



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

Processo nº 13971.002806/2010-87
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-002.069 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de março de 2017
Matéria Simples Federal. Exclusão. Grupo de Empresas
Recorrente ESTAMPARIA E TINTURARIA OM TEXTIL LTDA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Data do fato gerador: 09/06/1999

EXCLUSÃO RETROATIVA DO SIMPLES. INTERPOSTAS PESSOAS.

A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte sujeito a condições e passível de fiscalização posterior, prevendo a legislação a exclusão retroativa, quando verificado que o contribuinte incluiu-se indevidamente no sistema.

O ato de exclusão ex officio do Simples constitui procedimento destinado a alterar o regime tributário a que se submete o contribuinte, medida esta que deverá ser implementada pela autoridade fiscal, no momento em que verificar quaisquer das condições impeditivas previstas no art. 14 da Lei nº 9.317/1996. Os efeitos serão retroativos, observadas as hipóteses previstas no art. 15 desta mesma lei.

A constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas impõe sua exclusão de ofício do Simples, com efeitos a partir, inclusive, do mês de ocorrência do fato.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

LUIZ TADEU MATOSINHO MACHADO - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

ROGÉRIO APARECIDO GIL - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Júnior, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil, Ana de Barros Fernandes Wipprich e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto face ao acórdão nº 10-47.434, de 13/11/2013, da 6ª Turma da DRJ de Porto Alegre RS que, por unanimidade, negou provimento à manifestação de inconformidade mantendo o Ato Declaratório Executivo nº 43, de 08/06/2010, por meio do qual a recorrente foi excluída do Simples Federal, a partir de 09/06/1999, fls. 50, em virtude de constituição de empresa por interpostas pessoas. Fundamentou-se a exclusão nas disposições do artigo 14, inciso IV, e no artigo 15, inciso V da Lei nº 9.317/1996.

O acórdão recorrido destaca os seguintes registros da fiscalização

A fiscalização registrou que, após iniciados os trabalhos de fiscalização nas empresas Blumenau Fio Têxtil Ltda., CNPJ 02.870.693/0001-07, Fios Blumenau Ltda., CNPJ 02.908.624/0001-37, Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda., CNPJ 03.204.563/0001-50, Tecelagem e Embalagens Salto Ltda., CNPJ 03.204.489/0001-01 e Timbó Industrial de Fios Ltda., CNPJ 01.461.998/0001-01, concluiu-se essas empresas teriam sido constituídas por pessoas que não seriam os verdadeiros sócios; que o intuito teria sido o de apenas atender às condições formais para optarem pelo regime de tributação simplificada.

Após análise de documentos de todas as empresas envolvidas, a fiscalização concluiu que a empresa "Luli Indústria e Comércio de Confecções Ltda", CNPJ 78.644.424/0001-86, doravante denominada "Luli", era sucessora da "JC Industrial Têxtil Ltda", doravante denominada "JC", no ramo da indústria têxtil e detinha o poder sobre as demais, optantes do Simples. Consta do relatório fiscal que o faturamento da "JC", quando da ação fiscal, era proveniente apenas da comercialização de mercadorias e aluguel de máquinas.

No presente processo está sendo discutida somente a exclusão do Simples da empresa "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda".

As evidências destacadas no acórdão recorrido, relativamente ao Relatório Fiscal de fls. 05/43, foram as seguintes:

- 1- todas as empresas fiscalizadas e mais a "JC" e a "Luli" estão relacionadas à família Cordeiro;
- 2- todas as fiscalizadas atuam no ramo da indústria têxtil;
- 3- a partir da constituição de duas empresas da família Cordeiro - "Tecelagem e Embalagens Salto Ltda", no endereço da antiga sede da "JC", e "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda", endereço contíguo e que faz parte do mesmo parque industrial, houve uma evolução dos vínculos dos respectivos empregados. Os empregados continuaram a trabalhar no mesmo endereço, até serem demitidos ou

recontratados pelas novas empresas. As variações do total no número de empregados não são significativas e oscilam dentro do normal para o porte da empresa. O quadro de fl. 8 demonstra bem esta evolução do número de empregados. Da análise das admissões e demissões das empresas envolvidas, verificou a fiscalização a migração de vários empregados da "JC" para a "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda";

4- a "Luli" contratou seguro de vida e na condição de estipulante mantém como sub-estipulantes as empresas sob seu controle;

5- um empregado da "JC" fazia a entrega das GFIPs de todas as empresas do grupo;

6- a empresa "Luli", não optante do Simples, tinha em torno de 80 vínculos empregatícios, enquanto que as demais empresas do grupo detêm juntas aproximadamente 900 empregados;

7- a "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda" foi constituída em 09/06/1999 com o objetivo de exploração do ramo de prestação de serviço de tinturaria para empresas do ramo têxtil. Foi constituída pelo Sr. Maurício Luciano Buse, empregado à época da "Fios Blumenau" no cargo de almoxarife e ex-empregado da "JC" na função de Auxiliar de Talhação, com 50% das cotas e por Camila Thaiana Cordeiro, assistida por sua mãe Luzia Cordeiro, sócia com 99% das cotas da "Luli". Em 10/11/1999 sai a Camila Thaiana Cordeiro, assumindo o Sr. Ildefonso Beckauser, empregado da "JC" de 01/07/1996 a 08/06/1999 e empregado sem registro da "Luli" de 30/07/1999 a 09/05/2001, o que originou uma ação trabalhista contra a mesma. Em 05/2001 o Sr. Ildefonso é desligado da "Lili" e em seu lugar assume a Sra. Rosemarie Kopsel, gerente financeira da "Luli". A "Luli", por sua vez, foi constituída pelo Sr. Jair Cordeiro e sua esposa, Sra. Luzia Cordeiro, em 21/01/1985. Em 01/12/1986 o Sr. Jair passa suas cotas para suas filhas, porém continua na administração da sociedade até 18/08/1997, representando-as. Em 18/08/1997 as filhas se retiram, ficando a sócia Sra. Luzia Cordeiro com 99% das ações e sua irmã, Sra. Isaltina Machado Buse com 1% das ações;

8- o controle administrativo-financeiro e de produção de todas as empresas era inteiramente realizado a partir da "Luli", por empregados ligados diretamente a ela ou que assumiram apenas formalmente a condição de sócios das outras empresas do grupo;

9- analisando os centros de custo da "Luli" fica evidente que a "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda" é tratada como filial dela: os gastos realizados pela "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda" são alocados em um destes centros;

10- a "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda" presta contas e solicita pagamentos de todas as suas despesas ao departamento financeiro da "Luli". Estes pagamentos a fornecedores tanto são realizados pela "Luli" ou depositados na conta da "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda";

11- a "Luli" controla o departamento pessoal da empresa "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda";

12- a "Luli" mantém o controle e o pagamento das despesas com lanches e refeições dos empregados vinculados à empresa "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda";

13- não há registro de ativo permanente na empresa "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda", nem conta de manutenção de máquinas e equipamentos. A "Luli"

contabiliza os valores a título de despesas com manutenção de máquinas e equipamentos utilizados pela "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda";

14- na análise do controle de caixa da "Luli" fica evidente que esta paga a energia utilizada pela "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda". Nas autorizações para pagamento de energia elétrica consta a alocação para o departamento próprio da empresa "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda";

15- com relação a despesas com telefone, a "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda" registra apenas lançamentos fixos de R\$ 100,00 mensais, mas quem paga e registra contabilmente esta despesa, que em 2001 girava em torno de R\$ 4.200,00 mensais, é a Luli";

16- na contabilidade da "Luli" consta um adiantamento à "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda." no valor de R\$ 266.335,90 em 12/2000 e R\$ 307.913,61 em 12/2001;

17- desde sua constituição a "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda." acumula prejuízos, sendo R\$ 45.513,67 em 12/1999, R\$ 129.342,35 em 12/2000 e R\$ 142.390,55 em 12/2001;

18- embora a relação entre as empresas seja revestida formalmente de prestação de serviço, vários itens demonstram a subordinação existente entre a contratante "Luli" e a contratada "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda."; e

19- Consta à fl. 47 dos autos que a "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda." foi incorporada, após o encerramento da ação fiscal, pela "Luli".

O acórdão recorrido registrou que os elementos acima relacionados e outros constantes da representação fiscal evidenciam que a empresa "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda." e as demais fiscalizadas e citadas anteriormente formam um grupo econômico, sendo atingidas pelo instituto da solidariedade.

À vista do referido Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 043/2010, do qual foi intimada em 11/08/2010, fls. 53, a recorrente apresentou manifestação de inconformidade, em 01/09/2010 (fls. 64/74), cujas alegações podem ser sintetizadas nos termos a seguir:

- a) a caducidade do prazo para emitir o ADE, vez que a representação foi recepcionada pelo Delegado da Receita Federal em maio/2002, que emitiu o ato de exclusão apenas em 2010, ou seja, por que transcorridos mais de 5 anos entre o surgimento da causa e sua concretização, o ato tornou-se preempito;
- b) a inexistência de provas a legitimar o ato de exclusão;
- c) a legítima constituição da pessoa jurídica excluída;
- d) a independência administrativa e financeira da excluída; e
- e) a impossibilidade de aplicar efeito retroativo ao ADE.

Não obstante, a DRJ julgou improcedente a manifestação de inconformidade (fls. 64/74), com base nos fundamentos da fiscalização e em consonância com os fundamentos da DRF, conforme retro citados.

À vista desse resultado (AR de fl. 422, recebido em 03/06/2015), a recorrente interpôs recurso voluntário, em 02/07/2015, cujas principais razões são sintetizadas a seguir:

- 1- os elementos apontados como motivo para a exclusão do Simples não se caracterizam como suficientes, bem como levanta a caducidade do prazo para praticá-lo;
 - 2- a representação administrativa para fins de exclusão foi recepcionada pelo Delegado da Receita Federal em 15/05/2002 e nenhuma providência tomou até junho/2010. À luz do que preconizam os artigos 150, parágrafo 4º, artigo 173, parágrafo único e artigo 156 inciso V, todos do Código Tributário Nacional - CTN, bem como o artigo 54 da Lei nº 9.784/1999, o direito do fisco tomar uma decisão extinguiu-se pelo decurso de prazo, tornou-se perempto;
 - 3- meras coincidências, como as apontadas no relatório fiscal, podem levar à presunção de que a constituição da empresa foi irregular. No entanto, não dão certeza disso. Ao lavrar a representação administrativa que ensejou a exclusão do Simples, o agente fiscal deixou de sedimentar o ato em prova material inequívoca, que comprovasse cabalmente a ocorrência do ilícito;
 - 4- os sócios da empresa são reais, verdadeiros, capazes, possuem identificação, declaram imposto de renda, têm domicílio conhecido e não possuem restrições comerciais. Não há nenhuma prova de interposição de pessoas na constituição da empresa, com o propósito de suprimir o recolhimento de tributos;
 - 5- é uma pessoa jurídica independente e autônoma administrativa e financeiramente. A falta de aprofundamento da ação fiscal faz com que os fatos apontados como indícios de constituição por interpostas pessoas sejam desprezíveis diante da evidente autonomia e independência da "Tecelagem e Embalagens Salto Ltda.; e
 - 6- a cobrança retroativa é inconstitucional, já que a Receita Federal anuiu com a inclusão da empresa no Simples à época da inscrição. Refere-se ao princípio constitucional da irretroatividade da norma jurídica tributária. Na pior das hipóteses, o efeito retroativo não pode ultrapassar de cinco anos, ou seja, os efeitos não podem afetar fatos ocorridos antes de junho/2005.
- Ao final, requer a nulidade integral do ato administrativo ora combatido, com a conseqüente manutenção da empresa no Simples.
- É o relatório.

Voto

Conselheiro ROGÉRIO APARECIDO GIL

A recorrente está devidamente representada e o recurso voluntário é tempestivo. Conheço do recurso.

O acórdão recorrido concluiu que havia inter-relação das várias empresas relacionadas à família Cordeiro, empresas que atuavam no mesmo ramo de atividade. Ao analisar o centro de custos da Luli, verificou que o controle gerencial daquela empresa sobre a recorrente, relacionava-se, de fato, como se a recorrente fosse-lhe uma filial. O controle de todos os gastos da recorrente eram alocados diretamente nesse centro.

Em recurso voluntário, a recorrente alega que não há prova cabal da ocorrência do ilícito, que meras coincidências, como as apontadas no relatório fiscal, poderiam até levar à presunção de que a constituição da empresa foi irregular, mas não poderia contradizer nada do que teria sido levantados pelos fiscais.

A constatação da fiscalização que gerou a exclusão baseou-se, além dos objetos sociais constantes dos atos constitutivos das empresas "Luli" e "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda.", também no exame de diversos outros elementos, não justificados pela recorrente.

A fiscalização demonstrou que a recorrente não se constitui pessoa jurídica independente autônoma administrativa e financeiramente. Destacou-se que seu departamento pessoal é controlado pela "Luli", que também faz o controle e o pagamento com despesas com lanches e refeições de seus empregados e a contabilização de valores a título de despesas com manutenção de suas máquinas e equipamentos.

Comprovou-se que a recorrente depende também do departamento financeiro da "Luli" para pagamento de todas as suas despesas. A energia elétrica utilizada pela recorrente é paga pela "Luli", assim como o telefone.

Certificou-se, ainda, que a recorrente e as demais empresas relacionadas anteriormente foram constituídas por interpostas pessoas.

O acórdão recorrido destacou que, com o intuito de optar pelo Simples e aproveitar seus benefícios, transferiram-se os empregados da "JC", antecessora da "Luli", para as empresas do grupo. Em junho/1999 a "JC" tinha 429 empregados, a "Luli" 65, enquanto que a recorrente não tinha empregado algum. Em dezembro/1999 a "JC" tinha 55, a "Luli" 60 e a recorrente, 103 empregados.

Sem se manifestar sobre tais pontos essenciais, a recorrente sustenta a extinção do ADE, por decurso de prazo do direito de o fisco tomar uma decisão. Alega que, pelo fato de a representação fiscal ser de 15/05/2002, o ato de exclusão havido somente em junho/2010, teriam decaído os efeitos jurídicos do ADE. Cita o CTN e a Lei nº 9.784/1999.

Observa-se que, os artigos do CTN citados pela recorrente dizem respeito à constituição do crédito tributário, a decadência e a prescrição. Todavia, esse PAF cuida tão somente de exclusão do Simples. Não há referência a crédito tributário.

No que diz respeito à alegação de teria ocorrido a decadência, prevista no art. 173 e no § 4º do art. 150 do CTN, da mesma forma, não há como acolher a pretensão da recorrente, eis que, tais dispositivos limitam-se ao direito de lançar crédito tributário. Esse instituto de direito, não alcança as constatadas situações configuradoras de vedação à permanência no Simples.

Verifica-se, portanto, que a fiscalização deve certificar-se da regularidade do ingresso no Simples; deve proceder à respectiva exclusão, caso seja constatada a existência de fato impeditivo, inclusive fazendo retroagir os efeitos da exclusão.

Com relação à Lei nº 9.784/1999, cumpre frisar que o processo administrativo fiscal se rege pelo Decreto nº 70.235/1972 e não pela lei geral do processo, a Lei nº 9.784/1999 conforme, aliás, dispõe seu artigo 69: "Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei".

Mas mesmo que assim não fosse, na espécie não cabe a aplicação do art. 54 da lei nº 9.784/1999, como se passa a demonstrar.

Dispõem os artigos 53 e 54 da Lei nº 9.784/1999:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade,

Art. 54. O direito de a Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Observa-se que o artigo 54 complementa o artigo 53. Neste, está claro que a Administração deve anular seu ato quando eivado do vício de legalidade.

De outro modo, no presente caso, as evidências colhidas pela fiscalização indicam que a recorrente inscreveu-se irregularmente no Simples. Sendo assim, não se trata de invalidar ato administrativo praticado pela Administração. Trata-se de regularizar situação irregular mantida pela recorrente.

No tocante à alegação de que a exclusão não poderia ser retroativa, é de se registrar que o fato de ter sido efetuada opção pela sistemática simplificada de tributação, sem que houvesse manifestação do Fisco, não impede a apreciação posterior da legalidade daquele ato, haja vista que essa opção é faculdade do próprio contribuinte, que a exerce se e quando o quiser, sujeitando-se à fiscalização posterior da Receita Federal, tendente a verificar a regularidade da opção, uma vez que somente as pessoas jurídicas que atendam às condições previstas na lei podem exercer esse direito.

O princípio da irretroatividade invocado pela recorrente, não é pertinente porque diz respeito à vedação de se aplicar uma lei a fatos anteriores à sua publicação e no presente caso, a lei que determina a eficácia da exclusão retroativa à emissão do ADE, vigora desde a edição da Lei nº 9.317/1996. Logo, não ocorreu aplicação retroativa de lei.

Quanto ao momento a partir do qual surtirá efeito a exclusão da sistemática do Simples, o artigo 15, V da Lei nº 9.317/1996 dispõe que será no mês em que ela incorrer na hipótese de constituição por interposta pessoa. Tendo sido constituída por interpostas pessoas, correta a exclusão da empresa "Estamparia e Tinturaria OM Têxtil Ltda" do Simples, nos termos do art. 15, V, da Lei nº 9.317/1996.

Processo nº 13971.002806/2010-87
Acórdão n.º **1302-002.069**

S1-C3T2
Fl. 9

Conclui-se, assim, que está demonstrado o não cumprimento das condições necessárias para usufruir do regime simplificado. Dessa forma, é devida a manutenção da exclusão de tal sistemática e a ratificação do Ato Declaratório de exclusão.

Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário.

ROGÉRIO APARECIDO GIL - Relator