



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

Processo n° 10980.724723/2013-98
Recurso n° De Ofício
Acórdão n° 2401-003.969 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de janeiro de 2015
Matéria SIMPLES NACIONAL
Recorrente 16ª TURMA DA DRJ/RPO
Interessado SCHOONER COMÉRCIO DE VESTUÁRIO E DEC. NÁUTICA LTDA. - EPP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2012

EXCLUSÃO DA EMPRESA DO “SIMPLES”. ATO DECLARATÓRIO. INEXISTÊNCIA. LANÇAMENTO DOS TRIBUTOS ABRANGIDOS PELA REFERIDA SISTEMÁTICA. NULIDADE.

É nulo o lançamento de ofício dos tributos abrangidos pelo “SIMPLES”, quando não precedido do ADE - Ato Declaratório de Exclusão da empresa da referida sistemática.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RECOLHIMENTOS EFETUADOS PELA ENTIDADE DESPERSONALIZADA. IMPUTAÇÃO COMO PAGAMENTO. DEVER DE OFÍCIO DA FISCALIZAÇÃO.

Uma vez que a fiscalização desconsidere a personalidade jurídica de entidade formalmente constituída como empresa e, por consequência, atribua-lhe a condição de mera filial de outra pessoa jurídica, deve proceder, quando idênticos os respectivos fatos geradores, à imputação das contribuições previdenciárias por aquela recolhidas, como pagamento das contribuições exigidas desta última.

Recurso de Ofício Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, por CONHECER do recurso de ofício, e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, reconhecendo o vício material no lançamento.

(assinado digitalmente)
André Luís Mársico Lombardi – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros André Luís Mársico Lombardi (Presidente), Luciana Matos Pereira Barbosa (Vice-Presidente), Carlos Alexandre Tortato, Cleberson Alex Friess, Theodoro Vicente Agostinho, Rayd Santana Ferreira, Carlos Henrique de Oliveira e Arlindo da Costa e Silva.

Relatório

Trata-se de de ofício em face de decisão de primeira instância que julgou procedente a impugnação da interessanda, exonerando o crédito tributário.

Adotamos trecho, com destaques nossos, do relatório do acórdão do órgão *a quo* (fis. 1.159 e seguintes), que bem resume o quanto consta dos autos:

Consoante o relatório fiscal (REFISC) anexado às fls. 202 a 219, no curso do procedimento de fiscalização na SCHOONER COMERCIO DE VESTUÁRIO E DEC NÁUTICA LTDA. - EPP, instaurado para a verificação do cumprimento, pela referida entidade, de suas obrigações relativas às contribuições destinadas à previdência social e a outras entidades e fundos, foram lavrados os seguintes autos de infração:

AI	Objeto	Valor
51.037.914-1	Lançamento das contribuições previstas nos incisos I a III do art. 22 da Lei nº 8.212/91, incidentes sobre remunerações pagas a segurados empregados e contribuintes individuais no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2012, inclusive a título de 13º salário.	3.590.881,73
51.037.915-0	Lançamento das contribuições devidas pelos segurados empregados, com base no art. 20 da Lei nº 8.212/91, incidentes sobre as importâncias correspondentes às remunerações por eles recebidas no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2012, inclusive a título de 13º salário.	1.298.317,84
51.037.916-8	Lançamento das contribuições destinadas a terceiros (Salário-Educação, SESC, SENAC, INCRA e SEBRAE), incidentes sobre remunerações pagas a segurados empregados no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2012, inclusive a título de 13º salário.	915.777,30

Ainda nos termos do mencionado relatório:

1º) Os lançamentos têm origem em informações durante auditoria na SCHOONER, bem como nos procedimentos fiscais instaurados junto às empresas ACROLINE COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA – EPP, ASPIDECK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA – EPP, CLOTHE CAMPINAS COMÉRCIO DE CONFECÇÃO LTDA – EPP, CLOTHEPAR COMERCIO DE CONFECÇÕES LTDA – ME, CLOTHEPOLLO COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA –EPP, CLOTHESUL CONFECÇÕES LTDA – EPP, PRIMO BORDADOS LTDA - EPP e TEXTILPRIMA COMERCIO DE CONFECÇÕES LTDA – EPP, as quais possuem o mesmo objeto social da primeira, ou seja, o comércio de artigos de vestuário e acessórios;

2º) Os elementos que justificaram os lançamentos foram obtidos na análise das informações prestadas pelo contribuinte nas GUIAS DE RECOLHIMENTO DO FUNDO DE GARANTIA E INFORMAÇÕES À PREVIDÊNCIA SOCIAL – GFIP e demais elementos colhidos junto à autuada e demais “empresas” acima elencadas, elementos esses que formaram o convencimento do Fisco acerca da íntima relação dessas com aquela, conduzindo à conclusão de que a SCHOONER é a matriz da qual as outras “empresas” são meras filiais, constituídas com outras razões

sociais com a finalidade de supressão de tributos mediante fraude;

3º) **A fiscalizada e as demais “empresas” realizaram autoenquadramento no SIMPLES NACIONAL e, a partir deste enquadramento e respectiva declaração em GFIP, deixaram de ser calculadas como devidas à Previdência Social as contribuições sociais a cargo da empresa;**

4º) **Conforme quadro demonstrativo do item 12 do relatório, a receita bruta da SCHOONER, em conjunto com a de suas filiais, denota-se a impossibilidade de opção ao regime do SIMPLES NACIONAL, vez que tal receita bruta supera, em todo o período fiscalizado, o limite máximo para ingresso ou permanência nessa sistemática;**

5º) **Na medida em que as atividades da SCHOONER foram se expandindo, ao invés de se criarem filiais do estabelecimento, foram criadas diversas pessoas jurídicas de forma a fracionar a receita bruta e usufruir, indevidamente, do regime tributário favorecido denominado SIMPLES NACIONAL;**

6º) **A SCHOONER, sob comando de seu sócio majoritário, administrador da pessoa jurídica desde 26/09/1986, Antonio Carlos Ferreira, por intermédio de pessoas de seu núcleo familiar, amizade e confiança pessoal, fracionou suas atividades utilizando-se, de forma simulada, das demais pessoas jurídicas referidas neste relatório, todas indevidamente optantes pelo SIMPLES NACIONAL, com a finalidade de manter a SCHOONER nesse regime e, conseqüentemente, suprimir tributos devidos à Previdência Social e às outras entidades e fundos (terceiros), já que para a empresa optante pelo SIMPLES não há incidência, sobre a folha de pagamento, de contribuições sociais a cargo da empresa;**

7º) **Os indícios da referida simulação, coletados durante a auditoria fiscal, são os seguintes:**

Quanto à Schooner

Conforme depreende-se do contrato social constante no anexo “Schooner Intimações e documentos”, a Schooner iniciou suas atividades em setembro de 1986 tendo como sócios Antonio Carlos Ferreira e sua mãe Lea Rita Bergamaschi Ferreira, ambos com 50% das cotas sociais.

Em junho de 1993, com a 2ª. alteração do Contrato Social, Antonio Carlos Ferreira consolida-se como sócio majoritário, com 99% das cotas sociais.

Quanto à Aspideck

Em dezembro de 1996, Jorge Dib Manne associa-se a Antonio Carlos Ferreira e juntos criam a segunda pessoa jurídica do grupo Schooner, a Aspideck, representada fisicamente pela loja Schooner existente no shopping Curitiba, nesta capital. No ato de sua criação cada sócio integralizou 50% do capital social, assumindo a mesma proporção das cotas sociais.

O vínculo entre Antonio Carlos Ferreira e Jorge Dib Manne aparece descrito pelo Sindicato dos Lojistas do Comércio de Curitiba (Sindilojas) em <http://www.sindilojascuritiba.com.br/sindilojas-guerreiro-do-comercio-2007>, acessado em 03/05/2013, às 10:35h. Conforme verifica-se no anexo “Jorge dib manne e Antonio Carlos Ferreira Sindicómércio.pdf”, no ano de 2007 Jorge Dib Manne foi agraciado com o prêmio “Guerreiro do Comércio 2007” pelo seu desempenho junto à rede de lojas Schooner, tendo como “sócio” Antonio Carlos Ferreira.

O mesmo vínculo entre Antonio e Jorge Dib é descrito em publicação promocional de rede de lojas Schooner editada em 2011. Conforme consta em <http://pt.scribd.com/doc/63060883/Schooner-Mariners-Edition>, acessado em 03/05/2013, às 10:40h. No anexo “revista schooner c história.pdf” destaca-se o trecho que diz “A Schooner surgiu em 1986 e foi fundado por Antônio Carlos Ferreira, após sete anos, seu grande amigo Jorge Dib Manne se juntou a equipe”.

Em junho 2001, Antonio Carlos Ferreira retira-se da Aspideck. Em seu lugar e com apenas 1% das cotas sociais, ingressa Luciana Manne Paiva, irmã de Jorge Dib Manne.

Em novembro de 2012, Luciana deixa a Aspideck e Jorge Dib Manne passa a ser o único sócio desta empresa.

Além de amigos, os sócios Antonio Carlos Ferreira e Jorge Dib Manne são vizinhos pois residem no mesmo prédio, situado na avenida Iguazu 3001 em Curitiba. Antonio Carlos mora no apartamento 2002 e Jorge Dib no apartamento 2403, conforme comprovantes de endereço constantes nos anexos “Schooner Intimações e documentos” e “Aspideck intimações e documentos”.

Quanto à Primo Bordados

Criada em maio de 1999 tendo inicialmente como sócias Iolanda Ferreira Zardo e Mariza de Cássia Zardo, ambas com 50% das cotas sociais e tendo Iolanda como gerente da sociedade. Vide anexo “P Bordados Intimações e documentos.pdf”.

Note-se que Iolanda é mãe de Kátia Rosana Zardo Ferreira, esposa de de Antonio Carlos Ferreira. Mariza é filha de Iolanda e irmã de Rosana.

Portanto a Primo Bordados foi criada tendo como sócias a sogra e a cunhada de Antonio Carlos Ferreira.

Em maio de 2008, Antonio Carlos Ferreira assume a sociedade como administrador e com 99% das cotas sociais, restando Marisa com 1%.

Quanto à Acroline

Criada em novembro de 2000 tendo como sócios Jorge Manne (99% das cotas sociais) e Pércio Ferreira (1% das cotas sociais).

Vide anexo “Acroline Intimações e documentos.pdf “. Note-se: Jorge Manne é o pai de Jorge Dib Manne, o guerreiro do Comércio de 2007. Pércio Ferreira, já falecido, era o pai de Antonio Carlos Ferreira, grande amigo de Jorge Dib Manne.

Quanto à Clothesul

Criada em julho de 2005 tendo como sócios as mesmas pessoas da primitiva Schooner:

Antonio Carlos Ferreira (1% das cotas sociais) e sua mãe, Lea Rita Bergamaschi Ferreira (99% das cotas sociais).

Note-se a seguinte peculiaridade do Contrato Social: Na cláusula 7ª –Administração consta que a sociedade será administrada isoladamente pelo sócio Antonio Carlos Ferreira. Em outras palavras, com 1% das cotas sociais, Antonio Carlos Ferreira detinha (como deteve até outubro de 2012) 100% do controle desta pessoa jurídica (que, tal qual às outras já referidas, é mera filial da primitiva Schooner).

Em 26/10/2012, Antonio Carlos retirou-se da sociedade, sobejando apenas sua mãe como cotista e administradora dessa filial. Vide anexo “Clothesul Intimações e documentos.pdf”.

Quanto à Clotheper

Surgida em outubro de 2008, tendo como sócios Jorge Dib Manne (administrador, com 99% das cotas sociais) e sua esposa, Adriana Evaristo Machado Manne (1% das cotas sociais). Em dezembro de 2009, retira-se Jorge Dib e ingressa, com apenas 1% das cotas sua mãe Theresa Christina Abagge Manne. Em novembro de 2012, a mãe de Jorge Dib retira-se da sociedade restando sua esposa Adriana com 100% das cotas sociais. Vide anexo “Clotheper Intimações e documentos.pdf”.

Quanto à Textilprima

Criada em agosto de 2010, tendo como sócias Theresa Christina Abagge Manne (com 99% das cotas sociais) e Luciana Manne Paiva (com 1% das cotas sociais). Como já visto, Theresa é mãe de Jorge Dib e Luciana irmã deste. Em outubro de 2010, retira-se Luciana e ingressa Adriana Evaristo Machado Manne, na mesma proporção de cotas sociais. A partir de novembro de 2012, Theresa Christina Abagge Manne passa a figurar no contrato social com 100% das cotas sociais, dada a retirada de Adriana. Vide anexo “Textilprima Intimações e documentos.pdf”.

Perceba-se as alterações cruzadas nos quadros sociais da Textilprima com a Clotheper.

Quanto à Clothe Campinas

Criada em setembro de 2010, tendo como sócias Kátia Rosana Zardo Ferreira (administradora, com 99% das cotas sociais) e

Iolanda Ferreira Zardo (com 1% das cotas sociais). Conforme destacado no tópico Primo Bordados, Kátia é esposa de Antonio Carlos Ferreira e Iolanda é mãe de Kátia.

Quanto à Clothepollo

Criada em junho de 2011, tendo como sócios Fernando Zardo (administrador, com 99% das cotas sociais) e Bruno Evaristo Ferreira (com 1% das cotas sociais). Em novembro de 2012, Bruno retira-se da sociedade, restando Fernando Zardo com 100% das cotas sociais.

Bruno Evaristo é filho de Adriana Evaristo Machado Manne (esposa de Jorge Dib Manne).

Fernando Zardo é pai de Kátia Rosana Zardo Ferreira, esposa de Antonio Carlos Ferreira.

Os dados acima denotam a existência de estreitos vínculos familiares entre as pessoas referidas neste tópico e o vínculo de amizade existente entre os verdadeiros sócios da rede de lojas Schooner que, com vistas a fraudar o Fisco, estabeleceram, mediante laços de fidelidade e sujeição, o conluio ora desvendado.

Quanto à movimentação de empregados da rede

*Entre as pessoas jurídicas integrantes da rede SCHOONER há uma **intensa movimentação de empregados (v. o quadro demonstrativo do item 13.2 do REFISC)**. A sucessão de vínculos consecutivos de diversos empregados **demonstra a administração comum das pessoas jurídicas (na realidade filiais) do grupo**, transferindo empregados de um estabelecimento para outro conforme a necessidade e conveniência do momento. **Em várias dessas movimentações percebe-se a interrupção dos vínculos empregatícios pelo tempo necessário à possível fruição do benefício social denominado “seguro desemprego”, disfarçado pelo reingresso do empregado em outra “empresa” do grupo Schooner;***

Quanto à elaboração e envio de Gfip

***As declarações em GFIP das empresas correspondentes às lojas da rede SCHOONER em Curitiba e São José dos Pinhais (ASPIDECK, ACROLINE, CLOTHEPAR, CLOTHEPOLLO, PRIMO BORDADOS, TEXTILPRIMA e SCHOONER) são enviadas pela mesma pessoa:** Luana Lopes de Oliveira, CPF 029.803.159-07, que é empregada da ACROLINE desde 01/09/2005.*

Quanto ao uso da marca “Schooner”

*Intimadas a esclarecer por que se utilizam da marca “SCHOONER”, pertencente à SCHOONER COMÉRCIO DE VESTUÁRIO E DECORAÇÃO NÁUTICA LTDA., conforme pesquisa feita no sítio do INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial na internet, **as demais empresas afirmaram que o nome SCHOONER é utilizado como decorrência e expressa autorização do detentor***

da marca, uma vez que labora como espécie de franqueador informal:

Em razão dessa resposta, novas intimações foram lavradas para que fossem apresentados os instrumentos jurídicos que contivessem a “expressa autorização do detentor da marca” para uso do marca/nome “SCHOONER”, bem como fosse esclarecido o significado da expressão “franqueador informal” e a forma e valores de remuneração paga ao “franqueador informal”, com indicação da conta contábil de registro dos pagamentos dessa remuneração. Entretanto, como resposta, as empresas “de fachada” tergiversaram respondendo que embora possuíssem autorização expressa para o funcionamento sob o sistema de franquias, esta se operou de maneira informal. Nenhum documento foi apresentado. Nada comprovou a alegada “expressa autorização”.

Acrescente-se que na contabilidade das “empresas” da rede SCHOONER não consta qualquer conta ou registro contábil de receita ou despesa referente ao alegado “sistema de franquias”, não havendo, portanto, que se falar em sistema de franquias. A fraude ora descortinada não guarda relação com sistema de franquias. Em realidade, o dono da primitiva SCHOONER, Antonio Carlos Ferreira, associou-se a Jorge Dib Manne e, como já dito, com a expansão de suas atividades empresariais, ao invés de abrirem filiais da empresa, passaram a criar, em nome próprio e mediante interposição de pessoas, diversas pessoas jurídicas optantes pelo regime tributário SIMPLES NACIONAL, fracionando suas receitas e suprimindo tributos.

Quanto aos contratos de locação

Verificou-se, também, a presença de relações de confiança nos **contratos de locação dos imóveis ocupados pelas filiais da Schooner**, conforme descrito a seguir:

- Contrato de locação da loja onde se situa a filial Acroline

O contrato de locação consta no anexo “Acroline Intimações e documentos.pdf”. Nesse contrato, como ordinariamente acontece, assina como representante da locatária o “sócio” Jorge Mane.

Inusitada, não fosse o conluio que ora se desvenda, é a presença de Antonio Carlos Ferreira e sua esposa Kátia Rosana Zardo Ferreira como fiadores do locatário. A presença de Antonio Carlos Ferreira na figura de fiador evidencia, novamente, a existência de administração centralizada da rede de lojas Schooner.

- Contrato de locação da loja onde se situa a filial Clothepar

Nesse contrato, Jorge Dib Manne, que não é sócio dessa pessoa jurídica, comparece como fiador da empresa. O contrato de locação consta no anexo “Clothepar Intimações e documentos.pdf”.

- Contrato de locação da loja onde se situa a filial Clothepollo

Nele consta a sucessão havida entre a Primo Bordados e a Clothepollo. As pessoas relacionadas no contrato são Iolanda Ferreira Zardo e Fernando Zardo, pais da esposa de Antonio Carlos Ferreira conforme já relatado. Anexo “Clothepollo Intimações e documentos.pdf”.

- *Contrato de locação da loja onde se situa a filial Clothesul*

Neste contrato, apesar de não conter a assinatura do fiador, consta o nome de Jorge Dib Manne. O simples fato de constar nesse contrato o nome do grande sócio de Antonio Carlos Ferreira, em uma “empresa” sem qualquer ligação aparente entre os dois, demonstra, novamente a existência de atividade empresarial conjunta das referidas pessoas. Anexo “Clothesul Intimações e documentos.pdf”.

- *Contrato de locação da loja onde se situa a filial Primo Bordados Presentes*

Antonio Carlos Ferreira como representante do locatário e como fiador aparece, novamente, Jorge Dib Manne.

Novamente o que poderia ser uma aparente coincidência é mais uma evidência da associação empresarial existente entre as referidas pessoas. Anexo “P Bordados Intimações e documentos.pdf”.

- *Contrato de locação da loja onde se situa a filial Textilprima*

Nesse contrato consta o nome da ora autuada (Schooner) como cedente do contrato original de locação para a Textilprima. E novamente aparecem as figuras de Antonio Carlos Ferreira e Jorge Dib Manne de forma a reiterar a atividade comercial conjunta e a existência de confiança recíproca entre si. Anexo “Textilprima Intimações e documentos.pdf”.

Mais: esse contrato demonstra que após um inicial planejamento para criação de uma verdadeira filial da primeira Schooner, os sócios de fato Antonio Carlos Ferreira e Jorge Dib Manne escolheram criar uma nova pessoa jurídica mediante nova interposição de pessoas (no caso a mãe de Jorge Dib Manne) de forma a ocultar os verdadeiros sócios da empresa.

- *Contrato de locação da loja onde se situa a filial Clothe Campinas*

Nesse contrato consta o nome de Antonio Carlos Ferreira (administrador da rede Schooner) como cedente do contrato original de locação para a Clothe Campinas. Outra vez, não por acaso, aparece a figura de Jorge Dib Manne (como fiador do contrato) de forma a reiterar a atividade comercial conjunta e a existência de confiança recíproca entre si. Anexo “Clothe Campinas Intimações e documentos.pdf”.

Mais: esse contrato demonstra, novamente, que após um inicial planejamento para criação de uma verdadeira filial da primeira

Schooner, os sócios de fato Antonio Carlos Ferreira e Jorge Dib Manne escolheram criar uma nova pessoa jurídica mediante nova interposição de pessoas (no caso a esposa e a sogra de Antonio Carlos Ferreira) de forma a ocultar os verdadeiros sócios da empresa.

Quanto ao rateio de despesas de publicidade

*No período de 25 a 30/08/2012 houve rateio de despesas referentes a veiculação comercial na empresa Rádio Transamérica de Curitiba. **O anexo “Notas Fiscais Transamerica.pdf” contém as imagens de notas fiscais de prestação de serviços com numeração sucessiva e idêntico valor. Uma foi paga pela Clothepollo (cuja administração pertence, de fato, a Antonio Carlos Ferreira) e a outra foi paga pela Textilprima (cuja administração recai, de fato, em Jorge Dib Manne). Obviamente as veiculações referiram-se à marca “Schooner”.***

Quanto ao empréstimo atípico feito a Jorge Dib Manne

Jorge Dib Manne, que não é formalmente sócio dessa “empresa”, recebeu em 29/12/2010 um “empréstimo” de R\$ 100.000,00 da Textilprima. Esse valor foi entregue em espécie a Jorge Dib Manne (saiu diretamente do caixa da empresa) curiosamente alguns dias após o término do período de vendas do natal de 2010.

O pagamento do empréstimo foi feito mediante quatro depósitos na conta corrente da Textilprima: três vezes de R\$ 30.000,00 em 14/12/2012, 17/12/2012 e 18/12/2012 mais uma vez de R\$ 10.000,00 em 19/12/2012, totalizando os mesmos R\$ 100.000,00. Esses fatos contábeis estão registrados na conta contábil “11010700002 - JORGE DIB MANNE” da contabilidade da Textilprima que considerou quitada a obrigação entre as partes.

*Perceba-se a peculiaridade desse empréstimo: Foi realizado a pessoa estranha ao quadro social da empresa mediante incomum benefício à essa pessoa, alheia à sociedade. O “empréstimo” foi contraído em dezembro de 2010 e restituído em dezembro de 2012, portanto após o decurso de dois anos, sem qualquer correção monetária ou juros remuneratórios. **Tal privilégio corrobora o convencimento do Fisco acerca de quem é o administrador de fato da Textilprima: Jorge Dib Manne.***

Os documentos contábeis referentes às transações ora referidas constam do anexo “Textilprima Intimações e documentos.pdf”. Os registros contábeis constam dos arquivos digitais da contabilidade entregues pela Textilprima à fiscalização.

Quanto às operações conjuntas de importação

*Em meados de 2012 a rede de lojas **Schooner foi autuada pela fiscalização aduaneira** da Receita Federal do Brasil (conforme Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0917800/53772/12 Comprot nº 10907720.002/201219) em razão de realizar **importação** de mercadorias para revenda em sua rede de lojas **em desconformidade com a legislação** de regência*

dessas operações. Conforme consta no anexo “Irregularidades Aduaneiras”, uma das “filiais” da rede Schooner realizava a importação de mercadorias para toda a rede, mediante interposição fraudulenta de pessoas e ocultação dos reais beneficiários das operações de importação. O relatório fiscal do auto de infração constante no referido anexo demonstra, novamente, a existência do conluio fraudulento ora relatado e se coaduna com a conclusão da existência de gestão concentrada das lojas da rede Schooner.

Quanto aos advogados da rede “Schooner”

Os representantes legais das nove “empresas” do grupo Schooner, que formalmente teriam administrações desvinculadas umas das outras, outorgaram procurações para os mesmos advogados. Face todos os pontos ora expostos, a escolha dos mesmos advogados para representar todas as pessoas jurídicas do grupo aponta, outra vez, que a administração da rede de lojas está sob o controle das mesmas pessoas.

8º) Os fatos apresentados, quando analisados rápida e isoladamente, podem não se revestir de grande relevância. Mas, a visão do todo, do conjunto de indícios carreados, demonstra, indene de dúvidas, que a empresa ora autuada procedeu ao fracionamento de suas atividades mediante simulação de existência de pessoas jurídicas distintas, todas optantes pelo regime tributário privilegiado denominado SIMPLES NACIONAL, com vistas à ocultação de sua real receita bruta auferida e com isso fraudar o Fisco;

9º) Os autos de infração que integram este processo constituem o crédito tributário referente às contribuições sociais a cargo da empresa e dos segurados, conforme valores informados pelas pessoas jurídicas integrantes da rede de lojas SCHOONER nas GFIP correspondentes ao período fiscalizado;

10º) As condutas perpetradas pelos administradores da autuada, ao utilizarem simuladamente outras pessoas jurídicas para albergar partes de suas atividades, beneficiando-se indevidamente de regime do SIMPLES NACIONAL, cujo resultado é supressão das contribuições sociais devidas, configuram, em tese, crime contra a Ordem Tributária, de acordo com o artigo 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, de 27/12/1990, razão pela qual foi elaborada representação fiscal para fins penais, bem como representação administrativa para o fim de elaboração de ato declaratório de exclusão (ADE) do SIMPLES NACIONAL de todas as empresas referidas nesse relatório;

11º) O contribuinte não possui recolhimentos em Guias da Previdência Social (GPS) referentes aos fatos geradores ora lançados, portanto, não há créditos para serem apropriados nos presentes autos de infração; e

12º) As deduções referentes a salário-família e salário-maternidade foram consideradas e aproveitadas integralmente no Auto de Infração nº 51.037.915-0.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com os lançamentos, a empresa impugnou-os por meio do expediente anexado às fls. 958 a 997 (...)

(...)

Como afirmado, a impugnação apresentada pela recorrente foi julgada procedente, tendo sido exonerado o crédito tributário, razão pela qual recorreu-se de ofício.

É o relatório.

Voto

Conselheiro André Luís Mársico Lombardi, Relator

Recurso de Ofício. A decisão de primeira instância é irretocável quanto à improcedência do lançamento por ausência de prévia emissão do ato declaratório de exclusão. Assim, quanto aos AI's nº 51.037.914-1 e 51.037.916-8, repisamos os seguintes argumentos.

Consta no item 17 do REFISC:

*17. As condutas perpetradas pelos administradores da autuada, ao utilizarem simuladamente outras pessoas jurídicas para albergar partes de suas atividades, beneficiando-se indevidamente de regime tributário privilegiado (Simples Nacional), cujo resultado é supressão das contribuições sociais devidas, configuram, em tese, crime contra a Ordem Tributária, de acordo com o artigo 2º, I, da Lei nº 8.137/90, de 27/12/1990. **Será encaminhada representação fiscal para fins penais, bem como representação administrativa para o fim de elaboração de ato declaratório de exclusão (ADE) do Simples Nacional de todas as empresas referidas nesse relatório.***

Note-se que a representação administrativa mencionada no item 17 do relatório fiscal é objeto do processo nº 10980.725564/2013-49, tendo culminado na emissão do Ato Declaratório Executivo DRF/CTA nº 134, de 14 de novembro de 2014, proferido, portanto, mais de oito meses após o julgamento de primeira instância, ocorrido em 20 de março de 2014 e que se encontra pendente de análise da impugnanção interposta pela contribuinte. Tampouco se tem notícia das pretendidas exclusões das demais oito empresas citadas nos autos.

A exclusão de ofício de que trata o § 3º do art. 29 da LC nº 123/2006 deverá ser formalizada por termo a ser expedido pela entidade federativa que der início àquele procedimento, como consta do art. 75 da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011, a saber:

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é:

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício.

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110.

É verdade que há a possibilidade de lançamento de ofício dos tributos devidos na hipótese de exclusão, mesmo quando ainda não existente decisão administrativa definitiva sobre eventual manifestação de inconformidade da empresa quanto ao ato que determinou a sua exclusão do regime do SIMPLES – conforme entendimento consolidado no âmbito deste Conselho, como se depreende do enunciado de sua Súmula nº 77, *in verbis*:

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.

Todavia, o que ocorreu no presente caso foi o lançamento antes da própria expedição do termo referido no § 3º do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006, que, segundo a dicção deste dispositivo, será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor.

Como destacado na decisão de primeira instância, os §§ 1º e 2º do art. 75 da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011, estabelecem, respectivamente, que “Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício”, e que “Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110.”

Portanto, a legislação condiciona a exclusão de ofício ao cumprimento de um ato formal (termo de exclusão do Simples Nacional) e de um rito a ser respeitado, inclusive em obediência ao artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

Assim, entendemos que, por razões lógicas, cronológicas e especialmente jurídicas, não se pode conceber um lançamento que seja decorrência direta, que seja consequência, de um ato ainda não praticado e que, portanto, cujas próprias motivações fática e jurídica ainda não se encontram devidamente delimitadas. Portanto, entendemos que o termo de exclusão do Simples Nacional, que delimite as razões de fato e de direito da exclusão, constitui condição de validade para o lançamento de tributos que somente são devidos na hipótese de exclusão do Simples Nacional.

Certamente, não é por outra razão que a Portaria RFB nº 666, de 24/04/2008, impõe que sejam juntados, para julgamento simultâneo, processos de exclusão do SIMPLES e de lavratura de autos de infração decorrentes de tal procedimento, como se depreende do dispositivo a seguir transcrito:

Art. 1º Serão objeto de um único processo administrativo:

(...)

III - as exigências de crédito tributário relativo a infrações apuradas no Simples que tiverem dado origem à exclusão do sujeito passivo dessa forma de pagamento simplificada, a

exclusão do Simples e o lançamento de ofício de crédito tributário dela decorrente;

(...)

§ 3º Sendo apresentadas pelo sujeito passivo manifestação de inconformidade e impugnação, as peças serão juntadas aos processos de que tratam os incisos II e III.

Como consignado na decisão de primeira instância, não apenas por interpretação do § 3º do art. 29 da LC nº 123/2006 e da retrocitada Portaria nº 666/2008 se chega à conclusão de que procede a reclamação do sujeito passivo. A necessidade da preexistência do ato de exclusão é mesmo um imperativo da lógica, pois, se a empresa incluída no SIMPLES não está obrigada ao recolhimento de determinados tributos, parece evidente que enquanto não for declarada, pelo órgão fazendário competente, a impossibilidade de sua permanência nesse regime tributário, eventual lançamento de ofício destas prestações padece de absoluta falta de motivo, que é um dos requisitos de validade de todo e qualquer ato administrativo.

Neste contexto, importa salientar que a representação fiscal em que proposta a exclusão da empresa do SIMPLES – tal como a que deu origem ao processo nº 10980.725564/2013-49 – não é dotada, per si, de aptidão para legitimar o lançamento de ofício, eis que:

1º) ela não vincula a autoridade competente à qual se destina, podendo esta, destarte, após análise daquela peça tanto sob o aspecto formal quanto material, decidir pelo não acolhimento da proposta nela formulada; e 2º) consoante o § 1º do art. 75 da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2011, o ente federado, em acolhendo a proposta da fiscalização, deverá expedir “**termo de exclusão**” (no âmbito da Receita Federal do Brasil, “ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO - ADE”), documento esse que, a toda evidência, não se confunde com a representação fiscal, cuja finalidade é, tão somente, levar ao conhecimento da referida autoridade competente a ocorrência de fatos considerados ensejadores da exclusão da empresa do SIMPLES.

Assim, o lançamento de ofício, pela RFB, de tributos absorvidos pelo recolhimento unificado a que alude o art. 13 da LC nº 123/2006 somente poderá ser realizado **depois** de expedido o referido ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO – muito embora, conforme alhures ressaltado, para a validade da constituição do crédito tributário seja irrelevante que a eficácia do “ADE” esteja eventualmente suspensa em virtude de manifestação de inconformidade interposta pelo sujeito passivo.

É de grande importância também o que destacou a experiência do julgador de primeira instância:

A propósito, salvo juízo melhor do que o nosso, o entendimento expresso no início do parágrafo anterior também se encontra consubstanciado na práxis da própria RFB, pois, nos quase sete anos de atividade nesta Delegacia de Julgamento – durante os quais tivemos contato com expressivo número de autos de infração lavrados em decorrência da exclusão das empresas

atuadas do SIMPLES –, não nos deparamos com um único caso em que o lançamento de ofício precedeu ao “ADE”. Com efeito, em todos esses processos, o que se deu foi exatamente o contrário, é dizer, o Ato Declaratório é que antecedeu aos lançamentos, circunstância esta que, acreditamos nós, implica o reconhecimento, no ambiente deste órgão fazendário, de que esta é a ordem sequencial que deve ser adotada em situações de fato como a que ora se nos apresenta. Aliás, corroboram tal entendimento os julgados administrativos que reproduzimos na sequência:

DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO EM FLORIANÓPOLIS 6º TURMA – ACÓRDÃO Nº 07-27441 de 16 de Fevereiro de 2012 ASSUNTO: Simples Nacional.

SIMPLES NACIONAL. EFICÁCIA DO ADE DE EXCLUSÃO. A partir da emissão do ADE, a pessoa jurídica excluída do Simples Nacional passa a se submeter às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Em idêntica linha de consideração, o CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MINISTÉRIO DA FAZENDA – CARF assim decidiu:

EXCLUSÃO DO SIMPLES. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA.

NULIDADE DO PROCESSO.

A ausência do Ato Declaratório de Exclusão nestes autos impossibilita verificar em que termos foram explicitados os motivos da exclusão. Processo anulado ab initio. ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, declarar a nulidade do processo ab initio, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(Processo nº : 10380.000767/2004-05 Recurso nº : 133.731 Acórdão nº : 303- 33.096 Sessão de : 27 de abril de 2006 - ANELISE DAUDT PRIETO Presidente - ZENALDO LOIBMAN Relator).

.....

Acórdão nº 1402-01.116 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária Sessão de 5 de julho de 2012 Matéria SIMPLES EXCLUSÃO SIMPLES. AUSÊNCIA DO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. NULIDADE DO PROCESSO.

A Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão à opção pelo Simples SRS não se constitui, por si só, em documento adequado para garantir a exclusão da Contribuinte. Não juntada aos autos a 1ª Via do ADE e sendo impossível a emissão de sua 2ª Via, o ato administrativo deixa de existir, juntamente com

todos os seus efeitos, não havendo mais que se falar em exclusão ou impedimento ao regime simplificado.

.....
.....
Matéria SIMPLES – EXCLUSÃO - Acórdão aº 391-00.060 Sessão de 22 de outubro de 2008 SIMPLES. AUSÊNCIA DO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. NULIDADE DO PROCESSO. A SOLICITAÇÃO DE REVISÃO DA VEDAÇÃO/EXCLUSÃO À OPÇÃO PELO SIMPLES - SRS NÃO CONSTITUI DOCUMENTO ADEQUADO, POR SI SÓ, PARA GARANTIR A EXCLUSÃO DO CONTRIBUINTE, ASSIM, FAZ-SE NECESSÁRIA A JUNTADA DO COMPETENTE ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO - ADE.

Desta feita, não juntada aos autos a 1ª Via do ADE e sendo impossível a emissão de sua 2ª Via, o ato administrativo deixa de existir, juntamente com todos os seus efeitos, não havendo mais que se falar em exclusão ou impedimento ao regime simplificado. RECURSO ANULADO No mesmo diapasão, colhe-se o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

TRF-3 - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA AMS 24402 SP 2002.61.00.024402-6 (TRF-3)

Data de publicação: 12/11/2010 Ementa: PROCESSUAL CIVIL.

TRIBUTÁRIO.SIMPLES.EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO.

PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. 1. A ausência de notificação acerca do ato de exclusão do SIMPLES constitui ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. 2. Remessa Oficial e apelação improvidas.

Destarte, conclui-se que os Autos de Infração nº 51.037.914-1 e 51.037.916-8 resultam desprovidos de motivo e, por isso mesmo, devem ser considerados insubsistentes, na forma da decisão de primeira instância.

Quanto ao Auto de Infração nº 51.037.915-0, tendo em vista que os créditos por intermédio dele lançados correspondem às contribuições dos próprios segurados empregados, as quais não integram o recolhimento unificado previsto no art. 13 da LC nº 123/2006, cabe análise em separado, tal como o fez o órgão julgador de primeira instância.

O decisório *a quo*, ao analisar o item da impugnação intitulado “DA COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS PELAS DEMAIS EMPRESAS”, no qual a reclamante se manifesta no sentido de que os valores recolhidos pelas demais empresas em favor do Fisco deveriam ser considerados como créditos, ainda que a os segurados fossem enquadrados como empregados da Schooner.

O julgador de primeira instância consignou que, embora a autoridade fiscal tenha consignado no item 19 do relatório fiscal, que o contribuinte não possui recolhimentos em Guias da Previdência Social (GPS) referentes aos fatos geradores lançados e que, portanto, não haveria créditos para serem apropriados, como as empresas foram consideradas pela

fiscalização como meras filiais da SCHOONER, os recolhimentos previdenciários que efetuaram na condição de pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES devem ser compensados com os débitos exigidos pelo fisco.

Ora, se a fiscalização desconsiderou a personalidade jurídica dessas oito empresas, como se depreende, v.g., do item 13 do REFISC ("a Schooner é a matriz da qual as outras 'empresas' são meras filiais suas" ... "no mundo dos fatos, há apenas uma empresa"), atribuindo-lhes a condição de meras filiais da SCHOONER, não há como deixar de concluir que eventuais recolhimentos efetuados por essas "filiais" devem ser imputados como pagamento das contribuições lançadas na "matriz", sobretudo porque os fatos considerados geradores dessas contribuições são as remunerações pagas por aquelas oito "empresas" aos trabalhadores que, afinal de contas, foram tidos como empregados da "rede SCHOONER", consoante os seguintes itens do relatório de fls. 62 a 81.

Então, em síntese: se, como sustentado pela fiscalização, as empresas citadas no item 1.3 de seu relatório são meras filiais da SCHOONER – e, por conseguinte, os trabalhadores formalmente vinculados àquelas são, em realidade, empregados desta última –, e, ainda, se as contribuições *in casu* exigidas foram calculadas com base nas remunerações pagas a esses mesmos laboristas, não vemos como os valores dos recolhimentos eventualmente efetuados pelas "filiais" possam não ser acolhidos como créditos da autuada, como postulado nos itens 100 a 106 de sua impugnação.

Dessarte, a afirmação de que "O contribuinte não possui recolhimentos em Guias da Previdência Social (GPS) referentes aos fatos geradores ora lançados" (item 19 do REFISC) seria admissível apenas e tão somente na hipótese de inexistência de recolhimentos com base nas remunerações a que nos referimos no parágrafo anterior.

Entretanto, em pesquisa efetuada no sistema previdenciário denominado "CCORGFIP – CONSULTA VALORES A RECOLHER x VALORES RECOLHIDOS x LDCG/DCG", constatou-se que tal hipótese não se verifica *in concreto*, eis que em todas as competências do período abrangido por este auto de infração, existem recolhimentos sob os CNPJ das "filiais", cujos valores – e isto é de fundamental importância –, se desconsiderarmos as divergências quanto os números situados à direita da vírgula, são idênticos aos lançados pela fiscalização, ou, em alguns casos, superiores a estes.

É certo que existem exceções ao que vimos de afirmar, ou seja, alguns casos há em que o valor lançado pela fiscalização é superior ao recolhido pelas "filiais" (planilha divergências DD x GPS). Quanto a estas, apurou-se que as divergências entre os números das colunas "DD" e "GPS" correspondem aos valores que as "filiais" inseriram em um ou em mais de um dos seguintes campos da GFIP: SALÁRIO-FAMÍLIA, SALÁRIO-MATERNIDADE e VALOR COMPENSADO. Acrescente-se que, em relação à "empresa" CLOTHESUL, não se logrou identificar, nas competências 13/2011, 02/2012, 03/2012, 05/2012 e 07/2012, a origem das diferenças entre os valores lançados e os já recolhidos, pelo que, na última coluna da referida planilha, fez-se registrar uma quarta ocorrência, sob os termos "NÃO IDENTIFICADA".

De todo modo, considerando que os valores recolhidos devem ser imputados como pagamento, ainda que parcial, dos créditos lançados em nome da SCHOONER – isto, porque, repetimos, correspondem a contribuições incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados das "filiais" da autuada, conforme as GFIP por elas emitidas –, devemos admitir, por amor à coerência, que o presente Auto poderia ser considerado subsistente, **apenas**, em relação às importâncias que figuram na última coluna da planilha "DIVERGÊNCIAS 'DD' x GPS", pois estas (e somente elas) é que teriam sido recolhidas a menor pelas referidas "empresas".

Entretanto, nem mesmo as divergências noticiadas nessa planilha justificam a manutenção deste lançamento. Com efeito, nos termos do REFISC, os valores lançados por meio do presente Auto foram extraídos das GFIP transmitidas pelas “filiais”, significando isto, a toda evidência, que os auditores notificantes examinaram esses documentos, de modo a se poder afirmar que eles constataram – ou deveriam ter constatado – que em diversas dessas guias as “empresas” preencheram os campos “SALÁRIO-FAMÍLIA”, “SALÁRIO-MATERNIDADE” e “VALOR COMPENSADO” com valores equivalentes aos que, nas respectivas competências, se encontram lançados no campo “LÍQUIDO” “DD” – reveja-se, a propósito.

Desta forma, nos casos que na última coluna da planilha “DIVERGÊNCIAS ‘DD’ x GPS” se encontram codificados sob os números “1”, “2” ou “3”, também se pode inferir que a fiscalização lançou as importâncias informadas na coluna “DIFERENÇA” daquele mesmo demonstrativo porque

1º) por mero lapso (portanto, indevidamente), deixou de abater dos valores do campo “CONTRIBUIÇÃO DOS SEGURADOS – DEVIDA” das GFIP os que a empresa inseriu nos campos “SALÁRIO-FAMÍLIA”, “SALÁRIO-MATERNIDADE” e “VALOR COMPENSADO” dessas mesmas guias; ou

2º) não reconheceu como créditos das “empresas” os valores inseridos nesses três campos e, por tal razão, considerou insuficientes os recolhimentos por elas efetuados, a título das contribuições que declararam no campo “CONTRIBUIÇÃO DOS SEGURADOS – DEVIDA” das guias em comento.

Ocorre que, em ambas as hipóteses, impõe-se reconhecer o direito de crédito da autuada no tocante aos valores compensados por suas “filiais”, ou seja: na primeira hipótese, porque terá havido mero equívoco por parte dos auditores notificantes, a ser sanado nesta instância de julgamento; na segunda, porque a possível “glosa” das referidas compensações não se encontra motivada nos autos, eis que os auditores da RFB se referem a tais deduções apenas na segunda parte do item 19 do REFISC e, ainda assim, nestes poucos termos e, ao menos no tocante às situações sob análise, de modo não condizente com a realidade dos fatos:

CRÉDITOS DO CONTRIBUINTE 19. *O contribuinte não possui recolhimentos em Guias da Previdência Social (GPS) referentes aos fatos geradores ora lançados, portanto, não há créditos para serem apropriados nos presentes autos de infração. As deduções referentes a salário-família e salário-maternidade foram consideradas e aproveitadas integralmente no auto de infração debcad n. 51.037.915-0.*

Por fim, no concernente aos casos em que não se logrou identificar a origem das discrepâncias entre os números dos campos “GPS” e “DD” da planilha “DIVERGÊNCIAS ‘DD’ x GPS” – e tais são os que nesse demonstrativo se encontram codificados sob o número “4” –, saliente-se que a fiscalização também não explicitou os motivos pelos quais lançou as importâncias que figuram no campo “Líquido” do “DD”, apesar de os valores do campo “CONTRIBUIÇÃO DOS SEGURADOS – DEVIDA” das GFIP ser igual ou inferior aos recolhidos por meio de GPS.

Assim, ao contrário do quanto é afirmado no item 8 do REFISC (“Para apuração dos montantes indicados no item anterior foram consideradas as declarações contidas nas GFIP identificadas no anexo “GFIPs Válidas Grupo Schooner.pdf” conforme

competências constantes no relatório DD”), os valores da coluna “DD” **não foram extraídos das GFIP elaboradas e transmitidas pela CLOTHESUL**, daí resultando que a exigência das diferenças de **R\$ 700,97** (comp. 13/2011), **R\$ 479,10** (comp. 02/2012), **R\$ 36,00** (comp. 03/2012), **R\$ 320,58** (comp. 05/2012) e **R\$ 297,26** (comp. 07/2012) padecem de falta de motivação, não podendo, destarte, ser acolhida.

Por todo o exposto, voto no sentido de se negar provimento ao recurso de ofício, reconhecendo o vício material no lançamento.

(assinado digitalmente)
André Luís Mársico Lombardi - Relator