



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

Processo n° 13963.000190/2005-41
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1803-00.886 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 31 de março de 2011
Matéria Exclusão do Simples
Recorrente CURTHY COURO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Atendidos todos os requisitos formais, somente ensejam nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente, os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de ampla defesa, hipóteses essas que se encontram ausentes nos presentes autos.

SIMPLES. EXCLUSÃO. DESMEMBRAMENTO.

Não poderá optar pelo Simples, a pessoa jurídica que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Selene Ferreira de Moraes – Presidente e Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walter Adolfo Maresch, Roberto Armond Ferreira da Silva, Sérgio Rodrigues Mendes, Benedicto Celso Benício Júnior, Selene Ferreira de Moraes.

Relatório

Por bem descrever os fatos relativos ao contencioso, adoto o relato do órgão julgador de primeira instância até aquela fase:

“A partir de Representação Administrativa da Secretaria da Receita Previdenciária, (fls. 02 a 03), foi emitido pelo Delegado da Receita Federal em Florianópolis/SC o Ato Declaratório Executivo nº 53, de 31 de março de 2006, para excluir a pessoa jurídica acima identificada do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, tendo em vista que esta resultou da cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, situação que se enquadra no inciso XVII, art. 9º, da Lei 9.317/96.

Os efeitos da exclusão, a teor do que dispõe o inciso II, art. 15, do mesmo diploma legal citado acima e alterações posteriores, retroagem a 01/01/2002.

Nesta representação, o auditor-fiscal da Previdência Social, em síntese, informa que, diante da realidade fática, resta evidente que a empresa acima identificada resultou do desmembramento da Indústria do Couro Ltda, a fim de obter as condições formais necessárias para usufruir indevidamente, dos benefícios oferecidos pelo Simples.

Foram juntados aos autos, às fls. 13 a 116, para a instruir o processo, cópia de vários documentos.

Por sua vez, cientificada da exclusão, documento de fls. 130, a interessada apresentou manifestação de inconformidade (fls. 131 a 141), alegando, em breve síntese, que: em virtude de não ter sido cientificada da Representação Administrativa, emitida pelos auditores fiscais da Receita Previdenciária, o seu direito de defesa fora cerceado, portanto, nula de pleno direito; também é nulo o ADE exarado, pois, uma vez recebida a referida representação, cabia à Delegacia da Receita Federal diligenciar junto à empresa para verificar a veracidade das informações constantes da mesma, oportunizando, inclusive, a defesa da empresa; não há nenhum impedimento legal para que as pessoas da mesma família constituam uma ou mais empresas, tampouco que as impeça de se relacionarem entre si, não consta dos autos provas de que no ano de 2004, o faturamento da interessada aumentou 340%; mas ainda que tal informação fosse verdadeira,

no ano em tela, a empresa, em virtude do aumento de receita, se excluiu do Simples; não há que se falar em cisão ou desmembramento, pois sequer há nos autos qualquer prova de separação ou divisão do patrimônio da manifestante, tanto é que continua desenvolvendo suas atividades como sempre desenvolveu.

À vista do exposto, a interessada conclui que não há qualquer ato excludente da opção pelo referido sistema, assim, o ADE exarado deve ser considerado nulo e conseqüentemente o seu direito de optar pelo Simples deve ser restituído.”

A Delegacia de Julgamento julgou improcedente a manifestação, com base nos seguintes fundamentos (fls. 143/145):

- a) Considerando-se que o ADE exarado fora lavrado pelo Delegado da Receita Federal em Florianópolis, autoridade competente da jurisdição da defendente, contendo a motivação para a sua lavratura, os fundamentos legais que lhe dão arrimo, e que a empresa foi devidamente cientificada do referido ato, tanto é que apresentou manifestação de inconformidade, ora analisada, conclui-se que o mesmo não padece de qualquer vício formal, escorreito, portanto, o procedimento adotado pela autoridade supracitada.
- b) O legislador, por meio do inciso XVII, do art. 9º da Lei nº 9.317/1996, pretendeu impedir que a pessoa jurídica, no intuito de se adequar à nova sistemática, proceda o desmembramento (divisão da sua empresa em duas ou mais, para que estas se beneficiem do limite de faturamento fixado para o respectivo enquadramento como Microempresa ou EPP, ou para que separe a exploração de atividade para a qual é admitida a possibilidade de adesão pelo novo Sistema da que é vedada a opção. Ou seja, não pode o contribuinte, por meio de cisão ou de qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, alcançar o objetivo de recolher seus tributos pelo SIMPLES.
- c) No caso em comento, temos a seguinte situação: consoante Representação Administrativa o único fato a indicar a possibilidade da existência da interessada seria o endereço da sede previsto contratualmente, pois, consoante informações colhidas "in loco", na verdade, o referido imóvel é utilizado pela empresa Industria do Couro Ltda como depósito de matéria prima. Além disso, embora a manifestante não tenha apresentado os livros contábeis, o seu Programa de Prevenção de Riscos Ambientais — PPRA, traz como endereço de funcionamento o mesmo daquela.
- d) Vários empregados, de acordo com rescisões de contrato de trabalho e atestados de saúde ocupacional, embora conste do livro de registro de empregados da interessada, também eram considerados como funcionários da Industria de Couro Ltda; a função de gerente de recursos humanos de ambas as empresas era desenvolvido pela mesma segurada empregada; o faturamento das duas empresas até o exercício de 2003, se informados juntos, equivaleriam ao dobro do limite legal previsto pela norma; a sócia gerente Elta Marisane Coelho Paes retirou-se do quadro societário da Indústria de Couro Ltda em 20/01/2000, vindo a constituir, na mesma data, juntamente com um dos seus filhos, a empresa em tela.

- e) Verifica-se que sob as vestes da legalidade, dissimula-se a unicidade do empreendimento, uma vez que de acordo com os dados constantes dos autos, em conjunto, levam à conclusão de que se trata de empreendimento único, cuja partição, permitiu à manifestante usufruir indevidamente do tratamento tributário diferenciado Simples.

Contra a decisão, interpôs a contribuinte o presente Recurso Voluntário, em que, tece as seguintes considerações:

- a) Deve ser acatada a preliminar a fim de anular o ato declaratório de exclusão por total ausência do contraditório e da ampla defesa.
- b) No que diz respeito à saída da sócia Elta Marisane Coelho Paes da empresa Indústria do Couro Ltda. e a criação da Curthy Couro Ltda. com seu filho Isael Coelho Paes, nada há de ilegal, eis que a Lei do Simples não veda que pessoas da mesma família constituam uma ou mais empresas e assim usufruam os benefícios da legislação. Em, outras palavras, não há na lei qualquer figura tipificando como ilícito administrativo ou penal, ou mesmo proibição expressa de registro no Simples de duas empresas perfeitamente constituídas por entes da mesma família.
- c) O fisco não pode presumir que o aumento de receita seja demonstração de sonegação.
- d) Não há nos autos qualquer prova de que há ou houve transferência de recursos entre ambas.
- e) O fato de haver colaboração operacional entre empresas distintas pertencentes a membros de uma mesma família não indica e nem prova sonegação fiscal, nem tampouco há previsão legal que impeça este relacionamento, até porque todas as operações indicadas pelos auditores da Previdência Social estão devidamente registradas nas contabilidades das respectivas empresas.
- f) A vingar a acusação, então grandes grupos financeiros, como o Bradesco, o Itaú, a própria Secretaria da Receita Federal e o INSS em ação conjunta, os consórcios de empresas e outros não poderiam utilizar-se das mesmas agências, dos mesmos funcionários e da mesma estrutura física, inclusive de mesmas linhas telefônicas para realizar negócios com as mais diversas empresas do grupo, tais como de arrendamento mercantil, corretoras de seguros, operações bancárias, venda de planos de saúde, entre outros.
- g) No caso dos autos não houve separação ou divisão do patrimônio da empresa Indústria do Couro Ltda., para dar ensejo ao nascimento da empresa Curthy Couro Ltda. Aliás, sequer há nos autos qualquer prova nesse sentido. O que houve foi apenas a saída da sócia Elta Marisane Coelho Paes da Indústria do Couro Ltda. para integrar a uma nova empresa e nada mais.
- h) O Ato Declaratório que a excluiu do Simples terá conseqüências nefastas e fará com que todas as conquistas até aqui alcançadas sejam perdidas. Pior ainda, fará com que fatalmente desapareça do mercado, eis que não terá condições de arcar as pesadas conseqüências indicadas no procedimento fiscal.

É o relatório.

Voto

Conselheira Selene Ferreira de Moraes

A contribuinte foi cientificada por via postal, tendo recebido a intimação em 14/07/2009 (AR de fls. 150). O recurso foi protocolado em 28/07/2009, logo, é tempestivo e deve ser conhecido.

Primeiramente é mister analisar a preliminar de nulidade do ato declaratório pelo fato de não ter sido dada ciência da representação fiscal elaborada pelos auditores da Previdência Social, e pela expedição do ato declaratório antes da manifestação da recorrente.

A decisão recorrida não merece reparos no tocante à preliminar de nulidade.

Nos termos do art. 15 da Lei nº 9.317/1996, deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa após a expedição do ato de exclusão.

No presente caso, constatamos que foram obedecidos rigorosamente os procedimentos previstos na legislação, não se vislumbrando a ocorrência de cerceamento do direito de defesa, uma vez que a contribuinte pode ter vista do inteiro teor dos autos, exercendo plenamente o seu direito de defesa ao protocolar a manifestação de inconformidade, e o presente recurso voluntário.

O princípio da ampla defesa e do contraditório está elencado no artigo 5º, letra LV da Constituição Federal, que assim dispõe:

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A simples leitura do dispositivo constitucional demonstra, de pronto, que não ocorreu qualquer violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa nele esculpido, posto que, no caso vertente, a recorrente teve ciência do ato declaratório, sendo-lhe concedido o prazo necessário para a apresentação de todas as provas ao seu alcance para impugnar o ato.

As garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa foram rigorosamente respeitadas, na medida em que foi oportunizado ao contribuinte, em todas as fases processuais, o exame do processo e a obtenção das cópias das peças que o integram. A instauração do contraditório está demonstrada, de modo inequívoco, mediante a ciência pessoal da contribuinte (fls. 130) e a concessão do prazo de trinta dias para a contribuinte apresentar as razões de fato e de direito que militam a seu favor e produzir todas as provas admitidas no direito, para corroborar suas alegações, requerendo, inclusive, a realização de diligências e perícias.

Desta forma, pode-se concluir que a garantia constitucional da ampla defesa, no âmbito do processo administrativo fiscal, restou plenamente observada e cumprida, não havendo que se falar em cerceamento do direito de defesa.

No mérito, a fiscalização afirma que a empresa Industria do Couro Ltda, CNPJ nº 00.825.424/0001-95, e a recorrente, apesar de serem duas pessoas jurídicas distintas,

na realidade são uma única empresa atuando no ramo de “confecção de roupas de tecido e couro, comércio atacadista de confecções de tecido e couro e fabricação de calçados de couro”.

Para corroborar esse entedimento coligiu aos autos os seguintes elementos de prova:

- Se somados o faturamento das duas empresas, a partir de 2001, o valor ultrapassa o limite legal de R\$ 1,2 milhões.
- Até o exercício de 2003 o faturamento informado pelas empresas situa-se próximo do limite legal (R\$ 1.200.000,00). A partir de janeiro de 2004, com a exclusão da Indústria do Couro Ltda do regime simplificado, observa-se salto de 2,5 milhões em 2003 para 8,6 milhões em 2004. Um incremento acima de 340%.
- O Laudo Técnico das Condições Ambientais do Trabalho da Curthy Couro, informa que a perícia realizada em agosto - e setembro de - 2003 - teve o acompanhamento da funcionária Isabel Costa da Cunha. O laudo técnico da Indústria, do Couro Ltda, por seu turno, elaborado na mesma data e pelo mesmo profissional, registra a mesma informação a respeito da perícia realizada. Conclusão inusitada: a trabalhadora Isabel Costa da Cunha seria, simultaneamente, empregada de ambas as empresas.(fls. 87/89)
- O Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA da Curthy Couro registra o endereço da empresa como sendo na Avenida Getúlio Vargas, 2228, Jardim das Avenidas, Araranguá. (fls. 55).
- No item concernente à descrição das atividades da empresa, o Laudo Técnico das Condições Ambientais do Trabalho LTCAT da Curthy Couro informa que: "A Curthy Couro, tem a sede situada no bairro Coloninha, na cidade de Araranguá, tem como atividades a produção artefatos de couro. Na sede em Araranguá, fica a administração e contabilidade, ali são tomadas as decisões relativas à pessoal, compras e controle dos pagamentos. No prédio no bairro Jardim das Avenidas, está todo processo produtivo, nele acontece o recebimento da matéria prima, o corte das peças, a montagem em diversas etapas, e o acabamento das peças. Ali também, acontecem os serviços de apoio, como o de manutenção de equipamentos, cozinha industrial, refeitório e a creche". (fls. 66)
- O Laudo Técnico das Condições Ambientais do Trabalho da Indústria do Couro, informa que tem a sede situada no bairro Jardim das Avenidas, na Cidade de Araranguá, tem como atividades a produção artefatos de couro. Na sede em Araranguá, fica a administração e contabilidade, ali são tomadas as decisões, relativas a pessoal, compras e controle dos pagamentos. No mesmo prédio esta a todo processo produtivo, nele acontece o recebimento da matéria-prima, o corte das peças, a montagem em diversas etapas, e o acabamento das peças. Ali também acontece os serviços de apoio, como o de manutenção de equipamentos, cozinha industrial , refeitório e a creche. (fls.31)
- O prédio no bairro Jardim das Avenidas é a sede da Indústria do Couro Ltda e aquele local apontado como "na sede em Araranguá" era onde funcionava seu depósito, atualmente um galpão com aparência de abandono.

- Notas fiscais que, embora emitidas contra a Curthy Couro, registram endereços e/ou título de estabelecimento da Indústria do Couro Ltda. (fls. 106/116).
- A indistinção das empresas fica patente até no número de telefone informado naqueles documentos exibidos à auditoria fiscal. Juntamos, por amostragem, cópias das Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP da Curthy Couro referente as competências 05/2001, 07/2003 e 11/2004 e da Indústria do Couro nas competências 06/2001, 12/2002 e 08/2004. Note-se que as duas empresas são atendidas pela mesma linha telefônica, através do número (0048) 0524-0016 que pertence, efetivamente, a Indústria do Couro Ltda. (fls 89/94)
- Como a separação das empresas era meramente formal, em vários documentos e procedimentos administrativos, os próprios empregados e/ou profissionais de assistência médica resgatam verdade. Embora formalmente registrados na Curthy Couro, empregados eram comumente considerados como funcionários da Indústria do Couro Ltda, razão social que assume, de fato os negócios da empresa.
- A empregada Gilseane Lopes de Almeida, demitida em 07/03/2003, com registro formal na Curthy Couro, identifica o seu empregador como sendo a Indústria do Couro Ltda, nos termos da correspondência de 05/02/2003, cuja cópia anexamos (fls. 95/96).
- Os atestados de saúde ocupacional qualificam Ener Margarete da Silva Alves, Janete Pereira de Souza, Giliana Resena Pacheco e Dolvina da Silva Rosa como funcionárias da Couro Pele Ltda. Na verdade todas apresentavam vínculo empregatício formal era com a Curthy Couro, conforme se verifica nos respectivos termos de rescisão de contrato de trabalho.(fls. 97/104)
- O termo de rescisão de contrato de trabalho de Lílian da Silva Pedro traz o carimbo padronizado e dados do empregador Curthy Couro e homologação realizada por Isabel Costa da Cunha, gerente de recursos humanos da Indústria do Couro Ltda. (105)

Com base nestes elementos a autoridade administrativa conclui que a “Indústria do Couro Ltda é quem desenvolve verdadeiramente as atividades, sendo assim reconhecida perante seus clientes, fornecedores, empregados e comunidade em geral. A razão social Curthy Couro Ltda fica limitada a uma existência meramente formal, somente no papel, fruto do artifício empregado para a obtenção indevida do tratamento tributário estabelecido com a lei do SIMPLES.”

A recorrente traz em seu socorro o princípio segundo o qual o que a lei não proíbe expressamente é tacitamente permitido.

Ocorre porém, que a lei veda expressamente a opção pelo Simples pela pessoa jurídica resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento.

A fiscalização afirma que a recorrente é resultante de um desmembramento meramente formal da Indústria do Couro Ltda.

A recorrente se apegou ao termo cisão. De fato, não há cisão, tal como definida na Lei nº 6.404/1976. No entanto, como muito bem salientado pela decisão recorrida, a legislação, com o fito de impedir que uma pessoa jurídica se dividisse artificialmente para

burlar a regra que estabelece um limite para o enquadramento, utilizou uma expressão bem ampla, qual seja, “qualquer outra forma de desmembramento”.

No presente caso, um dos sócios saiu do quadro societário da Indústria de Couro Ltda. Para constituir uma nova empresa, a ora recorrente.

Rubens Requião nos dá a seguinte definição de empresa:

A Empresa, como entidade jurídica, é nada mais que uma abstração, pois surge do manifesto intencional do empresário em exercitar uma atividade econômica, compondo-se da organização dos fatores de produção para o pleno exercício de uma atividade. (REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 25.e.v.1. São Paulo:Sariava, 2003, p.57)

A questão fundamental que se coloca é a seguinte: a nova empresa criada exerce efetivamente uma atividade econômica, compondo-se da organização dos fatores de produção?

O conjunto probatório coligido aos autos é robusto o suficiente para respondermos negativamente a esta afirmação. A coincidência da criação da recorrente no momento em que o faturamento da Indústria de Couro Ltda. atingia o limite legal de enquadramento no regime simplificado; o fato do quadro societário da recorrente ser composto apenas por membros da família do sócio da Indústria de Couro Ltda; a menção no Laudo Técnico das Condições Ambientais do Trabalho da Curthy Couro que o estabelecimento onde ocorria a produção era o prédio no bairro Jardim das Avenidas; o endereço da sede da Indústria de Couro indicado no Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA da Curthy Couro; as provas trabalhistas de que os funcionários registrados na recorrente, na realidade eram identificados como trabalhadores da Indústria de Couro Ltda; a identidade nos telefones indicados guias de FGTS e GFIP; as notas fiscais que, embora emitidas contra a Curthy Couro, registram endereços e/ou título de estabelecimento da Indústria do Couro Ltda; são elementos probatórios mais do que suficientes para demonstrar que a saída da sócia Elta Marisane Coelho Paes da empresa Indústria do Couro Ltda., e a criação da Curthy Couro Ltda. com seu filho Israel Coelho Paes, configurou desmembramento que impede a opção pelo Simples.

Por conseguinte não merecem reparos as conclusões dos auditores da Previdência Social, nem tampouco da decisão recorrida.

Ante todo o exposto, nego provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)
Selene Ferreira de Moraes

Processo nº 13963.000190/2005-41
Acórdão n.º **1803-00.886**

S1-TE03
Fl. 175
