



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

Processo n° 10950.004252/2009-79
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1802-002.045 – 2ª Turma Especial
Sessão de 11 de março de 2014
Matéria SIMPLES E SIMPLES NACIONAL
Recorrente JENIFFER GRACIE GOMES
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2004

EXCLUSÃO DO SIMPLES. CONSTITUIÇÃO PESSOA JURÍDICA. GRUPO ECONOMICO. IMPOSSIBILIDADE.

Na legislação fiscal brasileira não há previsão de tributação por grupo, não havendo personificação, devendo cada empresa ser dotada de inscrição distinta, com contabilizações e apurações apartadas.

INTERPOSTA PESSOA. NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE “LARANJAS” OU “TESTA-DE-FERRO” PARA A SUA CARACTERIZAÇÃO

A caracterização da “interposta pessoa” necessita da utilização de terceiros que simplesmente emprestam os seus nomes para a abertura de pessoas jurídicas, deixando para os verdadeiros “donos” (ou sócios de fato) a administração da sociedade, com ilimitados poderes para gerir a empresa.

NÃO CARACTERIZAÇÃO DAS SITUAÇÕES ELENCADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PARA A EXCLUSÃO DO SIMPLES. MANUTENÇÃO.

Não caracterizada nenhuma das situações impeditivas previstas na lei para a exclusão do Simples, mostra-se improcedente o ato de exclusão.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

EXCLUSÃO DO SIMPLES. CONSTITUIÇÃO PESSOA JURÍDICA. GRUPO ECONOMICO. IMPOSSIBILIDADE.

Na legislação fiscal brasileira não há previsão de tributação por grupo, não havendo personificação, devendo cada empresa ser dotada de inscrição distinta, com contabilizações e apurações apartadas.

INTERPOSTA PESSOA. NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE “LARANJAS” OU “TESTA-DE-FERRO” PARA A SUA CARACTERIZAÇÃO

A caracterização da “interposta pessoa” necessita da utilização de terceiros que simplesmente emprestam os seus nomes para a abertura de pessoas jurídicas, deixando para os verdadeiros “donos” (ou sócios de fato) a administração da sociedade, com ilimitados poderes para gerir a empresa.

NÃO CARACTERIZAÇÃO DAS SITUAÇÕES ELENCADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PARA A EXCLUSÃO DO SIMPLES. MANUTENÇÃO.

Não caracterizada nenhuma das situações impeditivas previstas na lei para a exclusão do Simples, mostra-se improcedente o ato de exclusão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em DAR provimento ao recurso nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Gustavo Junqueira Carneiro Leão - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, Gustavo Junqueira Carneiro Leão, Marco Antonio Nunes Castilho, Gilberto Baptista, José de Oliveira Ferraz Correa, Nelso Kichel.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba (PR), que unanimidade de votos afastou as preliminares levantadas e, no mérito, julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela ora Recorrente, tendo por consequência o indeferimento do pedido de reforma:

- a) do Ato Declaratório Executivo nº 38/2009, para os fatos sob a regência da Lei nº 9.317, de 1996;
- b) do Ato Declaratório Executivo nº 43/2009, para os fatos sob a regência da Lei Complementar nº 123/2006.

Tais atos foram emitidos pela DRF em Maringá (PR), e excluíram a Recorrente do SIMPLES e o SIMPLES NACIONAL. Tal exclusão teve por fundamentação o disposto nos incisos II e XVII do artigo 9º e incisos II e IV do artigo 14 da Lei nº 9.317, de 1996 e, Lei Complementar nº 123, de 2006, artigo 3º, § 4º, inciso IX e artigo 29, incisos I, IV, VIII e XII.

A ação que culminou com a exclusão da contribuinte ao SIMPLES teve origem em Representação Fiscal (fls. 01/34), sendo instruída com diversos documentos (fls. 35 a 157). Os atos de exclusão foram expedidos em 14/08/2009, tendo a Recorrente tomado ciência em 25/08/2009 (fl.163).

Contra os atos a interessada apresentou manifestação de inconformidade (fls. 166/199 e 203/208), onde alega a preliminar de nulidade do ato de exclusão, posto que a Lei nº 9.317, de 1996 já está há muito revogada pela Lei Complementar nº 123, de 2006; que para que se opere uma penalidade, como a exclusão do Simples, é impossível utilizar regra revogada, sob pena de ofender princípios constitucionais como o da segurança jurídica, do contraditório e ampla defesa e da legalidade; que o disposto no CTN, art. 144 só se aplica ao lançamento, não podendo amparar a exclusão que é uma penalidade; que a lei tributária não possui efeito repressinatório; que o fundamento legal aplicável à hipótese é a Lei Complementar nº 123, de 2006; que a manter-se sua exclusão estar-se-á ameaçando de ruína a estrutura do Estado Democrático de Direito; que o ato atacado não obedeceu ao disposto no artigo 10 do Decreto nº 70.235, de 1972 que, em seu inciso IV dispõe sobre a obrigatoriedade de o auto de infração mencionar a disposição legal infringida e a penalidade aplicável; e, assim, pede que seja declarada a nulidade do ADE, por ser ilegal e por preterir o direito de defesa do contribuinte.

Ainda como preliminar alega nulidade do o ato de exclusão pois o mesmo não foi publicado no Portal do Simples Nacional, para apenas após este fato, gerar quaisquer efeitos, decorrentes da exclusão; que o auto é nulo pela ausência de intimação da prorrogação do prazo do procedimento fiscal, previsto no artigo 9º, parágrafo único da Portaria RFB nº 11.371/07; que em nenhum momento foi cientificada expressamente acerca da prorrogação do prazo constante do Mandado de Procedimento Fiscal — Fiscalização (MPF-F); que tal conduta se afigura vício formal insanável, culminado com a nulidade do feito; que houve ofensa ao princípio do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da legalidade.

Sustenta que teria havido ausência de intimação da prorrogação da competência para incluir na fiscalização o período de janeiro a dezembro de 2008, bem como da intimação do contribuinte para optar por novo regime de tributação, conforme facultado pelo artigo 32 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Com relação ao mérito, sustenta não existir o grupo econômico formado pela reclamante e demais empresas integrantes do pólo industrial de produção de torneiras na região de Londrina/PR; fixa o conceito de grupo econômico para enfatizar que deve existir uma relação íntima de negócio e de controle entre as pessoas jurídicas que formam o grupo, que a gestão deve ser comum, bem como o interesse, qual seja, elas devem exercer suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial; que no caso em análise as empresas são totalmente distintas uma da outra, possuindo personalidade jurídica distinta, com finalidade social diversa, empregados próprios, controladores diversos, clientes próprios e independentes.

No que se refere à razão social das empresas e os respectivos quadros societários alega que todas são distintas, sendo que cada qual possui alvará de funcionamento próprio, inscrição perante a Receita Estadual do Paraná, licença ambiental e licença de operação individualizadas, sede própria, faturas de energia individualizadas, razão social, quadro de funcionários distintos e carteira de clientes própria, razão pela qual não se confundem. Assim, a simples existência de grau de parentesco entre os sócios não induz que as mesmas constituam um grupo econômico.

Justifica a movimentação dos empregados como decorrente da exploração do mesmo ramo de atividade. Na sequência relaciona alguns funcionários e identifica os diversos postos, em diversas indústrias, para as quais trabalharam nos últimos anos e conclui que o entendimento da autoridade fiscal implica infringir o princípio da livre iniciativa da atividade econômica e da livre concorrência. Alega ser de se concluir que a movimentação de empregados entre a impugnante e as demais empresas indicadas pela autoridade fiscal não constitui elemento hábil para demonstrar a existência de um grupo econômico.

Afirma que o contador Paulo Roberto Esbrigue e a gerente de recursos humanos Terezinha de Souza, embora mantenham vínculo com as empresas Jefferson César Gomes e Jeniffer Greice Gomes, respectivamente, são meros prestadores de serviços em relação às empresas alvo da ação fiscal.

Argumenta no sentido de que a existência de apenas uma linha de produção não afasta o fato de que em cada setor de produção existe um conglomerado de máquinas e equipamentos necessários à função a ser desempenhada, não descaracteriza a existência de fato e de direito de cada pessoa jurídica e, nem o fato de que cada uma delas possuir quadro de empregados próprios alocados em cada um dos estágios produtivos.

Com relação à existência de ações trabalhistas onde constam no pólo passivo algumas das empresas aqui relacionadas não constitui prova de que elas formam um grupo econômico; que a menção ao Grupo Metais Imperatriz, conforme consta do LTCAT e no POMSO ocorreu com a finalidade única e exclusiva de ratear custos do serviço que foi contratado em grupo; que não restou comprovado o uso de telefones celulares em conjunto pelas empresas fiscalizadas; que o aumento de suas vendas a partir do momento em que optou pelo Lucro Presumido e, em um período que a reclamante reduziu de forma significativa seus quadros de colaboradores, decorre da diminuição da produção e o incremento na aquisição de produtos para revenda; que não restaram comprovadas as divergências e omissões em seu balanço, conforme atesta a autoridade fiscal e que a ausência de algumas informações nas guias

de recolhimento do FGTS e da GFIP decorrem de descumprimento de obrigação acessória, não constituindo fato determinante de sua exclusão, uma vez que não previsto em norma.

Aduz que a existência de personalidade jurídica distinta, com finalidade social diversa, empregados próprios, controladores diversos e clientes próprios e independentes, afastam qualquer argumento no sentido de interposição de pessoas; que a existência de contratos de franquia entre as pessoas jurídicas afastam a imputação de que formam um grupo econômico.

Contesta qualquer argumento referente à soma do faturamento global em face das razões já expedidas; afirma nunca ter auferido receitas acima dos limites admitidos para o Simples; que o faturamento global é invenção jurídica, idealizada pelo auditor; que não houve omissão de receitas, portanto não há que se falar em exclusão por extrapolação de receitas.

Ao final conclui:

- a) que o faturamento da empresa sempre se deu dentro dos permissivos legais;
- b) que não resulta de cisão, fusão ou incorporação;
- c) que prestou todas as informações solicitadas e;
- d) que restou afastada a existência de um grupo econômico, razão pela qual pede a nulidade do ato atacado ou que o mesmo seja declarado improcedente, bem como que as intimações sejam encaminhadas ao endereço dos procuradores.

Instruiu o processo com os documentos de fls. 216/399, 402/599, 602/799 e, 802/806.

A DRJ em Curitiba (PR) julgou improcedente, consubstanciando sua decisão na seguinte ementa (fls. 819/835):

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2004

EXCLUSÃO DO SIMPLES. CONSTITUIÇÃO PESSOA JURÍDICA. INTERPOSTAS PESSOAS. A constituição de várias empresas individuais, que ocupam um mesmo espaço físico, desenvolvem o mesmo objeto social, utilizam os mesmos colaboradores e maquinários e, cujos sócios possuem grau de parentesco ou afinidade entre si, objetivando reduzir custos, usufruir tribulação privilegiada e pulverizar receitas, caracteriza constituição de grupo econômico e impede a opção pelo Simples.

OPÇÃO. REVISÃO. EXCLUSÃO COM EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE. A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte sujeito a condições e passível de

fiscalização posterior. A exclusão com efeitos retroativos, quando verificado que o contribuinte incluiu-se indevidamente no sistema, é admitida pela legislação.

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À EXCLUSÃO DO SIMPLES. Aplica-se à exclusão do Simples Federal a legislação tributária vigente à época da ocorrência da situação impeditiva à permanência nesse regime unificado e simplificado, qual seja, a Lei nº 9.317, de 1996.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

EXCLUSÃO DO SIMPLES. CONSTITUIÇÃO PESSOA JURÍDICA. INTERPOSTAS PESSOAS. A constituição de várias empresas individuais, que ocupam um mesmo espaço físico, desenvolvem o mesmo objeto social, utilizam os mesmos colaboradores e maquinários e, cujos sócios possuem grau de parentesco ou afinidade entre si, objetivando reduzir custos, usufruir tributação privilegiada e pulverizar receitas, caracteriza constituição de grupo econômico e impede a opção pelo Simples.

OPÇÃO. REVISÃO. EXCLUSÃO COM EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE. A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte sujeito a condições e passível de fiscalização posterior. A exclusão com efeitos retroativos, quando verificado que o contribuinte incluiu-se indevidamente no sistema, é admitida pela legislação.

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À EXCLUSÃO DO SIMPLES. Para os fatos ocorridos a partir de 01/07/2007, aplica-se à exclusão do Simples Nacional os dispositivos da Lei Complementar nº 123, de 2006, que instituiu as normas gerais da sistemática e revogou a Lei nº 9.317, de 1996.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2004

Ementa: NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO - ADE. DESCABIMENTO. Além de não se enquadrar nas causas enumeradas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, é incabível falar em nulidade do ADE emitido por autoridade fiscal competente, além de, na fase litigiosa do procedimento, também regida pelo mesmo diploma legal, terem sido observadas as normas e os princípios processuais do contraditório e da ampla defesa.

OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. A apreciação de argumentos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária não é de competência da autoridade administrativa, mas sim exclusiva do Poder Judiciário.

SIMPLES NACIONAL. FALTA DE REGISTRO DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO NO PORTAL DO SIMPLES NACIONAL. NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA. Descabe falar em nulidade do Ato declaratório Executivo que determinou a exclusão da empresa do Simples Nacional, ao argumento de que o ato não teria sido registrado no Portal do Simples Nacional, em descumprimento ao disposto no art. 4.1 da Resolução nº 15, do CGSN, haja vista a obrigatoriedade ter sido revogada pela Resolução CGSN nº 46, de 18 de novembro de 2008.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação se encontraram plenamente assegurados.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. RITO PROCESSUAL. A lei nº 9.317/96 estabelece que a exclusão de ofício do Simples Federal dar-se-á mediante ato declaratório, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo, não havendo previsão para emissão de qualquer termo prévio à expedição do ato declaratório.

DA CIÊNCIA DO DESPACHO E DECISÕES. A ciência de despachos ou decisões proferidas em processos administrativos fiscais são encaminhadas ao domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, em obediência ao disposto na legislação que rege a matéria.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio.

Intimada da decisão supratranscrita em 16/04/2010 (fl. 837), a Recorrente apresentou, recurso em 11/05/2010 (fls. 838/890), onde em apartada síntese alega:

- a) a nulidade do ADE nº 38, de 14/08/2009, por fundamentar-se em dispositivos de lei revogados;
- b) a nulidade do ADE nº 43, de 14/08/2009, por falta de registro no portal do simples nacional;
- c) a falta de alteração do MPF para a fiscalização do SIMPLES e do SIMPLES NACIONAL;
- d) a nulidade por falta de ciência da recorrente da prorrogação do procedimento fiscal, por violação os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa e princípio da estrita legalidade;
- e) a nulidade da autuação por ausência de intimação da prorrogação para a fiscalização do ano-calendário 2008;

- f) a inexistência de formação de grupo econômico. Neste sentido, cada empresa no caso concreto exerce atividade distinta, cada qual com seu sócio administrador investido de fato na função;
- g) que o grau de parentesco não representa argumento jurídico para concluir a formação de grupo econômico. Neste sentido, exalta a existência de inúmeros documentos nos autos que demonstram que a Sra. Jeniffer Greice Gomes, pessoa física, titular da recorrente, sempre esteve, com exclusividade, à frente de suas atividades empresariais;
- h) que a rotatividade de empregados entre empresas do mesmo ramo é comum, dada concentração deste tipo de indústria na região, a limitação do mercado de trabalho (município de aproximadamente 20 mil habitantes) e a experiência por estes trabalhadores adquiridas;
- i) que o fato de as empresas possuírem um contador em comum não é fundamento jurídico para concluir pela formação de grupo econômico, já que cada empresa possui contrato de prestação de serviço distinto, e até mesmo pelo porte do município em que a recorrente é estabelecida, há limitadas opções desse tipo de profissional;
- j) que a linha de produção da recorrente, juntamente com seus equipamentos, assim como as demais empresas estabelecidas no complexo industrial, é completamente distinta;
- k) que dentre as citadas ações trabalhistas movidas contra a recorrente e demais empresas do complexo industrial, não há uma sentença sequer, transitada em julgado reconhecendo a formação de grupo econômico entre elas;
- l) que o laudo técnico de condições ambientais de trabalho foi elaborado a partir da contratação de profissional competente por meio do sindicato da categoria na região de forma coletiva, apenas para a redução de custos;
- m) que o relatório fiscal não aponta quais seriam as informações omitidas ou divergentes teriam sido prestadas em GFIP, para fundamentar a sua exclusão do simples com fulcro no art. 29, XII, da LC nº 123/06. Ademais, não restou caracterizada a forma reiterada de omissão de informações, conforme exige o § 9º do mesmo artigo. De toda maneira, tais circunstâncias também não contribuem para concluir pela formação de grupo econômico;
- n) que foi sequer apontado, muito menos comprovado pela fiscalização o uso de interpostas pessoas no desenvolvimento da atividade empresária. Ao contrário, os documentos colacionados na manifestação de inconformidade demonstram que a pessoa física titular da recorrente sempre esteve à frente de suas atividades empresariais, tornando assim, inaplicável os artigos 14, IV, da Lei nº 9.317/96; e 29, IV, da LC nº 123/06 ao caso em questão;
- o) que o art. 9º, II, da Lei nº 9.317/96, não autoriza a fiscalização somar o faturamento de todas as empresas fiscalizadas para demonstrar que o limite de faturamento para a manutenção no SIMPLES e no SIMPLES NACIONAL

foi excedido. O dispositivo em questão aplica-se aos casos omissão de receitas, o que sequer fora objeto de fiscalização;

p) que não restou demonstrado que a recorrente seria resultado de cisão ou qualquer forma de desmembramento de pessoa jurídica, tornando assim absolutamente inaplicável a Lei nº 9.317/96 arts. 9º, XVII, 'd'; e da LC nº 123/06, art. 3º § 4º IX;

r) que o relatório fiscal não aponta quais seriam as movimentações financeiras omitidas da escrituração do Livro Caixa, tornando assim absolutamente insubsistente a aplicação do art. 29, VIII, da LC nº 123/06;

s) que mesmo prevalecendo a exclusão da recorrente do SIMPLES nos termos do ADE nº 38, de 14/08/2009, ela não pode se dar de forma retroativa nos termos do art. 15, V, da Lei nº 9.317/96, tendo em vista que o único fundamento que em tese, que autorizaria a aplicação de tal efeito – constituição por meio de interposta pessoa (art. 14, IV, da mesma lei) – é absolutamente inaplicável ao caso, já que há provas contundentes de que a pessoa física titular da recorrente sempre esteve à frente de suas atividades empresariais;

t) que mesmo prevalecendo a exclusão da recorrente do SIMPLES NACIONAL nos termos do ADE nº 43, de 14/08/2009, ela não pode se dar de forma retroativa nos termos do art. 3º, § 6º, da LC nº 123/06, tendo em vista que as provas dos autos é contrária a aplicação do único fundamento empregado no ADE que, em tese, autorizaria a aplicação de tal efeito – resultante de cisão ou de desmembramento de pessoa jurídica ocorrido nos últimos cinco anos (art. art. 3, § 4º, IX, da mesma lei);

u) que prevalecendo a exclusão da recorrente do SIMPLES NACIONAL nos termos do ADE nº 43, de 14/08/2009, ela não pode se dar de forma retroativa nos termos do art. 29, § 1º, da LC nº123/06, tendo em vista que as provas dos autos é contrária a aplicação dos fundamentos empregados no ADE que, em tese, autorizaria a aplicação de tal efeito.

Este é o Relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Junqueira Carneiro Leão, Relator.

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para a sua admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

A empresa Recorrente foi excluída do SIMPLES por ter o auditor fiscal constatado que, junto com as demais empresas mencionadas na Representação Fiscal de e-fls. 02/29 deste PAF, a Recorrente faz parte de um grupo econômico e, tendo somado os faturamentos das empresas optantes pelo SIMPLES e SIMPLES NACIONAL, estaria extrapolado o limite de faturamento permitido para aquela modalidade de tributação.

Os Atos Declaratórios Executivos de nº 38 (e-fls.166) e nº 43 (e-fls.167), ambos de 14/08/2009, sendo o primeiro para o SIMPLES e o segundo para o SIMPLES NACIONAL, foram emitidos com fulcro nos seguintes dispositivos legais, ora transcritos, da Lei 9.317/1996 para o ADE nº 38 e Lei Complementar nº 123/2006 para o ADE nº 43:

“Lei nº 9.317/96:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

II - na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais);

(...)

XVII - que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência desta Lei;

(...)

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

(...)

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

(...)

IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual;

ADE nº 43 – Lei Complementar nº 123/2006:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei 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:

(...)

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;

(...)

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;

(...)

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

(...)

XII - omitir de forma reiterada da folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária, segurado empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual que lhe preste serviço.

Como se vê da Representação Fiscal, a exclusão da Recorrente do SIMPLES e do Simples Nacional se dá por qualquer dos dispositivos acima dispostos, devendo ser segregadas por tópicos.

I. Lei nº. 9.317/96, art. 9º, II

Repetindo o dispositivo em questão:

“Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

II - na condição de empresa de pequeno porte que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais);”

O inciso II do artigo 9º estabelece como impedimento à opção pelo Simples o auferimento no ano imediatamente anterior de receita bruta superior ao limite permitido por este regime simplificado de tributação.

No presente caso, como corretamente fez o auditor fiscal, não seria cabível a aplicação isolada deste dispositivo, posto que como verificado pelo próprio Auditor fiscal a Recorrente não extrapolou (isoladamente) o teto máximo permitido para o Simples.

Também, destaca-se que em nenhum momento remete o auditor fiscal a omissões de receita, saldo credor de caixa ou qualquer outro indício que evidenciasse que a Recorrente estivesse escondendo o seu real faturamento.

O que o auditor fiscal foi somar todos os faturamentos de diversas empresas por ele indicadas como se fossem pertencentes a um mesmo grupo econômico. Desse modo excluiu a Recorrente com fulcro no art. 9º, II, da Lei nº. 9.317/96 como se esta, isoladamente, tivesse extrapolado o limite permitido de faturamento para permanência no Simples Nacional.

É o que se verifica na Representação Fiscal à e-fl. 25:

“receita bruta global de todas as empresas nos exercícios de 2004 a 2008 [que] supera o limite máximo fixado para permanência das empresas no SIMPLES e SIMPLES NACIONAL”.

Por isso é que, dentro do contexto atribuído pelo auditor, de existência de grupo econômico, conjugou este dispositivo com outros que o permitissem fazer o somatório da receita bruta de todas as empresas, como se uma só fossem, e verificar assim a extrapolação do limite legal estabelecido.

Os grupos de sociedades têm como características a independência jurídica de seus integrantes e a unidade de direção. Não é por outro motivo que as relações jurídicas travadas por uma sociedade não interferem na esfera jurídica das outras sociedades do mesmo grupo, salvo quando essas outras também sejam parte na relação jurídica ou quando haja simulação, dada distinção entre as personalidades.

No direito comercial/empresarial brasileiro, as sociedades se vinculam em um grupo por relações societárias (sociedades coligadas - Lei nº 10.406/2002, (Código Civil) art. 1.097 e segs.) ou por constituição formal do grupo em convenção entre as sociedades (Lei nº 6.404/76 (LSA) arts. 266 e 271).

No primeiro caso, a unidade de direção se concentra na sociedade controladora, enquanto que na segunda hipótese o centro de decisões será previsto na convenção do grupo, elaborado pelas sociedades que o compõem.

A legislação fiscal brasileira não adota o conceito de grupo econômico, não havendo personificação, devendo cada empresa ser dotada de inscrição distinta, com contabilizações e apurações apartadas. O fato de serem residentes no mesmo endereço e possuírem os mesmos sócios não justifica o fato de que uma assine em nome próprio a representatividade cabível a outra empresa.

Frise-se que não se trata de erro de grafia; sucessora/sucedida; incorporadora/incorporada; ou troca de nome ou CNPJ, mas de algumas empresas que de fato existem e que são totalmente independentes para fins comerciais e tributários.

Para corroborar com esse entendimento vale lembrar que sob a ótica tributária, mais especificamente o campo da responsabilização tributária, ressalvadas as hipóteses em que ocorra a simulação, o simples fato de pertencer a um grupo de sociedades não atribui a responsabilidade tributária solidária a uma sociedade desse grupo por fatos geradores que não realizou, ou cuja realização e respectivo cumprimento de obrigações tributárias não determinou concretamente.

Validando o entendimento com base nessas mesmas premissas a 1ª Turma do STJ, no julgamento do REsp 859.616/RS de relatoria Ministro Luiz Fux, julgado em 18.09.2007, já se manifestou contra a responsabilização de sociedades pertencentes ao mesmo grupo econômico com base no suposto interesse comum previsto no art. 124, I do CTN, senão vejamos trecho do voto:

“(…) a situação que evidencia a solidariedade, quanto ao ISS, é a existência de duas ou mais pessoas na condição de prestadoras de apenas um único serviço para o mesmo tomador, integrando, desse modo, o pólo passivo da relação. Forçoso concluir, portanto, que o interesse qualificado pela lei não há de ser o interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas o interesse jurídico, vinculado à atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato impositivo”.

Assim, sendo evidente a inaplicabilidade desse dispositivo legal (ao menos de forma isolada) para excluir a Recorrente do Simples, por ora rechaça-se a sua aplicação ao presente caso, embora passemos a analisar os demais enquadramentos realizados pelo auditor fiscal para excluir a Recorrente do Simples e do Simples Nacional.

II. Lei nº 9.317/96, art. 9º, XVII

Segundo este artigo, também incorre em hipótese de exclusão do SIMPLES, a empresa que:

Art. 9º [...]

XVII - que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência desta Lei;

Não é possível, pelos fundamentos acostados ao processo no ato da fiscalização, concluir que a ora recorrente é resultado de eventual cisão de pessoa jurídica, vez que qualquer das empresas que o auditor fiscal alega pertencer ao suposto grupo econômico, não foram constituídas sob o regime da Lei nº 6.404/76, onde este instituto da cisão é regulado.

Ademais, a cisão é um ato formal, devidamente regulado por lei que exige requisitos e pressupostos formais que em nenhum momento se verificam no presente processo, bem como o auditor fiscal deixa de apresentar qualquer comprovação nesse sentido.

Também não se permite concluir que a recorrida resultou de desmembramento de pessoa jurídica diversa, pois a recorrente diz respeito à empresa individual, constituída de capital próprio (e-fls. 219). O auditor fiscal não noticiou em todo o termo de representação fiscal qualquer transferência patrimonial entre a empresa *Indústria e Comércio e Exportação de Metais Imperatriz LTDA* e a ora Recorrente.

Ressalte-se aqui que não foi citada qualquer transferência de bens, fundo de comércio, funcionários, equipamentos, dentre outros fatores que poderia levar a essa conclusão. O próprio auditor fiscal as e-fls. 12 registra ter a Recorrente domicílio diverso da Indústria e Comércio e Exportação de Metais Imperatriz Ltda, senão vejamos:

“17 - Visitamos o endereço de direito de cada uma das empresas, os quais constam do cadastro da Receita Federal do Brasil, onde encontramos as seguintes situações:

(...)

b) JENIFFER GREICE GOMES – TORNEIRAS – está em funcionamento a Rua Cristóvão Colombo, 806 – Parque Industrial I – Loanda – PR, vejam que o endereço é ao lado da empresa Ind. Com. Exp. Imperatriz Ltda., uma no nº 798 e a outra no nº 806 da Rua Cristóvão Colombo, no Parque Industrial I em Loanda – PR.”

Assim, nesse ponto, é possível concluir que a Recorrente não é resultado do desmembramento da pessoa jurídica Indústria e Comércio e Exportação de Metais Imperatriz LTDA, conforme infirma o auditor fiscal, motivo pelo qual deve ser afastada a aplicação do art. 9º, XVII, da Lei nº 9.317/96.

III - Lei nº 9.317/96, art. 14, II

A norma assim dispõe:

“Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;”

A leitura do citado dispositivo, remete a circunstâncias elencadas na Lei nº 9.317/96, art. 13, II e § 2º, quais sejam:

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

(...)

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

b) ultrapassado, no ano-calendário de início de atividades, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) multiplicados pelo número de meses de funcionamento nesse período. (Vide Medida Provisória nº 275, de 2005) (Redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006)

(...)

§ 2º A microempresa que ultrapassar, no ano-calendário imediatamente anterior, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), estará excluída do SIMPLES nessa condição, podendo mediante alteração cadastral, inscrever-se na condição de empresa de pequeno porte.

Entretanto, o ato declaratório executivo não especifica qual delas teria incorrido a recorrente, conforme se verifica de sua leitura (e-fls. 166).

A Lei nº 9.317/96, art. 14, I, subdivide em três hipóteses a possibilidade de exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES, mas o Ato Declaratório Executivo nº 38, de 14/08/09 (fls. 166), não especifica qualquer uma delas.

Como consequência, a exclusão da Recorrente do SIMPLES com fulcro na Lei nº 9.317/96, art. 14, I, resta absolutamente prejudicada, haja vista a flagrante carência de fundamentação. Neste sentido:

NORMAS PROCEDIMENTAIS. ARBITRAMENTO. AUSÊNCIA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL NO ANEXO FLD. VÍCIO INSANÁVEL. NULIDADE.

A indicação dos dispositivos legais que amparam a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito é requisito essencial à sua validade, e a sua ausência ou fundamentação genérica, especialmente no relatório Fundamentos Legais do Débito-FLD, determina a nulidade do lançamento, por caracterizar-se como vício insanável. Processo anulado. (2º CC – 5ª Câmara – rel. Damião cordeiro de Moraes – Ac. nº 205-01.531j. 04/02/09) .

CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO. ADICIONAL DE APOSENTADORIA ESPECIAL. AFERIÇÃO INDIRETA. ARBITRAMENTO. AUSÊNCIA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL NO ANEXO FLD. VÍCIO INSANÁVEL. NULIDADE.

A ausência do fundamento de direito que autoriza o procedimento de arbitramento, determina a nulidade do lançamento em decorrência de vício formal insanável, nos termos do artigo 37 da Lei nº 8.212/1991, /c artigo 11, inciso III, do Decreto nº 70.235/72. Processo Anulado. (2º CC – 6ª Câmara – Rel. Cleusa Vieira de Souza - Ac. 206-01.851, j. 05/02/2009).

Assim, também não deve prosperar a exclusão da Recorrente do SIMPLES com fulcro neste dispositivo, na medida em que o ADE nº 38, de 14/08/2009, não especifica qualquer das circunstâncias nele previstas que a recorrente teria, em tese, incorrido.

IV - Lei nº 9.317/96, art. 14, IV

Este artigo dispõe sobre a exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES, sob o seguinte fundamento:

Art. 14. (...)

IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual.

Este Conselho já proferiu algumas decisões sobre a constituição por interpostas pessoas, sendo que me sirvo de uma para a abordagem desse ponto:

INTERPOSTA PESSOA — SIMULAÇÃO ABSOLUTA - O caso é de simulação absoluta, e não relativa, pois se cuida de examinar se a sucessão a título singular dos sócios ocorreu ou não — em caso negativo, nenhum negócio jurídico houve. A presença de uma causa sinzulandi associada aos dados representados nos autos são elementos sobremaneira fortes a descortinar a consecução de simulação absoluta. (PAF nº. 11516.002599/2005-45, Sessão de 18/05/2010, 3ª Turma Ordinária, 1ª Câmara da 1ª Seção)

Na jurisprudência colacionada acima, buscava-se de se averiguar a ocorrência de sujeição do dispositivo em caso de sucessão societária onde os novos sócios, que na verdade seriam “laranjas”, o que acabou sendo constatado.

Feita esta ponderação, adentrando no caso em julgamento, não se aventou a hipótese de se encontrarem interpostas pessoas no quadro societário da Recorrente que não fossem os verdadeiros sócios ou acionistas.

O termo de representação fiscal, ao tratar da interposição de pessoas (e-fls. 23/24), não se prestou a demonstrar / comprovar a efetiva constituição da Recorrente de forma fraudulentamente, utilizando-se de interpostas pessoas. Limita-se a registrar que a recorrente fora constituída com o advento da Lei nº 9.317/96, o que, por si só, não pode levar a qualquer conclusão.

A esse respeito, Maria Helena Diniz, em seu *Dicionário Jurídico* traz o seguinte conceito:

Interposta pessoa seria aquele que comparece num dado negócio jurídico em nome próprio, mas no interesse de outrem, substituindo-o e encobrindo-o.

Tratar-se-ia do presta-nome ou testa de ferro. Age em lugar do verdadeiro interessado que, por motivos não de todo lícitos, deseja ocultar sua participação num ato negocial.

A Recorrente faz prova desde o primeiro recurso (e-fls. 539/587) que Jeniffer Greice Gomes desde o início esteve à frente da pessoa jurídica *Jeniffer Greice Gomes – Torneiras*, seja a frente da Tesouraria, firmando contratos, contratação de funcionários, administração em geral, etc.

Segundo precedentes do CARF, caracteriza-se pessoa jurídica constituída por interposta pessoa àquela constituída por terceiros, completamente estranhos à atividade empresária, veja-se:

SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. ANO-CALENDÁRIO: 1999. SIMPLES. EXCLUSÃO. Não poderá optar pelo simples a pessoa jurídica que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, ou que seja constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios. (CARF. PAF nº 13971.002269/2003-46. Acórdão nº 1801-00.182. Rel. Marcos Vinícius Barros Ottoni. 1ª Seção, 3ª Turma Especial. Sessão: 27/01/2011).

Vale mencionar o CTN, art. 112, *in verbis*:

“Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.”

Pelo exposto, não sendo a ora Recorrente constituída por interpostas pessoas, afasto a aplicação do referido dispositivo ao presente caso, em conformidade com a jurisprudência maçante deste Conselho:

EXCLUSÃO DO SIMPLES. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS.

Será excluída do Simples a pessoa jurídica constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual. (PAF 10630.000787/2006-41, Sessão de 27/01/2011, 1ª Turma Especial da 1ª Seção, Relator Sérgio Rodrigues Mendes)

No julgamento acima ementado ficou constatado que a empresa não era constituída por seus verdadeiros sócios, o que, então, ensejaria a aplicação da Lei nº 9.317/96, art. 14, IV. Assim consta do referido voto:

“Portanto, está devidamente caracterizado que os sócios declarados no contrato social da Farmácia Indiana de Manipulação Ltda. (Recorrente – Empresa excluída do SIMPLES) não são os verdadeiros sócios e que os verdadeiros sócios dessa empresa são aqueles que fazem parte do Quadro Societário da empresa Irmãos Matar e Cia Ltda.

Acrescente-se que, relativamente a essa constatação, a Recorrente não oferece qualquer argumento capaz de elidir a conclusão apresentada pela fiscalização previdenciária”.

Como se vê, há um alargamento do conceito de interposta pessoa, eis que buscou-se adotar o conceito de “laranja” para os verdadeiros sócios da empresa e que fazem parte do quadro societário.

No mesmo sentido:

SIMPLES. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. OCORRÊNCIA DE HIPÓTESES LEGAIS.

Justifica-se a exclusão da sistemática do Simples, desde a constituição da pessoa jurídica, pela constatação da utilização de interpostas pessoas como sócios da empresa, pela comprovação da prática reiterada de infração tributária, pelo embaraço à fiscalização e pela negativa, não justificada, da exibição de livros e documentos a que estava obrigada, nos termos do que dispõe o art. 14, incisos II, IV e V, da Lei nº 9.317/96. (PAF nº. 10670.004339/2008-10, Sessão de 27/06/2011, 2ª Turma Ordinária, 2ª Câmara da 1ª Seção)

Em outro caso, a mesma conclusão:

SIMPLES. EXCLUSÃO.

A constituição da empresa mediante a utilização de interpostas pessoas, aliada ao quadro de completa ausência de capacidade operacional e financeira, configuram situação impeditiva para manutenção da opção no SIMPLES FEDERAL (Lei nº 9.317/96). (PAF nº. 13971.001139/2004-77, Sessão de 10/11/2010, 3ª Turma Especial da 1ª Seção, Relator Walter Adolfo Masresch)

Eis o relatório do PAF nº. 13971.001139/2004-77:

“Relatam os auditores de que foi constatada situação de fato envolvendo três empresas sob o mesmo controle financeiro e administrativo, funcionando no mesmo local, envolvendo as empresas “VILLA CONFECÇÕES LTDA”, “VILLA TÊXTIL INDUSTRIAL LTDA” e a empresa “SERVTEX SERVIÇOS TÉCNICOS TÊXTEIS LTDA” ora recorrente.

A primeira empresa citada é a única que deteria verdadeira autonomia econômico financeira, enquanto as outras duas - “Villa Têxtil Industrial Ltda” e “Servtex Serviços Técnicos Têxteis Ltda”, ambas optantes pelo SIMPLES, seriam meras empresas de fachada utilizadas para registro dos empregados da “VILLA CONFECÇÕES”.

E a conclusão do voto:

“Conforme relatam os auditores previdenciários, diversos funcionários foram sendo transferidos ao longo do tempo da VILLA CONFECÇÕES LTDA para a SERVTEX, sendo que o sócio majoritário desta, Sr. LINDOLFO KRAETZER, atua na verdade como preposto e executa atividades de cunho administrativo em nome da VILLA CONFECÇÕES LTDA, conforme documentos juntados aos autos.

(...)

Desta forma, o quadro fático é revelador de que a SERVTEX não tem autonomia e tampouco quadro operacional independente, sendo mero apêndice da empresa VILLA CONFECÇÕES LTDA”.

Como demonstrado, a exclusão do Simples será daquela pessoa jurídica que fora constituída por interpostas pessoas, o que, conforme já mencionado acima, não é o caso da Recorrente, ao menos com base na Representação Fiscal acostada ao presente processo administrativo, conforme item 50 da Representação Fiscal (fl. 25):

“Diante das constatações acima, a empresa Industria, Comercio e Exportação de Metais Imperatriz Ltda., utilizou-se de interpostas pessoas para exercer suas atividades normais, distribuir o seu faturamento e diminuir os valores a recolher de suas contribuições e impostos, utilizando-se de Jeniffer Greice Gomes.

O conceito de “interposta pessoa” trazido anteriormente, extraído das lições da doutrinadora Maria Helena Diniz, vai ao encontro daquele utilizado por este Conselho, qual seja, interpostas pessoas são os denominados “laranjas”, “testa-de-ferro”, que simplesmente emprestam os seus nomes para a abertura de pessoas jurídicas, deixando para os verdadeiros “donos” (ou sócios de fato) a administração da sociedade, por meio da outorga de procurações, por exemplo, com ilimitados poderes para gerir a empresa como um todo. Eis alguns julgados nesse sentido:

SIMULAÇÃO OBJETIVA – EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL - Conquanto a interposição de pessoas não possa ser deduzida de um único indício, o conjunto de indícios pode demonstrar a existência da causa simulandi a comunicar o fio condutor quanto à ocorrência de simulação subjetiva.

Vê-se que nesse caso a Recorrente outorgou ilimitados poderes a pessoas físicas, sócias de outra pessoa jurídica que, como a própria recorrente reconhece, é a líder de grupo econômico de fato a que pertence a recorrente. E as procurações outorgadas, sobre não estabelecerem limites para atuação das pessoas físicas, não previam sequer a prestação de

contas, o que contraria a ideia de gestão de negócios colocada pela recorrente. Some-se a isso a vultosa movimentação financeira, não registrada e nem justificada, das contas correntes pertencentes à recorrente, que eram movimentadas pelos procuradores. Quadro fático que acusa a presença de *causa simulandi*, denotando a conclusão de constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas — no caso, as referidas pessoas físicas são os efetivos ou verdadeiros sócios da recorrente. (PAF nº. 11516.002474/2005-15, Sessão de 05/07/2010, 3ª Turma Ordinária, 1ª Câmara da 1ª Seção).

SIMPLES

Não pode optar pelo SIMPLES empresa que seja formada por interpostas pessoas. (PAF nº. 13971.00112230/2003-29, Sessão de 06/07/2010, 3ª Turma Ordinária, 1ª Câmara da 1ª Seção)

No caso acima (PAF nº. 13971.00112230/2003-29), a fiscalização constatou que a empresa fora “formada por pessoas que não são os verdadeiros sócios”, para assim ser concluído o voto:

“Por tudo isso, fica devidamente comprovado que os empregados da recorrente são empregados da LULI Indústria e Comércio de Confecções LTDA, pois, a recorrente, faz parte da LULI, ou seja, a recorrente, foi formada por interpostas pessoas, visando optar pelo SIMPLES, e aproveitar os benefícios do sistema, notadamente nas questões previdenciárias”.

Por fim, colaciono um último o julgado onde fica clarividente o norte de interpretação dado por este Conselho, onde na empresa recorrente do PAF nº. 11516.001158/2005-86 ficou constatado que ela fora constituída por interpostas pessoas, pois, a pessoa jurídica “SEPROL Computadores e Sistemas Ltda.” era quem de fato geria a empresa recorrente, o que ensejou a sua exclusão do Simples com fulcro no mesmo dispositivo:

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS.

A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica for constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual. (PAF nº. 11516.001158/2005-86, Sessão de 30/03/2011, 1ª Turma Especial da 1ª Seção)

E no voto:

“Nos autos foram comprovados os fatos descritos na Representação Administrativa INSS, fls. 01/113, dos quais se pode deduzir que, embora a SEPROL Computadores e Sistemas Ltda, CNPJ 76.366.285/000140, não participa do capital social da Recorrente, há preponderância na gerência desta por parte daquela como forma de se beneficiar indevidamente do tratamento tributário diferenciado, simplificado e favorecido, o que evidencia, por presunção relativa, a interposição de pessoa”.

Com base nas razões acima expostas, voto por afastar a aplicação da Lei 9.317/96, art. 14, IV no presente processo administrativo, de modo não ser este dispositivo fundamento hábil a ensejar a exclusão da Recorrente do Simples.

V. Lei Complementar nº 123/06, art. 3º, § 4º, IX

Dispõe o dispositivo legal em análise:

Art. 3º (...)

§ 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:

(...)

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;

A hipótese de exclusão em análise é a mesma da Lei nº 9.317/96, art. 9º, XVII e, consubstanciada nos mesmos fatos, não há motivos para concluir de forma distinta daquela.

VI. Lei Complementar nº 123/06, art. 29, I

Assim dispõe o referido dispositivo:

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;

O referido artigo não prevê uma hipótese específica de exclusão, mas sim garante ao auditor fiscal a fazer de ofício quando verificada qualquer das hipóteses previstas em lei e que não tenham sido comunicadas pelo próprio contribuinte.

Como no presente caso o contribuinte discute todos os fundamentos legais da exclusão, obviamente, a simples utilização desse dispositivo não é suficiente para caracterizar e fundamentar a exclusão da Recorrente do SIMPLES NACIONAL.

VII - Lei Complementar nº 123/06, art. 29, IV

O artigo ora analisado assim dispõe:

“Art. 29. (...)

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;”

A hipótese de exclusão em questão é a mesma prevista na Lei nº 9.317/96, art. 14, IV, e, mais uma vez, por se tratarem de dispositivos legais aplicados sobre os mesmos fatos relatados na Representação Fiscal (e-fls. 02/29), não há razão para concluir de modo

diverso da conclusão do tópico “V”, reiterando-se os argumentos lá trazidos e aplicando-os para afastar a exclusão da Recorrente também com fulcro na Lei Complementar nº 123/2006, art. 29, IV.

VIII. Lei Complementar nº 123/06, art. 29, VIII

Eis a redação do dispositivo ora em análise:

Art. 29. [...]

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

O ilícito previsto neste artigo não restou devidamente demonstrado pelo auditor fiscal na Representação Fiscal (e-fls. 02/29), mesmo com a alegação que existiam falhas na escrituração fiscal da Recorrente, não há qualquer especificação das operações que não foram escrituradas em livro caixa, ou mesmo se movimentações financeiras teriam sido omitidas da escrituração da recorrente.

Ainda, no item da representação fiscal destinado a tratar da escrituração fiscal da Recorrente, o auditor limitou-se a consignar que (fls. 22/23):

42 - Todas as empresas envolvidas tem como contador o Sr. Paulo Roberto Esbrigue e que apresentou o livro diário da contabilidade referente ao período auditado, ou seja, de janeiro de 2004 a dezembro de 2008, que são os abaixo citado. A empresa Maria Conceição Trizzi — EPP deixou de apresentar o livro caixa e ou livro Dário, embora a sua escrituração esteja a cargo do contador acima citado.

[...]

43 - Da análise dos livros diários da contabilidade apresentada a Auditoria e relacionados acima, constatamos que os mesmos contem informações diversas da realidade e que omite informações verdadeiras, pois, não registram todas as movimentações bancárias e financeiras e não foram prestados esclarecimentos que permita a sua identificação. A empresa criou embaraço a fiscalização ao não apresentar a documentação necessária e imprescindível à auditoria, apesar de devidamente intimada a fazer a apresentação dos documentos e contabilidade.”

Além da Representação Fiscal se referir à pessoa jurídica diversa da Recorrente (Maria Conceição Trizzi - EPP), não há como constar sobre quais movimentações bancárias e financeiras se refere o auditor, bem como quais informações verdadeiras foram omitidas, como e por que ofereceu embaraço à fiscalização. Não há, também, indicação de quais teriam sido as informações omitidas dos livros fiscais.

O AUDITOR FISCAL em dado momento registra no termo de representação fiscal que (fls. 06):

12 - Os documentos de todas as empresas referentes à folha de pagamento, livro de registro de empregados, livro de inspeção de trabalho, recibos de pagamento de salário, recibo de pagamento de férias, rescisão de contrato de trabalho, salário família, salário maternidade, Guia de Recolhimento do FGTS e Informação a Previdência Social — GFIP, contribuição sindical, transmissão da GFIP, foram disponibilizado a auditoria para análise seção de Recursos Humanos das empresas objeto da auditoria, onde procedemos a análise dos documentos e verificamos que os arquivos dos documentos de todas as empresas estão sob responsabilidade do RH das empresas.

(...)

15 - Os livros diários da contabilidade, livro razão da contabilidade, livro de registro de inventário, livros de registro de entrada e saída de mercadorias, assim como dos documentos que dão sustentação aos lançamentos efetuados nos mesmos foram disponibilizados no Escritório Esbrigue, localizado à Avenida Presidente Getulio Vargas no 692 sala 3 — 1º andar — Loanda — PR, onde fui atendido pelo Sr. Paulo Roberto Esbrigue, contador de todas as empresas objeto dessa auditoria, o qual consta como empregado da empresa Industria, Comercio e Exportação de Metais Imperatriz Ltda — EPP no período de 15/01/2003 a 09/01/2004, de 01/07/2004 a 27/01/2005 (existem outros vínculos empregatícios anteriores a 2003) e consta como empregado da empresa Jefferson César Gomes com admissão em 02 de junho de 2008.

Deste modo, é absolutamente inviável concluir que a Recorrente tenha incorrido na penalidade prevista na Lei Complementar nº 123/06, art. 29, VIII, motivo pelo qual afasto a sua exclusão do SIMPLES NACIONAL.

IX. Lei Complementar nº 123/06, art. 29, XII

O artigo prevê a exclusão do SIMPLES NACIONAL nos casos de:

“Art. 29. (...)

XII - omitir de forma reiterada da folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária, segurado empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual que lhe preste serviço.”

A previsão parágrafo 9º, do mesmo artigo, assim dispõe:

Art. 29

(...)

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, artil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo. (grifou-se).

Fica nítido que para a verificação da “prática reiterada”, necessário se faz a formalização destas por meio de auto de infração ou notificação de lançamento, ou mesmo que seja o caso de verificação da segunda ocorrência, de infração idêntica a anteriormente destacada. Notadamente, não se vê estas características no presente caso.

Compulsando a Representação Fiscal, a única menção que faz o auditor fiscal a alguma prática que poderia fundamentar a exclusão da Recorrente com fulcro nesse fundamento legal se encontra na e-fl. 25

“Da análise das Guias de recolhimento do FGTS e Informações a Previdência Social, as empresas deixaram de informar a remuneração efetuada a contribuinte individual (autônomo), assim como deixou de informar a remuneração de alguns empregados (férias), bem como as remunerações abaixo não constam das folhas de pagamento apresentadas a auditoria.”

Frise-se aqui que não há demonstração e/ou comprovação de se tratar de reiteração da prática apontada, bem como não há especificação acerca de qual empresa dentre aquelas formadora do alegado grupo econômico incorreu na prática ali descrita, por se tratar de afirmação genérica sem vinculação entre agente e conduta.

Assim, não há como apontar qualquer violação ao dispositivo em tela.

Por todo o exposto voto no sentido de DAR provimento ao Recurso Voluntário, afastando a exclusão da Recorrente do SIMPLES e do SIMPLES NACIONAL por considerar que não foi demonstrado nenhuma das causas previstas em lei para sua exclusão.

(assinado digitalmente)

Gustavo Junqueira Carneiro Leão

Processo nº 10950.004252/2009-79
Acórdão n.º **1802-002.045**

S1-TE02
Fl. 60

CÓPIA