



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13656.720318/2014-51
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1001-002.412 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária**
Sessão de 12 de maio de 2021
Recorrente PIFFER & CIA LTDA EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010, 2011

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. FRACIONAMENTO DE ATIVIDADES. UTILIZAÇÃO DE INTERPOSTAS PESSOAS NA CONSTITUIÇÃO E FUNCIONAMENTO DE PESSOA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE AUTONOMIA OPERACIONAL E PATRIMONIAL. ADMINISTRAÇÃO ÚNICA. PREVALÊNCIA DA SUBSTÂNCIA SOBRE A FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS SIMULADOS. LEGALIDADE. EXCESSO DE LIMITE DE RECEITA BRUTA.

O abuso de forma viola o direito e a fiscalização deve rejeitar o planejamento tributário que nela se funda, cabendo a requalificação dos atos e fatos ocorridos, com base em sua substância, para a aplicação do dispositivo legal pertinente.

A simulação pode configurar-se quando as circunstâncias e evidências indicam a coexistência de empresas com regimes tributários favorecidos, perseguindo a mesma atividade econômica, a utilização dos mesmos empregados e meios de produção, implicando confusão patrimonial e gestão empresarial atípica.

É cabível a exclusão do regime simplificado quando ficar comprovada a utilização de interpostas pessoas na constituição e no funcionamento de pessoa jurídica, de modo a formarem empreendimento único, cuja soma dos faturamentos ultrapassa os limites fixados para enquadramento na modalidade simplificada de tributação do Simples Nacional.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO.

Estando presentes nos autos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de diligência.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

A nulidade somente se verifica na ocorrência das hipóteses do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, sendo que a impugnante entendeu perfeitamente, dada a densidade de sua contestação, a acusação fiscal de extrapolamento de limite de receita bruta pelo empreendimento, considerado como único.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar suscitada, vencido o conselheiro Thiago Dayan da Luz Barros (relator), que a acatou, e, no mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário, vencido o conselheiro Thiago Dayan da Luz Barros (relator), que lhe deu provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Sérgio Abelson.

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Abelson – Presidente e redator designado

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Roberto Adelino da Silva, Sérgio Abelson e Thiago Dayan da Luz Barros

Relatório

Em atenção aos princípios da economia e celeridade processual, transcrevo o relatório produzido no Acórdão n.º 14-56.559 da 5ª Turma da DRJ/RPO, de 06 de fevereiro de 2015 (fls. 596 a 606):

Trata o presente processo de exclusão do SIMPLES NACIONAL dos contribuintes abaixo identificados, ocorrida mediante os Atos Declaratórios Executivos (ADE) da Delegacia da Receita Federal do Brasil Poços de Caldas MG:

- Ato Declaratório Executivo DRF/PCS/MG n.º 006, de 11 de abril de 2014- contribuinte Piffer Artigos para Festas Ltda - EPP - CNPJ: 14.391.781/0001-05

- Ato Declaratório Executivo DRF/PCS/MG n.º 007, de 11 de abril de 2014- contribuintes:

- 1) Piffer & Cia Ltda - CNPJ 00.607.293/0001-70
- 2) Piffer & Muniz Ltda EPP - CNPJ: 04.010.535/0001-02
- 3) Piffer & Muniz Artigos Para Festas Ltda - CNPJ: 07.662.434/0001-04.

Os Atos Declaratórios tiveram por base o disposto no artigo 3º, inciso II, no art. 29, inciso I, e § 2º e no artigo 30, inciso IV, da Lei Complementar n.º 123/2006, sendo que o ADE n.º 006 com efeitos a partir de 19/09/2011 e o ADE n.º 007, com efeitos a partir de 01/01/2010.

O presente processo iniciou-se por Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional, no qual a fiscalização relata, em síntese, que houve procedimento fiscal nas empresas onde constatou-se que:

- estabelecimento único - verificou-se tratar de estabelecimento único localizado à Avenida Gentil Cassaro, n.º 380, bairro Jardim Contorno, em Poços de Caldas/MG, apesar de que nos endereços constantes nos contratos sociais bem como nos cadastros da Secretaria da Receita Federal do Brasil - SRFB, haver distinção por complementos para cada um delas (Ex. térreo, 1º andar, sala 3);

- As empresas funcionam em um galpão único, com uma parte da estrutura edificada com salas em dois pavimentos. Entretanto, tanto os sócios como os empregados não souberam estabelecer onde cada uma das empresas funcionavam especificamente;

- intimadas a apresentar as contas de Água, Luz e Guias do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU de cada uma delas relativo ao período da ação fiscal, foram apresentadas as guias do Departamento Municipal de Água e Esgoto - DMAE apenas em nome da empresa Piffer & Cia Ltda, bem como as Guias do IPTU de 2011 com identificação das matrículas de cadastro dos imóveis de n.º 00.34.066.0005.0001; 00.34.066.0005.0002 e 00.34.066.0005.0003, todas elas em nome de Piffer e Cia Ltda. Intimadas a justificar o ocorrido, as demais informaram "...pelo motivo de constarem na empresa PIFFER & CIA LTDA";

- empregados prestam serviços indistintamente às 4 empresas: citou assinaturas em documentações trabalhistas pelas Sra Angela Maria Gonçalves e Magda Lucia Silva Andrade, bem como autorização de desconto em seu salário mensal pela empregada DAIANE CLELIA DOS SANTOS COSTA que possuía vínculo empregatício com a empresa PIFFER & MUNIZ LTDA -EPP CNPJ 04.110.535/0001-02, conforme consta no Relatório CONSULTA VÍNCULOS EMPREGATÍCIOS DO TRABALHADOR - CNIS, autorizou o desconto em seu salário mensal "... pago pela empresa PIFFER & CIA LTDA" CNPJ 00.607.293/0001-70, conforme consta na "AUTORIZAÇÃO DE DESCONTO EM SALÁRIO MENSAL", documento este com o timbre genérico da PIFFER. Comprovações juntadas.
- Administração única das empresas: os termos firmados com a fiscalização, eram assinados pelo Sr. José Roberto Muniz sócio-administrador da Piffer & Muniz Ltda. -EPP - CNPJ 04.010.535/0001-02 ou como procurador das demais.
- efetuou pagamento de guia DAS, competência jan/fevereiro de 2011, das empresas Piffer & Cia. Ltda - EPP- CNPJ 00.607.293/0001-70; Piffer & Muniz Ltda. - EPP - CNPJ 04.010.535/0001-02 e Piffer & Muniz Artigos para Festas Ltda. EPP- CNPJ 07.662.434 0001-04, juntamente com outros pagamentos de fornecedores, tributos etc., com um único cheque emitido pela Piffer & Cia Ltda.
- logotipos, papéis Timbrados comuns a todas as empresas - Constatou-se também a utilização de logotipos únicos em cartões e documentos comuns a todas as quatro empresas objeto da Informação Fiscal;
- igualdade do código CNAE - com informações transmitidas pelas próprias contribuintes através da GFIP são informados os mesmos códigos de atividades econômicas - "2219600 - fabricação de artefatos de borracha"; - obtenção de receitas sem existência de empregados
- A empresa Piffer & Muniz Artigos para Festas, que teve receita bruta de R\$: 2.230.103,42 em 2010 e de R\$: 2.366.131,95 em 2011, tinha apenas 2 segurados conforme apurado nas GFIPs do período, sendo um deles o sócio-administrador e o outro o contador da empresa, Sr. Daniel da Luz. Entretanto, a empresa Piffer & Cia. Ltda - EPP CNPJ 00.607.293/0001-70 para obter Receita Bruta de R\$ 2.200.739,04 em 2010 e de R\$ 2.948.734,91 em 2011, contou uma média de 137 e 162 segurados empregados respectivamente em cada período.
- Já a empresa Piffer & Muniz Ltda - EPP, CNPJ 04.010.535/0001-02 obteve em 2010 Receita Br a de R\$ 1.811.453,38 contando com uma média de 116 empregados e em 2011 obteve Receita Bruta de R\$2.333.584,91 com média de 131 empregados.
- A fiscalização juntou Planilha demonstrativa, informando que "Conforme se verifica na planilha RESUMO DAS RECEITAS E ATIVIDADES (Anexo XI) em 2011 como as Receita da Piffer & Cia Ltda já superava o limite para enquadramento no Simples e enquanto a Piffer & Muniz Ltda e Piffer & Muniz Artigos para Festas Ltda. se aproximavam do limite máximo de faturamento (R\$ 2.400.000,00), as receitas obtidas passaram a ser registradas também na empresa Piffer Artigos para Festas Ltda-EPP".

ANEXO XI
RESUMO DAS RECEITAS E ATIVIDADES

RAZÃO SOCIAL	CNPJ	ENDEREÇO (*)	CNAE (*)	TELEFONE (*)	RECEITA 2008	RECEITA 2010	RECEITA 2011	MÉDIA DE SEGURADOS 2010/2011	SEGURADOS EM 11/2013
PIFFER & CIA LTDA	00.607.293/0001-70	AV. GENTIL CASSARRO, 380 T	2219-6-00	3697.1150	1.342.280,22	2.200.739,04	2.948.734,91	150	92
PIFFER & MUNIZ LTDA	04.010.535/0001-02	AV. GENTIL CASSARRO, 380-1	2219-6-00	3697.1150	1.425.992,20	1.811.453,38	2.333.584,91	123	69
PIFFER & MUNIZ ARTS PIFESTAS	07.662.434/0001-04	AV. GENTIL CASSARRO, 380	2219-6-00	3697.1150	1.972.851,85	2.230.103,42	2.366.131,95	2	67
PIFFER ARTS PARA FESTAS LTDA	14.391.781/0001-05	AV. GENTIL CASSARRO, 380	4789-0-99	3697.1150		571.038,96			
TOTAIS					4.741.104,27	6.242.295,84	8.219.490,73	275	218
LIMITE - SIMPLES (LC nº 123/2006, art.3º inciso II)					2.400.000,00	2.400.000,00	2.400.000,00		
EXCEDENTE					2.341.104,27	3.842.295,84	5.819.490,73		

(*) informações extraídas das GFIPs da competência janeiro/2014

Concluíram em apertada síntese que trata-se da formação de um empreendimento, "com objetos sociais idênticos e com intenção nítida de repartir as receitas obtidas para obtenção de vantagens decorrentes da opção pela forma simplificada de tributação do SIMPLES."

Ciente do Ato Declaratório de Exclusão, o contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade, alegando, em síntese, que:

- o inciso IV, do artigo 30, da LC 123/2006, passou a produzir efeitos somente a partir de 01/01/2012, não se aplicando nos anos de 2010 e 2011;
- EXCESSO DE PENALIDADE IMPEDITIVA - a aplicação do §2º do inciso I, do art. 29 da LC 123/2006, é necessário que se lhe anteceda, necessariamente, a ocorrência do que dispõe o parágrafo primeiro; A conduta fraudulenta ou a utilização de artifício ardis não foi individualizada, nem foi comprovado prejuízo ao erário, para que se configure o ilícito tributário;
- IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA JURÍDICA POR MEIO DE ATO DECLARATORIO POR MEIO DE ATO DECLARATORIO DE ATO DECLARATORIO EXECUTIVO EXECUTIVO EXECUTIVO - o auditor fiscal não se reveste de referido poder jurisdicional, estando os referidos atos eivados de nulidade, de pleno direito, porquanto emitido por agente não investido de legitimidade para fazê-lo, em inescusável injúria ao artigo 50, do Código Civil, que estabelece ser só e só do Juiz de Direito a faculdade legal para desconsiderar a personalidade jurídica. Não há prova alguma tanto do imaginário excesso de receita das empresas, quanto de um só ato ilícito que os seus sócios teriam praticado, para excluí-las deste regime tributário.
- MOTIVOS DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA EXCLUSÃO DO MOTIVOS DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL E DA REALIDADE FÁTICA DAS EMPRESAS FACE À NÃO OBRIGATORIEDADE DE CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE -A "Representação Fiscal Para Exclusão do Simples Nacional fundamentou-se em 7 (sete) supostos indícios: 1. estabelecimento único; 2. empregados prestam serviços indistintamente às 4 empresas; 3. administração única das empresas; 4. pagamentos de tributos das empresas assumidos apenas por uma delas; 5. Logotipos e papéis timbrados comuns a todas as empresas; 6. igualdade no código nacional de atividade econômica (CNAE); 7. obtenção de receita sem existência de empregados. O

compartilhamento das mesmas instalações é prática conhecida mundialmente como "timesharing", que tem sido aplicada, com sucesso, nas quatro empresas, visando exclusivamente a diminuição dos custos operacionais e logísticos; - A fiscalização não desconhece que o compartilhamento de alguns funcionários, especialmente aqueles com salários mais altos, bem como de escritório de contabilidade, presta-se, única e exclusivamente, a diminuir os custos operacionais. - Inexiste proibição legal, ainda, de empresas se instalarem no mesmo espaço físico e usarem de idênticas instalações, mão de obra, etc. - Os tributos e as despesas não são pagos em conjunto, como se as quatro empresas constituíssem uma só unidade, um só corpo, um só espírito, de modo que é impertinente a pecha que lhes imputa de ultraje à legislação do SIMPLES NACIONAL.

- INOCORRÊNCIA DE ECONOMIA TRIBUTÁRIA INOCORRÊNCIA DE ECONOMIA TRIBUTÁRIA INOCORRÊNCIA DE ECONOMIA TRIBUTÁRIA - se não tivessem optado pelo SIMPLES, a partir da desoneração da folha de pagamento, estariam pagando apenas 1% sobre o faturamento ante 2,75% a 4,6%, como disso dá prova a inclusa tabela do Simples Nacional. Junta tabela demonstrativa. - se as empresas tivessem sido constituídas e operassem para dividir receitas, como pretende o fisco, é preciso ficar claro que, já há dois anos, teriam cuidado de realizar a migração para o regime do Lucro Presumido, passando a pagar menos contribuições patronais, nos moldes da Lei da Desoneração da Folha de Pagamento.

- EXISTÊNCIA DE QUANTIDADE RAZOÁVEL DE EMPREGADOS DE EMPREGADOS E EXISTÊNCIA DE QUANTIDADE RAZOÁVEL DE EMPREGADOS EM TODAS AS TODAS AS EMPRESAS - EMPRESAS - os documentos juntados (CAGED, GPIF e SEFIP), percebe-se, sem margem de dúvida, que todas as empresas sempre mantiveram em seus quadros quantidades de funcionários compatíveis com seus faturamentos.

- NÃO CONSTITUIÇÃO DE EMPRESAS POR INTERPOSTAS PESS NÃO CONSTITUIÇÃO DE EMPRESAS POR INTERPOSTAS PESSOAS NECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL - NECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL - INEXISTENTE SIMU INEXISTENTE SIMU INEXISTENTE SIMULAÇÃO -é imprescindível que a Fazenda Pública proponha ação judicial de nulidade de ato jurídico desconstituição de empresa, viciado pela simulação, pois há a necessidade de pronunciamento judicial pronunciamento judicial pronunciamento judicial para a declaração de nulidade com base em simulação, visto que "as nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz", nos termos do artigo 168, parágrafo único, do Código Civil de 2.002.

- IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO POR IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO POR IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO POR ADE COM EFEITOS IMEDIATOS OU COM EFEITOS IMEDIATOS OU RETROATIVOS - RETROATIVOS - o poder de autotutela conferido à administração, pelo qual a mesma está autorizada a revogar seus próprios atos, não pode gerar efeitos ex tunc. A exclusão deve produzir apenas efeitos ex nunc.

- A exclusão do SIMPLES está regulamentada pelo Comitê Gestor do Simples Nacional, na Resolução 15/2007, que, em seu artigo 4º., § 3º A, determina que "Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo que trata o § 1º, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte", não podendo ter efeitos imediatos;

- IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO RETROAT IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO RETROAT IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO RETROATIVA COM FUNDAMEN IVA COM FUNDAMENTO NO INCISO I DO ARTIGO 29 DA LC 123/2006 - INCISO I DO ARTIGO 29 DA LC 123/2006 -mediante a identificação de impossibilidade de retroação face à capitulação do caso concreto(inciso I do art. 29 da LC 123/2006), requer, desde já, a revogação da retroatividade imposta, por ausência de previsão legal.

- NULIDADE NULIDADE NULIDADE DOS ATOS DOS ATOS DOS ATOS DECLARATÓRIOS DECLARATÓRIOS DECLARATÓRIOS EXECUTIVOS POR AUSÊNCIA DE EXECUTIVOS POR AUSÊNCIA DE REQUISITO FORMAL / AFRONTA AO ARTIGO 10, INCISO V, DEC. 70.235/72 DEC. 70.235/72 70.235/72 -Pela ausência de determinação da exigência e a intimação para cumpri-la no prazo de trinta dias, nos moldes do artigo 10, inciso V, do Decreto 70.235/72, bem como pela inobservância quanto ao termo inicial dos efeitos dos Atos Declaratórios Executivos 006 e 007/2014, requerem as impugnantes que sejam anulados os Atos Declaratórios Executivos 006 e 007 / 2014 e todas as suas consequências.

O Acórdão da DRJ julgou improcedente o pedido da empresa contribuinte em permanecer no regime de tributação pelo SIMPLES NACIONAL, por entender, em síntese (fl. 606), que:

O Ato Declaratório teve por base o excesso de receita bruta, a partir do empreendimento considerado como um todo, o qual foi constituído de diversas pessoas jurídicas, de formas interpostas. A fiscalização demonstrou a utilização de simulação na utilização de mais de uma pessoa jurídica, de maneira que, efetivamente formavam único empreendimento, cujos atos administrativos (ainda que através de procuração) de todas as empresas eram assinados pelo Sócio e Diretor da Piffer & Muniz Ltda - Sr. José Roberto Muniz, embora formalmente o quadro societário seja distinto, demonstrando a constituição por interpostas pessoas.

São vários os elementos trazidos pela fiscalização, neste sentido: 1. estabelecimento único; 2. empregados prestam serviços indistintamente às 4 empresas; 3. administração única das empresas; 4. pagamentos de tributos das empresas assumidos apenas por uma delas; 5. Logotipos e papéis timbrados comuns a todas as empresas; 6. igualdade no código nacional de atividade econômica (CNAE); 7. obtenção de receita sem existência de empregados.

[...]

O fracionamento das atividades empresarias, mediante a utilização de pessoas jurídicas desprovidas de autonomia operacional e financeira, para usufruir indevidamente dos benefícios do regime de tributação do Simples Nacional, encontra-se no inciso IV do art. 29 da LC 123/2006, o qual está abrangido pelo § 2º do art. 29 da LC 123/2006, devendo-se manter a penalidade imposta.

[...]

No que se refere ao pedido de diligência, estando presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de diligência, nos termos do artigo 18 do Decreto n.º 70.235/72.

Diante do exposto, o procedimento fiscal não merece reparos, motivo pelo qual VOTO pela improcedência da Manifestação de Inconformidade e manutenção dos Atos Declaratórios de Exclusão em questão.

A empresa contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 612 a 631), alegando:

- cerceamento de defesa, por ter havido fiscalização “às escuras”, ao arrepio da “não surpresa” e, que se fossem realizadas as diligências necessárias, poderia ser verificada a existência das 4 empresas, dada a existência de produtos de empresas diferentes, funcionários uniformizados caracterizando prestação de serviços às suas respectivas empresas, públicos-alvo diferentes;
- cerceamento de defesa, por falta de motivação adequada nos Atos Declaratórios Executivos – ADEs, por entender a contribuinte que a base legal indicada teria sido relativa ao excesso de faturamento bruto (art. 3º, inc.II), enquanto a base fática estaria enquadrada no art.29, inc. IV, prejudicando-se a validade do ato de exclusão, e o ato haveria de ser anulado ou, no mínimo, revisto, para viabilizar a possibilidade de defesa adequada;
- impossibilidade de aplicação do art. 30, inc. IV, da Lei Complementar n.º 123/2006, antes de 01.01.2012, por entender a contribuinte que referido dispositivo foi introduzido no ordenamento pela Lei Complementar n.º 139/2011, e que só teria aplicabilidade aos fatos ocorridos a partir do início de sua vigência (01.01.2012), não se aplicando a fatos ocorridos nos anos de 2010 e 2011;

- impossibilidade de desconsideração da personalidade jurídica por meio de ato declaratório executivo, por entender a contribuinte que a alegação do Fisco de confusão patrimonial desconsidera a existência, a validade e a eficácia das personalidades jurídicas de cada uma das empresas contribuintes;
- que, sob o aspecto fático, as empresas trabalham com produtos distintos e estrutura distinta, em que pese compartilhem boa parte de suas instalações (fl. 622), e que não existe ilegalidade no compartilhamento do mesmo espaço físico e de parte de suas instalações;
- que teria sido verificada a inoccorrência de economia tributária, dado que referidas empresas recolheriam menos impostos se não estivessem no SIMPLES NACIONAL e, que, segundo a contribuinte, a caracterização ilícito tributário haveria de se verificar “prejuízo ao erário”;
- que as empresas mantinham “quantidade razoável de empregados”, ao contrário da alegação do Fisco de “média insuficiente de empregados”;
- impossibilidade de exclusão do SIMPLES com efeitos retroativos, por entender que os efeitos da exclusão devem ser somente *ex nunc*;
- impossibilidade de exclusão retroativa com fundamento no art. 29, inc. I, por entender a contribuinte que tal inciso não comporta a exclusão retroativa;
- impossibilidade de aplicação de penalidade maior (excesso de penalidade impeditiva).

Por fim (fls. 630 e 631), a recorrente requer diligências para verificação do real modo de trabalho das empresas, declaração da ineficácia da retroação dos efeitos da exclusão, inaplicação da penalidade de 10 anos de impedimento à opção pelo SIMPLES, a anulação, ou retificação, dos ADEs e, por fim, o deferimento de sua manutenção no regime de tributação pelo SIMPLES NACIONAL.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Thiago Dayan da Luz Barros, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 2º e do art. 23-B do Anexo II da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), atualizada pela Portaria MF nº 329/2017, considerando-se tratar de análise de exclusão de empresa do regime de tributação pelo SIMPLES NACIONAL (exclusão desvinculada de qualquer apuração de crédito tributário ainda pendente de decisão administrativa), anos-calendários 2010 e 2011.

Ainda, observo que o recurso é tempestivo, na medida em que foi interposto em 26/03/2015 (vide carimbo, fl. 612), face à intimação recebida dia 24/02/2015 (vide A.R., fl. 610), e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Mérito

Acerca do mérito do presente processo, necessário indicar que se trata de insurgência das empresas recorrentes contra os Atos Declaratórios Executivos – ADEs nº 06 e 07, fls. 64 e 65, que assim estabeleceram:

Ato Declaratório Executivo DRF/PCS/MG nº 006, de 11 de abril de 2014.

Declara excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM POÇOS DE CALDAS/MG, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 302 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria do Ministério da Fazenda nº 203, de 14 de maio 2012, publicado no Diário Oficial da União de 17/05/2012, e, tendo em vista o constante do processo administrativo de nº 13656.720318/2014-51, resolve:

Art. 1º Fica EXCLUÍDO do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, o contribuinte Piffer Artigos para Festas Ltda- EPP, CNPJ 14.391.781/0001-05.

Art. 2º A exclusão tem por base o disposto no artigo 3º, inciso II, no artigo 29, inciso I, e § 2º e no artigo art 30, inciso IV, ambos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e produzirá efeitos a partir de 19/09/2011, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar pelos próximos 10 (dez) anos-calendário seguintes.

Ato Declaratório Executivo DRF/PCS/MG n.º 007, de 11 de abril de 2014.

Declara excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), instituído pela Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006.

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM POÇOS DE CALDAS/MG, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 302 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria do Ministério da Fazenda n.º 203, de 14 de maio 2012, publicado no Diário Oficial da União de 17/05/2012, e, tendo em vista o constante do processo administrativo de n.º 13656.720318/2014-51, resolve:

Art. 1º Ficam EXCLUÍDOS do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, os contribuintes **Piffer & Cia. Ltda – EPP**, CNPJ 00.607.293/0001-70); **Piffer & Muniz Ltda. - EPP**, CNPJ 04.010.535/0001-02 e **Piffer & Muniz Artigos para Festas Ltda. EPP**, CNPJ 07.662.434/0001-04.

Art. 2º A exclusão tem por base o disposto no **artigo 3º, inciso II**, no **artigo 29, inciso I**, e **§ 2º** e no **artigo art 30, inciso IV**, ambos da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, e produzirá efeitos a partir de 01/01/2010, **impedindo** a opção pelo regime diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar pelos próximos **10 (dez) anos-calendário seguintes**.

Assim, a exclusão das empresas ali referidas se deu tendo como base os seguintes fundamentos de direito contidos na Lei Complementar n.º 123/2006:

- Art. 3º, inc. II (faturamento global superior a R\$ 2.400.000,00, valor vigente ao tempo dos ADEs);
- Art. 29, inc. I (falta de comunicação de exclusão obrigatória);
- Art. 29, §2º (prazo de impedimento de opção pelo SIMPLES NACIONAL, por 10 anos, aplicável somente nas hipóteses do inc. II e XII, do caput do art. 29)
- Art. 30, inc. IV (indicação da obrigatoriedade de comunicação em caso de faturamento global superior ao valor indicado no art. 3º, inc.II).

Nesse sentido, o faturamento global foi estabelecido pela Fiscalização como superior ao limite vigente à época de R\$ 2.400.000,00, tendo como pressuposto a existência de “um empreendimento só” (fl. 07), a partir da representação de fls. 02 a 08, cujo anexo XI totalizou as receitas da seguinte forma:

ANEXO XI
RESUMO DAS RECEITAS E ATIVIDADES

RAZÃO SOCIAL	CNPJ	ENDEREÇO (*)	CNAE (*)	TELEFONE (*)	RECEITA 2009	RECEITA 2010	RECEITA 2011	MÉDIA DE SEGURADOS 2010/2011	SEGURADOS EM 11/2013
PIFFER & CIA LTDA	00.607.293/0001-70	AV. GENTIL CASSARRO 380 T	2219-6-00	3697.1150	1.342.260,22	2.200.739,04	2.948.734,91	150	92
PIFFER & MUNIZ LTDA	04.010.535/0001-02	AV. GENTIL CASSARRO 380-1	2219-6-00	3697.1150	1.425.992,20	1.811.453,38	2.333.584,91	123	59
PIFFER & MUNIZ ARTS P/FESTAS	07.662.434/0001-04	AV. GENTIL CASSARRO 380	2219-6-00	3697.1150	1.972.851,85	2.230.103,42	2.366.131,95	2	67
PIFFER ARTS PARA FESTAS LTDA	14.391.781/0001-05	AV. GENTIL CASSARRO 380	4789-0-99	3697.1150			571.038,96		
TOTAIS					4.741.104,27	6.242.295,84	8.219.490,73	275	218
LIMITE - SIMPLES (LC nº 123/2006, art.3º inciso II)					2.400.000,00	2.400.000,00	2.400.000,00		
EXCEDENTE					2.341.104,27	3.842.295,84	5.819.490,73		

(*) Informações extraídas das GFIPs da competência janeiro/2014

A Fiscalização entendeu se tratar de um empreendimento só por diversos fatores em conjunto, a saber:

- estabelecimento único;
- empregados com prestação de serviços a todas as empresas, indistintamente;
- ocorrência de pagamento de despesas tributárias de todas por parte de uma só das empresas;
- administração única;
- unicidade de identidade das empresas com mesmo logotipo, papel timbrado, marca, etc.
- igualdade de CNAEs;
- obtenção de receita sem existência de empregados.

As empresas, no entanto, alegam que, por ter havido fiscalização “às escuras”, ao arripio da “não surpresa”, tal fato ensejaria o cerceamento de defesa, e, que se fossem realizadas as diligências necessárias, poderia ser verificada a existência das 4 empresas, dada a existência de produtos de empresas diferentes, funcionários uniformizados caracterizando prestação de serviços às suas respectivas empresas, públicos-alvo diferentes.

No entanto, verificou-se que a fiscalização estava devidamente respaldada por mandados de procedimento fiscal, indicados na fl. 02, não havendo que se falar em cerceamento de defesa.

Ademais, a Fiscalização se deparou com a realidade que se apresentou no momento da fiscalização, exatamente no intuito de que a fiscalizada não adotasse medidas de embaraço ou omissão da realidade.

Alegam ainda as contribuintes ter havido cerceamento de defesa por falta de motivação adequada nos Atos Declaratórios Executivos – ADEs, por entender a contribuinte que a base legal indicada teria sido relativa ao excesso de faturamento bruto (art. 3º, inc.II), enquanto a base fática estaria enquadrada no art.29, inc. IV (constituição por interpostas pessoas), prejudicando-se a validade do ato de exclusão, e o ato haveria de ser anulado ou, no mínimo, revisto, para viabilizar a possibilidade de defesa adequada.

De fato, entendo que a motivação do ato haveria de exteriorizar o fundamento de direito adequado para o caso, que seria, o art. 29, inc. IV (constituição por interpostas pessoas), a fim de que, após tal caracterização, pudessem ser as receitas brutas somadas.

Nesse sentido, entendo que assiste razão à recorrente, no sentido de que o ato haveria de ter indicado dentre seus fundamentos, o art. 29, inc. IV, inclusive, como condição *sine qua non* para a possibilidade de aplicação do art. 3º, inc.II.

Vale ressaltar ainda que, caso se tratasse de atos administrativos discricionários, haveria a possibilidade convalidação do ato, incluindo-se tal dispositivo, à luz do entendimento da primeira Turma do STJ no Agravo Regimental em Recurso em Mandado de Segurança no 40.427-DF 19 (acórdão publicado no DJE de 10/09/2013).

No entanto, está-se diante de atos vinculados e que devem nítido atendimento à lei, não sendo possível a relativização de tal vício quanto ao motivo de direito dos Atos Declaratórios Executivos – ADEs em exame.

Nesse contexto, merece acolhimento o Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros

Fl. 11 do Acórdão n.º 1001-002.412 - 1ª Sejul/1ª Turma Extraordinária
Processo n.º 13656.720318/2014-51

Voto Vencedor

Conselheiro Sérgio Abelson, Redator designado.

Discordo do voto do ilustre Conselheiro Relator no que tange à ocorrência de cerceamento de defesa por falta de motivação adequada nos Atos Declaratórios Executivos, tendo em vista a base legal indicada ter sido relativa ao excesso de faturamento bruto (art. 3º, inc. II da Lei Complementar nº 123/2006), enquanto que a base fática estaria enquadrada no art. 29, inc. IV (constituição por interpostas pessoas), prejudicando-se a validade do ato de exclusão, o que faria com que os ADEs devessem ser anulados.

Em primeiro lugar, observa-se que a referida alegação, acatada pelo Conselheiro Relator, foi trazida à lide pela primeira vez em sede de recurso voluntário, não tendo sido mencionada na manifestação de inconformidade.

Quanto ao referido tema, importante mencionar o que leciona o Art. 17 do Decreto nº 70.235/72:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Ou seja, para que o litígio seja instaurado, faz-se necessário que a contribuinte impugne todos os pontos controversos em sua manifestação de primeira instância, sob pena de preclusão material.

Desta forma, os argumentos inovadores apresentados em sede de Recurso Voluntário, não poderiam ser conhecidos por este colegiado, pela ausência de instauração do litígio, e para que não se configure supressão de instância.

De qualquer forma, adentrando se ao mérito dos referidos argumentos preliminares, observa-se não ter havido o alegado cerceamento de defesa. As recorrentes defenderam-se dos fatos apontados pela fiscalização de forma detalhada e minuciosa, demonstrando ter pleno conhecimento de todas as acusações que lhes foram impostas.

As hipóteses de nulidade do processo administrativo fiscal encontram-se elencadas nos art. 59 e 60 do Decreto nº 70.235/72, a seguir transcritos:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Não tendo havido, conforme demonstrado, preterição do direito de defesa, nem qualquer ato lavrado por pessoa incompetente, descabe cogitar a aventada hipótese de nulidade. A omissão do dispositivo legal apontada mostrou-se sanada pela defesa minuciosa e precisa apresentada pela recorrente.

Quanto aos demais argumentos, cabe apenas referendar a argumentação exarada no acórdão recorrido, o qual transcrevo, aprovo a adoto como minhas razões de decidir, com base no art. 50, § 1º, da Lei 9.784/99 e no art. 57, § 3º, do RICARF:

A exclusão da requerente do Simples Nacional, decorreu de fatos apurados pela fiscalização, que em suma concluiu "que as quatro empresas mencionadas, embora optantes pelo SIMPLES NACIONAL formam na realidade empreendimento único, cuja soma dos faturamentos ultrapassa os limites fixados para enquadramento na modalidade simplificada de tributação do SIMPLES".

Preliminarmente, a impugnante requer o afastamento do Inciso IV do art. 30 (excesso de receita bruta), incluído pela LC 139, de 10 de novembro de 2011, pelo fato de que seus efeitos ocorrem a partir de 01/01/2012, não devendo alcançar fatos pretéritos, anos de 2010 e 2011.

Ocorre que já havia previsão no inciso II do Art. 30, já vigente à época dos fatos, de que as optantes devem obrigatoriamente comunicar a exclusão quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas na LC 123/2006. E o artigo 3º, II, referido no ADE em questão, prevê o limite de receita bruta a que se sujeitam as microempresas ou empresas de pequeno porte sujeitas aos efeitos do Simples Nacional.

Além de que o § 6º do art. 2º da LC 123/2006, remete ao Comitê Gestor do Simples Nacional atribuição para regulamentar a exclusão do regime do Simples Nacional, ao passo que a Resolução CGSN n.º 15, de 23 de julho de 2007, já previa exclusão por excesso do limite de receita bruta, em consórcio com a LC 123/2006.

Portanto, ainda que a fiscalização não mencionasse referido inciso IV do art. 30, antes já existia a obrigação de limitação da receita bruta e de sua observância compulsória.

Por fim, a nulidade somente se verifica na ocorrência das hipóteses do art. 59 do Decreto n.º 70.235/72, sendo que a impugnante entendeu perfeitamente, dada a densidade de sua contestação, a acusação fiscal de extrapolação de limite de receita bruta pelo empreendimento, considerado como único.

Quanto à alegação de ausência de requisito formal previsto no art. 10, inciso V, embora se aplique à auto de infração, cabe informar que consta às fls. 66/82 cópia de Comunicação SACAT, dos atos declaratórios em questão. Além de que não se verificou nenhum prejuízo ao impugnante.

Rejeitam-se as preliminares de nulidade.

No mérito, a requerente reconhece o compartilhamento do mesmo espaço físico a usarem de idênticas instalações, mão de obra, etc. e indaga se há proibição legal em tal prática.

Não se está a discutir a criação de inúmeras empresas, com administração própria, dotadas de autonomia operacional e administrativa, independentes entre si.

No presente caso a representação fiscal, traz elementos que demonstram tratar-se de empreendimento único: 1. estabelecimento único; 2. empregados prestam serviços indistintamente às 4 empresas; 3. administração única das empresas; 4. Pagamentos de

tributos das empresas assumidos apenas por uma delas; 5. Logotipos e papéis timbrados comuns a todas as empresas; 6. igualdade no código nacional de atividade econômica (CNAE); 7. obtenção de receita sem existência de empregados.

Logo, não se pode falar em independência e autonomia das empresas em questão, sendo que tais situações não são contrapostas de forma objetiva, pela impugnante, com relação aos elementos comprobatórios trazidos pela fiscalização.

A fiscalização demonstrou que embora duas das empresas possuíssem o mesmo nível de faturamento das outras duas, somente duas delas centralizavam a mão-de-obra empregada no empreendimento, embora todas registrassem faturamento, indício de que havia fracionamento das receitas brutas.

Neste ponto, a requerente traz resumos de folha de pagamento, cópias de Gfip e Caged, para tentar demonstrar que todas as empresas possuíam recursos laborativos suficientes. Ocorre que a documentação juntada, referem-se às competências de 2013 e 2014, não sendo contemporâneas ao fato.

Exceção de resumo do CAGED da competência junho de 2010, fls. 262 dos autos, que no entanto, corroborar a centralização dos recursos humanos nas empresas Piffer & Cia Ltda e Piffer & Muniz Ltda, conforme a fiscalização relata.

Quanto às alegações de que não ocorreu prejuízo ao Erário, tal alegação não é capaz de desconstituir o fato de que as empresas compõem o mesmo empreendimento e no período apurado eram optantes da tributação simplificada do Simples Nacional e portanto, sujeitas ao atendimento de requisitos legais para se manterem como optantes. Além de que, salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.(art. 136 do CTN).

O contribuinte traz alegações de que ocorreu a desconsideração da personalidade jurídica, o que é afeto apenas ao órgão jurisdicional, não se permitindo tal decretação por Ato Declaratório Executivo.

A depender das circunstâncias e do contexto pode ocorrer utilização de formas abusivas, muitas vezes com o escopo de atingir negócio jurídico indireto, tornando-se portanto, ilegal e passível de descaracterização por parte do Fisco.

Quando a livre iniciativa e autonomia negocial privada, a partir de pressupostos fáticos lastreados em fraudes ou abuso de formas e simulações dão margem a que o poder do Estado-Fisco considere tais disposições ineficazes.

Em tais situações, não se está a dizer que a fiscalização decreta a inexistência de uma pessoa jurídica, mesmo porquê, para tanto, dependeria de provimento judicial. Não houve desconsideração jurídica da empresa, mas para fins tributários, a prevalência da essência sobre a forma, em razão da utilização de empresas para o fracionamento de receitas auferidas de forma a manterem-se dentro dos limites estabelecidos para enquadramento no Simples Nacional, conforme representação da fiscalização.

E o agir do Fisco, encontra-se fundamentado, entre outros, nos artigos 114, 116 e 149 do Código Tributário Nacional, possibilitando-se buscar a verdade material a quaisquer formalidades jurídicas, culminando em requalificar o negócio aparente entre duas ou mais empresas, apurando e cobrando o tributo efetivamente devido.

[...]

Quanto aos efeitos do ato de exclusão, a partir de 01/01/2010 está correto o Ato Declaratório, em conformidade com o disposto no inciso II do art. 6º da Resolução CGSN n.º 15/2007 - a partir de 1º de janeiro do ano calendário subsequente ao do que tiver ocorrido o excesso, no caso ano de 2009 (conforme planilha da fiscalização - fls. 56).

O fato dos efeitos do Ato Declaratório retroagir a período anterior à sua emissão, ocorre pois quanto aos efeitos do ato de exclusão, no período em questão já vigia a vedação de extrapolação de limite de receita bruta para permanência no Simples Nacional e de que sua inobservância acarretava a exclusão do contribuinte do regime unificado, conforme previsto na LC 123/2006.

A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte e sua manutenção no sistema sujeito a condições e passível de fiscalização posterior. A exclusão com efeitos retroativos, quando verificado que o contribuinte incorreu em situação excludente do sistema, é admitida pela legislação.

Por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte, a lei retroage seus efeitos, conforme abaixo:

Lei Complementar n.º 123/2006:

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

I- verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

I – (...);

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou

Portanto o Ato Declaratório de Exclusão vem a reconhecer uma situação preexistente à sua emissão, cujos efeitos de exclusão estão previstos no art. 31 da LC 123/2006.

No tocante ao requerimento de suspensão dos efeitos do ato de exclusão do Simples Nacional, observa-se que, nos termos do art. 29, §3º, da Lei Complementar n.º 123/2006, a exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

O CGSN, no uso desta atribuição, regulamentou a exclusão do Simples Nacional por meio da Resolução CGSN n.º 15, de 23 de julho de 2007, que estabelece, em seu artigo 4º, parágrafo 3º-A, que na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo apenas quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte.

Desta forma, conclui-se que o ato de exclusão do Simples Nacional, quando impugnado tempestivamente, que é o caso, produz efeitos apenas após a decisão definitiva do litígio.

Vale ressaltar que a própria DRF de origem comunicou ao contribuinte da suspensão dos efeitos do ADE, matéria não objeto de controvérsia.

A requerente se insurge com a aplicação da penalidade de impedimento de opção pelo Simples Nacional, pelos próximos 10 (dez) anos calendários.

Referia penalidade encontra-se disposta na LC 123/2006, cujos excertos abaixo reproduzimos:

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

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

II -

III -

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 constatada 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.

O Ato Declaratório teve por base o excesso de receita bruta, a partir do empreendimento considerado como um todo, o qual foi constituído de diversas pessoas jurídicas, de formas interpostas. A fiscalização demonstrou a utilização de simulação na utilização de mais de uma pessoa jurídica, de maneira que, efetivamente formavam único empreendimento, cujos atos administrativos (ainda que através de procuração) de todas as empresas eram assinados pelo Sócio e Diretor da Piffer & Muniz Ltda - Sr. José Roberto Muniz, embora formalmente o quadro societário seja distinto, demonstrando a constituição por interpostas pessoas.

São vários os elementos trazidos pela fiscalização, neste sentido: 1. estabelecimento único; 2. empregados prestam serviços indistintamente às 4 empresas; 3. administração única das empresas; 4. pagamentos de tributos das empresas assumidos apenas por uma delas; 5. Logotipos e papéis timbrados comuns a todas as empresas; 6. igualdade no código nacional de atividade econômica (CNAE); 7. obtenção de receita sem existência de empregados.

A simulação pode configurar-se quando as circunstâncias e evidências indicam a coexistência de empresas com regimes tributários favorecidos, perseguindo a mesma atividade econômica, a utilização dos mesmos empregados e meios de produção, implicando confusão patrimonial e gestão empresarial atípica

O fracionamento das atividades empresarias, mediante a utilização de pessoas jurídicas desprovidas de autonomia operacional e financeira, para usufruir indevidamente dos benefícios do regime de tributação do Simples Nacional, encontra-se no inciso IV do art. 29 da LC 123/2006, o qual está abrangido pelo § 2º do art. 29 da LC 123/2006, devendo-se manter a penalidade imposta.

No que se refere ao pedido de diligência, estando presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de diligência, nos termos do artigo 18 do Decreto n.º 70.235/72.

Por todo o exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, negar provimento ao recurso.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Abelson