



Processo nº 10855.724962/2017-15
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1301-005.969 – 1^a Seção de Julgamento / 3^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 08 de dezembro de 2021
Recorrente ESCOLA DE EDUCACAO ITAPETININGA LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. EXCESSO DE RECEITA BRUTA

Consoante o disposto no artigo 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, é cabível a exclusão de ofício da pessoa jurídica do Simples Nacional pertencente a Grupo Econômico quando constatado em conjunto o excesso de receita bruta das empresas componentes do grupo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da decisão recorrida, vencidos os Conselheiros José Eduardo Dornelas Souza e Fellipe Honório Rodrigues da Costa, que acatavam a preliminar. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Giovana Pereira de Paiva Leite, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Marcelo Jose Luz de Macedo, Rafael Taranto Malheiros, Fellipe Honorio Rodrigues da Costa (suplente convocado), Jose Roberto Adelino da Silva (suplente convocado) e Heitor de Souza Lima Junior (Presidente). Ausente o conselheiro Lucas Esteves Borges, substituído pelo conselheiro Jose Roberto Adelino da Silva.

Relatório

Por bem retratar os fatos, reproduz-se inicialmente o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília ("DRJ/BSB"), o qual será complementado ao final:

Trata o presente processo de manifestação de inconformidade em face do Ato Declaratório Executivo Nº 80/2017 de fls. 461 e 462, expedido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Sorocaba - SP em 17/11/2017 que excluiu, a partir de 01/03/2012, a pessoa jurídica ESCOLA DE EDUCAÇÃO DE ITAPETININGA ME, CNPJ 09.242.782/0001-40, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

A exposição de motivos que resultaram nessa exclusão do contribuinte do Simples Nacional encontra-se na "REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL" de fls. 02/03 e no "TERMO DE CONSTATAÇÃO DE FATOS IMPEDITIVOS AO ENQUADRAMENTO DA OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL" de fls. 04/40 que faz parte integrante da mencionada Representação.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL de fl. 02/03

(...)

2. No Termo de Constatação, o qual faz parte integrante dessa representação, estão amplamente demonstradas as infrações à legislação tributária que representam impedimentos à adesão e/ou manutenção no Sistema SIMPLES de tributação.

3. Em conformidade com o referido termo de constatação, ficou caracterizado que a empresa em epígrafe faz parte de um grupo econômico de fato.

4. O fundamento para a exclusão não é a caracterização do grupo econômico de fato, mas sim a realidade subjacente que advém dessa caracterização, qual seja, a dependência entre as empresas, que atuam como empreendimento único. Nessa hipótese, a receita bruta para fins de apuração do limite legal não pode ser considerada individualmente (por empresa integrante do grupo), mas na sua totalidade, a fim de que o grupo econômico não se beneficie indevidamente do Simples Nacional através das empresas dele integrante.

5. Na planilha anexa, denominada de ANEXO I, é apresentado os valores individuais declarados pelas empresas componentes do grupo econômico de fato, sendo que a somatória dessas receitas representa a RECEITA BRUTA GLOBAL do grupo econômico de fato, perfazendo, já na competência 02/2012 (fevereiro de 2012), um valor acima de 20% do limite estabelecido pelo inciso II do Art. 3º, da Lei Complementar 123/2006.

6. Em razão da extração da receita bruta global, a empresa optante do SIMPLES NACIONAL, por determinação legal – LC 123/96, art. 30 IV, deveria obrigatoriamente comunicar a sua exclusão do Simples Nacional, porém, não comunicou.

7. Dessa forma, caracterizadas as infrações à legislação tributária, conforme demonstradas no termo de constatação, as quais representam impedimentos a adesão

e/ou manutenção no Sistema SIMPLES de tributação, propondo a exclusão de ofício da empresa em epígrafe, com efeito a partir de 1º de março de 2012, conforme previsto no artigo 29, inciso I, e no artigo 31, inciso V, “a”, da Lei Complementar nº 123/2006.

(...) (Sublinhados acrescidos)

Cientificada por via postal do Ato Declaratório Executivo Nº 80/2017 em 28/11/2017 (AR de fl. 465), a pessoa jurídica interessada apresentou em 20/12/2017 a manifestação de inconformidade de fls. 472/478 contestando o ato de exclusão do Simples Nacional.

Na peça de defesa apresentada, a empresa inicialmente faz uma síntese dos fatos que culminaram na sua exclusão do Simples Nacional.

Prossegue protestando que:

- é equivocada “a inclusão da requerente no suposto grupo econômico de fato”;
- a requerente não exerce a mesma atividade das outras “empresas supostamente integrantes do grupo”;
- enquanto “a requerente presta serviços de educação fundamental 1 (do primeiro ao quinto ano), aquelas outras empresas atuam na educação infantil e no ensino fundamental 2 (sexta ao nono ano)”;
- ainda que atuem todas no segmento educacional, não realizam a mesma prestação de serviços;
- no “segmento educacional, é comum que empresas atuem no mesmo espaço físico, desenvolvendo atividades complementares (ensino infantil, ensino fundamental 1, ensino fundamental 2, ensino técnico, ensino preparatório para vestibular) e compartilhando serviços”;
- o grau de parentesco entre titulares de empresas não é elemento que autorize a constituição de grupo econômico;
- a “jurisprudência administrativa não admite a vinculação de uma empresa a grupo econômico sob o argumento do parentesco”;
- a “caracterização de grupo econômico de fato depende, dentre outros requisitos, da prova de controle comum das empresas e da evidenciação da chamada confusão patrimonial”;
- a autoridade fiscal “não demonstra que, em relação a cada uma das empresas, a administração se dava em comum por todas aquelas pessoas ou por parte delas”;
- o “fato de pessoas ligadas por vínculo familiar serem sócias de empresas diversas não implica dizer que haja comunhão de controle, ainda que outras circunstâncias estejam presentes”;
- não há nos autos “nenhum elemento que se contrapõha ao fato de que há autonomia administrativa por parte da requerente”;
- não há nada que indique, como pretende a autoridade fiscal, que as atividades da requerente seriam controladas por terceiros; e
- a autoridade fiscal não demonstra a chamada confusão patrimonial.

Aduz que não há elementos para sustentar a acusação de que a Impugnante integraria o grupo econômico apontado pela autoridade fiscal e, que “ainda que subsistisse a acusação, o que se admite em atenção à eventualidade, ele deveria se restringir às empresas que se situam no mesmo endereço da requerente, não alcançando empresas situadas em outros locais”.

Sustenta que como indícios da acusação “a autoridade fiscal traz aos autos a dissertação de mestrado” que sugere ser “documento particular de conteúdo acadêmico que jamais pode servir de elemento de prova”.

Contesta que a “autoridade fiscal pretende, ainda, provar a acusação pelo fato de haver entre as empresas o compartilhamento de serviços”, o que defende ser lógico como forma de economia, uma vez que “há complementariedade nas atividades desempenhadas e ocupação do mesmo local”.

Pugna o fato de a autoridade fiscal trazer aos autos “publicações feitas por terceiros em redes sociais”, as quais, por se tratarem de “manifestações de cunho privado”, “a requerente não tem nem ingerência nem controle”.

Conclui que “não houve qualquer evidenciação de confusão patrimonial ou de gestão comum entre as pessoas jurídicas, fatos essenciais para a formação de grupo econômico”.

Ao final, requer que seja tornado sem efeito o Ato Declaratório Executivo impugnado.

Em sessão de 02/08/2018, a DRJ/BSB julgou improcedente a impugnação do contribuinte, nos termos da ementa abaixo transcrita:

EXCLUSÃO. GRUPO ECONÔMICO. EXCESSO DE RECEITA BRUTA. Consoante o disposto no artigo 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, é cabível a exclusão de ofício da pessoa jurídica do Simples Nacional pertencente a Grupo Econômico quando constatado em conjunto o excesso de receita bruta das empresas componentes do grupo.

Nos fundamentos do voto do relator (fls. 511/556 do *e-processo*):

No caso em exame, conforme consta da “REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL” de fls. 02/03, verifica-se pelo ANEXO I de fl. 455 que a empresa litigante, em conjunto com outras empresas do grupo econômico denominado ÁGATHOS EDUCACIONAL o qual também faz parte, auferiu, até o mês de fevereiro de 2012, receita bruta total no montante de R\$ 7.590.526,62 (sete milhões, quinhentos e noventa mil, quinhentos e vinte e seis reais e sessenta e dois centavos).

Esse montante excede em mais de 20% (vinte por cento) ao limite permitido pela legislação do Simples Nacional vigente à época dos fatos de R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) para que o contribuinte pudesse permanecer nessa forma simplificada de tributação.

O “TERMO DE CONSTATAÇÃO DE FATOS IMPEDITIVOS AO ENQUADRAMENTO DA OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL” de fls. 04/40, que faz parte integrante da mencionada “REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL”, detalha minuciosamente, e com clareza: (1) a formação do grupo econômico ÁGATHOS EDUCACIONAL; (2) a participação da empresa manifestante CENTRO TÉCNICO EDUCACIONAL CIÊNCIAS E LETRAS EIRELI nesse grupo econômico; e (3) que o fundamento para a exclusão do contribuinte interessado a partir de 01/03/2012 não é a caracterização do grupo econômico de fato,

mas sim o fato da receita bruta global desse grupo econômico, para fins de apuração do limite legal, ter atingido na competência de fevereiro de 2012 um montante bem superior a 20% do limite estabelecido pelo inciso II do artigo 3º, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

TERMO DE CONSTATAÇÃO DE FATOS IMPEDITIVOS AO ENQUADRAMENTO DA OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL de fls. 04/40

(...)

2 DO GRUPO ECONÔMICO DENOMINADO - GRUPO ÁGATHOS EDUCACIONAL, HISTÓRICO E COMPOSIÇÃO SOCIETÁRIA DAS EMPRESAS PERTENCENTES

2.a. ÁGATHOS EDUCACIONAL - O Grupo ÁGATHOS EDUCACIONAL, em que pese não ser constituído nos moldes do que determina a Lei nº 6.404/1976, é formado por empresas dedicadas à área de educação, atuando desde pré-escola até o ensino universitário. Empresas dirigidas, organizadas e capitaneada pela empresa Ágathos - Participações e Empreendimentos S/A. CNPJ: 09.522.595/0001-10, a qual não tem como atividade principal a relacionada à educação, uma vez que é uma holding de instituições não-financeiras e, como tal, participa como sócia ou acionista de outras sociedades. Trata-se de uma empresa que possui a maioria das cotas societária de outras empresas e que detém o controle de sua administração e políticas empresariais.

(...)

2.d. Nesse termo de constatação, demonstraremos que o citado grupo não é só constituído por empresas/escolas não optante do SIMPLES, mas, também, por empresas/escolas optantes, as quais são formalizadas documentalmente para aderirem a esse regime tributário, mas na realidade fazem parte do Grupo, uma vez que foram identificados, durante as ações fiscais desenvolvidas nessas empresas (optantes do SIMPLES), elementos que apontam no sentido da existência de um grupo econômico com administração única envolvendo todas as elas (não optantes e optantes), conforme relataremos a seguir:

(...)

5. DAS EMPRESAS DO SIMPLES NACIONAL, PERTENCENTES, DE FATO, AO GRUPO ÁGATHOS EDUCACIONAL.

(...)

5.10 ESCOLA DE EDUCAÇÃO ITAPETININGA LTDA. ME

CNPJ: 09.242.782/0001-40

ENDEREÇO: R Izolina de Moraes Rosa 727, Vila Nastri – Itapetininga – SP

Inicio de atividade: 19/11/2007

Objeto Social: A empresa tem como objeto social a prestação de serviços profissionais necessários à educação infantil e ao ensino fundamental.

5.10.1. Dos Sócios e dirigentes da ESCOLA DE EDUCAÇÃO ITAPETININGA LTDA. ME

Cristiano Almada Lobo, CPF 293.284.858-51, Sócio Administrador de 19/11/2007 a 19/02/2010, com 99,00% das cotas da sociedade.

Marina Almada Lobo Xavier, CPF 307.934.048-51, sócia administradora desde 19/02/2010, com 99,00% das cotas da sociedade.

Adriana Fernandes D Andretta, CPF 282.330.118-60, Sócia desde 19/11/2007, com 1,00% das cotas da sociedade.

(...)

6. Essas empresas/escolas, optantes do SIMPLES NACIONAL, igualmente pertencentes ao setor de serviços educacionais, foram constituídas por familiares dos sócios das empresas não optantes (apresentadas no item 2); as situadas na cidade de Sorocaba o parentesco é diretamente com um dos três diretores/administradores fundadores da Ágathos S/A (Srs. Luiz Samuel Tabacow; Oscar Fonseca Vieira e Luiz Antônio Beldi Castanho). As situadas nas cidades de Itapetininga e São Roque, o laço familiar é com um dos sócios minoritários da escola que não é optante, lembrando que a empresa Ágathos S/A é sócia majoritária dessas escolas.empresas não optantes.

7. Essas empresas foram constituídas, formalmente, com todos os documentos e registros, no entanto, a situação fática demonstra que as mesmas estão agregadas ao grupo econômico de fato - ÁGATHOS EDUCACIONAL que, como as não optantes, são igualmente dirigidas, organizadas e capitaneada pela empresa ÁGATHOS - Participações e Empreendimentos S/A (citada no item 2.1), como demonstraremos nos tópicos posteriores.

(...)

8.10. ESCOLA DE EDUCAÇÃO ITAPETININGA LTDA. ME CNPJ: 09.242.782/0001-40

8.10.1 Cristiano Almada Lobo, CPF 293.284.858-51, filho de Telma de Melo Almada Lobo, sócia administradora das empresas: Escola Superior de Educação Itapetininga, CNPJ: 04.317.243/0001-09 (item 2.10) e da empresa Sistema Educacional Quinta Ltda., CNPJ 50.784.313/0001-56 (item 2.9), as quais têm como sócia majoritária, com 60% das cotas das sociedades, a empresa ÁGATHOS - PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS S/A.

8.10.2 Marina Almada Lobo Xavier, CPF 307.934.048-51, filha de Telma de Melo Almada Lobo, sócia administradora das empresas: Escola Superior de Educação Itapetininga, CNPJ: 04.317.243/0001-09 (item 2.10) e da empresa Sistema Educacional Quinta Ltda., CNPJ 50.784.313/0001-56 (item 2.9), as quais têm como sócia majoritária, com 60% das cotas das sociedades, a empresa ÁGATHOS - PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS S/A.

8.10.3 Adriana Fernandes D Andretta, CPF 282.330.118-60, irmã de Carlos Eduardo Fernandes D'Andretta, CPF 167.316.878-71, ambos filhos de Claudia Regina Fernandes de Moraes, sócia administradora das empresas: Escola Superior de Educação Itapetininga, CNPJ: 04.317.243/0001-09 (item 2.10) e da empresa Sistema Educacional Quinta Ltda., CNPJ 50.784.313/0001-56 (item 2.9), as quais têm como sócia majoritária, com 60% das cotas das sociedades, a empresa ÁGATHOS - PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS S/A.

(...)

19. Define-se grupo econômico como um conjunto de sociedades empresariais ou empresários que, sob controle político de um indivíduo ou grupo familiar, atuem em sincronia para lograr maior eficiência em suas atividades. Conforme demonstrado, estamos diante da existência de um grupo econômico familiar, em que a atividade de todas as empresas está voltada para a mesma finalidade econômica (no caso, todas as empresas do setor educacional)

(...)

21. Grupos Econômicos de fato podem ser regulares ou irregulares. Os "Regulares" são resultados de decisões legítimas de seus controladores, que, não pretendendo dar à sua organização as características do "grupo de sociedade" da Lei 6.404, de 15/12/1976, promovem a constituição de empresas, interligadas entre si e controladas direta ou indiretamente pelo mesmo grupo de pessoas aqueles que, apesar de não serem dotados de formalização legal, não realizam ações dissuasivas, para encobrir ou disfarçar sua existência ao serem constituídos, práticas estas relacionadas aos Grupos Econômicos "Irregulares", que buscam através deste comportamento obter vantagens, como por exemplo, o gozo de benefícios tributários, ao qual não teria direito caso apresentasse a sua real estrutura formal, patrimonial e administrativa.

22. A auditoria investigou a constituição das empresas, as atividades desenvolvidas, abordando ainda aspectos relacionados a administração, vínculos empregatícios, dentre outros, e, partindo dessas informações, apurou que as referidas pessoas jurídicas se associaram para objetivos comuns.

23. No caso específico dessa ação fiscal, as empresas da área educacional estavam atuando de forma complementar, atuando em sincronia para lograr maior eficiência de suas atividades, submetidas a controle familiar na gestão dos negócios comuns e concomitantes, de interesses símiles e com frequente alternância de titularidade de quotas entre os sócios, integrantes da mesma família, em franca relação de coordenação entre os empreendimentos que ostentam objeto social coincidente, objetivando assim reduzir custos e usufruir tributação privilegiada (optantes pelo SIMPLES NACIONAL). Ressalte-se que em alguns casos até 05 (Cinco) escolas têm o mesmo endereço, numa franca característica de fragmentação, vejamos:

(...)

24. Dos fatos até então demonstrados, tanto as empresas/escolas optantes quanto as não optantes do SIMPLES NACIONAL, i) todas têm a mesma atividade, a prestação de serviços educacionais; ii) são interligadas em função do parentesco de seus sócios e ou titulares com os administradores da ÁGATHOS S/A, ou com os dirigentes de escolas que têm a ÁGATHOS S/A como sócia majoritária; iii) situam-se em endereços idênticos.(...)

25. Mas, não são só esses os indicativos, a despeito de serem contundentes, há outros encontrados durante a ação fiscal, que confirmam o desempenho sincronizado das empresas, as quais estão submetidas a uma única administração por parte da holding ÁGATHOS S/A, vejamos:

26. As confecções das GFIPs de todas as empresas/escolas são realizadas por empregados registrados na empresa/escola Portal da Colina Educação Eireli, CNPJ:06.988.153/0001-75 (empresa citada nos itens 5.1 e 8.1), que vale ressaltar, não tem como finalidade econômica este tipo de prestação de serviços e tampouco é remunerada por isso.

(...)

29. Interessante notar que a partir de 2012 e na mesma data 01/02/2012, as empresas/escolas optantes, situadas na cidade de Sorocaba, foram transformadas em ERELI, - Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, esse acontecimento se apresenta de forma a demonstrar a unicidade da administração dessas empresas pelo comando do grupo (ÀGATHOS EDUCACIONAL), em detrimento do poder de decisão dos titulares formalmente consignados, corroborando o papel de interpresa desses titulares, uma vez que detalhes sutis demonstram inequivocamente essa situação, vejamos:

a) como já citado, todas essas alterações foram consignadas na mesma data: 01/02/2012;

b) todas elas têm o visto do Sr. Jose Rubens Santos, como advogado, haja vista que ele apesar de ser registrado como contador é também advogado e, como tal, assinou as alterações contratuais;

c) as testemunhas de todas essas alterações contratuais foram:

(...)

34. Durante a ação fiscal identificamos, que todas as empresas do grupo, optantes e não optantes, para a confecção de suas folhas de pagamento, bem como, das suas contabilidades, utilizam-se da tecnologia vendida por uma empresa especializada nesse tipo de serviço, a empresa Ausland Consultoria & Informática Ltda. Essa empresa através de contrato de prestação de serviços de informática proporciona às escolas soluções concernentes aos recursos humanos e ao setor contábil.

35. A simbiose entre todas as empresas/escolas organizadas pelo grupo econômico de fato ÀGATHOS EDUCACIONAL, fica ainda mais evidente ao depararmos que os serviços contratados junto à empresa AUSLAND é efetivada por uma só empresa do grupo, porém para servir a todas, sem exceção.

(...)

46. Em face dessa constatação, não resta outra hipótese, as escolas optantes e as não optantes (do SIMPLES) instaladas em endereços iguais, aproveitam dos mesmos empregados, principalmente os que exercem as chamadas funções auxiliares, caracterizando assim a íntima simbiose entre as não optantes e as optantes

(...)

50. Em face da realidade fática apresentada, fica patente que as empresas aglutinadas ao grupo econômico de fato ÀGATHOS EDUCACIONAL, tanto as não optantes como as optantes (alvo da presente ação fiscal) fazem parte de um único empreendimento fragmentado de forma simulada em estabelecimentos com CNPJ's próprios, com a visível intenção de desfrutar das vantagens oferecidas pelo regime de tributação simplificada, por parte desses estabelecimentos.

51. Conforme já ressaltado, diante do conjunto de elementos que caracterizam de forma irrefutável a existência de um Grupo Econômico de fato, coordenado pela ÀGATHOS S/A, tendo os seus três fundadores como diretores/administradores, evidenciando o planejamento tributário através do fracionamento de atividades, abuso de forma, ausência de autonomia operacional das empresas, sendo as optantes formalizadas em nome de pessoas unidas por laços familiares e servindo para abrigar mão de obra necessária para a operacionalização das não optantes, demonstram nitidamente uma administração atípica, portanto, passíveis de responsabilização e

indicação de exclusão do SIMPLES NACIONAL, independentemente dos seus quadros societários formais ou aparentes.

54. Reiteramos, o fundamento para a exclusão não é a caracterização do grupo econômico de fato, mas sim a realidade subjacente que advém dessa caracterização, qual seja, a dependência entre as empresas, que atuam como empreendimento único. Nessa hipótese, a receita bruta para fins de apuração do limite legal não pode ser considerada individualmente (por empresa integrante do grupo), mas na sua totalidade, a fim de que o grupo econômico não se beneficie indevidamente do Simples Nacional através das empresas dele integrante.

55. Na planilha anexa, denominada de ANEXO I, é apresentado os valores individuais declaradas pelas empresas componentes do grupo econômico de fato, sendo que a somatória dessas receitas representa a RECEITA BRUTA GLOBAL do grupo econômico de fato, perfazendo, já na competência 02/2012 (fevereiro de 2012), um valor acima de 20% do limite estabelecido pelo inciso II do Art. 3º, da Lei Complementar 123/2006.

56. Em razão da extração da receita bruta global, como acima demonstrada, as empresas/escolas optantes do SIMPLES NACIONAL, por determinação legal – LC 123/96, art. 30 IV, deveriam obrigatoriamente comunicar a sua exclusão do Simples Nacional, porém, não comunicaram.

57. Diante do acima exposto e tudo o mais que do processo consta, constata-se que a Receita Global, considerando a somatória das receitas individuais das empresas componentes do grupo econômico de fato como um todo, ultrapassou o limite de R\$ 3.600.000,00 em fevereiro de 2012 e não houve a comunicação obrigatória da exclusão do Simples Nacional à Secretaria da Receita Federal, conforme previsto no artigo 30, inciso IV; § 1º, inciso IV, “a”, da Lei Complementar nº 123/2006.

(...) (Sublinhados acrescidos)

Com efeito, a redação da Lei Complementar nº 123, de 2006, vigente à época dos fatos (2013), estabelecia no parágrafo 9º, do artigo 3º, hipótese de exclusão da empresa do Simples Nacional no mês seguinte ao da ocorrência dos fatos, no caso da receita global das pessoas jurídicas excederem o limite da receita bruta anual no montante de R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) de que trata o inciso II, do mesmo artigo 3º da Lei nº 123, de 2006:

Lei Complementar nº 123/2006

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art.1º Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:

I - à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;

(...)

CAPÍTULO II

DA DEFINIÇÃO DE MICROEMPRESA E DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE

Art.3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

(...)

II - no caso da empresa de pequeno porte, auí figura, em cada ano calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

§ 1º Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

(...)

§ 9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do caput deste artigo fica excluída, no mês subsequente à ocorrência do excesso, do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12, para todos os efeitos legais, ressalvado o disposto nos §§ 9º-A, 10 e 12.

§ 9º-A. Os efeitos da exclusão prevista no § 9º dar-se-ão no ano-calendário subsequente se o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) do limite referido no inciso II do caput.

(...)

Art. 16. A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irretratável para todo o ano-calendário. § 1º Para efeito de enquadramento no Simples Nacional, considerar-se-á microempresa ou empresa de pequeno porte aquela cuja receita bruta no ano-calendário anterior ao da opção esteja compreendida dentro dos limites previstos no art. 3º desta Lei Complementar.

(...)

Seção VIII

Da Exclusão do Simples Nacional

Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

(...)

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou

(...) (Sublinhados acrescidos)

Desse modo, restando evidenciado nos autos que a empresa litigante, de fato, compõe o grupo econômico denominado ÁGATHOS EDUCACIONAL e, em conjunto com as demais empresas componentes desse grupo econômico, auferiu até o mês de fevereiro de 2012 um valor de receita bruta total excedente ao limite permitido pela legislação do Simples Nacional, impõe-se reconhecer como correta a sua retirada da sistemática de apuração pelo Simples Nacional a partir de 01/03/2012 pelo Ato Declaratório Executivo Nº 80/2017 expedido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Sorocaba - SP.

Irresignado, o contribuinte apresentou recurso voluntário por meio do qual alega em síntese (fls. 526/531 do *e-processo*):

Seria imprescindível, no presente caso, que o julgador *a quo* procedesse com o enfrentamento de todos os temas lançados pela recorrente, principalmente no que diz respeito à caracterização de grupo econômico de fato ou não.

No entanto, em que pese este ser o principal objeto da manifestação de inconformidade apresentada, verifica-se que nenhum dos temas foi devidamente enfrentado.

O acórdão recorrido limitou-se a transcrever trecho do “TERMO DE CONSTATAÇÃO DE FATOS IMPEDITIVOS AO ENQUADRAMENTO DA OPCÃO PELO SIMPLES NACIONAL de fls. 04/40”, sem analisar quaisquer das razões de defesa.

Ao negar o enfrentamento do tema, o julgador a quo se absteve da devida prestação jurisdicional, subvertendo, por completo, os preceitos e diretrizes do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, prescritos no artigo 5º, LV e LIV da CR/88.

Portanto, há de ser reconhecida a nulidade da decisão recorrida.

[...]

Consoante destacado nas razões fáticas inaugurais, a acusação fiscal foi mantida pela DRJ, em desfavor da recorrente, em razão do entendimento de que havia grupo econômico entre a recorrente e a empresa ÁGATHOS EDUCACIONAL.

[...]

Os indícios apontados de similitude no ramo de atuação, suposta existência de quadro societário composto por membros de uma mesma família e divisão de um espaço físico comum não procedem.

As atividades exercidas, embora ligadas ao ramo de educação, são completamente diversas e voltadas para públicos distintos.

Enquanto a recorrente dedicava-se à educação infantil e ensino fundamental, as demais empresas mencionadas pela autoridade fiscal atuam no ramo de ensino médio e pré-vestibular.

Isso não significa, porém, que haja confusão patrimonial, nem constituição de grupo econômico. Tanto não significa que os próprios órgãos de controle da atividade de educação reconhecem essa realidade, conforme comprovado em anterior manifestação de inconformidade.

Assim, ainda que atuem no segmento educacional, não realizavam a mesma prestação de serviços.

Quanto à alegação de existência de suposto grupo familiar, por comunhão de parentesco entre os sócios da recorrente e da outra empresa tida por gestora, melhor sorte não se verifica na decisão recorrida.

Não há qualquer relação de parentesco entre os titulares e administradores da recorrente e os acionistas e administradores da empresa Ágathos Participações e Empreendimentos Ltda.

No caso da recorrente, veja-se que os atos de administração são exercidos pela titular Marina Almada Lobo. É ela quem representa a empresa perante terceiros.

A autoridade fiscal não trouxe nenhum elemento que se contraponha ao fato de que havia autonomia administrativa por parte de cada uma das empresas.

Não há nada que indique que as atividades da empresa recorrente seriam controladas por terceiros.

[...]

Da mesma forma, a autoridade fiscal não demonstra a chamada confusão patrimonial.

E não o faz exatamente porque aquelas empresas possuíam patrimônio próprio, exercendo atividades de forma independente.

Portanto, não haveria que se falar em unicidade de gestão ou de esforço comum, hábeis ao reconhecimento da conglomeração empresarial organizada.

E, ainda que subsistisse tal acusação, o que se admite em atenção à eventualidade, ela deveria se restringir às empresas que eventualmente se situassem no mesmo endereço, e não a qualquer outra empresa.

Principalmente no presente caso, em que a imputação de grupo econômico e divisão de um mesmo espaço físico pauta-se em indícios obtidos na internet e na dissertação de mestrado de fls. 51 e seguintes, que são documentos que jamais poderiam servir de elemento de prova.

A questão é que não houve qualquer evidenciação de confusão patrimonial ou de gestão comum entre as pessoas jurídicas, fatos essenciais para a formação de grupo econômico.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Jose Luz de Macedo
, Relator.

Tempestividade

Como se denota dos autos, o contribuinte tomou ciência acórdão recorrido em 06/02/2019 (fls. 532 do *e-processo*), apresentando o recurso voluntário, ora analisado, no dia 06/03/2019 (fls. 524 do *e-processo*), ou seja, dentro do prazo de 30 dias, nos termos do que determina o artigo 33 do Decreto nº 70.235/1972.

Portanto, é tempestiva a defesa apresentada e, por isso, deve ser analisada por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”).

Mérito

Como visto pelo breve relato do caso, a exclusão do Simples Nacional do contribuinte em questão decorreu do fato de a Fiscalização identificar se tratar de empresa integrante de grupo econômico de fato, o qual teria excedido o limite da receita bruta para permanência no regime, nos termos do que dispõe o artigo 3º, II, combinado com o §9º deste mesmo dispositivo, ambos constantes da Lei Complementar nº 123/2006:

Art.3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

[...]

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufira, em cada ano calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

[...]

§ 9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do caput deste artigo fica excluída, no mês subsequente à ocorrência do excesso, do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12, para todos os efeitos legais, ressalvado o disposto nos §§ 9º-A, 10 e 12.

Em sede de recurso voluntário, o contribuinte chega a afirmar que o acórdão recorrido teria se limitado a transcrever trechos do termo de constatação dos fatos impeditivos ao enquadramento no regime simplificado sem contudo analisar especificamente as suas razões de defesa, o que justificaria a nulidade da decisão.

Em que pese o exposto, não concordamos com tal alegação. O fato de a DRJ/BSB transcrever o documento no qual se verificam os fatos ensejadores da caracterização do grupo econômico não significa que ele não tenha enfrentado os argumentos apresentados em defesa, mas tão somente que estes mesmos elementos são insuficientes para descharacterizar e refutar as constatações lá registradas.

Veja-se inclusive o que o acórdão recorrido adverte (fls. 511 do *e-processo*):

O “TERMO DE CONSTATAÇÃO DE FATOS IMPEDITIVOS AO ENQUADRAMENTO DA OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL” de fls. 04/40, que faz parte integrante da mencionada “REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL”, detalha minuciosamente, e com clareza: (1) a formação do grupo econômico ÁGATHOS EDUCACIONAL; (2) a participação da empresa manifestante ESCOLA DE EDUCAÇÃO ITAPETININGA LTDA - ME nesse grupo econômico; e (3) que o fundamento para a exclusão do contribuinte interessado a partir de 01/03/2012 não é a caracterização do grupo econômico de fato, mas sim o fato da receita bruta global desse grupo econômico, para fins de apuração do limite legal, ter atingido na competência de fevereiro de 2012 um montante bem superior a 20% do limite estabelecido pelo inciso II do artigo 3º, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Em contraponto no que diz respeito ao mérito da demanda em si, o contribuinte defende que (fls. 528 do *e-processo*) *os indícios apontados pela similitude no ramo de atuação, suposta existência de quadro societário composto por membros de uma mesma família e divisão de um espaço físico comum não procedem*. Afirma que *não atuava no mesmo local de qualquer outra empresa dedicada à educação* e ainda que *o fizesse, as atividades exercidas por ela, embora ligadas ao ramo de educação, são completamente diversas daquelas exercidas pela empresa Ágathos Educacional*. Alega ainda que (fls. 529 do *e-processo*) *a autoridade fiscal não trouxe nenhum elemento que se contraponha ao fato de que havia autonomia administrativa por parte de cada uma das empresas* e que *o fato de os sócios das empresas comporem o mesmo grupo familiar não implica necessariamente unicidade de controle e formação de um grupo econômico de fato, posto inexistir hierarquia e subordinação nas relações administrativas*. Ao cabo, adverte (fls. 530 do *e-processo*) que *a autoridade fiscal não demonstra a chamada confusão patrimonial*.

Como se vê, o grande cerne da questão posta em discussão envolve a caracterização ou não do grupo econômico de fato, posto se assim o ficar demonstrado, é imperioso reconhecer a superação do limite da receita bruta do regime, o que levaria por consequência a exclusão do contribuinte.

Embora editada com vistas a dispor sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais destinadas à Previdência Social, a Instrução Normativa (“IN”) nº 971/2009 apresenta um importante conceito acerca do que se entende por grupo econômico, o qual merece aqui ser aproveitado, senão vejamos.

Segundo dispõe o seu artigo 494, *caracteriza-se grupo econômico quando 2 (duas) ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica.*

Originariamente, a concepção do que seja grupo econômico recai sabiamente nas normas de direito societário, as quais regulam expressamente tão somente o grupo econômico convencional, também denominado grupo econômico de direito, formalmente constituído entre a sociedade controladora e as sociedades por ela controladas, por meio de convenção devidamente arquivada perante o registro do comércio, pela qual as convenentes se obriguem a combinar recursos e/ou esforços para a realização dos respectivos objetos sociais ou para participar de atividades ou empreendimentos em comum, veja-se nesse sentido o que dispõe os artigos 265 e 271 da Lei nº 6.404/1976, respectivamente:

Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

Art. 271. Considera-se constituído o grupo a partir da data do arquivamento, no registro do comércio da sede da sociedade de comando, dos seguintes documentos:

I - convenção de constituição do grupo;

II - atas das assembleias-gerais, ou instrumentos de alteração contratual, de todas as sociedades que tiverem aprovado a constituição do grupo;

III - declaração autenticada do número das ações ou quotas de que a sociedade de comando e as demais sociedades integrantes do grupo são titulares em cada sociedade filiada, ou exemplar de acordo de acionistas que assegura o controle de sociedade filiada.

Nada obstante, passou-se a verificar na prática a existência de grupos econômicos, os quais não eram registrados nos termos da legislação societária, no que veio a ficar conhecido como grupo econômico de fato, quer dizer, aquele que não se encontra formalizado por meio de convenção firmada entre as sociedades que o compõem, mas existe na realidade.

Em outras palavras, o grupo econômico de fato é aquele existente entre sociedades que estão relacionadas, sem que haja, todavia, um acordo formal sobre sua organização formal, administrativa e obrigacional.

No presente caso concreto, a Fiscalização listou uma série de pessoas jurídicas as quais seriam todos integrantes naquilo que denominou de “Grupo Ágathos Educacional”, formado por empresas dedicadas à área de educação, algumas delas não optantes do Simples Nacional e outras optantes. Dentre as não optantes, todas elas possuem como sócio majoritário a pessoa jurídica Ágathos Participações e Empreendimentos S/A. O grande problema, contudo, se encontra nas empresas optantes pelo Simples Nacional, as quais em que pese não possuir como sócio majoritário a pessoa jurídica Ágathos Participações e Empreendimentos S/A, integram este mesmo grupo econômico de fato, segundo alega.

Segundo apurou a Autoridade Fiscal (fls. 19 do *e-processo*):

6. Essas empresas/escolas, optantes do SIMPLES NACIONAL, igualmente pertencentes ao setor de serviços educacionais, foram constituídas por familiares dos sócios das empresas não optantes (apresentadas no item 2); as situadas na cidade de Sorocaba o parentesco é diretamente com um dos três diretores/administradores fundadores da Ágathos S/A (Srs. Luiz Samuel Tabacow; Oscar Fonseca Vieira e Luiz Antônio Beldi Castanho). As situadas nas cidades de Itapetininga e São Roque, o laço familiar é com um dos sócios minoritários da escola que não é optante, lembrando que a empresa Ágathos S/A é sócia majoritária dessas escolas.empresas não optantes.

7. Essas empresas foram constituídas, formalmente, com todos os documentos e registros, no entanto, a situação fática demonstra que as mesmas estão agregadas ao grupo econômico de fato - ÁGATHOS EDUCACIONAL que, como as não optantes, são igualmente dirigidas, organizadas e capitaneada pela empresa ÁGATHOS - Participações e Empreendimentos S/A

[...]

11. Das páginas extraídas da internet (as quais juntamos cópias – Ver Docs. nº 03 E 04), nota-se que, tanto as franquiadas do Objetivo como as do Anglo, não diferenciam as suas escolas, as tratam como se fossem uma só escola, indicam apenas os seus níveis de ensino (berçário, educação, ensino infantil, ensino médio) e, como no caso do Objetivo-Sorocaba, referem-se como “unidades” (Portal, Centro e Zona Norte)

[...]

12. Na página da internet do Objetivo Sorocaba, é indicado as suas “unidades” e, destaca que “*o colégio atende cerca de 3.000 alunos*”, *do Berçário ao Pré-vestibular*; apresenta os diretores dessas unidades. Na apresentação, destaca os três diretores: Diretor unidade Centro, Diretora da unidade Portal e Diretora da unidade Zona Norte, chama a atenção que o **Diretor da unidade Centro**, Sr. Carlos Eduardo Fernandes D'Andretta é **empregado registrado** na escola SISTEMA EDUCACIONAL PORTAL DA COLINA EIRELI CNPJ 06.988.178/0001-79 (item 5.3 e 8.3), situada na Rua Romeu do Nascimento, 777, Portal da Colina, que é chamada de **Objetivo-Portal** e, é ele, também, sócio gerente da Sistema Educacional Itapetininga-EPP CNPJ: 07.656.791/0001-51 (itens 5.9 e 8.9).

Ainda segundo foi apurado em fiscalização (fls. 29 do *e-processo*), *as confecções das GFIPs de todas as empresas/escolas são realizadas por empregados registrados na empresa/escola Portal da Colina Educação Eireli, CNPJ: 06.988.153/0001-75 (empresa citada nos itens 5.1 e 8.1), que vale ressaltar, não tem como finalidade econômica este tipo de prestação de serviços e tampouco é remunerada por isso.*

Além do mais (fls. 31/32 do *e-processo*):

31. Não só as GFIP's, mas outras declarações são encaminhadas à Receita Federal tendo como responsável o empregado Jose Rubens Santos. Exemplificando, temos as DIRFs - Declarações do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte e as DIPJs - Declarações de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (ver, em anexo, os extratos das respectivas declarações – DOC's. 08 – DIPJs e 09 – DIRFs, anos calendários 2012 e 2013)

31.1 Ademais, as DIRFs e as DIPJs foram enviadas do mesmo computador, cujo código “MAC Address” é igual para todos (00-25-11-DE-75-A0).

[...]

32. A Funcionária Kelly Cristine Romelli, registrada na mesma escola/empresa que o Sr. Jose Rubens Santos, como Auxiliar de contabilidade (como informado em GFIP) foi a responsável pela inscrição de todas as empresas/escolas (que fornecem alimentação aos empregados) junto ao Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT. Como podemos verificar nos comprovantes de Inscrição de Pessoa Jurídica Beneficiária, os quais juntamos ao presente termo de constatação – Ver doc. nº 11.

[...]

34. Durante a ação fiscal identificamos, que todas as empresas do grupo, optantes e não optantes, para a confecção de suas folhas de pagamento, bem como, das suas contabilidades, utilizam-se da tecnologia vendida por uma empresa especializada nesse tipo de serviço, a empresa Ausland Consultoria & Informática Ltda. Essa empresa através de contrato de prestação de serviços de informática proporciona às escolas soluções concernentes aos recursos humanos e ao setor contábil.

35. A simbiose entre todas as empresas/escolas organizadas pelo grupo econômico de fato ÀGATHOS EDUCACIONAL, fica ainda mais evidente ao depararmos que os serviços contratados junto à empresa AUSLAND é efetivada por uma só empresa do grupo, porém para servir a todas, sem exceção.

[...]

37. Na contabilidade das empresas/escolas, objeto desse termo de constatação, não tem qualquer pagamento para a Ausland, somente a Mendel faz os pagamentos.

[...]

39. Uma empresa do setor de ensino, para o seu desenvolvimento, necessita reunir profissionais com diversos tipos de formação, viabilizando a possibilidade do progresso educacional. Nessa conjuntura, para ter bons resultados, vários profissionais são necessários:

professores, pedagogos, psicólogos, bibliotecários, dentre outros, que estarão diretamente vinculados à atividade educacional desenvolvida.

40. Mas, sem dúvidas, outros profissionais são também imprescindíveis para desenvolver as condições necessárias para que uma empresa especialista em educação possa desempenhar plenamente a sua atividade, como escreventes, porteiros, escriturários, merendeiras, inspetores de aluno, telefonistas, entre outros.

41. Com efeito, não é isso o que acontece com as escolas **não optantes**. Na análise efetuada dos empregados registrados nessas empresas, verifica-se que as mesmas registram somente professores (várias modalidades) mas, o que é no mínimo inusitado, não possuem registro de profissionais auxiliares, como os acima citados. Já as escolas/empresas **optantes** do SIMPLES têm registro tanto de professores quanto dos que chamamos de auxiliares.

42. Conjugando o fato, já apontado, de que no mesmo endereço estão estabelecidas mais de uma escola/empresa, sendo pelo menos uma optante, com o fato aqui mostrado, conclui-se que os trabalhadores, não professores, prestam os seus serviços tanto para a escola optante como para a não optante, evidenciando a confusão em suas empresas, uma vez que transitam entre elas como empregados comuns (optantes e não optantes). Lembrando, esse cenário elucida o que já se indicou no tocante aos currículos postados no linkedin (item 21).

Em verdade, o trabalho desempenhado pela Autoridade Fiscal foi bastante minucioso e preciso na análise de todos os fatos reveladores da existência de um grupo econômico de fato, de modo que, embora o contribuinte se referida a todos eles como mero indícios, trata-se na verdade de um vasto conjunto probatório mais do que suficiente para a caracterização do grupo, razão pela qual o acórdão recorrido deve ser mantido por todos os seus fundamentos.

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo

Fl. 19 do Acórdão n.º 1301-005.969 - 1^a Sejul/3^a Câmara/1^a Turma Ordinária
Processo nº 10855.724962/2017-15