



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13864.720071/2018-41
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-006.079 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de dezembro de 2021
Recorrente LUCAS FINGER JOALHEIROS EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

EXCLUSÃO. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. CARACTERIZAÇÃO

Fica caracterizada a interposição de pessoas para evitar a extrapolação do limite legal de faturamento para opção ao Simples Nacional, a juntada de provas, tais como procurações, fichas de abertura de contas bancárias e cheques assinados, quando o procurador da empresa excluída recebeu poderes para administrar todos os interesses da optante, sendo este administrador procurador de diversas empresas relacionadas entre si.

FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CARACTERIZAÇÃO

Caracteriza grupo econômico de fato, evidências trazidas pela fiscalização aos autos, como, por exemplo, página da internet, em que o endereço da empresa autuada figura no rol das empresas citadas como do mesmo grupo, afastando a tese de autonomia entre as empresas.

UTILIZAÇÃO DE MARCA. AUSÊNCIA DE PROVA.

A utilização de marca comum por diversas empresas, para ficar caracterizada, depende de prova contratual de cessão ou uso da marca, ou outras provas idôneas, como o pagamento pelo mencionado uso. A comprovação deste fato é ônus do contribuinte, na medida em que alegou tal fato. A ausência de prova neste sentido permite concluir que a inclusão da recorrente no site da empresa supostamente detentora da marca, trata de empresa integrante de grupo econômico e não de empresa autônoma.

MATÉRIA DE DEFESA ALEGADA SOMENTE NO RECURSO VOLUNTÁRIO. PRECLUSÃO

Torna-se preclusa a alegação de matéria de defesa alegada no recurso voluntário e não suscitada na impugnação. Inteligência do art. 17 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário; por voto de qualidade, em rejeitar a preliminar de nulidade do Ato Declaratório, vencidos os conselheiros Cleucio Santos Nunes (relator), Gustavo Guimarães da Fonseca, Flávio Machado Vilhena Dias e Fabiana Okchstein Kelbert, que acolhiam a referida preliminar; e, no mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao

recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator. Designado para redigir o voto vencedor, em relação à matéria em que o relator foi vencido, o conselheiro Marcelo Cuba Netto.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Cleucio Santos Nunes - Relator

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ricardo Marozzi Gregório, Gustavo Guimarães da Fonseca, Andréia Lúcia Machado Mourão, Flávio Machado Vilhena Dias, Cleucio Santos Nunes, Marcelo Cuba Netto, Fabiana Okchstein Kelbert e Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da 6ª Turma da DRJ/FNS, que manteve ato de exclusão da empresa recorrida do regime do Simples Nacional.

Em síntese, a representação de fls. 610/631 propôs a exclusão da empresa acima do regime do Simples Nacional, fundada nas seguintes hipóteses legais: i) constituição de interpostas pessoas para evitar a extrapolação do limite legal de faturamento (LC n.º 123, de 2006, art. 29, IV); e ii) impossibilidade de identificação de movimentação financeira (LC n.º 123, de 2006, art. 29, VIII).

Para a primeira infração, a representação fiscal alegou, em síntese, que a empresa ora recorrente fazia parte de grupo econômico chamado Gold Finger Joalheiros, o qual era composto por quarenta e duas empresas. Para comprovar tal alegação, insere *print* da página do citado grupo no texto da representação, em que se constata o endereço da recorrente (Pça. Dom Epaminondas, n.º 35, Taubaté – SP).

Das quarenta e duas empresas do grupo, a fiscalização conseguiu identificar que treze eram administradas por Moacir Finger, tendo como sócios outras pessoas do seu relacionamento.

Com relação à ora recorrente, a representação esclarece que empresa era uma firma individual, tendo como sócia, Silvia Helena dos Santos Nepomuceno. Em setembro de 2015, Silvia Helena transformou a empresa individual em sociedade empresária, ingressando como sócio Lucas Finger, que é filho de Moacir Finger. No entanto, desde 2007, a recorrente era gerida por Moacir Finger, conforme procuração outorgada por Silvia Helena. Em 2018, Silvia se retirou da sociedade tendo permanecido como sócio somente Lucas Finger.

Apurou ainda fiscalização que as procurações outorgadas pelas empresas a Moacir Finger, adotou sempre o mesmo padrão de delegação de poderes relativos à administração das respectivas empresas, inclusive com redações idênticas, o que permitiu se concluir que o verdadeiro sócio de fato de todas elas era Moacir Finger.

A fiscalização levantou também que o quadro societário das empresas do grupo era composto por funcionários ou parentes de Moacir Finger. Além disso, os contratos sociais e a contabilidade das empresas foram elaborados por uma firma contábil em comum. Segundo ainda a representação, todos os contratos sociais possuem o mesmo tipo de redação e as testemunhas são sempre as mesmas.

Sobre a contabilidade, a representação aduz que os livros Diário e Razão apresentados não permitiam verificar a movimentação bancária da empresa. Entretanto, o Plano de Contas informado no Livro Diário contemplava contas bancárias de diversos bancos. Com relação a este ponto, a fiscalização alega que Moacir assinou vários documentos bancários, tais como fichas de abertura de conta e até cheques emitidos pela recorrente. Constatou-se também que a recorrente realizou transações bancárias com pelo menos duas empresas do grupo econômico de fato (Finger e Mariotto Ltda ME e Gold Finger Taubaté shopping Ltda EPP).

A fiscalização apurou também que, somando-se as receitas declaradas nas DASN do ano calendário fiscalizado das treze empresas administradas por Moacir Finger, chegou-se ao valor de R\$ 14.990.351,71, que está consideravelmente acima do limite do Simples Nacional.

Diante de tais fatos, concluiu o relatório ter havido a prática de interposição de pessoas para evitar a extrapolação do limite legal de receita para opção ao Simples e impossibilidade de se identificar a movimentação financeira da empresa. Em razão disso, foi proposta a exclusão da empresa do regime do Simples Nacional com efeitos retroativos a 11/07/2007, data de opção da contribuinte pelo sistema, conforme §2º do art. 29 da LC nº 123, de 2006.

A representação foi acolhida integralmente, conforme despacho de fls. 639/657 e o ADE nº 50, de 06/09/2018 (fls. 658).

Cientificada da exclusão, a empresa apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 667/694 com diversas alegações genéricas de que não houve formação de grupo econômico, nem a infração de interposição de pessoas. Frisou que a fiscalização se baseou em meros indícios que não se confirmavam, porque todas as empresa que a fiscalização considerou como interligadas eram, em verdade, autônomas. Para corroborar com essa alegação, esclareceu que todas as firmas usavam a marca Gold Finger para dinamizar seus negócios. Quanto ao fato de a gestão ter sido transferida a Moacir Finger, sustentou que isso se deu para facilitar negociações com fornecedores. Refutou a alegação de extrapolação do limite do Simples Nacional, porque, uma vez sendo autônomas as empresas, seus respectivos faturamentos anuais se mantiveram dentro do limite. Não juntou nenhum documento para comprovar o alegado.

A DRJ manteve a exclusão, salientando, primeiramente, que a empresa não impugnou a impossibilidade de identificação de movimentação bancária como um dos fundamentos para a exclusão (LC nº 123, art. 29, VIII), razão pela qual esse motivo se tornou incontroverso, produzindo efeitos jurídicos imediatos. Sobre a interposição de pessoas, sustentou que as provas dos autos demonstraram que, realmente, a recorrente integrava grupo econômico de fato, porém, isto não foi a única ocorrência que caracterizou a interposição. Esclareceu que o motivo para tanto residiu no fato de as empresas do grupo transferirem a gestão para uma única pessoa, Moacir Finger que, no caso da ora recorrente, é pai do sócio atual. Além disso, este procurador assinou fichas de abertura de conta corrente da empresa e assinava cheques. Ressaltou também que a recorrente realizou transações bancárias em favor de outras empresas do grupo.

Inconformada, a recorrente apresentou o recurso voluntário de fls. 720/767, refutando, primeiramente, o argumento da DRJ de que teria se tornado incontroverso o fato relativo à movimentação bancária que a levou também à exclusão do regime. Isso porque, argumenta a recorrente, que o motivo principal da exclusão foi a interposição de pessoas, figurando o fato em questão como elemento de reforço. Acrescenta que, se assim fosse, o ato de exclusão seria nulo, porque a empresa não teria sido intimada no curso da fiscalização para esclarecer sua movimentação bancária. Sobre a interposição de pessoas defendeu os mesmos argumentos sustentados na manifestação de inconformidade. No mais, rebateu a retroatividade dos efeitos do ADE, embora não tenha feito essa alegação na manifestação de inconformidade.

O processo foi distribuído para mim por sorteio, sendo este o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Cleucio Santos Nunes, Relator.

O recurso é tempestivo. Quanto à admissibilidade, entendo que a alegação referente à retroatividade dos efeitos da decisão não deve ser conhecida porque não foi alegada na primeira instância, de modo que operou sobre este ponto a preclusão temporal a que alude o art. 17 do Decreto n.º 70.235, de 1972.

No recurso voluntário, a recorrente sustenta também que não há incompatibilidade entre a sua escrituração contábil e a movimentação bancária. Ocorre que essa matéria também não foi suscitada no recurso voluntário, razão pela qual não deve, igualmente ser conhecida, nos termos do dispositivo legal mencionado acima.

No mais, o recurso preenche os requisitos legais de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

1. PRELIMINARMENTE

A recorrente sustenta que o ADE seria nulo, porque, no tocante ao fundamento do inciso VIII do art. 29 da LC n.º 123, de 2006 (impossibilidade de identificação de movimentação bancária), não teria sido identificados quais pontos de sua movimentação bancária haveria divergência com a contabilidade, nem muito provas dessas incongruências.

Na sequência, afirma que sem essa evidência, ou seja, quais movimentações bancárias não estariam de acordo com a contabilidade, o ADE seria nulo por cerceamento de defesa.

Entendo que a questão central não se trata de cerceamento de defesa, pois, na fase procedimental da fiscalização não é assegurada a ampla defesa conforme sugere a recorrente em sua alegação preliminar. No processo administrativo tributário, a fase contenciosa inicia com a apresentação da impugnação, na linha do que prevê o art. 14 do Decreto n.º 70.235, de 1972.

Nesse sentido, é também a orientação da súmula Carf n.º 162: “O direito ao contraditório e à ampla defesa somente se instaura com a apresentação de impugnação ao lançamento”.

No entanto, há que se reconhecer que a representação fiscal para exclusão do Simples padece de vício de motivação, pois, conforme relatado, foram duas as causas de exclusão da empresa do regime simplificado. A primeira, a prática de interposição de pessoas

para evitar a extrapolação dos limites de faturamento para opção pelo Simples Nacional (LC 123, de 2006, art. 29, IV); a segunda, impossibilidade de identificação de movimentação bancária (LC 123, de 2006, art. 29, VIII).

A presente preliminar se restringe a este último fundamento legal. Se a fiscalização propôs a exclusão do contribuinte do regime favorecido porque viu divergências entre a contabilidade apresentada e a movimentação bancária, cumpria à autoridade fiscal apontar, de forma clara, quais os lançamentos contábeis eram incompatíveis com os extratos bancários auditados.

Nota-se que a representação é genérica, praticamente se limitando a fundamentar-se no seguinte:

Conforme descrito no item 2.5, os livros Diário e Razão apresentados pela fiscalizada não permitiam verificar sua movimentação bancária, apesar do Plano de Contas informado no Livro Diário contemplar contas bancárias de diversos bancos.

Este fato também configura hipótese de exclusão prevista no inciso VIII do artigo 29 da Lei Complementar n.º 123:

Para enquadrar a empresa na hipótese do inciso VIII do art. 29 da LC n.º 123, de 2006, era essencial que a fiscalização apontasse, ao menos por amostragem, quais lançamentos contábeis eram inferiores à movimentação bancária. Sem essa especificação, não há como se ter certeza se, realmente, houve divergência entre os documentos auditados.

Por tal razão, procede o argumento da recorrente de que o ADE é nulo, pois a motivação é insuficiente para levar à exclusão da empresa do regime simplificado com base no motivo apontado.

Quanto a segunda alegação, entendo que a recorrente não tem razão. As provas trazidas aos autos e os argumentos articulados na representação fiscal tornam imune a dúvidas de que houve a prática de interposição de pessoas para impedir a extrapolação do limite de faturamento do Simples Nacional.

Primeiramente, ficou evidente que a recorrente pertence a grupo econômico de fato, chamado Gold Finger, que atua no ramo do comércio de joias e relógios. O *print* retirado da internet demonstra que o grupo reúne quarenta e duas empresas, sendo uma delas a que se situa na Pça. Dom Epaminondas, n.º 35, Taubaté – SP, exatamente o endereço da recorrente, conforme se constata no preâmbulo de suas petições de defesa. Aliás, este fato não foi negado pela recorrente, que afirma utilizar a marca Gold Finger para melhorar sua competitividade no mercado.

Ressalte-se que, para tornar essa alegação mais plausível, era exigível, no mínimo, que a empresa trouxesse alguma prova dessa utilização, como um contrato ou pagamentos pelo uso da marca. Aliás, sequer se sabe qual das empresas seria a proprietária da suposta marca e a que título se dava a sua utilização. Vê-se que esta versão não se sustenta, ficando claro que se trata de grupo econômico de fato.

Outra evidência da interposição de pessoas é a relação de Moacir Finger com as treze empresas do grupo. Conforme sustentado na representação, essa pessoa era o administrador de todas as empresas do grupo, tendo recebido procuração para gerenciar-las. No caso da recorrente, a procuração de fls. 09, outorgada por Silvia H. dos Santos, à época em que a recorrente era uma firma individual, concedeu a Moacir Finger poderes para “gerir e administrar o estabelecimento comercial da outorgante”. Este fato, igualmente, não foi refutado pela recorrente, que, aliás, justificou a outorga de procuração ao outorgado, argumentando que

centralizando a gestão de todas as empresas em uma só pessoa, dessa forma, conseguiria negociar melhor com fornecedores.

Esse argumento não exclui o fato de que Moacir Finger estava por trás dos interesses de todas as empresas. Ao contrário, até reforça a conclusão de que os sócios das sociedades do grupo eram interpostas pessoas, colocadas nos contratos sociais como sócias de direito, pois mantinham relações familiares com Moacir Finger ou eram empregados de outras firmas do grupo, como no caso da própria Silvia Helena, ex-sócia da recorrente e empregada de outra empresa do grupo.

Chama muito atenção também o fato de Moacir Finger ter assinado as fichas de abertura de conta corrente (fls. 426) e os cheques, cujas cópias se encontram às fls. 282/291 e 402/422, em nome da empresa autuada. Em que pese ser possível alegar que isso se deu porque Moacir era procurador da empresa para esse efeito, exatamente por isso as suspeitas se convolvam em indícios probatórios de interposta pessoa, a fazer cair por terra a defesa da recorrente de que as empresas eram autônomas. Não é crível que uma microempresa transfira toda a sua gestão, inclusive a financeira, para um administrador de diversas empresas que, a rigor, deveriam ser concorrentes.

No mais, a representação fiscal apurou com base nas DASN que a soma dos faturamentos anuais de todas as empresas do grupo no ano auditado correspondeu a R\$ 14.990.351,71, cifra muito acima do limite legal para opção ao Simples Nacional.

Registre-se que, desde a manifestação de inconformidade, a recorrente se limita a fazer alegações genéricas em torno de sua autonomia em relação às demais empresas e que a fiscalização se baseou em meros indícios. Analisando-se os autos, vê-se o contrário, as provas juntadas demonstram claramente que se tratava de grupo econômico de fato e de interposição de pessoas para fugir dos limites legais de faturamento do Simples Nacional.

Nada a prover sobre este ponto, portanto.

Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso e acolho a preliminar de nulidade arguida para afastar, tão somente, o fundamento do inciso VIII do art. 29 da LC n.º 123, de 2006, como causa de exclusão do Simples Nacional, negando provimento quanto ao mérito.

(documento assinado digitalmente)

Cleucio Santos Nunes

Voto Vencedor

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, Redator designado.

Haja vista que, pelo voto de qualidade, o Colegiado divergiu do Relator em relação a seu voto por acolher a **preliminar de nulidade parcial do ADE**, fui incumbido pelo Presidente a redigir o voto vencedor em relação a essa matéria, nos termos do art. 63, § 1º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF.

Passo, então, a fazê-lo.

No caso, a DRF em Taubaté - SP, por meio do Ato Declaratório Executivo n.º 50/2018 (e-fl. 658), excluiu a ora recorrente do Simples Nacional com base em 2 (dois) fundamentos distintos, a saber:

a) a constituição da pessoa jurídica ser realizada por meio de interpostas pessoas - art. 29, IV, da Lei Complementar n.º 123/2006; e

b) a pessoa jurídica deixar de escriturar o livro Caixa, ou escriturá-lo de forma a não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária - art. 29, VIII, da Lei Complementar n.º 123/2006.

O Relator entendeu que o referido ADE é parcialmente nulo, conforme razões a seguir expostas:

A recorrente sustenta que o ADE seria nulo, porque, no tocante ao fundamento do inciso VIII do art. 29 da LC n.º 123, de 2006 (impossibilidade de identificação de movimentação bancária), não teria sido identificados quais pontos de sua movimentação bancária haveria divergência com a contabilidade, nem muito provas dessas incongruências. (g.n.)

Na sequência, afirma que sem essa evidência, ou seja, quais movimentações bancárias não estariam de acordo com a contabilidade, o ADE seria nulo por cerceamento de defesa.

Entendo que a questão central não se trata de cerceamento de defesa, pois, na fase procedimental da fiscalização não é assegurada a ampla defesa conforme sugere a recorrente em sua alegação preliminar. No processo administrativo tributário, a fase contenciosa inicia com a apresentação da impugnação, na linha do que prevê o art. 14 do Decreto n.º 70.235, de 1972.

Nesse sentido, é também a orientação da súmula Carf n.º 162: “O direito ao contraditório e à ampla defesa somente se instaura com a apresentação de impugnação ao lançamento”.

No entanto, há que se reconhecer que a representação fiscal para exclusão do Simples padece de vício de motivação, pois, conforme relatado, foram duas as causas de exclusão da empresa do regime simplificado. A primeira, a prática de interposição de pessoas para evitar a extrapolação dos limites de faturamento para opção pelo Simples Nacional (LC 123, de 2006, art. 29, IV); **a segunda, impossibilidade de identificação de movimentação bancária (LC 123, de 2006, art. 29, VIII).** (g.n.)

A presente preliminar se restringe a este último fundamento legal. Se a fiscalização propôs a exclusão do contribuinte do regime favorecido porque viu divergências entre a contabilidade apresentada e a movimentação bancária, **cumpria à autoridade fiscal apontar, de forma clara, quais os lançamentos contábeis eram incompatíveis com os extratos bancários auditados.** (g.n.)

Nota-se que a representação é genérica, praticamente se limitando a fundamentar-se no seguinte: (g.n.)

Conforme descrito no item 2.5, os livros Diário e Razão apresentados pela fiscalizada não permitiam verificar sua movimentação bancária, apesar do Plano de Contas informado no Livro Diário contemplar contas bancárias de diversos bancos.

Este fato também configura hipótese de exclusão prevista no inciso VIII do artigo 29 da Lei Complementar n.º 123:

Para enquadrar a empresa na hipótese do inciso VIII do art. 29 da LC n.º 123, de 2006, era essencial que a fiscalização apontasse, ao menos por amostragem, quais lançamentos contábeis eram inferiores à movimentação bancária. Sem essa especificação, não há como se ter certeza se, realmente, houve divergência entre os documentos auditados. (g.n.)

Por tal razão, procede o argumento da recorrente de que **o ADE é nulo, pois a motivação é insuficiente para levar à exclusão da empresa do regime simplificado** com base no motivo apontado. (g.n.)

(...)

Ou seja, entendeu o Relator que o ADE é parcialmente nulo pois a respectiva representação fiscal (e-fl. 610 e ss.) teria motivado de forma insuficiente a exclusão do Simples Nacional lastreada no art. 29, VIII, da Lei Complementar n.º 123/2006, na medida em que deixou de apontar "*quais os lançamentos contábeis eram incompatíveis com os extratos bancários auditados*"

Ocorre que o art. 29, VIII, da Lei Complementar n.º 123/2006 apenas exige, para fins de exclusão do Simples Nacional, que a pessoa jurídica deixe de escriturar o livro Caixa, ou o escriturar de forma a não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária.

No caso, conforme afirmado na representação fiscal, o sujeito passivo, embora haja indicado em seu **plano de contas** a existência de contas-correntes bancárias mantidas em diversos bancos, deixou de escriturar a sua movimentação bancária.

Tal motivação é suficiente para motivar a exclusão do Simples Nacional. Caberia ao sujeito passivo demonstrar que sua escrituração, ao contrário do afirmado pelo autor da ação fiscal, identifica a movimentação bancária.

Como não o fez, correta a exclusão do Simples Nacional também com base no art. 29, VIII, da Lei Complementar n.º 123/2006.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto