confeções Ltda (Rosangela Teresinha Waldrich e Sérgio Tadeu Wadrich) constituíram a empresa MGR, ora Recorrente, com os sócios formais Ida Hermes Waldrich (mãe de Sérgio Tadeu Waldrich) e de Rafael Waldrich e Leonardo Waldrich(Filhos de Rosangela e Sérgio), com o fim único de obter vantagens tributárias do SIMPLES;

- alguns dos elementos de prova e constatações, se forem analisados individualmente até poderiam conferir uma aparente existência normal da Recorrente, no entanto, quando apreciados em conjunto comprovariam que foi correta a análise das Autoridades Fiscais, uma vez que demonstrariam a interposição fictícia de pessoas no quadro societário da Recorrente, restando configurada portanto uma das hipóteses de simulação prevista no art. 167 do Código Civil Brasileiro;

- diante das circunstâncias evidenciadas e em razão da primazia da verdade material sobre a forma, o procedimento utilizado pela Fiscalização mostrou-se correto porque a realidade subjacente demonstraria que a empresa MGR Confeções Ltda (Recorrente) foi constituída por interpostas pessoas.

A contribuinte tomou ciência do acórdão em 08/04/2010 (e-fl. 373).

Irresignada com o r. acórdão a Recorrente alega em sua defesa:

Preliminarmente

- que o Termo de Início de Ação Fiscal seria nulo por ter sido firmado por representante legal de outra pessoa jurídica (Margriff Confeções Ltda);

- que houve ofensa ao devido processo legal porque o ato de exclusão foi baixado sem que tivesse a oportunidade de oferecer defesa à sua manutenção no regime diferenciado de tributação;

- que o ato de exclusão seria nulo por falta de motivação, uma vez que a autoridade competente para a realização do ato não teria apontado os motivos de fato e de direito que levaram à sua exclusão do SIMPLES;

- que o ato de exclusão seria nulo por erro na fundamentação legal do ato de exclusão por ter utilizado como fundamento o art. 14, inciso IV da Lei nº 9.317/96 , lei que foi revogada pela Lei Complementar 123 de 2006;

- que o fundamento jurídico utilizado pelo Auditor Fiscal para sua exclusão do SIMPLES foi a existência de Grupo Econômico entre as empresas MGR e MARGRIFF, mas que a decisão recorrida alterou o critério jurídico e justificou a manutenção da exclusão com base em fundamento jurídico totalmente diverso, na medida que passou a utilizar a simulação subjetiva como causa da exclusão, e dessa forma que o acórdão deveria ser anulado;

- que a decisão recorrida deveria ser anulada por falta de apreciação de todos os fundamentos invocados na impugnação e dessa forma importa em preterição do direito de defesa da Recorrente;

Quanto ao mérito:

- que não houve a constituição da Recorrente por interpostas pessoas (sócio laranja) e tampouco são preenchidas as características legais de interposição de pessoas, uma vez que os sócios possuem interesse pessoal e direito na condução da pessoa jurídica e não estão a ocultar nada a ninguém porquanto seriam os verdadeiros e ostensivos sócios da Recorrente;

- que a comprovação dos fatos pela Fiscalização é baseada na presunção de que e a Recorrente e a empresa Margriff formariam um grupo econômico, mas que não se pode afirmar tal fato, uma vez que tratam-se de pessoas jurídicas com personalidade própria, com sócios distintos e sem interferência gerencial ou administrativa entre ambas, o que confirmaria a inexistência de formação de grupo econômico;

- que a Recorrente não utilizou de nenhum subterfúgio para afastar a incidência de contribuições previdenciárias, ao contrário, possui uma relação puramente comercial com a empresa Margriff Confeções Ltda, para a qual presta serviço de industrialização por encomenda, como poderia ser confirmado pelo Contrato de Locação de Imóvel com Maquinário para fins Industriais e Prestação de Serviços;

- que a Recorrente e a Margriff Confeções Ltda são pessoas jurídicas distintas com administração própria e que seria legalmente impossível a caracterização de interposição de simulação de grupo econômico;

- que a Recorrente tem autonomia patrimonial, comprovado pelo contrato de prestação de serviços, que justificaria a utilização de maquinários da Margriff Confeções Ltda pela Recorrente;

- que seria despropositado o questionamento da Fiscalização quanto a ausência de despesas da Recorrente com energia elétrica, água, esgoto, telefone, etc, porque nos termos do contrato de prestação de serviços a Margriff responsabilizar-se-ia por parte das despesas da Recorrente, que seriam posteriormente abatidas dos valores a serem pagos pelos serviços prestados com a industrialização;

- que não é possível aplicar a norma que dá efeitos retroativos à exclusão do regime e que somente após a exclusão a empresa voltará a recolher como as demais empresas, não sendo possível a cobrança das diferenças das contribuições recolhidas referente ao período em que a empresa por ser optante do SIMPLES, o fez segundo essa sistemática;

Requer ao final a reforma do v. acórdão, declarando insubsistente o ADE e a produção de todos os meios de prova admitidos caso se fizer necessária e caso se entenda pertinente, a prova pericial.

É o Relatório,

Voto

Conselheiro Wilson Kazumi Nakayama, Relator.

O recurso voluntário atende aos requisitos formais de admissibilidade, assim dele tomo conhecimento.

Em sede preliminar a Recorrente reitera a alegação de nulidade do procedimento fiscal e do ADE.

Alega a Recorrente a nulidade do Termo de Início de Ação Fiscal que teria sido entregue a representante legal de outra pessoa jurídica (Margriff Confecções Ltda) que não teria poderes para receber intimações em nome da Recorrente.

Além de não ser objeto de análise no presente processo, que trata de exclusão do SIMPLES, e não do procedimento de fiscalização, comungo o entendimento da DRJ de que a pessoa que recebeu a intimação, sr. Sérgio Tadeu Waldrich se encontrava no domicílio da Recorrente e não levantou nenhuma ressalva em firmar o documento; e além do mais, não há nos autos qualquer indicação de que a Recorrente tenha deixado de atender as requisições que constam do Termo de Início de Fiscalização, não configurando, portanto, nenhum prejuízo à defesa da Recorrente,

Rejeito portanto a preliminar de nulidade do Termo de Início de Ação Fiscal.

Alega a Recorrente nulidade do procedimento de exclusão por ofensa ao devido processo legal porque o ato de exclusão foi baixado antes que lhe fosse dada a oportunidade ao contraditório.

Insta salientar que o devido processo legal administrativo instaura-se a partir da apresentação da impugnação em face da acusação formalizada pelo Fisco de prática de infração à legislação tributária (exclusão do Simples), da qual o contribuinte tomou ciência na forma do Representação Fiscal (e-fls. 2-9) e Ato Declaratório Executivo nº 13/2008 (e-fl. 229).

Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa são de observância obrigatória no âmbito dos processos judicial e administrativo. No caso do caso processo administrativo, a partir da impugnação na primeira instância de julgamento.

Não vislumbro vícios no Ato Declaratório Executivo de Exclusão e tampouco da decisão recorrida, e não houve prejuízo à defesa, pois foram produzidos em observância à legislação de regência, possuem motivação, caracterização da situação de exclusão do SIMPLES e fundamentação legal.

Na Representação Fiscal estão relatados os fatos ocorridos durante a ação fiscal, elencada a documentação coletada e apresentadas as conclusões no que se refere, no caso, à exclusão da fiscalizada do Simples Federal. Ou seja, é um documento que reproduz as informações obtidas no curso da ação fiscal para fundamentar a emissão do ADE. Além disso, no referido ADE consta referência ao número do presente processo, ao qual a Representação Fiscal é o primeiro documento.

Portanto, a Recorrente teve acesso aos motivos de sua exclusão e teve facultado pleno acesso à Representação Administrativa para Exclusão do Simples Nacional mediante vistas ao presente processo.

Verifica-se, portanto, que a Recorrente teve assegurada desde a manifestação de inconformidade as garantias ao devido processo legal, onde a Recorrente exerceu e continua exercendo plenamente o contraditório e a ampla defesa, não se vislumbrando vício algum que pudesse macular ou inquinar de nulidade os Atos de Exclusão do Simples e do presente processo.

Rejeito portanto a preliminar de nulidade do procedimento de exclusão.

Alega a Recorrente a nulidade do ADE por falta de motivação, já que segundo ela, a autoridade competente para a realização do ato de exclusão, no caso o Delegado da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Blumenau, não teria procedido à necessária e indispensável motivação, ou seja, que não teria apontado os motivos de fato e de direito que levaram à sua exclusão do SIMPLES.

Por concordar com os motivos e a decisão da DRJ que rejeitou a nulidade arguida do ADE por falta de motivação, reproduzo trecho do acórdão atinente à matéria:

A alegação de que os motivos de fato e de direito que fundamentam a exclusão da Interessada (MGR) do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES não foram demonstrados expressamente é totalmente insubsistente.

O Ato Declaratório Executivo de fl. 198 (nº 13/2008 da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Blumenau/SC), é claro ao apontar a fundamentação fática e legal da exclusão da Interessada do SIMPLES.

A fundamentação legal, conforme o citado ato (fl. 198), é o disposto no artigo 14, inciso IV, da Lei nº 9.317/1996.

Já a fundamentação fática, de acordo com o mencionado ato (fl. 198), é o fato da Interessada (MGR) ter sido constituída por interpostas pessoas que não são os seus verdadeiros sócios.

Os elementos de prova que dão suporte a motivação fática da exclusão *ex officio* e ao enquadramento legal dado pelo titular da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Blumenau/SC, por suas vezes, encontram-se discriminados e arrolados no processo nº 13962.000293/2008-64, que é expressamente indicado no ato declaratório executivo de fl. 198.

Fica evidente, portanto, que não há que se falar em qualquer vício de motivação na exclusão da Interessada (MGR) do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, até porque esta (MGR), em sua manifestação de inconformidade de fls. 205 a 226, demonstrou ter pleno conhecimento tanto da motivação legal e fática citada no ato de exclusão de fl. 198, como dos elementos de prova discriminados e arrolados nos autos do processo nº 13962.000293/2008-64.

Desta forma, pelas mesmas razões da DRJ, rejeito a preliminar alegada de nulidade do ADE por falta de motivação.

A Recorrente alega nulidade do ADE por se fundamentar, segundo ela, em lei revogada.

O Ato Declaratório Executivo foi emitido com supedâneo na Lei nº 9.317/96, vigente à época dos fatos narrados na Representação Fiscal. Ora, é um princípio basilar do direito que a regra incidente na aplicação da pena é aquela vigente à época do fato delituoso, e no que tange ao direito tributário à aplicação da lei vigente por ocasião dos fatos geradores, inclusive no que toca aos aspectos de exclusão do sistema simplificado, em face da verificação da situação de exclusão, exatamente a hipótese dos autos.

A Lei Complementar nº 123 de 2006, que revogou a Lei nº 9.317/97, não alcança fatos ocorrido antes de sua eficácia, que se regem pela lei então vigente, ainda que posteriormente revogada.

Rejeito portanto a preliminar de nulidade do ADE por alegação de erro de fundamentação legal.

A Recorrente alega nulidade da decisão de 1ª instância, que segundo ela teria alterado o critério jurídico e justificado a manutenção da exclusão com base em fundamento jurídico totalmente diverso.

A motivação para a exclusão, conforme consta no ADE foi por constituição de pessoa jurídica por interposta pessoa. Segundo a Recorrente o fundamento jurídico utilizado pelo Auditor Fiscal foi a existência de grupo econômico entre as empresas MGR e MARGRIFF e a decisão de 1ª instância fundamentou-se, segundo ela, como causa de exclusão, a prática de simulação subjetiva.

Não assiste razão à Recorrente. O Auditor Fiscal na Representação Fiscal conclui, com base nos vários elementos de prova, que a fundamentação legal para o desenquadramento da Recorrente do SIMPLES foi a constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas. Confira-se excerto da Representação:

9.CONCLUSÃO

Da análise dos dados relatados nesta Representação, concluímos que a empresa MGR CONFECÇÕES LTDA é mera extensão da MARGRIFF CONFECÇÕES LTDA. A empresa MGR foi criada unicamente objetivando afastar a incidência de contribuição previdenciária sobre a remuneração paga a seus colaboradores. O objetivo da Lei 9.317/96 foi dar tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas, desonerando-as da contribuição patronal sobre suas folhas de pagamento para que pudessem concorrer no mercado com as grandes empresas. O GRUPO MARGRIFF não se enquadra na situação citada, pois trata-se de empresas com faturamento bastante superior aos limites estabelecidos na Lei, que apenas beneficiou-se do SIMPLES por não ter incluído desde o início das atividades da MGR CONFECÇÕES LTDA, os verdadeiros sócios em seus quadros sociais.

Assim, deve-se observar a legislação citada no item 2 – Fundamentação Legal – para a exclusão do SIMPLES, pois além da aplicação do previsto no art. 14, inciso IV da Lei 9.317/96, o faturamento desta empresa somando o faturamento da MARGRIFF no período ultrapassa o limite previsto para adesão ao SIMPLES, incidindo na vedação prevista no art. 9º, inciso IX desta mesma Lei.

Por seu turno, a DRJ reconheceu a interposição fictícia de pessoas no quadro societário da Recorrente, conforme fundamentos contidos na Representação Fiscal e no ADE, e portanto não houve inovação nos fundamentos como quer fazer crer a Recorrente. Ocorre que a DRJ afirmou que a interposição de pessoas no quadro societário de uma sociedade empresária constitui, em termos do código Civil, um caso de simulação, posto que “haverá simulação nos negócios jurídicos quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente conferem, ou transmitem. Confira-se o excerto do Acórdão:

[...]

O funcionamento das duas empresas (MARGRIFF e MGR) no mesmo complexo fabril; a convivência de seus empregados no mesmo ambiente de trabalho; a ausência de registro na contabilidade da Interessada (MGR) de máquinas, equipamentos, e despesas necessárias ao exercício de suas atividades; a ausência crônica de recursos financeiros para fazer frente às despesas da Interessada (MGR); a concentração de empregados na Interessada (MGR) e do faturamento na empresa MARGRIFF; a assinatura de diversos documentos da Interessada (MGR) pela Senhora Rosângela Teresinha Waldrich; não deixam dúvidas de que os sócios da empresa MARGRIFF Confecções Ltda (Rosângela Teresinha Waldrich e Sergio Tadeu Waldrich), visando usufruir indevidamente dos benefícios do SIMPLES, utilizaram-se da senhora Ida Hermes Waldrich (mãe de Sergio Tadeu Waldrich) e dos jovens Rafael Waldrich e Leonardo Waldrich (filhos de Rosângela e Sergio), para constituírem a Interessada (MGR) e figurarem formalmente como seus sócios.

Alguns desses elementos de prova e constatações, se forem analisados individualmente, podem até conferir à Interessada (MGR) um aparente caráter de normalidade, no entanto, quando apreciados todos em conjunto, comprovam que foi correta a análise das autoridades fiscais, uma vez que demonstram a interposição fictícia de pessoas no quadro societário da Interessada (MGR).

Restou configurada, portanto, uma das hipóteses de simulação prevista no artigo 167 do Código Civil brasileiro, que prescreve que "haverá simulação nos negócios jurídicos quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem". Esse tipo de simulação é chamado por Alberto Xavier (Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva. São Paulo: Dialética, 2001. p 55) de "interposição fictícia de pessoas" ou "simulação subjetiva".

Rejeito portanto a preliminar de nulidade do v. acórdão por alegada inovação na fundamentação jurídica.

A Recorrente alega nulidade da decisão de 1ª instância por alegada falta de apreciação de todos os fundamentos invocados na impugnação.

A decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça de defesa, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado. Sobre

a matéria, cabe indicar o entendimento emanado em algumas oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal¹:

Não há falar em negativa de prestação jurisdicional quando, como ocorre na espécie vertente, "a parte teve acesso aos recursos cabíveis na espécie e a jurisdição foi prestada (...) mediante decisão suficientemente motivada, não obstante contrária à pretensão do recorrente" (AI 650.375 AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 10-8-2007), e "o órgão julgante não é obrigado a se manifestar sobre todas as teses apresentadas pela defesa, bastando que aponte fundamentadamente as razões de seu convencimento" (AI 690.504 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, DJE de 23-5-2008). [AI 747.611 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 13-10-2009, 1ª T, DJE de 13-11-2009.] = AI 811.144 AgR, rel. min. Rosa Weber, j. 28-2-2012, 1ª T, DJE de 15-3-2012 = AI 791.149 ED, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 17-8-2010, 1ª T, DJE de 24-9-2010 (grifos do original).

A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente e da qual a pessoa jurídica foi regularmente cientificada. Há que se assinalar, por oportuno, que a DRJ consignou no acórdão que deixou de analisar as razões de defesa contra a configuração de grupo econômico de fato entre a Recorrente e a empresa MARGRIFF Confecções Ltda por não guardar pertinência com o ato de exclusão.

Portanto rejeito a preliminar de nulidade do v. acórdão por alegada falta de análise de todos os fundamentos da defesa.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória, aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo aos impostos e às contribuições estabelecido em cumprimento ao que determina no inciso X do art. 170 e no art. 179 da Constituição Federal de 1988 pode ser usufruído desde que as condições legais sejam preenchidas.

No presente caso, a Recorrente, optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Federal) foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo nº 13/2008 da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Blumenau/SC.

O FISCO afirmou, por meio de amplo e robusto lastro probatório, que havia unicidade empresarial da Recorrente com a empresa MARGRIFF e a utilização de interposta pessoa no seu quadro societário. Afirma que a constituição da Recorrente teve o objetivo de reduzir o valor das contribuições previdenciárias patronais.

Várias foram as constatações contidas na Representação Fiscal e abaixo sintetizadas:

- A MARGRIFF Confecções Ltda está localizada formalmente à Rua França 140, e a Recorrente na Rua França 150, embora façam parte do mesmo complexo fabril;

- Na parte administrativa da Recorrente foram encontrados empregados com identificação tanto da MARGRIFF quanto da Recorrente;

- Os sócios da MARGRIFF são pais dos sócios da Recorrente;

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A constituição e o supremo do art. 93. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

- O Termo de Início de Ação Fiscal tanto na MARGRIFF quanto na Recorrente foram assinados pela mesma pessoa, o sr. Sérgio Tadeu Waldrich, sócio da MARGRIFF;

- Não consta no Balanço Patrimonial da Recorrente a existência de máquinas ou equipamentos no seu ativo imobilizado, mas a empresa exercia atividades industriais desde 04/1997 com registro de 93 empregados em 2003, 70 empregados em 2004, 68 empregados em 2005, 87 empregados em 2006 e 103 empregados em 2007;

- Nos Livros Diários e Razão da Recorrente (n.ºs 07, 08, 09, 10 e 11) dos últimos cinco anos do período de 2003 a 2007 não constam registros de despesas com energia elétrica, água, esgoto ou telefone, conforme se verifica pelos Demonstrativos de Resultados às fls. 17, 20, 23, 26 e 29;

- A sra Rosângela Terezinha Waldrich assina também documentos relativos à Recorrente, como por exemplo Rescisões de Contrato de Trabalho, Contratos de Experiência, Aviso de Férias e outros;

- A Recorrente apresenta faturamento insuficiente para pagamento de despesas, comparativamente à empresa MARGRIFF. Foram os seguintes o faturamento, massa salarial e quantidade de empregados. A evolução do pagamento e da massa salarial foram os seguintes das duas empresas:

6.1. MGR

Exercício	Faturamento	Salários	Pró- labore	Total	Média seg.
2.003	495.720,00	400.021,42	10.800,00	410.821,42	93
2.004	512.720,00	358.404,52	7.100,00	365.504,52	70
2.005	293.760,00	363.366,18	6.880,00	370.246,18	68
2.006	445.193,44	549.557,79	8.100,00	557.657,79	87
2.007	550.800,00	736.480,06	8.940,00	745.420,06	103

6.2. MARGRIFF

Exercício	Faturamento	Salários	Pró- labore.	Total	Média seg.
2.003	4.408.250,79	32.617,71	33.951,90	66.569,61	08
2.004	5.066.846,72	57.213,07	34.069,20	91.282,27	12
2.005	5.995.232,24	52.354,59	34.300,00	86.654,59	10
2.006	7.415.061,32	49.974,02	57.565,45	107.539,47	09
2.007	8.791.587,01	19.207,48	68.907,96	88.115,44	04

- A administração das duas empresas é única, pois há documentos assinados pelas mesma pessoa, sra. Rosângela Terezinha Waldrich, que é sócia administrador da MARGRIFF;

A Representação Fiscal é conclusiva no sentido de que não se trata de duas empresa independentes, mas sim de um grupo econômico de fato que beneficiou-se do SIMPLES por não ter incluído desde o início das atividades da MGR Confecções Ltda (Recorrente) os verdadeiros sócios no seu quadro societário.

Contra a exclusão a Recorrente apresenta os seguintes argumentos:

- que a Recorrente e a empresa MARGRIFF são pessoas jurídicas distintas, com administração próprias e não caracterizam a formação de grupo econômico;

- que apesar de os sócios da Recorrente e da empresa MARGRIFF serem membros de uma mesma família, as empresas tem quadro societário distinto e mantém relação estritamente comercial, e refuta acusação de que a Recorrente teria sido constituída por interpostas pessoas;

- que a Recorrente atua no ramo de confecções de artigos de vestuário e presta serviços de confecção de roupas, conforme consta no seu contrato social e a empresa MARGRIFF atua no ramo atacadista e varejista de artigos vestuário, sendo esta sua única atividade, conforme consta no seu contrato social;

- que a Recorrente presta serviços de confecção à MARGRIFF e recebe a respectiva remuneração por esse serviço conforme comprovariam as notas fiscais e extratos bancários anexados aos autos;

- que a prestação de serviços da Recorrente à MARGRIFF ocorre desde 20 de abril de 1997, conforme contrato de locação originário e que foi renovado em 24 de outubro de 2005;

- que o serviço de terceirização que a Recorrente presta à MARGRIFF pode ser comprovada por notas fiscais de entrada e saída que comprovariam a remessa para industrialização da MARGRIFF para a Recorrente;

- que não concorrem para o caso concreto nenhum dos requisitos apontados pela Câmara Superior de Recursos Fiscais para que o ato negocial entre a Recorrente e a MARGRIFF seja qualificado de simulado;

Compulsando os autos constato o seguintes fatos:

Os sócios da Recorrente são os srs. Rafael Waldrich e Leonardo Waldrich ambos filhos de Sérgio Tadeu Waldrich e da sra. Rosangela Teresina Waldrich sócios da MARGRIFF. O fato de existir laço de parentesco entre os sócios das duas empresas não é suficiente, por si só, para afirmar que não havia independência entre as sociedades empresárias. Contudo, a idade dos sócios da Recorrente (Rafael Waldrich tinha 22 anos e Leonardo Waldrich 18 anos em 2003) põe em dúvida da real independência dos mesmos na gestão organizacional, administrativa e financeira da Recorrente

A MARGRIFF que tem como sócios o sr. Sérgio Tadeu Waldrich e a sra. Rosangela Teresina Waldrich, esta última foi nomeada bastante procuradora da Recorrente com poderes amplos para administrar a empresa, conforme procuração juntada às e-fls. 317-318. A sra Rosangela Teresina Waldrich, autorizada pela procuração bastante, e como constam nas assinaturas de documentos juntadas aos autos, exercia de fato a gerência da Recorrente e da MARGRIFF, esta última juntamente com seu cônjuge e sócio. Dessa forma fica caracterizada que não havia independência administrativa gerencial e financeira da Recorrente em relação à MARGRIFF.

A Fiscalização elaborou um quadro comparativo do faturamento, massa salarial e quantidade de empregados entre a Recorrente e a MARGRIFF, que reproduzo abaixo:

6.1. MGR

Exercício	Faturamento	Salários	Pró- labore	Total	Média seg.
2.003	495.720,00	400.021,42	10.800,00	410.821,42	93
2.004	512.720,00	358.404,52	7.100,00	365.504,52	70
2.005	293.760,00	363.366,18	6.880,00	370.246,18	68
2.006	445.193,44	549.557,79	8.100,00	557.657,79	87
2.007	550.800,00	736.480,06	8.940,00	745.420,06	103

6.2. MARGRIFF

Exercício	Faturamento	Salários	Pró- labore.	Total	Média seg.
2.003	4.408.250,79	32.617,71	33.951,90	66.569,61	08
2.004	5.066.846,72	57.213,07	34.069,20	91.282,27	12
2.005	5.995.232,24	52.354,59	34.300,00	86.654,59	10
2.006	7.415.061,32	49.974,02	57.565,45	107.539,47	09
2.007	8.791.587,01	19.207,48	68.907,96	88.115,44	04

A situação acima retratada e a constatação de que a Recorrente, conforme os documentos contábeis do período 2003 a 2007 (Balanço Patrimonial e Demonstração do Resultado do exercício) só realizou prejuízo contábil, tendo apresentado Patrimônio Líquido Negativo em todo esse período. Este então é mais um indício de que a Recorrente não tinha independência financeira.

Constata-se pelas notas fiscais juntadas aos autos que a Recorrente prestava serviço exclusivamente à MARGRIFF, o que juntamente com os documentos contábeis que demonstram a realização de resultado negativo em todo o período de 2003 a 2007, e a procuração bastante outorgada à sócia da MARGRIFF (mãe dos sócios) para administração da Recorrente, demonstram cabalmente que havia unicidade administrativa e financeira entre a Recorrente e a MARGRIFF.

Os elementos apresentados confirmam a constituição de empresa interposta apenas para se enquadrar na sistemática de recolhimento do Simples Nacional, e, por consectário lógico, impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte do Fisco da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

A Recorrente e a empresa MARGRIFF compõem um único negócio. A liberdade de organização permite que o contribuinte organize o seu negócio da maneira que lhe aproveitar, entretanto, não pode fazê-lo de forma abusiva, simulando e enganando o Fisco para aproveitar benefícios tributários a que não faz jus.

Conquanto a interposição de pessoas não possa realmente ser deduzida de um único indício, entendo que o conjunto de indícios demonstra a ocorrência de simulação subjetiva. Aliás, a comprovação de simulação, em geral, se dá por provas indiretas, sendo raro se projetar através de provas diretas. As provas carreadas aos autos, em seu conjunto, demonstram que a Recorrente, de fato, foi constituída por pessoas físicas diferentes das que formalmente eram suas sócias.

O conjunto probatório juntado aos autos demonstrou a artificialidade da estrutura operacional da Recorrente. A conduta fraudulenta, com a constituição de pessoa jurídica supostamente independente, objetivou a inclusão indevida no SIMPLES e a obtenção do benefício da redução dos tributos e contribuições.

Evidenciado que a forma jurídica adotada não reflete o fato concreto, o Fisco encontra-se autorizado legalmente a determinar os efeitos tributários decorrentes do negócio realmente realizado no lugar daqueles que seriam produzidos pelo negócio retratado na forma simulada pelas partes.

Por derradeiro, no Acórdão 9101.004.333, de 07 de agosto de 2019 a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais entendeu que configura-se simulação e fraude quando os elementos probatórios indicam que duas ou mais sociedades empresárias constituem um único empreendimento de fato, sendo que uma delas se utiliza na execução de suas atividades fins da força de trabalho formalmente vinculada à outra que, por sua vez é optante do SIMPLES.

FRAUDE E SIMULAÇÃO. PESSOA INTERPOSTA

Configura-se simulação e fraude quando os elementos probatórios indicam que duas ou mais sociedades empresárias constituem um único empreendimento de fato, sendo que uma delas se utiliza, na execução das suas atividades fins, da força de trabalho formalmente vinculada à outra que, por sua vez, é optante pelo regime simplificado de tributação (Simples Nacional).

Configurado, portanto, que os sócios de fato da Recorrente são os sócios da empresa MARGRIFF, comprova-se a constituição de empresa por interposta pessoa, situação que enseja sua exclusão do SIMPLES nos termos do inciso IV do art. 14 c/c o inciso IX do art. 9 da Lei nº 9.317/96 pelo fato da receita do empreendimento extrapolar o limite a optantes do SIMPLES.

Quanto aos seus efeitos, o ato de exclusão surte efeito a partir da ocorrência das situações excludentes, ainda que coincida com a data do início das atividades, termo a partir do qual fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. Este é o entendimento constante na decisão definitiva de mérito proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em recurso especial repetitivo nº 1.124.507/MG, cujo trânsito em julgado ocorreu em 16.06.2010 e que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. Esclareça-se que o ato de exclusão tem caráter meramente declaratório, de modo que seus efeitos retroagem à data da efetiva ocorrência da situação excludente.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.124.507 - MG (2009/0029627-7)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

EMENTA:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 e 468 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. LEI 9.317/96. SIMPLES. EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 15,

INCISO II, DA LEI 9.317/96. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Controvérsia envolvendo a averiguação acerca da data em que começam a ser produzidos os efeitos do ato de exclusão do contribuinte do regime tributário denominado SIMPLES. Discute-se se o ato de exclusão tem caráter meramente declaratório, de modo que seus efeitos retroagiriam à data da efetiva ocorrência da situação excludente; ou desconstitutivo, com efeitos gerados apenas após a notificação ao contribuinte a respeito da exclusão.

2. Não merece conhecimento o apelo especial quanto às alegações de contrariedade aos artigos 458 e 535 do CPC, porquanto a recorrente apresentou argumentação de cunho genérico, sem apontar quais seriam os vícios do acórdão recorrido, que justificariam sua anulação. Incidência da Súmula 284/STF. **I**

3. No caso concreto, foi vedada a permanência da recorrida no SIMPLES ao fundamento de que um de seus sócios é titular de outra empresa, com mais de 10% de participação, cuja receita bruta global ultrapassou o limite legal no ano-calendário de 2002 (hipótese prevista no artigo 9º, inciso IX, da Lei 9.317/96), tendo o Ato Declaratório Executivo n. 505.126, de 2/4/2004, da Secretaria da Receita Federal, produzido efeitos a partir de 1º/1/2003.

4. Em se tratando de ato que impede a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES em decorrência da superveniência de situação impeditiva prevista no artigo 9º, incisos III a XIV e XVII a XIX, da Lei 9.317/96, seus efeitos são produzidos a partir do mês subsequente à data da ocorrência da circunstância excludente, nos exatos termos do artigo 15, inciso II, da mesma lei. Precedentes.

5. O ato de exclusão de ofício, nas hipóteses previstas pela lei como impeditivas de ingresso ou permanência no sistema SIMPLES, em verdade, substitui obrigação do próprio contribuinte de comunicar ao fisco a superveniência de uma das situações excludentes.

6. Por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte, é que a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão.

7. No momento em que opta pela adesão ao sistema de recolhimento de tributos diferenciado pressupõe-se que o contribuinte tenha conhecimento das situações que impedem sua adesão ou permanência nesse regime. Assim, admitir-se que o ato de exclusão em razão da ocorrência de uma das hipóteses que poderia ter sido comunicada ao fisco pelo próprio contribuinte apenas produza efeitos após a notificação da pessoa jurídica seria permitir que ela se beneficie da própria torpeza, mormente porque em nosso ordenamento jurídico não se admite descumprir o comando legal com base em alegação de seu desconhecimento.

8. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido

A exclusão, portanto , surte os seus efeitos a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nos termos do inciso II do art. 15 da Lei n.º 9.317/96, no presente caso a partir de 01/01/1998.

Há que se consignar que a DRJ já tinha corrigido o termo final da exclusão no ADE para 30/06/2007, declarando sem efeito o ADE no período de 01/07/2007 a 31/12/2007 por este período estar sob vigência da Lei Complementar n.º 123/2006 que instituiu o SIMPLES Nacional.

Por todo o acima exposto, voto em rejeitar as nulidades suscitadas, e , no mérito, em negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama