



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

Processo nº 13433.720319/2012-59
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-001.985 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de setembro de 2016
Matéria Exclusão do Simples Federal
Recorrente RESTAURANTE THERMAS LTDA (atualmente denominada THERMAS PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS - EIRELI)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

SIMPLES FEDERAL. EMPRESA RESULTANTE DE DESMEMBRAMENTO. OPÇÃO VEDADA. EXCLUSÃO. CABIMENTO.

A legislação do Simples Federal veda expressamente a opção ao regime simplificado feita por pessoa jurídica que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica. Comprovado que a empresa resulta do desmembramento da atividade de outra pessoa jurídica com vistas a adesão ao regime tributário favorecido, correta a sua exclusão do Simples Federal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Júnior, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Marcelo Calheiros Soriano, Rogério Aparecido Gil, Ana de Barros Fernandes Wipprich, Talita Pimenta Félix e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em face do Acórdão nº 11-42.856, de 20/09/2013, proferido pela 4ª Turma da DRJ-Recife que considerou improcedente a manifestação de inconformidade, sintetizado na seguinte ementa:

SIMPLES FEDERAL E NACIONAL. EXCLUSÃO. EFEITOS.

Não poderá optar pelo Simples Federal, a pessoa jurídica que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência da Lei n.º 9.317, de 1996.

Excluída dos regimes simplificados de pagamento de tributos federais, fica a pessoa jurídica sujeita às normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, nos termos do art. 16 da Lei n.º 9.317, de 1996, e art. 32 da Lei Complementar n.º 123, de 2006.

A empresa RESTAURANTE THERMAS LTDA (atualmente denominada THERMAS PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS - EIRELI), foi excluída do regime simplificado de pagamento de tributos denominado Simples Federal, para o período de 1º/8/2000 a 30/06/2007, por configurar-se a situação impeditiva prevista no art. 9º, XVII, da Lei n.º 9.317, de 1996.

Os motivos da exclusão do Simples Federal são descritos no acórdão recorrido, do qual transcrevo, *verbis*:

2. O ato excludente formalizou-se através do Despacho Decisório DRF/MOS n.º 381, de 2011 (fls. 1290/1298; ciência em 19/10/2011, conforme AR de fl. 1301), no qual estão consignadas, em síntese, as seguintes informações:

2.1. A empresa RESTAURANTE THERMAS LTDA é optante do Simples Federal desde a sua constituição, em 10/7/2000, tendo como endereço, desde então, a Av. Lauro Monte, 2001, Santo Antônio, Mossoró/RN. Até 15/03/2004, este também era o endereço da HOST ADMINISTRAÇÃO HOTELEIRA LTDA, CNPJ n.º 35.297.522/0001-81, antes denominada HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA, até 06/10/2000, com CNAE n.º 5511 (estabelecimento hoteleiro com restaurante), que em 15/03/2004 mudou seu endereço para Rua Jundiá, 533, Tirol, Natal/RN, CEP 59.020-120, e desde 03/06/2008 tem sede na Rua Conselheiro Brito Guerra, 1020, Tirol, Natal/RN;

2.2. Na mesma época em que foi criado o RESTAURANTE THERMAS LTDA, que teve como sócias as Sras. Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo, CPF 022.587.474-14, e Taísa Matoso Barbosa, CPF 022.587.474-14, esta saindo em 2004 para entrada da Sra. Riane Matoso Barbosa, também foi criado o HOTEL THERMAS LTDA, em 10/07/2000, tendo como sócios Patrícia Matoso Barbosa, CPF 031.431.594-21, e Hidelbrando de Souza Matoso, CPF 003.459.034-04, com endereço na Av. Lauro Monte, 2001, sala 01, Santo Antônio, Mossoró/RN (mesmo endereço do Restaurante Thermas). Patrícia Matoso Barbosa, Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo e Taísa Matoso Barbosa são filhas do casal Raimundo

Correia Barbosa Filho e Riane Matoso Barbosa, sócios da HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA;

2.3. Verificou-se, no ano de 2000 (ano da criação das empresas HOTEL THERMAS LTDA e RESTAURANTE THERMAS LTDA), que a receita da HOST ADMINISTRAÇÃO HOTELEIRA LTDA. alcançou o montante de R\$ 1,5 milhões. À época, o limite para ingresso no Simples Federal era R\$ 1,2 milhões;

2.4. Tanto o HOTEL THERMAS LTDA, quanto o RESTAURANTE THERMAS LTDA, com o desmembramento das atividades antes exploradas pela empresa HOST ADMINISTRAÇÃO HOTELEIRA LTDA, passaram, isoladamente, a apresentar receita tributária inferior a R\$ 1,2 milhão, limite máximo permitido para ingresso no regime simplificado. O desmembramento das atividades da empresa HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA, com a criação das empresas RESTAURANTE THERMAS LTDA e HOTEL THERMAS LTDA, propiciou condições a estas duas últimas empresas aderirem ao Simples, visto que os seus respectivos faturamentos ficaram abaixo do limite legal para o enquadramento (R\$ 1,2 milhão);

2.5. Constatou-se a existência de um contrato de locação de Bem Imóvel com Arrendamento de Equipamentos, Bens Móveis e Outros Utensílios Gerais, datado de 19/08/2000, celebrado entre a empresa HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA e a recente criada HOTEL THERMAS LTDA. Contrato de mesma natureza foi celebrado, na mesma data, entre as empresas HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA e o RESTAURANTE THERMAS LTDA. (ambos os contratos não foram registrados, nem constam testemunhas, havendo reconhecimento de firma no contrato com o Hotel Thermas Ltda apenas em 12/5/2009, ou seja, quase nove anos após a sua celebração, não havendo reconhecimento de firma no contrato com o Restaurante Thermas Ltda);

2.6. Há cláusula nos contratos determinando que os pagamentos dos referidos aluguéis sejam feitos diretamente na conta pessoal do Sr. Raimundo Correia Barbosa Filho, observando que as receitas tributáveis da empresa HOST ADMINISTRAÇÃO HOTELEIRA eram creditadas na conta de um de seus sócios, em desacordo com o princípio contábil da entidade. Após a celebração destes contratos, as receitas tributárias da empresa HOST ADMINISTRAÇÃO LTDA, declaradas em sua DIPJ, refletem apenas os valores advindos da empresa HOTEL THERMAS LTDA e RESTAURANTE THERMAS LTDA. Observando os comprovantes de pagamento destes contratos, verificou-se serem amparados por ORDENS DE COMPRA que, apesar de emitidos por empresas diferentes (HOTEIS THERMAS LTDA e RESTAURANTE THERMAS LTDA), estampam o mesmo logotipo: "THERMAS HOTEL & RESORT";

2.7. Pagamentos referentes aos contratos, conforme tabela anexa, ora eram pagos pelo HOTEL THERMAS LTDA ora pelo RESTAURANTE THERMAS LTDA, demonstrando que as mesmas não possuem segregação contábil. Em determinados meses não foi apresentada a documentação comprobatória dos pagamentos, em outros apenas os referentes aos pagamentos nas contas pessoais do Sr. Raimundo Correia Barbosa Filho (efetuadas pelo HOTEL THERMAS LTDA), sendo que algumas despesas pessoais da Sra. Riane Matos Cardoso foram pagas pelo HOTEL THERMAS LTDA e pelo RESTAURANTE THERMAS LTDA;

2.8. A partir de agosto de 2000, verificando as informações constantes da GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e Informações da Previdência Social) apresentadas pela HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA., seus empregados

foram transferidos para o HOTEL THERMAS LTDA. e o RESTAURANTE THERMAS LTDA;

2.9. No primeiro ofício de notas de Mossoró/RN consta o registro de uma PROCURAÇÃO, com data de 07/05/2002, na qual o RESTAURANTE THERMAS LTDA, através de sua sócia-gerente Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo, outorga poderes amplos, gerais e ilimitados a Sr^a Auremiza Cordeiro Freitas da Paixão, configurando, assim, serem os mesmos sócios de fato do RESTAURANTE THERMAS LTDA.

2.10. A Sr.^a Auremiza Cordeiro Freitas da Paixão consta nas GFIP's (Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social) como empregada da empresa RESTAURANTE THERMAS LTDA, com data de admissão em 09/10/1995 (o Restaurante Thermas Ltda foi criado no ano 2000). Até 06/2003, ela constava como empregada da empresa HOST ADMINISTRAÇÃO HOTELEIRA LTDA;

2.11. Procurações no mesmo sentido encontram-se em nome do HOTEL THERMAS LTDA, indicando que o "grupo Thermas" tem comando único em sua Administração;

2.12. Outras procurações no mesmo sentido concedem poderes de administração e/ou gerência a PEDRO GOMES PEREIRA, CPF 057.008.684-15 e MARCOS ROBERTO DE SOUZA, CPF 702.382.354-91. Ambos eram empregados da empresa HOST ADMINISTRAÇÃO HOTELEIRA LTDA, até serem transferidos para a empresa HOTEL THERMAS LTDA;

2.13. Conclui-se ter ocorrido o desmembramento das atividades operacionais da empresa HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA, sendo essas atividades assumidas pelas empresas Restaurante Thermas Ltda e Hotel Thermas Ltda, com as seguintes evidências encontradas:

a) a constituição de empresas novas por pessoas que mantém laços familiares com os sócios da empresa Host;

b) a participação na administração e/ou gerência da empresa representada, através de procurações, de pessoas que mantêm vínculo contratual empregatício com a empresa Hotel Thermas Ltda;

c) a evidenciação de se constituir essas empresas (Host Administração Hoteleira, Hotel Thermas e Restaurante Thermas) em um grupo econômico único em virtude de pessoa empregada da empresa Host Administradora Hoteleira ter poderes de administração e/ou gerência nas novas empresas através do uso de procurações, acarretando a ocultação do administrador de fato dessas novas sociedades;

d) O uso de simulação de pagamentos de locação de imóvel e de arrendamento, com o fim de orquestrar a ocultação de pagamentos de rendimentos tributáveis - através de pagamentos de suas despesas pessoais - ao Sr. Raimundo Correia Barbosa Filho;

e) a transferência de empregados da antiga empresa (HOST) para as novas empresas criadas de acordo com as informações contidas em GFIP;

2.14. A empresa RESTAURANTE THERMAS LTDA, juntamente com o HOTEL THERMAS LTDA, sucederam, de fato, a empresa HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA em suas operações comerciais com o fim de se aproveitar da

sistemática de tributação mais favorável ditada pela Lei nº 9.317/96 e alterações posteriores;

2.15. Foi proposto e acatado que a empresa RESTAURANTE THERMAS LTDA, CNPJ 03.926.341/0001-80, seja excluída de ofício do Simples Federal com efeitos a partir de 1º/08/2000, por ser a mesma objeto de desmembramento de empresa anteriormente constituída, conforme representação fiscal constante dos autos, com respaldo no art. 9º, XVII, c/c art. 15, inciso II, ambos da Lei 9.317/96.

Da manifestação de inconformidade apresentada pela empresa interessada, o acórdão recorrido sintetizou os seguintes argumentos, *verbis*:

3.1. a conclusão fiscal está absolutamente equivocada por calcar-se em mera presunção sem amparo legal;

3.2. diz a fiscalização que a empresa é oriunda do desmembramento das atividades operacionais realizadas pela HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA, que foram assumidas pelo RESTAURANTE THERMAS e pelo HOTEL THERMAS para viabilizar a permanência do grupo empresarial no Simples, no entanto, não há nos autos prova material da irregularidade;

3.3. inexistente na legislação do Simples Federal e do Simples Nacional amparo à exclusão mediante simples presunção de sucessão de fato;

3.4. a fiscalização tratou uma transferência normal de empresa familiar de pai para filhos como sendo atos fraudulentos;

3.5. a verdade é que as Srtas. Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo e Taisa Matoso Barbosa são filhas do Sr. Raimundo Correia Barbosa Filho e Riane Matoso Barbosa;

3.6. a empresa Host Hotéis e Turismo Ltda iniciou suas atividades na década de 1990, sendo que o Sr. Raimundo e a Sra. Riane exerciam atividades empresariais desde antes, tendo o casal resolvido no início da década de 2000 transferir a empresa para suas filhas para que desse continuidade aos negócios;

3.7. o casal possuía 3 filhas, razão da constituição das empresas Restaurante Thermas, Hotel Thermas e Planeta Água Bar e Restaurante, que a fiscalização de forma arbitrária e equivocada conclui tratar-se de uma única empresa;

3.8. todas as alterações contratuais estão absolutamente de acordo com a legislação que rege a matéria, inexistindo motivos para descon sideração da personalidade jurídica dessas empresas;

3.9. requer que seja cancelado o ato declaratório de exclusão da contribuinte do Simples Federal em face da insuficiência de provas da irregularidade atribuída à empresa.

A interessada foi intimada da decisão de primeiro grau em 16/01/2014 e interpôs recurso voluntário em 14/02/2014 no qual repete as mesmas alegações apresentadas na sua manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos pressupostos legais e regimentais. Assim, dele conheço.

A recorrente foi excluída do regime simplificado de pagamento de tributos denominado Simples Federal, para o período de 1º/8/2000 a 30/06/2007, por configurar-se a situação impeditiva prevista no art. 9º, XVII, da Lei n.º 9.317, de 1996.

A acusação fiscal é de que a empresa é resultante de um desmembramento irregular das atividades de hotelaria e restaurante exercidas até julho de 2000 pela empresa Host Hotéis e Turismo Ltda, mediante a criação de duas novas empresas que passaram a exercer separadamente as atividades de hotelaria (Hotel Thermas Ltda) e restaurante (Restaurante Thermas Ltda), sendo esta última a interessada e ora recorrente neste processo.

A empresa Host Hotéis e Turismo Ltda, que tem no seu quadro de sócios o Sr. Raimundo Correia Barbosa Filho e a Sra. Riane Matoso Barbosa, passou a ser denominada Host Administração Hoteleira Ltda e passou a arrendar o imóvel e instalações antes diretamente explorada por ela às duas novas empresas criadas: Hotel Thermas Ltda e Restaurante Thermas Ltda.

Os sócios das novas empresas criadas são filhas do casal Raimundo e Riane Barbosa, sócios da empresa Host.

A receita da empresa Host Hotéis e Turismo Ltda que no ano de 2000 alcançou montante superior a R\$ 1,5 milhões (acima do limite do Simples Federal que era de R\$ 1,2 milhões naquele ano) - e que até então era tributada pelo lucro real -, foi reduzida drasticamente para registrar apenas os valores dos aluguéis recebidos das empresas que a sucederam na atividade. Estas, por sua vez, ao exercerem cada uma apenas parte da atividade da empresa Host, passaram a apresentar receitas em valores bem inferiores ao limite de tributação pelo Simples Federal (Vide tabelas na Representação Fiscal - Exclusão do Simples - e-fls. 11/13)

A recorrente alega que a conclusão fiscal está amparada em mera presunção, sem amparo legal, pois não existe na legislação do Simples Federal amparo à exclusão mediante simples presunção de fato. Sustenta que o Fisco tratou uma mera sucessão de empresa familiar (de pai para filhos) como sendo ato fraudulento.

Aduz que a empresa Host Hotéis e Turismo Ltda iniciou suas atividades na década de 1990, e que o Sr. Raimundo e a Sra. Riane exerciam atividades empresariais desde antes, tendo decidido no início da década de 2000 transferir a empresa para suas filhas para que desse continuidade aos negócios. Como o casal possuía 3 filhas, optou-se pela constituição das empresas Restaurante Thermas, Hotel Thermas e Planeta Água Bar e Restaurante, que a fiscalização de forma arbitrária e equivocada conclui tratar-se de uma única empresa.

Conclui que todas as alterações contratuais estão absolutamente de acordo com a legislação que rege a matéria, inexistindo motivos para descon sideração da personalidade jurídica dessas empresas, impondo-se o cancelamento do Ato Declaratório de exclusão do regime simplificado.

Entendo que não assiste razão à recorrente.

A legislação do Simples Federal (Lei nº 9.317/1996) veda expressamente a opção pelo Simples por pessoa jurídica que seja resultante de cisão **ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica** (art. 9º, inc. XVII).

Com efeito, a fiscalização apresentou diversos elementos convergentes que demonstram que a empresa Restaurante Thermas Ltda é resultante de um desmembramento irregular das atividades da empresa Host Hotéis e Turismo Ltda, como o intuito deliberado de propiciar a sua opção ao regime de tributação simplificado e favorecido concedido pela legislação do Simples Federal.

E que, não obstante a personalidade das pessoas jurídicas criadas, restou demonstrado que as atividades das pessoas jurídicas que sucederam a empresa Host Hotéis e Turismo Ltda permaneceram sendo desenvolvidas em conjunto, partilhando de administração comum e inclusive dos mesmos funcionários da empresa sucedida.

Nos instrumentos de procuração obtidos pelo Fisco junto aos cartórios da comarca de Mossoró (e-fls. 1247/1284), verifica-se que foram concedidos poderes de administração cruzados entre as sócias das empresas Restaurante Thermas Ltda (sócia-gerente Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo) e Hotel Thermas Ltda (sócia-gerente Patricia Matoso Barbosa Barcellos Chaves).

A fiscalização destaca também a existência de procuração com poderes de administração em face das duas empresas concedida à Sra. Auremiza Cordeiro Freitas da Paixão, que até junho de 2003 constava como empregada da empresa Host Administração Hoteleira Ltda, o que denota a administração partilhada dos empreendimentos (hotel e restaurante).

Observo também, a existência de instrumento de mandato (e-fls. 1257) em favor do Sr. Raimundo Correia Barbosa Filho e a Sra. Riane Matoso Barbosa, sócios da empresa Host Administração Hoteleira, com amplos poderes de representação e administração em face da empresa Hotel Thermas Ltda.

Outro indício da confusão operacional entre as empresas, apontado pela fiscalização, refere-se ao pagamento de diversas despesas e transferências de valores realizadas pela empresa Restaurante Thermas Ltda, em prol do Sr. Raimundo Correia Barbosa Filho, que teriam sido pagos por conta dos aluguéis devidos à empresa Host Administração Hoteleira, por ordem desta, em valores que em alguns meses são bastante superiores aos devidos contratualmente (vide como exemplos os meses de março e maio de 2005 - item 1.10 do Despacho Decisório DRF/MOS Nº 381/2011 - e-fls. 1294/1295).

Observo que não se trata de descon sideração da personalidade jurídica das empresas envolvidas, como alega a recorrente. Não houve a descon sideração da personalidade jurídica das empresas por parte do Fisco, mas tão somente a constatação de que as empresas criadas (Restaurante Thermas Ltda e Hotel Thermas Ltda) decorrem do desmembramento das

atividades da empresa Host Administração Hoteleira Ltda com vistas a inclusão no regime favorecido do Simples Federal; situação esta vedada legalmente.

Não se discute o direito do contribuinte reorganizar seus negócios, inclusive do ponto de vista sucessório, como alegado.

No entanto, restando comprovado que a empresa, ora recorrente, resulta do desmembramento das atividades de outra empresa com maior porte, com vistas a usufruir dos benefícios tributários destinados às empresas que se enquadrem no regime de tributação favorecido do Simples Federal, entendo correta a exclusão do regime, uma vez existente expressa disposição legal que veda a prática.

Ante a todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário, para manter a exclusão da interessada do Simples Federal.

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Relator