



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

Processo n° 10510.723385/2014-94
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-003.965 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de julho de 2019
Matéria IRPJ
Recorrente COLÉGIO PIO DÉCIMO LTDA - EPP
Recorrida FAZENDA PÚBLICA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EMPRESA RESULTANTE DE DESMEMBRAMENTO. EFEITOS.

A pessoa jurídica resultante ou remanescente de qualquer forma de desmembramento somente poderá optar pelo Simples Nacional a partir de janeiro do ano-calendário seguinte ao decurso do prazo de 5 (cinco) anos da data de lavratura dos atos respectivos.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. CONSTITUIÇÃO PESSOA JURÍDICA. INTERPOSTAS PESSOAS. EFEITOS.

A constituição de várias empresas, que ocupam um mesmo espaço físico, desenvolvem o mesmo objeto social (ensino), utilizam o mesmo corpo funcional e bens móveis e imóveis, e cujos sócios possuem grau de parentesco ou afinidade entre si, objetivando reduzir custos, usufruir tributação privilegiada e pulverizar receitas, caracteriza constituição de grupo econômico e impede a opção pelo Simples.

RECEITA BRUTA GLOBAL ULTRAPASSA O LIMITE DISPOSTO NO INCISO II DO CAPUT DO ART. 3º DA LEI COMPLEMENTAR 123/2006. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. EFEITOS.

Fica excluída, no ano-calendário seguinte, do regime diferenciado e favorecido previsto pela Lei Complementar nº 123/2006 a empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do *caput* do art. 3º da referida Lei Complementar.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário e manter a exclusão da empresa do SIMPLES NACIONAL,

Processo nº 10510.723385/2014-94
Acórdão n.º **1402-003.965**

S1-C4T2
Fl. 437

conforme Ato Declaratório Executivo número 015 de 05 de novembro de 2014, com efeito a partir de 20/01/2011.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Evandro Correa Dias, Leonardo Luís Pagano Gonçalves, Murillo Lo Visco, Junia Roberta Gouveia Sampaio, José Roberto Adelino da Silva (suplente convocado), Paulo Mateus Ciccone (Presidente) e Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça (suplente convocada para eventuais substituições).

Relatório

Tratam-se de Recurso Voluntário interposto pela empresa Recorrente, face v. acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil que decidiu manter o Ato Declaratório Executivo de 05 de novembro de 2014, que a excluiu retroativamente do Simples Nacional até a data da opção pelo contribuinte para se tornar Empresas de Pequeno Porte, ou seja, a partir de 20 de janeiro de 2011.

A exclusão do Simples se deu devido a constatação pela fiscalização de formação de grupo econômico familiar utilizando interpostas pessoas e estouro do limite legal para permanência no regime simplificado.

A fiscalização coletou dados e provas e considerou as empresas pertencentes ao grupo econômico como se fosse uma única empresa e somou as receitas brutas auferidas por cada uma das empresas, o que acarretou no estouro do limite legal para permanecer no Simples Nacional.

O fundamento da exclusão foi nos termos do art. 3º, parágrafo 4º, incisos III, IV, V e IX c/c art. 29, inciso IV, todos da Lei Complementar nº123/2006, a partir de 29/12/2010, data da criação da empresa e da assinatura de Declaração de Enquadramento de Empresa de Pequeno Porte.

Por consequência da mesma ação fiscal, forma lavrados autos de infração, exigindo créditos correspondentes às contribuições previdenciárias e às contribuições devidas a terceiras entidades e fundos. As autuações são objeto de discussão nos processos administrativos nº 10510.723.742/2014-94, 10510.723.743/2014-69, 10510.723.744/2014-11, 10510.723.746/2014-01, 10510.723.747/2014-47 e 10510.723.748/2014-91, que estão apensados ao presente processo em epígrafe.

Entendo importante ressaltar, que não foram interpostos Recursos Voluntários nos processos apensos, sendo que todos estão aguardando decisão no processo em epígrafe.

De resto, para evitar repetições, adoto o relatório do v. acórdão recorrido.

1. Trata-se de Representação Fiscal elaborada por Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB), com a proposta de exclusão da empresa Colégio Pio Décimo Ltda - EPP do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), instituído a partir de 01/07/2007, pela Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006.

1.1. Segundo a autoridade fiscal, a empresa em questão, Colégio Pio Décimo Ltda EPP, é empresa resultante de desmembramento

da Associação de Ensino e Cultura Pio Décimo Ltda, que juntamente com o Cento Educacional Professor José Sebastião dos Santos Ltda - EPP, formam um grupo econômico pertencente aos mesmos proprietários, oriundos de um mesmo núcleo familiar. As empresas criadas desempenham as mesmas atividades, antes, desempenhadas pela Associação de Ensino Pio Décimo Ltda.

1.2. A autoridade fiscal alega que, no presente caso, houve a constituição de várias empresas que ocupam um mesmo espaço físico, desenvolvem o mesmo objeto social (ensino), utilizam o mesmo corpo funcional e bens móveis e imóveis, realizam transferências financeiras de forma rotineira sem observância de cláusulas típicas destas transações (a exemplo de cobrança de juros), e cujos sócios possuem grau de parentesco ou afinidade entre si, objetivando reduzir custos, usufruir tributação privilegiada e pulverizar receitas, evidenciando, de forma flagrante, a existência de grupo econômico e impedindo, assim, a opção pelo Simples Nacional.

1.3. A autoridade fiscal propôs a exclusão do Colégio Pio Décimo Ltda - EPP, do SIMPLES NACIONAL - Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, apoiando-se no art. 3º, parágrafo 4º, incisos III, IV, V e IX c/c art. 29, inciso IV, todos da Lei Complementar nº123/2006, a partir de 29/12/2010, data da criação da empresa e da assinatura de Declaração de Enquadramento de Empresa de Pequeno Porte.

1.4. Após apreciação da Representação Fiscal, foi lavrado o Ato Declaratório Executivo DRF/AJU nº 15, de 05 de novembro de 2014, acatando a proposta da Representação Fiscal, excluindo o contribuinte do Simples Nacional, com efeitos a partir de 20 de janeiro de 2011, a teor do disposto no art. 76, inciso III, alínea "a" e IV, alínea "c", da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, observada a disposição constante do art. 29, §§ 1º e 3º, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

1.33. O contribuinte foi cientificado do referido Ato Declaratório Executivo – ADE, em 28/11/2014, conforme assinatura consignada no documento à fls. 239.

Da Manifestação de Inconformidade.

2. Em 29/12/2014, o contribuinte interpôs manifestação de inconformidade (fls. 347/371), onde em síntese:

2.1. Alega que as inconsistências formais enumeradas na representação como razões de exclusão do sistema SIMPLES não se mostram suficientes à obtenção do desiderato fiscal, porque não configuram a existência de grupo econômico, tendo em vista que não constitui grupo a coexistência de empresas nascidas de uma única pessoa jurídica familiar, anterior e maior, quando todas funcionam com autonomia entre si, sem controle de uma sobre as outras, embora em regime de colaboração.

2.2. Argumenta que a representação se vale de institutos jurídicos utilizados na esfera trabalhista para justificar a caracterização de grupo e, nem mesmo sob a visão do sistema legal trabalhista, a caracterização está correta e, ainda, a tentativa fiscal não se funda em reconhecimento judicial, sendo mero exercício de presunção dedutiva para atribuir responsabilidade tributária com base em circunstâncias indiciárias, em afronta ao princípio contido no art. 142 do CTN, segundo o qual sem concorrência da certeza absoluta do tipo tributário ferido é vedado ao fisco exigir tributo apenas com base naquilo que presume existir.

2.3. Sustenta que não poderia a representação se valer de indícios como suporte da imputação, desprezando a produção de prova corpórea e robusta da unidade de atuação das empresas, sob o comando central de uma delas, com o objetivo de excluir obrigações tributárias específicas, onde ficasse caracterizado o dolo específico, condição inerente à imputação do antijurídico tributário. Cita doutrina.

Não Caracterização de Grupo Econômico

2.4. Enfatiza que, embora tenha se valido de elementos inerentes ao juslaboralismo - e não do Direito Civil ou Societário - no intento de demonstrar a existência do grupo econômico, ainda assim a representação não teve bom êxito nem mesmo sob esse aspecto.

2.5. Após alegar que sob o aspecto societário, o conceito de grupo econômico se constrói a partir da combinação dos arts. 265, 267, 269, dentre outros, da Lei das S.A., onde se depreende a existência dos grupos econômicos de direito e de fato, o contribuinte sustenta que, no caso em questão, o que interessa é o fato de a representação estar fundada na vislumbrada constatação dos seguintes elementos: existência de coordenação, sócios comuns e conglomerado familiar.

2.6. Alega que conforme as práticas entre as empresas em questão, é possível identificar os dois últimos elementos, mas nunca o primeiro (coordenação), pelo menos com a certeza que o art. 142 do CTN elege como condição da imposição fiscal., na medida em que cada uma das três empresas atende ao comando de um dirigente diferente (embora da mesma família) e nenhuma delas tem interesse prevalecente sobre as duas outras.

2.7. Sustenta que como essa coordenação efetivamente não existe, é evidente que isso não embasa o entendimento do fisco, nem mesmo na esfera laboralista, onde somente a prova de existência dos três requisitos legais autoriza o reconhecimento da formação do grupo econômico, quanto mais, no âmbito tributário, em que a prova é imposição legal atribuída ao Fisco e a dúvida milita em favor do contribuinte, por força do art. 112 do CTN.

Da Inexistência da Solidariedade Passiva dos Sócios

2.8. *Salienta que em relação às pessoas físicas dos sócios majoritários e dirigentes, o próprio dispositivo legal invocado cuida de afastar o enquadramento nessa condição, na medida em que a dicção legal estende a responsabilidade solidária exclusivamente às empresas do mesmo grupo e não aos seus dirigentes ou sócios majoritários.*

2.9. *Alega que a solidariedade em sede tributária não se presume e decorre, exclusivamente, da lei e não da vontade do ente tributante. Cita entendimento de Hugo de Brito Machado, segundo o qual o Interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação, cuja presença cria a solidariedade, não é um interesse meramente de fato, e sim um interesse jurídico.*

2.10. *Argumenta que a solidariedade, que é uma substituição excepcional, somente pode ser caracterizada se a Fazenda Pública demonstrar a irregularidade na conduta do sócio ou dirigente e assim substituindo a exigência da empresa para o sócio ou dirigente, que não é o caso dos autos, na medida em que não se verificam as práticas desairosas previstas na jurisprudência como atrativas da responsabilidade; por outro, a legislação previdenciária que dá sustentação à solidariedade não inclui sócios ou dirigentes mas apenas as demais empresas do grupo econômico - quando ele de fato existir.*

Da inexistência da Solidariedade Passiva das Demais Empresas

2.11. *Sustenta que a inclusão das demais empresas como responsáveis solidárias, embora já provado que não há grupo econômico, é juridicamente vazia, ainda mesmo que de grupo se tratasse, já que a imputação de responsabilidade solidária só é válida se puder ser agasalhada pelos parâmetros do art. 128 do CTN, que devem estar devidamente comprovados na constituição do crédito conforme dispõe o art. 142, também do CTN.*

2.12. *Argumenta que é o expediente administrativo de incluir sociedades do mesmo grupo, apenas por esse fato, como responsáveis solidárias por créditos tributários constituídos contra outra sociedade, com fundamento no art. 30, IX da Lei 8.212/91, deve estar lastreado em provas, cujo ônus é da Fazenda Pública (CTN, art. 142), de que o centro decisório (órgão do grupo ou sociedade controladora) atuou concretamente na realização do fato gerador e no descumprimento da obrigação tributária, vinculando-se assim ao fato gerador (art. 128 do CTN).*

2.13. *Em resumo, a solidariedade passiva atribuída pelo art. 30, IX da Lei 8.212/91 diz respeito a situação muito diversa da destes autos, pois é aquela em que o Fisco faz a efetiva prova da existência do grupo econômico e mais: que as empresas atuaram concretamente junto à sociedade contribuinte de forma a determinar a realização do fato gerador e decidir pelo descumprimento das obrigações tributárias.*

Da Inclusão Indevida de Verba Relativa à Concessão de Bolsas

2.14. Neste tópico o contribuinte alega que os valores pagos aos seus empregados, a título de auxílio-educação, embora tenham expressão econômica, não integram a remuneração, na medida em que constituem investimento na qualificação profissional do trabalhador, caracterizando verba empregada para o trabalho, e com tal, devem ser excluídos da base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Da excessividade da Multa Aplicada

2.15. Por fim, sustenta que a aplicação de uma multa excessivamente alta, capaz de se transformar num confisco dos bens do autuado, como no caso em questão, confronta os princípios do não-confisco, da moralidade, da proporcionalidade, contidos nos arts. 5.º, II, 37 e 150, IV, todos da Lex Mater, dentre tantos outros contidos na Constituição federal.

2.16. Conclui que a desproporção na aplicação da multa, no presente caso, coloca em risco as atividades do contribuinte, e, via de consequência, a sua função social, evidenciando o caráter confiscatório dela, razão pela qual que tal multa é inconstitucional agredindo princípios consagrados na CF.

Do Pedido

3. Pelo exposto, foi requerido:

a) o recebimento da manifestação de Inconformidade e o seu acolhimento, para o fim de ser revogado o Ato Declaratório Executivo nº 15, de 05/11/2014 e mantida o contribuinte no Regime do Simples Nacional, desde o termo inicial do seu ingresso.

b) que caso assim não ocorrer, que seja excluída a responsabilidade solidária e reduzida a multa incidente para o percentual possível de absorção, ante a razoabilidade e, em qualquer hipótese, excluída da exação a parcela correspondente ao auxílio educação concedido aos empregados das empresas.

Ato contínuo, a DRJ proferiu v. acórdão mantendo a exclusão da empresa do simples, registrando a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EMPRESA RESULTANTE DE DESMEMBRAMENTO. EFEITOS.

A pessoa jurídica resultante ou remanescente de qualquer forma de desmembramento somente poderá optar pelo Simples Nacional a partir de janeiro do ano-calendário seguinte ao decurso do prazo de 5 (cinco) anos da data de lavratura dos atos respectivos.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. CONSTITUIÇÃO PESSOA JURÍDICA. INTERPOSTAS PESSOAS. EFEITOS.

A constituição de várias empresas, que ocupam um mesmo espaço físico, desenvolvem o mesmo objeto social (ensino), utilizam o mesmo corpo funcional e bens móveis e imóveis, e cujos sócios possuem grau de parentesco ou afinidade entre si, objetivando reduzir custos, usufruir tributação privilegiada e pulverizar receitas, caracteriza constituição de grupo econômico e impede a opção pelo Simples.

RECEITA BRUTA GLOBAL ULTRAPASSA O LIMITE DISPOSTO NO INCISO II DO CAPUT DO ART. 3º DA LEI COMPLEMENTAR 123/2006. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. EFEITOS.

Fica excluída, no ano-calendário seguinte, do regime diferenciado e favorecido previsto pela Lei Complementar nº 123/2006 a empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do caput do art. 3º da referida Lei Complementar.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada com o v. acórdão, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário repisando os mesmos argumentos da impugnação.

Ato contínuo, os autos retornaram para o E. CARF/MF e foram distribuídos para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e possui os requisitos previstos na legislação, motivos pelos quais deve ser admitido.

A exclusão da Recorrente do Simples Nacional se deu devido a constatação e comprovação por meio de documentos pela fiscalização de utilização de empresa interpostas, confusão patrimonial, sócios das empresas que compõe o grupo econômico em comum, empresas situadas no mesmo estabelecimento e confusão entre movimentações financeiras entre as empresas.

Assim, podemos resumir que a fiscalização excluiu a empresa do Simples Nacional devido aos seguintes acontecimentos:

a) Constatou parentesco entre os sócios da empresa Recorrente e dos sócios das outras empresas pertencentes ao grupo econômico.

b) que a Recorrente é um desmembramento da Associação de Ensino e Cultura Pio Décimo Ltda.

c) foram feitas alterações cadastrais de sócios e mudança de objeto social de terceiras empresas, cuja composição societária é integrada por parentes dos sócios da Recorrente.

d) grande aporte de funcionários entre as empresas do grupo econômico e entre a Recorrente, utilizando a mesma estrutura e local para prestação do mesmo serviço.

e) a Recorrente utiliza os bens do Ativo Imobilizado da Associação de Ensino e Cultura Pio Décimo Ltda.

f) as empresas tem a mesma atividade empresarial desenvolvida pela Recorrente, cuja composição societária é integrada por parentes dos sócios da Recorrente.

g) o mesmo imóvel onde funciona a Recorrente é utilizado por outras empresas cujos quadros societários é composto por familiares dos sócios da Recorrente.

h) o imóvel onde funciona a Recorrente e outra empresa (a CEPJSS), cujo quadro societário é composto por parentes dos integrantes de seu quadro social, pertence ao senhor José Sebastião dos Santos, pais dos sócios das empresas citadas.

i) constatou que é a mesma equipe operacional que atua nas empresas.

j) Procuração Pública conferida pelos sócios da Recorrente a um terceiro, parente, que é sócio de outra empresa.

h) grande movimentação financeira entre a Recorrente e a Associação de Ensino e Cultura Pio Décimo, a título de empréstimo, sem fixação de juros e algumas albergadas por contrato de mutuo.

Assim, como os fatos acima narrados contrariam o do art. 3º, parágrafo 4º, incisos III, IV, V e IX c/c art. 29, inciso IV, todos da Lei Complementar nº123/2006 entendo que não resta dúvida de que a exclusão do Simples Nacional deve ser mantida.

Desta forma, como a exclusão seguiu o que é determinado pela legislação, voto por mantê-la em seus termos.

No mais, a Recorrente alega que existe forte dúvida quando a existência de interpostas pessoas e que não restou devidamente comprovado por meio de documentos os motivos que levaram a exclusão da empresa do Simples Nacional e por isso requer seja aplicado o artigo 112 do CTN.

Tal alegação não deve ser provida, eis que conforme muito bem apontado na Representação Administrativa para exclusão ocorrem e foi devidamente comprovado por meio de documentos diversas hipóteses previstas na legislação para excluir a Recorrente do Simples Nacional.

Ou seja, esta devidamente comprovado nos autos, por meio de documentos, os motivos que ocasionaram na exclusão da empresa do Simples Nacional, não restando dúvida alguma para que seja aplicado o artigo 112 do CTN.

Assim, rejeito o requerimento para aplicação do artigo 112 do CTN.

Em relação as alegações sobre a intenção de se aplicar sujeição passiva solidária nos termos do artigo 124, inciso I do CTN, entendo que este não é o processo competente e adequado para se discutir tal matéria, eis que trata exclusivamente da exclusão da empresa do Simples Nacional.

Sendo assim, deixo de acolher a alegação de que não restou comprovado nos autos a responsabilidade solidária da empresa Recorrente, eis que não é matéria a ser discutida nos autos que trata sobre a exclusão da empresa no Simples Nacional.

Em relação as alegações de inconstitucionalidade da legislação tributária e as referentes a desconsideração dos dispositivos do Código Civil citados pela Recorrente, insta esclarecer que nos termos da Súmula 2, este E. Tribunal não tem competência para analisar ou afastar aplicação de lei por entendê-la inconstitucional.

Por fim, como a Recorrente repetiu no Recurso Voluntário as alegações feitas em sua manifestação de inconformidade, para evitar repetições, adoto os fundamentos do v. acórdão recorrido para motivar meu voto.

4.1. De acordo com o Ato Declaratório Executivo - ADE DRF/AJU nº 15, de 05 de novembro de 2014, às fls. 236, a pessoa jurídica foi excluída do Simples Nacional por infração ao art. 3º, parágrafo 4º, incisos III, IV, V e IX c/c art. 29, inciso IV, todos da Lei Complementar nº 123/2006, pelos seguintes motivos:

a) A empresa resultante de desmembramento da Associação de Ensino e Cultura Pio Décimo, em 29/10/2010. O disposto no art. 3º, § 4º, inciso IX da Lei Complementar 123/2006 veda o gozo do benefício do tratamento jurídico diferenciado às empresas resultantes de desmembramento que tenha ocorrido em um dos cinco anos-calendário anteriores.

b) Infração ao art. 3º, § 4º, inciso V, da Lei Complementar 123/2006 (V- cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo). A receita bruta das empresas totalizou, nos anos de 2011, 2012 e 2013, respectivamente, as quantias de R\$ 34.771.770,54, R\$ 38.649.059,93 e R\$ 5.406.744,42. Portanto, ultrapassado o limite de que trata o inciso II do caput do art. 3º da Lei Complementar 123/2006.

c) Constituição da empresa realizada por interpostas pessoas. Incorreu a empresa na situação excludente prevista no art. 29, inciso IV da Lei Complementar 123/2006 (constituição por interpostas pessoas – familiares próximos). O quadro societário das empresas integrantes do grupo econômico é composto pelos mesmos proprietários, ou por interpostas pessoas (familiares próximos).

4.2. Portanto, o presente processo trata-se de Representação Fiscal elaborada por Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB), com a proposta de exclusão da empresa Colégio Pio Décimo Ltda - EPP do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), instituído a partir de 01/07/2007, pela Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006.

4.3. Os artigos 16, 28 e 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, in verbis, assim estabelecem (sublinhas acrescentadas):

[...]

4.4. Verifica-se que a exclusão do Simples Nacional pode ser feita tanto de ofício como por comunicação da empresa optante. No caso em questão, a exclusão se deu de ofício, que é o objeto de discussão nos presentes autos PT nº 10510.723385/2014-94. Na mesma ação fiscal, também foram apurados, em autos de infração, os créditos correspondentes às contribuições previdenciárias e às contribuições devidas a

terceiras entidades e fundos, decorrentes da exclusão efetuada. Referidas autuações são objeto de discussão nos PTs nº 10510.723.742/2014-94, 10510.723.743/2014-69, 10510.723.744/2014-11, 10510.723.746/2014-01, 10510.723.747/2014-47 e 10510.723.748/2014-91, que estão apensados ao presente processo.

4.5. De início, deve ser salientado que, na manifestação de inconformidade interposta, além de matérias atinentes à exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), também são trazidas, pelo contribuinte, discussões referentes aos lançamentos de créditos, que não são objeto de análise no presente processo, mas sim nos processos onde se encontram os autos de infração, acima citados.

4.6. Assim, as alegações que visam afastar a responsabilidade solidária pelo crédito constituído (tanto dos sócios, quanto das outras empresas do grupo econômico), a excessividade da multa aplicada nas autuações e a inclusão, na base de cálculo, das verbas pagas a título e concessões de bolsas de estudo, por impertinentes, não serão abordadas no presente voto. Tais matérias, conforme foi acima enfatizado, dizem respeito às autuações e serão abordadas, oportunamente, nos processos correspondentes.

4.7. Quanto às matérias pertinentes ao processo em questão, o contribuinte alega, basicamente, que as inconsistências formais enumeradas na representação, como razões de exclusão do sistema SIMPLES, não se mostram suficientes à obtenção do desiderato fiscal, pois não configuram a existência de grupo econômico. Alega que não constitui grupo econômico a coexistência de empresas nascidas de uma única pessoa jurídica familiar, anterior e maior, quando todas funcionam com autonomia entre si, sem controle de uma sobre as outras, embora em regime de colaboração. Entretanto, pelo que consta nos autos, tais alegações não têm procedência, como será abaixo demonstrado.

4.8. Assim, antes da análise dos argumentos trazidos pela empresa, na sua manifestação de inconformidade, cabe a transcrição dos dispositivos legais que embasam o ADE DRF/AJU nº 15, de 05 de novembro de 2014, ora em discussão, quais sejam: o art. 3º, parágrafo 4º, incisos III, IV, V e IX c/c art. 29, inciso IV, todos da Lei Complementar nº 123/2006. Dispõem referidos dispositivos legais:

4.9. Constam, na Representação para Exclusão do Regime de Tributação Simples Nacional, fatos que evidenciam que o Colégio do Pio Décimo Ltda - EPP foi desmembrado da empresa Associação de Ensino e Cultura Pio Décimo Ltda, que estes formam, juntamente com o Cento Educacional Professor José

Sebastião dos Santos Ltda - EPP, um grupo econômico pertencente aos mesmos proprietários e que a soma das receitas brutas de serviços prestados pelas empresas ultrapassam, em grande monta, o limite estabelecido para enquadramento como empresa de pequeno porte - EPP.

4.10. Da análise dos atos constitutivos e das várias alterações contratuais das pessoas jurídicas envolvidas, juntados aos autos, é possível constatar o seguinte histórico, já devidamente demonstrado pela autoridade fiscal:

a) A empresa líder do grupo, a Associação de Ensino Pio Décimo Ltda CNPJ: 13.014.758/0001-20, foi criada em 22/10/2003- quando assumiu o Ativo e o Passivo da empresa Associação de Ensino e Cultura Pio Décimo S/C Ltda-, tinha como objeto social a prestação de serviços nas áreas de educação infantil, ensino fundamental, ensino médio, ensino superior, pesquisas na área de psicologia, pesquisas nas áreas de engenharia, pesquisas na área de medicina veterinária, pesquisas na área de pedagogia, hospital veterinário, clínica psicológica e estacionamento. O capital social de R\$ 1.320.000,00 estava assim dividido: Sr. José Sebastião dos Santos (95,23%), Sra. Emiralva da Cruz Souza (2,65%), Sr. José Sebastião dos Santos Filho (0,53%), Sr. Antônio Thiers Vieira Almeida dos Santos (0,53%), Ariosvaldo Menezes Santos Sobrinho (0,53 %) e Antônio Sebastião dos Santos Neto (0,53%), figurando os dois primeiros como sócios administradores e os demais como sócios cotistas. Estes também eram os sócios da antecessora, Associação de Ensino e Cultura Pio Décimo S/C Ltda.

b) A primeira alteração contratual aumentou o capital social para R\$ 1.680.000,00, que ficou assim dividido: Sr. José Sebastião dos Santos (96,25% do capital social), Sra. Emiralva da Cruz Souza (2,08%), Sr. José Sebastião dos Santos Filho (0,42%), Sr. Antônio Thiers Vieira Almeida dos Santos (0,42%), Ariosvaldo Menezes Santos Sobrinho (0,42%) e Antônio Sebastião dos Santos Neto (0,42%).

c) A terceira alteração contratual, datada de 29/12/2010, alterou, de forma substancial, o objeto social acima mencionado, excluindo o ensino infantil, fundamental e médio, mantendo a prestação de serviços de educação superior nas hierarquias de graduação e pós-graduação, extensão, além de pesquisas e desenvolvimento experimental em ciências físicas e naturais. O capital social ficou mantido em seu valor total de R\$ 1.680.000,00, mas com alterações nas participações dos sócios: Sr. José Sebastião dos Santos (88%), Sra. Emiralva da Cruz Souza (3%), Sr. José Sebastião dos Santos Filho (1%), Sr. José Júlio Seabra dos Santos (1%), Sra. Josenize Seabra dos Santos (1%), Sra. Anésia Sá dos Santos Menezes (1%), Antístenes Sá dos Santos (1%), Sr. Antônio Thiers Vieira Almeida dos Santos (1%), Ariosvaldo Menezes Santos Sobrinho (1%), Antônio Sebastião dos Santos Neto (1%) e Augusto Sebastião dos Santos (1%).

d) Por sua vez, a sociedade Colégio Pio Décimo Ltda - EPP, CNPJ: 13.151.682/0001-85, foi criada em 29/12/2010, com o Contrato Social registrado na Junta Comercial de Sergipe em 20/01/2011, tendo como objeto social a exploração de atividade de prestação de serviços de educação infantil - pré-escola, ensino fundamental, médio e profissional de nível técnico, tendo a seguinte composição societária: Sr. Antônio Thiers Vieira Almeida dos Santos (88%), Sr. José Júlio Seabra dos Santos (2%), Sra. Josenize Seabra dos Santos (2%), Sra. Anésia Sá dos Santos Menezes (2%), Antístenes Sá dos Santos (2%), Ariosvaldo Menezes Santos Sobrinho (2%), Antônio Sebastião dos Santos Neto (2%) e Augusto Sebastião dos Santos (2%), figurando o primeiro como sócio administrador e os demais como sócios cotistas.

e) Por outro lado, o Centro Educacional Professor José Sebastião dos Santos Ltda - EPP- CEPJSS, CNPJ: 13.374.376/0001-08, criado em 22/10/2003, - quando assumiu o Ativo e o Passivo da empresa Centro Educacional Professor José Sebastião dos Santos S/C Ltda Associação de Ensino e Cultura Pio Décimo S/C Ltda-, tinha com objeto social a prestação de serviços nas áreas de educação infantil (jardim de infância, pré-maternal, maternal 1, maternal 2, infantil e alfabetização), ensino fundamental (1ª a 8ª série) e ensino médio (1º ao 3º ano). O capital social de R\$ 50.000 estava assim dividido: Sr. José Sebastião dos Santos (71% do capital social), Sr. José Sebastião dos Santos Filho (14,5%) e Sr. Antônio Thiers Vieira Almeida dos Santos (14,5%), figurando o primeiro como sócio administrador e os demais como sócios cotistas, que também eram os sócios da antecessora Centro Educacional Professor José Sebastião dos Santos S/C Ltda.

f) Na primeira alteração contratual, o capital social foi aumentado para R\$ 220.000,00, segundo a seguinte proporção: Sr. José Sebastião dos Santos (93,4%), Sr. José Sebastião dos Santos Filho (3,3%) e Sr. Antônio Thiers Vieira Almeida dos Santos (3,3%), permanecendo o primeiro como sócio administrador e os demais como sócios cotistas.

g) A terceira alteração contratual (embora o cabeçalho a identifique como a primeira), datada de 29/12/2010, veiculou a retirada do sócio José Sebastião dos Santos e redistribuição das cotas de participação societária, com: Sr. José Sebastião dos Santos Filho (86%), Sr. José Júlio Seabra dos Santos (2%), Sra. Josenize Seabra dos Santos (2%), Sra. Anésia Sá dos Santos Menezes (2%), Antístenes Sá dos Santos (2%), Ariosvaldo Menezes Santos Sobrinho (2%), Antônio Sebastião dos Santos Neto (2%) e Augusto Sebastião dos Santos (2%).

4.11. Observa-se que a análise do quadro societário das pessoas jurídicas em pauta revela que se trata de um grupo familiar, encabeçado pelo Sr. José Sebastião dos Santos, estendendo-se aos filhos e filhas, conforme quadro a seguir reproduzido:

[...]

4.12. *Constata-se, ainda, que em 29/12/2010, houve alteração do objeto social da Associação de Ensino para excluir as atividades de ensino infantil, fundamental e médio, que passaram a ser exercidas pelo Colégio Pio Décimo Ltda EPP, criado neste mesmo dia. Deve ser destacado que a autoridade fiscal, demonstra que, na competência de maio/2011, o Colégio Pio Décimo, que, até então, não possuía empregados, passou a contar com 96 (noventa e seis) pessoas transferidas da Associação de Ensino, conforme informações prestadas pelas empresas nas Guias de Recolhimento de FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP. Salienta que todos estes empregados tiveram preservadas, como momento de admissão, as datas de seu ingresso na empresa de origem. A relação dos empregados transferidos encontra-se nos autos às fls. 188/189, assim, como quatro Fichas de Registro de Empregados, que comprovam a data anterior da admissão (fls. 190/200). Portanto, resta evidente que o Colégio Pio Décimo Ltda- EPP foi originado de desmembramento da Associação de Ensino e Cultura Pio Décimo Ltda.*

4.13. *Por outro lado, durante a ação fiscal, a autoridade fiscal constatou que o Colégio Pio Décimo utiliza, em larga escala, os bens do ativo imobilizado e intangível da Associação de Ensino, conforme está consignado nas notas explicativas às suas demonstrações contábeis dos anos de 2011 e 2013. Na verdade as três sociedades atuam em atividades relacionadas à educação e o ensino e sempre funcionaram em imóveis de uso comum em pelos menos duas delas, utilizando-se da mesma estrutura e dos mesmos serviços administrativos e de apoio, tais como secretaria, portaria etc. Senão vejamos: o imóvel situado à rua Estância, conforme foi demonstrado pela autoridade fiscal, é a sede do Colégio Pio Décimo e do Campus I da Associação de Ensino; assim como, a sede do CEPJSS corresponde ao Campus II da Associação de Ensino. Tais dados revelam, de forma flagrante, que o Colégio Pio Décimo Ltda - EPP desempenha suas atividades se utilizando de bens móveis e imóveis da Associação de Ensino e Cultura Pio Décimo Ltda, sem que haja qualquer registro contábil de compensação material entre estas, a exemplo de aluguéis.*

4.14. *O Auditor Fiscal constatou que, na realidade, os imóveis onde funcionam o Colégio Pio Décimo e o CEPJSS pertencem ao Sr. José Sebastião do Santos, embora não haja qualquer lançamento contábil referente a comodato nem informação a este respeito nas notas explicativas às demonstrações contábeis destas sociedades.*

4.15. *Ademais, a autoridade fiscal, em visita às sedes das empresas, constatou que estas também compartilham dos mesmos recursos humanos, ou seja, do mesmo corpo funcional. O empregado que labora na portaria, registrado por uma delas, presta serviço às demais, indiscriminadamente. Pode-se afirmar o mesmo dos empregados da secretaria ou dos serviços gerais. Como exemplo a fiscalização enfatiza que foi atendida, no tocante às informações do setor de pessoal do Colégio Pio*

Décimo e do CEPJSS, pela mesma pessoa, Sra. Katiane Martins Santos, que, na verdade, estava registrada formalmente como empregada da Associação de Ensino e Cultura Pio Décimo Ltda.

4.16. Outro fato que chamou a atenção da fiscalização e que denota a clara existência de grupo econômico, no caso concreto, é o vultoso volume de transferências entre as empresas em comento, classificadas, contabilmente, como empréstimos. No ano de 2013, o Colégio Pio Décimo movimentou, na sua conta de passivo nº 4379, referente a contratos de mútuo com a Associação de Ensino, o montante de R\$ 1.081.000,00, em transferências mensais e rotineiras.

4.17. Da mesma forma, foram verificadas transferências financeiras rotineiras entre o CEPJSS e à Associação de Ensino. Para registrar tais fatos, o CEPJSS se utilizou de duas contas do passivo, referentes a empréstimos: conta nº 918 - ASSOC. DE ENS. E CULTURA PIO DÉCIMO e nº 2003 -ASSOCIAÇÃO DE ENSINO E CULTURA PIO DÉCIMO LTDA. Estas contas possuíam saldo inicial em 01/01/2012 de R\$ 1.159.556,00 (credor) e R\$ 0,00, e saldo final em 31/12/2012 de R\$ 860.000,00 (credor) e R\$ 580.531,36 (credor), respectivamente. A autoridade fiscal esclarece que foram apresentados contratos de mútuo entre o Colégio Pio Décimo Ltda - EPP e Associação de Ensino e entre esta e o CEPJSS, sem a estipulação das datas de transferência de valores nem dos juros incidentes, bem como, não há registro de pagamento destes encargos na contabilidade das empresas envolvidas.

4.18. Conforme relatado pela fiscalização, no sítio que o grupo econômico mantém na internet, há uma página em que é informado que "Colégio Pio Décimo é autorizado a funcionar pela portaria nº 965, de 12 de novembro de 1954 do Ministério da Educação e Cultura reconhecido pela Lei estadual nº 1.614 de 25 de novembro de 1968 e tem como unidade mantenedora a Associação de Ensino e Cultura Pio Décimo". Nesta mesma página, o Sr. José Sebastião dos Santos figura como diretor.

4.19. Relata a fiscalização que, em outra página do grupo, referente à Associação de Ensino e Cultura Pio Décimo Ltda, pode-se observar na parte superior os links identificados como "GRUPO PIO DÉCIMO", "FACULDADE", "COLÉGIO CEPJSS" e "CURSOS TÉCNICOS". A expressão "faculdade" corresponde à Associação de Ensino. Nesta mesma página, é possível observar que os senhores José Sebastião dos Santos e seus filhos José Julio Seabra Santos, José Sebastião dos Santos Filho e Antônio Thiers Vieira Almeida dos Santos fazem parte do conselho superior da faculdade, com os cargos de diretor, vice-diretor, assessor da direção geral e coordenador financeiro do curso de Pedagogia, respectivamente.

4.20. Digno de registro é o fato do Sr. José Sebastião do Santos, embora tenha se retirado formalmente das sociedades (do Cento Educacional e do Colégio do Pio Décimo) ele continua a geri-las

com plenos poderes, inclusive por força de procuração pública lavrada em 04/04/2011 (fls. 203/205). Embora a referida procuração tenha como outorgante o Centro Educacional, resta evidente, pela fatos acima narrados, que em relação ao Colégio Pio Décimo, ocorre a mesma situação. Tal fato leva à conclusão de que o Sr. José Sebastião dos Santos é quem controla e gerencia o funcionamento das três empresas.

4.21. Ressalte-se que a própria empresa, na manifestação de inconformidade, não contesta os fatos narrados pela fiscalização, limitando-se a afirmar que das práticas entre as empresas em questão, não se depreende a existência de grupo econômico, seja de direito ou de fato, tendo em vista que, embora se vislumbre a constatação de sócios comuns e conglomerado familiar, falta o terceiro elemento, qual seja, a coordenação, na medida em que cada uma das três empresas atende ao comando de um dirigente diferente (embora da mesma família) e nenhuma delas tem interesse prevalecente sobre as duas outras.

4.22. Ressalte-se que embora não proibido legalmente, as três empresas são constituídas por distintas pessoas unidas por laços familiares fortes (pais e filhos), e se dedicam as mesmas atividades, ligadas ao serviço de educação, constantes nos contratos constitutivos respectivos.

4.23. Ora, não é razoável crer que entre empresas que atuam no mesmo mercado, que têm membros de uma mesma família como sócios, que dividem o mesmo estabelecimento, utilizam da mesma estrutura administrativa e de gestão, com confusão patrimonial entre si, conforme acima demonstrado, não ocorra a coordenação caracterizadora de grupo econômico.

4.24. Resta demonstrado, de forma flagrante, a confusão patrimonial e administrativa das empresas, individualizadas apenas formalmente, e conduzem ao entendimento de que a Associação de Ensino e Cultura Pio Décimo sofreu desmembramento, com a criação do Colégio Pio Décimo Ltda - EPP e que estes juntamente com o Centro Educacional Professor José Sebastião dos Santos Ltda - EPP são integrantes de grupo econômico com mesmo proprietário, Sr, José Sebastião dos Santos diretamente, ou através de interpostas pessoas (seus filhos), na composição do seu quadro societário.

4.25. Tal desmembramento teve como objetivo o balizamento do faturamento do Colégio Pio Décimo Ltda - EPP e do Centro Educacional Professor José Sebastião dos Santos nos limites impostos pelo inciso II, art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006.

4.26. Assim, caracterizada a formação de grupo econômico familiar, foram somadas as receitas brutas auferidas pelas três empresas, nos anos de 2011, 2012 e 2013, sendo que o montante apurado extrapolou, em muito, o limite admitido para a permanência no Simples Nacional, caracterizando a afronta ao disposto no inciso II do artigo 3º da Lei Complementar nº

123/2006. Veja quadro a seguir, elaborado pela autoridade fiscal e constante do Relatório Fiscal, devendo ser observado que a Associação de Ensino e Cultura Pio Décimo, até o final do procedimento de fiscalização, não havia elaborado suas demonstrações contábeis de 2013.

[...]

4.27. Desta forma, pelo acima exposto, resta demonstrado que o Colégio Pio Décimo Ltda foi constituído, em 29/12/2010, pelo desmembramento da Associação de Ensino e Cultura Pio Décimo, razão pela qual não poderia, a partir da sua criação, ser beneficiado pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, tendo em vista o disposto no art. 3º, § 4º, inciso IX da Lei Complementar 123/2006, veda o gozo do benefício do tratamento jurídico diferenciado às empresas resultantes de desmembramento que tenha ocorrido em um dos cinco anos-calendário anteriores.

4.28. Resta demonstrado, ainda, que o Colégio do Pio Décimo Ltda - EPP juntamente com a Associação de Ensino e Cultura Pio Décimo Ltda e o Cento Educacional Professor José Sebastião dos Santos Ltda - EPP, formam um grupo econômico pertencente aos mesmos proprietários e que a soma total das suas receitas brutas de serviços prestados ultrapassam, em grande monta, o limite estabelecido para enquadramento como empresa de pequeno porte – EPP, de modo que, no caso em questão, não tem cabimento o benefício ao tratamento jurídico diferenciado do SIMPLES NACIONAL, tendo em vista o disposto no art. 3º, § 4º, incisos III, IV e V, da Lei Complementar 123/2006.

4.29. Por fim, como o Colégio do Pio Décimo Ltda – EPP, teve a sua constituição realizada por interpostas pessoas, ou seja, por familiares próximos do Sr. José Sebastião dos Santos, conforme quadro societário das empresas integrantes do grupo econômico, também resta caracterizada a situação excludente prevista no art. 29, inciso IV da Lei Complementar 123/2006.

Pelo exposto e por tudo que consta processo nos autos conheço do Recurso Voluntário e nego provimento para manter a exclusão da empresa do SIMPLES NACIONAL, conforme Ato Declaratório Executivo número 015 de 05 de novembro de 2014, com efeito a partir de 20/01/2011.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.

Processo nº 10510.723385/2014-94
Acórdão n.º **1402-003.965**

S1-C4T2
Fl. 454
