



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

Processo nº 13963.000437/2006-19
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1001-002.036 – Turma Extraordinária / 1ª Turma
Sessão de 1 de setembro de 2020
Matéria SIMPLES FEDERAL - EXCLUSÃO
Recorrente ROSCEL INDUSTRIA DO VESTUARIO LTDA - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

SIMPLES FEDERAL PESSOA JURÍDICA RESULTANTE DE
DESMEMBRAMENTO EXCLUSÃO

ANO-CALENDÁRIO 2002

Não pode optar pelo Simples Federal a pessoa jurídica: que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência da Lei 9.317/96.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Sérgio Abelson- Presidente.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Sérgio Abelson (presidente), Andréa Machado Millan, André Severo Chaves e José Roberto Adelino da Silva.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão, número 07-18.127 da 6ª Turma da DRJ/FNS, o qual indeferiu a Manifestação de Inconformidade contra o ADE DRF/FNS nº 37, de 7 de julho de 2008, por ser resultado de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, fato que importa em hipótese de exclusão conforme

previsto no inciso XVII, do artigo 9º, da Lei 9.317/96. Exclusão produzindo efeitos a partir de 01/01/2002..

A ora recorrente apresentou a manifestação de inconformidade, onde, em síntese, alega que não houve cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da empresa, além de ter havido cerceamento do seu direito de defesa e, ainda que a exclusão não poderia ser promovida a partir de representação feita pela Previdência Social, sem efetuar levantamentos próprios, com direito a larga instrução probatória e ao contraditório, caracteriza cerceamento de defesa e que esta não poderia ter encaminhado representação à SRF de situação que não esteja prevista exclusivamente no art. 13, II, da Lei 9.317/96 e, ainda, afirma que:

- A Notificação Fiscal lançada pela Previdência é improcedente e está sendo discutida.
- Os sócios não são oriundos da empresa da qual diz-se desmembrada
- Na iniciativa privada, tudo o que a lei não proíbe é permitido.
- Sua atividade é industrialização de parte da produção de outra empresa.
- A exclusão não pode ter efeitos a partir de data retroativa.
- Não ode ser exigido crédito tributário referente a período superior a 5 anos.

A DRJ proferiu o seu voto, inicialmente, alega que o processo teve início com uma Representação Administrativa proveniente de fiscalização da Previdência Social, que entendeu estar comprovada a hipótese de cisão ou outra forma de desmembramento, com base nos elementos a seguir listados:

No resumo do relatório, à folha 49, encontro o seguinte texto :

Como resultado da análise documental e dos procedimentos de auditoria fiscal da Previdência Social, ficou configurado o seguinte quadro:

A despeito da aparente distinção formal entre o sujeito passivo e as pessoas jurídicas Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP e Indústria e Comércio de Confecções Cechinel Ltda, na verdade o conjunto delas constitui uma só empresa. Identidade da atividade econômica (confecção e comércio de peças do vestuário), situação geográfica e configuração (planta industrial) do estabelecimento sede do sujeito passivo e da pessoa jurídica Roscel Indústria do Vestuário EPP além da simbiose administrativa e de uma gestão empresarial atípica são, entre outros, indicativos contundentes da unicidade empresarial do sujeito passivo, que emerge como verdadeiro empregador.

O emprego de simulação com evidente objetivo de elidir a contribuição previdenciária patronal retira a validade jurídica do ato formal, devendo prevalecer a real situação fática, com base no princípio da verdade material.

É inconcebível que o sujeito passivo, que congrega tal quantidade de trabalhadores, com parque fabril desta dimensão, tenha usufruído indevidamente do sistema de tributação SIMPLES. O tratamento tributário simplificado e favorecido, instituído pela lei 9.317/96. não é dirigido a empreendimento industrial deste porte.

As teses desenvolvidas pela fiscalização são que a empresa Confecções Roscel Ltda "industrializa seus produtos (confecções) através de sua própria fábrica, apenas formalmente identificada por Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP e os

comercializa posteriormente por meio de sua rede de lojas e pelo posto de vendas (direto da fábrica) denominado Indústria e Comércio de Confecções Cechinel Ltda ME." (folha 67) e que a empresa Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP foi desmembrada de Confecções Roscel Ltda e de Indústria e Comércio de Confecções Cechinel Ltda.

A fundamentação legal foi o inciso XVII, do art. 9º, da Lei 9.317/96:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

XVII - que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência desta Lei;

Afirma, então que o primeiro ponto a verificar é se a data de constituição da empresa é da vigência da Lei 9.317/1996 e foi. De acordo com o contrato social a empresa foi criada em 01/12/99 (registra na Junta Comercial em 10/01/2000).

Ainda, que o segundo ponto a ser verificado é se existem elementos de prova de desmembramento, peço a devida vênia para reproduzir:

Inicialmente a Roscel Indústria do Vestuário Ltda foi constituída em 10/01/2000, a Confecções Roscel foi constituída em 01/09/79 e a Indústria e Comércio de Confecções Cechinel Ltda em 01/03/84. O primeiro requisito para uma empresa ser desmembrada de outra é a pré existência desta última, o que se comprova pelas datas de constituição.

Listarei abaixo, tendo por base o Relatório Fiscal já referenciado, diversas situações cuja descrição consta do tópico "6. Primazia da Realidade".

Dentre os princípios que norteiam o processo administrativo tributário, encontra-se o da verdade material, como meio garantidor da certeza do crédito tributário, no qual se deve buscar a realidade dos fatos.

A despeito da apresentação formal de sociedades empresárias aparentemente distintas, constatou-se a efetiva existência de uma única empresa, sujeito passivo deste lançamento.

A existência formal da pessoa jurídica Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP, que na prática representa o setor industrialização ou a fábrica do sujeito passivo, somente pode ser justificada como artifício para obtenção indevida de tratamento tributário simplificado e favorecido instituído pela Lei do Simples

A denominada Indústria e Comércio de Confecções Cechinel Ltda comercializa (posto de vendas) os produtos (confecção) da Roscel. Convém destacar a conveniência em manter ativa a Indústria e Comércio de Confecções Cechinel Ltda face confortável parcelamento especial (REFIS) de débito junto ao INSS no valor de R\$ 470.164,42 com prestações mensais no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais).

No item "6.3. Auditoria visita instalações do sujeito passivo", fica comprovado que as duas empresas funcionam no mesmo prédio, cujo terreno possui frente para a Rodovia Luiz Rosso e fundos para a Rua Raymundo Pucker. Isso explica o endereço de uma empresa com sendo Rodovia Luiz Rosso e da outra como Rua Raymundo Pucker.

Da folha 61, extraio o seguinte texto:

Não há qualquer delimitação física ou impedimento para o trânsito de pessoas ou mercadorias entre a edificação frontal (administração/refeitório/estilistas) e o espaço do pavilhão dedicado à industrialização ou fábrica do sujeito passivo. Inconcebível cogitar que naquele imóvel, com planta industrial assim configurada, possam conviver duas empresas distintas. Evidente que não. Trata-se de uma só empresa com a sua área administrativa e setor industrial ou fábrica.

Enfim, fica claro tratar-se de uma só empresa e os trabalhadores embora formalmente registrados na pessoa jurídica Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP estão subordinados a um só empregador: O sujeito passivo Confecções Roscel Ltda.

A supremacia dos fatos revela tratar-se, verdadeiramente, de uma só empresa. Entretanto, ao fracioná-la simuladamente, apresentando formalmente a coexistência de pessoas jurídicas distintas, foi criada a possibilidade para a obtenção indevida do tratamento tributário favorecido do Simples para a pessoa jurídica Roscel Indústria do Vestuário EPP. Fruto do artifício, o sujeito passivo provoca evasão das contribuições referentes à parte da empresa, legalmente devidas a Seguridade Social.

No item "6.4. Gestão empresarial atípica", está demonstrado que empregados de uma empresa praticam atos de gestão noutra e vice-versa. Transcrevo texto das folhas 83 e 84.

Procedimentos e atuação administrativa de empregados do sujeito passivo revela uma gestão empresarial atípica. Na verdade o sujeito passivo busca aparentar uma distinção formal das demais pessoas jurídicas (Roscel Indústria do Vestuário e Indústria e Comércio de Confecções Cechinel) e na prática entretanto, fica demonstrado o estreito relacionamento. Trabalhadores formalmente vinculados a uma empresa praticam atos administrativos em nome de outra, numa verdadeira comunhão administrativa.

Exemplifica essa gestão atípica demonstrando que o contador Zalmir Ribeiro da Silva, que no período 01/02/02 a 30/06/05 era empregado da empresa Confecções Roscel, assinava termos de rescisão de contrato de trabalho, recibos de férias, GFIP, GRFP, termo de encerramento de livro registro de empregados, etc, todos da Roscel Indústria do Vestuário. No dia seguinte à sua rescisão com a Confecções Roscel, iniciou seus trabalhos formalmente na Roscel Indústria do Vestuário Ltda, e continuou a assinar documentos em nome da Confecções Roscel. Além disso, mesmo sem vínculo, também assinava pela Indústria e Comércio de Confecções Cechinel.

Outro exemplo é o da também contadora Solange G. de C. Pirovano, empregada de Confecções Roscel entre 03/01/2000 e 10/01/2002 e que assinava vários documentos e constava como contato nos protocolos de envio de arquivos Sefip das duas empresas, tanto da Confecções Roscel quanto da Roscel Indústria do Vestuário Ltda.

Seguem os relatos:

O contador, Sr. Zalmir Ribeiro da Silva, atua de forma tão indiscriminada nas empresas, independentemente do vínculo empregatício formal, que chega a figurar, num mesmo documento, como representante de duas empresas aparentemente distintas. Na correspondência dirigida a Confecções Roscel Ltda em 06/05/2003, o Sr. Zalmir subscreve a correspondência em nome da Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP e confirma o seu recebimento na qualidade de representante da Confecções Roscel Ltda.

A funcionária Juliana Bombana Bresolin, formalmente registrada na Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP em 01/02/2002, na função de secretária está incluída na folha de pagamento. Entretanto subscreve correspondências a clientes da Confecções Roscel Ltda...

Os fatos se repetem. Trabalhadores formalmente registrados em pessoa jurídica diversa daquela em que efetivamente prestam serviços. A prática de atos administrativos nestas condições denunciam uma gestão empresarial atípica e indicam a existência de um único empregador.

O item "6.5. Das ações trabalhistas", descreve situações em que os ex-empregados, na justiça do trabalho, esclarecem as práticas entre as três empresas, Confecções Roscel, Roscel Indústria do Vestuário e Indústria e Comércio de Confecções Cechinel.

Após relatadas algumas situações, assim é apresentado o fecho desse item: Na verdade a junção do sujeito passivo Confecções Roscel Ltda com as duas pessoas jurídicas Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP e Indústria e Comércio de Confecções Cechinel Ltda forma uma só empresa. Este é o fato. Embora no plano formal aparentem alguma distinção, a realidade demonstra que os trabalhadores laboram num mesmo estabelecimento, dedicados a uma mesma atividade econômica, subordinados ao mesmo empregador. Concretamente, em outras palavras temos:

a) Idêntica atividade econômica: Tanto o sujeito passivo quanto as pessoas jurídicas abrangidas dedicam-se a mesma atividade econômica. Qual seja, a indústria e comércio de confecções em geral.

b) Mesmo endereço: Conforme se observa no quadro anteriormente apresentado, o sujeito passivo e a pessoa jurídica Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP, compartilham o mesmo estabelecimento, num mesmo imóvel na rodovia Luiz Rosso, fundos com a Raymundo Pucker, no bairro São Luiz, na cidade de Criciúma/SC.

c) Uma só empresa ou empregador: Todas as provas indicam a existência de um único empregador: Confecções Roscel Ltda, sujeito passivo do lançamento.

Segue o relatório como item "6.6. Caminhão X motorista" (folhas 86 e 87), onde está demonstrado que os caminhões são patrimônio da empresa Confecções Roscel Ltda, enquanto seus motoristas são empregados da Roscel Indústria do Vestuário Ltda, optante do Simples.

Também nesse item outro aspecto é apresentado e abaixo transcrito:

As notas fiscais também apontam para outro indicativo da unicidade do sujeito passivo. Tanto nas notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo como naquelas da pessoa jurídica Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP o número de telefone informado é um só: 433-4388... (grifei)

O item "6.7. Despesas da Fábrica pagas pelo sujeito passivo" (folhas 87, 63 e 60), comprova que uma empresa paga despesas da outra. Para ilustrar reproduzo um pequeno trecho:

Inúmeras outras despesas realizadas pela fábrica, ou seja, relativas a pessoa jurídica Roscel Indústria do Vestuário Ltda, tais como compra de insumos, água e esgoto, contribuição para sindicato da classe, contribuições para o INSS, assistência

médica, refeição, etc, são pagas pelo sujeito passivo Confecções Roscel Ltda, numa clara demonstração da unidade da empresa...

No item "6.8. Os vínculos empregatícios, massa salarial e faturamento" novamente se demonstra a relação entre as 3 empresas e a forte transferência de empregados da Indústria e Comércio de Confecções Cechinel para a Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP.

Reproduzo abaixo alguns trechos desse item:

No quadro abaixo é possível constatar a desproporcional relação entre a quantidade de empregados e o faturamento. Repete-se a partilha que usualmente se verifica: Empregados e encargos trabalhistas para a empresa integrante do Simples e patrimônio/faturamento com o verdadeiro empregador (Confecções Roscel Ltda).

Os números permitem considerar um outro fator inusitado: A pessoa jurídica Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP inicia suas atividades em 01/2000, contrata quase uma centena de empregados e passa a apresentar algum faturamento somente no final de 2002. O início do faturamento estaria representado com a nota fiscal de saída número 000007 (cópia anexa) emitida em 08/01/2003. Que empresa poderia resistir quase 3 anos sem faturamento?

A partir de 2000 o quadro de empregados da Indústria e Comércio de Confecções Cechinel Ltda é drasticamente reduzido. Como se vê abaixo, os vínculos são remanejados para a integrante do Simples Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP. O fracionamento do quadro funcional e conseqüentemente da folha de pagamento do sujeito passivo é inconteste. Como vimos a maioria dos empregados está lotada no setor de industrialização ou fábrica, como denominada formalmente a pessoa jurídica Roscel Indústria do Vestuário Ltda - EPP.

Feita transferência em massa de empregados da Indústria e Comércio de Confecções Cechinel Ltda para a Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP. A leitura correta do fato é a alocação formal de vínculos empregatícios nos setores de uma só empresa, a fim de atender os interesses do sujeito passivo, único empregador.

Fica patente que toda movimentação de empregados ocorre dentro de uma mesma empresa, ou seja, do sujeito passivo Confecções Roscel Ltda.

Continuando a análise da DRJ:

Neste caso, além das vantagens do Simples, também houve o gozo das vantagens do Refis, como acima descrito. Fica evidente a transferência de empregados da Indústria e Comércio de Confecções Cechinel para a Roscel Indústria do Vestuário Ltda, o que indica uma forma de desmembramento.

A descrição segue com o item "6.9. Demonstrações contábeis — patrimônio, as receitas e as despesas" (folhas 66 e 67), onde está registrado que as máquinas e os equipamentos utilizados pela Roscel Indústria do Vestuário, são todos de propriedade da Confecções Roscel Ltda.

A transferência de todas as máquinas e equipamentos de uma empresa para outra também evidencia a ocorrência de uma forma de desmembramento. Destaque-se que a Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP, em todo o período em questão sempre industrializou sem ter a propriedade de máquinas e equipamentos.

A análise do razão da pessoa jurídica Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP (fábrica), no período considerado (2003 a 2005), revela que os registros contábeis referem-se basicamente a receita de industrialização (fiação ou industrialização de produtos) e despesas ou encargos com a folha de pagamentos (INSS, 13º salário). A

receita dos serviços de facção prestados pela fábrica é registrada por meio de simples recibos, conforme se verifica nas cópias anexadas a título de amostragem.

Inexiste qualquer lançamento daquelas despesas de manutenção da atividade, imprescindíveis para continuidade do negócio, tais como assistência médica e fornecimento de refeições para os empregados, assistência técnica de máquinas e equipamentos, despesas com fornecimento de água e esgoto, etc. O fato não chega a causar espécie, pois conforme relatado anteriormente, essas despesas são todas assumidas e pagas pelo sujeito passivo. Destaque-se ainda que o imóvel, máquinas e equipamentos que guarnecem a fábrica, todo patrimônio enfim, é de propriedade da Roscel Confeções Ltda

Para finalizar esse resumo da situação fática, apresento trechos do item "6.2. Verdadeiro dono — Fato público". Primeiramente devo informar que a gerência e 99% do patrimônio da empresa Confeções Roscel pertencem a Fabio Motta Cechinel; que 95% e a gerência de Roscel Indústria do Vestuário Ltda são de Fabricio Motta Cechinel; que a propriedade da Indústria e Comércio de Confeções Cechinel está dividida 50 a 50% entre Fabio e Fabricio; que a Roscel Confeções foi fundada por Celso Cechinel e Rosimeri Maria Motta Cechinel e que estes são pais de Fabio e Fabricio.

Além da unicidade do sujeito passivo, a identidade do verdadeiro empregador é acima de tudo um fato público. Conjugado, com vários outros indícios que apontam para o Sr. Celso Cechinel como sendo de fato o verdadeiro diretor ou administrador do sujeito passivo, matéria publicada em 31/07/2006 no jornal "A Tribuna" ratifica este entendimento e dá publicidade ao fato.

A notícia intitulada "Fiorucci quer renascer nas mãos da Roscel", trata do retorno da marca Fiorucci através da celebração de licenciamento com a Roscel de Criciúma. A reportagem identifica claramente, no trecho abaixo transcrito, o empresário Celso Cechinel como diretor da Roscel.

"Celso Cechinel, diretor da Roscel, afirma que a Fiorucci lançará no Brasil, além das roupas em jeans e malha, uma linha de óculos, roupas de tricô, (a ser fabricada pela Diana, de Jaraguá do Sul, maior empresa do ramo no Estado), uma linha de chapéus e bolsas de palha (fabricadas pela Marcatto, do Rio Grande do Sul), além de cadernos personalizados e perfumes."

O diretor Celso Cechinel presta ainda vários esclarecimentos a respeito do aludido licenciamento e reconhece publicamente que a optante Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP é a própria fábrica do sujeito passivo. Ou seja, ratifica o entendimento já expedido no sentido de que a denominada Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP possui existência meramente formal sendo que na prática funciona como a fábrica ou setor de industrialização do sujeito passivo Confeções Roscel Ltda. A assertiva é de uma clareza solar. Vejamos o trecho:

"Podemos comercializar também em Criciúma, dependendo do perfil das loja, afirma Cechinel. O contrato de licenciamento é válido por cinco anos, renovável por outros cinco. Para fabricar as peças em malha, a Roscel irá terceirizar a produção, como já ocorre com a própria marca. A fabricação das roupas em jeans acorrerá na própria fabrica, que possui uma capacidade produtiva de 60 mil peças por mês, mas que atualmente utiliza apenas metade disso. O que conseguimos vender no mercado hoje são 30 mil peças afirma."

Em reunião realizada nas dependências do INSS, acompanhado do advogado Edemar Soratto, o gerente contratual do sujeito passivo e da pessoa jurídica Indústria

e Comércio de Confecções Cechinel Ltda, Sr. Fábio Motta Cechinel, assegurou que não foi outorgado qualquer poder ao empresário Celso Cechinel para representar ou prestar declarações em nome da empresa. Entretanto, indagado a respeito da publicação acima comentada, limitou-se a explicar, visivelmente constrangido, que o seu pai "gosta de dizer que é dono da empresa".

Ao final deste item, são apresentados documentos assinados pelo senhor Celso Cechinel como representante da Roscel Indústria do Vestuário Ltda e Confecções Roscel Ltda.

A DRJ, então segue a sua análise:

Entendo que o conjunto de provas acerca da gestão, dos ativos imobilizados, da localização, do pagamento de despesas, da transferência de empregados e de todas situações atípicas, demonstram a vinculação e permitem concluir que a Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP foi criada a partir da Indústria e Comércio de Confecções Cechinel e da Confecções Roscel, para que o grupo econômico usufruísse dos benefícios do Simples e do Refis e que a existência autônoma da empresa não existe.

Fica evidente que está presente a hipótese de "qualquer outra forma de desmembramento" na constituição da empresa Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP.

Constituir uma empresa dessa forma pode ser legal, porém o que é evidentemente ilegal é incluí-la no Simples.

Até esse momento, concluo que o contribuinte usufruiu indevidamente do tratamento favorecido destinado as micro e pequenas empresas, que por essa razão obteve significativa vantagem financeira, que promoveu concorrência desleal em relação aos cumpridores da lei e que o Estado brasileiro não deve se omitir frente a essa situação.

A alegação do contribuinte que não há a ocorrência de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento, por tudo o que acima foi apresentado, foi por terra.

Quanto ao cerne da questão, a verdade material deve prevalecer e a empresa deve ser excluída do Simples.

Contribuinte questiona aspectos formais, como o processo de exclusão ter se iniciado numa representação proveniente de outro órgão da administração pública, que cumprindo a lei, representou para quem detinha o poder de agir. Verifica-se que todo procedimento administrativo se deu na forma da lei e que os argumentos não procedem.

Questiona também a fundamentação legal e a retroação da exclusão. A fundamentação legal está descrita no ADE e foi entendida pelo contribuinte, como se percebe pelo texto da manifestação de inconformidade. A exclusão produzir efeitos a partir de 01/01/2002, é obediência ao inciso II, do parágrafo 1º, do artigo 24 da Instrução Normativa SRF 608/2006.

Art. 24. A exclusão do Simples nas condições de que tratam os arts. 22 e 23 surtirá efeito:

§ 12 Para as pessoas jurídicas enquadradas nas hipóteses dos incisos III a XIII e XVI a XVII do art. 20, que tenham optado pelo Simples até 27 de julho de 2001, o efeito da exclusão dar-se-á a partir:

II - de 12 de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002.

O último ponto é que o contribuinte requer o reconhecimento do prazo decadencial de 5 anos num processo que não trata de crédito tributário. Julgo o pedido impertinente.

Cientificada em 19/01/2010 (fl.436), a recorrente apresentou o recurso voluntário em 17/02/2010 (fl 437).

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva - Relator

Inconformada, a recorrente apresentou o Recurso Voluntário, tempestivo, que apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, previstos no Decreto 70.235/72, portanto, dele eu conheço.

Em seu extenso recurso, a recorrente traz uma descrição dos fatos reafirmando o que descrito em sua manifestação de inconformidade, afirmando ser ilegal e arbitrária a sua exclusão e, inconformada, com a decisão de primeira instância, apresenta o seu recurso.

Inicialmente, apresenta uma preliminar de cerceamento do direito de defesa, basicamente, baseada no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal - CF, posto ter o ADE determinado a sua exclusão retroativa o que está em conflito com as normas processuais reinantes, já que sequer teve a destreza de apresentar a fundamentação legal do fato da exclusão e que, portanto (segue transcrição):

Com efeito, ao excluir a recorrente de ofício baseada somente nas suposições apuradas pela Previdência, sem realizar os próprios levantamentos, com direito a larga instrução probatória e ao contraditório, a decisão sumária e arbitrária tomada pelo Delegado da Receita Federal em Florianópolis caracteriza inequívoco cerceamento de defesa.

Isso porque, a representação a que alude o art. 15, § 4º, da Lei nº 9.317/96 não permite que haja a exclusão de ofício pela Receita Federal do Brasil.

Ela apenas determina que caso a Previdência constate uma das situações de exclusões previstas no art. 13, II, da mencionada lei, este deva representar A SRF..

Assim, mais que configurado está o cerceamento de defesa. Na verdade, não só o cerceamento de defesa se caracteriza em malsinado ADE, mas também o seu perfil ilegal e arbitrário que acarreta sua conseqüente nulidade.

...

Note-se que são duas, e apenas duas, as situações em que a representação da Previdência deverá ocasionar a exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES.

Ambas estão previstas no art. 13, II, uma na alínea a e a outra na alínea b. Nenhuma destas duas situações, certamente, se coaduna com o Ato Declaratório Executivo de exclusão da recorrente. A primeira trata da exclusão da pessoa jurídica caso essa venha incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º; a outra, por sua vez, trata da situação de ultrapassagem do limite de receita bruta mensal no ano-calendário de início das atividades.

Ao que consta das razões de desencadearam o Ato Declaratório Executivo nº 37, a recorrente foi excluída do SIMPLES, por representação encaminhada pela Previdência, em razão da situação prevista no art. 9º, XVII, da Lei nº 9.317/96, que trata da "empresa resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica".

Continua nesta linha de que não é lícita a exclusão da empresa sem a apuração dos fatos, apesar de haver um extenso número de provas, notas fiscais, faturas e outros tantos documentos contábeis e fiscais anexados ao processo, como bem o prova o termo de intimação (fl 39) e os três volumes do processo.

Além disso, a empresa foi excluída com base no art. 9º, da Lei 9.317/96, ou seja a representação atendeu exatamente ao art. 15, parágrafo 4º, do mesmo diploma legal:

§ 4º Os órgãos de fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social ou de qualquer entidade conveniente deverão representar à Secretaria da Receita Federal se, no exercício de suas atividades fiscalizadoras, constatarem hipótese de exclusão obrigatória do SIMPLES, em conformidade com o disposto no inciso II do art. 13. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 1998)

O artigo 13, inciso II, da mesma lei, dispõe:

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

Exatamente como foi procedido, ressaltando que esta alegação já fora trazida em sede de manifestação de inconformidade, tendo sido analisada pela DRJ, corretamente.

Portanto, o ADE foi emitido em estrita consonância com a lei, sendo descabida a preliminar de cerceamento do direito de defesa, posto que não feriu a nenhuma das situações previstas no art. 59, do Decreto 70.235/72:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

No mérito, insiste na tese de que a o processo originou-se da representação da Previdência e que não pode haver a exclusão do Simples porque a notificação fiscal da previdência (SIC) ainda está em discussão administrativa e que enquanto não houver o trânsito em julgado (sic) não poderá haver a exclusão do Simples (cita a CF), embora este PAF não tenha nenhuma relação direta com o que comenta.

Repete os argumentos trazidos em sede de Manifestação de Inconformidade:

- os sócios não são oriundos de outra empresa, *e se tratam de pessoas físicas sem nenhum impedimento legal para exercer atividade econômica, declaram regularmente o imposto de renda, têm endereço certo e sempre estiveram à frente dos negócios enquanto a empresa existiu.*
- *Nas relações particulares tudo o que a lei não proíbe é permitido. Assim, não é vedado que uma empresa industrialize para terceiros sua produção. Isto não é ilegal.*

Cita o art. 170 da CF e reitera que o que ocorre a industrialização por encomenda, citando a doutrina para explicar como funciona a operação, reclama mais uma vez da retroatividade da exclusão, citando a doutrina.

Mais uma vez, afirma ter sido operada a decadência, art. 150 e o 173, ambos do Código Tributário Nacional - CTN, esquecendo-se de que não há crédito tributário em discussão, cita também a doutrina. Culmina, requerendo o provimento do seu recurso:

a) decretar o cancelamento do Ato Declaratório Executivo no 37, pelo reconhecimento da preliminar de cerceamento de defesa e de ilicitude cometida pelo combatido Ato;

b) no mérito, decretar a anulação do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 37/2008, pois ausente a materialidade para sua expedição, já que a discussão administrativa no âmbito da Previdência ainda não foi encerrada, bem como improcedentes são os argumentos utilizados pela Previdência para excluir a recorrente do SIMPLES;

c) subsidiariamente, caso se mantenha o combatido Ato Declaratório Executivo, declarar que seus efeitos só podem surtir efeitos a partir da data de sua publicação;

d) por fim, em última e remota possibilidade, reconhecer a decadência tributária de período superior a 5 (cinco) anos, nos termos do Código Tributário Nacional.

Como se vê, nenhuma prova material foi trazida em sede de recurso voluntário, apenas as mesmas razões teóricas e vagas desprovidas de uma base fática.

As alegações da recorrente, apresentadas na manifestação de inconformidade e repetidas no recurso voluntário, já foram minuciosas, precisa e exaustivamente analisadas no acórdão recorrido, cujo voto transcrevo, parcialmente, adotando seus argumentos como minhas razões de decidir, com base no artigo com base no artigo 50, da Lei 9.784/99 e parágrafo 3º, ao artigo 57, do RICARF:

Entendo que o conjunto de provas acerca da gestão, dos ativos imobilizados, da localização, do pagamento de despesas, da transferência de empregados e de todas situações atípicas, demonstram a vinculação e permitem concluir que a Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP foi criada a partir da Indústria e Comércio de Confecções Cechinel e da Confecções Roscel, para que o grupo econômico

usufruisse dos benefícios do Simples e do Refis e que a existência autônoma da empresa não existe.

Fica evidente que está presente a hipótese de "qualquer outra forma de desmembramento" na constituição da empresa Roscel Indústria do Vestuário Ltda EPP.

Constituir uma empresa dessa forma pode ser legal, porém o que é evidentemente ilegal é incluí-la no Simples.

Até esse momento, concluo que o contribuinte usufruiu indevidamente do tratamento favorecido destinado as micro e pequenas empresas, que por essa razão obteve significativa vantagem financeira, que promoveu concorrência desleal em relação aos cumpridores da lei e que o Estado brasileiro não deve se omitir frente a essa situação.

A alegação do contribuinte que não há a ocorrência de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento, por tudo o que acima foi apresentado, foi por terra.

Quanto ao cerne da questão, a verdade material deve prevalecer e a empresa deve ser excluída do Simples.

Contribuinte questiona aspectos formais, como o processo de exclusão ter se iniciado numa representação proveniente de outro órgão da administração pública, que cumprindo a lei, representou para quem detinha o poder de agir. Verifica-se que todo procedimento administrativo se deu na forma da lei e que os argumentos não procedem.

Questiona também a fundamentação legal e a retroação da exclusão. A fundamentação legal está descrita no ADE e foi entendida pelo contribuinte, como se percebe pelo texto da manifestação de inconformidade. A exclusão produzir efeitos a partir de 01/01/2002, é obediência ao inciso II, do parágrafo 1º, do artigo 24 da Instrução Normativa SRF 608/2006.

Art. 24. A exclusão do Simples nas condições de que tratam os arts. 22 e 23 surtirá efeito:

§ 12 Para as pessoas jurídicas enquadradas nas hipóteses dos incisos III a XIII e XVI a XVII do art. 20, que tenham optado pelo Simples até 27 de julho de 2001, o efeito da exclusão dar-se-á a partir:

II - de 12 de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002.

O último ponto é que o contribuinte requer o reconhecimento do prazo decadencial de 5 anos num processo que não trata de crédito tributário. Julgo o pedido impertinente.

Portanto, rejeito a preliminar suscitada e, no mérito, nego provimento ao presente recurso.

É como voto.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva

Processo nº 13963.000437/2006-19
Acórdão nº **1001-002.036**

S1-C0T1
Fl. 8
