



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10935.724153/2013-81
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1401-004.803 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 13 de outubro de 2020
Recorrente PALMA DA MÃO CRIAÇÕES PEDAGÓGICAS LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

PARTICIPAÇÃO DO SÓCIO EM OUTRA EMPRESA.

Sociedades cujo sócio ou titular participe com mais de 10% do capital de outra pessoa jurídica não pode optar pelo regime tributário do Simples se a receita bruta global ultrapassar o limite legal.

ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL. IDENTIFICAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA.

Consoante o que dispõe a legislação tributária é cabível a exclusão de ofício da pessoa jurídica do Simples Nacional uma vez constatado que a escrituração contábil apresentada pela contribuinte não permite identificar a sua movimentação financeira e bancária do período.

EMPRESA RESULTANTE DE DESMEMBRAMENTO.

A legislação do Simples Nacional veda expressamente a opção ao regime simplificado feita por pessoa jurídica que seja resultante de qualquer forma de desmembramento da pessoa jurídica.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos André Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin, Nelso Kichel, Letícia Domingues Costa Braga, Marcelo José Luz de Macedo (suplente convocado) e Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente).

Relatório

Por bem refletir os fatos de que trata o presente processo, reproduzo o Relatório da decisão recorrida, constante do Acórdão n.º 04-40.388 – 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Campo Grande – DRJ/CGE:

A contribuinte acima qualificada foi excluída do Simples Nacional, com efeitos retroativos a 01/11/2008, conforme Termo de Exclusão do Simples Nacional n.º 002/2014, de 17/01/2014 da DRF/CVL/PR (fls. 02), tendo em vista o Termo de Representação Administrativa - Exclusão do Simples Nacional de fls. 03-22, por ter incidido nas situações excludentes previstas no artigo 3º, § 4, incisos III e IX, artigo 28, artigo 29, incisos I e VIII da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, a saber: a) participar de seu capital pessoa física que é sócia de outra empresa que recebe tratamento jurídico diferenciado; b) a empresa é resultante de uma forma de desmembramento; c) seus livros contábeis não permitem identificar a movimentação financeira.

Os fatos que motivam a exclusão foram assim descritos no Termo de Representação (excertos: fls. 03 e seguintes):

3.1 Relativamente ao período de 01/07/2007 em diante a empresa Recortes Indústria de Artigos Pedagógicos e Educativos Ltda., e desde sua constituição a partir de 24/06/2008 a empresa Palma da Mão Criações Pedagógicas Ltda optaram pelo regime do SIMPLES NACIONAL instituído pela Lei Complementar n.º 123, de 14/12/2006 e alterações posteriores, na condição de Empresas de Pequeno Porte.

3.2 Durante os trabalhos de auditoria fiscal, verificou-se a ocorrência de situações que impedem os seus enquadramentos no regime tributário simplificado, conforme restará demonstrado no decorrer do presente relatório.

3.3 A auditoria-fiscal da Receita Federal do Brasil tem se deparado com diversas situações de constituição de empresas com objetivo de evasão tributária, que se concretiza, dentre outros, por meio do fracionamento das atividades empresariais. Neste planejamento tributário evasivo, em determinadas situações, um mesmo grupo ao se deparar com o crescimento de suas atividades e consequentemente de seu faturamento, atingindo ou se aproximando do limite de receita bruta imposto pela legislação aplicável ao SIMPLES, cria outra(s) empresa(s), por meio da(s) qual(is) divide a receita bruta de maneira que, analisando isoladamente cada empresa, sua receita fica dentro dos limites do referido sistema.

3.4 O princípio do SIMPLES, consagrado na legislação correspondente, prima por tratamento tributário diferenciado que visa o favorecimento das microempresas e empresas de pequeno porte, cujo enquadramento obedece a limites de receita bruta previstos no art. 3º da Lei Complementar 123/2006. O objetivo da referida Lei, não é favorecer empresas que cresçam a ponto de ter faturamento acima deste valor, nem tampouco grupos empresariais com receitas superiores a estes limites, mas sim favorecer os

pequenos empresários ou grupos, sempre tendo como fator preponderante para análise a receita bruta.

3.5 Consoante estes princípios, além dos limites dispostos no citado art. 3º, outras situações foram previstas, com o objetivo de impedir a opção pelo sistema, no caso de fracionamento de atividades de empresas maiores, ou mesmo a criação de grupos de empresas cuja soma das receitas fique acima dos limites. Essas situações estão previstas no parágrafo 4º do mesmo artigo acima citado, e vedam a opção ao SIMPLES nos casos de existência de empresas com sócios em comum, desde que a soma da receita bruta ultrapasse os limites previstos, e de fracionamento ou desmembramento de empresas.

3.6 No planejamento tributário abusivo, as empresas e grupos empresariais buscam mecanismos aparentemente legais para tentar maquiar a realidade e burlar esses limites impostos pela Lei, tais como a criação de empresas com "sócios diferentes" e o desmembramento das atividades.

3.7 No presente caso verificou-se que com o crescimento da empresa Recortes Ind. de Art. Pedag. e Educ. Ltda, e o consequente aumento de sua receita bruta, o grupo familiar proprietário da empresa criou uma nova empresa, com o objetivo de dividir a atividade e a receita bruta, na tentativa de manter o tratamento diferenciado para empresas de pequeno porte. Na sequência analisaremos o modo e as condições como essa empresa foi criada e algumas características de seu funcionamento.

(...)

3.13 De imediato, observa-se que a atividade desenvolvida pelas duas empresas é a mesma, relacionadas a fabricação e comércio de brinquedos e artigos pedagógicos e educativos. Além disso, destaca-se uma estreita relação existente entre os sócios das duas empresas. As duas empresas tiveram como sócio fundador Charles F. Ost, que é filho de Carmen e Leopoldo, que são os atuais sócios gerentes das duas empresas, e possuem 98% do capital de cada uma delas, desde 2007 no caso da empresa Recortes e desde a constituição da empresa Palma da Mão em 2008. Tatiane Busatta Ost é casada com Charles Fabiano Ost.

3.14 Verificamos que a marca "CARLU" é usada pelas duas empresas para todos os seus produtos. Além disso, em visita ao endereço eletrônico (site) na internet da empresa, identificado como www.carlu.com.br, é possível verificar ainda mais a ligação entre as empresas. No link, "quem é a Carlu" (www.carlu.com.br/empresa/carlu) é possível ver que, ao detalhar sua história, destaca-se a participação da Sra. Carmen Ost, identificada como diretora da empresa. Além disso, observa-se a citação do crescimento e ampliação da empresa, citando a unidade fabril 2, que documentalmente seria a empresa Palma da Mão. Também é possível identificar o número de colaboradores, citado no site como sendo 300, número este que aproximadamente se alcança apenas pela somatória do número de empregados das duas empresas. Segue em anexo impressão em PDF (programa "adobe reader") da página citada, que embora desconfigurado pelo programa, não teve alteração de conteúdo, onde é possível ler as informações citadas, tal impressão foi feita dia 21/06/2013 diretamente do site da Carlu.

3.15 Outro fator importante a se destacar é que os atuais gerentes da empresa, e principais acionistas, detendo 98% do capital de cada empresa, já citados anteriormente, Sr. Leopoldo Ost e Sra. Carmen Ost, são casados no Regime de Comunhão Universal de Bens, previsto no Código Civil, Lei 10.406 de 10/01/2002. Observou-se ainda que o Sr. Leopoldo foi constituído como procurador da empresa Recortes no ano de 2008. (cópia da procuração em anexo). Os demais sócios minoritários, Charles Ost e Tatiane Ost também são casados em comunhão Universal de bens.

(...)

Cientificada do Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 002/2014, exarado pela Delegacia da Receita Federal de Cascavel/PR, a Contribuinte apresentou a manifestação de inconformidade de e-fls. 169/175 através do qual arguiu o seguinte (extraído do Relatório da decisão recorrida):

- a) quanto ao primeiro enquadramento legal apontado, afirmou que nenhuma pessoa física, que seja sócia de outra empresa, participa do seu capital social, estando o fisco equivocado com relação ao motivo apontado, pois conforme o quadro societário demonstrado percebe-se claramente que não são as mesmas pessoas que fazem parte na sociedade;
- b) com referência ao segundo enquadramento legal, asseverou que a empresa não é remanescente de nenhuma forma de desmembramento, vez que a empresa Recortes foi constituída em 1996 pelo Sr. Charles Fabiano Ost, mas no ano de 2002 saiu da sociedade, de fato e de direito, e somente em 2008 resolveu constituir uma nova empresa em sociedade com seu pai, o Sr. Romeu Leopoldo Ost, a Palma da Mão Criações Pedagógicas Ltda.;
- c) quanto às atividades similares, contestou o fisco pois, considerou que se a pessoa já trabalhava no segmento e resolve retornar a atividade, é óbvio que será similar à antiga empresa. Alegou que as contratações foram para auxiliares de serviços gerais e que cada empresa tem uma realidade;
- d) assim, as argumentações do fisco sobre produção, compras e máquinas, não podem servir de suposições fáticas para desenquadramento da empresa, não havendo motivos para se afirmar que a empresa é remanescente de outra. Sustentou que a empresa Palma da Mão Criações Pedagógicas Ltda., não é divisão da empresa Recortes;
- e) arguiu que nos tempos atuais é extremamente fundamental otimizar recursos, marcas, sites e informações, e a alegação que a marca CARLU, bem como o sítio eletrônico seria usado para dar informações das duas empresas, não podem ser motivos para embasar o seu desenquadramento, sendo que esse fato não é tratado em parte alguma da LC nº 123/2006 como impedimento à opção;
- f) a lei tributária exige regras objetivas, não dando margem a entendimentos subjetivos. Ressaltou que a lei também não prevê que sócios de empresas distintas, por serem casados, devem ser considerados uma sociedade. Seria intolerável que no Brasil não fosse permitido que a esposa de sócio de empresa abarcada pelo Simples Nacional fosse impedida de optar pela sua sistemática. Tratando-se de empresa, cada personalidade jurídica é distinta e cada um responde por seus bens, ou seja, o cônjuge não pode interferir nos bens nem na sociedade do outro. A própria Receita Federal permite a declaração de Imposto de Renda em separado, considerando cada um a sua renda independente, e ainda em caso de compra e venda de quotas sociais, as

alterações contratuais não precisam ser assinadas por cônjuges, mas sim somente pelo sócio da empresa. Por isto o faturamento de empresas distintas não pode ser considerado único somente pelo fato de que um dos sócios de uma empresa seja casado com uma sócia de outra empresa;

g) no tocante ao terceiro enquadramento legal, argumentou que apresentou os livros contábeis devidamente lançados, os quais refletem qualquer movimentação patrimonial dentro das normas da contabilidade. Os livros podem ser submetidos a qualquer perito contábil ou órgão fiscalizador do CRC, sendo que o fisco distorceu a interpretação de lançamentos a seu gosto, dando entonação de que estão incorretos ou retratam fatos inexistentes. Argumentou que os livros estão corretamente lançados na contabilidade e demonstram o controle patrimonial da empresa, tanto é que o fisco conseguiu identificar e relacionar todos os lançamentos que precisou e deveria ter questionado a veracidade dos mesmos e não simplesmente dizer que a contabilidade está incorreta a fim de desenquadrar a empresa;

h) aduziu que as demonstrações financeiras em 31 de dezembro de 2011 sofreram ajustes em saldos de contas aos quais o Auditor-Fiscal deu a entender que a empresa usou de manobra contábil para disfarçar as operações de empréstimos entre elas. Assegurou que os ajustes efetuados nas contas de forma alguma prejudicam as análises contidas nos livros apresentados ao Auditor, pois refletem o que aconteceu durante o exercício. Esclareceu que o ajuste nas contas foi feito com observâncias do que é permitido fazer, conforme a legislação contábil permite. Dessa forma, concluiu, apresentou todos os documentos solicitados para comprovar sua regularidade e tais fatos, por si sós, invalidam todo o procedimento da exclusão do Simples Nacional. Por fim, requereu a revisão da exclusão, e, caso seja mantida, que produza seus efeitos a partir da comunicação das alegadas irregularidades e não retroativamente.

Juntou os documentos de fls. 176 e seguintes.

A Manifestação de Inconformidade ao ADE foi julgada pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Campo Grande – DRJ/CGE, que editou o Acórdão nº 04-40.388 – 2ª Turma, de 23 de março de 2016 (v. e-fls. 251/269). A referida decisão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

PARTICIPAÇÃO DO SÓCIO EM OUTRA EMPRESA. EMPRESA RESULTANTE DE UMA FORMA DE DESMEMBRAMENTO.

Não pode continuar no Simples Nacional empresa cujo sócio participa do capital social de outra pessoa jurídica que recebe tratamento jurídico diferenciado, ainda que por meio de interposta pessoa, quando o montante da receita bruta global excede o limite legal.

ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL. IDENTIFICAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA.

Deve ser excluída do Simples Nacional a empresa que escriturar o livro caixa de forma a não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive a bancária, nos termos do inciso VIII do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006.

EMPRESA RESULTANTE DE UMA FORMA DE DESMEMBRAMENTO.

A empresa resultante de uma forma de desmembramento não pode optar pelo Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Não se conformando com a decisão retro, a Recorrente apresentou o recurso de e-fls. 273/284, através do qual repete todos os argumentos já trazidos quando da manifestação de inconformidade, sem nada acrescentar e sem dialogar com a decisão recorrida.

Afinal vieram os autos para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Como vimos no Relatório, a Recorrente não se conformou com sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, motivada pela verificação, por parte da Fiscalização, de que a) participava do seu capital pessoa física que é sócia de outra empresa integrante do SIMPLES; que seria resultante de uma forma de desmembramento e que c) seus livros contábeis não permitiriam identificar a movimentação financeira.

O recurso voluntário não inovou em relação à manifestação de inconformidade, repetindo as mesmas alegações e deixando de dialogar com a decisão recorrida. Assim, uso da prerrogativa oferecida pelo art. 57, § 3º, do Regimento Interno do CARF, para transcrever abaixo os fundamentos de fato e de direito adotados pela decisão primeva, acolhendo-os como minhas razões de decidir por estarem perfeitamente de acordo com o meu entendimento em relação à matéria em discussão.

A contribuinte foi excluída do Simples Nacional com efeitos retroativos a 01/11/2008, em razão de: a) participar de seu capital pessoa física que é sócia de outra empresa que recebe tratamento jurídico diferenciado; b) a empresa é resultante de uma forma de desmembramento; c) seus livros contábeis não permitem identificar a movimentação financeira.

A exclusão tem por fundamento legal a Lei Complementar nº 123, de 2006, a qual dispõe:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I – (...)

II - no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais). [vigente até 2011]

II - no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais). [vigente a partir de 2012]

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

§ 2º No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, o limite a que se refere o caput deste artigo será proporcional ao número de meses em que a microempresa ou a empresa de pequeno porte houver exercido atividade, inclusive as frações de meses.

(...)

§ 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;

(...)

IX - 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;

§ 6º Na hipótese de a microempresa ou empresa de pequeno porte incorrer em alguma das situações previstas nos incisos do § 4º, será excluída do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, bem como do regime de que trata o art. 12, com efeitos a partir do mês seguinte ao que incorrida a situação impeditiva.

(...)

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

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

§ 10. A empresa de pequeno porte que no decurso do ano-calendário de início de atividade ultrapassar o limite proporcional de receita bruta de que trata o § 2º estará excluída do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, bem como do regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, com efeitos retroativos ao início de suas atividades.

a) Participação de sócio em capital de outra empresa

O primeiro motivo da exclusão é que implica na participação do sócio majoritário Sr. Leopoldo Romeu Ost, que detém 98% do capital social da empresa Palma da Mão, na empresa Recortes Indústria de Artigos Pedagógicos e Educativos Ltda. – EPP, reside no fato de ser casado em regime de comunhão universal de bens com a Sra. Carmen Teresinha Ost (v. certidão de casamento, fls. 101), que é sócia majoritária, com 98% das cotas, e administradora da empresa Recortes, e sendo o regime de casamento universal, todos os bens se comunicam. Logo, a participação dos cônjuges em empresas diversas implica na propriedade comum de ambas as empresas.

Nesse sentido, a autoridade lançadora bem descreveu e fundamentou a situação:

3.15 Outro fator importante a se destacar é que os atuais gerentes da empresa, e principais acionistas, detendo 98% do capital de cada empresa, já citados anteriormente, Sr. Leopoldo Ost e Sra. Carmen Ost, são casados no Regime de Comunhão Universal de Bens, previsto no Código Civil, Lei 10.406 de 10/01/2002. Observou-se ainda que o Sr. Leopoldo foi constituído como procurador da empresa Recortes no ano de 2008. (cópia da procuração em anexo). Os demais sócios minoritários, Charles Ost e Tatiane Ost também são casados em comunhão Universal de bens.

3.16 O casamento em regime de comunhão universal implica na comunicação de todos os bens, conforme se observa pela leitura do art. 1667 do Código Civil:

"Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte."

3.17 Por este motivo, o art. 977 da mesma Lei, veda aos cônjuges casados neste regime contratar sociedade entre si, pois com o regime de comunhão universal não pode existir sociedade de duas pessoas distintas se os bens de ambos comunicam-se, são de propriedade de ambos, como se fosse apenas um sócio. Para maior clareza, transcrevemos o citado dispositivo:

Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória."

3.18 Dessa forma, voltando ao presente caso, temos que o sócio: majoritário (possui 98% das cotas) e administrador da empresa Palma da Mão, Sr. Leopoldo Ost é casado em regime de comunhão universal com a Sra. Carmen Ost, sócia majoritária (possui 98% das cotas) e administradora da empresa Recortes Ind. e Comércio. Sendo que o regime de comunhão universal implica na comunicação de todos os bens, ou seja, os bens de um são também propriedades do outro, temos que o Sr. Leopoldo também é sócio da empresa Recortes, e que a Sra. Carmen também é sócia da empresa Palma da Mão.

3.19 Observando a receita bruta mensal das empresas verifica-se que a somatória dos valores ultrapassa o limite previsto no inciso II do art. 3º da Lei 123/2006. Importante esclarecer que no caso do início de atividades no próprio

ano-calendário, o limite a ser considerado deve ser proporcional ao número dos meses que a empresa houver exercido atividades, conforme disposto no parágrafo 2º do art. 3º da mesma Lei. Segue abaixo tabelas que identificam a receita bruta mensal de cada empresa, durante o ano-calendário 2008 e o somatório acumulado e proporcional

(...)

Seguem os quadros demonstrando que as receitas das empresas Recortes e Palma da Mão, somadas, ultrapassaram o limite legal de R\$ 2.400.000,00 em 2008, pois a primeira obteve R\$ 2.397.890,62, e a segunda R\$ 1.207.357,58, totalizando R\$ 3.605.248,20 (v. fls. 10).

Comentando as disposições do regime de comunhão universal do antigo Código Civil, cujo artigo 262 é idêntico ao artigo 1.667 do atual Códex, ensina o saudoso professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *in verbis*:

Todos os bens do casal, não importa a natureza, móveis e imóveis, direitos e ações, passam a constituir uma só massa, um só acervo, que permanece indivisível até a dissolução da sociedade conjugal. Cada cônjuge tem direito à metade ideal dessa massa; formam ambos verdadeira sociedade, embora regida por normas especiais. Tudo quanto um deles adquirir transmite imediatamente, por metade, ao outro cônjuge; ainda que nada tenha trazido para a sociedade conjugal, ou nada tenha adquirido durante a sua constância, recebe a metade do que o outro trouxe ou adquiriu na vigência da mesma sociedade. (in Curso de Direito Civil – Direito de Família, Saraiva, 24ª ed., 1986, p.155).

Ora, a contribuinte argumentou que não são os mesmos sócios que compõem os quadros sociais das referidas empresas, que os cônjuges podem fazer declaração de imposto de renda separada, etc.

Como visto nos dispositivos legais supra e diante das normas de Direito Civil, há total comunicação entre os patrimônios dos sócios casados pelo regime de comunhão universal de bens, que é o caso dos sócios das empresas Recortes e Palma da Mão, Srs. Leopoldo Ost e Carmen Ost.

De fato, a Lei Complementar nº 106/2006, art. 3º, § 4º, inciso III, acima reproduzida, é clara em estabelecer que a mesma pessoa não pode participar de duas empresas, no regime beneficiado, cujas receitas ultrapassam o limite legal. Ou seja, a lei diz que a mesma pessoa não pode participar e aqui são duas, marido e mulher. Só por esse argumento, realmente seria de se acolher a impugnação.

Contudo, na hipótese vertente, além de serem casados pelo regime da comunhão universal, cujo patrimônio se comunica integralmente, restou comprovado que o Sr. Leopoldo Romeu Ost possuía uma procuração por instrumento público de 09/07/2008, outorgada pela mulher Carmen Teresinha Ost, para representar, gerenciar e administrar a empresa Recortes, concedida por tempo indeterminado e com poderes totais de administração (v. fls. 99-100).

Desta forma, aqui restou demonstrado que ele de fato era sócio majoritário também desta última empresa, atribuindo à esposa a qualidade de sócia majoritária apenas de fachada, já que ele mesmo é que geria ambas as empresas, uma com 98% de seu capital social (a interessada), e outra (a Recortes) por meio da mulher Sra. Carmen Ost, detentora de 98% do capital social, mas que lhe outorgou procuração com poderes totais de administração.

Vale dizer, usou a chamada interposição de pessoa para atingir seu desiderato.

Nesse sentido, esclarece o tributarista MARCOS VINICIUS NEDER:

A interposição de pessoas pode apresentar-se sob a forma fictícia (por simulação ou fraude), na qual a pessoa jurídica interposta realiza negócios jurídicos em nome próprio, mas os respectivos efeitos econômicos são repassados exclusivamente à esfera do interponente (sócio oculto). Essa pessoa física ou jurídica, titular de capacidade contributiva e que normalmente ocuparia o pólo passivo da obrigação tributária, utiliza-se de um terceiro (“laranja”) com a finalidade de omitir o verdadeiro. Nesse cenário, a pessoa interposta ocupa juridicamente a posição de sócio-gerente da sociedade, mas sua atuação não vai além de mera aparência, sem evidenciar nenhum poder efetivo de decisão e sem compartilhar da vantagem proveniente de renda evadida. Se isto é certo, o interponente (sócio oculto) é o único sujeito passivo do tributo relativo às receitas omitidas pela sociedade, independentemente da forma contratual apresentada. O art. 149 do Código, ao prever o lançamento de ofício diante a comprovação de atos simulados, não está por certo determinando que se constitua o crédito tributário na interposta pessoa, mas certamente prescreve a exigência do tributo no efetivo realizador do fato jurídico tributário (contribuinte), participe autêntico dos atos negociais, que se encontravam ocultos apenas em razão do pacto simulatório. Portanto, tal hipótese de sujeição passiva não configura hipótese de responsabilidade tributária e, muito menos, solidariedade passiva. (Responsabilidade tributária, São Paulo: Dialética, 2007. p. 44-46).

A jurisprudência administrativa da Câmara Superior de Recursos Fiscais tem adotado o mesmo entendimento, como é exemplo o Acórdão CSRF/01-05.543:

Responsabilidade tributária – Interposta Pessoa – Simulação. Comprovada a interposição fictícia da pessoa jurídica, deve o fisco exigir o imposto do beneficiário da renda tributável auferida em nome da empresa individual. O art. 149 do CTN, VII, autoriza realizar o lançamento de ofício diretamente naquele que agiu com dolo, fraude ou simulação, afastando-se o sujeito aparente, cuja constituição formal visava apenas ocultar os reais titulares da renda. Essa, aliás, é a também regra inscrita na Lei nº 9.430/96, art. 42, § 5º, que determina que, no caso de interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito bancário. Sociedade de Fato – evidenciada a existência vários beneficiários da omissão da receita, organizados sobre a gerência do principal interessado, configura-se a sociedade de fato e a imputação de responsabilidade tributária por força do interesse comum (art. 124, inciso I, do CTN). Legitimidade Processual – Admite-se a defesa administrativa dos responsáveis solidários no processo administrativo fiscal, por força do disposto no art. 58 da Lei nº 9.784/99, que atribuiu legitimidade aqueles cujos interesses forem indiretamente afetados pela decisão. Competência – Dada a identificação dos co-responsáveis pelo pagamento da obrigação tributária, é legítima sua inclusão no lançamento de ofício (art. 202 do CTN). Recurso negado.

Daí constar expressamente no Código Tributário Nacional:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.
(Incluído pela LC nº 104/2001). (n/g).

As outras alegações da contribuinte no tocante à declaração de imposto de renda separada dos cônjuges, o exercício e participação societária da mulher, etc., não prosperam, vez que a esposa tão-somente emprestou o nome para dita sociedade, pois seu marido era quem efetivamente administrava a empresa por meio de procuração, sendo certo a ocorrência de fraude à lei para fugir da tributação comum.

Por essas razões não prosperam as alegações da defendente.

b) A empresa é resultante de uma forma de desmembramento

O segundo motivo da exclusão foi o fato de a empresa ser resultante de uma forma de desmembramento.

Segundo a fiscalização, tal conclusão decorre do seguinte (Representação, fls. 03-23 - excertos):

3.7 No presente caso verificou-se que com o crescimento da empresa Recortes Ind. de Art. Pedag. e Educ. Ltda, e o consequente aumento de sua receita bruta, o grupo familiar proprietário da empresa criou uma nova empresa, com o objetivo de dividir a atividade e a receita bruta, na tentativa de manter o tratamento diferenciado para empresas de pequeno porte. Na sequência analisaremos o modo e as condições como essa empresa foi criada e algumas características de seu funcionamento.

Depois de explicitar a composição societária das empresas Recortes e Palma da Mão, disse a autoridade lançadora:

3.13 De imediato, observa-se que a atividade desenvolvida pelas duas empresas é a mesma, relacionadas a fabricação e comércio de brinquedos e artigos pedagógicos e educativos. Além disso, destaca-se uma estreita relação existente entre os sócios das duas empresas. As duas empresas tiveram como sócio fundador Charles F. Ost, que é filho de Carmen e Leopoldo, que são os atuais sócios gerentes das duas empresas, e possuem 98% do capital de cada uma delas, desde 2007 no caso da empresa Recortes e desde a constituição da empresa Palma da Mão em 2008. Tatiane Busatta Ost é casada com Charles Fabiano Ost.

3.14 Verificamos que a marca "CARLU" é usada pelas duas empresas para todos os seus produtos. Além disso, em visita ao endereço eletrônico (site) na internet da empresa, identificado como www.carlu.com.br, é possível verificar ainda mais a ligação entre as empresas. No link, "quem é a Carlu" (www.carlu.com.br/empresa/carlu) é possível ver que, ao detalhar sua história, destaca-se a participação da Sra. Carmen Ost, identificada como diretora da empresa. Além disso, observa-se a citação do crescimento e ampliação da empresa, citando a unidade fabril 2, que documentalmente seria a empresa Palma da Mão. Também é possível identificar o número de colaboradores, citado no site como sendo 300, número este que aproximadamente se alcança apenas pela somatória do número de empregados das duas empresas. Segue em

anexo impressão em PDF (programa “adobe reader”) da página citada, que embora desconfigurado pelo programa, não teve alteração de conteúdo, onde é possível ler as informações citadas, tal impressão foi feita dia 21/06/2013 diretamente do site da Carlu.

3.15 Outro fator importante a se destacar é que os atuais gerentes da empresa, e principais acionistas, detendo 98% do capital de cada empresa, já citados anteriormente, Sr. Leopoldo Ost e Sra. Carmen Ost, são casados no Regime de Comunhão Universal de Bens, previsto no Código Civil, Lei 10.406 de 10/01/2002. Observou-se ainda que o Sr. Leopoldo foi constituído como procurador da empresa Recortes no ano de 2008. (cópia da procuração em anexo). Os demais sócios minoritários, Charles Ost e Tatiane Ost também são casados em comunhão Universal de bens.

3.18 Dessa forma, voltando ao presente caso, temos que o sócio: majoritário (possui 98% das cotas) e administrador da empresa Palma da Mão, Sr. Leopoldo Ost é casado em regime de comunhão universal com a Sra. Carmen Ost, sócia majoritária (possui 98% das cotas) e administradora da empresa Recortes Ind. e Comércio. Sendo que o regime de comunhão universal implica na comunicação de todos os bens, ou seja, os bens de um são também propriedades do outro, temos que o Sr. Leopoldo também é sócio da empresa Recortes, e que a Sra. Carmen também é sócia da empresa Palma da Mão.

3.19 Observando a receita bruta mensal das empresas verifica-se que a somatória dos valores ultrapassa o limite previsto no inciso II do art. 3º da Lei 123/2006. Importante esclarecer que no caso do início de atividades no próprio ano-calendário, o limite a ser considerado deve ser proporcional ao número dos meses que a empresa houver exercido atividades, conforme disposto no parágrafo 2º do art. 3º da mesma Lei. Segue abaixo tabelas que identificam a receita bruta mensal de cada empresa, durante o ano-calendário 2008 e o somatório acumulado e proporcional:

De fato, observa-se que o somatório de ambas as receitas é no total de R\$ 3.605.248,20 (fls. 10). Prossegue a autoridade fiscal:

3.20 Dessa forma, observa-se que a receita bruta somada da empresa Recortes com a Palma da Mão (Tabela 2), ultrapassou o limite anual vigente para o ano de 2008 de R\$ 2.400.00,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), no mês de outubro de 2008, e portanto a empresa fica excluída a partir do mês subsequente, qual seja, novembro de 2008. Destaca-se que a receita bruta anual ultrapassou o limite em mais de 20% no total anual (R\$ 2.400.000,00 mais R\$ 480.000,00 (20%) é igual a R\$ 2.880.00,00 e a receita bruta total anual atingiu o valor de R\$ 3.605.248,20), conforme previsto no inciso II do art. 3º da Lei 123/2006.

3.21 Observa-se que em relação a empresa Palma da Mão, por ter iniciado suas atividades no ano de 2008, o limite é proporcional ao número de meses, inclusive fração do mês. Dessa forma considerando que a empresa entrou em atividade em 24/06/2008, o limite de faturamento da fração mensal é de R\$ 40.000,00. Nos demais 6 meses o limite mensal proporcional é de R\$ 200.000,00, o que atinge um limite proporcional total de R\$ 1.240.000,00. Conforme se observa pela Tabela 3 o somatório da receita das duas empresas ultrapassou esse limite em novembro de 2008, e portanto a empresa fica excluída do SIMPLES por este critério a partir do mês subsequente, qual seja, dezembro de 2008. Destaca-se que a receita bruta anual ultrapassou o limite em mais de 20% no total anual (R\$ 1.240.000,00 mais R\$ 248.000,00 (20%) é igual a R\$ 1.488.000,00 e a receita bruta total proporcional atingiu o valor de R\$ 2.129.242,96), conforme previsto no inciso II do art; 3º da Lei 123/2006.

3.22 Destaca-se o fato da empresa Palma da Mão ter iniciado suas atividades em meados de 2008, e no restante do ano ter alcançado um faturamento maior do que a empresa Recortes, que já estava estabelecida e funcionando há vários anos. Além disso, observou-se que a empresa Palma da Mão teria alcançado essa "façanha" mesmo tendo um número de empregados muito menor do que a empresa Recortes. Segue em anexo planilha que demonstra o número de empregados mensalmente da empresa Palma da Mão, com identificação e remuneração individual de cada trabalhador. Nesta planilha é possível verificar que a empresa registrou 3 (três) empregados em agosto de 2008, atingiu o número de 10 empregados em setembro, 30 em outubro (dos quais 6 saíram no mesmo mês), 46 em novembro (dos quais 8 saíram no mesmo mês) e 40 em dezembro (dos quais 5 saíram no mesmo mês).

3.23 Apenas para comparação, a empresa Recortes teve ao longo de todo o ano de 2008 mais de 100 empregados em todos os meses, atingindo como ápice 128 empregados em junho e julho.

3.24 Além disso, analisando o código CBO - Cadastro Brasileiro de Ocupações informado pela empresa e as respectivas funções, cuja informação também está na tabela acima citada, verificou-se que os trabalhadores contratados pela empresa ocuparam a função de secretário (4 ou 5 trabalhadores), e todos os demais são trabalhadores de limpeza. Ou seja, entre os trabalhadores contratados, nenhum trabalha diretamente na fabricação de produtos. Isso comprova, em conjunto com as informações que serão prestadas na sequência, que a empresa Palma da Mão não produziu nada no ano de 2008, pois não tinha os meios de produção e nem a mão de obra necessária para isso.

3.25 Ora, então como a empresa Palma da Mão logo nos meses seguintes a sua abertura alcançou um faturamento maior do que a Recortes, empresa já funcionando há anos e que possuía muito mais funcionários? Isso só foi possível porque a Palma da Mão na realidade é uma continuidade, uma espécie de desmembramento e funciona em conjunto com a empresa Recortes.

3.26 Desde a sua constituição, a empresa Palma da Mão vendeu produtos que sequer fabricava, mas sim foram fabricados pela empresa Recortes. Analisando a contabilidade da empresa, observou-se que a empresa Palma da Mão não possuía nenhum equipamento industrial para a fabricação de produtos nos anos de 2008 e 2009. Sobre os equipamentos, a empresa foi intimada através do Termo de Intimação Fiscal nº 002 a apresentar as cópias das notas fiscais das máquinas e equipamentos que utilizava, conforme segue:

" - Apresentar cópias das notas fiscais das máquinas e equipamentos que utiliza com valor superior a R\$ 10.00,00 (dez mil reais). No caso de utilizar máquinas de outras empresas cedidas por empréstimos ou outra forma de comodato, apresentar cópia da nota e do contrato."

3.27 Em sua resposta a empresa apresentou algumas notas fiscais dos anos de 2010, 2011 e 2012. Entretanto, não apresentou nenhuma nota ou comprovante de aluguel de equipamentos dos anos de 2008 e 2009.

3.28 Analisando os livros contábeis da empresa, em especial o balanço patrimonial do ano de 2008, pode-se observar que a empresa Palma da Mão não tinha nenhum ativo permanente neste ano, ou seja, não tinha nenhum equipamento, ferramenta ou instrumento para fabricar qualquer tipo de produto. Também não há registro em sua contabilidade de nenhum tipo de aluguel, seja de equipamentos, instrumentos ou outros utensílios.

3.34 Além disso, destaca-se também o fato de que a empresa Palma da Mão em todo o ano de 2008 e 2009 não possuir nenhuma conta de luz, água, telefone,

aluguel, ou seja, nenhuma despesa com instalações ou com algum barracão que pudesse ter utilizado. Mais uma vez, isso só é possível de se explicar devido à existência da empresa Recortes, que já era uma empresa estabelecida e possuía os meios de produção.

3.35 No Termo de Intimação Fiscal nº 002, a empresa Palma da Mão também foi intimada a apresentar os seguintes esclarecimentos e documentos:

"- Indicar o local onde a empresa exercia suas atividades nos anos de 2008, 2009 e 2010, apresentando as respectivas contas de luz, água e telefone, bem como identificar o proprietário do imóvel a no caso de não ser imóvel próprio apresentar contrato de aluguel e recibos de pagamento."

3.36 Em resposta a empresa informou genericamente que: "Inicialmente a empresa operava em endereço residencial, de propriedade do sócio. O mesmo não mantinha contrato de locação, tampouco cobrava despesas de aluguel, água, luz ou telefone;". Ora, de que maneira poderia uma indústria funcionar num endereço residencial, e sem nenhum equipamento? De que maneira poderia uma empresa funcionar com mais de 40 empregados dentro de uma residência e produzir mais do que uma empresa que possuía mais de 100 empregados, possuía vários galpões industriais, equipamentos, etc?

3.37 Para comprovar os fatos narrados, além das provas já citadas no presente relatório, anexamos cópia de diversos documentos onde é possível verificar que os insumos comprados em nome da Palma da Mão eram entregues no endereço da empresa Recortes, que o endereço para cobrança da empresa Palma da Mão era o endereço da Recortes para vários clientes, que funcionários da Recortes recebiam entregas que seriam destinadas a empresa Palma da Mão.

Por essa detalhada descrição dos fatos econômicos vivenciados pelas duas empresas, cujos fundamentos ora adotamos, e que não foram infirmados pela defendente, observa-se que efetivamente a excluída constitui uma forma de desmembramento.

Na sua manifestação a contribuinte aduziu que é necessário otimizar recursos para reduzir custos etc., o que só foi possível em razão de constituírem uma única administração, ou seja, na verdade, em decorrência de constituírem uma só empresa dividida somente para usufruir da tributação favorecida, o que não alcançaria se fosse formalmente uma única empresa.

As demais alegações da impugnante de que o ex-sócio pode criar nova empresa retornando à mesma atividade não teriam maiores indagações se inexistissem as circunstâncias acima reproduzidas demonstrando, à evidência, tratar-se de uma mesma empresa separada apenas formalmente com intuito de gozar da tributação beneficiada.

Ressalte-se, por fim, nessa seara ainda, que a legislação é absolutamente clara e ampla quando dispõe sobre a exclusão em qualquer forma de desmembramento.

Dessa forma, é de se rejeitar as alegações da defendente.

c) Os livros contábeis não identificam a movimentação financeira.

A contribuinte argumentou longamente que os livros contábeis registram fielmente todas as suas operações, contudo, nada trouxe nesse sentido infirmando a acusação fiscal.

É de se ressaltar que o motivo supra diz respeito à impossibilidade de identificar a movimentação financeira na escrita contábil. A fiscalização embasou a exclusão, quanto a este item, nos seguintes fatos, conforme consta da aludida Representação, cujas razões ora adotamos:

C - EMPRÉSTIMOS E CONTABILIDADE.

3.48 Analisando todos estes fatos já é possível concluir que a contabilidade das empresas não registra as suas reais movimentações financeiras. A empresa Palma da Mão vendeu produtos cujos custos não estão registrados, que não foram produzidos por ela e que não há registro contábil da sua compra. Por outro lado a empresa Recortes não registrou a saída de mercadorias que produziu e que foram vendidas pela Palma da Mão, não contabilizando sua venda e as receitas decorrentes dessas vendas. Devido a essas irregularidades e outras que serão descritas abaixo, conclui-se que não é possível identificar na contabilidade das duas empresas suas reais movimentações financeiras.

3.51 Analisando os Livros Contábeis da empresa, observou-se a ocorrência de empréstimos e adiantamentos realizados pela empresa Palma da Mão para a empresa Recortes.

3.53 Verificamos que em 2011 esses empréstimos e adiantamentos continuaram, embora com valores menores, entretanto, para comprovar os fatos narrados analisaremos apenas os anos de 2008 a 2010. Segue em anexo cópia de páginas dos Livros Razão das empresas Palma da Mão (2008, 2009 e 2010) e Recortes (2008 e 2009) comprovando os fatos narrados.

3.54 Resumindo, podemos afirmar que, caso aceitássemos a veracidade desses empréstimos, a empresa Palma da Mão teria "emprestado" ou "adiantado" para a, Recortes, em torno de R\$ 1.872.808,23 (um milhão oitocentos e setenta e dois mil e oitocentos e oito reais e vinte e três centavos) apenas no período de 10/2008 a 05/2010 (cerca de um ano de meio), e ainda mais estranho, isso teria sido feito sempre em "dinheiro em espécie" (papel moeda), com exceção de R\$ 10.000,00.

3.56 Como as empresas não apresentaram nenhum documento relacionado a esses empréstimos relacionados nas tabelas acima, a fiscalização emitiu novo Termo de Intimação Fiscal nº 002, solicitando novamente os documentos e informações, com o seguinte teor:

" - Verificou-se pela análise de sua contabilidade que a empresa efetuou diversos empréstimos e adiantamentos, bem como recebeu alguns adiantamentos de fornecedores entre os anos de 2008 a 2012. No Termo de Intimação Fiscal 001, recebido pela empresa em 25/06/2013, a empresa foi intimada a apresentar os contratos de financiamento ou empréstimo, entretanto não apresentou nenhum documento referente a empréstimos ou adiantamentos. Dessa forma solicitamos novamente que a empresa apresente os contratos e demais documentos que houver relativos aos financiamentos ou adiantamentos que possui, tanto na condição de fornecedor dos recursos quanto na condição de recebedor.

- No caso desses valores terem sido movimentados através dos bancos, deverá apresentar os extratos comprovando sua movimentação. No caso dos valores terem sido movimentados através de dinheiro em papel moeda deverá comprovar os saques bancários ou a origem e destino dos recursos."

3.57 Em resposta ao Termo de Intimação, feitos nos mesmos padrões, conforme se pode verificar pela leitura destes, a empresa Palma da Mão informou que: "Os extratos bancários que comprovam movimentação de valores de

adiantamentos de clientes / à fornecedores encontram-se na documentação enviada inicialmente, nas caixas de movimento fiscal do período de 2009 a 2012." A empresa Recortes informou que: "A empresa não elaborou documentos de adiantamentos de fornecedores sendo recebido valores em espécie e através de bancos (conforme extratos);" Informou ainda que: "Os extratos bancários que comprovam movimentações de valores de adiantamentos de clientes/à fornecedores encontram-se na documentação enviada inicialmente, nas caixas de movimento fiscal do período de 2009 a 2012."

3.58 Inicialmente salta aos olhos o fato das empresas terem supostamente feito empréstimos de valores tão significativos e sequer possuírem os recibos, conforme consta em sua contabilidade, ou sequer um contrato de empréstimo ou qualquer outro documento. Conclui-se de imediato que os lançamentos contábeis não apresentam suporte, visto que inexistem os recibos contabilizados. Outro fato importante é que, mesmo depois de solicitado os documentos de 2008 a 2012, as duas empresas informaram que os extratos bancários que comprovariam a movimentação dos valores encontram-se na documentação enviada junto das caixas de 2009 a 2012.

3.59 Ora, primeiro: trata-se de períodos distintos, não há justificativa para os documentos que comprovam os empréstimos de 2008 estarem nas caixas de 2009 a 2012. Segundo: os extratos bancários presentes nas caixas não registram nenhuma movimentação financeira dos empréstimos nem de transferências e muito menos de saques, com exceção dos R\$10.000,00 que foram feitos através de transferência bancária e já relacionados nas tabelas acima.

3.60 Ou seja, novamente comprova-se que, as movimentações dos valores não existiram na forma como foram contabilizados. Repito, não há nenhum lançamento contábil ou nos extratos bancários que comprove os saques de dinheiro para que sejam repassados da empresa Palma da Mão através do suposto "empréstimo" para a empresa Recortes ou mesmo de transferências, exceção feita à movimentação acima relatada.

3.61 Observa-se também que quanto a isso a resposta apresentada pelas duas empresas é exatamente igual, sem sequer diferenciar quem emprestou de quem recebeu os recursos. Ou seja, na prática pode-se afirmar que a empresa não possuiu nenhum documento relacionado aos "empréstimos" e tentou se esquivar de suas obrigações de prestar esclarecimentos através de uma resposta genérica e superficial, embora tenha sido intimada por duas vezes sobre o mesmo assunto e tenha pedido diversas prorrogações de prazo, as quais foram todas atendidas na forma como solicitadas.

3.62 Isso mais uma vez demonstra a ligação entre as empresas e também comprova por si só que a contabilidade da empresa não permite identificar a real movimentação financeira e bancária.

3.63 Ainda relacionados aos empréstimos, verificou-se que as empresas, na tentativa continuada de fazer ajustes nos livros contábeis e tentar esconder a realidade e encobrir os problemas efetuaram alguns lançamentos totalmente contrários às normas contábeis.

3.64 No ano de 2011 as empresas realizaram algumas manobras contábeis com o objetivo de registrar o pagamento desses "empréstimos". A empresa Recortes registrou em sua contabilidade, no lançamento mais relevante e que praticamente zerou sua dívida com a Palma da Mão, o pagamento de uma só vez no valor de R\$ 1.230.000,00, tendo como contrapartida um lançamento na conta de prejuízos acumulados, como se um simples lançamento nessa conta pudesse produzir esses recursos no mundo real. Por sua vez, esses valores foram abatidos do suposto crédito com o lançamento na contabilidade da empresa

Palma da Mão, através de um lançamento, novamente com o histórico de "recibo sem número" que por sua vez tão somente reduziu a reserva de lucros desta empresa ao mesmo tempo que diminuiu a dívida da Recortes. Ou seja, por essa transação, a empresa Recortes aumentou seus prejuízos acumulados e a empresa Palma aumentou suas reservas de lucros. Óbvio que não há como pagar uma dívida com prejuízos assim como não se pode receber simplesmente aumentando reserva de lucros. Se paga ou se recebe com transferências ou depósitos bancários, que seriam registrados na contabilidade na conta Bancos, ou ainda com dinheiro em espécie que seriam registrados na conta caixa, não com "lançamentos contábeis de ajustes".

3.65 Cabe esclarecer inicialmente que as contas de reservas de lucros ou lucros e prejuízos acumulados são contas de resultado, e apenas refletem a "soma de tudo que a empresa gastou menos a soma de tudo que recebeu pelas vendas", mas que não são em si uma conta de depósito de recursos. Ou seja, os recursos registrados nessas contas já estão registrados nas contas patrimoniais da empresa (Ativo e Passivo e Patrimônio Líquido).

3.66 Em outras palavras, os recursos das contas de resultado já estão registrados no ativo e passivo da empresa (na conta caixa, bancos, ou com o pagamento de credores etc), não podendo, portanto, ser utilizadas novamente para alterar as contas patrimoniais. Além disso, empréstimos e o pagamento destes não podem alterar o lucro das empresas, pois não são receitas nem despesas. No máximo, caso existissem, os juros poderiam entrar como despesas para quem paga ou lucro para quem recebe, o que não ocorreu no presente caso, visto que os "empréstimos" efetuados não tiveram a incidência de juros, foram a título gratuito.

3.67 Outro lançamento ainda mais estranho e irregular foi feito na empresa Palma da Mão, com a justificativa de ser um simples "ajuste", onde foram transferidos da conta de reserva de lucro R\$ 2.125.435,45 (dois milhões cento e vinte e cinco mil e quatrocentos e trinta e cinco reais e quarenta e cinco centavos) direto para a conta caixa da empresa. Com esse lançamento contábil criou-se esse valor como se a empresa possuiu-se todo esse recurso em dinheiro papel (espécie) "guardado nas gavetas" ou "cofre" da empresa. E o mais estranho ainda, se é que isso é possível, é o fato de que com esse lançamento a reserva de lucros da empresa aumentou nesse mesmo montante. Ou seja, esse recurso foi para o caixa para ser usado para pagar contas, fazer empréstimo, etc, e ainda assim aumentou a reserva de lucros da empresa.

3.68 A Recortes efetuou manobra semelhante, efetuando um lançamento de uma entrada no caixa com o histórico de "VALOR CONFORME RECIBO NR S/N", no valor R\$ 1.627.682,13, tendo como contrapartida um aumento do seu prejuízo acumulado. Ou seja, a empresa simplesmente aumenta um valor na sua conta de prejuízo e o recurso "aparece" como disponibilidade em sua conta caixa, ficando a empresa com o valor de R\$ 1.662.691,56 em dinheiro disponível para usar contabilmente como quiser.

3.69 Mais uma vez esclarecemos que esses lançamentos são totalmente contrários as normas contábeis e distorcem a movimentação financeira da empresa. Eles foram utilizados na tentativa de corrigir as distorções contábeis que se Iniciaram com o registro das vendas de mercadorias por empresa que não produziu e teve sequência com o registro dos supostos "empréstimos". Dessa forma conclui-se que não há como verificar a real movimentação financeira e bancária pela análise de seus livros contábeis.

3.70 Conforme se observa, a contabilidade e demais documentos apresentados não permitem a identificação da movimentação financeira das empresas, conforme previsto no inciso VIII, do art. 29 da Lei 123/2006, o que implica na

exclusão das empresas do SIMPLES a partir do próprio mês onde ocorreram estes fatos, conforme previsto no parágrafo 1º do mesmo artigo. Como esses lançamentos de empréstimos iniciaram em 08/10/2008, a exclusão se dá a partir de outubro de 2008.

A contribuinte ainda tentou argumentar que os livros contábeis podem ser submetidos a qualquer perito contábil ou auditoria, pois o fisco teria distorcido a interpretação do lançamento a seu gosto, mas não requereu perícia ou diligência nesse sentido e, caso assim procedesse, deveria observar os mandamentos insertos no Decreto nº 70.235/1972, art. 16, inciso IV, na redação dada pela Lei nº 8.748/1993, ou seja, os motivos que as justifiquem, a formulação de quesitos, a indicação do nome, endereço e a qualificação de seu perito; sendo que o § 1º é claro ao dispor que “considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16” Por último, a manifestante aduziu que caso fosse mantida a exclusão, que produzisse efeitos para o futuro e não retroativamente.

Porém, não há como acolher a argumentação da contribuinte.

Com efeito, a legislação é clara ao estabelecer que a exclusão incide no mês da ocorrência do fato, consoante os dispositivos abaixo transcritos da LC nº 123, de 2006:

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

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

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

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

(...)

VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

§ 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.(n/g).

Desta forma, é de se manter a exclusão.

Percebe-se, claramente, que diante do procedimento fiscal empreendido, realizado e relatoriado de forma bastante minudente, vide docs. de e-fls. 03/22 e os seus anexos (v. e-fls. 24/167), não houve por parte da Recorrente nenhuma explicação plausível, que fosse capaz de infirmá-lo.

Não há, por exemplo, nenhuma justificativa consistente em relação à composição do quadro societário das empresas PALMA DA MÃO e RECORTE conter marido e mulher com 98% do controle de cada uma das empresas, considerando que são casados em regime de comunhão universal de bens. Também não há nenhuma justificativa eficaz acerca da existência de procuração com plenos poderes para representar, gerenciar e administrar a empresa

RECORTES, lavrada em favor do Sr. Leopoldo Romeu Ost por sua esposa, a Sra. Carmen Teresinha Ost, caracterizando a interposição de pessoas.

Também não há explicação para toda a cronologia detalhada pela Fiscalização para evidenciar o crescimento da empresa RECORTES e o consequente aumento de sua receita bruta, desaguando na divisão das atividades (com a criação da empresa PALMA DA MÃO) e da receita bruta, no claro intuito de manter o tratamento diferenciado para empresas de pequeno porte.

Por último, são ineficazes as razões para justificar as deficiências apontadas na escrituração, haja vista terem se limitado a alegações genéricas, evasivas e sem atacar diretamente a nenhum dos apontamentos levantados pela Autoridade Fiscal.

Por todo o exposto, considero absolutamente escorreita a exclusão da contribuinte do SIMPLES NACIONAL por infringência ao artigo 3º, § 4, incisos III e IX, artigo 28, artigo 29, incisos I e VIII, todos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, razão pela qual não há motivo para a reforma da decisão recorrida.

Assim, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves