



Processo nº 13896.721226/2016-28
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-002.495 – 1^a Seção de Julgamento / 3^a Turma Extraordinária**
Sessão de 13 de julho de 2021
Recorrente OLIVEIRA CONTADORES EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

SIMPLES NACIONAL. ERRO NO ENQUADRAMENTO LEGAL DO ADE. NULIDADE.

Identificado existir erro no enquadramento legal do ADE, não há como o manter, visto que tal erro não é passível de correção de ofício ou se trate de erro material, levando à nulidade do ADE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares suscitadas pela Recorrente, contudo em dar provimento ao Recurso Voluntário, reconhecendo nulidade no ADE.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Bárbara Santos Guedes, Carlos Alberto Benatti Marcon, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 16-80.704, de 21 de novembro de 2017, da 1^a Turma da DRJ/SPO, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade da contribuinte.

A partir do recebimento da Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional (e-fls. 02 a 30), que atestou a existência de grupo econômico de fato, a empresa Recorrente foi excluída do sistema simplificado, conforme Despacho Decisório DRF/BRE/SEORT n.º 211/2016, de 16 de junho de 2016 (e-fls. 335 a 342).

O Ato de Declaratório Executivo DRF/BRE n.º 43, de 16 de junho de 2016, assim expôs:

Art. 1º Excluir do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), a pessoa jurídica **ROCHA & OLIVEIRA CONTADORES S/S LTDA, CNPJ 16.567.236/0001-44**, em função da infração à legislação que veda, para todos efeitos legais, usufruir do benefício do tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar n.º 123/2006 a pessoa jurídica de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite estabelecido pela mesma lei.

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão retroativamente a partir do início de suas atividades, 25/06/2012, de acordo com a legislação vigente, em especial a Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, art. 3º, § 4º, III, e § 10; art. 29, I; e art. 31, III, a).

Art. 3º - A pessoa jurídica poderá apresentar, no prazo de 30(trinta) dias contados da ciência deste Ato Declaratório Executivo (ADE), manifestação de inconformidade dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento, protocolizada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, nos termos do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972.

A Recorrente apresentou manifestação de inconformidade, a qual foi resumida no Relatório do acórdão recorrido nos seguintes termos:

2. O Contribuinte tomou ciência do todo em 21/06/2016 (fl. 352) e colacionou sua insurgência em 19/07/2016 (fls. 353/386, 464). Alega, breve síntese: **a**) o procedimento estaria ao desamparo de competente termo de procedimento fiscal; **b**) não se teria logrado demonstrar a subsunção de seu caso ao que disposto no art. 3º, § 4º, inciso III, da LC n.º 123, de 2006, a dizer, não se identificara qual precisa pessoa física que, participante de seu quadro social, figuraria também e sob igual condição em outras sociedades empresárias; **c**) grande parte dos fatos considerados pela Fiscalização estariam aquém do período consignado nos termos de diligência e/ou fiscalização que inauguraram o presente feito, quando não já alcançados pela decadência, prescrição ou homologação; **d**) a algumas assertivas da Fiscalização não se seguiria a juntada de elemento probatório algum (que o Sr. James Christian Geviesky teria sido representante comercial de Luz & Oliveira S/S - EPP; que Oliveira Advogados Associados teria se beneficiado de serviços prestados por segurados das outras entidades fiscalizadas, e quais seriam esses segurados; que haveria, por todo o imprecado grupo econômico, orquestração ajustada ao tempo da retirada de sócios, conferindo-se lhes ato contínuo procurações com poderes ilimitados); **e**) não houvera transcrição e ateste de veracidade das comunicações telefônicas mencionadas pela Fiscalização, isso sem dizer d'outros cuidados formais em atenção ao princípio do contraditório (número de ligações, data, horário, identificação funcional do atendente, identificação da Fiscalização e do propósito da ligação junto ao atendente, sob pena de invalidade, por ilegítima, da alegada prova); **f**) não se teria demonstrada e individualizada a unicidade de comando (patrimonial, financeira, administrativa e laboral) que perpassaria por todas as sociedades empresárias envolvidas no procedimento.

A 1^a Turma da DRJ/SPO, por maioria de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo a exclusão da Recorrente do Simples Nacional, conforme se depreende da ementa abaixo:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

ANO-CALENDÁRIO: 2012

GRUPO ECONÔMICO. EXCESSO DE RECEITA. EXCLUSÃO.

A interpretação conjunta dos incisos III, IV ou V do §4º do art. 3º da LC nº 123, de 2006, conduzem a conclusão de que é vedado o ingresso/permanência no Simples Nacional de todos quantos participes de grupo econômico de fato.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO ANO-CALENDÁRIO: 2012 DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

A contagem do prazo decadencial deve ter como base a data a partir da qual o Fisco poderia efetuar o lançamento, ou seja, a data do fato gerador da obrigação. Sob essa ótica, não cabe falar em impossibilidade da autoridade fiscal analisar fatos de períodos anteriores, quando esses repercutirem no período não decaído.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

A contribuinte foi cientificada do acórdão da DRJ, através da publicação de edital, no dia 30/04/2018 (e-fls. 508) e apresentou recurso voluntário no dia 24/05/2018 (e-fls. 511 a 543, acrescido de documentos de mérito), com os fundamentos abaixo sintetizados:

Alega a nulidade da decisão recorrida sob o fundamento de negativa de prestação jurisdicional, defendendo que a Turma Julgadora de Piso não analisou todos os argumentos apresentados na manifestação de inconformidade.

Repete os argumentos da manifestação de inconformidade em relação à existência de vícios no procedimento fiscal, tais como (i) não teria sido mencionado quem era o participante pessoa física que participava de mais de uma sociedade; (ii) utilização de fundamentos anteriores ao período fiscalizado, alcançados pela prescrição. Defende que um novo entendimento a fatos jurídicos, não poderá ter seus efeitos a períodos pretéritos, mas apenas a novos períodos posteriores à mudança de entendimento.

Aduz que, para a configuração de grupo empresarial, faz-se indispensável demonstrar confusão patrimonial, financeira e administrativa, a fim de corroborar com a tese de unicidade gerencial, contudo a fiscalização não conseguiu comprovar a existência de grupo econômico.

Explica que o núcleo da razão para exclusão do Simples Nacional foi a suposta participação de pessoa física sócia de outra empresa, também beneficiária do regime jurídico do Simples Nacional, na qual estariam ultrapassando o limite do Simples Nacional. Presumiu tratar-se do Sr. Fernão Sérgio de Oliveira. Esse participou, em relação ao período analisado (2012 a 2015) de duas empresas – Rocha Oliveira & Contadores e Oliveira Advogados Associados -, as quais, ainda que somadas as receitas brutas globais, não ultrapassam o valor do Simples

Nacional. Ressaltou ainda que a Oliveira Advogados Associados só optou pelo regime do Simples Nacional a partir de 2015.

Alega a Recorrente que, quando da saída da sociedade Luz & Oliveira, restou pactuado entre os envolvidos que o Sr. Fernão não iria mais atuar nesse segmento no sul do Brasil, de modo a não impedir o crescimento e o desenvolvimento da sociedade. Em razão disso, buscou exercer as atividades em São Paulo e montou a Rocha & Oliveira, a qual possui estrutura física própria e funcionários próprios.

A Recorrente aponta que a procuraçāo, utilizada pela fiscalização para justificar o grupo econômico, outorgada pela Luz & Oliveira para Fernão Sérgio de Oliveira, teve os efeitos cessados em setembro de 2013 e nunca foi utilizada. Que o Sr. Fernão foi sócio da citada empresa até o ano de 2007. Ressalva que a contribuinte não outorgou procurações a ninguém, demonstrando sua independência gerencial.

Atesta que as informações colhidas na página da empresa Luz & Oliveira não incluem a Recorrente e o fato de ser o nome do sócio mencionado na parte que trata da história da empresa não leva à conclusão de pertencer a um grupo econômico de fato.

Continua a Recorrente descrevendo que a participação em diversas sociedades em nada caracteriza grupo econômico. As alterações societárias em nada demonstram como evidência para a caracterização de grupo econômico de fato, eis que não demonstram a unicidade de controle ou confusão patrimonial e contábil ou operacional.

A Contribuinte defende que o Auditor Fiscal não mencionou eventual confusão patrimonial ou contábil das sociedades das quais supostamente entende estarem compostas de um grupo econômico de fato. Desta feita, é reconhecido, por ambas as partes, Auditor e recorrente, que não há confusão patrimonial ou contábil entre as sociedades. Todos os documentos contábeis foram entregues e demonstram a independência financeira da Recorrente.

Ao final, requereu:

Dante do exposto, requer o recebimento e acolhimento deste recurso, determinando-se, alternativamente:

- a) O retorno do processo à Delegacia Regional de Julgamento de São Paulo, para fins de análise de todos os argumentos perfilhados na Manifestação de Inconformidade, com a realização de novo julgamento;
- b) O cancelamento de forma integral do Ato Declaratório Executivo DRF/BRE n.º 43, de 16 de junho de 2016, em virtude da inexistência de formação de grupo econômico entre as sociedades;
- c) A anulação total deste procedimento administrativo, com o consequente cancelamento do Ato de Exclusão do Simples Nacional: ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/BRE n.º 43, DE 16 DE JUNHO DE 2016, em razão dos vícios insanáveis encontrados neste procedimento de fiscalização, conforme apontados;
- d) No mérito, diante da não-apresentação de motivos suficientes, bem como da não comprovação de confusão patrimonial, contábil ou financeira entre as sociedades fiscalizadas, e ausência de unicidade de comando entre as sociedades, seja o Ato de Exclusão do Simples Nacional: ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/BRE N°

43, DE 16 DE JUNHO DE 2016 declarado nulo de pleno direito, com a manutenção da sociedade no regime diferenciado;

e) Em sede de eventualidade, que as situações de evidente afronta ao princípio do contraditório e ampla defesa, bem como ao devido processo legal, relativas à instrução processual sejam desconsideradas quando da análise do mérito do presente processo, visto que ilicitamente produzidas, devendo ser integralmente desentranhadas ou desabilitadas do caderno processual;

f) Por mera eventualidade, diante do princípio da não surpresa e por serem atos homologados e reiteradamente aceitos pela Administração Pública, que os efeitos de eventual exclusão do regime simplificado produzam seus efeitos somente após a conclusão deste processo fiscal, sem permitir efeitos retroativos;

g) Não sendo esse o melhor entendimento, em caso de não aceitação dos pedidos anteriormente indicados, que eventual exclusão da sociedade do regime em questão produza efeitos somente a partir do trânsito em julgado da decisão administrativa que julgar procedente o Ato Excludente;

h) Caso, em sede de argumentação configure-se Grupo Econômico apontado pelo i. Auditor, deve ser levado em consideração somente as sociedades as quais Fernão Sergio de Oliveira figure na condição de sócio/procurador (considerando-se a Procuração indicada como válida até 2013), e, neste caso, precisamente, devem ser somados exclusivamente os faturamentos das empresas Luz & Oliveira Contadores S/S Ltda, Rocha & Oliveira Contadores S/S Ltda e Oliveira Advogados no ano de 2012, o que no caso, produzirão efeitos de exclusão somente no ano de 2013, estritamente;

i) A produção de todas as provas admitidas em direito e cabíveis ao presente processo administrativo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Bárbara Santos Guedes, Relator.

O recurso é tempestivo e cumpre com os demais requisitos legais de admissibilidade, razão pela qual deles tomo conhecimento e passo a apreciar.

A Recorrente, no recurso voluntário, tece requerimentos em relação à nulidade da decisão de primeira instância, bem como do ADE e defende que não há nos autos a demonstração de controle administrativo ou confusão patrimonial que justifique a manutenção do Ato Declaratório de Exclusão com base em existência de grupo econômico de fato.

No tocante ao pedido de nulidade da decisão recorrida arguido pela Recorrente, entendo que a mesma não deve prosperar. O r. acórdão, embora esteja fundamentado na Representação Fiscal, deixa claro os motivos que justificaram a decisão, apontando acreditar existir grupo econômico e ser a Recorrente parte integrante do mesmo.

Outrossim, há na fundamentação da decisão recorrida motivação suficiente para a sua conclusão, isso porque os julgadores não estão obrigados a responder todas as alegações apontadas na manifestação de inconformidade, quando já tenha encontrado motivos suficientes

para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por ela e tampouco responder um a um todos os argumentos apresentados.

Essa é a posição da jurisprudência sobre essa questão, conforme abaixo:

Embargos de Declaração – Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade – Juiz não precisa rebater todos os argumentos das partes – Acórdão fundamentado – Rejeição (TJPR. EMBDECCV 82128-5/02 PR).

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2003 a 31/12/2003

NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA.

O julgador não está obrigado a rebater todos os argumentos trazidos no recurso, nem a esmiuçar exaustivamente seu raciocínio, bastando apenas decidir fundamentadamente, entendimento já pacificado neste Conselho.

Não é nulo o acórdão recorrido em que foram apreciados de forma suficiente os argumentos da impugnação e as provas carreadas aos autos, sem vício de motivação ou omissão quanto à matéria suscitada pelo contribuinte.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Inexiste cerceamento de defesa quando os relatórios integrantes do Auto de Infração oferecem as condições necessárias para que o contribuinte conheça o procedimento fiscal e apresente a sua defesa contra o lançamento fiscal efetuado.

ARBITRAMENTO.

A fiscalização está autorizada legalmente a lançar de ofício, arbitrando as importâncias que reputarem devidas, com base em elementos idôneos de que dispuser, quando a contabilidade da empresa não registrar o movimento real de remuneração de segurados a seu serviço, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário. (CARF – Acórdão nº 2202-004.559. Relatora Conselheira Rosy Adriane da Silva Dias).

Isto posto, rejeito a preliminar de nulidade da decisão de nulidade da decisão de primeira instância.

No tocante as alegações de nulidade do ADE, o qual não teria mencionado quem era o participante pessoa física que estava envolvido de mais de uma sociedade, bem como teria utilizado de fundamentos anteriores ao período fiscalizado, alcançados pela prescrição, entendo que esses fundamentos igualmente não merecem prosperar.

No tocante a suposta ausência de informação em relação à pessoa envolvida como participante de mais de uma sociedade, a partir do Despacho Decisório, como da Representação Fiscal, essa informação fica bastante cristalina, tanto que a própria Recorrente, nas suas razões recursais, aponta a participação do Sr. Fernão Sérgio de Oliveira nas empresas, demonstra como e porquê ele fundou Rocha & Oliveira e cita informações relevantes em relação à figura desse no que foi identificado pela fiscalização.

Logo, não há que se falar em cerceamento de defesa ou ofensa ao contraditório e ao devido processo legal, pois os documentos constantes nos autos são suficientes para demonstrar de forma clara e explícita quem é o sócio participante de outras sociedades. Na Representação Fiscal até uma planilha foi juntada para informar quem eram os sócios de cada uma das empresas envolvidas, datas de entrada e de saída da sociedade, etc.

Também não merece prosperar a alegação de estar a fiscalização analisando fatos pretéritos e potencialmente prescritos. Isso porque, desde já, trata-se o presente processo de

exclusão do Simples Nacional, não se está efetuando lançamentos ou revisando a contabilidade das empresas.

Outrossim, é possível analisar períodos pretéritos para investigações relacionadas ao cumprimento da norma legal. O que deve ser obedecido é o prazo decadencial para lançamento de eventual tributo.

Em relação a esse tópico, o voto vencedor do r. acórdão já se manifestou e do qual, desde já, acompanho o entendimento, vide abaixo:

44. Insurge-se a manifestante contra a utilização pela autoridade fiscal de fatos e elementos de prova de períodos anteriores ao consignado no termo de procedimento fiscal, períodos esses já atingidos pela decadência, prescrição ou homologação.

45. Nesse ponto, não assiste razão a manifestante, como se passará a demonstrar.

46. A Portaria RFB nº 1.687 de 17 de Setembro de 2014, Publicado no DOU de 18/09/2014 regulamenta o procedimento fiscal no âmbito da Receita Federal do Brasil e expressamente permite que os auditores fiscais, quando amparados pelo competente Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF), examinem documentos de períodos não consignados no TDPF quando necessários para verificar fatos com repercussão tributária no período em análise. Tal é a previsão do §3º do art. 5º da referida portaria, *in verbis*:

Art. 5º O Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal - TDPF conterá:

§1º No caso de Procedimento de Fiscalização, o TDPF indicará, ainda, o tributo objeto do procedimento fiscal a ser executado e o respectivo período de apuração, bem como as verificações relativas à correspondência entre os valores declarados e os apurados na escrituração contábil e fiscal do sujeito passivo, em relação aos tributos administrados pela RFB, podendo alcançar os fatos geradores relativos aos últimos cinco anos e os do período de execução do procedimento fiscal.

(...)

§3º O Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil poderá examinar livros e documentos referentes a períodos não consignados no TDPF quando necessários para verificar os fatos que deram origem a valor computado na escrituração contábil e fiscal do período em exame ou deles seja decorrente.

47. Portanto, correto o procedimento adotado pela autoridade fiscal.

48. Também correto o procedimento quanto à utilização de elementos de prova de períodos já decaídos. Quando tais elementos repercutem em períodos futuros, eles podem ser analisados, não podendo se falar em decadência e muito menos em preclusão do direito da fazenda analisar tais fatos. Essa é a jurisprudência do CARF:

FATOS COM REPERCUSSÃO EM PERÍODOS FUTUROS. DECADÊNCIA.

PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA É legítimo o exame, pelo fisco, de fatos ocorridos há mais de cinco anos do procedimento fiscal, para deles extrair a repercussão tributária em períodos ainda não atingidos pela caducidade. A restrição decadencial, no caso, volta-se apenas à impossibilidade de lançamento de crédito tributário no período em que se deu o fato (Acórdão nº 1102-001.080, julgado em 09 de abril de 2014)

49. Ainda em relação à decadência, cabe frisar que essa se refere ao interregno entre a data do fato gerador e o da constituição do crédito tributário, assim não há que se falar em decadência no presente caso, vez que o fato gerador objeto do lançamento

decorrente da exclusão do Simples Nacional se reporta aos anos-calendário de 2012 a 2015, portanto, não decaídos a época da lavratura do auto de infração.

Ocorre, contudo, que embora não mencionado pela Recorrente, entendo existir nulidade no Ato Declaratório em relação ao enquadramento legal. Explico.

O Ato Declaratório Executivo DRF/BRE nº 43, de 16 de junho de 2016, apresenta o seguinte texto:

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/BRE Nº 43, DE 16 DE JUNHO DE 2016.

Exclui do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) de que tratam os arts. 12 a 41 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a pessoa jurídica que menciona.

O CHEFE-SUBSTITUTO DO SERVIÇO DE ORIENTAÇÃO E ANÁLISE TRIBUTÁRIA - SEORT DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BARUERI, no uso das atribuições que lhe são delegadas pela Portaria DRF/BRE nº 87, de 16 de julho de 2012, publicada no DOU de 17/07/2012, em seu art. 2º, inciso II e art. 6º, inciso II; considerando o disposto no inciso II do art. 302 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, tendo em vista o que prescrevem o art. 33 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e o art. 75 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, e considerando o que consta do Processo Administrativo nº 13896.721226/2016-28, resolve:

Art. 1º Excluir do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), a pessoa jurídica **ROCHA & OLIVEIRA CONTADORES S/S LTDA, CNPJ 16.567.236/0001-44**, em função da infração à legislação que veda, para todos efeitos legais, usufruir do benefício do tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar nº 123/2006 a pessoa jurídica de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite estabelecido pela mesma lei.

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão retroativamente a partir do início de suas atividades, 25/06/2012, de acordo com a legislação vigente, em especial a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, art. 3º, § 4º, III, e § 10; art. 29, I; e art. 31, III, a).

Art. 3º - A pessoa jurídica poderá apresentar, no prazo de 30(trinta) dias contados da ciência deste Ato Declaratório Executivo (ADE), manifestação de inconformidade dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento, protocolizada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, nos termos do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Art. 4º - Não havendo apresentação de manifestação de inconformidade no prazo de que trata o artigo 3º, a exclusão tornar-se-á definitiva.

Art. 5º Este Ato Declaratório Executivo entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.

Vicente Battista Junior

(grifos nossos)

Vajamos o que determina o art. 3º, § 4º, III, da Lei Complementar nº 123/2006, *in verbis*:

Art.3º—Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; (grifos nossos)

Pela simples comparação em relação ao que foi transscrito no ADE com o artigo acima reproduzido da Lei Complementar, verifica-se tratar do mesmo texto legal.

Contudo, ao lermos o inciso III, o que ele proíbe é que a pessoa jurídica: (a) de cujo capital participe pessoa física inscrita como empresário, isto é pessoa física que possua CNPJ, ou (b) seja sócia de outra pessoa jurídica optante pelo Simples Nacional em que o somatório da receita bruta anual ultrapasse o limite legal. Esse inciso, assim, trata de pessoa jurídica que seja sócia de pessoa jurídica incluída no Simples Nacional. No presente caso verifica-se que na Representação fiscal, e-fls. 02-30, consta expressamente:

5.2.1. Luz & Oliveira S/S EPP [...]

•Fernão Sergio de Oliveira, sócio administrador desde a fundação até 23/06/2007, quando detinha 25% do capital social. Essa participação foi integralmente transferida para sua convivente Rosa Cerino da Luz;

•Rosa Cerino da Luz, convivente de Fernão Sergio de Oliveira, sócia administradora desde a fundação até 01/10/2003 e a partir de 23/06/2007. Sócia cotista de 01/10/2003 a 22/06/2007. Detém, desde 04/04/2013, 75% do capital social;

•Waldir Cerino da Luz, irmão de Rosa Cerino da Luz, sócio cotista desde a fundação até 17/07/1997 e de 18/09/2000 até 22/06/2007. Sócio administrador de 23/06/2007 até 04/04/2013, quando retirou-se da sociedade. Na oportunidade detinha 25% do capital social, que fora integralmente transferido para sua irmã Rosa Cerino da Luz; e •Marcelo Paulo Vom Scheidt, sócio cotista desde 01/10/2003, quando passou a deter 25% do capital social, fruto da transferência de cotas dos sócios Fernão Sergio de Oliveira e Rosa Cerino da Luz. Manteve a condição de sócio cotista até 23/06/2007, quando passou a exercer a administração da sociedade. [...]

5.2.2. Luz Apoio Administrativo Ltda ME. [...]•Fernão Sergio de Oliveira, sócio administrador desde a fundação até 15/02/2008, quando detinha 25% do capital social e retirou-se da sociedade. Essa participação foi integralmente transferida para sua convivente Rosa Cerino da Luz;

•Rosa Cerino da Luz, convivente de Fernão Sergio de Oliveira, sócia administradora desde a fundação até 23/08/2011, quando detinha 50% do capital social e retirou-se da sociedade. Essa participação, que correspondia à 5.000 cotas, foi integralmente transferida para os novos sócios: Adriane Rosane Mücler – 3.334 cotas, Rosecléia Bisewski – 833 cotas e Diogo Fantinatti de Campos – 833 cotas;

• Waldir Cerino da Luz, irmão de Rosa Cerino da Luz, sócio cotista desde a fundação até 30/09/2003. Sócio administrador de 01/10/2003 até 23/08/2011, quando detinha 25% do capital social e retirou-se da sociedade. Essa participação, que correspondia à 2.500 cotas, foi integralmente transferida para o novo sócio Diogo Fantinatti de Campos. Retornou à sociedade em 03/06/2013, participando com 75% do capital social e, desde então, mantém a condição de sócio administrador;

• Marcelo Paulo Vom Scheidt, sócio administrador desde 01/10/2003, quando passou a deter 25% do capital social, fruto da transferência de cotas dos sócios Fernão Sergio de Oliveira e Rosa Cerino da Luz. Manteve a condição de sócio administrador até 23/08/2011, quando retirou-se da sociedade e transferiu sua participação para a nova sócia Rosecléia Bisewski;

• Adriane Rosane Mücler, sócia administradora de 23/08/2011 até 31/05/2012, quando retirou-se da sociedade. Neste período deteve 33,34% do capital social. Essa participação, que correspondia à 3.334 cotas, foi integralmente transferida para os sócios remanescentes Diogo Fantinatti de Campos – 1.667 cotas e Rosecléia Bisewski – 1.667 cotas. Antes de ser sócia, Adriane Rosane Mücler foi segurada empregada desta empresa no período de 09/02/2004 até 31/07/2007;

• Diogo Fantinatti de Campos, sócio cotista de 23/08/2011 até 03/06/2013, quando retirou-se da sociedade e detinha 50% do capital social. Essa participação foi integralmente transferida para o antigo e agora, novo sócio, Waldir Cerino da Luz;

• Rosecléia Bisewski, sócia cotista de 23/08/2011 até 30/05/2012. Sócia administradora de 31/05/2012 até 03/06/2013, quando retirou-se da sociedade e detinha 50% do capital social. Essa participação, que correspondia à 5.000 cotas, foi integralmente transferida para o antigo e agora, novo sócio, Waldir Cerino da Luz – 2.500 cotas e para a nova sócia Marcia Schultze Vom Scheidt – 2.500 cotas; e • Marcia Schultze Vom Scheidt, esposa do ex-sócio Marcelo Paulo Vom Scheidt, sócia administradora desde 03/06/2013, detendo 25% do capital social. [...]

5.2.3. Oliveira Advogados Associados: [...]

• Adriane Rosane Mücler, sócia administradora desde a fundação até 03/06/2009, quando detinha 50% do capital social e retirou-se da sociedade. Essa participação foi integralmente transferida ao sócio remanescente James Christian Geviesky. Adriane Rosane Mücler foi segurada empregada da empresa Luz Apoio Administrativo, no período compreendido entre 09/02/2004 e 31/07/2007;

• James Christian Geviesky, sócio cotista desde a fundação até 02/06/2009. Sócio administrador de 03/06/2009 até 19/03/2014, quando detinha 50% do capital social e retirou-se da sociedade. Essa participação foi integralmente transferida ao sócio Fernão Sergio de Oliveira. James Christian Geviesky foi representante comercial da empresa Luz & Oliveira, no período compreendido entre outubro/2008 a março/2013; e • Fernão Sergio de Oliveira, convivente de Rosa Cerino da Luz, sócio administrador a partir de 09/10/2009. Desde 19/03/2014 detém 100% do capital social. [...]

5.2.4. Rocha & Oliveira Contadores S/S Ltda [...]

• Fernão Sergio de Oliveira, convivente de Rosa Cerino da Luz, sócio administrador desde a fundação. Detém 99% do capital social;

• Morgana de Souza da Rocha, sócia cotista desde a fundação. Detém 1% do capital social. Foi segurada empregada da empresa Luz Apoio Administrativo no período compreendido entre 01/10/2004 a 30/11/2006. É segurada empregada da empresa Luz & Oliveira desde 26/11/2007.

5.2.1. Luz & Oliveira S/S EPP [...]

- Fernão Sergio de Oliveira, sócio administrador desde a fundação até 23/06/2007, quando detinha 25% do capital social. Essa participação foi integralmente transferida para sua convivente Rosa Cerino da Luz;
- Rosa Cerino da Luz, convivente de Fernão Sergio de Oliveira, sócia administradora desde a fundação até 01/10/2003 e a partir de 23/06/2007. Sócia cotista de 01/10/2003 a 22/06/2007. Detém, desde 04/04/2013, 75% do capital social;
- Waldir Cerino da Luz, irmão de Rosa Cerino da Luz, sócio cotista desde a fundação até 17/07/1997 e de 18/09/2000 até 22/06/2007. Sócio administrador de 23/06/2007 até 04/04/2013, quando retirou-se da sociedade. Na oportunidade detinha 25% do capital social, que fora integralmente transferido para sua irmã Rosa Cerino da Luz; e •Marcelo Paulo Vom Scheidt, sócio cotista desde 01/10/2003, quando passou a deter 25% do capital social, fruto da transferência de cotas dos sócios Fernão Sergio de Oliveira e Rosa Cerino da Luz. Manteve a condição de sócio cotista até 23/06/2007, quando passou a exercer a administração da sociedade. [...]5.2.2. Luz Apoio Administrativo Ltda ME. [...]•Fernão Sergio de Oliveira, sócio administrador desde a fundação até 15/02/2008, quando detinha 25% do capital social e retirou-se da sociedade. Essa participação foi integralmente transferida para sua convivente Rosa Cerino da Luz;
- Rosa Cerino da Luz, convivente de Fernão Sergio de Oliveira, sócia administradora desde a fundação até 23/08/2011, quando detinha 50% do capital social e retirou-se da sociedade. Essa participação, que correspondia à 5.000 cotas, foi integralmente transferida para os novos sócios: Adriane Rosane Mücler – 3.334 cotas, Rosecléia Bisewski – 833 cotas e Diogo Fantinatti de Campos – 833 cotas;
- Waldir Cerino da Luz, irmão de Rosa Cerino da Luz, sócio cotista desde a fundação até 30/09/2003. Sócio administrador de 01/10/2003 até 23/08/2011, quando detinha 25% do capital social e retirou-se da sociedade. Essa participação, que correspondia à 2.500 cotas, foi integralmente transferida para o novo sócio Diogo Fantinatti de Campos. Retornou à sociedade em 03/06/2013, participando com 75% do capital social e, desde então, mantém a condição de sócio administrador;
- Marcelo Paulo Vom Scheidt, sócio administrador desde 01/10/2003, quando passou a deter 25% do capital social, fruto da transferência de cotas dos sócios Fernão Sergio de Oliveira e Rosa Cerino da Luz. Manteve a condição de sócio administrador até 23/08/2011, quando retirou-se da sociedade e transferiu sua participação para a nova sócia Rosecléia Bisewski;
- Adriane Rosane Mücler, sócia administradora de 23/08/2011 até 31/05/2012, quando retirou-se da sociedade. Neste período deteve 33,34% do capital social. Essa participação, que correspondia à 3.334 cotas, foi integralmente transferida para os sócios remanescentes Diogo Fantinatti de Campos – 1.667 cotas e Rosecléia Bisewski – 1.667 cotas. Antes de ser sócia, Adriane Rosane Mücler foi segurada empregada desta empresa no período de 09/02/2004 até 31/07/2007;
- Diogo Fantinatti de Campos, sócio cotista de 23/08/2011 até 03/06/2013, quando retirou-se da sociedade e detinha 50% do capital social. Essa participação foi integralmente transferida para o antigo e agora, novo sócio, Waldir Cerino da Luz;
- Rosecléia Bisewski, sócia cotista de 23/08/2011 até 30/05/2012. Sócia administradora de 31/05/2012 até 03/06/2013, quando retirou-se da sociedade e detinha 50% do capital social. Essa participação, que correspondia à 5.000 cotas, foi integralmente transferida para o antigo e agora, novo sócio, Waldir Cerino da Luz – 2.500 cotas e para a nova sócia Marcia Schultze Vom Scheidt – 2.500 cotas; e
- Marcia Schultze Vom Scheidt, esposa do ex-sócio Marcelo Paulo Vom Scheidt, sócia administradora desde 03/06/2013, detendo 25% do capital social. [...]

5.2.3. Oliveira Advogados Associados: [...]

• Adriane Rosane Mücler, sócia administradora desde a fundação até 03/06/2009, quando detinha 50% do capital social e retirou-se da sociedade. Essa participação foi integralmente transferida ao sócio remanescente James Christian Geviesky. Adriane Rosane Mücler foi segurada empregada da empresa Luz Apoio Administrativo, no período compreendido entre 09/02/2004 e 31/07/2007;

• James Christian Geviesky, sócio cotista desde a fundação até 02/06/2009. Sócio administrador de 03/06/2009 até 19/03/2014, quando detinha 50% do capital social e retirou-se da sociedade. Essa participação foi integralmente transferida ao sócio Fernão Sergio de Oliveira. James Christian Geviesky foi representante comercial da empresa Luz & Oliveira, no período compreendido entre outubro/2008 a março/2013; e • Fernão Sergio de Oliveira, convivente de Rosa Cerino da Luz, sócio administrador a partir de 09/10/2009. Desde 19/03/2014 detém 100% do capital social. [...]

5.2.4. Rocha & Oliveira Contadores S/S Ltda [...]

• Fernão Sergio de Oliveira, convivente de Rosa Cerino da Luz, sócio administrador desde a fundação. Detém 99% do capital social;

• Morgana de Souza da Rocha, sócia cotista desde a fundação. Detém 1% do capital social. Foi segurada empregada da empresa Luz Apoio Administrativo no período compreendido entre 01/10/2004 a 30/11/2006. É segurada empregada da empresa Luz & Oliveira desde 26/11/2007.

Compulsando os autos, verifica-se que a empresa ora Recorrente não era sócia de outra pessoa jurídica, nem possuía como uma de suas sócias outra pessoa jurídica. Tal fato está demonstrado inclusive na Representação Fiscal, conforme acima, visto que todas as empresas possuíam no seu quadro social pessoas físicas.

Oportuno recordar que, conforme o ADE, o fato motivador da exclusão da Recorrente do Simples Nacional está fundamentado no §4º, inciso III, do art. 3º, da Lei Complementar nº 123/2006. Não há, contudo, como identificar ser a Recorrente sócia ou possuir no seu quadro social sócio que seja pessoa jurídica. Entendo que o ADE, por lapso, fundamentou a exclusão em inciso equivocado, quando deveria ter apontado os incisos IV e V, do § 4º, do art. 3º, da Lei Complementar citada como motivadora da exclusão.

Tal lapso, porém, não tem como ser corrigido de ofício, tampouco se trata de mero erro formal, trata-se, em verdade, de erro passível de anulação do ADE, visto que o enquadramento legal não corresponde com a realidade fática apresentada no presente caso.

Isto posto, voto em rejeitar as preliminares suscitadas pela Recorrente, contudo dou provimento ao recurso voluntário para manter a Recorrente no Simples.

(documento assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes