



Processo nº	13971.003986/2007-19
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	1003-001.506 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de	03 de abril de 2020
Recorrente	GIORGIO FADELLI CONFECÇÕES LTDA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2004

PRELIMINAR. NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. INOCORRÊNCIA.

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 Relatório Fiscal e Despacho Decisório DRF/BLU nº 159/2009. Não prejuízo à defesa ou cerceamento do direito de defesa, pois foram produzidos em observância à legislação de regência, possuem motivação, caracterização da situação de exclusão do SIMPLES e fundamentação legal.

PRELIMINAR. 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.

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.

SIMPLES. EXCLUSÃO. CONSTITUIÇÃO POR INTERPOSTAS PESSOAS. CARACTERIZAÇÃO.

Os fatos apontados no processo, tomados em conjunto, levam a conclusão de que a existência autônoma da Recorrente não se revela efetivo pelos fatos, constituindo provas indiretas, as quais são típicas da constatação deste tipo de arranjo simulatório, no qual as operações se revestem de aparente legalidade, mas apresentam conexões que conduzem a um resultado que a norma busca

evitar. Diante dos fatos comprovados no processo, é certo que as pessoas físicas listadas no contrato social não são as verdadeiras constituidoras da empresa, mas apenas incluídas no Contrato Social para revestir de aparente legalidade o ato. Ficando caracterizado, portanto, a constituição da empresa através de interpostas pessoas, tendo em vista todas as circunstâncias apontadas, e pelo fato dos verdadeiros sócios da Recorrente não serem as sócias formais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares 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, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Wilson Kazumi Nakayama e Carmen Ferreira Saraiva(Presidente)

Relatório

Trata-se de recurso voluntário em face do acórdão 07-21.604, de 22 de outubro de 2010, da 4^a Turma da DRJ/FNS que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela Recorrente contra sua exclusão do SIMPLES Federal formalizada através do Ato Declaratório Executivo DRF/Blumenau nº 091, de 04 de junho de 2009.

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

Trata-se de manifestação de inconformidade contra exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples.

A exclusão do Simples, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/Blumenau nº 091, de 04 de junho de 2009, é motivada pelo sujeito passivo ter incorrido na hipótese de vedação prevista pelo artigo 14, inciso IV. da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

A exclusão teve origem em representação administrativa que demonstra, com base em verificação física e documental, que a empresa Giorgio Fadelli Confecções Ltda. (Fadelli) e a empresa Fadel Fabril Ltda. (Fadel) constituem de fato uma só empresa, possuindo controle gerencial, financeiro e administrativo único.

A administração da Fadelli teria administração sendo exercida pessoalmente pelo Sr. Jorge Heitor Fadel, e não pelas pessoas que constam em seu contrato social e alterações.

Inconformado o sujeito passivo apresentou manifestação de inconformidade, com as alegações expostas abaixo.

Afirma que a impugnante e a empresa Fadel são pessoas jurídicas distintas, com administração próprias e de forma alguma se caracterizariam pela formação de grupo econômico com o fim de ludibriar o Fisco.

Alude que a análise dos contratos sociais da impugnante e da Fadel demonstra haver distinção do quadro societário entre as empresas, bem como propósito negocial distintos, sendo a impugnante empresa atuante no ramo de confecções de artigos do vestuário., enquanto a empresa Fadel atua no ramo atacadista e varejista de armarinhos, aviamentos, artigos do vestuário, tecidos e malhas.

Aduz que a Giorgio Fadelli Confecções Ltda., ora impugnante, apenas presta serviços de confecção à Fadel Fabril Ltda., e recebe a respectiva remuneração por esses serviços. A prestação de serviços ocorreria mediante o comodato de equipamentos em favor da impugnante.

Coleciona acórdão da CSRF referente a julgamento de 15/05/95, entendendo que haverá simulação sempre que presentes os seguintes requisitos: (a) o ato praticado for ilícito e (b) se não há propósito negocial (business purpose) no ato praticado. Não teria relevância se o ato negocial tendesse exclusivamente à economia de impostos, porquanto "os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado."

Afirma que a exclusão da impugnante do SIMPLES ocorreu à margem do devido processo legal, com as garantias do contraditório e da ampla defesa que lhe são inerentes, nos exatos termos do art. 5º, incisos LIV e LV e do art. 14, § 3º da Lei nº 9.317/96.

Entende que a exclusão de ofício do contribuinte do SIMPLES não pode prescindir de prévia intimação para que exerça a ampla defesa e o contraditório a respeito dos fatos que lhe são imputados, para só ao final se decidir, administrativamente, pela sua exclusão ou não do programa simplificado. Anexa decisão do STJ que reforça o argumento posto.

Defende ser nulo o ato administrativo que promoveu a exclusão da empresa impugnante do SIMPLES, devido à ausência de expressa motivação - por parte da autoridade competente - no ato declaratório executivo nº 91/2009. A autoridade competente para a realização do ato administrativo de exclusão (Delegado da Receita Federal em Blumenau) não teria procedido com a necessária e indispensável motivação, não tendo apontado os motivos de fato e de direito que levaram à exclusão da impugnante do SIMPLES.

Argumenta que a motivação do ato não pode estar contida apenas 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.

Defende que a própria fundamentação legal apontada para a sua exclusão é errônea, pois não há como se admitir que a exclusão da empresa impugnante do SIMPLES seja feita com base em dispositivo de lei revogado, que não existe mais, uma vez que atualmente regula o regime simplificado a Lei Complementar nº 123/07.

Afirma a inexistência de constituição de pessoa jurídica por interposta pessoa.

Aduz que essa prática, vulgarmente conhecida como constituição de empresa através de sócio 'laranja', pode ser qualificada juridicamente, no âmbito do direito civil, como simulação. Na simulação por interposição de pessoa o intuito do declarante é atingir, com o negócio jurídico dissimulado, um terceiro, que não o figurante do próprio negócio. O figurante do negócio é o testa-de-ferro, presta-nome ou homem de palha. Há um *mise-en-scène* em que o figurante, na realidade, adquire, extingue ou modifica direitos para terceiro oculto. O 'testa-de-ferro' é apenas titular aparente de direito.

Argumenta que são duas as características básicas da interposição de pessoas, a saber: (i) a pessoa interposta está no meio de duas pessoas ligadas diretamente por um negócio, sem possuir neste negócio um interesse pessoal; e (ii) a função da pessoa interposta é ocultar o verdadeiro contratante, que, por algum motivo, não quer aparecer.

Afirma que as suposições trazidas pela agente fiscal apenas questionam aspectos empresariais e contábeis da pessoa jurídica impugnante, mas em nenhum momento põem em dúvida que os seus sócios não sejam os verdadeiros sócios, já que isso é inquestionável.

Segundo a recorrente, 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 demonstrado na própria documentação que consta no presente processo administrativo. Os sócios retirariam pró-labore mensal.

Argumenta que a empresa não possui maquinário próprio pois não precisa ter, uma vez que mantém contrato de prestação de serviço e comodato com maquinário para fins industriais e prestação de serviços com a empresa Fadel.

Em relação à ausência de despesas da Giorgio Fadelli com energia elétrica, água, esgoto, etc, expõe que, nos termos contratados, a impugnante responsabiliza-se por parte das despesas da empresa contratada, tais como, energia elétrica, água, IPTU, esgoto e telefonia, despesas estas que serão posteriormente abatidas dos valores a serem pagos pelos serviços prestados com a industrialização.

No tocante aos argumentos expendidos na representação fiscal, no sentido de que a impugnante teria sido constituída com o escopo de afastar a incidência de contribuições, afirma que, 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.

Requer, por fim, que seja julgado improcedente o ato administrativo de exclusão da empresa impugnante do SIMPLES, declarando insubstancial e nulo o Ato Declaratório Executivo nº 91/2009.

É o relatório.

Como afirmado no início, a 4^a Turma da DRJ/FNS julgou improcedente a manifestação de inconformidade. A ementa do acórdão, abaixo transcrita, sintetiza os motivos da decisão *a quo*:

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

Ano-calendário: 2004

EXCLUSÃO DO SIMPLES. CONSTITUIÇÃO PESSOA JURÍDICA. INTERPOSTAS PESSOAS.

Será excluído de ofício do Simples a pessoa jurídica constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas.

OPÇÃO. REVISÃO. EXCLUSÃO COM EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE.

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

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Aplica-se à exclusão do Simples Federal a legislação tributária vigente à época da ocorrência da situação impeditiva à permanência nesse regime unificado e simplificado, qual seja, a Lei n.º 9.317, de 1996; a Lei Complementar n.º 123, de 2006, que instituiu as normas gerais do Simples Nacional e revogou a Lei n.º 9.317, de 1996, somente tem aplicação a partir de 01/07/2007 sobre os fatos geradores pendentes e futuros.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2004

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação se encontraram plenamente assegurados.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. RITO PROCESSUAL.

A lei n.º 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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente.

A contribuinte tomou ciência do acórdão em 24/02/2011 (e-fl. 286).

Irresignada com o r. acórdão a contribuinte, ora Recorrente, apresentou recurso voluntário em 21/03/2011 (e-fls. 289 -317) onde alega o seguinte:

-que a Recorrente e a empresa Fadel Fabril Ltda são pessoas jurídicas distintas, com administração independentes, com sedes próprias e de foram alguma de caracterizam pela prática de atos simulados com o fim de ludibriar o Fisco e que a relação entre ambas é estritamente comercial;

-que o quadro societário de ambas as empresas é distinto, o que por si só demonstraria que não podem ser consideradas uma única empresa;

-que a Recorrente atua no ramo de confecções de vestuário e a empresa Fadel Fabril Ltda atua no ramo atacadista e varejista de armarinhos, aviamentos, artigos de vestuário, tecidos e malhas;

-que a Recorrente apenas presta serviços de confecção à Fadel Fabril Ltda e recebe a respectiva remuneração por esses serviços;

-que a prestação de serviços ocorre, inclusive mediante o comodato de equipamentos em favor da Recorrente desde 14 de agosto de 2004, conforme consta no contrato de prestação de serviços, comodato e outras avenças, que sequer teria sido objeto de análise pela Delegacia de Julgamento de Florianópolis;

-que o que a Fiscalização entendeu como organização única com o intuito de burlar o recolhimento de contribuições previdenciárias nada mais é dos simples terceirização de serviços, na medida em que a Recorrente presta serviços de confecção para a empresa Fadel Fabril Ltda, e esta, por sua vez, comercializa os produtos têxteis prontos e acabados, ou seja as empresas mantém relação comercial de complementaridade, com propósito econômico e negocial, não se podendo admitir que o simples fato da Recorrente recolher menos tributos ao INSS seja causa – por si só – de simulação, como entendeu a Fiscalização;

-que no caso concreto, não se verifica a presença dos requisitos apontados pela Câmara Superior de Recursos Fiscais para que o ato negocial seja qualificado de simulado, quais sejam, (a) ato praticado ilícito e (b)se não há propósito negocial no ato praticado;

-que, portanto, não há dúvidas de que inexiste a apontada simulação, uma vez que a relação negocial entre as empresas é perfeitamente lícita e encontra-se devidamente amparada por seu manifesto de propósito negocial, eis que cada uma das empresas possui autonomia financeira, gerencial, contabilidade própria e todos os atos da administração são fundamentados em contrato de prestação de serviços firmado entre as partes. Esse contrato justificaria todas as operações realizadas entre as empresas, caindo por terra todas as suposições levantadas pela Fiscalização acerca da existência de simulação;

- alega preliminarmente a nulidade do acórdão recorrido por ausência de apreciação de todos os fundamentos/documentos apresentados na impugnação o que implicaria na declaração de nulidade do acórdão. Juntou ementa do acórdão 105-13583 de 22 de agosto de 2001 da 5^a Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes para arrimar sua tese. Segundo a Recorrente a 4^a Turma da DRJ/FNS deixou de manifestar-se notadamente sobre:

a) motivação de fato e direito que levaram a exclusão da recorrente do SIMPLES, o que tomaria absolutamente nulo o ato administrativo impugnado (ADE 91/2009), eis que lavrado em afronta ao artigo 93, inciso X, da Carta Política e artigo 2º, da Lei nº 9.784/99;

b) contrato de prestação de serviço e comodato com maquinário firmado entre a empresa recorrente e a empresa FADEL Fabril Ltda, o que afasta as conclusões adotadas pela fiscalização quanto a caracterização de atos simulados;

-que o entendimento da DRJ/FNS de que o contraditório e a ampla defesa podem ser exercidos após a emissão do ato de exclusão do SIMPLES não se coaduna com a legislação vigente, pois a Recorrente não teve a oportunidade de oferecer defesa à sua manutenção no regime diferenciado de tributação, o que ofende o direito à garantia de submissão ao devido processo legal. Apresenta cópia de decisões judiciais para sustentar sua tese;

-que a DRJ/FNS não se manifestou acerca do argumento da Recorrente de que o ato de exclusão seria nulo por ausência de motivação, por não ter apontado os motivos de fato e de direito que levaram à exclusão da Recorrente do SIMPLES;

-que a decisão recorrida validou o Ato Declaratório Executivo emitido em 04 de junho de 2009, com supedâneo nos artigos 14, inciso IV da Lei nº 9.317/96 que teria sido revogada pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2000, e portanto que a exclusão não poderia ter sido realizada com fundamento em dispositivo de lei revogado;

-quanto ao mérito refuta a acusação de que não ocorreu a constituição da pessoa jurídica por interposta pessoa – que seria, segundo a Recorrente, a única causa de sua exclusão do SIMPLES. Apresenta entendimentos doutrinários para embasar sua tese;

-que não há comprovação no processo da acusação fiscal de que a Recorrente é constituída por interposta pessoa, ou melhor, é constituída por sócio “laranja”, e que todas as suposições trazidas pela Fiscalização apenas questionam aspectos empresariais e contábeis da Recorrente, mas em nenhum momento põem em dúvida que os seus sócios são verdadeiros, já que isso seria inquestionável, já que inclusive recebem pró-labore mensal, de modo que não estão a interpor ou ocultar qualquer outra pessoa que seja;

- que em verdade, a tese construída na representação fiscal trata-se de hipótese de simulação relativa e não de simulação por interposição, o que poderia levar, quando muito a uma eventual infração à legislação pela alegada existência de simulação, o que seria apto a ensejar – em tese – a exclusão da Recorrente do SIMPLES com base no art. 14, inciso V, da Lei nº 9.317/96, mas jamais pode ser reputada válida a exclusão da Recorrente do SIMPLES com fundamento no art. 14, inc. IV, uma vez que a Recorrente – no caso concreto – não foi constituída por interposta pessoa, e nem tampouco tal fato restou comprovado;

-que mesmo que se admitisse – hipoteticamente – a tese de simulação, apresentada na representação fiscal, não haveria de prosperar, uma vez que o contrato de prestação de serviço e comodato entre a Recorrente com a empresa FADEL, o que justificaria a ausência de maquinário próprio na Recorrente;

-que refuta o questionamento da Fiscalização quanto a ausência de despesas da Recorrente com energia elétrica, água e esgoto e etc., porque nos termos do contrato a Recorrente responsabilizar-se-ia por partes das despesas da empresa contratada, tais como energia elétrica, água, esgoto, IPTU e telefonia, despesas que seriam posteriormente deduzidas dos valores a serem pagos pelos serviços prestados com a industrialização;

- que o argumento expendido na representação fiscal – no sentido de que a Recorrente 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 n.º 9.317/96, a empresa recolheu PIS e COFINS em valor superior àquele que seria devido no regime do lucro presumido;

- que não há provas capazes de justificar a exclusão do SIMPLES Federal, pois segundo a Recorrente, a Fiscalização, em diversos momentos, deixa claro que suas conclusões baseiam-se não em fatos ou em disposições legais, mas em suposições, inferências ou opiniões pessoais dos agentes fiscais, decorrentes de seu estranhamento pessoal e completamente relativo quanto a determinadas questões;

-que a comprovação dos fatos feita pela Fiscalização resumiu-se em afirmar que a Recorrente teria sido constituída por outras pessoas estranhas ao seu contrato social, com objetivo de recolher tributos de forma simplificada, e que, portanto, o relatório fiscal está permeado por dúvidas e incertezas quanto a fatos, e nesses casos, além da aplicação das normas acima aludidas, deve ser observado o art. 122 do CTN;

- que tanto no relatório fiscal quanto na decisão recorrida extraem-se inúmeras presunções, e que a autoridade julgadora afirma que todas as constatações e elementos de prova estão calcados em presunções, o que seria inadmissível e acarretaria, por consequência, a necessidade de cancelamento do ato declaratório de exclusão da Recorrente do SIMPLES;

-que para caracterizar a existência de simulação entre a Recorrente e a empresa FADEL, a autoridade fiscal apontou os seguintes fatos:

(a)que a recorrente e a empresa Fadel constituem uma única empresa, utilizada com intuito de afastar o recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração paga aos segurados empregados e empresários;

(b)que a empresa recorrente não apresenta autonomia patrimonial, sendo que seus empregados exercem suas atividades utilizando as máquinas e equipamentos de propriedade da Fadel;

(c) que nos Livros Diário e Razão da recorrente não existem registros de despesas com energia elétrica, água e esgoto ou telefone;

(d)que o sócio da Fadel assina também documentos relativos a empresa recorrente, documentos esses por ela relacionados como cheques e liberação de créditos;

(e)que a recorrente não apresenta disponibilidade financeira para o pagamento de suas despesas, de modo que quem arca com os custos seria a empresa Fadel, que possui maior faturamento;

-que antes de rebater os argumentos declinados pela Fiscalização, esclarece que a Recorrente não utilizou de nenhum subterfúgio para afastar a incidência de contribuições previdenciárias, conforme afirma a autoridade fiscal, ao contrário, possui uma relação puramente comercial com a empresa FADEL, a qual presta serviços de industrialização por encomenda, conforme se verifica do contrato de prestações de serviços em notas fiscais em anexo à manifestação de inconformidade;

-que basta observar os contratos sociais da empresa para se constatar que possuem quadros sociais distintos e cada uma delas tem administração própria;

-que a firmação da Fiscalização de que “(...) o sócio da empresa FADEL Sr. Jorge Heitor Fadel assina também documentos relativos a empresa FADELLI, como por exemplo: Autorização para liberação dos Créditos no Banco do Brasil, pagamentos através de cheques ref. a contribuições de INSS e outros”, não se presta a verdade dos fatos, pois a bem da verdade o Sr. Jorge H. Fadel nunca assinou qualquer documento em nome da empresa Fadelli, já que não possui poderes ou autorização para tanto.

- que por essa razão é totalmente descabida a alegação de que às fls.104/105 dos autos do processo administrativo foram assinados pelo Sr. Jorge H. Fadel, devendo com o devido consentimento desta relatoria ser designada perícia grafotécnica para comprovar a alegação a aqui ventilada, afastando as conclusões lançadas na decisão recorrida

-que a inveracidade dos argumentos lançados pela Fiscalização podem ser facilmente constatados pelo fato da Recorrente não fazer qualquer recolhimento de contribuições previdenciárias pura e simplesmente, o que a Recorrente faz é recolhimentos ao SIMPLES de forma unificada;

- que discorda dos argumentos apresentados pela fiscalização acerca da ausência de autonomia financeira, gerencial, visto que cada uma das empresas mencionadas no relatório fiscal são distintas, possuem contabilidade e administração próprias e todos os atos da negociação são fundamentados no contrato de prestação de serviços, comodato, permuta e outras avenças firmado entre as partes anexado a impugnação;

- que a assertiva da decisão recorrida de que a transferência de funcionários entre a Recorrente e a empresa FADEL Confecções caracterizaria simulação entre as empresas, aduz que ao firmar contrato com a FADEL, os funcionários deixaram de ser necessários para elaboração de suas atividades, então, para evitar o desemprego dos mesmos e pelo fato de já terem conhecimento das atividades desenvolvidas pela Recorrente, a mesma optou por contratá-los apenas porque atendiam aos seus interesses;

- que não assiste razão à autoridade fiscal quanto a acusação de ausência de autonomia patrimonial das empresas, eis que ao contratar os serviços da empresa Recorrente, a FADEL Confecções firmou contrato de prestação de serviços, comodato e outras avenças com a Recorrente;

- quanto a inexistência de despesas da Recorrente com energia elétrica, água , esgoto, etc., a FADEL responsabiliza-se por parte das despesas da Recorrente, isso porque nos termos do contrato, parte dessa despesa assumidas pela contratante seriam deduzidas dos valores a serem pagos pelos serviços prestados com a industrialização, decorrendo daí o custo reduzido ou até mesmo inexistente em alguns casos, que foram questionados pela Fiscalização em relação á empresa contratada;

-que não há proibição legal quanto a essa forma de contratação, visto que não traz prejuízo para nenhuma das partes, havendo ao contrário facilidades operacionais;

-que quanto a comparação entre o faturamento da empresa e o número de empresados esclarece que faturamento não é lucro, e que a FADEL, que comercializa seus produtos certamente terá uma despesa e um faturamento maior que as empresas que apenas lhe prestam serviços de industrialização e que a redução no quadro de funcionários não significa necessariamente redução de faturamento, principalmente quando se contrata serviço terceirizado;

-que não há nada de irregular na situação acordada entre as duas empresas, de modo que os argumentos apresentados no relatório fiscal são insuficientes para que se vincule os segurados empregados da Recorrente como funcionários da contratante;

- que no que se refere a sede da empresa, ressalta que o comodato também prevê sua utilização pela FADELLI para prestação dos serviços de industrialização por encomenda, e que a mera localização física é irrelevante para a desconsideração formal e distinta das empresas, pois não há nenhuma legislação que proíba que empresas com objetos sociais próximos instalem-se na mesma localidade;

- que não seria possível aplicar a norma que dá efeitos retroativos à exclusão do regime, uma vez que, segundo a Recorrente, o art. 15 da Lei n° 9.317/96 se refere a fatos impeditivos supervenientes ao ingresso da contribuinte no SIMPLES, e que a lógica do sistema é que a exclusão ocorrerá a partir da ocorrência do fato novo, ou dentro de um prazo que tem esse fato novo como referência. Apresenta decisões jurisprudenciais para dar suporte à sua tese;

.Requer ao final a reforma do acórdão recorrido, para declarar nulo o Ato Declaratório Executivo DRF/Blumenau n° 091/2009.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Wilson Kazumi Nakayama, Relator.

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

Quanto a preliminar arguida de nulidade do acórdão recorrido em razão de a DRJ/FNS não ter se pronunciado a respeito de todos os fundamentos jurídicos e documentos

anexados na defesa, há que ressaltar que a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, 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 judicante 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. Cármel 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)

No caso vertente, a Recorrente alega que a 4ª Turma da DRJ/FNS deixou de manifestar-se notadamente sobre os seguintes assuntos:

- a) motivação de fato e direito que levaram a exclusão da Recorrente do SIMPLES, o que tomaria absolutamente nulo o ato administrativo impugnado (ADE 91/2009), eis que lavrado em afronta ao artigo 93, inciso X, da Carta Política e artigo 2º da Lei nº 9.784/99;
- b) contrato de prestação de serviço e comodato com maquinário firmado entre a empresa recorrente e a empresa FADEL Fabril Ltda, o que afasta as conclusões adotadas pela fiscalização quanto a caracterização de atos simulados;

Quanto a motivação que levaram a exclusão da Recorrente do SIMPLES (item “a” acima) confira-se o excerto abaixo do voto condutor do acórdão, que apresenta sim as motivações fáticas e de direito da exclusão:

O ato de exclusão está fundamentado em despacho decisório emitido pela DRF/Blumenau (fls. 160 a 163) e representação administrativa (fls. 1 a 7), bem como tem por suporte os documentos de fls. 8 a 160, que demonstrariam que o sujeito passivo teria sido constituído por interpostas pessoas, diferentes de seus verdadeiros sócios.

O sujeito passivo foi intimado deste do ato de exclusão, do despacho decisório e da representação administrativa em 15/06/2009 (fl. 165).

Segundo a representação administrativa, a empresa participou dos atos de fiscalização.

Dessa forma, verifica-se inexistirem elementos nos autos capazes de corroborar as alegações de ofensa aos dispositivos referentes ao procedimento administrativo.

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

Constata-se, ao contrário do que refere o sujeito passivo, que não houve qualquer cerceamento ao seu direito de defesa, já que o próprio ato, como acima transcreto, está devidamente fundamentado e prevê a possibilidade de manifestação de inconformidade, no prazo de trinta dias.

Quanto ao argumento da Recorrente de que a DRJ deixou de analisar o contrato de prestação de serviço e comodato entre a Recorrente e a FADEL (item “b”) que afastaria as conclusões adotadas pela fiscalização quanto a caracterização de atos simulados, também não assiste razão à Recorrente. Na verdade a DRJ analisou todo o contexto fático, incluindo o contrato de prestação de serviço para emitir uma conclusão. Confira-se excerto do acórdão recorrido:

[...]

Em sua manifestação de inconformidade, a FADELLI justifica não possuir maquinário próprio pois mantêm contrato de prestação de serviço e comodato com maquinário para fins industriais e prestação de serviços com a FADEL.

Tais elementos demonstram que a FADELLI opera única e exclusivamente com maquinário de propriedade da FADEL.

Nos Livros Diário e Razão de n. 01, 02 e 03 da FADELLI, período 2004 a 2006. não constam registros de despesas com energia elétrica, água e esgoto ou telefone.

O sujeito passivo informa que, nos termos contratados pelas empresas, a FADEL responsabiliza-se por parte das despesas da FADELLI, tais como energia elétrica, água, IPTU, esgoto e telefonia, despesas estas que seriam posteriormente abatidas dos valores a serem pagos pelos serviços prestados com a industrialização.

Ou seja. a FADEL paga todas as despesas de energia elétrica, água. IPTU. esgoto e telefonia da FADELLI.

[...]

De posse de todos estes elementos, é possível concluir que a empresa FADELLI, em que pese a regularidade formal, foi, na realidade, criada por interpostas pessoas. O sujeito passivo, por sua vez, não faz qualquer demonstração que infirme as conclusões da autoridade fiscal, não trazendo aos autos nenhum elemento que comprove que as sócias constantes dos seus atos constitutivos atuam efetivamente na gerência da sociedade.

Quanto a alegação de nulidade do Ato Declaratório Executivo por não ter possibilitado a defesa prévia da Recorrente antes de sua emissão, em afronta ao exercício do contraditório e da ampla defesa, 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 Relatório Fiscal (e-fls. 176-177) e Despacho Decisório DRF/BLU nº 159/2009 (e-fl 178).

Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa são de observância obrigatória no âmbito do 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 há prejuízo à defesa ou cerceamento do direito de defesa, pois foram produzidos em observância à legislação de regência, possuem motivação, caracterização da situação de exclusão do SIMPLES e fundamentação legal.

Verifica-se, outrossim, que a Recorrente teve assegurada desde a manifestação de inconformidade as garantias do 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.

Quanto a alegação de que a exclusão não poderia ter sido realizada com fundamento em dispositivo de lei revogado, uma vez que o Ato Declaratório Executivo foi emitido em 04 de junho de 2009, com supedâneo nos artigos 14, inciso IV da Lei nº 9.317/96 que teria sido revogada pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, também não assiste razão à Recorrente. 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 de condição impeditiva, exatamente a hipótese dos autos.

Portanto, afasto as preliminares de nulidade arguidas.

Quanto ao mérito, a Recorrente refuta os indícios ou circunstâncias trazidas pela Fiscalização para caracterizar a acusação de que fora constituída por pessoas que não são os seus verdadeiros sócios.

Deveras, quando analisadas isoladamente esses indícios ou circunstâncias não são suficientes para caracterizar a infração. Contudo, quando analisadas em conjunto chega-se a conclusão de que a Recorrente e a empresa Fadel Fabril Ltda (FADEL) estão umbilicalmente interligas, isto é, trata-se na verdade de uma só empresa e a existência autônoma da Recorrente não se revela efetivo pelos fatos, e o arranjo formal com aparente independência e autonomia entre elas tem só um objetivo, o da redução de tributos, arranjos esses que a legislação busca coibir. Na verdade o comando administrativo, financeiro e de recursos humanos é feito pelos sócios da FADEL, figurando as srs. Elena Maria Silveira Burgiak e Maria Regina Garcia como sócias da Recorrente apenas formalmente, mas os verdadeiros proprietários são os sócios da FADEL. Senão vejamos:

A Representação administrativa da autoridade fiscal responsável pelo procedimento de fiscalização de contribuições previdenciárias na Recorrente no ano de 2007 (e-fls. 4-10) indica que aquela autoridade constatou que a administração da Recorrente é exercida de fato pelos sócios da FADEL. Na verdade a autoridade fiscal afirma que o sr. Jorge Heitor Fadel assina documentos da Recorrente. Contudo, as assinaturas que constam nos referidos documentos parecem ser da outra sócia da FADEL, a sra. Margareti Silveira Fadel. Confira-se:

Na 9^a alteração do contrato social da FADEL, de 3 de dezembro de 2004 (e-fls. 256-262), consta a assinatura da sócia Margareti Silveira Fadel, abaixo reproduzida:

Brusque, 03 de dezembro de 2004.

Jorge Heitor Fadel

Margareti Silveira Fadel

Nos autos foram juntados diversos documentos relativos a notificação de férias de funcionários da Recorrente, com assinatura que parece ser da sra. Margareti Silveira Fadel. Como exemplos estão as notificações de férias acostadas às e-fls. 116-118, conforme reprodução abaixo:

Proventos = 241,39 Descontos = 18,46
Líquido = 222,93

Pelo presente comunicamos-lhe que, de acordo com a lei , ser-lhe-ão concedidas férias relativas ao período acima descrito, e a sua disposição fica a importância líquida de R\$ 222,93

Valor por extenso..	Duzentos e Vinte e Dois Reais e Noventa e Tres Centavos
---------------------	---

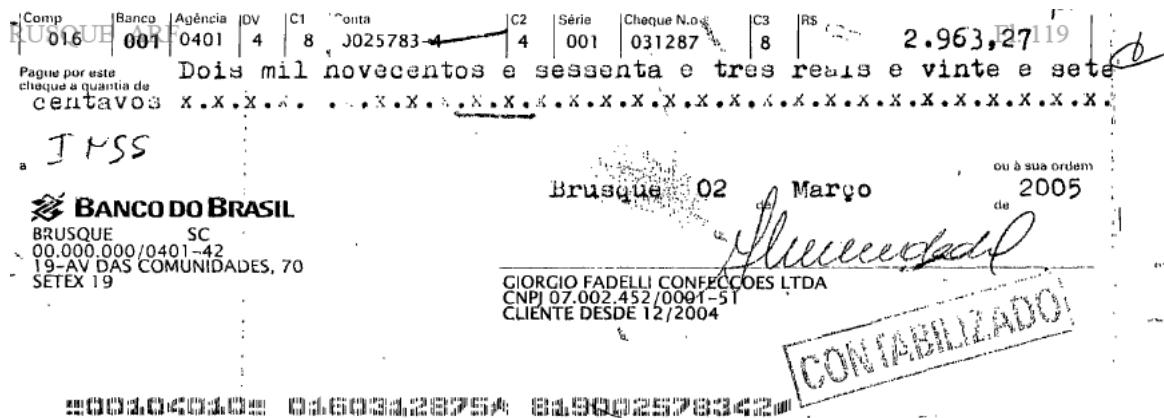
a ser paga adiantadamente.

Assinatura: BRUSQUE, 05 de MAIO de 2006

MARGARETE KIPFER

GIORGIO FADELLI CONFECOES LTDA

Também parece constar a assinatura da sra. Margareti Silveira Fadel em cheques da Recorrente, juntado à e-fl. 119. Veja reprodução abaixo:



Também parece ser a assinatura da sra. Margareti Silveira Fadel na autorização abaixo para liberação de créditos para o banco, acostado à e-fl. 120; Confira-se:

Solicitamos e autorizamos a liberação para processamento do arquivo gerado pelo motivo Pagamentos de fornecedores, salários e outros, transmitido eletronicamente contendo 00030 registro(s) no valor total de R\$ 18.095,88 em favor do(s) a relacionado(s).

Prefixo da Agência : 0401-4
Conta Corrente Debitada: 00.000.025.783-4

GIORGIO FADELLI CONFECOES LTD

CERTIFICO que o presente
é cópia fiel do original.
ARF Brusque, 13/12/107

Pode haver dúvidas de que as assinaturas nos documentos acima sejam da sra. Margareti Silveira Fadel, sócia da FADEL. Mas não há dúvida nenhuma de que as assinaturas não sejam das sras. Elena Maria Silveira Burgiak e Maria Regina Garcia, sócias da Recorrente. Confira-se com excerto da 1^a Alteração do Contrato Social da Recorrente, datado de 04 de setembro de 2007 e juntado à e-fls 220-228 com a assinatura das sócias:

E, por estarem assim acordados, obrigam-se a cumprir fielmente o presente instrumento, pelo que assinam em três (03) vias de igual teor e forma e na presença de duas testemunhas.

Brusque, 04 de setembro de 2007.

Elena M. S. Burgiak Maria R. Garcia
Elena María Silveira Burgiak Maria Regina Garcia

Quanto a acusação da autoridade fiscal de que os empregados da Recorrente são na verdade empregados da FADEL, questionando a migração de trabalhadores de uma empresa para outra, não há ilegalidade nessa transferência e não consta nos autos que foi questionada pela autoridade fiscal a relação empregatícia de cada um dos referidos empregados da Recorrente. Contudo os fatos e circunstâncias abaixo descritas deixam em dúvida se a relação empregatícia entre os trabalhadores e a Recorrente não é apenas aparente:

1 – Consta na cláusula 4ª do Contrato de Prestação de Serviços, Comodato, Permuta e Outras Avenças , acostado às e-fls. 264-268, que a Recorrente (contratada) deveria admitir a funcionária Márcia Appel, responsável pelo Departamento de Recursos Humanos da FADEL (contratante). Ora a mesma pessoa é responsável pela gestão de recursos humanos das duas empresas, como comprovam a assinatura da sra. Márcia Appel em vários documentos tanto da Recorrente como da FADEL juntados aos autos, deixando em dúvida se haveria independência administrativa e de recurso humanos entre a Recorrente e a FADEL. Conforme consta na Representação Administrativa a sra. Márcia Appel teria sido registrada apenas na Recorrente em 01 de setembro de 2004, comprovada pela Ficha de Registro de Empregado à e-fl. 56;

2 – Foram juntados aos autos cópia de avisos de férias (e-fls. 116-118) nos quais consta como responsável pela Recorrente, o que parece ser a assinatura da sra. Margareti Silveira Fadel, como já acima colacionado. Não é a assinatura da sra Márcia Appel, responsável pelos recursos humanos da Recorrente, tampouco de suas sócias;

3- A Representação Fiscal alega discrepância entre a evolução do faturamento da Recorrente e da FADEL e as respectivas evoluções na quantidade de funcionários. Evidentemente que essa constatação, por si só, não significa que trata-se de empresa única. Porém, é de se estranhar que a Recorrente tenha aumentado a quantidade de funcionários no período de 2004 a 2006, ao mesmo tempo em que o seu prejuízo só foi aumentando, conforme consta nos balanços patrimoniais acostados às e-fls. 77-81, chegando a apresentar patrimônio líquido negativo de 2004 a 2006!!!!

Quanto a acusação fiscal da inexistência de despesas da Recorrente com energia elétrica, água , esgoto, etc, também, por si só, não caracterizaria que a Recorrente e a FADEL seriam uma única empresa, até porque consta no contrato de prestação de serviços que essas despesas seriam assumidas pela FADEL e segundo a afirmou a Recorrente, seriam deduzidas dos valores a serem pagos pelos serviços prestados com a industrialização. Ocorre que não constam nos autos qualquer planilha ou documento que comprove a afirmação da Recorrente de que dos valores pagos à Recorrente seriam deduzidos as despesas antes mencionadas. Parece que na verdade, por estarem localizadas uma próxima a outra, conforme consta na Representação Administrativa, as despesas são comuns, o que leva a questionar se a Recorrente e a FADEL funcionam autônoma e independentemente.

Como visto, os vários indícios ou circunstâncias apontados pela fiscalização foram refutados pela Recorrente como insuficientes para caracterizar a infração apontada. Porém esses indícios, tomados em conjunto, levam a conclusão de que a existência autônoma da Recorrente não se revela efetivo pelos fatos, não se vislumbrando outra razão para a separação formal entre as empresas que não reduzir a incidência de tributos, constituindo provas indiretas, as quais são típicas da constatação deste tipo de arranjo simulatório, no qual as operações se revestem de aparente legalidade, mas apresentam conexões que conduzem a um resultado que a

norma busca evitar. Diante disso, juntamente com os demais fatos comprovados no processo, é certo que as pessoas físicas listadas no contrato social não são as verdadeiras constituidoras da empresa, mas apenas incluídas no Contrato Social para revestir de aparente legalidade o ato.

Fica caracterizada, portanto, a constituição da empresa através de interpostas pessoas, tendo em vista todas as circunstâncias apontadas, e pelo fato dos verdadeiros sócios da Recorrente não serem as sócias formais, que constam no contrato social, mas os sócios da FADEL, estes sim os verdadeiros proprietários da Recorrente.

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

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama