



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.000043/2005-14
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-001.702 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária**
Sessão de 6 de outubro de 2020
Recorrente MORGAN & ALBERTON COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2006

SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. DESMEMBRAMENTO DA PESSOA JURÍDICA.

Demonstrado nos autos que a pessoa jurídica resultou do desmembramento de uma outra pessoa jurídica, há que ser mantida a exclusão ao regime simplificado por se tratar de vedação legal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Ailton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ailton Neves da Silva, Marcelo Jose Luz de Macedo, Rafael Zedral e Thiago Dayan da Luz Barros

Relatório

Discute-se nos autos o Ato Declaratório Executivo (“ADE”) nº 36/2006 (fls. 42 do *e-processo*), o qual formalizou a exclusão do contribuinte do Simples Federal, por ser supostamente resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento, consoante vedação do artigo 9º, XVII, da Lei nº 9.317/1996.

A mencionada exclusão resultou da representação administrativa lavrada pelo INSS (fls. 2/7 do *e-processo*), na qual identificou-se o seguinte (fls. 4/5 do *e-processo*):

[...]

Ao projetarmos para o exercício de 2003, o resultado da razão "faturamento/salários" calculada com os números do exercício de 2001 (16,17%) e considerando que foram pagos a título de salários em 2003 (R\$ 310.816,00) o que correspondem a 16,17% do faturamento, pode-se concluir que o faturamento deste exercício foi superior a R\$ 1.900.000,00. Logo, muito superior ao limite estabelecido no Inciso II do art. 9º da Lei n- 9.317/96.

Os fatos subseqüentes indicam que muito provavelmente, por este motivo a empresa passou por uma espécie de "Planejamento Tributário" que consistia na busca de alternativas para a sua manutenção no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, mesmo que o seu faturamento ultrapassasse o limite de R\$ 1.200.000,00, estabelecido no Inciso II do art. 9º do Estatuto do Sistema Simplificado.

Pelo que se pode observar, este "Planejamento Tributário" concluiu pelo encerramento das atividades da filial sediada na Rua Leoberto Leal nº 51 e pela constituição de uma outra empresa que absorvesse as suas atividades.

Daí que em 20 de janeiro de 2004, conforme documentos de fls. (21 a 24), foi constituída a empresa MORGAN & ALBERTON COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA, inscrita no CNPJ sob o n.º 06.086.160/0001-81, estabelecida à Rua Leoberto Leal, 180, Barreiros, São José/SC, tendo como objetivo social o comércio de peças e acessórios para motocicletas e reparação e manutenção de motocicletas e cujo quadro societário está assim constituído:

DANIEL MORGAN DE SOUZA, brasileiro, solteiro, comerciante, residente e domiciliado à Rua Ana Georgina da Rosa, 120, Jardim dos Lordes, São José/SC, portador da CI nº 3.521.748 e inscrito no CPF sob o nº 058.277.239-75 e

VALDEMIR ALBERTON DE SOUZA, brasileiro, casado, comerciante, residente e domiciliado à Rua Vitorino José Luiz, 205, Bloco 1, Apto 201, Forquilha, São José/SC, portador da CI nº 1/C - 3.355.968 e inscrito no CPF sob o nº 919.940.399-49

Os documentos anexos à presente Representação indicam que DANIEL MORGAN DE SOUZA é filho do Senhor DERCILIO MORGAN DE SOUZA e VALDEMIR ALBERTON DE SOUZA é irmão, que por sua vez é irmão do outro sócio proprietário da empresa MOTO PANTHER COMERCIO DE PEÇAS LTDA.

Indicam ainda, fls. (25) que o senhor VALDEMIR ALBERTON DE SOUZA é empregado da empresa MOTO PANTHER COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA desde 02/01/98 e se mantém nesta condição até hoje.

De acordo com os documentos de fls. (26 a 29), foram rescindido os contratos de trabalhos dos empregados da filial 0002-76 e admitidos pela empresa MORGAN & ALBERTON COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA.

Embora a informação existente no Cadastro da Secretaria da Receita Federal de que a filial 0002-76 está com a sua situação cadastral "ativa regular", na prática esta informação não é verdadeira, pois este estabelecimento cessou suas atividades, tanto que no seu endereço está funcionando a FARMÁCIA LÍDER LTDA desde 14/06/04 fls. (30).

A nosso ver, a relação de parentesco existente entre os sócios da empresa MORGAN & ALBERTON e os da empresa MOTO PANTHER, não tira dos primeiros a condição de pessoas interpostas prevista no Inciso IV do art. 14 da Lei nº 9317/96.

Além do mais, os fatos comprovam que a empresa MORGAN & ALBERTON COMERCIO DE PEÇAS LTDA é resultante do desmembramento da empresa MOTO PANTHER COMERCIO DE PEÇAS LTDA.

[...]

Em face do ADE de exclusão, o contribuinte apresentou impugnação na qual requer a nulidade do ato face que fundamentado em meras suposições levantadas pelo INSS. Alega que o seu quadro societário não se confunde com o da Moto Panther Comércio de Peças Ltda (“Moto Panther”) e possui contabilidade próprio, além de todos os alvarás e documentos necessários ao desenvolvimento das suas atividades.

Quanto ao fato de ter contratado os trabalhadores demitidos da Moto Panther Comércio de Peças Ltda, não há qualquer violação a dispositivo legal em tal fato, tendo sido observados inclusive todos os trâmites trabalhistas.

Afirma ainda que a presunção de que o faturamento da empresa Moto Panther Comércio de Peças Ltda, no ano de 2003, teria sido superior à R\$ 1.900.000,00, evidencia a incerteza do Ato Declaratório de Exclusão. Aduz que a referida presunção não tem fundamento, já que uma empresa pode ter sua folha salarial aumentada sem que isso redunde em aumento de faturamento.

Em sessão de 14/06/2012, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis (“DRJ/FNS”) julgou improcedente a manifestação de inconformidade do contribuinte.

Nos fundamentos do voto do relator (fls. 93 do *e-processo*):

Dentre as constatações e elementos de prova que não deixam dúvidas de que a constituição da Impugnante (Morgan & Alberton Comércio de Peças Ltda), na realidade, representou desmembramento da pessoa jurídica Moto Panther Comércio de Peças Ltda, podemos citar:

I) a presunção, baseada na proporção “salários x faturamento” apresentada nos anos de 1999, 2000 e 2001 (fls. 21 e 22 pela numeração do processo digital), de que o faturamento da Moto Panther Comércio de Peças Ltda, no ano de 2003, excedeu ao limite previsto para enquadramento no Simples Federal;

II) o fato da Impugnante (Morgan & Alberton Comércio de Peças Ltda) estar localizada em endereço (Rua Leoberto Leal, 180, Barreiros – São José/SC) muito próximo do

endereço de filial da Moto Panther Comércio de Peças Ltda (Rua Leoberto Leal, 51, Barreiros – São José/SC) que deixou de funcionar exatamente na época da constituição da Impugnante (início do ano de 2004);

III) a constatação de que os sócios da Impugnante são familiares dos sócios da Moto Panther Comércio de Peças Ltda (Daniel Morgan de Souza é filho do senhor Dercílio Morgan de Souza e Valdemir Alberton de Souza é irmão do senhor Vitório Alberton de Souza);

IV) a constatação de que um dos sócios da impugnante (Valdemir Alberton de Souza) é empregado da Moto Panther Comércio de Peças Ltda;

V) o fato do objeto social da Impugnante (comércio varejista de peças e acessórios para motocicletas e reparação e manutenção de motocicletas) ser idêntico ao da Moto Panther Comércio de Peças Ltda;

VI) a migração dos empregados da filial da Moto Panther Comércio de Peças Ltda que funcionava na Rua Leoberto Leal, 51, Barreiros – São José/SC para a Impugnante (Morgan & Alberton Comércio de Peças Ltda).

Cabe observar que alguns desses elementos de prova e constatações, se forem analisados individualmente, podem até conferir à Impugnante (Morgan & Alberton Comércio de Peças Ltda) um aparente caráter de normalidade, no entanto, quando apreciados todos em conjunto, comprovam que foi correta a análise das autoridades fiscais, uma vez que demonstram que a Impugnante (Morgan & Alberton Comércio de Peças Ltda) resulta, na realidade, do desmembramento da pessoa jurídica Moto Panther Comércio de Peças Ltda.

[...]

Deve-se ressaltar que mesmo que todas as constatações e elementos de prova apurados pelas autoridades fiscais sejam enquadrados como presunções, o que se admite apenas para argumentar, ainda assim devem ser considerados provas válidas, porquanto a presunção é meio de prova admitido no direito tributário, especialmente na busca da verdade material

Irresignado, o contribuinte apresentou recurso voluntário no qual reitera os seus argumentos.

Aduz inicialmente que o Fisco não teria comprovado os requisitos legais para caracterização do desmembramento, baseando-se tão somente em presunções. Em suas próprias palavras (fls. 106 do *e-processo*), *por outro lado, há diversos elementos comprovados nos autos que atestam a inexistência de simulação, possuindo as empresas CNPJ's diversos, quadros societários distintos, endereços diferentes e contabilidades próprias, não sendo possível cogitar de vínculo entre elas ou de confusão patrimonial.*

Assim como alegado em manifestação, requer também que seja aplicada interpretação mais favorável ao contribuinte, consoante redação do artigo 112 do CTN.

Por fim, questiona o efeito retroativo da exclusão, o qual violaria uma série de princípios constitucionais.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Jose Luz de Macedo, Relator.

Tempestividade

Como se denota dos autos, o contribuinte tomou ciência acórdão recorrido em 26/06/2012 (fls. 103 do *e-processo*), apresentando o recurso voluntário, ora analisado, no dia 23/07/2012 (fls. 104 do *e-processo*), ou seja, dentro do prazo de 30 dias, nos termos do que determina o artigo 33 do Decreto n.º 70.235/1972.

Portanto, é tempestiva a defesa apresentada e, por isso, deve ser analisada por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”).

Mérito

Como visto pelo breve relato do caso, a discussão nos autos consiste em identificar se o contribuinte em questão realmente teria se originado a partir do desmembramento de alguma outra pessoa jurídica, o que seria vedado para ingresso e permanência no Simples Federal, consoante redação do artigo 9º, XVII, da Lei n.º 9.317/1996, abaixo reproduzida:

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

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

Após identificar seis aspectos fáticos, a DRJ/FNS concluiu que o contribuinte realmente resultaria de um desmembramento da pessoa jurídica Moto Panther Comércio de Peças Ltda, mediante negócio jurídico simulado, como se vê às fls. 93 do *e-processo*:

I) a presunção, baseada na proporção “salários x faturamento” apresentada nos anos de 1999, 2000 e 2001 (fls. 21 e 22 pela numeração do processo digital), de que o faturamento da Moto Panther Comércio de Peças Ltda, no ano de 2003, excedeu ao limite previsto para enquadramento no Simples Federal;

II) o fato da Impugnante (Morgan & Alberton Comércio de Peças Ltda) estar localizada em endereço (Rua Leoberto Leal, 180, Barreiros – São José/SC) muito próximo do endereço de filial da Moto Panther Comércio de Peças Ltda (Rua Leoberto Leal, 51, Barreiros – São José/SC) que deixou de funcionar exatamente na época da constituição da Impugnante (início do ano de 2004);

III) a constatação de que os sócios da Impugnante são familiares dos sócios da Moto Panther Comércio de Peças Ltda (Daniel Morgan de Souza é filho do senhor Dercílio Morgan de Souza e Valdemir Alberton de Souza é irmão do senhor Vítório Alberton de Souza);

IV) a constatação de que um dos sócios da impugnante (Valdemir Alberton de Souza) é empregado da Moto Panther Comércio de Peças Ltda;

V) o fato do objeto social da Impugnante (comércio varejista de peças e acessórios para motocicletas e reparação e manutenção de motocicletas) ser idêntico ao da Moto Panther Comércio de Peças Ltda;

VI) a migração dos empregados da filial da Moto Panther Comércio de Peças Ltda que funcionava na Rua Leoberto Leal, 51, Barreiros – São José/SC para a Impugnante (Morgan & Alberton Comércio de Peças Ltda).

A análise de tais constatações em conjunto seria suficiente tanto para a demonstração do desmembramento da pessoa jurídica Moto Panther na pessoa jurídica Morgan & Alberton, como para demonstrar que o seu único objetivo seria segregar a receita bruta para fins de permanência no regime do Simples Federal.

O deslinde do presente caso, portanto, passa pela compreensão de dois conceitos jurídicos: a simulação e o desmembramento.

Com relação à simulação, embora inexista uma definição específica no âmbito do direito tributário, constata-se que há uma convergência considerável na adoção de seu conceito privado, o qual se encontra atualmente no artigo 167 do código civil, *in verbis*:

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

§1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

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

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

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

§2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

O que caracteriza a simulação, nestes termos, é a divergência entre o ato ou negócio jurídico declarado pelas partes e aquele negócio que realmente ocorre. Trata-se, portanto, de um vício de existência, já que o negócio informado pelas partes não é verdadeiro, tendo intuito de enganar terceiro.

É interessante destacar que vontade, declaração e o desenho jurídico são aspectos relevantes na formação do negócio jurídico e a identificação de cada um desses elementos auxilia na comprovação da ocorrência da simulação.

Por esse aspecto, não nos parece que no presente caso concreto houve um ato ou negócio jurídico simulado no momento da constituição da pessoa jurídica Morgan & Alberton, ora contribuinte. O fato de os sócios do contribuinte serem familiares dos sócios de uma outra pessoa jurídica, sendo inclusive um deles até mesmo funcionário dessa outra pessoa jurídica, não descaracteriza o fato de que na prática trata-se de duas empresas com corpo social distintos.

A legislação não estabelece qualquer vedação neste sentido, de modo que não compete ao CARF punir a prática. A única ressalva seria para o caso de a fiscalização comprovar a condição de sócio de fachada, comumente denominado de laranja, posto que, caso os sócios realmente não detivesse qualquer poder de gerência ou administração sobre a sociedade, de fato, não haveria que se falar em personalidades distintas.

Um outro aspecto levantado pela instância *a quo*, no sentido de que os funcionários do contribuinte seriam todos ex funcionários de uma outra pessoa jurídica também não implica uma simulação. Isto porque eles são remunerados e se encontram a disposição do contribuinte. Não existe uma divergência entre o negócio declarado e aquele que realmente ocorre, o que poderia acontecer, por exemplo, se os funcionários fossem registrados pelo contribuinte mas trabalhassem para uma outra pessoa jurídica, ou ainda se eles fossem remunerados por essa outra pessoa jurídica. Mas não é isso que ocorre na prática.

Pela documentação acostada aos autos não se pode negar que o contribuinte possui operação própria, sócios próprios, estabelecimento próprio e funcionários próprios. Tampouco foi comprovada a remessa de valores entre as empresas ou até mesmo entre os sócios, que as empresas realizam negócios entre si, possuem um único controle ou administração, ou

ainda que compartilham custos ou operações. Por essa falta de comprovação de relação negocial ou gerencial na prática, não há que se falar – a nosso ver – em ato ou negócio jurídico simulado.

É importante destacar, contudo, que o fato identificado pela representação fiscal do INSS, do qual decorreu a exclusão do regime simplificado, foi o desmembramento e não a simulação do negócio jurídico. Tais conceitos não se confundem, pois embora boa parte dos negócios jurídicos simulados decorram de um desdobramento de uma pessoa jurídica, não quer dizer que todo desdobramento configure uma simulação.

Em outras palavras, o fato de não caracterizar um ato ou negócio jurídico simulado não descaracteriza o fato desmembramento. Nos termos do artigo 9º, XVII, da Lei nº 9.317/1996, não poderá optar pelo Simples, a pessoa jurídica que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica.

Embora a legislação não estabeleça uma definição jurídica a respeito do termo desmembramento, é possível encontrar algumas ideias gerais sobre o termo, tais como separação, divisão, parte menor que resulta de uma divisão, parte de um todo que foi dividido. Como se vê, a ideia de desmembramento está intimamente relacionada com a ideia de divisão.

Estabelecida essa premissa, analisando-se o presente caso concreto tem-se que o que aconteceu no caso foi um verdadeiro desmembramento.

Com efeito, como apurado pela própria Fiscalização, o sócio do contribuinte é funcionário de uma outra pessoa jurídica e, mais ainda, todos os funcionários do contribuinte são ex funcionários desta mesma pessoa jurídica.

Todos estes fatos foram constatados em sede de Fiscalização e se encontram muito bem delineados no acórdão recorrido, razão pela qual embora não seja possível falar em simulação, a legislação do Simples é clara ao vedar o simples desmembramento, o que de fato aconteceu no presente caso concreto.

Por todo o exposto, voto para negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo

