



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

Processo n° 15956.720010/2011-12
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1003-000.042 – Turma Extraordinária / 3ª Turma**
Sessão de 03 de julho de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL
Recorrente VM COMÉRCIO DE PRODUTOS SIDERÚRGICOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

PRELIMINAR. NULIDADE. PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA.

Não há nulidade quando a decisão apresenta motivação e a contribuinte dela recorre detalhadamente, demonstrando não ter havido qualquer prejuízo à recorrente ou influência na solução do litígio.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. INTERPOSTAS PESSOAS.

A pessoa jurídica que é constituída por interpostas pessoas, encobrindo quem são os verdadeiros sócios, não tem o direito de permanecer inscrita no regime do Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Presidente

(assinado digitalmente)

Sérgio Abelson - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Abelson, Bárbara Santos Guedes e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão de primeira instância que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada contra o Ato Declaratório Executivo nº 62, de 28 de março de 2011, da DRF Ribeirão Preto - SP, o qual determinou a exclusão da empresa do Simples Nacional a partir de 12/09/2008, com fundamento na disposição contida no inciso IV do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006, tendo em vista sua constituição através de interpostas pessoas.

A exclusão decorre de procedimentos fiscais concomitantes na recorrente e em mais duas empresas nas quais a autoridade fiscal constatou haver coincidências e conexões relativas à atividade econômica, composição societária, localização, funcionamento, constituição de representantes e vínculos empregatícios, levando à conclusão de que a fiscalizada foi constituída através de interpostas pessoas com a finalidade de reduzir os encargos previdenciários da empresa SERGERAL INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA, conforme minuciosamente relatado na "*Representação Fiscal - Desenquadramento do 'Simples'*" constante do presente processo.

A recorrente, inicialmente e ao final, protesta pela sustentação oral de suas razões, com prévia intimação do advogado informando a data em que se realizará o julgamento; pede que todas as intimações e/ou notificações sejam feitas exclusivamente ao advogado que nomeia, "*sob pena de nulidade*", conforme jurisprudência que menciona e, em síntese, alega:

I - Que a exclusão se apóia [*na Representação Fiscal contida*] no presente processo [*às folhas 03 a 12*], que a acusa de ser mera simulação empresarial, com finalidade de reduzir encargos previdenciários da empresa SERGERAL INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA, o que não é verdade;

II - Que os elementos em que se embasa a fiscalização, como composição de quadro societário, localização, procurações e mão de obra, por si sós não podem levar a tal conclusão;

III - Que requereu, e requer, suspensão dos efeitos até a decisão administrativa definitiva (CTN, art. 151, III e art. 4º, § 3º e § 3º-A da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007) e o cancelamento do referido ADE, já que o trabalho fiscal foi eivado de nulidade, "*pois se embasou única e exclusivamente em análises e intromissões dos fatos da vida privada, extraindo conclusões que não deveriam ser realizadas pelos agentes administrativos, por se tratarem de meras presunções e indevidas modificações da realidade apresentada*", desrespeitando o princípio da entidade e a autonomia inerentes às pessoas jurídicas, concluindo por meio de provas indiretas pela simulação por interposta pessoa, excluindo a contribuinte do Simples Nacional;

IV - Que, preliminarmente, a decisão proferida pela 2ª Turma DRJ/BEL restringiu-se a reproduzir fielmente os termos apresentados pela fiscalização e os explanados pela manifestação de conformidade [*no relatório*], não existindo qualquer análise ou fundamentação quanto aos elementos que configuram o objeto do ADE em discussão, "*constituição por interposta pessoa*", traduzindo, pois, hipótese de nulidade da decisão e culminando com a respectiva invalidação do referido ADE, pois, na decisão ora recorrida, não

houve manifestação sobre as questões fáticas e jurídicas arguídas na defesa, tendo havido uma afronta à sistemática do processo administrativo e à função do duplo grau de jurisdição, de garantir o contraditório e a ampla defesa insculpidos no art. 5º, LV, da CF/88, respeitando o princípio da motivação das decisões e dos atos administrativos, constante do art. 93, X, da CF, bem como do art. 2º, *caput* e § único, inciso VII e art. 50, § 1º-A da Lei nº 9.784/1999 ;

V - Que não ocorreu a simulação por interposta pessoa, sendo a recorrente independente em relação à empresa SERGERAL INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA, pois, se houvesse realmente a simulação de vontade na constituição das citadas empresas, seria ilógico e até estúpido o fato de serem formadas apenas por parentes, em localidades próximas e com a outorga de procuração entre eles, visto que todos os atos são de conhecimento público e, por isto, de fácil constatação pelo fisco; valeria-se de um "laranja" ou "testa de ferro" para encobrir os reais destinatários de direito, o que não ocorre no caso concreto, visto que, na realidade, a família resolveu se dividir para explorar atividades complementares, sendo os próprios sócios os que adquirem e exercem os direitos emanados do cumprimento dos respectivos objetos sociais;

VI - Que o fato de haver parentesco entre os sócios das duas empresas e ambas se situarem em localidades próximas não podem levar à suposição fiscal de que formam uma única pessoa jurídica, em respeito ao princípio da entidade;

VII - Que as atividades das duas empresas não são idênticas, nem o objeto social (citando extrato da Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP de teor distinto, no que se refere à VM, ao do contrato social constante dos autos, que estaria anexo ao processo ou ao recurso, mas ali não se encontra), apesar de atuarem no mesmo mercado, sendo que a SERGERAL atua em grandes obras e industrialização/comércio de máquinas e equipamentos pesados, enquanto a VM, ora recorrente, realiza pequenos serviços, venda de bens e equipamentos menores, tendo a família se separado para realizar atividades complementares, explorando independentemente duas atividades conexas;

VIII - Que não há qualquer impedimento legal à indicação mútua de mão de obra entre as duas empresas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Sérgio Abelson, Relator

O Recurso voluntário é tempestivo, portanto dele conheço.

Inicialmente, em relação ao requerimento da recorrente para suspensão dos efeitos do ADE até a decisão administrativa definitiva, com fundamento no art. 151, III do CTN e art. 4º, § 3º e § 3º-A da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, cabe registrar que a instauração do contencioso administrativo, de fato, suspende os efeitos da exclusão do Simples Nacional, bem como da exigibilidade dos créditos tributários eventualmente

constituídos. O § 3º-A da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, aplicável aos fatos, à época, e com base no art. 39 da LC nº 123, de 2006, diz que, na hipótese de a ME ou EPP impugnar o ADE, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto em seu art. 6º, que elenca os períodos de exclusão que constam dos próprios ADE. Em outras palavras, determina que os efeitos da exclusão se produzem imediatamente à publicação do Ato, relativamente aos períodos ali mencionados, mas ficam condicionados, para se tornarem efetivos, à decisão administrativa definitiva desfavorável à contribuinte. Isto inclui o direito da Fazenda de lançar de ofício eventuais valores decorrentes da exclusão (objeto, relativamente ao Simples Federal, da Súmula CARF nº 77: "*A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.*"), os quais, na hipótese de instauração do contencioso administrativo a esta relativo, terão sua exigibilidade suspensa até que se torne definitiva a decisão administrativa que a mantém. Este entendimento é corroborado pela SCI Cosit nº 18, de 30 de julho de 2014:

Solução de Consulta Interna nº 18 - Cosit

Data 30 de julho de 2014

Origem DRF/DIVINOPÓLIS

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ementa: Com base no art. 39 da Lei Complementar (LC) nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a manifestação de inconformidade interposta em âmbito federal contra a exclusão do Simples Nacional se enquadra no conceito de recurso administrativo admissível pelas leis reguladoras do processo tributário administrativo a que se refere o inciso III do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional(CTN).

Nos termos do § 3º do art. 75 da Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional (RCGSN) nº 94, de 29 de novembro de 2011, a impugnação do ato de exclusão do Simples Nacional tem efeito suspensivo, razão pela qual o lançamento de ofício que teve tal ato de exclusão como premissa necessária terá caráter preventivo, e, portanto, estará com a exigibilidade suspensa.

Dispositivos Legais: art. 151, inciso III, do CTN; art. 39 da LC nº 123, de 2006; art. 75, § 3º do da RCGSN nº 94, de 2011.

Quanto às alegações de nulidade, cabe lembrar que, no âmbito do PAF, conforme seus art. 59 a 61, são nulas as decisões proferidas por pessoa incompetente, ou com preterição do direito de defesa, sendo que irregularidades, incorreções e omissões que nestes motivos não se enquadrem sequer serão objeto de saneamento, quando não influírem na solução do litígio. No que se refere ao procedimento fiscal que ensejou a exclusão, não se vislumbra que qualquer dos fatos alegados pala contribuinte se relacione com as mencionadas hipóteses legais. Em relação à decisão de primeira instância, embora se mostre excessivamente concisa, deixando de analisar questões periféricas, entendo que não careceu de motivação, já que mencionou dois indícios apontados pela fiscalização como caracterizadores da ocorrência da hipótese legal de exclusão. Tampouco houve preterição do direito de defesa, já que foram

apontados os fatos que embasaram a decisão, e a contribuinte deles defendeu-se detalhadamente, repetindo no recurso voluntário os argumentos da manifestação de inconformidade, não tendo havido qualquer prejuízo à recorrente ou influência na solução do litígio. Considerar nula a decisão de primeira instância apenas prorrogaria o já extenso tempo de trâmite do contencioso, sem qualquer benefício concreto à interessada.

Desta forma, voto por rejeitar a preliminar de nulidade suscitada.

No mérito, observa-se que o Auditor-Fiscal responsável pelo procedimento fiscal que culminou na representação para exclusão do Simples Nacional, para embasar sua conclusão de que a contribuinte e a empresa SERGERAL constituiriam, de fato, uma única unidade empresarial, relatou fatos concernentes a coincidências e conexões relativas à atividade econômica das empresas fiscalizadas, sua composição societária, localização, funcionamento, constituição de representantes e vínculos empregatícios, os quais, em nenhum momento, foram contestados pela recorrente, que argumenta no sentido de afastar a consideração de tais fatos como indícios da unicidade alegada pela fiscalização.

Em primeiro lugar, a recorrente alega que as atividades econômicas das empresas objeto da fiscalização que ensejou a exclusão não são idênticas, nem seu objeto social, mas cita extrato da Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP que traria tal informação, mas que não consta do processo. O contrato social da recorrente, constante dos autos, menciona o objeto social como *“comércio de produtos siderúrgicos, instalação, reparação e manutenção de outras máquinas e equipamentos de uso específico e a prestação de serviços em geral”*, o mesmo objeto da empresa SERGERAL conforme a Representação Fiscal, o que não foi contestado pela recorrente.

Os vários indícios ou circunstâncias apontados pela fiscalização são rechaçados pela contribuinte como insuficientes para caracterizar a infração apontada. De fato, isoladamente, a existência de sócios pertencentes ao mesmo núcleo familiar, as atividades econômicas semelhantes, complementares ou até idênticas, a localização contígua ou a contratação mútua de empregados dispensados das outras empresas em questão não constituem, por si, infrações à lei. No entanto, o conjunto destas circunstâncias toma nova dimensão quando associado à existência de documentos de representação que alienaram o poder de comendo da recorrente para os sócios gerentes da SERGERAL, fato que, incontestavelmente, representa uma transferência de comando e revela a ausência da alegada autonomia mútua das empresas. Outra circunstância reveladora é o atendimento da fiscalização na sede da SERGERAL e por linha telefônica desta, por empregado registrado na VM, e o fornecimento, por este, da documentação referente à três empresas fiscalizadas.

Desta forma, os elementos trazidos pela fiscalização, em conjunto, reforçam a percepção 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. Fica caracterizada, portanto, a constituição da empresa através de interpostas pessoas, tendo em vista todas as circunstâncias apontadas, e pelo fato dos verdadeiros comandantes da empresa, por procuração, não corresponderem aos sócios formais.

Por fim, quanto ao protesto por sustentação oral e intimações dirigidas ao advogado, é importante informar à contribuinte que eventual sustentação oral deve ser

Processo nº 15956.720010/2011-12
Acórdão n.º **1003-000.042**

S1-C0T3
Fl. 93

requerida nos moldes determinados pelo art. 61-A, § 2º, do RICARF, e que as intimações se processarão de acordo com o previsto no art. 23 do PAF.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Sérgio Abelson