



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10882.721374/2019-56
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-002.933 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 07 de abril de 2022
Recorrente DUBHAY - SERVIÇOS E REFORMAS EM INSTALAÇÕES LTDA.
Interessado 10.655.080/0001-77

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO. INTERPOSTA PESSOA.

A exclusão do Simples Nacional dá-se de ofício mediante ato declaratório quando a pessoa jurídica optante ocorrer na sua constituição por interpostas pessoas, circunstância esta evidenciada pelo acervo fático-probatório.

SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. FINALIDADES DAS ATIVIDADES.

As microempresas ou as empresas de pequeno porte poderão realizar negócios de compra e venda de bens e serviços para os mercados nacional e internacional, por meio de sociedade de propósito específico. No presente caso, as atividades desenvolvidas pela Recorrente não se coadunam com o previsto no inciso II do § 2º do art. 56 da LC nº 123/06.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO. INTERPOSTA PESSOA. CONFIGURAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO DE FATO.

A exclusão do Simples Nacional dá-se de ofício mediante ato declaratório quando a pessoa jurídica optante ocorrer na sua constituição por interpostas pessoas, caracterizando a existência de Grupo Econômico de Fato ante a administração única e direta de diversas empresas, por parte de integrantes de mesmo núcleo familiar, havendo controle societário comum e poderes de mando concentrado. Neste caso, cabe a apuração da receita bruta global, para fins de análise quanto à exclusão do Simples Nacional das empresas integrantes do grupo.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. INTERESSE COMUM. CTN.

Exatamente pelo fato de constituírem um grupamento de contribuintes, sob a direção, controle ou administração de um mesmo conjunto de pessoas, há o interesse comum, na medida que o resultado de um deles interessa aos demais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Márcio Avito Ribeiro Faria, Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o acórdão 06-69.249, de 27 de março de 2020, proferido pela 7ª Turma da DRJ/CTA, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade da Recorrente mantendo Termo de Exclusão do Simples Nacional SRRF55/EASIN nº 56, de 14 de maio de 2019.

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

“Trata-se de manifestação de inconformidade em face de Ato Declaratório Executivo de Exclusão do Simples Nacional – Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) – de que trata o artigo 12 da Lei Complementar nº 123/2006.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil excluiu a empresa Dubhay – Serviços e Reformas em Instalações, inscrita no CNPJ: 10.655.080/0001-77, do Simples Nacional, com efeitos a partir de 02/2009, nos termos da Representação Fiscal para Fins de Exclusão do Simples Nacional e do Termo de Exclusão SRRF08/EASIN nº 55, de 14 de maio de 2019, em razão do excesso de receita bruta global, hipótese de exclusão a que se refere o art. 3º, §4º, incisos III e IV, bem como do disposto no art. 29, incisos I e IV e art. 31, inciso II, todos da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006.

Consta da Representação Fiscal para fins de Exclusão da Empresa do Simples Nacional de forma sucinta, que as empresas Dubhay - Serviços Cadastrais Ltda, Dubhay - Serviços e Reformas em Instalações Ltda e Dubhay - Serviços Gerais Ltda integravam um mesmo grupo econômico de fato “DUBHAY Terceirização Especializada”. Que os Srs. Humberto Caetano Fazzi e Ademir Donizete Prestes e respectivos cônjuges são os reais sócios das três empresas, tendo os mesmos interpostos seus filhos nos quadros societários das empresas Dubhay - Serviços e Reformas em Instalações Ltda e Dubhay - Serviços Gerais Ltda. Além de tais fatos ficou demonstrado na Representação Fiscal que todas as empresas seriam de propriedade e controle dos sócios Srs. Humberto e Ademir e que ao constatar tal situação procedeu com o somatório das receitas das três empresas e verificou-se que estas ultrapassavam o limite legal para a permanência das empresas no regime diferenciado, motivo pelo qual foi emitido o Termo de Exclusão da Empresa do Simples Nacional, para cada uma das três empresas.

As empresas Dubhay - Serviços Gerais, Dubhay - Sistemas e Serviços Cadastrais Ltda e Dubhay - Serviços e Reformas em Instalações Ltda, apresentaram defesa em conjunto em face das exclusões destas do Simples Nacional, com os seguintes argumentos.

Das Sociedades de Propósito Específico- SPE Que o Fisco considerou indevidamente que as empresas constituíam um grupo econômico de fato, por supostamente serem interligadas e dependentes entre si. Com base em tal conclusão a Fiscalização baseou-se no faturamento global de todas as empresas para fins de excluí-las do Simples Nacional, o que não pode ser concebido, visto que na verdade as empresas são sociedades com propósitos diversos, não havendo interdependência entre as mesmas.

Informa que uma das empresas atua em atividades corporativas, outra com clientes sem atividades econômicas e a terceira cuida de reformas e instalações. Explica que na verdade existem sociedades com propósitos específicos, ainda que de fato, constituídas com se fossem um grupo com a marca DUBHAY.

Menciona que em determinados momentos o enquadramento no Simples Nacional não representa vantagem tributária, sendo a opção útil para efeitos de simplificação contábil-fiscal.

Aduz que a associação das três empresas em razão do nome foi no sentido de ganhar competitividade e maior eficiência como seria próprio de uma SPE.

Assevera que o art. 56 da LC nº 123/2006, introduzido pela LC nº 147/2013, permitiu que as micro e pequenas empresas constituíssem Sociedade de Propósito Específico como forma de garantir maior competitividade para essas empresas, para tanto, necessário para tal intento que as empresas fossem optantes pelo Simples Nacional.

Relata que para constituir SPE as empresas devem ser autônomas e independentes, inclusive com CNPJ diferentes, porém não perdem suas personalidades jurídicas, visto serem apenas associadas. Entende que as empresas que integram este tipo de sociedade podem se auxiliarem mutuamente no cumprimento de seus objetivos e interesses comuns. Alega que se o Fisco pode considerar que as empresas formam um Grupo Econômico de fato deve, também, considerar a situação das empresas com uma Sociedade de Propósito Específico, conforme previsão contida no art. 56 da LC nº 123/2006. Aduz que cada uma das empresas possui autonomia financeira, jurídica e administrativa, sedes diferentes, inclusive com divisão de lucros individualizados, como é necessário para as empresas integrantes de uma SPE, conforme comprovam os balancetes e declarações de imposto de renda. Informa que a própria Fiscalização relata que as empresas possuem o mesmo objetivo social o que facilita o reconhecimento de uma SPE de fato.

Entende que mesmo que a SPE não tenha registro constitutivo é sabido que os arts. 986 e 990 do CC permitem que as sociedades não personalizadas podem ser regularizadas, bastando o registro de seus atos constitutivos no registro público, sendo fato notório que estas e as sociedades irregulares tem existência de fato.

Argumenta que a SPE surgiu com o CC de 2002 e poderia ser utilizada por empresas integrantes do Simples Nacional, mesmo antes da previsão contida no art. 56 da LC nº 123/2006, visto que não há incompatibilidade na aplicação de ambos os regimes simultaneamente, pois no direito privado tudo que não proibido é permitido.

Afirma que a situação fática realizada entre as empresas é de uma associação de empresas, que constituem uma SPE, sendo esta a essência que deve prevalecer sobre a forma, conforme consignado nos arts. 114, 116 e 149 do CTN. Apresenta julgado do STF no qual foi reconhecido que uma determinada situação não prevista em lei, por constituir-se um fato corriqueiro da vida não pode o direito desconhecer, conforme Súmula 380 do STF. Nesta linha, informa que os usos e costumes são fontes de direito em razão do art. 375 do CPC/2015. Que o SEBRAE fez estudos que indicam que é cada

vez maior o número de micro e pequenas empresas que se associam para determinados fins, caracterizando costume, que o fisco, vem definindo de forma simplória como Grupo Econômico de Fato.

Da Solidariedade Passiva

Entende que as empresas autuadas, como solidariamente responsáveis, não podem ser consideradas devedoras, visto que somente haveria a solidariedade quando ocorresse a responsabilidade dos sócios, nos termos do art. 50 do CC, consoante entendimento do STJ.

Assevera que também seria possível haver a responsabilidade solidária quando houvesse o descumprimento do §4º do art. 56 da LC nº 123/06, ou seja, quando uma das empresas participasse de mais de uma SPE, o que não é o caso dos autos.

Explica que o STJ vem entendendo que a responsabilidade solidária dos sócios ocorreria na hipótese de encerramento irregular da sociedade e que a simples insolvência ou dissolução, ainda que irregular, não são suficientes para a invasão patrimonial dos sócios.

Aduz que também não se aplica o art. 135 do CTN, visto que não houve infração a lei e nem ao contrato social, pelo contrário as empresas teriam apenas se utilizado de previsão contida em lei para visando constituir uma SPE.

Aduz que ainda que houvesse a solidariedade, esta não autoriza o cômputo global do faturamento das empresas integrantes do grupo para o efeito de excluí-las do Simples Nacional e nem a apuração do crédito tributário. Traz diversos arts. da LC nº 123/06 e das Resoluções CGSN nº 140/2018 e afirma que não ocorreu qualquer das hipóteses de exclusão, sendo que o faturamento se manteve dentro do permitido, não havendo interposição de pessoas na constituição das empresas e nem há provas nos autos que confirmam a decisão da Auditoria Fiscal.

Interposta Pessoa

Informa que não houve a interposição de pessoas no Grupo de Empresas, o que ocorreu é que devido a demanda de diversos trabalhos criou-se novas empresas, porém todas com vida própria.

Esclarece que para haver a caracterização de simulação na constituição das empresas deveria a Fiscalização ter demonstrado que as empresas ocupavam o mesmo espaço físico, desenvolviam o mesmo objeto social, utilizavam se dos mesmos colaboradores e maquinários. Quanto ao grau de parentesco entende que pode existir, visto que as empresas desenvolviam atividades próprias, o que não caracteriza a constituição de um grupo econômico familiar. Salienta que em momento algum o Fisco demonstrou a falta de realização de serviços, que as empresas são de fachada, que houve confusão patrimonial, contábil ou financeira ou que as empresas utilizavam o mesmo prédio comercial, posto que os imóveis foram adquiridos a mesma época, e cada empresa tem sua sala específica.

Entende que as provas colhidas pela Fiscalização não permitem concluir que houve interposição de pessoas, que tinham o mesmo administrador, que os empreendimentos eram fragmentados de forma fraudulenta e nem que houve formação de grupo econômico de fato, motivos pelos quais não há razão para a exclusão das empresas do Simples Nacional.

Argumenta que o fato de um dos sócios estar fora do Brasil não é motivo para o seu afastamento do quadro social, visto que ele produzia as tarefas mesmo fora da sede da empresa. Apresenta julgado da JF de DF a respeito de uma Procuradora da Fazenda Nacional exercer suas atividades na França, por meio do regime de teletrabalho.

Pedido

Por fim, requer o acolhimento da Manifestação de Inconformidade para julgar improcedente o ato de exclusão, visto que não se comprovam os fatos narrados pela Fiscalização, que não há prova de interposta pessoa no quadro social das defendentes, que não possuíam o mesmo objeto social. Ainda, solicita que os processos de exclusão das três empresas envolvidas sejam julgados em conjunto (10882.721375/2019-09, 10882.721373/2019-10 e 10882.721374/2019-56) e que seja dado efeito suspensivo aos atos de exclusão”.

Por sua vez, a 7ª Turma da DRJ/CTA julgou improcedente a manifestação de inconformidade, cuja decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

COMPETÊNCIA. ATIVIDADE FISCALIZADORA.

Compete a autoridade administrativa apurar os fatos tal como efetivamente ocorridos, sendo tal poder da própria essência da atividade fiscalizadora que não pode ficar adstrita aos aspectos formais dos atos e fatos.

SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. FINALIDADES DAS ATIVIDADES.

As microempresas ou as empresas de pequeno porte poderão realizar negócios de compra e venda de bens e serviços para os mercados nacional e internacional, por meio de sociedade de propósito específico, nos termos do disposto no inciso II do § 2º do art. 56 da LC n.º 123/2006.

SIMPLES NACIONAL. GRUPO ECONÔMICO. APURAÇÃO RECEITA BRUTA GLOBAL. ADMISSIBILIDADE.

Constatada a existência de grupo econômico de fato, caracterizado pela administração única e direta de diversas empresas, por parte de integrantes de mesmo núcleo familiar, havendo controle societário comum e poderes de mando concentrado, é cabível a apuração da receita bruta global, para fins de análise quanto à exclusão do Simples Nacional das empresas integrantes do grupo.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada, a Recorrente interpôs recurso voluntário reiterando argumentos já elencados por ocasião da manifestação de inconformidade, que podem assim ser resumidos:

- a) Em decorrência dos processos administrativos de exclusão do Simples, onde sequer se apurou créditos tributários não quitados, houve o ADE excluindo as 3 (três) empresas do sistema de recolhimento de tributo do Simples Nacional;
- b) Alega que um dos sócios de uma das empresas é filho do sócio da empresa criada inicialmente é uma insensatez;
- c) Não é porque os sócios dos negócios são pais, filhos, esposa, amigo, filho e esposa que estarão impedidos de constituir empresas com opção pelo Simples Nacional;

d) A LC n. 123 não veda que sócios tenham vínculo empregatício com empresas que não sejam do Simples;

e) Para a exclusão das empresas integrantes do Simples Nacional o Fisco considerou, erroneamente, que as empresas constituíam um grupo econômico de fato, isso em razão de serem supostamente serem interligadas e dependentes entre si, cada uma com propósito específico, nos termos do art. 56 da LC n 123/2006;

f) As empresas são as independentes, não perderam as suas personalidades jurídicas, nem suas autonomias e independências o que impede de se basear no faturamento global de tais empresas para fins de exclusão destas do Simples Nacional, como também, não houve fracionamento das atividades empresariais, mediante a utilização de mão de obra existente em empresas interpostas,

g) Cada uma das empresas possui autonomia financeira, jurídica e administrativa, sedes diferentes, inclusive com divisão de lucros individualizados, o que está devidamente comprovado pelos demonstrativos contábeis que foram disponibilizados, os balancetes e declarações de imposto de renda dos sócios, disponíveis via Sistemas de fiscalização;

g) Não há que se falar em grupo econômico de fato, mas sim em uma figura jurídica reconhecida e acolhida pela sistemática do Simples Nacional, ou seja, a sociedade de propósito específico;

h) A formação de grupo econômico de fato não é (e nunca foi) fundamento legal para a exclusão do Simples Nacional, autorizando o somatório de receitas para configurar excesso do limite previsto no referido regime;

i) As empresas autuadas, como solidariamente responsáveis, não podem ser consideradas integrantes de Grupo Econômico e excluídas do Simples Nacional, pois são autônomas e independentes, tendo as empresas se associado com um propósito específico, só havendo solidariedade quando ocorrer responsabilidade dos sócios, o que ocorre tão somente na hipótese do artigo 50 do Código Civil, consoante recente entendimento do STJ.

Por fim, a Recorrente requereu:

“15-DO PEDIDO.

Por fim, requer sejam acolhidas as razões do presente Recurso Voluntário, para se julgar improcedente o ato de exclusão (Atos Declaratórios Executivos) e conseqüente o AUTO DE INFRAÇÃO, processo que está anexado ao presente processo de exclusão do Simples Nacional, com lançamento de contribuições sociais previdenciárias e tributos contidos nos recolhimentos na forma do Simples Nacional, na forma de lucro arbitrado, mantendo as Recorrentes no SIMPLES NACIONAL como medida de legalidade Não se comprovam os fatos narrados pelo Auditor Fiscal para justificar o ato de exclusão com os elementos trazidos também ao Auto de Infração.

Não há qualquer prova de interposta pessoa no quadro social das Recorrentes”.

É o relatório.

Fl. 7 do Acórdão n.º 1003-002.933 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 10882.721374/2019-56

Voto

Conselheira Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Relatora.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento.

Exclusão do Simples Nacional - Interposição de Pessoas, Formação de Grupo Econômico de Fato, Simulação, Não caracterização de Sociedades de Propósito Específico - SPE

Conforme já relatado, a discussão do mérito restringe-se ao fato de ter a Recorrente (Dubhay – Serviços e Reformas em Instalações, inscrita no CNPJ: 10.655.080/0001-77) sido excluída do Simples Nacional, a partir de 02/2009, nos termos da Representação Fiscal e do Termo de Exclusão SRRF08/EASIN n.º 55, de 14 de maio de 2019, em razão do excesso de receita bruta global, hipótese de exclusão a que se refere o art. 3º, § 4º, incisos III e IV, bem como do disposto no art. 29, incisos I e IV e art. 31, inciso II, todos da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006.

Desta maneira, a exclusão em questão foi precedida pela Representação Fiscal para Fins de Exclusão do Simples Nacional Consta da Representação Fiscal para fins de Exclusão da Empresa do Simples Nacional de forma sucinta, que as empresas já mencionadas integravam um mesmo grupo econômico de fato “DUBHAY Terceirização Especializada”, bem como que os Srs. Humberto Caetano Fazzi e Ademir Donizete Prestes e respectivos cônjuges são os reais sócios das três empresas, tendo os mesmos interpostos seus filhos nos quadros societários das empresas Dubhay - Serviços e Reformas em Instalações Ltda e Dubhay - Serviços Gerais Ltda.

Além de tais fatos ficou demonstrado na Representação Fiscal que todas as empresas seriam de propriedade e controle dos sócios Srs. Humberto e Ademir e que ao constatar tal situação procedeu com o somatório das receitas das três empresas e verificou-se que estas ultrapassavam o limite legal para a permanência das empresas no regime diferenciado, motivo pelo qual foi emitido o Termo de Exclusão da Empresa do Simples Nacional, para cada uma das três empresas.

Portanto, está registrado na Representação Fiscal, de 02.05.2019, cujos fundamentos de fato e direito amparados no acervo fático-probatório, são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015):

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

Sr. Auditor-Fiscal Chefe do Serviço de Orientação e Análise Tributária (SEORT),

A. REPRESENTAÇÃO

1. No curso do procedimento fiscal instaurado em face do contribuinte acima identificado, foram constatadas a ocorrência de hipóteses de exclusão do Simples Nacional, conforme a seguir demonstrado.

2. Tendo incorridos nas hipóteses previstas no **art. 3º, § 4º, incisos III e V, art. 29º, inciso IV** e §1º, e verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória, nos termos dos **art. 29º, incisos I e art. 30º, inciso II**, todos da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, procede-se a lavratura da presente representação com vistas à exclusão de ofício da empresa optante pelo Simples Nacional, nos termos do art. 29º, incisos I, Lei Complementar 123, de 2006, regulamentada na data dos fatos pela Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), atualmente Resolução CGSN nº 140 de 22 de maio de 2018.

Lei Complementar 123, de 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 no 10.406, 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:

(...)

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

(...)

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

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;

(...)

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

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

(...)

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

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

II - na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva;

3. Em face do exposto, encaminhe-se a presente Representação ao Chefe do Serviço de Orientação e Análise Tributária (SEORT) da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Osasco, para que seja determinada a exclusão da contribuinte do Simples, com efeitos a partir de **02/2009**, nos termos do inciso II do art. 30 da Lei Complementar 123, de 2006 (tendo incorrido em diferentes hipóteses de exclusão, aplicar-se-á a data referente à primeira hipótese impeditiva ocorrida).

B. FATOS

B.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 4. A empresa **DUBHAY - SISTEMAS E SERVICOS CADASTRAIS LTDA**, CNPJ **08.670.164/0001-38**, foi objeto de procedimento fiscal de fiscalização, amparado no Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal de Fiscalização (TDPF-F) n.º 08.1.13.00-2019-00012-0, referente aos anos-calendário 2016 e 2017.

5. O procedimento fiscal teve início em 22/01/2019. Na mesma data, procedeu-se também ao início das diligências fiscais de número 08.1.13.00-2019-00019-7 e 08.1.13.00-2019-00020-0, referente às empresas **DUBHAY - SERVICOS E REFORMAS EM INSTALACOES LTDA**, CNPJ **10.655.080/0001-77**, e **DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA**, CNPJ **14.042.787/0001-69**, respectivamente. Referidos procedimentos de diligência foram instaurados para coleta de informações e documentos destinados a subsidiar o procedimento de fiscalização junto ao contribuinte **DUBHAY - SISTEMAS E SERVICOS CADASTRAIS LTDA**. O quadro societário da fiscalizada é formalmente composto pelo Sr. **HUMBERTO CAETANO FAZZI** – CPF 668.217.388-15 e Sra. **MARTA REGINA CORREA PRESTES** – CPF 177.068.218-03, porquanto o quadro societário da empresa **DUBHAY - SERVICOS E REFORMAS EM INSTALACOES LTDA** é formalmente composto pelo Sr. **ADEMIR DONIZETE PRESTES** – CPF 791.817.248-53 e Sr. **THIAGO LOPES FAZZI** – CPF 283.672.938-43. O quadro societário da empresa **DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA** é formalmente composto pelas Sra. **CAROLINE FAZZI** – CPF 342.525.298-40 e Sra. **HELLEN JENIFER PRESTES** – CPF 363.403.928-06.

6. Verifica-se ainda que originalmente constava do quadro societário da empresa **DUBHAY - SISTEMAS E SERVICOS CADASTRAIS LTDA** a Sra. **FABIANA CALFAT HADDAD**, CPF 107.073.078-56, tendo formalmente se retirado do quadro societário em 09/06/2010 (arquivamento Jucesp 237.934/10-3, sessão de 28/07/2010). Apesar da formal retirada, elementos obtidos a partir de documentos constantes de ação judicial movida em face dos demais sócios, indicam que a Sra. **FABIANA** fez parte do quadro societário das empresas até pelo menos 08/2012.

7. Consigna-se que, enquanto à empresa **DUBHAY - SISTEMAS E SERVICOS CADASTRAIS LTDA** tem endereço cadastral à **ESTRADA DO CAPUAVA, 4421, SALA 301-A ANDAR 3 COND VINTAGE OFFICE**, a empresa **DUBHAY - SERVICOS E REFORMAS EM INSTALACOES LTDA** tem endereço cadastral à **ESTRADA DO CAPUAVA, 4421, SALA 301-B ANDAR 3 COND VINTAGE OFFICE**. Já a empresa **DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA** tem endereço cadastral à **ESTRADA DO CAPUAVA, 4421, SALA 302 ANDAR 3 COND VINTAGEM OFFICE**.

8. Chegando ao local, foi constatado pelos auditores-fiscais que no endereço há duas salas, de números 301 e 302, contíguas, ambas com placa de identificação com indicação de “**DUBHAY TERCEIRIZAÇÃO**”, constatando-se a inexistência de qualquer sala com indicação de 301-A ou 301- B.

9. No local, os auditores-fiscais foram recebidos pela Sra. PALOMA CASTRO DA SILVA, CPF 414.467.728-10, na recepção constante da sala 301. A Sra. Paloma informou que os responsáveis pela empresa, Sr. Humberto e Sr. Ademir, não se encontravam. Questionada pelas autoridades fiscais, a mesma informou que a recepção da sala 301 atendia às três empresas, e que na sala 302 funcionava a sala de treinamento, que também atendia as três empresas. Em consulta ao CNIS (Cadastro Nacional de Informações Sociais), verifica-se que a Sra. Paloma possui vínculo empregatício junto à empresa DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA, cujo endereço cadastral reporta-se à sala 302. Adicionalmente, tem-se que o Sr. **ADEMIR DONIZETE PRESTES**, informado pela Sra. Paloma, é formalmente sócio da empresa DUBHAY - SERVICOS E REFORMAS EM INSTALACOES LTDA e cônjuge da Sra. MARTA REGINA CORREA PRESTES, formalmente sócia da empresa DUBHAY - SISTEMAS E SERVICOS CADASTRAIS LTDA, juntamente do Sr. **HUMBERTO CAETANO FAZZI**.

10. Vários elementos demonstram terem as empresas DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA e DUBHAY - SERVICOS E REFORMAS EM INSTALACOES LTDA sido constituídas a partir de interpostas pessoas. Além de se verificar que todas as empresas do grupo possuem um comando único, Srs. ADEMIR e HUMBERTO, conforme confirmado em sede de diligência física na sede das empresas, verificou-se que os sócios interpostos THIAGO, HELEN e CAROLINE não detinham condições materiais da condição de sócio, assim entendida a capacidade financeira de assumirem os encargos, riscos e benefícios decorrentes da atividade comercial. No que tange à empresa DUBHAY - SERVICOS E REFORMAS EM INSTALACOES LTDA, constituída em 02/2009, a partir de capital social de R\$6.000,00, certo que o emprego anterior do Sr. THIAGO lhe conferia o rendimento de R\$837,35, na função de cozinheiro, o referido sócio constante do quadro societário e filho do verdadeiro sócio da empresa, declarou R\$0,00 de bens em sua DIRPF no ano anterior (31/12/2008). A empresa teve faturamento de R\$ 71.424,97 em 05/2009, primeiro mês em que declarou receita, totalizando R\$720.294,47 no referido ano-calendário, correspondente a oito meses.

11. Mesmo cenário se verifica para a empresa DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA, formalmente em nome HELEN e CAROLINE, filhas de ADEMIR e HUMBERTO, respectivamente. Criada a partir de capital social de R\$10.000,00 em 07/2011, por supostas sócias que na época dos fatos (, antes, durante e após a constituição da empresa e os fatos aqui narrados) possuíam vínculo empregatício com empresas diversas, teve faturamento de R\$144.064,45 em 09/2011, primeiro mês em que declara receita, e R\$324.621,71 no mês seguinte, totalizando R\$602.723,48 nos últimos quatro meses do referido ano. Tal cenário não se verifica plausível com o quadro proposto pelos diligenciados, referentes a empresa ou seus sócios sem qualquer capital compatível com referidos valores.

12. Constatou-se, no decorrer do procedimento fiscal, que as três empresas integravam um mesmo grupo, “DUBHAY Terceirização Especializada”, o que, frisa-se, não representaria a princípio, qualquer óbice ou infração à legislação aplicável, sendo verificado, no entanto, que os Srs. HUMBERTO CAETANO FAZZI e ADEMIR DONIZETE PRESTES e respectivos cônjuges são os reais sócios das três empresas, tendo os mesmos interpostos seus filhos nos quadros societários das empresas DUBHAY - SERVICOS E REFORMAS EM INSTALACOES LTDA e DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA, ficando claro tratarem-se estarem todas as empresas sob a propriedade e controle dos sócios originalmente constituídos sob a denominação da empresa DUBHAY SERVIÇOS CADASTRAIS LTDA. Adicionalmente, os Srs. HUMBERTO e ADEMIR são os administradores de fato das três empresas, diretamente, quando formalmente constante do quadro societário, e através de procurações de amplos e irrestritos poderes a eles outorgados, nas hipóteses em que o quadro societário é constituído das interpostas pessoas.

13. No curso do procedimento fiscal, verificou-se que o sócio ADEMIR DONIZETE PRESTES é “administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos”, através da outorga de procuração de amplos e irrestritos poderes de gestão da empresa DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA, cuja receita bruta global ultrapasse o limite de que trata a Lei Complementar 123, de 2006.

B.2. PROCURAÇÕES

14. Dentre os poderes outorgados aos senhores Srs. HUMBERTO e ADEMIR, constam “*assinar todo e qualquer documento de natureza fiscal e trabalhista, admitir e demitir empregados, combinar salários, vencimentos, abonos, férias e outras vantagens, assinar carteiras de trabalho, movimentar constas vinculadas ao FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (...) representar perante Bancos e instituições Financeiras em geral, podendo abrir, movimentar e encerrar contas correntes, depositando, retirando e transferindo quantias, inclusive juros e correção monetária, retirar cartões magnéticos, cadastrar senhas depositar valores e outros objetos em cofres e depósitos, emitir, assinar e sacar cheques, endossar cheques (...) fazer remessa de dinheiro e autorizar pagamentos para qualquer parte do território nacional e para o exterior, (...) emitir, sacar, aceitar, endossar, caucionar, descontar, avaliar, reformar, protestar cheques, duplicatas, letras de câmbio, notas promissórias e quaisquer títulos de crédito (...) assinar contratos bancários e quaisquer papéis necessários, (...) declarar bens, dívidas e créditos (...) vender, prometer vender, comprar, prometer comprar, ceder, prometer ceder, hipotecar, permutar, transferir, dar em pagamento ou por qualquer outra forma, alienar ou onerar bens móveis, direitos, veículos (...) dar ou contrair empréstimos e financiamentos, confessar dívidas, apresentar ou recusar fiadores, pedir, comprar, pagar, devolver e estocar mercadorias de toda natureza, constituir advogados com os poderes da clausula “ad judicium” (...)*”. Não se trata de mera procuração de representação. Trata-se da outorga, em plena essência, das gestões administrativa, financeira e operacional, plena administração da sociedade empresária.

15. Verificou-se a existência das seguintes procurações, todas referentes a outorga de amplos e irrestritos poderes de gestão da sociedade, outorgadas ao Sr. HUMBERTO CAETANO FAZZI, e ao Sr. ADEMIR DONIZETE PRESTES, no caso da DUBHAY SERVIÇOS GERAIS LTDA:

Procuração	Outorgante	Data	Validade
1	DUBHAY SERVICOS GERAIS LTDA EPP	01/03/2012	01/03/2013
2	DUBHAY SERVICOS GERAIS LTDA EPP	10/04/2013	10/04/2015
3	DUBHAY SERVICOS GERAIS LTDA EPP	11/08/2015	11/08/2017
4	DUBHAY SERVICOS GERAIS LTDA EPP	29/08/2017	29/08/2018
5	DUBHAY SERVIÇOS E REFORMAS EM INSTALAÇÕES LTDA EPP	11/01/2017	11/01/2018

Tab. 1 – Procurações

B.3. PESSOAS INTERPOSTAS

16. No que tange às empresas DUBHAY - SERVICOS E REFORMAS EM INSTALACOES LTDA e DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA, tem-se que em ambas, há a interposição de pessoas no quadro societário.

17. Embora o Sr. THIAGO LOPES FAZZI, conste do quadro societário da empresa DUBHAY - SERVICOS E REFORMAS EM INSTALACOES LTDA, verificou-se

tratar-se do filho do Sr. HUMBERTO CAETANO FAZZI, interposto no quadro societário, na tentativa da manutenção da empresa no regime privilegiado do Simples Nacional. Formalmente sócio da empresa, constando inclusive como sócio administrador da sociedade, o Sr. THIAGO LOPES FAZZI reside fora do país, tendo se ausentado 23/01/2017, sem registro de retorno. E ainda que, na tentativa de dar aparência de legalidade aos registros contábeis da empresa, tendo sido atribuído ao mesmo o pagamento de “pro-labore” em todo o ano-calendário de 2017, quando intimada a comprovar a prestação de serviços pelo referido sócio, que justificasse o pagamento de valores de pró-labore, com a respectiva documentação comprobatória (atas de reunião de diretoria / reunião junto a clientes / e-mails / etc), a empresa não apresentou qualquer documentação, tendo alegado que *“trata-se de pagamento de PRÓ LABORE, previsto no contrato social. Mesmo fora do país o referido sócio continuou prestando serviços, posto que é sabido que se trabalha também remotamente, fora do local de trabalho, posto que o referido sócio tinha acesso a todo o sistema da empresa”*. Fica demonstrado que o Sr. THIAGO não é, e nunca foi sócio da empresa DUBHAY - SERVICOS E REFORMAS EM INSTALACOES LTDA, sendo interposto no quadro societário da empresa meramente para representar o capital detido pelo seu pai, Sr. HUMBERTO CAETANO FAZZI, tendo ainda a empresa simulado o pagamento de pró-labore na tentativa de dar aparência de legalidade aos fatos aqui narrados. Em época coincidente com a constituição da empresa, 02/2009, o Sr. THIAGO possuía vínculo empregatício com a empresa BATTUTO COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA - 04.832.188/0001-95, entre 05/2007 e 01/2008, na função de COZINHEIRO GERAL, com remuneração entre R\$816,39 (06/2007) e R\$837,85 (12/2007), não tendo entregue DIRPF (Declaração Anual de Ajuste – Imposto de Renda da Pessoa Física) até o ano-calendário 2009, na qual informa receita tributável de R\$3.720,00, juntamente de suposto recebimento de dividendos no valor de R\$10.000,00, referente a empresa recém criada, a partir de suposto capital social integralizado de R\$3.000,00, a partir do qual a empresa teria se estabelecido.

18. Embora as Sras. CAROLINE FAZZI e HELLEN JENIFER PRESTES constem do quadro societário da empresa DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA, verificou-se que tratam-se de filhas, respectivamente, do Sr. HUMBERTO CAETANO FAZZI e do Sr. ADEMIR DONIZETE PRESTES, interpostas no quadro societário, na tentativa da manutenção da empresa no regime privilegiado do Simples Nacional. Formalmente sócia da empresa, constando inclusive como SÓCIA ADMINISTRADORA da sociedade, a Sra. CAROLINE FAZZI consta como empregada da empresa AZZI - GESTAO CONDOMINIAL, SERVICOS E DESIGN LTDA – CNPJ 65.691.354/0001-75, desde 01/04/2009, recebendo remuneração entre R\$1.200,00 (04/2009), e R\$6.675,00 (12/2017), na função de Administrador. A empresa AZZI - GESTAO CONDOMINIAL, SERVICOS E DESIGN LTDA tem como sócios formais o Sr. CARLOS ALBERTO ROMERO – CPF 525.752.848-72, e a Sra. CONCEIÇÃO APARECIDA ROMERO FAZZI, CPF 032.688.568-45, esposa do Sr. HUMBERTO CAETANO FAZZI. Na tentativa de dar aparência de legalidade aos registros contábeis da empresa, tendo sido atribuído à mesma o pagamento de “pro-labore” em todo o ano-calendário de 2016 e 2017, quando intimada a comprovar a prestação de serviços pela referida sócia, que justificasse o pagamento de valores de pró-labore, com a respectiva documentação comprobatória (atas de reunião de diretoria / reunião junto a clientes / e-mails / etc), a empresa não apresentou qualquer documentação, tendo alegado que *“trata-se de pagamento de PRÓ LABORE, previsto no contrato social. Mesmo tendo vínculo com outra empresa, os segurados prestaram serviços ao contribuinte ora sob ação fiscal, em horário diverso àquele com outro vínculo, certo que os referidos sócios tinham acesso a todo o sistema da empresa”*, demonstrando tratarem os pagamentos de conduta simulada com vistas a dar aparência de legalidade aos registros contábeis.

19. Em relação a Sra. HELLEN JENIFER PRESTES, formalmente sócia da empresa, constando inclusive como sócio administradora da sociedade, a mesma consta como empregada das empresas PEOPLE SOLUTIONS TECNOLOGIA EM INFORMATICA LTDA – CNPJ 02.442.156/0001-58, entre 08/2011 e 09/2012, com remuneração entre

R\$992,00 (09/2011) e R\$1.082,00 (08/2012), na função de ANALISTA DE SUPORTE COMPUTACIONAL, LINX SISTEMAS E CONSULTORIA LTDA – CNPJ 54.517.628/0001-98, entre 01/2013 e 12/2017, com remuneração entre R\$1.761,31 (02/2013) e R\$3.757,51 (11/2017), na função de ANALISTA DE SUPORTE COMPUTACIONAL. Na tentativa de dar aparência de legalidade aos registros contábeis da empresa, tendo sido atribuído à mesma o pagamento de “pro-labore” em todo o ano-calendário de 2016 e 2017, quando intimada a comprovar a prestação de serviços pela referida sócia, que justifique o pagamento de valores de pró-labore, com a respectiva documentação comprobatória (atas de reunião de diretoria / reunião junto a clientes / e-mails / etc), a empresa não apresentou qualquer documentação, tendo alegado que “*rata-se de pagamento de PRÓ LABORE, previsto no contrato social. Mesmo tendo vínculo com outra empresa, os segurados prestaram serviços ao contribuinte ora sob ação fiscal, em horário diverso àquele com outro vínculo, certo que os referidos sócios tinham acesso a todo o sistema da empresa*”. 20. Os diversos elementos constatados, e aqui consignados, demonstraram que a Sra. CAROLINE e Sra. HELLEN não são, e nunca foram sócias da empresa DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA, sendo interposto no quadro societário da empresa meramente para representar o capital detido pelo seu pais, Sr. **HUMBERTO CAETANO FAZZI** e **ADEMIR DONIZETE PRESTES**, juntamente do cônjuge Sra. MARTA REGINA CORREA PRESTES.

	DUBHAY - SISTEMAS E SERVICOS CADASTRAIS LTDA	DUBHAY - SERVICOS E REFORMAS EM INSTALACOES LTDA	DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA
2009	R\$ 2.321.882,00	R\$ 720.294,47	-
2010	R\$ 2.136.550,79	R\$ 1.502.124,76	-
2011	R\$ 2.399.541,37	R\$ 2.398.410,74	R\$ 602.723,48
2012	R\$ 3.010.371,87	R\$ 2.107.467,56	R\$ 559.119,20
2013	R\$ 3.009.306,99	R\$ 1.900.403,11	R\$ 1.156.074,40
2014	R\$ 3.075.829,62	R\$ 2.426.126,71	R\$ 2.142.858,69
2015	R\$ 3.143.421,74	R\$ 2.058.558,27	R\$ 2.566.241,54
2016	R\$ 2.621.461,70	R\$ 2.021.522,18	R\$ 2.415.787,99
2017	R\$ 2.310.570,11	R\$ 2.176.467,41	R\$ 2.814.936,32

Tab. 2 - Receita Bruta no ano-calendário

DUBHAY - SISTEMAS E SERVICOS CADASTRAIS LTDA - CNPJ 08.670.164/0001-38				
Nome	CPF	Capital Social (%)	Qualificação	Incluído em
HUMBERTO CAETANO FAZZI	668.217.388-15	50%	SOCIO-ADMINISTRADOR	27/02/2007
MARTA REGINA CORREA PRESTES	177.068.218-03	50%	SOCIO-ADMINISTRADOR	27/02/2007

Tab. 3 - Quadro Societário do CNPJ 08.670.164/0001-38

DUBHAY - SERVICOS E REFORMAS EM INSTALACOES LTDA - CNPJ 10.655.080/0001-77				
Nome	CPF	Capital Social (%)	Qualificação	Incluído em
ADEMIR DONIZETE PRESTES	791.817.248-53	50%	SOCIO-ADMINISTRADOR	04/02/2009
THIAGO LOPES FAZZI	283.672.938-43	50%	SOCIO-ADMINISTRADOR	04/02/2009

Tab. 4- Quadro Societário do CNPJ 10.655.080/0001-77

DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA - CNPJ 14.042.787/0001-69				
Nome	CPF	Capital Social (%)	Qualificação	Incluído em
CAROLINE FAZZI	342.525.298-40	50%	SOCIO-ADMINISTRADOR	25/07/2011
HELLEN JENIFER PRESTES ARAUJO	363.403.928-06	50%	SOCIO-ADMINISTRADOR	25/07/2011

Tab. 5 - Quadro Societário do CNPJ 14.042.787/0001-69

B.4. AÇÃO JUDICIAL

21. Verificou-se constar ação judicial sob número 1004546-62.2013.8.26.0152 em trâmite na 2ª Vara Cível da Comarca de Cotia, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, protocolada em 07/2013, na qual a Sra. FABIANA CALFAT NAMI HADDAD interpõe ação de reconhecimento de sociedade empresarial cumulada com pedido de dissolução parcial, em face HUMBERTO CAETANO FAZZI e ADEMIR DONIZETE

PRESTES, juntamente das empresas DUBHAY – SISTEMAS E SERVICOS CADASTRAIS LTDA, DUBHAY - SERVICOS E REFORMAS EM INSTALACOES LTDA e DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA. Compartilhados pela autoridade judiciária os dados e documentos do referido processo, têm-se em síntese que a Sra. FABIANA, originalmente integrante do quadro societário, alega que, não obstante ter se retirado do quadro societário em 2010, tal saída se deu apenas pro-forma, mantendo-se na condição de sócia de fato (oculta) até a data de 2012, quando requereu junto aos demais sócios de fato, Sr. ADEMIR e Sr. HUMBERTO, a sua saída e correspondente contrapartida financeira. Não obstante a lide em discussão, ainda pendente de apreciação definitiva pelo juízo da causa, e desta forma, não tomando por verdadeiras ou falsas as alegações da Sra. FABIANA, tratando-se de declarações ainda não apreciadas, não utilizadas como elemento de prova no presente, portanto, **tem-se que fora apresentada pela parte requerida, qual seja, as próprias empresas DUBHAY – SISTEMAS E SERVICOS CADASTRAIS LTDA, DUBHAY - SERVICOS E REFORMAS EM INSTALACOES LTDA e DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA, juntamente dos Srs. ADEMIR e HUMBERTO**, documento nominado LAUDO DE AVALIAÇÃO, assinada pelo contador das empresas, e procurador designado para atendimento nos três procedimentos fiscais em face das requeridas (TPDF's 08.1.13.00-2019-00012-0, 08.1.13.00-2019- 00019-7 e 08.1.13.00-2019-00020-0), Sr. LUCIANO WAHHAB, CPF 006.577.728-01, no qual expressamente é reconhecida a simulação e interposição de pessoas no quadro societário, quando afirma no referido documento de 15/01/2013, que *“nomeado pelos Senhores: Humberto Caetano Fazzi, (...), Fabiana Nami Haddad, (...), E Ademir Donizete Prestes, (...), sócios em um terço cada (33,33) das empresas de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, DUBHAY SISTEMA E SERVIÇOS CADASTRAIS LTDA, (...), DUBHAY SERVIÇOS E REFORMAS EM INSTALAÇÕES LTDA, (...), e DUBHAY SERVIÇOS GERAIS LTDA, (...), para promover a avaliação das três empresas acima citadas com o fim de proceder saída de um sócio desta sociedade.”*

C. DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

C1. CUJO SÓCIO OU TITULAR SEJA ADMINISTRADOR OU EQUIPARADO DE OUTRA PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS:

22. O art. 3º, em seu § 4º, incisos V, dispõe que não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar 123, de 2006, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica 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 do presente artigo, qual seja, R\$ 3.600.000,00 (R\$4.800.000,00 a partir de 1º de janeiro de 2018).

23. No presente caso, demonstrada a outorga de procuração de amplos e irrestritos poderes para a efetiva gestão da empresa DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA, a partir de 03/2012, pelo Sr. ADEMIR, constando o Sr. ADEMIR como sócio administrador da empresa DUBHAY - SERVICOS E REFORMAS EM INSTALACOES LTDA, e verificado que no ano-calendário 2014, a receita bruta da empresa DUBHAY - SERVICOS E REFORMAS EM INSTALACOES LTDA foi de R\$ 2.426.126,71, e a receita bruta da empresa DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA foi de R\$ 2.142.858,69, ambas de fato administradas pelo Sr. ADEMIR no período (DUBHAY - SERVICOS E REFORMAS EM INSTALACOES LTDA a partir de 02/2009, sua constituição, e DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA a partir de 03/2012) totalizando ambas o valor de R\$ 4.568.985,40 no ano-calendário, superior, portanto o limite de R\$3.600.000,00, resta caracterizada em 31/12/2014 a hipótese de vedação ao benefício do tratamento jurídico previsto para o Simples Nacional, com efeitos a partir de **01/2015**.

C2. DE CUJO CAPITAL PARTICIPE PESSOA FÍSICA QUE SEJA INSCRITA COMO EMPRESÁRIO OU SEJA SÓCIA DE OUTRA EMPRESA QUE RECEBA TRATAMENTO JURÍDICO DIFERENCIADO NOS TERMOS DESTA LEI COMPLEMENTAR:

24. O art. 3º, em seu § 4º, incisos III, dispõe que não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar 123, de 2006, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput do presente artigo, qual seja, R\$ 3.600.000,00 (R\$4.800.000,00 a partir de 1º de janeiro de 2018).

25. No presente caso, demonstrado que a empresa DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA foi constituída por interpostas pessoas, sendo a formalmente sócia HELLEN JENIFER PRESTES (juntamente a CAROLINE FAZZI), filha e interposta do Sr. ADEMIR DONIZETE PRESTES, sócio de fato de ambas as empresas (DUBHAY - SERVICOS E REFORMAS EM INSTALACOES LTDA a partir de 02/2009 e DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA a partir de 07/2011, data de constituição de ambas), e verificado que no ano-calendário 2014, a receita bruta da empresa DUBHAY - SERVICOS E REFORMAS EM INSTALACOES LTDA foi de R\$ 2.426.126,71, e a receita bruta da empresa DUBHAY - SERVICOS GERAIS LTDA foi de R\$ 2.142.858,69, totalizando R\$ 4.568.985,40 no ano-calendário, superior, portanto o limite de R\$3.600.000,00, resta caracterizada em 31/12/2014 a hipótese de vedação ao benefício do tratamento jurídico previsto para o Simples Nacional, com efeitos a partir de **01/2015**.

C3. A SUA CONSTITUIÇÃO OCORRER POR INTERPOSTAS PESSOAS:

26. Constatado que o Sr. THIAGO LOPES FAZZI, constante do quadro societário da empresa na qualidade de sócio administrador é na verdade interposta pessoa de seu pai, Sr. HUMBERTO CAETANO FAZZI, verdadeiro sócio da empresa, resta constatada a hipótese de vedação prevista no art. 29º, inciso IV, restando caracterizada a hipótese de vedação ao benefício do tratamento jurídico previsto para o Simples Nacional, com efeitos a partir de **02/2009**, mês de opção pelo regime, nos termos do §1º do art. 29º da Lei Complementar 123, de 2006”.

Contudo, a Recorrente discorda de sua exclusão do Simples Nacional, mas, razão não lhe assiste, conforme será demonstrado.

Inicialmente, há se frisar que o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal).

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irrevogável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos que conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

A exclusão é feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. Verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória no caso de incorrer em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente. A pessoa jurídica excluída do Simples Nacional sujeita-se, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas (art. 29 e art. 32 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, prevê:

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

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

Conforme o Vocabulário Jurídico Tesouro do Supremo Tribunal Federal (STF) tem-se que:

Interposta Pessoa [...]

1. Pessoa que age em nome de outra, utilizando nome próprio. Também conhecida como testa-de-ferro ou presta-nome.

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, determina:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

A Lei nº 4.502, de 30 de dezembro de 1964, prescreve:

Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Inferese-se que o instituto da interposição de pessoas trata-se de simulação de natureza subjetiva relativa.

Por outro lado, sobre a formação de grupo econômico, o Parecer Normativo Cosit/RFB, nº 04, de 10 de dezembro de 2018, esclarece:

Grupo econômico irregular

20. O primeiro questionamento da consulta interna que ensejou o presente Parecer Normativo foi: "o art. 124, do CTN, admite a responsabilização solidária por débitos tributários entre componentes do mesmo grupo econômico quando restar comprovada a existência de liame inequívoco entre as atividades desempenhadas por seus integrantes mediante comprovação de confusão patrimonial ou de outro ato ilícito contrário às regras societárias?".

20.1. Na jurisprudência e na doutrina, a hipótese mais tratada para a responsabilização solidária é para o que se denominou "grupo econômico", especificamente quando há abuso da personalidade jurídica em que se desprezita a autonomia patrimonial e operacional das pessoas jurídicas mediante direção única. [...]

22. Desta feita, não é a caracterização em si do grupo econômico que enseja a responsabilização solidária, mas sim o abuso da personalidade jurídica de pessoa jurídica, a qual existe apenas formalmente, uma vez que inexistente autonomia patrimonial e operacional. Nesta hipótese, a divisão de uma empresa em diversas pessoas jurídicas é fictícia. A direção e/ou operacionalização de todas as pessoas jurídicas é única. O que se verifica nesta hipótese é a existência de um grupo econômico irregular, terminologia a ser utilizada no presente Parecer Normativo. [...]

Está comprovado nos autos que a Recorrente e as demais empresas compõem um único negócio. A liberdade de organização permite que o contribuinte organize o seu negócio da maneira que lhe aproveitar, entretanto, não pode fazê-lo de forma abusiva, simulando e enganando o Fisco para aproveitar benefícios tributários a que não faz jus.

Conquanto a interposição de pessoas não possa realmente ser deduzida de um único indício, entendo que o arcabouço probatório levantado pela fiscalização demonstra a ocorrência de simulação subjetiva. Aliás, a comprovação de simulação, em geral, se dá por provas indiretas, sendo raro se projetar através de provas diretas. As provas carreadas aos autos, em seu conjunto, demonstram a interposição de pessoas.

Ademais, o fundamento para a exclusão não é, pura e simplesmente, a caracterização do grupo econômico de fato ou a solidariedade passiva que responsabiliza às empresas do grupo por débitos constituídos, mas sim a realidade subjacente que advém dessa caracterização, qual seja, a dependência entre as empresas, que atuam com sócios e administradores em comum. Nessa hipótese, o faturamento para fins de apuração do limite legal não pode ser considerado individualmente (por empresa integrante do grupo), mas na sua totalidade, fazendo com que ultrapasse o limite permitido pela legislação de regência do Simples Nacional.

Destarte, repise-se: o conjunto de provas dos autos demonstrou a artificialidade da estrutura operacional da Recorrente. A conduta fraudulenta, com a constituição de pessoa jurídica supostamente independente, objetivou a inclusão indevida no Simples Nacional e a obtenção do benefício da redução dos tributos e contribuições.

Evidenciado o caso concreto, o Fisco encontra-se autorizado legalmente a determinar os efeitos tributários decorrentes do negócio realmente realizado no lugar daqueles que seriam produzidos pelo negócio retratado na forma simulada pelas partes.

Em tempo, no Acórdão 9101.004.333, a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais entendeu que configura-se simulação e fraude quando os elementos probatórios indicam que duas ou mais sociedades empresárias constituem um único empreendimento de fato, sendo que uma delas de utiliza na execução de suas atividades fins da força de trabalho formalmente vinculada à outra que, por sua vez é optante do Simples Nacional. Segue trecho transcrito da ementa do dito acórdão:

FRAUDE E SIMULAÇÃO. PESSOA INTERPOSTA

Configura-se simulação e fraude quando os elementos probatórios indicam que duas ou mais sociedades empresárias constituem um único empreendimento de fato, sendo que uma delas se utiliza, na execução das suas atividades fins, da força de trabalho formalmente vinculada à outra que, por sua vez, é optante pelo regime simplificado de tributação (Simples Nacional).

Vale frisar, ainda, não prevalecer o argumento da Recorrente no sentido de que a associação das três empresas em razão do nome ((DUBHAY SERVIÇOS GERAIS LTDA, CNPJ 14.042.787/0001-69, DUBHAY SISTEMAS E SERVIÇOS CADASTRAIS LTDA, CNPJ 08.670.164/0001-38, DUBHAY SERVIÇOS E REFORMAS EM INSTALAÇÕES LTDA, CNPJ 10.655.080/0001-77) configuraria uma Sociedade de Propósito Específico, mesmo que

não registradas como tal, visto que de fato as atividades desenvolvidas pelas empresas encontrariam amparo nos requisitos necessários para tal caracterização. E, que o art. 56 da LC n.º 123/2006, introduzido pela LC n.º 147/2013, permitiu que as micro e pequenas empresas constituíssem Sociedade de Propósito Específico.

Tal argumento não merece prosperar, nos seguintes termos, pois não há, *in casu*, a caracterização de uma SPE. Ora, de acordo com o art. 56 da Lei Complementar n.º 123, de 2006, as ME e EPP optantes pelo Simples Nacional poderão realizar negócios de compra e venda de bens, para os mercados nacional e internacional, por meio de sociedade de propósito específico, sendo que não poderão integrar esta sociedade pessoas jurídicas não optantes por aquele regime de tributação, *verbis*:

Art. 56. As microempresas ou as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão realizar negócios de compra e venda de bens, para os mercados nacional e internacional, por meio de sociedade de propósito específico nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo federal.

§ 1º Não poderão integrar a sociedade de que trata o caput deste artigo pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.

§ 2º A sociedade de propósito específico de que trata este artigo:

I - terá seus atos arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis;

II - terá por finalidade realizar:

a) operações de compras para revenda às microempresas ou empresas de pequeno porte que sejam suas sócias;

b) operações de venda de bens adquiridos das microempresas e empresas de pequeno porte que sejam suas sócias para pessoas jurídicas que não sejam suas sócias;

[...]

Deve-se ressaltar que Sociedade de Propósito Específico (SPE) não constitui um tipo societário próprio e previsto na legislação societária – como, por exemplo, as Sociedades em Conta de Participação. Trata-se apenas de uma classificação dada a sociedades cujo objeto social seja específico e determinado. No caso do Simples Nacional, são definidas quais características devem possuir a SPE, além de um objeto social restringido, para que a participação em seu capital não constitua óbice à admissão de uma sua sócia na sistemática do Simples Nacional (Art. 56, LC n.º 123/2006)

No caso sob exame, constata-se que as empresas não executam as atividades determinadas pela lei, visto que uma das empresas atua em atividades corporativas, outra com clientes sem atividades econômicas e a terceira cuida de reformas e instalações, conforme pode-se observar do contido no objeto social destas, como bem demonstrado no acórdão de piso.

Neste contexto, analisando as atividades constantes de seus objetos sociais verifica-se que as empresas exploram ramo de atividades que não se amoldam ao contido no inciso II do §2º do art. 56 da LC n.º 123/2006. Para que as empresas pudessem constituir uma SPE, necessário que realizem atividades de operações de compras para revenda às empresas que sejam suas sócias e/ou operações de venda de bens adquiridas das suas sócias para pessoas jurídicas que não sejam suas sócias, o que não ocorre no caso. O acontece, na verdade, é que as empresas exercem atividades de terceirização de serviços e não propriamente de comercialização de produtos adquiridos por meio de

uma empresa centralizadora – SPE. Portanto, o objeto social realizado pelas empresas não permite que se unam para fins de se criar uma SPE, mesmo que a *posteriori*, uma vez que as atividades não se coadunam com o previsto no inciso II do § 2º do art. 56 da LC n.º 123/06.

Destarte, divergentemente do entendimento da Recorrente, do conjunto de fatos cabalmente provados nos autos verifica-se a correta exclusão da Recorrente do Simples Nacional. Assim sendo, a decisão de primeira instância está perfeitamente motivada de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária, razão pela qual está correta.

E, como as razões recursais são as mesmas já elencadas pela Recorrente em sede de manifestação de inconformidade, as quais foram apreciadas pela decisão de primeira instância e com a qual manifesto minha concordância, valho-me da prerrogativa estatuída no art. 57, § 3º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, adotando em complemento as minhas as razões de decidir, aquelas expendidas no acórdão de piso conforme reprodução abaixo:

“Da Situação Fática das Empresas

A exclusão da empresa do Simples Nacional estão amparadas nas vedações contidas na LC n.º 123/06, conforme abaixo:

Art. 3 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 no 10.406, 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:

(...)

§ 4º Não se inclui no regime diferenciado e favorecido previsto nesta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

(...)

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;

...

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;

De início, deve restar consignado que a autoridade administrativa possui a prerrogativa de identificar corretamente os fatos tal como efetivamente ocorridos, sendo tal poder da própria essência da atividade fiscalizadora que não pode ficar adstrita aos aspectos formais dos atos e fatos.

Explica-se. Um dos pilares do direito tributário está consignado no CTN, artigos 114 (que define o fato gerador), 1161 e 149, os quais prevêm a possibilidade de buscar a realidade subjacente a quaisquer formalidades jurídicas, a partir da identificação concreta e material da situação legalmente necessária à ocorrência do fato gerador. Corolário de tal premissa culmina no poder de requalificar o negócio/vínculo aparente entre empresas e trabalhadores, apurando e cobrando o tributo efetivamente devido nos termos do art. 142 do CTN.

Tais disposições regulamentares decorrem da própria natureza da atividade fiscalizatória, inerente ao poder-dever estatal de tributar, previsto, dentre outros, no art. 114 do CTN.

Assim, a fiscalização nada mais fez do que buscar a verdade material, identificando os fatos geradores ocorridos vinculados ao seu respectivo sujeito passivo, aplicar a legislação tributária de acordo com os fatos por ela constatados, em detrimento da verdade jurídica aparente.

É certo que o sujeito passivo, ao encontrar-se diante de vários caminhos lícitos, pode optar por aquele que lhe seja mais vantajoso. Este espaço de escolha decorre da premissa de que ninguém pode ser obrigado a adotar a opção que lhe implica maior ônus fiscal e encontra-se respaldado na legalidade consagrada pelo artigo 5º, II da Constituição Federal.

No entanto, esta liberdade de escolha não vai além dos limites traçados pelo ordenamento jurídico, e é justamente na quebra da legalidade que deve a fiscalização se pautar quando atribui a responsabilidade pelos tributos apurados a sujeito diverso daquele que seria responsável à luz das formalidades com as quais se revestem os atos e negócios jurídicos praticados.

O fato é que – diante de todos os demais indícios e elementos encontrados, *in loco*, pela fiscalização, aliados aos documentos trazidos aos autos – o regime de tributação por meio de empresas optantes do Simples podem ser desconsiderados ou desqualificados, para fins exclusivamente tributários.

O conjunto probatório relatado pela fiscalização - ancorado em elementos e evidências, não de forma isolada, mas dentro de um contexto abrangente -, dão-nos forma de uma disposição empresarial atípica em que os dispêndios com a mão-de-obra são ônus que se encontram concentrados nas empresas do Simples Nacional, permitindo as empresas beneficiar-se das prerrogativas de tributação que, de outra forma, não lhe seria possível usufruir. Assim temos que a realidade tributária essencial das atividades realizadas pelas empresas foi modificada artificialmente e tal artifício teve como propósito oferecer validade jurídica e formal a uma disposição negocial exclusivamente concebida e destinada a obter vantagens fiscais indevidas.

Além do que, se à Autoridade Fiscal é permitido carrear as provas que entender necessárias para comprovação da infração, ao julgador administrativo lhe é assegurado o princípio do livre convencimento, esculpido no artigo 29 do Decreto n.º 70.235, de 1972:

Art. 29 - Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.
(destacou-se)

Neste ponto é importante que se avalie os elementos de convicção trazidos pela Fiscalização para fins de se verificar se as empresas do Grupo Dubhay, funcionavam, na prática, com o intuito de suprimir o pagamento de tributos, tendo em vista que as três empresas eram optantes do Simples Nacional.

Da Sociedade de Propósito Específico - SPE

O Manifestante alega que as empresas devem ser consideradas como formadores de uma SPE, nos termos da previsão contida no art. 56 da LC n.º 123/06, mesmo que não registrada como tal, visto que de fato as atividades desenvolvidas pelas empresas encontrariam amparo nos requisitos necessários para tal caracterização. Tal argumento não merece apreço.

Para que as empresas possam constituir uma SPE é necessário que elas realizem as atividades compreendidas no inciso II do § 2º do art. 56 da LC n.º 123/06, conforme abaixo:

Art. 56. As microempresas ou as empresas de pequeno porte poderão realizar negócios de compra e venda de bens e serviços para os mercados nacional e internacional, por meio de sociedade de propósito específico, nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo federal. (Redação dada pela Lei Complementar n.º 147, de 2014)

§ 1º Não poderão integrar a sociedade de que trata o **caput** deste artigo pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.

§ 2º A sociedade de propósito específico de que trata este artigo:

I - terá seus atos arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis;

II - terá por finalidade realizar:

a) operações de compras para revenda às microempresas ou empresas de pequeno porte que sejam suas sócias;

b) operações de venda de bens adquiridos das microempresas e empresas de pequeno porte que sejam suas sócias para pessoas jurídicas que não sejam suas sócias;

III - poderá exercer atividades de promoção dos bens referidos na alínea b do inciso II deste parágrafo;

IV - apurará o imposto de renda das pessoas jurídicas com base no lucro real, devendo manter a escrituração dos livros Diário e Razão;

V - apurará a Cofins e a Contribuição para o PIS/Pasep de modo não-cumulativo;

VI - exportará, exclusivamente, bens a ela destinados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que dela façam parte;

VII - será constituída como sociedade limitada;

VIII - deverá, nas vendas às microempresas ou empresas de pequeno porte que sejam suas sócias, observar preço no mínimo igual ao das aquisições realizadas para revenda; e IX - deverá, nas vendas de bens adquiridos de microempresas ou empresas de pequeno porte que sejam suas sócias, observar preço no mínimo igual ao das aquisições desses bens.

§ 3º A aquisição de bens destinados à exportação pela sociedade de propósito específico não gera direito a créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.

§ 4º A microempresa ou a empresa de pequeno porte não poderá participar simultaneamente de mais de uma sociedade de propósito específico de que trata este artigo.

§ 5º A sociedade de propósito específico de que trata este artigo não poderá:

I - ser filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

II - ser constituída sob a forma de cooperativas, inclusive de consumo;

III - participar do capital de outra pessoa jurídica;

IV - exercer atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

V - ser resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

VI - exercer a atividade vedada às microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional.

§ 6º A inobservância do disposto no § 4º deste artigo acarretará a responsabilidade solidária das microempresas ou empresas de pequeno porte sócias da sociedade de propósito específico de que trata este artigo na hipótese em que seus titulares, sócios ou administradores conhecessem ou devessem conhecer tal inobservância.

§ 7º O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo até 31 de dezembro de 2008.

§ 8º (VETADO). (Incluído pela Lei Complementar nº 155, de 2016) Produção de efeito

No caso, constata-se que as empresas não executam as atividades determinadas pela lei, visto que uma das empresas atua em atividades corporativas, outra com clientes sem atividades econômicas e a terceira cuida de reformas e instalações, conforme pode-se observar do contido no objeto social destas:

DUBHAY – SISTEMAS E SERVIÇOS CADASTRAIS LTDA

CLÁUSULA 3ª A sociedade tem por objetivo social a exploração no ramo de informações comerciais e cadastrais, coleta, análises e pesquisas junto à junta comercial, cartórios, bancos e Serasa, cobranças extrajudiciais, na elaboração de fichas cadastrais, exclusivamente à terceiros para empresas e pessoas.

...

DUBHAY - SERVIÇOS GERAIS LTDA - EPP

CLÁUSULA – III- A sociedade tem por objetivo social:

a) - informações comerciais e cadastrais, coleta, análise e pesquisa de informações de controle de acesso, junto à junta comercial, cartórios, bancos, Serasa, cobrança extra judicial, fiscalização de patrimônio, elaboração de controles cadastrais manuais ou eletrônicos, exclusivamente a terceiros para

empresas e pessoas físicas; e b) - Serviço de fornecimento de pessoal para prestar serviços em instalações prediais, residenciais e comerciais de clientes, desenvolvendo uma combinação de serviços, como limpeza em geral, recepção, zeladoria, portaria, manutenção, conservação do interior e exterior destas instalações.

c) - Prestação de serviços de limpeza geral de prédios de qualquer tipo: residenciais, escritórios, fabricas, armazéns, hospitais, prédios públicos e outros prédios que desenvolvem atividades comerciais.

...

DUBHAY - SERVIÇOS E REFORMAS EM INSTALAÇÕES LTDA.-ME

O OBJETIVO, CAPITAL, DURAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO

CLÁUSULA 3ª A sociedade tem por objetivo social a exploração no ramo de serviços de reparos hidráulicos, elétricos, pintura e carpintaria em residências ou estabelecimentos civis ou empresariais, bem como manutenção e reparação de equipamentos elétricos e eletrônicos.

Ou seja, analisando as atividades constantes de seus objetos sociais verifica-se que as empresas exploram ramo de atividades que não se amoldam ao contido no inciso II do §2º do art. 56 da LC nº 123/2006. Para que as empresas pudessem constituir uma SPE, necessário que realizem atividades de operações de compras para revenda às empresas que sejam suas sócias e/ou operações de venda de bens adquiridas das suas sócias para pessoas jurídicas que não sejam suas sócias, o que não ocorre no caso.

Em verdade as empresas exercem atividades de terceirização de serviços e não propriamente de comercialização de produtos adquiridos por meio de uma empresa centralizadora – SPE.

Portanto, o objeto social realizado pelas empresas não permite que se unam para fins de se criar uma SPE, mesmo que a posteriori, uma vez que as atividades não se coadunam com o previsto no inciso II do § 2º do art. 56 da LC nº 123/06.

Da Administração das Empresas e da Interposição de Pessoas

O Manifestante alega que as empresas são autônomas não havendo nenhum documento que demonstre confusão patrimonial, ou utilização de maquinários e espaço físico em conjunto pelas empresas a fim de justificar a imputação de fraude. Tal argumento não merecem prosperar.

A Fiscalização descreve que as três empresas utilizavam-se de mesmos espaços físicos para realizarem suas atividades, para tanto, realizaram-se diligências in loco nestas empresas para fazer tal constatação, conforme consta dos itens 7 a 9 da Representação Fiscal:

7. Consigna-se que, enquanto à empresa DUBHAY - SISTEMAS E SERVIÇOS CADASTRAIS LTDA tem endereço cadastral à ESTRADA DO CAPUAVA, 4421, SALA 301-A ANDAR 3 COND VINTAGE OFFICE, a empresa DUBHAY - SERVIÇOS E REFORMAS EM INSTALAÇÕES LTDA tem endereço cadastral à ESTRADA DO CAPUAVA, 4421, SALA 301-B ANDAR 3 COND VINTAGE OFFICE. Já a empresa DUBHAY - SERVIÇOS GERAIS LTDA tem endereço cadastral à ESTRADA DO CAPUAVA, 4421, SALA 302 ANDAR 3 COND VINTAGEM OFFICE.

8. Chegando ao local, foi constatado pelos auditores-fiscais que no endereço há duas salas, de números 301 e 302, contíguas, ambas com placa de identificação com indicação de "DUBHAY TERCEIRIZAÇÃO", constatando-se a inexistência de qualquer sala com indicação de 301-A ou 301-B.

9. No local, os auditores-fiscais foram recebidos pela Sra. PALOMA CASTRO DA SILVA, CPF 414.467.728-10, na recepção constante da sala 301. A Sra. Paloma informou que os responsáveis pela empresa, Sr. Humberto e Sr. Ademir, não se encontravam. Questionada pelas autoridades fiscais, a mesma informou que a recepção da sala 301 atendia às três empresas, e que na sala 302 funcionava a sala de treinamento, que também atendia as três empresas. Em consulta ao CNIS (Cadastro Nacional de Informações Sociais), verifica-se que a Sra. Paloma possui vínculo empregatício junto à empresa DUBHAY - SERVIÇOS GERAIS LTDA, cujo endereço cadastral reporta-se à sala 302. Adicionalmente, tem-se que o Sr. ADEMIR DONIZETE PRESTES, informado pela Sra. Paloma, é formalmente sócio da empresa DUBHAY - SERVIÇOS E REFORMAS EM INSTALAÇÕES LTDA e cônjuge da Sra. MARTA REGINA CORREA PRESTES, formalmente sócia da empresa DUBHAY - SISTEMAS E SERVIÇOS CADASTRAIS LTDA, juntamente do Sr. HUMBERTO CAETANO FAZZI.

O que se pode concluir a respeito é que os imóveis adquiridos de forma individualizada e registrados como tais, não afastam as provas colhidas pela Fiscalização, visto que os imóveis eram compartilhados pelas empresas de forma indiscriminada, como pode-se observar da existência de secretaria única para atender as três empresas, a falta de identificação visual individualizada das empresas no local, ainda, que a sede de uma das empresas era utilizada para treinamento dos empregados das três empresas.

Diante destas evidências é possível afirmar que de fato as empresas não possuíam espaços físicos distintos para realizarem suas atividades, mas o utilizavam de forma compartilhada.

Outros evidências da fraude realizada pelas empresas que pode ser identificada é que as empresas do grupo foram constituídas por meio de interpostas pessoas, conforme descrito pela Fiscalização na Representação Fiscal abaixo:

B.3. PESSOAS INTERPOSTAS

16. No que tange às empresas DUBHAY - SERVIÇOS E REFORMAS EM INSTALAÇÕES LTDA e DUBHAY - SERVIÇOS GERAIS LTDA, tem-se que em ambas, há a interposição de pessoas no quadro societário.

17. Embora o Sr. THIAGO LOPES FAZZI, conste do quadro societário da empresa DUBHAY -SERVIÇOS E REFORMAS EM INSTALAÇÕES LTDA, verificou-se tratar-se do filho do Sr. HUMBERTO CAETANO FAZZI, interposto no quadro societário, na tentativa da manutenção da empresa no regime privilegiado do Simples Nacional. Formalmente sócio da empresa, constando inclusive como sócio administrador da sociedade, o Sr. THIAGO LOPES FAZZI reside fora do país, tendo se ausentado 23/01/2017, sem registro de retorno. E ainda que, na tentativa de dar aparência de legalidade aos registros contábeis da empresa, tendo sido atribuído ao mesmo o pagamento de "pro-labore" em todo o ano-calendário de 2017, quando intimada a comprovar a prestação de serviços pelo referido sócio, que justificasse o pagamento de valores de pró-labore, com a respectiva documentação comprobatória (atas de reunião de diretoria / reunião junto a clientes / e-mails / etc), a empresa não apresentou qualquer documentação, tendo alegado que "trata-se de pagamento de PRÓ LABORE, previsto no contrato social. Mesmo fora do país o referido sócio continuou prestando serviços, posto que é sabido que se trabalha também

remotamente, fora do local de trabalho, posto que o retendo sócio tinha acesso a todo o sistema da empresa demonstrado que o sr. THIAGO não é, e nunca foi sócio da empresa DUBHAY - SERVIÇOS E REFORMAS EM INSTALAÇÕES LTDA, sendo interposto no quadro societário da empresa meramente para representar o capital detido pelo seu pai, Sr. HUMBERTO CAETANO FAZZI, tendo ainda a empresa simulado o pagamento de pró-labore na tentativa de dar aparência de legalidade aos fatos aqui narrados. Em época coincidente com a constituição da empresa, 02/2009, o Sr. THIAGO possuía vínculo empregatício com a empresa BATTUTO COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA - 04.832.188/0001-95, entre 05/2007 e 01/2008, na função de COZINHEIRO GERAL, com remuneração entre R\$816,39 (06/2007) e R\$837,85 (12/2007), não tendo entregue DIRPF (Declaração Anual de Ajuste - Imposto de Renda da Pessoa Física) até o ano-calendário 2009, na qual informa receita tributável de R\$3.720,00, juntamente de suposto recebimento de dividendos no valor de R\$10.000,00, referente a empresa recém criada, a partir de suposto capital social integralizado de R\$3.000,00, a partir do qual a empresa teria se estabelecido.

18. Embora as Sras. CAROLINE FAZZI e HELLEN JENIFER PRESTES constem do quadro societário da empresa DUBHAY - SERVIÇOS GERAIS LTDA, verificou tratar-se de filhas, respectivamente, do Sr. HUMBERTO CAETANO FAZZI e do Sr. ADEMIR DONIZETE PRESTES, interpostas no quadro societário, na tentativa da manutenção da empresa no regime privilegiado do Simples Nacional. Formalmente sócia da empresa, constando inclusive como SÓCIA ADMINISTRADORA da sociedade, a Sra. CAROLINE FAZZI consta como empregada da empresa AZZI - GESTÃO CONDOMINIAL, SERVIÇOS E DESIGN LTDA - CNPJ 65.691.354/0001-75, desde 01/04/2009, recebendo remuneração entre R\$1.200,00 (04/2009), e R\$6.675,00 (12/2017), na função de Administrador. A empresa AZZI - GESTÃO CONDOMINIAL, SERVIÇOS E DESIGN LTDA tem como sócios formais o Sr. CARLOS ALBERTO ROMERO - CPF 525.752.848-72, e a Sra. CONCEIÇÃO APARECIDA ROMERO FAZZI, CPF 032.688.568-45, esposa do Sr. HUMBERTO CAETANO FAZZI. Na tentativa de dar aparência de legalidade aos registros contábeis da empresa, tendo sido atribuído à mesma o pagamento de "pro-labore" em todo o ano-calendário de 2016 e 2017, quando intimada a comprovar a prestação de serviços pela referida sócia, que justifique o pagamento de valores de pró-labore, com a respectiva documentação comprobatória (atas de reunião de diretoria / reunião junto a clientes / e-mails / etc), a empresa não apresentou qualquer documentação, tendo alegado que "trata-se de pagamento de PRÓ LABORE, previsto no contrato social. Mesmo tendo vínculo com outra empresa, os segurados prestaram serviços ao contribuinte ora sob ação fiscal, em horário diverso àquele com outro vínculo, certo que os referidos sócios tinham acesso a todo o sistema da empresa, demonstrando tratar-se os pagamentos de conduta simulada com vistas a dar aparência de legalidade aos registros contábeis.

19. Em relação a Sra. HELLEN JENIFER PRESTES, formalmente sócia da empresa, constando inclusive como sócia administradora da sociedade, a mesma consta como empregada das empresas PEOPLE SOLUTIONS TECNOLOGIA EM INFORMÁTICA LTDA - CNPJ 02.442.156/0001-58, entre 08/2011 e 09/2012, com remuneração entre R\$992,00 (09/2011) e R\$1.082,00 (08/2012), na função de ANALISTA DE SUPORTE COMPUTACIONAL, LINX SISTEMAS E CONSULTORIA LTDA - CNPJ 54.517.628/0001-98, entre 01/2013 e 12/2017, com remuneração entre R\$1.761,31 (02/2013) e R\$3.757,51 (11/2017), na função de ANALISTA DE SUPORTE COMPUTACIONAL. Na tentativa de dar aparência de legalidade aos registros contábeis da empresa, tendo sido atribuído à mesma o pagamento de "pro-labore" em todo o ano-calendário de 2016 e 2017, quando intimada a comprovar a prestação de serviços pela referida sócia, que justificasse o pagamento de valores de pró-labore, com a respectiva documentação comprobatória (atas de reunião de diretoria / reunião

junto a clientes / e-mails / etc), a empresa não apresentou qualquer documentação, tendo alegado que "rata-se de pagamento de PRÓ LABORE, previsto no contrato social. Mesmo tendo vínculo com outra empresa, os segurados prestaram serviços ao contribuinte ora sob ação fiscal, em horário diverso àquele com outro vínculo, certo que os referidos sócios tinham acesso a todo o sistema da empresa".

Ressalta-se que a explicação da Manifestante de que tais sócios trabalhavam de forma remota por teletrabalho, não convence, pois a empresa não comprovou que de fato estes sócios realizavam efetivamente tal função. Salienta-se que apesar de intimadas para fazer tal prova por meio documentos tais como: atas de reuniões de diretoria, reunião junto a clientes, e-mails trocados por estes, etc, nada foi apresentado. É certo que se estes sócios efetivamente participassem do dia a dia da empresa com certeza, mesmo na modalidade de teletrabalho, dariam ordens, fariam comunicados, enfim facilmente demonstrariam a participação destes no desenvolvimento das atividades das empresas. Vale lembrar que o simples pagamento de um pró-labore não permite demonstrar que efetivamente os sócios participavam das atividades da empresa, ainda mais que distante do domicílio desta.

No mesmo sentido, merece destaque o fato dos sócios Thiago, Helen e Caroline não possuírem condições materiais (financeiras) para serem sócios das referidas empresas, como pode-se se observar nos itens 10 e 11 da Representação Fiscal:

10. Vários elementos demonstram terem as empresas DUBHAY - SERVIÇOS GERAIS LTDA e DUBHAY - SERVIÇOS E REFORMAS EM INSTALAÇÕES LTDA sido constituídas a partir de interpostas pessoas. Além de se verificar que todas as empresas do grupo possuem um comando único, Srs. ADEMIR e HUMBERTO, conforme confirmado em sede de diligência física na sede das empresas, verificou-se que os sócios interpostos THIAGO, HELEN e CAROLINE não detinham condições materiais da condição de sócio, assim entendida a capacidade financeira de assumirem os encargos, riscos e benefícios decorrentes da atividade comercial. No que tange à empresa DUBHAY - SERVIÇOS E REFORMAS EM INSTALAÇÕES LTDA, constituída em 02/2009, a partir de capital social de R\$6.000,00, certo que o emprego anterior do Sr. THIAGO lhe conferia o rendimento de R\$837,35, na função de cozinheiro, o referido sócio constante do quadro societário e filho do verdadeiro sócio da empresa, declarou R\$0,00 de bens em sua DIRPF no ano anterior (31/12/2008). A empresa teve faturamento de R\$ 71.424,97 em 05/2009, primeiro mês em que declarou receita, totalizando R\$720.294,47 no referido ano-calendário, correspondente a oito meses.

11. Mesmo cenário se verifica para a empresa DUBHAY - SERVIÇOS GERAIS LTDA, formalmente em nome HELEN e CAROLINE, filhas de ADEMIR e HUMBERTO, respectivamente. Criada a partir de capital social de R\$10.000,00 em 07/2011, por supostas sócias que na época dos fatos (antes, durante e após a constituição da empresa) possuíam vínculo empregatício com empresas diversas, teve faturamento de R\$144.064,45 em 09/2011, primeiro mês em que declara receita, e R\$324.621,71 no mês seguinte, totalizando R\$602.723,48 nos últimos quatro meses do referido ano. Tal cenário não se verifica plausível com o quadro proposto pelos diligenciados, referentes a empresa ou seus sócios sem qualquer capital compatível com referidos valores.

Insta ressaltar que em relação a falta de condições financeiras para os sócios constituírem as empresas feitas pela Fiscalização o Manifestante nada justifica para esclarecer tais situações, o que permite concluir, sem sombra de dúvidas, que tais pessoas compunham o quadro societário nas empresas como interpostas pessoas.

Tal situação fica mais patente ao se constatar que os Srs. Humberto e Ademir, por meio de procurações com amplos e irrestritos poderes, é quem de fato gerenciavam as empresas, conforme pode-se observar do contido no item 14 e 15 da Representação Fiscal:

B.2. PROCURAÇÕES

14. Dentre os poderes outorgados aos senhores Srs. HUMBERTO e ADEMIR, constam "assinar todo e qualquer documento de natureza fiscal e trabalhista, admitir e demitir empregados, combinar salários, vencimentos, abonos, férias e outras vantagens, assinar carteiras de trabalho, movimentar constas vinculadas ao FGTS - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (...) representar perante Bancos e instituições Financeiras em geral, podendo abrir, movimentar e encerrar contas correntes, depositando, retirando e transferindo quantias, inclusive juros e correção monetária, retirar cartões magnéticos, cadastrar senhas depositar valores e outros objetos em cofres e depósitos, emitir, assinar e sacar cheques, endossar cheques (...) fazer remessa de dinheiro e autorizar pagamentos para qualquer parte do território nacional e para o exterior, (...) emitir, sacar, aceitar, endossar, caucionar, descontar, avaliar, reformar, protestar cheques, duplicatas, letras de câmbio, notas promissórias e quaisquer títulos de crédito (...) assinar contratos bancários e quaisquer papéis necessários, (...) declarar bens, dívidas e créditos (...) vender, prometer vender, comprar, prometer comprar, ceder, prometer ceder, hipotecar, permutar, transferir, dar em pagamento ou por qualquer outra forma, alienar ou onerar bens móveis, direitos, veículos (...) dar ou contrair empréstimos e financiamentos, confessar dívidas, apresentar ou recusar fiadores, pedir, comprar, pagar, devolver e estocar mercadorias de toda natureza, constituir advogados com os poderes da clausula "ad judicium" (...)" . Não se trata de mera procuração de representação. Trata-se da outorga, em plena essência, das gestões administrativa, financeira e operacional, plena administração da sociedade empresária.

15. Verificou-se a existência das seguintes procurações, todas referentes a outorga de amplos e irrestritos poderes de gestão da sociedade, outorgadas ao Sr. HUMBERTO CAETANO FAZZI (e também ao Sr. ADEMIR DONIZETE PRESTES, no caso da DUBHAY SERVIÇOS GERAIS LTDA):”

O que se constata é que o Srs. Humberto e Ademir não poderiam participar como sócios concomitantemente nas empresas arroladas, pois tal fato os impediria de permanecerem no Simples Nacional, por outro lado, era necessário ter o controle e o gerenciamento destas empresas, inserindo nos seus contratos sócios que detivessem vínculo de parentesco com as empresas.

Cumprir registrar que a legislação não impede que parentes sejam sócios de uma empresa ou componham sociedades separadamente, todavia cabe assinalar que não há nos documentos lavrados pelo fiscal nenhuma afirmação nesse sentido. Este fato foi mencionado pelo auditor no sentido de se constituir em mais um indício, dentre outros, de que os sócios da autuada somente constavam de seus quadros societários, visto que não ficou comprovado qualquer participação destes nas atividades das empresas. Tal fato visou criar uma estrutura formalmente separada, mas sempre no controle dos referidos administradores, para fins de obter benefícios de um regime tributário mais favorecido a todas as empresas, uma vez que todas eram optantes pelo Simples Nacional.

Outro ponto trazido pela Manifestante e que não encontra amparo no presente procedimento administrativo é em relação aos limites impostos ao Poder Público trazidos pela Lei nº 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica, visto que na presença de simulação e/ou fraude com vista a sonegação fiscal a referida lei não o socorre.

Do Grupo Econômico de Fato

O Manifestante afirma que as três empresas são distintas, possuem objetivo social, contabilidade e patrimônio próprio, sendo assim, não poderiam ser consideradas com um grupo econômico de fato. Tal argumento não merece amparo.

A Fiscalização, como já vimos ao longo deste voto, demonstrou a interdependência das empresas entre si e a forma como eram administradas pelos Srs. Humberto e Ademir formando um grupo econômico de fato, reitera tal fato o item 12 da Representação Fiscal, conforme abaixo:

12. Constatou-se, no decorrer do procedimento fiscal, que as três empresas integravam um mesmo grupo, "DUBHAY Terceirização Especializada", o que, frisa-se, não representaria a princípio, qualquer óbice ou infração à legislação aplicável, sendo verificado, no entanto, que os Srs. HUMBERTO CAETANO FAZZI e ADEMIR DONIZETE PRESTES e respectivos cônjuges são os reais sócios das três empresas, tendo os mesmos interpostos seus filhos nos quadros societários das empresas DUBHAY - SERVIÇOS E REFORMAS EM INSTALAÇÕES LTDA e DUBHAY - SERVIÇOS GERAIS LTDA, ficando claro tratem-se estarem todas as empresas sob a propriedade e controle dos sócios originalmente constituídos sob a denominação da empresa DUBHAY SERVIÇOS CADASTRAIS LTDA. Adicionalmente, os Srs. HUMBERTO e ADEMIR são os administradores de fato das três empresas, diretamente, quando formalmente constante do quadro societário, e através de procurações de amplos e irrestritos poderes a eles outorgados, nas hipóteses em que o quadro societário é constituído das interpostas pessoas.

Depreende-se que o comando e a direção das empresas eram realizadas por administradores em comum, o que aponta para a formação de um grupo econômico de fato.

Este entendimento também é compactuado pelo professor e magistrado Sérgio Pinto Martins:

Não é necessário que entre empresas haja controle acionário, nem que exista a empresa-mãe, a holding. O importante é que existam obrigações entre as empresas, determinadas por lei. É possível, também, a configuração do grupo de empresas quando o citado grupo seja dirigido por pessoas físicas com controle acionário majoritário de diversas empresas, **havendo um controle comum, pois há unidade de comando, unidade de controle.** A Lei nº 6.404/76 estabelece que o grupo deve ser necessariamente de sociedades, mas no Direito do Trabalho o grupo é mais amplo, pois é o grupo de empresas, dando margem à existência do grupo de fato ou do grupo formado por pessoas físicas. **Assim, as pessoas físicas de uma mesma família que controlam e administram várias empresas formarão o grupo econômico, pois comandam e dirigem o empreendimento, não importando que tipo de pessoa detenha a titularidade do controle, se pessoa física ou jurídica. (destacou-se) (MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 126)**

Extrai-se da doutrina supracitada que a caracterização de um grupo econômico de fato passa essencialmente pela unidade de gestão sobre uma pluralidade de sociedades formalmente independentes que atuam de forma integrada e coordenada.

Portanto, sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a mesma direção, controle ou administração de outra ou de uma pessoa física ou um grupo de pessoas, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão consideradas como um grupo econômico.

Assim, não resta dúvida de que as empresas arroladas integravam um mesmo grupo econômico de fato.

Da Apuração da Receita Global para Fins de Exclusão do Simples Nacional

O Manifestante entende que somente seria possível considerar a solidariedade entre as empresas nos termos do art. 50 CC e/ou nos termos do § 4º do art. 56 da LC nº 123/06 e/ou em casos de encerramento irregular da sociedade. Ressalta, ainda, que mesmo que se considere a solidariedade entre as empresas esta não permite o cômputo global do faturamento das empresas para o efeito de excluí-las do Simples Nacional. Tais argumentos não procedem.

É de se esclarecer que as três empresas formavam um grupo econômico de fato e eram administradas de fato pelos Srs. Humberto e Ademir, nesta situação, não há necessidade de aplicar o art. 50 CC, bem como desconsiderar-se as pessoas jurídicas para fins de excluí-las do Simples Nacional, visto que a exclusão das empresas deu-se com base em fundamento legal diverso, conforme contido no Termo de Exclusão.

Também não é necessário comprovar que uma das empresas esteja registrada em outra SPE para fins de se excluir as empresas do Simples Nacional, nos termos do § 4º da art. 56 da LC nº 123/06, pois como já vimos tal dispositivo legal sequer se aplica aos presentes autos.

Assim, diversamente do que entende o Manifestante, para se excluir as empresas do Simples Nacional não é condição única e necessária a demonstração da infringência dos dispositivos elencados pelos Manifestantes, visto que outros dispositivos legais também têm esta função.

É de se esclarecer que não existe previsão legal de exclusão do Simples em decorrência da caracterização de formação de grupo econômico entre as empresas, todavia, essa situação jurídica está interrelacionada com a infração ensejadora da exclusão da manifestante do Simples, devido à extrapolação do limite da receita bruta anual do grupo econômico, ocasionado pela participação de sócios e administradores comuns ao grupo, conforme dispõe o art. 3º, §4º, incisos III e V da LC nº 123/06.

Assim, o fundamento para a exclusão não é a caracterização do grupo econômico de fato ou a solidariedade passiva que responsabiliza às empresas do grupo por débitos constituídos, mas sim a realidade subjacente que advém dessa caracterização, qual seja, a dependência entre as empresas, que atuam com sócios e administradores em comum. Nessa hipótese, o faturamento para fins de apuração do limite legal não pode ser considerado individualmente (por empresa integrante do grupo), mas na sua totalidade.

Da Prova obtida em Ação Judicial

Questiona o Manifestante sobre o uso pela Fiscalização de dados e documentos extraídos de um processo judicial ao qual estaria em curso no TJSP, com decretação de sigredo de justiça, a respeito de um pedido de reconhecimento empresarial e dissolução parcial, motivado pela saída da sócia Sra. Fabiana Calfat Nami Haddad em 2012. Salienta que o compartilhamento de provas sigilosas, em processo que tramita em sigredo de justiça, não poderia ter sido utilizado pela Fiscalização, pois tornaria público tais documentos, além de tornar nulo o procedimento fiscal.

Em relação aos documentos utilizados pela Fiscalização referente a ação judicial que tramita em face das empresas, consta do item 21 da Representação Fiscal o seguinte:
(...)

O Auditor-Fiscal informa que recebeu tais documentos da Autoridade Judiciária para fins de realizar a ação fiscal; contudo, nada relata a respeito da impossibilidade de usá-los por estarem sob sigilo de justiça. Relata, ainda, que, em virtude do processo ainda não ter sido julgado, não considerou as argumentações da Sra. Fabiana como verdadeiras ou falsas. Informa que utilizou-se unicamente das informações contidas em um Laudo de Avaliação solicitado pelas empresas, no qual é possível concluir que haveria simulação e interposição de pessoas na constituição das empresas envolvidas.

No tocante a utilização de provas, deve-se observar que a legislação processual tributária não faz qualquer restrição aos meios de provas a serem utilizados em processos fiscais, desde que lícitos. Prevalece, pois, no campo tributário a mesma regra geral do Direito Privado, consagrada no art. 369 do Código de Processo Civil, segundo o qual:

Art. 369 - As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Trata-se de determinação da própria justiça para apuração das infrações tributárias, razão pela qual, frise-se, o próprio poder judiciário forneceu tais documentos, sendo portanto lícitas as provas carreadas aos autos. A propósito cabe transcrever o trecho da decisão judicial que requisita a instauração do procedimento administrativo para averiguação de ilícitos administrativos, conforme Decisão proferida pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Cotia do TJSP, abaixo trecho reproduzido, fls. 1.439 a 1.441 do procedimento administrativo fiscal n.º 10882.723725/2019-63:

Ante o exposto, com fulcro no artigo 129, do Código de Processo Civil, de modo a reunir melhores elementos à solução da lide, requisito a instauração de inquérito policial (junto à Polícia Civil e à Polícia Federal) para apuração de suposta prática de sonegação fiscal, bem como requisito à Fazenda Nacional e à Fazenda Estadual a instauração de procedimento administrativo fiscalizatório junto às empresas e pessoas físicas partes nestes autos, de modo a verificar a ocorrência de sonegação fiscal ou outro ilícito administrativo. Com base no mesmo dispositivo legal, suspendo o curso da ação até resposta às requisições e fiscalizações ora determinadas, voltando-me, então, para novas deliberações.

De todo modo, os documentos compartilhados pelo Juiz não possuem informações protegidas pelo sigilo fiscal, bem como não são as únicas provas reunidas pela Fiscalização; ao contrário, há elementos suficientes nos autos que demonstram a fraude que envolvem as empresas do grupo.

Assim, o fato de se extrair evidências a partir do Laudo de Avaliação não torna nulo o procedimento administrativo fiscal. (...)

Conclusão

Diante de todo exposto, voto no sentido de julgar improcedente a manifestação de inconformidade, devendo-se manter o Termo de Exclusão da empresa do Simples Nacional”.

Deste modo, a decisão de primeira instância está perfeitamente motivada de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária, razão pela qual está correta.

Ressalte-se que todos os documentos constantes nos autos foram regularmente examinados com minudência, conforme a legislação de regência da matéria. Diferente do entendimento da Recorrente, os supostos fatos indicados na peça recursal não podem ser corroborados, nos termos do art. 145 e art. 147 do Código Tributário Nacional, bem como art. 15, art. 16 e art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, que estabelecem critérios de adoção do princípio da verdade material. O procedimento fiscal decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade tributária, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional).

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional).

Ante o exposto, oriento meu voto no sentido do negar provimento ao recurso voluntário sob exame.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça