



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10980.724872/2016-08
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-005.268 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de fevereiro de 2021
Recorrente R. FERNANDEZ & CIA. LTDA. - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011, 2012

EXCLUSÃO. SIMPLES NACIONAL. INTERPOSTAS PESSOAS.

A evidência da interposição de parentes e/ou agregados no quadro societário da pessoa jurídica, sem que os mesmos tenham comprovado o efetivo pagamento pela aquisição das quotas de capital, bem como a administração pessoal dos negócios da pessoa jurídica, implica exclusão de ofício do Simples, inviabilizando a tributação dentro desta sistemática de tributação.

EXCLUSÃO. EFEITOS. AUSÊNCIA DE MEIO FRAUDULENTO.

Conforme legislação que regula o SIMPLES NACIONAL, a constatação de utilização de **interpostas pessoas** pode conduzir a pessoa jurídica à situação impeditiva de permanência no sistema por dez anos, desde que seja provado que tenha havido utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, algo que não ocorreu nos autos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar a preliminar de decadência, rejeitar a arguição de nulidade do ato de exclusão e, no mérito, por maioria de votos, dar provimento em parte ao recurso voluntário, tão somente para considerar os efeitos da exclusão de acordo com o disposto no §1º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006. Vencido o Conselheiro Carlos André Soares Nogueira que negava provimento *in totum* ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Carlos André Soares Nogueira, Cláudio de Andrade Camerano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva, Letícia Domingues Costa Braga, Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e Andre Severo Chaves.

Relatório

Trata-se de **recurso voluntário** apresentado contra a decisão recorrida, consubstanciada no Acórdão de nº 02-75.338 proferido pela 4ª Turma da DRJ/BHE em sessão realizada em 28/09/2017, a qual julgou pela improcedência da manifestação de inconformidade da Interessada, mantendo-a excluída do SIMPLES NACIONAL.

Segundo consta na **Representação Para Exclusão de Ofício do SIMPLES NACIONAL**, o Sr. Ricardo Fernando Thomas Fernandes, que foi sócio da Recorrente desde a sua constituição em 2008 até julho de 2011, seria, de fato, o real administrador da Recorrente e em outras empresas, no caso a **Restaurante Madero BC Ltda** e **Madero Cabral Ltda**, nas quais os sócios destas seriam **interpostas pessoas**, com o propósito de permanecerem sob as regras do SIMPLES NACIONAL, “...configurando-se assim hipótese de exclusão de ofício da empresa, de acordo com o art.29, IV e §1º, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.”

De se transcrever o aludido dispositivo legal:

Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006

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

.....

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

.....

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

A seguir, se destacam situações e conclusões extraídas da referida **Representação** e do **Despacho Decisório nº 281/EQSIM/DRF/CTB**, de 28/11/2016 (fls.203 a 222).

Da composição acionária da Recorrente

Segundo o Despacho Decisório nº 281/EQSIM/DRF/CTB, o Sr. **Ricardo Fernando Thomas Fernandes** participava com **90%** do capital da Recorrente, - (os outros **10%** pertenciam ao seu **filho** Ricardo Fernando Fernandes) - desde a sua constituição em agosto de 2008 até 20 de julho de 2011, data em que, ambos, retiraram-se do quadro acionário da Recorrente, a empresa R. FERNANDEZ & CIA LTDA.

Nesta ocasião, ingressaram como sócias Roseli Lori Fernandes com 99% das cotas e Loni Santa Matter com 1%, respectivamente, **esposa** e **sogra** de Ricardo Fernando Thomas Fernandes.

Da composição acionária de Restaurante Madero BC Ltda.

Constituída em 24 de novembro de 2008, tinha como sócios as pessoas de Ricardo Fernando Fernandes e Ricardo Fernando Thomas Fernandes, com 50% cada um.

Em 01 de abril de 2011, retira-se da sociedade o Sr. Ricardo Fernando Thomas Fernandes, ingressando no quadro societário a **funcionária** Tatiana Rosalia Berton, com 1% de participação, passando o sócio Ricardo Fernando Fernandes a deter 99% do capital.

Da composição acionária de Madero Cabral Ltda.

Constituída em 20 de setembro de 2010, tinha como **sócias** Roseli Lori Fernandes com 90% de participação e Bruna Fernandes com 10%, respectivamente, **esposa** e **filha** de Ricardo Fernando Thomas Fernandes. Assim permaneceram no SIMPLES NACIONAL até 30 de junho de 2011.

Da Representação para Exclusão, extrai-se:

4. [...]

5. *Em depoimento prestado em 31/08/2016, **Ricardo Fernando Thomas Fernandes** informou que: “Questionado sobre a participação societária de sua esposa e filha nas empresas, respondeu que, como suas dependentes, participaram mas não de forma efetiva.”*

[...]

13. *Na constituição da sociedade Madero Cabral Ltda, Roseli Lori Fernandes e Bruna Fernandes entraram na composição societária. Mesmo não havendo impedimento legal conhecido para ambas participarem da sociedade, sabe-se que elas não participavam da administração da sociedade, ficando as decisões a cargo de Luiz Renato Durski Junior e Ricardo Fernando Thomas Fernandes, com participação também do filho deste. Em outros momentos, Luiz Renato Durski Junior utilizou os nomes de sua mãe Maria e de sua esposa Kethlen para comporem a sociedade, com direito a suposta administração, sempre mirando burlar o impedimento à opção pelo Simples Nacional, uma vez que ele já era sócio de diversas outras empresas. O nome de Ricardo Fernando Thomas Fernandes apareceu na composição societária apenas em 29/06/2011, quando o Madero Cabral já se mostrava impedido de optar pelo Simples Nacional pela receita bruta acima do limite.*

14. *Apesar de o capital e a administração estarem, de fato, a cargo de Ricardo Fernando Thomas Fernandes e Luiz Renato Durski Junior desde o início, a sociedade foi constituída em nome de familiares de Ricardo que não participaram decisivamente em nenhum momento.*

15. Entre outras possíveis práticas ilegais, restou clara a utilização de interpostas pessoas para propiciar a manutenção ilegal de outras empresas de Ricardo Fernando Thomas Fernandes na sistemática do Simples Nacional, configurando-se assim hipótese de exclusão de ofício da empresa, de acordo com o art. 29, IV e § 1º, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

16. Na época, Ricardo Fernando Thomas Fernandes já administrava as unidades Madero em São José dos Pinhais (R. FERNANDES & CIA LTDA, CNPJ 10.338.373/0001-20), constituída em 11/09/2008, e Balneário Camboriú (RESTAURANTE MADERO BC LTDA, CNPJ 10.509.161/0001-69), constituída em 02/12/2008, ambas optantes do Simples Nacional.

17. Posteriormente, em 04/07/2012, abriu também unidade Madero em Joinville, denominada RESTAURANTE MADERO JOINVILLE LTDA, CNPJ 15.987.997/0001-92, que não chegou a optar pelo Simples Nacional.

18. Consolidando a receita bruta declarada pelos restaurantes com participação societária de Ricardo Fernando Thomas Fernandes, temos o quadro a seguir.

Razão Social	2010	2011	2012
R. FERNANDES & CIA LTDA	900.142,13	1.880.831,05	3.068.488,08
RESTAURANTE MADERO BC LTDA	1.264.732,67	2.356.403,71	3.114.831,15
MADERO CABRAL LTDA.	54.601,31	6.020.380,26	7.435.057,54
RESTAURANTE MADERO JOINVILLE LTDA			1.977.705,75
	2.219.476,11	10.257.615,02	15.596.082,52

19. Somando-se a receita bruta dos restaurantes de Ricardo Fernando Thomas Fernandes, nota-se que a receita bruta global no ano-calendário 2010 estava dentro do limite de R\$ 2.400.000,00 do Simples Nacional, com base no art. 3º, § 4º, III, da Lei Complementar nº 123/2006, mas que ultrapassou a partir do ano-calendário 2011, mesmo considerando o aumento do limite para R\$ 3.600.000,00.

20. Detalhando mensalmente a receita bruta global declarada em 2011, percebe-se que em abril já teria ultrapassado o limite vigente na época, de R\$ 2.400.000,00, quando os contribuintes obrigatoriamente deveriam excluir-se do Simples Nacional, por comunicação obrigatória, com efeitos a partir do mês subsequente, maio de 2011. A Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011, aumentou o limite para permanecer no Simples Nacional depois de publicada, mas não retroagiu para mudar o limite aplicável ao ano-calendário 2011.

Mês	Madero Cabral	R. Fernandes	Madero BC	Receita Bruta Global	Receita Bruta Global Acumulada
01/2011	392.528,90	108.078,61	240.138,66	740.746,17	740.746,17
02/2011	394.957,73	102.571,99	238.474,23	736.003,95	1.476.750,12
03/2011	499.717,95	119.942,57	263.989,74	883.650,26	2.360.400,38
04/2011	511.496,58	129.674,91	141.105,85	782.277,34	3.142.677,72
05/2011	305.741,66	143.207,92	168.393,85	617.343,43	3.760.021,15
06/2011	96.126,95	136.194,56	123.260,57	355.582,08	4.115.603,23
07/2011		158.132,57	153.678,80	311.811,37	4.427.414,60
08/2011		144.879,33	179.559,23	324.438,56	4.751.853,16
09/2011	1.744.702,99	180.830,32	205.401,10	2.130.934,41	6.882.787,57
10/2011		200.209,54	141.705,41	341.914,95	7.224.702,52
11/2011		224.464,84	218.845,72	443.310,56	7.668.013,08
12/2011	2.075.107,50	232.643,89	281.850,55	2.589.601,94	10.257.615,02

21. Mesmo em períodos posteriores, a receita bruta declarada pelo Madero Cabral extrapola o limite para permanência de todas as empresas de Ricardo Fernando Thomas Fernandes na sistemática do Simples Nacional. No ano-calendário 2013, informou em DIPJ uma receita bruta anual de R\$ 6.256.311,80 (seis milhões, duzentos e cinquenta e seis mil trezentos e onze reais e oitenta centavos). No ano-calendário 2014, informou no SPED ECF receita de vendas de R\$ 6.512.076,68 (seis milhões, quinhentos e doze mil e setenta e seis reais e sessenta e oito centavos).

22. Seja pela utilização de interpostas pessoas na constituição da empresa ou por ultrapassar o limite de receita bruta anual, vê-se que o sujeito passivo não poderia ter usufruído das benesses do Simples Nacional.

23. A interposição de pessoas no quadro societário da pessoa jurídica é condição suficiente para exclusão do Simples Nacional. Caso Ricardo F. T. Fernandes e Ricardo F. Fernandes assumissem a condição de sócios e administradores de todas as suas empresas, aplicar-se-iam outros impedimentos, previstos no § 4º do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006. Pode-se citar infringência aos incisos III, IV e V do parágrafo citado, seja pela participação societária ou pela administração das empresas.

24. Em relação ao inciso IV do § 4º do art. 3º, há o impedimento para o sócio ou titular que participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, quando a receita bruta global ultrapassar o limite do Simples Nacional. Em 29/06/2011, Ricardo F. T. Fernandes adquiriu 30% das cotas de uma empresa não favorecida pelo Simples Nacional, o Restaurante Madero Comendador Ltda. Isso significa que este inciso IV do § 4º do art. 3º começou a ser infringido em 29 de junho de 2011.

25. Diante do exposto, as pessoas jurídicas relacionadas a seguir devem ser excluídas do Simples Nacional.

a. Processo 10980.724861/2016-10: **MADERO CABRAL LTDA**, CNPJ 13.002.350/0001-39, **no período de 01/10/2010 a 30/06/2011**, em razão da existência de interpostas pessoas (Roseli Lori Fernandes e Bruna Fernandes) no quadro societário e de os sócios administradores de fato, Ricardo Fernando

Thomaz Fernandes e Ricardo Fernando Fernandes, serem também sócios e administradores de outras pessoas jurídicas com fins lucrativos, tendo a receita bruta global ultrapassado o limite do inciso II do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, com base no art. 3º, § 4º, III, IV e V, § 6º, e art. 29, IV e § 1º dessa Lei.

*b. Processo 10980.724872/2016-08: **R. FERNANDES & CIA LTDA**, CNPJ 10.338.373/0001-20, no período de **01/05/2011 a 31/12/2015**, em razão da existência de interpostas pessoas (Roseli Lori Fernandes e Loni Santa Matter) no quadro societário e de os sócios administradores de fato, Ricardo Fernando Thomaz Fernandes e Ricardo Fernando Fernandes, serem também sócios e administradores de outras pessoas jurídicas com fins lucrativos, tendo a receita bruta global ultrapassado o limite do inciso II do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, com base no art. 3º, § 4º, III, IV e V, § 6º, e art. 29, IV e § 1º dessa Lei.*

*c. Processo 10983.722041/2016-63: **RESTAURANTE MADERO BC LTDA**, CNPJ 10.509.161/0001-69, no período de **01/04/2011 a 31/12/2013**, em razão da existência de interposta pessoa (Tatiana Rosalia Berton) no quadro societário e de os sócios administradores de fato, Ricardo Fernando Thomaz Fernandes e Ricardo Fernando Fernandes, serem também sócios e administradores de outras pessoas jurídicas com fins lucrativos, tendo a receita bruta global ultrapassado o limite do inciso II do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, com base no art. 3º, § 4º, III, IV e V, § 6º, e art. 29, IV e § 1º dessa Lei.*

DA DECISÃO RECORRIDA

A decisão recorrida, consubstanciada no Acórdão de nº 02-75.338 proferido pela 4ª Turma da DRJ/BHE em sessão realizada em 28/09/2017, julgou pela improcedência da manifestação de inconformidade da Interessada, mantendo-a excluída do SIMPLES NACIONAL.

Eis o voto:

II – ANÁLISE

A peça de defesa foi apresentada a tempo e forma determinados pelo Decreto nº 70.235, de 1972, o qual, com suas alterações, rege o processo administrativo tributário.

A interessada cometeu infrações à legislação que rege o Simples Nacional e, dentre elas, destaca-se a interposição de pessoas. Efetivamente, constituída em 26 de Agosto de 2008, eram seus únicos sócios Ricardo Fernando Thomas Fernandes e Ricardo Fernando Fernandes, com 90% e 10% do capital social, respectivamente (fls. 13 a 21); em 20 de Junho de 2011, com a retirada destes, passaram a ser suas novas e únicas sócias Roseli Lori Fernandes e Loni Santa Matter, esposa e sogra de Ricardo Fernando Thomas Fernandes, com 99% e 1% do capital (fls. 2 e 24 a 47), cabendo à primeira, formalmente, a administração da sociedade, como se vê abaixo (ver fl 27):

Clausula XVI

A sociedade será administrada pela sócia **ROSELI LORI FERNANDES**, sendo-lhe atribuído todos os poderes necessários à realização do objeto da sociedade. Internamente, são atribuídos os poderes de gestão administrativa, e externamente, são atribuídos os poderes para representar a sociedade ativa e passivamente, judicial ou extrajudicialmente, podendo transigir, renunciar, desistir, firmar compromissos, confessar dívidas, fazer acordos, contrair obrigações. Os atos de adquirir, alienar e onerar bens imóveis, somente poderão ser feitos com autorização de dois terços dos sócios representantes do capital social, sendo este ato considerado de extraordinária administração.

Por fim, em 21 de Fevereiro de 2013, Loni Santa Matter retirou-se da sociedade, cedendo suas quotas a Ricardo Fernando Fernandes, permanecendo Roseli Lori Fernandes.

Ora, pela análise das peças processuais, constata-se que Ricardo Fernando Thomas Fernandes, em depoimento, admitiu expressamente que sua esposa não participou de “forma efetiva” na administração da interessada (fl. 3). Logo, a interposição de pessoas é patente, sendo forçoso concluir que o Despacho Decisório atacado não se alicerça em meras presunções nem contém ambiguidades ou incertezas; ao revés, aponta com precisão e clareza os motivos da exclusão do sujeito passivo e, portanto, não pode ser acoimado de nulidade, em face do disposto no artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Ademais disso, cumpre assinalar que a interessada, no ano-calendário de 2011, ultrapassou o limite de receita bruta compatível com a opção pelo Simples Nacional (veja-se o item 7 do Despacho Decisório). Note-se que a interessada afirma que, em 2010, “não ultrapassou o limite legal para a opção pelo Simples”, daí extraíndo a conclusão de que “cai por terra a alegação da autoridade fiscal de que, em 2010, a empresa Madero Cabral foi constituída por interpostas pessoas a fim de evitar a incidência do impeditivo para a opção pelo Simples”. Este argumento, além de fazer menção a terceira pessoa jurídica, constitui uma simples falácia, pois a exclusão teve por base o ano-calendário de 2011 e não o de 2010.

Uma vez comprovada (e não “presumida”) a interposição de pessoas na constituição da pessoa jurídica – conduta dolosa, que visou a ocultar do Fisco da União a extensão e natureza de seus negócios – torna-se imperiosa a exclusão da interessada do Simples Nacional, tal como levado a efeito pelo ADE DRF/CTA nº 108, de 2016, em face do que determina o artigo 29, inciso IV, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Concluindo, destaca-se que a aplicação do disposto no artigo 151, inciso III, do CTN, é automática, uma vez instaurado o litígio.

O parecer de fls. 312 a 349 contém argumentos atinentes aos lançamentos de ofício de IRPJ, CSLL e IRRF – tais como o repúdio ao arbitramento do lucro da interessada e à qualificação da respectiva multa – e, portanto, não concernem à exclusão examinada neste processo.

Por fim, cabe salientar que, no curso do presente processo, não foram vulnerados quaisquer princípios constitucionais e que a jurisprudência e a doutrina apresentadas pela interessada não gozam do status de legislação tributária, nos termos dos artigos 96 a 100 do CTN.

Em assim sucedendo, encaminho meu voto por considerar improcedente a manifestação de inconformidade ora em exame.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Cientificada em 19/12/2017 do Acórdão de nº 02-75.338 proferido pela 4ª Turma da DRJ/BHE, a Interessada apresentou seu recurso voluntário (fls.481 a 520) protocolizado em 18/01/2018, onde transcreveu excertos do Despacho Decisório e da decisão de piso e, em seguida, trouxe os seguintes argumentos:

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A) DA DECADÊNCIA

Percebe-se que o julgador de 1ª instância não apreciou a defesa arguida na impugnação de que ocorreu a decadência no presente caso.

No presente caso, o suposto dolo noticiado pela autoridade fiscal deverá ser afastado.

Em razão disso, não é aplicável o previsto no artigo 173, I do CTN, de acordo com o qual "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

O correto é aplicar o art. 150, § 4º do CTN, de acordo com o qual "o lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. [...] § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação".

Assim, o termo inicial da contagem dos 5 anos para o prazo decadencial é a data da ocorrência dos fatos geradores. Perceba-se aqui que a notificação deu-se em 09 de dezembro de 2016. Parece relativamente claro que todos os créditos relativos a fatos geradores ocorridos antes de 09 de dezembro de 2011 encontram-se extintos pela decadência!!!

Portanto, deve ser reconhecida a decadência no presente caso.

B) DA AUSÊNCIA DO INTUITO DE FRAUDE

De acordo com o despacho decisório, a empresa foi constituída por meio de interpostas pessoas a fim de permitir a opção do contribuinte pelo Simples Nacional, pois o "administrador de fato" RICARDO FERNANDO THOMAS FERNANDES seria sócio em outras

empresas (optantes do Simples e não optantes do Simples Nacional), as quais – somadas – ultrapassariam os limites da Lei Complementar nº. 123/2006 e não permitiriam a adoção do regime diferenciado.

E o acórdão da Delegacia de Julgamento, por sua vez, refutou o alegado na impugnação de que as conclusões do despacho decisório são baseadas em presunções de que o Sr. RICARDO era “sócio de fato” da empresa recorrente, mas que não foram provadas cabalmente, decidindo que foi provada a interposição de pessoas e, conseqüentemente, o desrespeito aos limites da LC 123/2006 para a permanência no Simples.

[...]

Mas o acórdão é equivocado e deve ser revisto.

Ao contrário do que aduz o julgador de 1ª instância, não restou comprovada a interposição de pessoas na constituição da empresa, tampouco qualquer dolo, fraude ou simulação.

O acórdão recorrido, como fez o despacho decisório, presumiu a ocorrência de suposta interposição com o intuito de fraudar a Lei Complementar 123/2006, mas sem apresentar elementos concretos atestando a ocorrência da fraude.

*O depoimento do Sr. RICARDO, **por si só**, não prova a interposição de pessoas para a constituição da empresa recorrente em desrespeito à Lei Complementar 123/2006. Primeiramente, o Sr. RICARDO – em nenhum momento – confessa que era “sócio de fato” da empresa recorrente, como erroneamente interpretou o julgador de 1ª instância. E, além disso, a sua suposta confissão não poderia ser valorada como prova em razão do princípio do “nemo tenetur se detegere” (direito de não produzir prova contra si mesmo), consagrado pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso LXIII), e aplicável ao processo administrativo, subsidiário ao processo penal.*

Logo, deveria ter sido cabalmente demonstrada a ocorrência de fraude, dolo ou simulação no presente caso, o que não ocorreu.

A má-fé não se presume!

Mas o acórdão e o despacho decisório, com base em meros indícios e ilações, presumem a existência de interposição fraudulenta na constituição da empresa recorrente a fim de burlar a Lei Complementar 123/2006.

Conforme entendimento jurisprudencial do CARF, a fraude deveria ter sido cabalmente demonstrada, a saber:

“INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA. MULTA POR CESSÃO DE NOME. FALTA DA PROVA DE FRAUDE OU SIMULAÇÃO. CANCELAMENTO DA INFRAÇÃO. Não provada a fraude ou simulação na importação com o objetivo de ocultar o real adquirente deve ser cancelado o auto de infração impositivo de multa por cessão de nome, ante a ausência de provas robustas do ilícito fiscal.

(Processo 10921.720396/2013-08, Tipo do Recurso RECURSO VOLUNTÁRIO, Data da Sessão 24/10/2017, Relator(a) LEONARDO VINICIUS TOLEDO DE ANDRADE, Nº Acórdão 3201-003.195)”

Inclusive, aplica-se a Súmula 14 do CARF: “a simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo”.

Se não bastasse, a interpretação deve ser favorável ao acusado: princípio do “in dubio pro reo”, nos termos do art. 122 do CTN, segundo o qual:

“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.”

*Além do mais, é **EQUIVOCADA** a alegação no acórdão de que foi utilizado somente o ano de 2011, e não o ano de 2010, para a verificação da interposição de pessoas na constituição das empresas e o cômputo do desrespeito dos limites da LC 123/2006 pela empresa recorrida (somadas às demais empresas).*

No despacho decisório, são utilizados elementos do ano de 2010 como prova de que supostamente ocorreu interposição de pessoas na constituição das empresas. Mas, conforme o próprio despacho decisório registra (no item 7), no ano de 2010, os limites da Lei Complementar 123/2006 não haviam sido ultrapassados (levando em consideração a metodologia errônea do despacho decisório que inclui as empresas com sócios diferentes para o cálculo global da receita bruta). Portanto, é incoerente que a interposição tenha sido feita com o intuito de burlar os limites da Lei Complementar 123/2006 se, em 2010, a soma da receita global das empresas não ultrapassava os limites legais.

E o julgador de 1ª instância simplesmente não enfrenta tal questão, tentando desviar o foco da discussão ao argumentar que os limites da Lei Complementar 123/2006 somente foram ultrapassados em 2011.

*A própria tabela apresentada no item 7 do despacho decisório, atesta que – no ano de 2010 – a receita bruta somada das três empresas (Madero Cabral, R. Fernandes e Madero BC) não ultrapassou o limite legal para a opção pelo Simples (R\$ 2.400.000,00). Ou seja, cai por terra a alegação da autoridade fiscal de que, em 2010, a empresa **Madero Cabral** foi constituída por interpostas pessoas a fim de evitar a incidência do impeditivo para a opção pelo Simples (sendo que, para reputar que a empresa recorrente ultrapassou os limites da Lei Complementar 126/2006, também foi utilizada a receita bruta da empresa Madero Cabral).*

Percebe-se, assim, que o despacho decisório e o acórdão são errôneos.

Ao contrário do que aduz o fisco, a empresa recorrente não foi constituída por interpostas pessoas a fim de evitar a incidência do impeditivo da opção pelo Simples Nacional.

A autoridade fiscal utiliza presunções e ilações para concluir pela presença de suposta fraude, sem prová-la.

Ora, a autoridade simplesmente presume que a empresa foi constituída por interpostas pessoas a fim de permitir a sua permanência no Simples Nacional e, sem qualquer prova e sem qualquer amparo no contrato social da empresa, atribui ao Sr. RICARDO FERNANDO THOMAS FERNANDES a condição de sócio da empresa, o que atrairia os impeditivos mencionados no despacho decisório para a opção pelo Simples Nacional.

Percebe-se, logo, que o acórdão e o despacho decisório, lamentavelmente, partem de premissa equivocada.

O Sr. RICARDO não era sócio da empresa recorrente nos períodos utilizados pelo despacho decisório para computar o alegado desrespeito aos limites de faturamento da Lei Complementar 123/2006.

Algo que se mostra presente no presente caso é a ausência completa da indicação do motivo do ato administrativo impugnado.

Ainda, tece longos arrazoados em citações de doutrinas acerca da necessidade de constar a motivação nos atos administrativos (no caso, no ADE), além dos conceitos e definições da utilização das presunções simples, relativas e absolutas e, também, da teoria dos motivos determinantes.

Continuando em seu recurso:

É o que basta para o reconhecimento da invalidade do ato atacado.

4) PEDIDO FINAL

*À vista do exposto, demonstradas a insubsistência e a improcedência do ato administrativo de exclusão do recorrente do Simples Nacional, requer-se seja acolhido o presente recurso, a fim de julgar a total improcedência do Ato Declaratório de nº. 108, de 28/11/2016, oriundo do **processo administrativo nº. 10980.724872/2016-08**, de exclusão do SIMPLES, cessando seus efeitos, com consequente cancelamento e arquivamento.*

Nestes termos,

Pede deferimento.

Curitiba, 17 de janeiro de 2018.

É o relatório do essencial

Voto

Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano, Relator.

Preenchido os requisitos de admissibilidade do recurso voluntário apresentado, dele se conhece.

Da alegação de Decadência

A Recorrente faz considerações acerca de existência de decadência, onde concluiu que “...todos os créditos relativos a fatos geradores ocorridos antes de 09 de dezembro de 2011 encontram-se extintos pela decadência!!!”

Reproduzo excerto do Acórdão de nº 1301-004.850, deste Colegiado, em sessão de 11 novembro de 2020, da lavra do Conselheiro Relator Lucas Esteves Borges, em que abordou situação idêntica e que adoto para refutar a pretensão da Recorrente:

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Em que pese não haver pedido específico em relação a causa de pedir formulada no corpo do Recurso Voluntário, passo a apreciação do tema.

Entende o recorrente que o direito da fazenda de excluir a pessoa jurídica pelo motivo especificado no ato declaratório – constituição de empresa por interposta pessoa – confirmado pelo refutado acórdão, extinguiu-se em 2003, sendo que o prazo decadencial começa a fluir a partir da data da sua constituição – 1997.

Referido entendimento, entretanto, não encontra respaldo legal.

A Lcp 123/2006 que instituiu a sistemática de tributação do Simples Nacional traz em seu conteúdo normativo diversas condições essenciais não só para que a pessoa jurídica seja aceita no mencionado sistema, mas também para que nele se mantenha.

O artigo 29, IV, da Lcp 123/2006 não traz nenhuma condição temporal para a exclusão da pessoa jurídica que tenha sido constituída através de interpostas pessoas.

Ora, não pode o agente público ciente de uma ilegalidade – constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas – se manter inerte, sob pena, inclusive de sofrer sanções disciplinares.

A decadência alegada pelo recorrente não se aplica ao caso em vertente, devido ao fato de não tratar-se, aqui, de lançamento tributário, mas de exclusão do Simples Nacional por expressa previsão legal, atendendo, o ADE, a todos os elementos contidos na Lcp 123/2006 para assim fazê-lo.

Trata-se, o Simples Nacional, de uma modalidade especial de tributação e por tal razão as condições para a manutenção nessa sistemática podem e devem ser apreciadas pela autoridade fiscal, a fim de evitar que se beneficiem dessas condições pessoas jurídicas que não atendem aos regramentos legais exigidos.

Eventual discussão a respeito de decadência do lançamento tributário deve se dar nos autos do processo administrativo de lançamento e não no presente.

Por tal razão, afasto a preliminar de decadência.

Ato de Exclusão: Alguns Esclarecimentos

Inicialmente, esclareça-se que, conforme assinalado na **Representação Para Exclusão de Ofício do Simples Nacional**, o litígio ora posto surgiu “...no decorrer de procedimento de fiscalização em **MADERO CABRAL LTDA**...., daí que existem diversas citações e situações na referida Representação e no Despacho Decisório, que não estariam relacionadas e/ou que pudessem influenciar o presente litígio, de forma que serão ignoradas e/ou não relatoriadas.

Aqui, estamos diante de exclusão de ofício da Recorrente **R. FERNANDES & CIA LTDA**. do Simples Nacional, conforme explicitamente indicado na referida Representação, item 25:

25. Diante do exposto, as pessoas jurídicas relacionadas a seguir devem ser excluídas do Simples Nacional.

a. [...]

*b. Processo 10980.724872/2016-08: **R. FERNANDES & CIA LTDA**, CNPJ 10.338.373/0001-20, no período de **01/05/2011 a 31/12/2015**, em razão da existência de interpostas pessoas (Roseli Lori Fernandes e Loni Santa Matter) no quadro societário e de os sócios administradores de fato, Ricardo Fernando Thomaz Fernandes e Ricardo Fernando Fernandes, serem também sócios e administradores de outras pessoas jurídicas com fins lucrativos, tendo a receita bruta global ultrapassado o limite do inciso II do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, com base no art. 3º, § 4º, III, IV e V, § 6º, e art. 29, IV e § 1º dessa Lei.*

c. [...]

O caso é, portanto, de utilização **interpostas pessoas** na composição acionária da Recorrente, situação que teria também sido detectada em duas outras empresas – **Madero Cabral Ltda.** e **Restaurante Madero BC Ltda.** - conforme constou tanto na referida Representação, quanto no Despacho Decisório:

Despacho Decisório nº 281/EQSIM/DRF/CTA

*9. Assim, da constatação fática sobejamente demonstrada pelas descrições acima e pela robusta documentação acostada ao processo, verifica-se que a situação fática encontrada se sobrepõe à realidade formal, levando à conclusão de que no mundo real o verdadeiro titular e administrador das empresas **R FERNANDES & CIA, MADERO CABRAL, MADERO BC e RESTAURANTE MADERO JOINVILLE LTDA** é Ricardo Fernando Thomas Fernandes que mediante simulação, artifício ou ardis utilizou-se de interpostas pessoas de seu núcleo familiar (sogra, esposa e filhos), e também funcionária e pessoa de sua confiança, com o intuito de ludibriar o Fisco e usufruir indevidamente dos benefícios tributários de empresa optante pelo Simples Nacional sonegando tributos.*

Importante que isto fique bem claro, definido, porque esta é a razão impeditiva ou excludente indicada no ADE, conforme as peças fiscais já mencionada. Há outras lá assinaladas

no ADE que entendo revelam-se inadequadas e incompatíveis à esta causa da exclusão. De se mostrar.

Quando a lei determinou que a constatação de **interpostas pessoas** é causa de exclusão da empresa do SIMPLES NACIONAL, a lei não condicionou ou vinculou a existência desta hipótese de exclusão à um eventual excesso de receitas das empresas envolvidas, ou seja, não é necessário que tenha havido tal excesso para daí se proceder à exclusão por conta de utilização de interpostas pessoas.

Basta que fique constatada a existência de **interpostas pessoas** para que se admita, de imediato, a exclusão da empresa Recorrente do SIMPLES NACIONAL.

Em assim sendo, a verificação fiscal de que, somadas as receitas da Recorrente às outras duas empresas, teria havido excesso de receitas em relação ao limite legal para permanência da Recorrente no sistema, torna-se inócua, uma vez que a causa excludente, por si só, já configura a exclusão. Afinal, se não comprovada a utilização de interpostas pessoas, não há que se cogitar de apuração de eventual excesso de receitas.

Desta maneira, as digressões acerca de excesso de receitas, tanto do órgão fiscal quanto da decisão recorrida e da Recorrente serão solenemente ignoradas.

Dos efeitos da exclusão

A Lei Complementar 123/2006 estabelece que a utilização de **interpostas pessoas** é causa excludente da empresa do SIMPLES NACIONAL:

Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006

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

.....

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

.....

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

De se ver o que constou no Ato Declaratório Executivo DRF/CTA nº 108, de 28 de novembro de 2016:

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/CTA Nº 108, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2016

Declara excluída do SIMPLES NACIONAL a pessoa jurídica que especifica.

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CURITIBA, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 302, inciso II, do Anexo ao Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, e tendo em vista o disposto no artigo 28, parágrafo único e artigo 29, parágrafo 5º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no artigo 75, inciso I e parágrafo 1º da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011,

DECLARA:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, a pessoa jurídica **R. FERNANDES & CIA LTDA - EPP, CNPJ nº 10.338.373/0001-20**, com efeitos a partir de 01/04/2011, impedida nova opção pelo regime até 31/12/2021, por ter a interessada incorrido em hipóteses de vedação ao referido regime de tributação, conforme motivação e fundamentação apresentadas no Despacho Decisório proferido nos autos do processo administrativo nº 10980.724872/2016-08.

Art. 2º A exclusão a que se refere o artigo anterior e seus respectivos efeitos fundamentam-se na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e em sua regulamentação, encontrando amparo especialmente no disposto no artigo 2º, inciso I, parágrafo 6º, artigo 3º, parágrafo 4º, incisos III, IV e V, parágrafo 16, artigo 28, parágrafo único, artigo 29, incisos I, IV, e V, parágrafos 1º, 2º, 3º e 9º, inciso II, artigo 30, inciso II, parágrafo 2º, artigo 32 e artigo 33, parágrafo 4º da Lei Complementar nº 123/2006; combinados com o artigo 12, incisos IV, V e VI da Resolução CGSN nº 4/2007; artigo 2º, artigo 3º, inciso II, alínea “c”, artigo 4º, artigo 5º, incisos I, IV e V, artigo 6º, inciso VI, parágrafos 6º e 8º da Resolução CGSN nº 15/2007; artigo 15, incisos IV, V e VI, artigo 73, inciso II, alínea “c”, artigo 75, inciso I, artigo 76, inciso IV, alíneas “c” e “d”, parágrafos 2º, 3º e 6º, inciso II e artigo 84 da Resolução CGSN nº 94/2011.

Pessoa Jurídica Excluída	CNPJ	Início dos Efeitos da Exclusão	Período de impedimento de nova opção
R. FERNANDES & CIA LTDA - EPP	10.338.373/0001-20	01/04/2011	01/01/2012 a 31/12/2021

[...]

Confesso que fico um pouco aturdido quando me deparo com atos administrativos com tal descrição, contendo inúmeros dispositivos legais supostamente infringidos. Isto acarreta extenuantes análises - não raro desnecessárias - destes dispositivos, podendo conduzir à conclusões e/ou interpretações equivocadas, como aliás, entendo que ocorreu no presente caso.

Conforme já me manifestei, não há que se cogitar de exclusão por excesso de receitas, e, conseqüentemente, não há que se mencionar seus efeitos pertinentes a esta situação.

Ainda, no referido ADE consta também menção aos dispositivos da LC 123/2006 que tratam de outra situação excludente, no caso, de **prática reiterada de infração** à legislação do SIMPLES NACIONAL, o que, ao meu ver, é um outro equívoco, pois disso não se tratou, uma vez que a definição desta prática, conforme consta na própria LC 123/2006, não se subsume à hipótese de exclusão ora **explicitamente** considerada pelo órgão fiscal.

Ainda com respeito aos efeitos da exclusão, destaque-se que no ADE, foi ali considerado como de **dez** anos o período de impedimento para nova opção, no caso, de 2012 a 2021, e esta conclusão a encontramos no Despacho Decisório (fls.17/20).

Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006

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

.....

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

V – tiver sido constatada prática reiterada de infração; ao disposto nesta Lei Complementar

.....

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

§2º O prazo de que trata o §1º deste artigo será elevado para 10 (dez) anos caso seja contestada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável segundo o regime especial previsto nesta Lei Complementar

A questão da situação aventada **no inciso V** supra já foi afastada.

Com relação à constatação de **interpostas pessoas**, sua existência comporta dois tipos de efeitos.

Para que se concretize a situação prevista no parágrafo 2º supra, deveria, portanto, estar presente a utilização de um meio **fraudulento** na conduta da Recorrente, nos termos em que definido neste dispositivo.

Antes de adentrarmos nesta seara, necessário, primeiro, o enfrentamento das alegações da recorrente quanto à acusação verificada nas peças fiscais, qual seja, a de utilização de **interpostas pessoas** na Recorrente, situação que teria ocorrido também naquelas empresas já anteriormente mencionadas, a MADERO CABRAL LTDA. e a RESTAURANTE MADERO BC LTDA.

Da composição acionária da Recorrente

Segundo o Despacho Decisório nº 281/EQSIM/DRF/CTB, de 28 de novembro de 2016, o Sr. **Ricardo Fernando Thomas Fernandes** participava com **90%** do capital da Recorrente, - (os outros **10%** pertenciam ao seu **filho** Ricardo Fernando Fernandes) - desde a sua constituição em agosto de 2008 até 20 de julho de 2011, data em que, ambos, retiraram-se do quadro acionário da Recorrente, a empresa **R. FERNANDEZ & CIA LTDA.**

Nesta ocasião, ingressaram como sócias **Roseli Lori Fernandes** com 99% das cotas e **Loni Santa Matter** com 1%, respectivamente, **esposa** e **sogra** de Ricardo Fernando Thomas Fernandes.

Das outras empresas

A empresa **MADERO CABRAL LTDA.**, constituída em setembro de 2020, com opção pelo SIMPLES NACIONAL em 01/10/2010, permaneceu neste sistema até 30 de junho de 2011, quando, voluntariamente, mas por força da lei, encarregou-se de sair do sistema em face do surgimento de receita em montante superior ao limite legal para a sua permanência.

As sócias durante este período eram ROSELI LORI FERNANDES e BRUNA FERNANDES, as quais vem a ser a **esposa e filha** de Ricardo Fernando Thomas Fernandes.

A empresa **RESTAURANTE MADERO BC LTDA.**, constituída em 24 de novembro de 2008, permaneceu neste sistema até 31/12/2013 e tinha, inicialmente, como sócios as pessoas de RICARDO FERNANDO FERNANDES, **filho** de Ricardo Fernando Thomas Fernandes, este o outro sócio, com 50% cada um.

Em 01 de abril de 2011, retirou-se da sociedade o Sr. Ricardo Fernando Thomas Fernandes, ingressando no quadro societário a **funcionária** (desta empresa) Tatiana Rosalia Berton, com 1% de participação, passando o sócio Ricardo Fernando Fernandes a deter 99% do capital.

Da motivação fiscal

Na **Representação Para Exclusão de Ofício do SIMPLES NACIONAL**, em seu item 5 consta:

*5. Em depoimento prestado em 31/08/2016, **Ricardo Fernando Thomas Fernandes** informou que: “Questionado sobre a participação societária de sua esposa e filha nas empresas, respondeu que, como suas dependentes, participaram mas não de forma efetiva.”*

No **Despacho Decisório nº 281/EQSIM/DRF/CTB**, de 28 de novembro de 2016, consta que:

*5.1. Em seu depoimento prestado em 31/08/2016, transcrito no parágrafo 4.1 acima, Ricardo Fernando Thomas Fernandes declarou o seguinte sobre a participação societária de seus familiares nas empresas: “**Questionado sobre a participação societária de sua esposa e filha nas empresas, respondeu que, como suas dependentes, participaram mas não de forma efetiva.**”. Concluindo-se dessa declaração que a esposa de Ricardo Fernando Thomas Fernandes, Roseli Lori Fernandes, que figura como sócia-administradora à frente da **R FERNANDES & CIA** é na realidade interposta pessoa de Ricardo Fernando Thomas Fernandes que detém a efetiva titularidade e o comando administrativo da empresa.*

Da decisão de piso

Ora, pela análise das peças processuais, constata-se que Ricardo Fernando Thomas Fernandes, em depoimento, admitiu expressamente que sua esposa não participou de “forma efetiva” na administração da interessada (fl. 3). Logo, a interposição de pessoas é patente, sendo forçoso concluir que o Despacho Decisório atacado não se alicerça em meras presunções nem contém ambiguidades ou incertezas; ao revés, aponta com precisão e clareza os motivos da exclusão do sujeito passivo e, portanto, não pode ser acoimado de nulidade, em face do disposto no artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

[...]

Uma vez comprovada (e não “presumida”) a interposição de pessoas na constituição da pessoa jurídica – conduta dolosa, que visou a ocultar do Fisco da União a extensão e natureza de seus negócios – torna-se imperiosa a exclusão da interessada do Simples Nacional, tal como levado a efeito pelo ADE DRF/CTA nº 108, de 2016, em face do que determina o artigo 29, inciso IV, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Do Recurso Voluntário

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A) DA DECADÊNCIA

Percebe-se que o julgador de 1ª instância não apreciou a defesa arguida na impugnação de que ocorreu a decadência no presente caso.

No presente caso, o suposto dolo noticiado pela autoridade fiscal deverá ser afastado.

Em razão disso, não é aplicável o previsto no artigo 173, I do CTN, de acordo com o qual "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

O correto é aplicar o art. 150, § 4º do CTN, de acordo com o qual "o lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. [...] § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação".

Assim, o termo inicial da contagem dos 5 anos para o prazo decadencial é a data da ocorrência dos fatos geradores. Perceba-se aqui que a notificação deu-se em 09 de dezembro de 2016. Parece relativamente claro que todos os créditos relativos a fatos geradores ocorridos antes de 09 de dezembro de 2011 encontram-se extintos pela decadência!!!

Portanto, deve ser reconhecida a decadência no presente caso.

E, nos tópicos seguintes, são apresentadas as demais teses recursais.

Reproduzo excertos:

B) DA AUSÊNCIA DO INTUITO DE FRAUDE

[...]

Ao contrário do que aduz o julgador de 1ª instância, não restou comprovada a interposição de pessoas na constituição da empresa, tampouco qualquer dolo, fraude ou simulação.

O acórdão recorrido, como fez o despacho decisório, presumiu a ocorrência de suposta interposição com o intuito de fraudar a Lei Complementar 123/2006, mas sem apresentar elementos concretos atestando a ocorrência da fraude.

*O depoimento do Sr. RICARDO, **por si só**, não prova a interposição de pessoas para a constituição da empresa recorrente em desrespeito à Lei Complementar 123/2006. Primeiramente, o Sr. RICARDO – em nenhum momento – confessa que era “sócio de fato” da empresa recorrente, como erroneamente interpretou o julgador de 1ª instância. E, além disso, a sua suposta confissão não poderia ser valorada como prova em razão do princípio do “nemo tenetur se detegere” (direito de não produzir prova contra si mesmo), consagrado pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso LXIII), e aplicável ao processo administrativo, subsidiário ao processo penal.*

[...]

O Sr. RICARDO não era sócio da empresa recorrente nos períodos utilizados pelo despacho decisório para computar o alegado desrespeito aos limites de faturamento da Lei Complementar 123/2006.

Algo que se mostra presente no presente caso é a ausência completa da indicação do motivo do ato administrativo impugnado.

[...]

A Administração deveria ter indicado o motivo exato, mas não o fez!!! Se vale simplesmente de presunções. Indicação e existência do motivo é condição de validade do ato administrativo. Não havendo a expressa indicação do motivo, ou, ainda, inexistindo motivo que pudesse ensejar a edição do ato administrativo, o ato será nulo de pleno direito.

[...]

C) SOBRE A UTILIZAÇÃO DAS PRESUNÇÕES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

É necessário, agora, explicitar o instituto das presunções, no direito, e as suas respectivas limitações; pois, como se verá mais adiante, tal tema influirá diretamente na análise da presente questão.

Neste tópico, tece longo arrazoado sobre conceitos e definições de presunções, com transcrições de vários textos de doutrinadores, para concluir pela “...impossibilidade do emprego de presunções no presente caso.”

D) NULIDADE EM RAZÃO DE VÍCIO DE MOTIVO

O ato administrativo em questão é nulo em razão da ausência de motivo válido. Para realização do ato, o auditor-fiscais aduz que a empresa foi constituída por interpostas pessoas.

Ocorre que não houve qualquer simulação.

O que é de relevo a presente defesa (e ao reconhecimento do defeito de motivo contido no ato atacado) é a constatação de que não houve qualquer simulação na constituição da empresa.

Neste particular, percebe-se que o ato pronunciado pelo Srs. Auditores Fiscais vincula-se a um motivo inexistente. Há aqui um vício de motivo que conduz à nulidade do ato de lançamento.

Como é sabido, a inexistência de motivo ou a sua falsidade configura nulidade do ato administrativo.

[...]

4) PEDIDO FINAL

À vista do exposto, demonstradas a insubsistência e a improcedência do ato administrativo de exclusão do recorrente do Simples Nacional, requer-se seja acolhido o presente recurso, a fim de julgar a total improcedência do Ato Declaratório de nº. 108, de 28/11/2016, oriundo do processo administrativo nº. 10980.724872/2016-08, de exclusão do SIMPLES, cessando seus efeitos, com consequente cancelamento e arquivamento.

E o acórdão da Delegacia de Julgamento, por sua vez, refutou o alegado na impugnação de que as conclusões do despacho decisório são baseadas em presunções de que o Sr. RICARDO era “sócio de fato” da empresa recorrente, mas que não foram provadas cabalmente, decidindo que foi provada a interposição de pessoas e, consequentemente, o desrespeito aos limites da LC 123/2006 para a permanência no Simples.

Da análise

Apesar do extenso arrazoado contido no Despacho Decisório, o fato é que há muitas situações ali expostas e citações a várias outras empresas, com menção à Grupo Madero e outras pessoas, etc, que não fazem parte do litígio verificado neste processo.

Aqui se discute apenas a utilização ou não de **interpostas pessoas** no quadro societário da Recorrente, e que teria ocorrido também nas empresas MADERO CABRAL E RESTAURANTE MADERO BC, sendo que para essas duas também houve um ato de ofício de exclusão, mas controlado em outros processos, conforme noticiado no referido Despacho Decisório.

Pelo que consta nos autos, fica-se a conclusão da existência de **interpostas pessoas** em face do depoimento de **Ricardo Fernando Thomas Fernandes** e, também, aliado a

fartos documentos que mostram a participação deste senhor como sócio e/ou administrador em várias outras empresas deste famoso restaurante.

A Recorrente, conforme relatoriado, alegou que “O depoimento do Sr. Ricardo, por si só, não prova a interposição de pessoas para a constituição da empresa em desrespeito à Lei Complementar 123/2006” e que, este senhor “...em nenhum momento confessa que era ‘sócio de fato’ da empresa recorrente...”.

Creio que nem se precisava tal confissão.

Conforme relatoriado, por meio da 1ª Alteração ao Contrato Social (fls.13 a 47) o Sr. **Ricardo Fernando Thomas Fernandes**, então sócio da Recorrente desde a sua constituição em agosto de 2008 e o outro sócio **Ricardo Fernando Fernandes** (então filho daquele), retiraram-se da sociedade, a qual passa a ser dividida por **Roseli Lori Fernandes** (com 99% das quotas) e **Loni Santa Matter** (1%), respectivamente, **esposa** e **sogra** de Ricardo Fernando Thomas Fernandes.

Reproduzo a seguinte alteração contratual:

Em virtude da modificação havida no item anterior, o capital social fica assim dividido entre os sócios:

SÓCIOS	QUOTAS	VALOR (R\$)	%
ROSELI LORI FERNANDES	99.000	99.000,00	99%
LONI SANTA MATTER	1.000	1.000,00	1%
Total	100.000	100.000,00	100%

- iv. A **CLAUSULA XVI** que era: A sociedade será administrada pelo sócio **RICARDO FERNANDO FERNANDES**, sendo-lhe atribuído todos os poderes necessários à realização do objeto da sociedade. Internamente, são atribuídos os poderes de gestão administrativa, e externamente, são atribuídos os poderes para representar a sociedade ativa e passivamente, judicial ou extrajudicialmente, podendo transigir, renunciar, desistir, firmar compromissos, confessar dívidas, fazer acordos, contrair obrigações. Os atos de adquirir, alienar e onerar bens imóveis, somente poderão ser feitos com autorização de dois terços dos sócios representantes do capital social, sendo este ato considerado de extraordinária administração, passa a ser de: *A sociedade será administrada pela sócia ROSELI LORI FERNANDES, sendo-lhe atribuído todos os poderes necessários à realização do objeto da sociedade. Internamente, são atribuídos os poderes de gestão administrativa, e externamente, são atribuídos os poderes para representar a sociedade ativa e passivamente, judicial ou extrajudicialmente, podendo transigir, renunciar, desistir, firmar compromissos, confessar dívidas, fazer acordos, contrair obrigações. Os atos de adquirir, alienar e onerar bens imóveis, somente poderão ser feitos com autorização de dois terços dos sócios representantes do capital social, sendo este ato considerado de extraordinária administração.*

Reproduzo também o TERMO DE DEPOIMENTO tomado pelo órgão fiscal junto ao Sr. **Ricardo Fernando Thomas Fernandes**:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL
SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO

TERMO DE DEPOIMENTO n.º 004/2016

1. Jurisdição Fiscal

1. SRRF 9ª RF	2. DRF DRF Curitiba/PR	3. Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal 09.1.01.00-2015-00111-7
-------------------------	----------------------------------	---

2. Contribuinte/Responsável

1. Nome Ricardo Fernando Thomas Fernandes			
2. CPF 374.124.850-91	3. Endereço Rua Brigadeiro Franco, 1466 Apto 2301		
4. Bairro Merces	5. Município Curitiba	6. UF PR	7. UF 80420-200

3. Local da Lavratura

1. Local DRF Curitiba/PR	2. Data 31/08/2016	3. Hora 11:00
------------------------------------	------------------------------	-------------------------

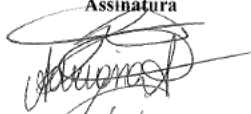
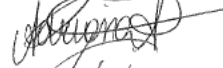
4. Contexto

No exercício das funções de Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, nas dependências do Sefis/Drf Curitiba-PR, tomamos a termo o DEPOIMENTO do Sr. RICARDO FERNANDO THOMAS FERNANDES, CPF nº 374.124.850-91, que compareceu conjuntamente com o seu advogado Sr. Mauricio Dalri Timm do Valle, OAB-PR nº 41434, e seu procurador Sr. Laercio Jose de Andrade, OAB-PR nº 75784, prestando as informações que se seguem.

Questionado sobre as participações societárias nos restaurantes do grupo Madero, respondeu que foi sócio efetivo das unidades Cabral, Comendador e Praça da Espanha e somente constou do contrato inicial das unidades Champagnat e Relógio das Flores, saindo antes do início de operação das unidades, e que, a partir de 2013, tornou-se apenas franquiado. Questionado sobre a participação societária de sua esposa e filha nas empresas, respondeu que, como suas dependentes, participaram mas não de forma efetiva. Questionado sobre os valores integralizados nas suas participações societárias, respondeu que os valores foram os efetivamente declarados nos contratos sociais sendo que a forma adotada foi, na grande maioria das vezes, em cheques emitidos entregues ao departamento financeiro do grupo Madero. Questionado ainda sobre esses cheques compensados/pagos em sua conta corrente, informou que alguns destes foram sacados e entregues em espécie pessoalmente pelo sacador, porém, como os demais foram entregues ao departamento financeiro, não sabe informar qual o destino dado aos valores, além dos que já foram informados em resposta a intimações anteriores. Questionado sobre a distribuição de lucros declarados em sua DIRPF2012 nos valores de R\$ 1.050.000,00 da Madero Cabral Ltda, R\$ 690.000,00 da Madero Comendador Ltda e R\$ 20.000,00 da Madero Praça da Espanha Ltda, respondeu que confirma esses valores, porém foram recebidos parte deles ao longo do ano de 2011 podendo até ter ficado parcela a receber em 2012 conforme fluxo de caixa das empresas. Questionado sobre a forma de apuração de resultado, se conjuntamente nas empresas ou de forma separada, respondeu que era apurado empresa por empresa e a distribuição de lucro respeitava a participação societária, porém não era feita de modo formalizado.

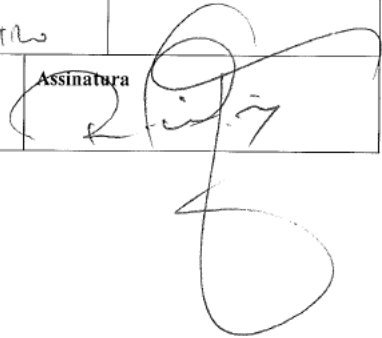
E, para surtir os efeitos legais, lavramos o presente Termo, em duas vias de igual teor e forma, assinado pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e pelo depoente.

Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil

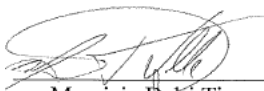
Nome	Matrícula	Assinatura
Rafael Hamerschmidt	1170060	
Adriana Luiz Scarabelot	1171217	
Leandro José Silva de Paula	1905	

Depoente:

Declaro que as informações acima prestadas são a expressão da verdade.

Nome <i>RICARDO FERNANDO THOMAS FERNANDES</i>		CPF <i>374.124.855-91</i>
Endereço <i>RUA BORGADO DE FRANCO</i>	Bairro <i>CENTRO</i>	CEP <i>61.100-000</i>
Cidade/UF <i>CURITIBA - PR</i>	Assinatura 	

Participantes:


Mauricio Dalri Timm do Valle


Laercio Jose de Andrade

Relativamente ao referido Termo de Depoimento, a autoridade fiscal destacou em sua Representação para Exclusão de Ofício do Simples Nacional, a seguinte afirmação:

5. Em depoimento prestado em 31/08/2016, **Ricardo Fernando Thomas Fernandes** informou que: “Questionado sobre a participação societária de sua esposa e filha nas empresas, respondeu que, como suas dependentes, participaram mas não de forma efetiva.”

Conforme alteração contratual supra transcrita, sua esposa passou a ser a sócia administradora da Recorrente “**sendo-lhe atribuído todos os poderes necessários à realização do objeto da sociedade**.”

Se com todo estes poderes, a esposa sócia não tinha uma participação **efetiva** junto à Recorrente, forçoso concluir que não era, de **fato**, a sua administradora.

E não foi uma pessoa qualquer que afirmou tal fato (sem trocadilhos), mas o Sr. **Ricardo Fernando Thomas Fernandes**, pessoa que participa como sócio e/ou administrador em várias outras empresas desta cadeia de restaurantes, como evidenciado em telas de sistemas da Receita Federal – CNPJ, CONSOCIOS, SOC (CONSULTA POR SOCIO), acostadas às fls.194 a 200, que a seguir as reproduzo:

____ CNPJ,CONSOCIOS,SOC (CONSULTA POR SOCIO)
T34227Q4 DATA: 18/11/2016 HORA: 14:18:26 USUARIO: KIOMITSU
PAG.: 1 / 5
C.P.F DO SOCIO.: 374.124.850-91
NOME/N.EMP.:
RICARDO FERNANDO THOMAS FERNANDES

CNPJ NOME EMPRESARIAL
QUALIFICACAO FONTE
13.002.350/0001-39 MADERO CABRAL LTDA - EPP

49 - SOCIO-ADMINIST QSA INC: 30/06/2011(07/2011) ULT. ALT: 25/03/2013(05/2013)
15.061.653/0001-58 R. FERNANDES - ASSESSORIA E CONSULTORIA EM COMMODITIES AG

49 - SOCIO-ADMINIST QSA INC: 06/02/2012(02/2012)
15.987.997/0001-92 RESTAURANTE MADERO JOINVILLE LTDA

49 - SOCIO-ADMINIST QSA INC: 04/07/2012(07/2012) ULT. ALT: 23/07/2015(07/2015)

PA1 - VOLTA MENU

PF3 - ENC. CONSULTA PF7 - VOLTA PAG PF8 - AVANCA PAG PAG DESEJADA: ____

____ CNPJ,CONSOCIOS,SOC (CONSULTA POR SOCIO)
T34227Q4 DATA: 18/11/2016 HORA: 14:19:01 USUARIO: KIOMITSU
PAG.: 2 / 5
C.P.F DO SOCIO.: 374.124.850-91
NOME/N.EMP.:
RICARDO FERNANDO THOMAS FERNANDES

CNPJ NOME EMPRESARIAL
QUALIFICACAO FONTE
10.509.161/0001-69 RESTAURANTE MADERO BC LTDA - ME

49 - SOCIO-ADMINIST QSA INC: 06/06/2014(06/2014) ULT. ALT: 13/01/2015(01/2015)
20.703.712/0001-84 RESTAURANTE MADERO BC SHOPPING LTDA

22 - SOCIO QSA INC: 25/06/2015(06/2015)
20.542.853/0001-62 RESTAURANTE MADERO BLUMENAU LTDA - ME

22 - SOCIO QSA INC: 20/07/2015(07/2015) 23/07/2015(07/2015)

PA1 - VOLTA MENU

PF3 - ENC. CONSULTA PF7 - VOLTA PAG PF8 - AVANCA PAG PAG DESEJADA: ____

____ CNPJ,CONSOCIOS,SOC (CONSULTA POR SOCIO)
T34227Q4 DATA: 18/11/2016 HORA: 14:19:16 USUARIO: KIOMITSU
PAG.: 3 / 5
C.P.F DO SOCIO.: 374.124.850-91
NOME/N.EMP.:
RICARDO FERNANDO THOMAS FERNANDES

CNPJ NOME EMPRESARIAL
QUALIFICACAO FONTE
20.542.648/0001-05 RESTAURANTE MADERO ITAPEMA LTDA

22 - SOCIO QSA INC: 26/10/2015(10/2015) 13/01/2015(01/2015)
20.730.099/0001-94 SADIA S.A

10 - DIRETOR QSA 25/06/2015(06/2015) EXCLUIDO: 25/05/2011(06/2011)
10.338.373/0001-20 R. FERNANDES & CIA LTDA - EPP

22 - SOCIO QSA INC: 11/09/2008(09/2008) EXCLUIDO: 25/07/2011(08/2011)

____ CNPJ,CONSÓCIOS,SOC (CONSULTA POR SOCIO)
T34227Q4 DATA: 18/11/2016 HORA: 14:19:34 USUARIO: KIOMITSU
PAG.: 4 / 5
C.P.F DO SOCIO.: 374.124.850-91
NOME/N.EMP.:
RICARDO FERNANDO THOMAS FERNANDES

CNPJ NOME EMPRESARIAL
QUALIFICACAO FONTE
14.096.489/0001-51 RESTAURANTE MADERO CHAMPAGNAT LTDA.

22 - SOCIO QSA INC: 12/07/2011(08/2011) EXCLUIDO: 11/10/2011(10/2011)
14.002.694/0001-00 BAR E RESTAURANTE MADERO RELOGIO DAS FLORES LTDA.

22 - SOCIO QSA INC: 12/07/2011(07/2011) EXCLUIDO: 17/10/2011(10/2011)
13.579.292/0001-00 RESTAURANTE MADERO COMENDADOR LTDA.

22 - SOCIO QSA INC: 05/07/2011(07/2011) EXCLUIDO: 12/04/2013(05/2013)

PA1 - VOLTA MENU

PF3 - ENC. CONSULTA PF7 - VOLTA PAG PF8 - AVANCA PAG PAG DESEJADA: ____

____ CNPJ,CONSÓCIOS,SOC (CONSULTA POR SOCIO)
T34227Q4 DATA: 18/11/2016 HORA: 14:19:47 USUARIO: KIOMITSU
PAG.: 5 / 5
C.P.F DO SOCIO.: 374.124.850-91
NOME/N.EMP.:
RICARDO FERNANDO THOMAS FERNANDES

CNPJ NOME EMPRESARIAL
QUALIFICACAO FONTE
14.003.117/0001-33 RESTAURANTE MADERO PRACA DA ESPANHA LTDA.

22 - SOCIO QSA INC: 12/07/2011(07/2011) EXCLUIDO: 09/04/2013(10/2014)
11.059.179/0001-79 ASSOCIACAO DOS MORADORES DO CONDOMINIO RESIDENCIAL CONTIN
VE
16 - PRESIDENTE QSA INC: 23/02/2015(05/2015) EXCLUIDO: 11/02/2016(03/2016)

PA1 - VOLTA MENU

PF3 - ENC. CONSULTA PF7 - VOLTA PAG PF8 - AVANCA PAG PAG DESEJADA: ____

____ CNPJ,CONSULTA,CNPJ (CONSULTA PELO CNPJ)
T34227Q5 DATA: 18/11/2016 HORA: 14:26:12 USUARIO: KIOMITSU

FONTE : QUADRO SOCIETARIO
CNPJ EMPRESA: 13.002.350/0001-39 DATA DA ABERTURA: 01/10/2010
N.E.: MADERO CABRAL LTDA. - EPP

CPF RESP EMPRESA: 374.124.850-91
NOME RESPONSAVEL: RICARDO FERNANDO THOMAS FERNANDES

CPF/CNPJ : 374.124.850-91 INCLUIDO EM : 30/06/2011
ULT. ALT EM : 25/03/2013
NOME/N.EMP: RICARDO FERNANDO THOMAS FERNANDES

SIT. CADASTRAL: REGULAR
QUALIFICACAO: 49 - SOCIO-ADMINISTRADOR
PERC.CAP.SOCIAL: 99.90 VALOR.CAP.SOCIAL: 499500,00
PAIS DE ORIGEM (SE SOCIO ESTRANGEIRO):
CPF REPRESENTANTE LEGAL:
QUALIF.REP.LEGAL:
NOME DO REPRES. LEGAL:

____ CNPJ,CONSULTA,CNPJ (CONSULTA PELO CNPJ)
T34227Q5 DATA: 18/11/2016 HORA: 14:28:49 USUARIO: KIOMITSU

FONTE : QUADRO SOCIETARIO
CNPJ EMPRESA: 20.703.712/0001-84 DATA DA ABERTURA: 21/07/2014
N.E.: RESTAURANTE MADERO BC SHOPPING LTDA

CPF RESP EMPRESA: 627.930.399-34
NOME RESPONSÁVEL: JONES ROBERTO COFFERRI

CPF/CNPJ : 374.124.850-91 INCLUIDO EM : 25/06/2015

NOME/N.EMP: RICARDO FERNANDO THOMAS FERNANDES

SIT. CADASTRAL: REGULAR
QUALIFICACAO: 22 - SOCIO
PERC.CAP. SOCIAL: 45.00 VALOR.CAP.SOCIAL: 450000,00
PAIS DE ORIGEM (SE SOCIO ESTRANGEIRO):
CPF REPRESENTANTE LEGAL:
QUALIF.REP.LEGAL:
NOME DO REPRES. LEGAL:

PA1 - VOLTA MENU PF3 - ENCERRA CONSULTA PF12 - HISTORICO DO SOCIO

____ CNPJ,CONSULTA,CNPJ (CONSULTA PELO CNPJ)
T34227Q5 DATA: 18/11/2016 HORA: 14:29:21 USUARIO: KIOMITSU

FONTE : QUADRO SOCIETARIO
CNPJ EMPRESA: 20.542.853/0001-62 DATA DA ABERTURA: 01/07/2014
N.E.: RESTAURANTE MADERO BLUMENAU LTDA - ME

CPF RESP EMPRESA: 627.930.399-34
NOME RESPONSÁVEL: JONES ROBERTO COFFERRI

CPF/CNPJ : 330.852.420-15 INCLUIDO EM : 20/07/2015

NOME/N.EMP: JOSE ROBERTO THOMAS FERNANDES

SIT. CADASTRAL: REGULAR
QUALIFICACAO: 22 - SOCIO
PERC.CAP. SOCIAL: 20.00 VALOR.CAP.SOCIAL: 200000,00
PAIS DE ORIGEM (SE SOCIO ESTRANGEIRO):
CPF REPRESENTANTE LEGAL:
QUALIF.REP.LEGAL:
NOME DO REPRES. LEGAL:

PA1 - VOLTA MENU PF3 - ENCERRA CONSULTA PF12 - HISTORICO DO SOCIO

____ CNPJ,CONSULTA,CNPJ (CONSULTA PELO CNPJ)
T34227Q5 DATA: 18/11/2016 HORA: 14:30:01 USUARIO: KIOMITSU

FONTE : QUADRO SOCIETARIO
CNPJ EMPRESA: 20.542.648/0001-05 DATA DA ABERTURA: 01/07/2014
N.E.: RESTAURANTE MADERO ITAPEMA LTDA

CPF RESP EMPRESA: 796.972.839-15
NOME RESPONSÁVEL: LUCIANA REGINA ORTOLAN COFFERRI

CPF/CNPJ : 374.124.850-91 INCLUIDO EM : 26/10/2015

NOME/N.EMP: RICARDO FERNANDO THOMAS FERNANDES

SIT. CADASTRAL: REGULAR
QUALIFICACAO: 22 - SOCIO
PERC.CAP. SOCIAL: 63.00 VALOR.CAP.SOCIAL: 283500,00
PAIS DE ORIGEM (SE SOCIO ESTRANGEIRO):
CPF REPRESENTANTE LEGAL:
QUALIF.REP.LEGAL:
NOME DO REPRES. LEGAL:

____ CNPJ,CONSULTA,CNPJ (CONSULTA PELO CNPJ)
T34227Q7 DATA: 18/11/2016 HORA: 14:32:05 USUARIO: KIOMITSU

FONTE.....: QUADRO SOCIETARIO
CNPJ EMPRESA.....: 20.730.099/0001-94 DATA DA ABERTURA: 23/05/1979
N.E.: SADIA S.A.

CPF RESP EMPRESA: 522.156.958-20
NOME RESPONSÁVEL: NELSON VAS HACKLAUER

CPF/CNPJ DO SOCIO.: 374.124.850-91
NM.EMPR/NOME SOCIO: RICARDO FERNANDO THOMAS FERNANDES

SIT. CADASTRAL: REGULAR
INCLUIDO EM : 25/05/2006 EXCLUIDO EM : 25/05/2011
QUALIFICACAO: 10 - DIRETOR
PERC.CAP. SOCIAL: 0,00 PERC.CAP.VOTANTE: 0,00
PAIS DE ORIGEM: CPF REPRES LEGAL:
QUALIF.REP.LEGAL:
NOME DO REPRES. LEGAL:
CPF DO TRANSMISSOR: 579.183.929-49 TERMINAL: 010.059.147.104

PA1 - VOLTA MENU PF3 - ENCERRA CONSULTA

____ CNPJ,CONSULTA,CNPJ (CONSULTA PELO CNPJ)
T34227Q7 DATA: 18/11/2016 HORA: 14:32:46 USUARIO: KIOMITSU

FONTE.....: QUADRO SOCIETARIO
CNPJ EMPRESA.....: 10.338.373/0001-20 DATA DA ABERTURA: 11/09/2008
N.E.: R. FERNANDES & CIA LTDA - EPP

CPF RESP EMPRESA: 457.534.150-91
NOME RESPONSÁVEL: ROSELI LORI FERNANDES

CPF/CNPJ DO SOCIO.: 374.124.850-91
NM.EMPR/NOME SOCIO: RICARDO FERNANDO THOMAS FERNANDES

SIT. CADASTRAL: REGULAR
INCLUIDO EM : 11/09/2008 EXCLUIDO EM : 25/07/2011
QUALIFICACAO: 22 - SOCIO
PERC.CAP. SOCIAL: 90,00 PERC.CAP.VOTANTE: 0,00
PAIS DE ORIGEM: CPF REPRES LEGAL:
QUALIF.REP.LEGAL:
NOME DO REPRES. LEGAL:
CPF DO TRANSMISSOR: 014.997.949-59 TERMINAL: 010.059.025.015

PA1 - VOLTA MENU PF3 - ENCERRA CONSULTA

____ CNPJ,CONSULTA,CNPJ (CONSULTA PELO CNPJ)
T34227Q7 DATA: 18/11/2016 HORA: 14:33:32 USUARIO: KIOMITSU

FONTE.....: QUADRO SOCIETARIO
CNPJ EMPRESA.....: 14.096.489/0001-51 DATA DA ABERTURA: 12/07/2011
N.E.: RESTAURANTE MADERO CHAMPAGNAT LTDA.

CPF RESP EMPRESA: 024.714.679-03
NOME RESPONSÁVEL: KETHLEN FERREIRA RIBAS DURSKE

CPF/CNPJ DO SOCIO.: 374.124.850-91
NM.EMPR/NOME SOCIO: RICARDO FERNANDO THOMAS FERNANDES

SIT. CADASTRAL: REGULAR
INCLUIDO EM : 12/07/2011 EXCLUIDO EM : 11/10/2011
QUALIFICACAO: 22 - SOCIO
PERC.CAP. SOCIAL: 50,00 PERC.CAP.VOTANTE: 0,00
PAIS DE ORIGEM: CPF REPRES LEGAL:
QUALIF.REP.LEGAL:
NOME DO REPRES. LEGAL:
CPF DO TRANSMISSOR: 896.090.269-15 TERMINAL:

PA1 - VOLTA MENU PF3 - ENCERRA CONSULTA

____ CNPJ,CONSULTA,CNPJ (CONSULTA PELO CNPJ)
T34227Q7 DATA: 18/11/2016 HORA: 14:34:16 USUARIO: KIOMITSU

FONTE.....: QUADRO SOCIETARIO
CNPJ EMPRESA.....: 14.002.694/0001-00 DATA DA ABERTURA: 12/07/2011
N.E.: BAR E RESTAURANTE MADERO RELOGIO DAS FLORES LTDA

CPF RESP EMPRESA: 024.714.679-03
NOME RESPONSÁVEL: KETHLEN FERREIRA RIBAS DURSKE

CPF/CNPJ DO SOCIO.: 374.124.850-91
NM.EMPRESA/NOME SOCIO: RICARDO FERNANDO THOMAS FERNANDES

SIT. CADASTRAL: REGULAR
INCLUIDO EM : 12/07/2011 EXCLUIDO EM : 17/10/2011
QUALIFICACAO: 22 - SOCIO
PERC.CAP. SOCIAL: 50,00 PERC.CAP.VOTANTE: 0,00
PAIS DE ORIGEM: CPF REPRES LEGAL:
QUALIF.REP.LEGAL:
NOME DO REPRES. LEGAL:
CPF DO TRANSMISSOR: 896.090.269-15 TERMINAL:

PA1 - VOLTA MENU

PF3 - ENCERRA CONSULTA

____ CNPJ,CONSULTA,CNPJ (CONSULTA PELO CNPJ)
T34227Q7 DATA: 18/11/2016 HORA: 14:34:56 USUARIO: KIOMITSU

FONTE.....: QUADRO SOCIETARIO
CNPJ EMPRESA.....: 13.579.292/0001-00 DATA DA ABERTURA: 11/03/2011
N.E.: RESTAURANTE MADERO COMENDADOR LTDA

CPF RESP EMPRESA: 427.369.519-72
NOME RESPONSÁVEL: LUIZ RENATO DURSKE JUNIOR

CPF/CNPJ DO SOCIO.: 374.124.850-91
NM.EMPRESA/NOME SOCIO: RICARDO FERNANDO THOMAS FERNANDES

SIT. CADASTRAL: REGULAR
INCLUIDO EM : 05/07/2011 EXCLUIDO EM : 12/04/2013
QUALIFICACAO: 22 - SOCIO
PERC.CAP. SOCIAL: 30,00 PERC.CAP.VOTANTE: 0,00
PAIS DE ORIGEM: CPF REPRES LEGAL:
QUALIF.REP.LEGAL:
NOME DO REPRES. LEGAL:
CPF DO TRANSMISSOR: 186.164.890-10 TERMINAL:

PA1 - VOLTA MENU

PF3 - ENCERRA CONSULTA

____ CNPJ,CONSULTA,CNPJ (CONSULTA PELO CNPJ)
T34227Q7 DATA: 18/11/2016 HORA: 14:35:53 USUARIO: KIOMITSU

FONTE.....: QUADRO SOCIETARIO
CNPJ EMPRESA.....: 14.003.117/0001-33 DATA DA ABERTURA: 12/07/2011
N.E.: RESTAURANTE MADERO PRACA DA ESPANHA LTDA

CPF RESP EMPRESA: 427.369.519-72
NOME RESPONSÁVEL: LUIZ RENATO DURSKE JUNIOR

CPF/CNPJ DO SOCIO.: 374.124.850-91
NM.EMPRESA/NOME SOCIO: RICARDO FERNANDO THOMAS FERNANDES

SIT. CADASTRAL: REGULAR
INCLUIDO EM : 12/07/2011 EXCLUIDO EM : 09/04/2013
QUALIFICACAO: 22 - SOCIO
PERC.CAP. SOCIAL: 50,00 PERC.CAP.VOTANTE: 0,00
PAIS DE ORIGEM: CPF REPRES LEGAL:
QUALIF.REP.LEGAL:
NOME DO REPRES. LEGAL:
CPF DO TRANSMISSOR: 421.631.102-49 TERMINAL:

____ CNPJ,CONSULTA,CNPJ (CONSULTA PELO CNPJ)
T34227Q7 DATA: 18/11/2016 HORA: 14:36:35 USUARIO: KIOMITSU

FONTE.....: QUADRO SOCIETARIO
CNPJ EMPRESA.....: 11.059.179/0001-79 DATA DA ABERTURA: 10/08/2009
N.E.: ASSOCIACAO DOS MORADORES DO CONDOMINIO RESIDENCIAL CONTINENTAL EXCLUSI
VE
CPF RESP EMPRESA: 034.017.629-66
NOME RESPONSAVEL: ALESSANDRA MELO

CPF/CNPJ DO SOCIO.: 374.124.850-91
NM.EMPR/NOME SOCIO: RICARDO FERNANDO THOMAS FERNANDES

SIT. CADASTRAL: REGULAR
INCLUIDO EM : 23/02/2015 EXCLUIDO EM : 11/02/2016
QUALIFICACAO: 16 - PRESIDENTE
PERC.CAP. SOCIAL: 0,00 PERC.CAP.VOTANTE: 0,00
PAIS DE ORIGEM: CPF REPRES LEGAL:
QUALIF.REP.LEGAL:
NOME DO REPRES. LEGAL:
CPF DO TRANSMISSOR: 451.817.649-91 TERMINAL: 010.059.183.125

PA1 - VOLTA MENU PF3 - ENCERRA CONSULTA

Mais que evidenciado, portanto, e não presumido conforme alegado no recurso voluntário, que o Sr. **Ricardo Fernando Thomas Fernandes** era, de fato, **o administrador** da Recorrente, a empresa **R. Fernandes & cia Ltda.**

Relativamente à fraude apontada pelo órgão fiscal, que culminou com os efeitos da exclusão da Recorrente do SIMPLES NACIONAL por um período de **dez** anos, este prazo encontra-se na hipótese assinalada na LC 123/2006, a saber:

Art.28. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

[...]

IV – a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

[...]

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

§2º O prazo de que trata o §1º deste artigo será elevado para 10 (dez) anos caso seja contestada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável segundo o regime especial previsto nesta Lei Complementar

Entendo que, contrariamente ao ocorrido no Despacho Decisório, não ocorreu a hipótese assinalada no §2º supra, de forma que os efeitos da exclusão passam a ser contados com base na hipótese do §1º supra.

Posição, aliás, transmitida pela autoridade em sua Representação para Exclusão de Ofício do Simples Nacional:

*15. Entre outras possíveis práticas ilegais, restou clara a utilização de interpostas pessoas para propiciar a manutenção ilegal de outras empresas de Ricardo Fernando Thomas Fernandes na sistemática do Simples Nacional, configurando-se assim hipótese de exclusão de ofício da empresa, de acordo com o **art. 29, IV e § 1º**, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.*

Por fim, não há que se cogitar da nulidade do ato administrativo de exclusão, conforme apregoadado pela Recorrente:

O ato administrativo em questão é nulo em razão da ausência de motivo válido. Para realização do ato, o auditor-fiscais aduz que a empresa foi constituída por interpostas pessoas.

Ocorre que não houve qualquer simulação.

O que é de relevo a presente defesa (e ao reconhecimento do defeito de motivo contido no ato atacado) é a constatação de que não houve qualquer simulação na constituição da empresa.

Neste particular, percebe-se que o ato pronunciado pelo Srs. Auditores Fiscais vincula-se a um motivo inexistente. Há aqui um vício de motivo que conduz à nulidade do ato de lançamento.

Como é sabido, a inexistência de motivo ou a sua falsidade configura nulidade do ato administrativo.

O referido ato de exclusão se reporta ao Despacho Decisório, no qual se incluiu a devida motivação da exclusão:

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/CTANº 108, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2016

Declara excluída do SIMPLES NACIONAL a
pessoa jurídica que especifica.

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CURITIBA,
no uso da atribuição que lhe confere o artigo 302, inciso II, do Anexo ao Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, e tendo em vista o disposto no artigo 28, parágrafo único e artigo 29, parágrafo 5º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no artigo 75, inciso I e parágrafo 1º da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011,

DECLARA:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, a pessoa jurídica **R. FERNANDES & CIA LTDA - EPP**, CNPJ nº 10.338.373/0001-20, com efeitos a partir de 01/04/2011, impedida nova opção pelo regime até 31/12/2021, por ter a interessada incorrido em hipóteses de vedação ao referido regime de tributação, conforme motivação e fundamentação apresentadas no Despacho Decisório proferido nos autos do processo administrativo nº 10980.724872/2016-08.

[...]

Conclusão

É o voto, por afastar a preliminar de decadência, rejeitar a nulidade do ato de exclusão e, no mérito, dar provimento em parte ao recurso voluntário, no sentido apenas de que os **efeitos** da exclusão da Recorrente do SIMPLES NACIONAL se façam sentir pelo estabelecido no §1º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

(documento assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano