



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

Processo nº 13971.003027/2003-70
Recurso nº 173.463 Voluntário
Acórdão nº 1801-00.192 – 1ª Turma Especial
Sessão de 11 de março de 2010
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES
Recorrente ATLANTA DISTRIBUIDORA DE MEIAS E CONFECÇÕES LTDA.
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG

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

Exercício: 2004

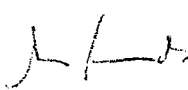
SIMPLES. EXCLUSÃO. INTERPOSTAS PESSOAS. EMPRESAS COLIGADAS. UNICIDADE NEGOCIAL. SIMULAÇÃO JURÍDICA. EVASÃO FISCAL. Exclui-se do Simples a empresa que se utiliza de interpostas pessoas para compor o quadro societário e que é utilizada, junto com outras, para a prática de atos jurídicos simulados objetivando fraudar a administração tributária e os segurados previdenciários.

NULIDADE. AUSÊNCIA DE MPF. INSTRUMENTO DE CONTROLE INTERNO. A ausência do MPF - Mandado de Procedimento de Fiscalização em procedimento administrativo oriundo de representação fiscal, encaminhada a superior hierárquico, para ensejar Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples não vicia o procedimento calcado nas normas tributárias vigentes.

NULIDADE. ACÓRDÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. Justificado pela turma julgadora de primeira instância que entende ser prescindível a realização de diligência/perícia em face ao conjunto probatório constante dos autos, não há cerceamento de defesa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer do recurso das matérias distintas do objeto do litígio (exclusão do Simples), afastar as preliminares de nulidade de Acórdão, de nulidade de procedimento fiscal, para, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.


ANA DE BARROS FERNANDES - Presidente e Relatora

EDITADO EM: 20/05/2010 2010

Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva, André Ricardo Lemes da Silva, Maria de Lourdes Ramirez, Cheryl Berno, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

O presente processo iniciou-se pela representação fiscal de fls. 01 a 12, pela qual a autoridade competente noticiou a vedação da empresa recorrente em permanecer no Simples, regime de tributação favorecido.

As razões suscitadas pelo fisco para a exclusão e vedação ao referido regime de tributação concernem ao fato de, em auditoria fiscal, ter-se constatado que a recorrente mais duas pessoas jurídicas são na verdade uma só empresa, se valendo de interpostas pessoas para manter, de fachada, a existência de três empresas distintas e, desta forma, manter-se nos limites de faturamento exigidos pela legislação tributária e permanecer no Simples.

Resumo o histórico relatado pela fiscalização:

1) A empresa ATLANTA INDÚSTRIA – industrializa e comercializa meias e acessórios de vestuários desde 1993; em 1997 optou pelo Simples, mas extrapolou o limite do faturamento e em 1999 foi excluída; após a exclusão reduziu de 43 funcionários registrados na folha de pagamento para 03/04 funcionários; gerência exercida pelo sócio Anísio Rausch;

2) A empresa ATLANTA DISTRIBUIDORA – comércio atacadista de artigos de vestuário, até 1999; desde 1997 optante pelo Simples, com o registro de apenas 03 funcionários, balconistas, até 1999; até outubro de 1999 o sr. Anísio Rausch constava como sócio gerente, de direito; mas na época da fiscalização consta no quadro societário a esposa, Ingrid Rausch, e Valmor de Oliveira, como gerente; a fiscalização foi atendida pelo sr. Anísio Rausch em todo o seu desenvolvimento;

Essa empresa sofreu diversas alterações estatutárias/quadro de funcionários:

- a) 6ª alteração – 01/99: abriu uma filial no mesmo endereço da ATLANTA INDÚSTRIA;
- b) 02/99: os empregados de ATLANTA INDÚSTRIA foram transferidos para esta filial (mesmo endereço);
- c) 9ª alteração – 03/00: nova filial a 300m da ATLANTA INDÚSTRIA;
- d) 04/00: recepcionou 21 empregados, sendo a maioria egressa da filial 001;

- e) na época da fiscalização neste galpão não há qualquer atividade empresarial, explicando o sr. Anísio Rausch, que por motivo de reestruturação, todas as operações são realizadas no endereço da ATLANTA INDÚSTRIA / ATLANTA DISTRIBUIDORA;
- f) 11ª alteração – 03/2002: a sede da ATLANTA DISTRIBUIDORA foi transferida para o endereço da filial e extinta esta filial; 12ª alteração – 04/2002: a sede da empresa é transferida para o endereço da ATLANTA INDÚSTRIA.

3) ATLANTA COMÉRCIO – optante do Simples, desde 01/2001; industrializa e comercializa confecções e artigos de vestuário; possui como sócio gerente Rafael D Rausch, filho do sr. Anísio Rausch;

Na 13ª alteração contratual, em 10/99, a empresa estabeleceu-se no mesmo endereço do galpão da empresa ATLANTA DISTRIBUIDORA;

Em 01/2001 a empresa não possuía empregados registrados, passando em 02/2001 a possuir 17 e em 03/2001, 28 registros.

Na 15ª alteração, de 03/2001, alterou a sede para outro endereço, no qual, à época da fiscalização, não se verificou qualquer atividade empresarial.

Os funcionários, todos, foram transferidos para a ATLANTA DISTRIBUIDORA em 04/2002.

Outros itens salientados pela fiscalização:

— A fiscalização prossegue descrevendo as minúcias constatadas em diligência do *modus operandi* das empresas, em mesmo prédio físico, com único acesso, sendo que a ATLANTA DISTRIBUIDORA possui uma folha com 107 funcionários, enquanto a ATLANTA INDUSTRIAL apenas 04, mas sem divisão de funções específicas próprias de empresas separadas entre si.

— Reforça a sua tese explicitando que a transferência de empregados de uma empresa para outra ocorre sem a rescisão salarial devida, apenas anotando que a partir de determinada data o registro foi incorporado pela outra empresa, permanecendo os direitos adquiridos na anterior.

Às fls. 05 a fiscalização relaciona os empregados que passaram da ATLANTA INDUSTRIAL para a DISTRIBUIDORA no mês seguinte à exclusão da primeira do Simples. Observe-se que as funções de cada empregado foi particularmente discriminada.

Conclui que as transferências de empregados entre as três empresas foram precedidas da criação de um estabelecimento de uma empresa optante pelo Simples, com o intuito de impedir a incidência da contribuição previdenciária.

— A contabilidade das empresas reforça a tese esposada pela fiscalização, que constatou que no Ativo Imobilizado da ATLANTA INDUSTRIAL permaneceram todo o

equipamento, máquinas têxteis, empregadas no processo produtivo, a despeito dos funcionários que com estas operam terem sido todos registrados nas outras empresas.

A única empresa que possui condições de desenvolver a atividade laboral dos empregados é a ATLANTA INDUSTRIAL, que possui em seus quadros funcionais apenas 04 empregados, enquanto 107 empregados de setor produtivo estão registrados na DISTRIBUIDORA. Os quadro comparativos dos bens registrados no Ativo Imobilizado de cada empresa encontram-se às fls. 06 e 07.

— Faturamento X funcionários : Observa, ainda, que a empresa ATLANTA INDÚSTRIA incrementou a capacidade de produção com a aquisição de novas máquinas operacionais entre 1998 e 2002, mas as empresas que aumentaram a contratação de funcionários no mesmo período foram as outras duas (DISTRIBUIDORA e COMÉRCIO), de forma incongruente, a primeira mantendo-se com apenas o registro médio de 03 empregados.

Um quadro demonstrando a evolução do faturamento das empresas e o quadro de empregados de cada uma consta às fls. 07 e 08.

— Empréstimos que simulam caixa único entre as empresas ATLANTA INDÚSTRIA e ATLANTA DISTRIBUIDORA e ATLANTA COMÉRCIO: a empresa ATLANTA INDÚSTRIA repassa recursos para as outras empresas de duas formas – suporte de caixa ou pagamento direto das contas do passivo da A DISTRIBUIDORA (fornecedor ou despesa, inclusive folha de pagamento dos funcionários das outras).

A A DISTRIBUIDORA possui registrado um Passivo Exigível a Longo Prazo para com a A INDÚSTRIA no valor de R\$ 692.362,32, em 2002, valor este que excedeu a própria receita bruta, da ordem de R\$ 649.106,99.

A autoridade fiscal reproduz no bojo do ora relatado termo a forma de contabilização de suposto empréstimo da A INDÚSTRIA em favor da A DISTRIBUIDORA e da A COMÉRCIO, em 06/12/2002 para pagar a folha dos funcionários de ambas, referente a 11/2002.

Reproduz ainda os registros de pagamentos diretos feitos pela A INDÚSTRIA para “Salários a Pagar” da A COMÉRCIO e “Energia Elétrica”.

Salienta os pagamentos diretos feitos em cheques emitidos pela A INDÚSTRIA em favor das outras das empresas, o que demonstra ser um gerenciamento único, além de único caixa.

— Custos com energia elétrica : A A DISTRIBUIDORA após receber, por transferência, os empregados da A INDÚSTRIA em 02/1999 somente começou a contabilizar custos com energia elétrica em 05/2000, relativo às operações fabris que começou a desenvolver em 02/1999. Mesmo após 05/2000 verifica-se, na contabilidade, que a A INDÚSTRIA ainda contabiliza valores superiores às demais a título desta despesa, a despeito de só possuir em seus quadros apenas 04 funcionários. O mesmo ocorre com relação a empresa A COMÉRCIO, cujo custo elétrico é irrisório, consoante demonstrado em quadro comparativo de fls. 09.

— Registros contábeis a título de despesas com transportes de pessoal e salários e ordenados : os valores por si só se demonstram incompatíveis com o número reduzido de empregados (média de 03), sendo que em 2000 e 2001 ultrapassaram o valor dos ordenados; na verdade a A INDÚSTRIA arca com estas despesas das outras duas empresas.

Idem ocorre com as despesas com alimentação registradas na conta contábil da A INDÚSTRIA, superando os valores registrados a título de salários e ordenados.

— Registros contábeis da conta de custos com manutenção de máquinas e equipamentos: são praticamente todos suportados pela A INDÚSTRIA, com exceção de R\$1.071,54 registrado na A COMÉRCIO em 31/12/2002.

— Ações trabalhistas : O sr. Anísio Rausch outorgou procuração a advogado para representar a A DISTRIBUIDORA, em 10/2001, quando já havia se retirado, formalmente, do quadro societário desta, desde 10/1999, em uma das ações trabalhistas verificadas pela fiscalização, o que comprova a continuidade de poderes de gerência nesta; consta nos autos carta da em presa A COMÉRCIO autorizando funcionária como preposta da ré em outra ação trabalhista, sendo que, todavia a referida funcionária, não estava registrada na A COMÉRCIO, mas sim na A DISTRIBUIDORA naquela data; nesta mesma ação consta como endereço da sede da empresa o endereço da A INDUSTRIAL em procuração outorgada a advogado.

Conclui a fiscalização :

7. Assim, todos os fatos relatados contemplam provas evidentes de que o controle gerencial, financeiro e administrativo é único e centralizado. A empresa, no intuito de expandir seus negócios, simulou a contratação de empregados por empresas optantes do Simples, para que estas, mantendo seus faturamentos dentro do limite estabelecido pela Lei nº 9.317/96, não arquem com o encargo previdenciário patronal incidente sobre a remuneração paga aos segurados que lhe prestam serviço. A simulação está plenamente caracterizada, pois a ATLANTA DISTRIBUIDORA e ATLANTA COMÉRCIO:

- não apresentam autonomia gerencial: o controle gerencial é único e exercido pela ATLANTA INDÚSTRIA, na pessoa do sr. Anísio Rausch;

- não apresentam autonomia patrimonial: os empregados da ATLANTA DISTRIBUIDORA exercem suas atividades utilizando as máquinas e equipamentos de propriedade da ATLANTA INDÚSTRIA;

- não possuem autonomia financeira: a ATLANTA INDÚSTRIA faz costumeiramente os pagamentos das obrigações da ATLANTA DISTRIBUIDORA e da ATLANTA COMÉRCIO;

- não observam o Princípio Contábil da Entidade: custos ou despesas que, se de fato existissem as três empresas, seriam da ATLANTA DISTRIBUIDORA e da ATLANTA COMÉRCIO são contabilizadas indiscriminadamente na contabilidade da ATLANTA INDÚSTRIA.

Com fundamento nos fatos relatados e documentos juntados às fls. 13 a 57, às fls. 58 a 62 decidiu-se pela exclusão das duas empresas, A DISTRIBUIDORA e A COMÉRCIO do Simples, sendo que este processo trata somente da exclusão da primeira (Despacho Decisório Sacat/DRF/Blumenau/SC nº 09/2007).

O Ato Declaratório Executivo – ADE consta às fls. 63, e a exclusão foi retroativa a 01/12/2003, com fulcro nos artigos 9º, 12, 14, incisos I e IV, e 15 da Lei nº 9.317/96, que regula o Simples.

A manifestação de inconformidade da empresa excluída, A DISTRIBUIDORA, consta às fls. 66 a 95, pela qual requer a nulidade do ADE.

A Quarta Turma de Julgamento da DRJ em Belo Horizonte/MG exarou o Acórdão nº 02-16.792/08, fls. 110 a 113, vº, mantendo a exclusão da empresa do regime de tributação favorecido, com a seguinte ementa:

VEDAÇÃO À OPÇÃO

Exclui-se de ofício do Sistema a pessoa jurídica constituída por interpostas pessoas, que não sejam os verdadeiros sócios.

Tempestivamente, a empresa interpôs Recurso Voluntário às fls. 116 a 146, alegando, em síntese:

I) Preliminares

I.a) Nulidade do Acórdão. Cerceamento de Defesa

Não foi deferida a produção de prova pericial requerida pela recorrente, sem que a turma julgadora de primeira instância fundamentasse o seu indeferimento, violando o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

I.b) Nulidade do Procedimento Fiscal. Ausência de MPF – Mandado de Procedimento Fiscal

A ausência da emissão de Mandado de Procedimento Fiscal acarreta a nulidade do procedimento fiscal, não sendo válida a fundamentação trazida no acórdão vergastado de que a norma reguladora estipula a necessidade da emissão de MPF apenas nos procedimentos que visam a constituição de crédito tributário.

Defende que a ausência do referido documento torna o procedimento irregular por não delimitar a atuação da fiscalização e impede o exercício da denúncia espontânea, ferindo o artigo 196 do CTN – Código Tributário Nacional. Entende que esta ilegalidade trouxe prejuízo irremediável à recorrente.

I.c) Nulidade da Notificação de Débito Fiscal.

A fiscalização culminou em Notificação de Débito contra a empresa Atlanta Têxtil Industrial Ltda, razão pela qual é matéria correlata a dos autos e deve ser conhecida e apreciada.

A Notificação padece de vícios insanáveis, passando a discorrer sobre aqueles que assim entende.

II) Mérito

II.a) Ilegal atribuição de fatos geradores; aplicação de norma ineficaz; regularidade de operações entre as empresas; adequação às formas legais; dupla exigência da contribuição previdenciária; enriquecimento ilícito do INSS; afronta ao art. 116, §único, do CTN e violação ao artigo 110 do CTN.

Atribui à fiscalização o fato de ignorar a situação jurídica das empresas efetivamente existentes. Explica que, por sua conveniência, as relações entre as empresas são mantidas conforme constatou a fiscalização, mas as conclusões extraídas foram baseadas em mera presunções e não fatos.

Reproduz parte de termo de fiscalização que constou em NFLD – Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – não objeto deste processo administrativo.

Reitera que todas as operações praticadas pelas empresas e entre elas se revestiram das formalidades legais exigida, tais como alterações de atividades, mudanças de sede, alterações de sócios, objetos sociais.

Não admite a alteração jurídica efetuada pela fiscalização para vincular os segurados a outra empresa, no caso, Atlanta Industrial (*notificada*).

Alega que a fiscalização verificou que existiam funcionários de outra empresa na sede da diligenciada – Atlanta Indústria Têxtil – e, franqueados todos os documentos, atribuiu em seu proveito próprio, dupla exigência do tributo, pois a empresa onde os funcionários estão registrados recolhe, por Simples, a devida contribuição previdenciária, não podendo ser exigida da outra empresa, conforme efetuado.

Não pode a fiscalização alterar os conceitos vigentes na legislação do direito privado – arts. 109 e 110 do CTN.

O artigo 116 do CTN não foi regulamentado por norma ordinária, o que lhe extrai a eficácia plena.

Discorre sobre pronunciamento do ministro José Carlos Moreira (STF – Supremo Tribunal Federal) feito na ESAF em Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, que entende corroborar sua tese no tocante às simulações jurídica. Cita ainda Ricardo Lobo Torres.

Afirma que não houve qualquer ato ilícito nas operações das empresas e entre elas que pudesse autorizar a fiscalização a proceder com a exclusão do Simples e notificações de débitos tributários.

Explica que as receitas auferidas pela empresa Atlanta Têxtil Comércio se originam na terceirização de produção efetuada à Atlanta Indústria Têxtil e que foi firmado acordo entre as duas empresas neste sentido. De igual forma, e concomitantemente, também assim foi firmado acordo entre a Atlanta Distribuidora e a Atlanta Industrial.

As duas empresas, Atlanta Comércio e Têxtil, realizam industrialização para a Atlanta Industrial, que só faz compras, vendas e serviços administrativos, por meio de seus quatro funcionários e arrenda o maquinário para aquelas.

Alega que nada há de ilegal nisso, bem como nas transferências de empregados, tratando-se de meras tercerizações de serviços.

II.b) Irretroatividade da exigência de tributos

O Código Tributário Nacional, pela redação de seu artigo 106, impede a retroatividade para a exigência de tributos desde 01/12/2003.

II.c) Inconstitucionalidade da exigência de juros calculados à taxa Selic.

Ao final requer que seja cancelado o ADE de exclusão do Simples.

É o Relatório.



Voto

Conselheira ANA DE BARROS FERNANDES

Conheço do presente Recurso Voluntário, por tempestivo.

Mister é destacar que o presente litígio, objeto deste processo administrativo, versa exclusivamente sobre a exclusão do Simples da empresa ATLANTA DISTRIBUIDORA DE MEIAS E CONFECÇÕES LTDA.

As demais matérias pertinentes à empresa Atlanta Têxtil Comércio ou a débitos tributários lançados na empresa Atlanta Indústria Têxtil invocadas pela recorrente no recurso, a despeito de serem matérias que guardam conexão com o presente processo, deverão ser apreciadas nos respectivos processos administrativos em razão dos limites processuais desta lide, de forma independente.

A fim de ser evitada a desarmonia entre os julgados administrativos deste órgão, o presente acórdão deverá ser juntado em cópias àqueles processos administrativos.

I) Das Preliminares

I.a) Nulidade do Acórdão. Cerceamento de Defesa.

A respeito do indeferimento da prova pericial solicitada pela recorrente quando apresentou a manifestação de inconformidade, acompanho o decidido em primeira instância, discordando que não houve fundamentação para o seu indeferimento.

Após extenso relatório a respeito de todos os procedimentos fiscais que averiguaram os fatos e culminaram na representação fiscal para exclusão do Simples, aquela turma julgadora *a quo* entendeu por *robusto* e suficiente o conjunto probatório amealhado pela fiscalização para que a empresa fosse excluída, de ofício, do Simples.

Em outras palavras deliberou ser prescindível a realização de perícia solicitada genericamente pela requerente, que sequer juntou à manifestação de inconformidade qualquer documento que corroborasse suas alegações ou mesmo a imprescindibilidade desta.

Desta forma, observou tanto o disposto no artigo 18, *caput*, como o artigo 28, *in fine*, ambos do Decreto nº 70.235/72 – PAF, que regula o processo administrativo fiscal:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

[...]

Art. 28. Na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis, e dela constará o indeferimento fundamentado do pedido de diligência ou perícia, se for o caso. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Afasto a alegação de cerceamento de defesa, portanto, aderindo ao disposto no acórdão atacado, por entender que as provas e circunstâncias retratadas nos autos são suficientes para dirimir o conflito estabelecido.

I.b) Da ausência do MPF

O espírito da norma que instituiu o Mandado de Procedimento Fiscal é coibir abusos em procedimentos de fiscalização e conceder segurança aos contribuintes de que o procedimento realizado em sua pessoa (física/jurídica) é de natureza institucional.

No presente caso, observa-se que a fiscalização pautou-se pela observância das normas tributárias, materiais e procedimentais, ao se deparar com a situação fática revelada em diligência na empresa devidamente retratada na representação fiscal formulada ao superior hierárquico denotando que a instituição possuía pleno conhecimento da ação desenvolvida pela fiscalização.

O contribuinte tampouco sentiu-se aviltado ou suspeitou dos trabalhos fiscais tanto que forneceu a documentação devidamente solicitada e respondeu à fiscalização, conforme a própria recorrente afirma.

Afasto ainda a alegação de que a ausência do MPF em questão trouxe prejuízos à recorrente no que tange ao instituto da denúncia espontânea, pois tal documento não supre o Termo de Início de Fiscalização ou qualquer outro termo lavrado pela autoridade competente, que dê ciência do início dos trabalhos, conforme estabelece o artigo 7º, *caput*, inciso I, e § 1º, do Decreto nº 70.235/72 – PAF:

Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001)

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

[...]

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

Assim é que acolho a jurisprudência dominante deste CARF ao entender que o Mandado de Procedimento Fiscal é norma de natureza *interna corporis* e não possui o condão de levar à nulidade o lançamento fiscal pautado na norma tributária vigente, sendo suprido pelos outros termos lavrados pela autoridade fiscal revestida da competência natural de sua função.

Quando mais em relação ao presente processo, iniciado na verdade por uma representação fiscal da qual foi exarado o Despacho Decisório nº 09/2007, que fundamentou o ADE DRF/Blumenau nº 07/2007, fls. 63, dos quais a empresa teve a devida ciência e que trata exclusivamente da exclusão do Simples e não de constituição de crédito tributário.

Assim tem se manifestado reiteradamente a jurisprudência administrativa, que acompanho:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MPF. NULIDADE.

Descabe a arguição de nulidade quando se verifica que o Auto de Infração foi lavrado por pessoa competente para fazê-lo e em consonância com a legislação vigente. O MPF é mero instrumento de controle da atividade de fiscalização no âmbito da Secretaria da Receita Federal, de modo que eventual irregularidade na sua expedição, ou nas renovações que se seguem, não acarreta a nulidade do lançamento. (CSRF 2ª Turma, Recurso nº 203-126775, Sessão de 22/01/07, Relatora Maria Tereza Martinez Lopes, Acórdão nº CSRF/02-02. 543)

Afasto a preliminar de nulidade por ausência de Mandado de Procedimento Fiscal como elemento prévio para a emissão de ADE de exclusão do Simples, em razão de ações fiscais desenvolvidas em empresas no regular exercício da administração tributária.

I.c) Nulidade da Notificação de Débito Fiscal.

Apesar de ser uma matéria conexa, o objeto do presente litígio é se a exclusão da empresa ATLANTA DISTRIBUIDORA DE MEIAS E CONFECÇÕES LTDA. do regime de tributação favorecido, Simples, procede ou não, consoante os fatos circunstanciados e as provas amealhadas pela ação fiscal.

Portanto, o cabimento da exigência de crédito tributário mediante a lavratura de NFDL extrapola os limites desta lide e não pode ser apreciado neste processo conjuntamente, razão pela qual afasto do presente recurso voluntário e decido não conhecer desta matéria.

II) Do Mérito

II.a) Da ilegalidade do procedimento fiscal em desconsiderar os atos jurídicos das empresas legalmente formalizados e da ausência de prova da simulação alegada que impôs a exclusão da empresa recorrente do sistema Simples

Preliminarmente, devemos adentrar no estudo das simulações jurídicas.

Longe de se ignorar as ilustres lições trazidas aos autos pelos juristas invocados, estas, ao meu ver, respaldam o procedimento da fiscalização.

Esta em nenhum momento desconstituiu as pessoas jurídicas em si próprias, mas desnudou a trama maquinada entre três empresas que buscaram fraudar a arrecadação e fiscalização tributária, pela gerência de uma única pessoa que, comprovadamente, responde pelas três empresas.

O objetivo precípuo de 'tercerizar' as operações industriais que a recorrente argumenta é aquele apontado pela fiscalização: recolher menos tributos previdenciários e fiscais, já que é fato que a empresa que ficou a possuir apenas quatro funcionários em média é a que mais fatura.

As demais tem faturamento irrisório, apesar de arcarem com custos enormes de folha de funcionários, cuja contribuição é calculada em percentual de seus irrisórios faturamentos, perto da empresa Atlanta Industrial, a 'irmã rica', que não produz.

Ora chega a aviltar, em face de tudo o que foi relatado pela fiscalização, a argumentação de que os tributos estão sendo devidamente recolhidos pelo regime do Simples, sem qualquer prejuízo ao fisco ou mesmo aos segurados.

A recorrente nada trouxe ou alegou para refutar, por exemplo, que:

- a) faticamente (e contra fatos não há mesmo argumentos) a Atlanta Industrial contabiliza as despesas das outras duas "terceirizadas" como se suas fossem, a título de custos com energia elétrica, transporte de pessoal, auxílio alimentação, manutenção das máquinas e equipamentos, os quais simuladamente alega terem sido 'arrendados' pela recorrente;
- b) comprovado por documentos que nas ações trabalhistas há flagrante confusão das empresas, quanto ao poder de mando e função dos empregados;
- c) possui autonomia financeira, negocial ou mesmo patrimonial

Sem considerar que o prédio físico de operações industriais é o mesmo para as duas, com entrada única e, principalmente:

- a transferência descarada de recursos da A Industrial para a A Distribuidora suprir seu caixa em aportes superiores à sua própria receita bruta (no ano de 2002, consoante relatado acima) ;
- a ciranda a que se submetem os empregados que desenvolvem as atividades industriais da empresa, na verdade, 'mãe', com a irrefutável prova anotada em seus registros.

Resta evidenciado, de forma inequívoca, que todos os atos praticados pelas empresas Atlanta Industrial e Atlanta Distribuidora, embora revestidos extrinsecamente de legalidade, são simulados, vale dizer, só foram efetuados na forma legal exigida para evadir a tributação. Não se denota, nem foi provado qualquer outro objetivo precípua para aquelas duas outras empresas existirem. Sobretudo quando o sr. Anísio Rausch "transfere" cotas para sua esposa e filhos, mas continua no poder de gestão.

Por esta razão são simulados, juridicamente tratando. Escondem a verdade material dos fatos e podem e devem ser descaracterizados pela administração tributária, cuja função precípua é garantir aos contribuintes a justiça fiscal e ao Estado a justa tributação e a proteção ao regime favorecido de tributação instituído apenas para micros e pequenas empresas.

A fraude (ilícito tributário) no meu entender está fartamente comprovada nos autos e exige que a recorrente seja excluída do Simples.

Os artigos 109 e 110 do CTN, por sua vez, não podem ser aproveitados pela recorrente.

O artigo 109 do CTN porque a sua redação milita em desfavor às suas argumentações:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

(grifos não pertencem ao original)

Os efeitos tributários, portanto, são oriundos da ocorrência ou não de fato gerador da obrigação tributária e este deve ser apurado sem a ‘maquiagem’ que a simulação jurídica serve para atribuir e disfarçar os fatos geradores em si.

Já o artigo 110, do mesmo diploma legal, porque é ordenamento referente a definição ou limitação de competências tributárias, assunto do qual não versa o presente processo:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

(grifos não pertencem ao original)

Ao contrário do que a recorrente entende, a evasão comporta um ilícito. Este ilícito pode ser meramente tributário – falta de pagamento de imposto ou pagamento fora do prazo – ou, se acompanhado das falsidades (ideológicas ou materiais), e no presente caso constata-se diversas falsidades ideológicas, constitui ainda um ilícito penal tributário.

A evasão fiscal é uma fuga do dever tributário a que está sujeito o contribuinte, o qual intencionalmente maquina formas para não cumprir este dever e manipula o fato gerador em si e os seus efeitos.

Os elementos que caracterizam a fraude, segundo o magistrado federal, Antônio Correa, são:

- aparência legal;
- conveniências particulares dos envolvidos;
- utilização de normas jurídicas com finalidades distintas da que efetivamente possuem;
- violação do ordenamento jurídico.¹

Citado com frequência como conceito de fraude é o da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, que dispõe: ‘é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou

¹ - Antônio Corrêa, Dos Crimes contra a Ordem Tributária, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, p. 26

modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento' (art. 72).'

Alécio A. Lovatto, citando Vittorio Cassone, in "Elisão e Evasão fiscal. Cadernos de Pesquisa Tributária", vol. 13, sob coordenação de Ives Granda Martins, ressalta:

*"a diferença entre a elisão e a evasão fiscal, consiste em que a elisão expressa ato formal e substancialmente legítimo praticado antes do surgimento do fato gerador, com o fim de evitar a incidência tributária plena ou a diminuir o tributo; e evasão é o ato ou omissão ilegítimo, praticado durante ou após a ocorrência do fato gerador, com o fim de evitar, reduzir ou retardar o pagamento do tributo. O limite entre ambas está na licitude ou ilicitude do ato praticado."*²

Outras relevantes citações retiradas da obra do eminente procurador serão abaixo transcritas, para encerramento deste tópico:

"Segundo Ruy Barbosa Nogueira, na fraude, 'a ação ou omissão visa escamotear o pagamento do imposto devido – reduzi-lo, evitá-lo ou retardá-lo.'..."

Segundo Silvio Rodrigues, 'age com fraude à lei a pessoa que, para burlar princípio cogente, usa de procedimento aparentemente lícito. Ela altera deliberadamente a situação de fato em que se encontra, para fugir à incidência da norma. O sujeito se coloca simuladamente em uma situação em que a lei não o atinge, procurando livrar-se de seus efeitos.'..."

Com propriedade, Hermes Marcelo Huck observa, apoiado nas lições de Francesco Ferrara, que 'muito embora guardando semelhança, simulação e fraude não se confundem, ainda que o objetivo de ambas seja a transgressão indireta da norma. ... Assim, os negócios simulados são fictícios, não desejados pelas partes, os fraudulentos são reais, realizados pelas partes para obter um resultado ilícito....

E, forte em Franco Gallo (...), diz adiante: 'em matéria tributária, entretanto, a simulação é mais do que mera e simples ocultação de um negócio jurídico; requer uma conduta dirigida a obstruir a ocorrência do fato gerador, utilizando-se para tanto de um arsenal complexo que envolve uma miríade de artimanhas, documentos, práticas contábeis e registros.'

*Mencionando a lição de Maurice Cozian, José Eduardo Schouri observa: 'ao reprimir o abuso de direito a administração estaria dizendo ao contribuinte: Você não é, sem dúvida, mentiroso mas pode ser pior, você é ilusionista; você conseguiu fazer desaparecer a matéria tributável por um passe de mágica jurídico; você é astuto demais e eu o tributo como fraudador.'*³

(grifos não pertencem ao original)

Entendo que houve uma manobra por parte das empresas para burlar o pagamento correto dos tributos devidos e se utilizar indevidamente das alíquotas favorecidas

² - Alécio A. Lovatto, Crimes Tributários, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 146

³ - Alécio A. Lovatto, Crimes Tributários, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 142 a 144

do Simples, sob a astúcia do sócio-gerente de fato e de direito, sr. Anísio Rausch e, repito, a simulação jurídica embora revestida de todas as formalidades extrínsecas do ato não pode surtir efeitos contra a legislação tributária, que se vincula aos fatos em si praticados, privilegiando a verdade material dos fatos.

Já disse o insigne mestre Alberto Xavier,

“Se, na verdade, o Fisco tem o poder-dever de oficiosamente investigar a verdade dos fatos com vista a determinar a sua eventual subsunção no tipo legal, tal investigação deve abranger a verdade em todos os seus aspectos jurídicos e factuais, notadamente o de saber se a vontade declarada corresponde à vontade real ou se existem provas de que a declaração é enganosa, artificiosa, aparente ou simulada.”

(grifos não pertencem ao original)

Por todo o exposto, considero simulados os atos praticados pela empresa recorrente, em associação com a empresa Atlanta Industrial e acolho o fundamento de que o seu quadro societário é constituído de interpostas pessoas, por suficientemente provado, e voto pela manutenção da exclusão do Simples.

II.b) Irretroatividade da exigência de tributos para 01/12/2003

Deixo de conhecer esta matéria aventada no presente recurso, porque como já anteriormente esclarecido, este processo administrativo não trata de exigência de tributo lançado de ofício, mas somente da exclusão da recorrente do Simples.

II.c) Inconstitucionalidade do juros Selic

Idem, não conheço desta matéria, por não haver a cominação de juros no presente processo.

CONCLUSÃO

Voto em não conhecer o recurso nas matérias distintas da exclusão da recorrente do Simples, afastar as preliminares de nulidade do acórdão de primeira instância, de nulidade do procedimento fiscal, para, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

Determino à Secretaria desta Terceira Câmara que cópias deste Acórdão sejam extraídas e encaminhadas aos processos conexos de exigência fiscal e exclusão do Simples das interessadas: Atlanta Têxtil Comércio de Meias e Confecções, CNPJ 78.667.854/0001-13, e Atlanta Indústria Têxtil Ltda, CNPJ 73.241.481/0001-09 (a serem pesquisados quanto ao andamento).


ANA DE BARROS FERNANDES - Relatora