



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15504.722323/2018-91
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1001-002.467 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária**
Sessão de 06 de julho de 2021
Recorrente BREAD INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/05/2014 a 31/12/2016

PERÍCIAS. REQUISITOS. INDEFERIMENTO.

A impugnação mencionará as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender a tais requisitos. A autoridade julgadora determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Período de apuração: 01/05/2014 a 31/12/2016

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. EXCESSO DE DESPESAS.

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando for constatado que durante o ano-calendário o valor das despesas pagas supera em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. CISÃO OU DESMEMBRAMENTO.

Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado para microempresas ou empresas de pequeno porte e do Simples Nacional a pessoa jurídica resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Abelson – Presidente e Relator

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

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão de primeira instância (folhas 2.510/2.523) que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada contra o Ato Declaratório Executivo DRF/BHE/Nº 39, de 15 de junho de 2008 (folha 1.897), o qual determinou a exclusão da empresa do Simples Nacional a partir de 01/06/2014, com fundamento nas disposições contidas nos art. 3º, § 4º, inciso IX e 29, inciso IX da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, tendo em vista as constatações de que a empresa é resultante de um desmembramento de outra pessoa jurídica, ocorrido em 28/05/2014 e de que o valor das despesas pagas pela empresa no ano-calendário de 2015 superou em 20% o valor dos ingressos de recursos.

Transcreve-se a seguir o relatório do acórdão *a quo*, que bem retrata os fatos e alegações em análise:

Trata-se do Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 39, de 15 de junho de 2018, da Delegacia da Receita Federal em Belo Horizonte/MG, de fls. 1.897, por meio do qual a empresa em epígrafe foi excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, com efeitos a partir de **01/06/2014**.

O Ato Declaratório foi precedido de Representação Fiscal para efeito de exclusão do Simples Nacional, de fls. 2/57, onde a Fiscalização informa que em procedimento de fiscalização na empresa, no intuito de verificar a regularidade dos recolhimentos das contribuições previdenciárias foi constatada a ocorrência de circunstância que a impede de permanecer como optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), em virtude desta ter realizado gastos superiores à receita disponível, como também de apresentar fragmentação simulada para usufruir indevidamente da tributação diferenciada do Simples Nacional, incidindo na restrição prevista no inciso IX, do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006 e inciso IX, 4º do inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006.

Foi constatado, da análise dos esclarecimentos e documentos, entregues pela contribuinte à Fiscalização, em atendimento as intimações recebidas, as seguintes situações impeditivas à obtenção dos benefícios gerais relativo ao tratamento jurídico diferenciado e ao recolhimento dos tributos na forma do Simples Nacional conforme previsto na Lei Complementar 123, de 2006:

a) Realização de gastos em valor superior à receita disponível evidenciada pela incompatibilidade entre as despesas com mão de obra e a receita bruta arrecadada e constatação de que no ano calendário de 2015 o valor das despesas pagas pela

fiscalizada superou em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos, a partir da competência janeiro/2015;

b) Fragmentação simulada com intuito de usufruir indevidamente do tratamento tributário simplificado e favorecido instituído pelo regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições devidas pelas microempresas e empresas de pequeno porte – simples nacional quer seja a fiscalizada é resultante de um desmembramento da empresa grife do pão Ltda, CNPJ 09.299.907/0001-78.

Informa a Fiscalização que foi efetuado procedimento fiscal associado nas empresas Grife do Pão Ltda e Wianey Gestão Empresarial Ltda, uma vez que juntas com a autuada, todas fazem parte de um grupo econômico sob o comando da família Carneiro Santiago.

Nesta ação coordenada a Fiscalização verificou que enquanto a Vianney Indústria e Comércio Ltda que teve sua razão social alterada para Vianney Gestão Empresarial Ltda paralisava gradativamente suas atividades e era programadamente desativada, a Grife do Pão Ltda (para onde migrou parte dos empregados, equipamentos, marca, clientela da Vianney Gestão Empresarial Ltda) procedeu ao seu desmembramento/fragmentação fraudulenta surgindo daí a Bread Indústria e Comércio de Alimentos Ltda, optando pelo Simples Nacional.

Ou seja, a criação da pessoa jurídica Bread Indústria e Comércio de Alimentos Ltda, por meio do desmembramento/fragmentação simulada da Grife do Pão Ltda, visou garantir o benefício do tratamento tributário simplificado e favorecido instituído pela Lei Complementar 123, de 2006, onde as duas empresas foram beneficiadas.

A Fiscalização observou que a Bread Indústria e Comércio de Alimentos Ltda e a Grife do Pão Ltda, apresentam situações que se constituem em provas indiciárias do desmembramento/fragmentação simulada da empresa Grife do Pão Ltda, com o objetivo de reduzir indevidamente tributos, quais sejam:

a - Ocupação do mesmo espaço físico;

b - Parte do ramo de atividade comum às duas empresas;

c - Quadro societário integrado por familiares ou por outras pessoas que não guardam as características de empresários e se revezam na composição societária das duas empresas;

d - Transferência fraudulenta de empregados da pessoa jurídica Vianney Gestão Empresarial Ltda, CNPJ 41.816.885/0001-89 sucedida “de fato”, pela Grife do Pão Ltda identificada por meio de anotação na ficha registro de empregado e confronto com as declarações da fiscalizada em GFIP - Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, e;

e - Maquinário utilizado pela parte desmembrada da empresa Bread Indústria e Comércio de Alimentos Ltda, e por ela - Grife do Pão Ltda. cedido em comodato sem o respectivo registro contábil nas duas empresas.

Desta feita, evidenciadas as circunstâncias que impedem a permanência da contribuinte no Simples Nacional, foi emitido o competente Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 39, de 15 de junho de 2018), com efeitos a partir de 01/06/2014.

Da Manifestação de Inconformidade.

Inconformada com o Ato Declaratório Executivo, cuja ciência ocorreu por meio do AR, de fls. 1.898, em 25/07/2018, a contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade, de fls. 1922/1968, em 21/08/2018, na qual alega, em síntese, o que segue.

Que é sociedade empresária e tem por objeto social a exploração do ramo de fabricação de produtos de padaria e confeitaria, com predominância de produção própria, tendo iniciado suas atividades em 28/05/2014, que são classificadas no CNAE 1091-1-02. A empresa é optante pelo regime de tributação Simples Nacional, aplicável às microempresas e empresas de pequeno porte, previsto na Lei Complementar n.º 123/2006.

Que, não obstante tenha sido excluída do Simples Nacional, com base no artigo 29 da Lei Complementar n.º 123/2006, o que se verifica é que se trata de mera presunção da Fiscalização de que o contribuinte, por apresentar um resultado contábil negativo, poderia estar omitindo receitas e, portanto, sonegando tributos.

Argumenta que o resultado negativo não pode ensejar, por si só, a constatação da existência ou não de uma fraude, como pretende a fiscalização. Haveria de se demonstrar a real intenção, por parte da contribuinte, de prejudicar dolosamente os cofres públicos e isto não restou comprovado pela fiscalização, em que pese sua tentativa incansável de imputar à empresa a prática de condutas ilícitas, o que pode acarretar a total inviabilidade do negócio.

Aduz que é entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) que o enquadramento dos contribuintes em quaisquer das hipóteses de exclusão prevista na legislação aplicável ao Simples Nacional deve ser robustamente suportado por provas, o que não ocorreu no presente caso.

No tocante à suposta fragmentação simulada para usufruir indevidamente dos benefícios do Simples Nacional, a autuada afirma categoricamente a inexistência desta e sim a adoção de pessoas jurídicas distintas para a consecução de duas atividades econômicas igualmente distintas, quais sejam a produção e a revenda de produtos, sendo esta prática fundada na busca por maior eficiência na gestão dos meios de produção disponíveis para os empresários.

Esclarece que tanto a Bread quanto a Grife do Pão, são empresas familiares, de pequeno porte, que estão passando por um processo de profissionalização da gestão de suas atividades no ramo de panificação, produção e venda, que iniciaram suas atividade em 1988 com a Vianney Gestão Empresarial Ltda, depois a Grife do Pão e por último a Bread, sendo que as duas últimas empresas foram criadas em períodos mais recentes, em 01/01/2008 e 28/05/2014 respectivamente, e surgiram da necessidade de fomentar o crescimento da produção e a redução dos custos dos produtos ofertados pela Grife do Pão.

Registra que por haver sucedido a Vianey, a Grife do Pão, além de receber o fundo de comércio da primeira, recebeu, também, os contratos de trabalho em que aquela configurava como empregadora, responsabilizando-se pelas consequências pretéritas e futuras decorrentes destes vínculos de trabalho, prática lícita e comum, tanto que o Direito do Trabalho resguarda o trabalhador nestas hipóteses, nos termos dos art. 10 e 448 da CLT, não havendo necessidade, nestes casos, de que seja feita a rescisão do contrato de trabalho na empresa sucedida e a recontração na sucessora.

Portanto, se não houve prejuízo para os empregados transferidos e se estes aquiesceram, ainda que tacitamente, com a mudança do empregador, não há que se falar em transferência fraudulenta de empregados de Vianey Gestão Empresarial Ltda (antiga Vianey Industria e Comercio Ltda) para a Grife do Pão.

Com relação à suposta ocupação de um mesmo espaço físico pelas duas empresas, esclarece que se trata de uma questão de conveniência, de se segregar a produção da comercialização de produtos, evitando aumento de custo de frete para transporte das mercadorias de um estabelecimento para o outro e manutenção da qualidade dos produtos, até então produzidos na Grife do Pão.

Afirma que tanto a Bread como a Grife do Pão, de fato pertencem ao ramo de panificação e confeitaria, sendo que a primeira se dedica à produção de mercadorias que serão revendidas pela segunda, conforme estabelecido pelos seus Contratos Sociais. E nesse contexto não há óbice algum a esta prática, desde que se obedeça a participação societária exigida pela legislação em vigor, como também não há vedação legal a que um ou mais familiares sejam sócios em uma empresa optante pelo Simples Nacional.

Reconhece que devido à difícil situação financeira enfrentada pela Bread, houve situações em que precisou obter recursos junto à Grife do Pão, para pagamento de suas obrigações com fornecedores e empregados, mas sem qualquer intuito de fraude.

Entende que o não registro contábil das transferências de recursos ou de contratos de trabalho são meras inconsistências nos controles internos das empresas, que devem ser sanadas e que, caso gerem algum prejuízo aos cofres públicos, devem ser regularizadas pelas pessoas jurídicas envolvidas com os devidos acréscimos legais, mas não justificam a exclusão da empresa do Simples Nacional e sim para que seja feito o arbitramento do lucro da sociedade.

Entende também que pelo fato de a receita ter ficado na empresa revendedora (Grife do Pão) não resultou em prejuízo ao erário, uma vez que esta é contribuinte dos tributos federais, recolhendo-os com base no lucro real, que é muito superior ao valor recolhido com base no Simples Nacional.

Entende também que o compartilhamento do maquinário da Grife do Pão, cedido em comodato à Bread, sem o respectivo registro contábil também faz parte da política de redução de custos, sem qualquer intuito doloso.

Por fim, afirma que a indústria Bread existe de fato e de direito, e tem estabelecimento próprio, maquinário, empregados, cumpre com suas obrigações acessórias perante as autoridades governamentais e desenvolve seu objeto social como tem que ser, sendo, portanto, injusta a imputação de débitos previdenciários sobre empresas que, em que pesem pertencerem a membros de uma mesma família, existem de forma independente e para a consecução de objetos sociais distintos.

Dos Pedidos

Em face do exposto requer

a) O cancelamento do ADE;

b) Na hipótese de ser convalidado ADE, que eventuais efeitos retroativos sejam calculados a partir de janeiro de 2014;

c) Na hipótese de ser convalidado ADE e considerando a incontroversa existência de fato da empresa Bread, sejam considerados validos os recolhimentos previdenciários já realizados para os empregados vinculados à atividade produtiva com base no SN, limitando-se uma possível autuação ao arbitramento sobre os salários pagos aos empregados da área comercial equivocadamente registrados na requerente;

d) Na remota hipótese de manutenção da pena de exclusão do SN imposta a requerente, que as verbas previdenciárias recolhidas por esta no período fiscalizado sejam consideradas para reduzir o valor final da autuação, com fulcro na sumula 76, que tem efeitos vinculantes em relação à Administração tributaria federal desde sua publicação em 08/06/2018.

É o relatório.

Ciência do acórdão DRJ em 06/02/2019 (folha 2.524). Recurso voluntário apresentado em 08/03/2019 (folha 2.527).

A recorrente, às folhas 2.529/2.574, em síntese, repete *ipsis litteris* suas alegações anteriores, acrescentando pedido de perícia, nos seguintes termos:

A fiscalização alega que a Recorrente inexistente de fato, sendo uma mera fragmentação de outra sociedade. No entanto, o que foi apresentado em sede de Manifestação de Inconformidade, e devidamente demonstrado por meio de fotos juntadas pela defesa, é a empresa BREAD existe sim e, de fato, surge em 2014, no contexto de reestruturação dos negócios de uma família de padeiros.

Não há uma mera fragmentação negocial, como equivocadamente afirmou a fiscalização. A BREAD é uma empresa nova e executa suas atividades de forma independente.

Ressalta-se que a empresa colaborou amplamente com os trabalhos da i. Sra. Fiscal, fornecendo todos os documentos solicitados para análise, e que sua boa-fé foi demonstrada ao longo de todo o penoso processo de fiscalização a que se sujeitou.

Neste sentido, e por entender que a fiscalização age com nítido excesso no caso concreto, requer, a Recorrente, neste momento, que seja deferida perícia técnica competente, para que este d. Conselho julgador possa ver, com seus próprios olhos, que BREAD existe sim e deve permanecer existindo, para que os empresários consigam manter suas atividades de forma sustentável.

É o relatório.

Fl. 7 do Acórdão n.º 1001-002.467 - 1ª Sejul/1ª Turma Extraordinária
Processo n.º 15504.722323/2018-91

Voto

Conselheiro Sérgio Abelson, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e admissível segundo os requisitos do Decreto n.º 70.235/72. Portanto, dele conheço.

Em relação ao requerimento de perícia efetuado em sede de recurso voluntário, cabe mencionar que não foram formulados pela recorrente os quesitos referentes aos exames desejados, assim como, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito, devendo ser considerado não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender a tais requisitos. Além disso, diante das informações constantes dos autos, resultantes do procedimento fiscal que resultou na exclusão em questão, considero absolutamente prescindível a realização de perícia, razão pela qual entendo dever ser indeferida (art. 16, IV e § 1º, e 18 do Decreto n.º 70.235/72).

As demais alegações da recorrente, apresentadas na manifestação de inconformidade e repetidas no recurso voluntário, já foram minuciosa e precisamente analisadas no acórdão recorrido, cujo voto transcrevo, adotando seus argumentos como minhas razões de decidir, com base no art. 50, § 1º, da Lei 9.784/99 e no art. 57, § 3º, do RICARF:

Da análise dos fatos apurados pelo Fisco, que motivaram a exclusão da Bread Indústria e Comércio de Alimentos Ltda do Simples Nacional, os quais foram isoladamente refutados pela interessada, analisados conjuntamente, somente reforçam as constatações da Fiscalização. Vejamos:

A Fiscalização concluiu, do procedimento fiscal coordenado nas empresas Bread Indústria e Comércio de Alimentos Ltda e Grife do Pão Ltda, que a primeira, optante pelo Simples Nacional é resultante de um desmembramento da empresa Grife do Pão Ltda, situação vedada pela Lei Complementar n.º 123/2006, nos termos do inciso IX, do § 4º do artigo 3º, que estabelece que não se inclui no regime diferenciado e favorecido previsto em tal dispositivo, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos cinco anos-calendário anteriores.

Assim, a segregação da receita bruta ou mesmo não havendo a segregação da receita bruta, havendo o deslocamento das despesas pela via do desmembramento da empresa, a parcela da empresa desmembrada não poderá assumir a qualificação de empresa de pequeno porte para fruição dos benefícios do Simples Nacional nos cinco anos subsequentes ao desmembramento.

E esta é a situação que se apresenta, no caso em comento, onde a nova empresa “constituída” – Bread Indústria e Comércio de Alimentos Ltda - passou a contratar empregados e gerir a folha de pagamento dos mesmos com o intuito de prestar serviços de mão de obra para a Grife do Pão Ltda. – o que também se constitui em atividade explicitamente vedada em conformidade com o inciso XII do artigo 17 da Lei Complementar 123, de 2006.

A Fiscalização apresenta, também, o esquema do planejamento tributário, notoriamente artificioso, engendrado pela empresa Grife do Pão Ltda., em que se

visualiza a situação global aqui relatada e que teve por parte dos envolvidos, como único objetivo a redução de forma indevida da carga tributária.

Neste sentido, a Manifestante alega que é cediço na jurisprudência pátria que a mera segregação das atividades de produção e comercialização em estabelecimentos distintos não é elemento suficiente para se configurar a existência de simulação por parte das sociedades empresárias a ensejar a exclusão do Simples Nacional.

Esclarece que realmente tratam-se de empresas familiares (Vianey, Bread e Grife do Pão), em que os recursos são escassos e geridos, muitas vezes, de forma conjunta, localizadas no mesmo endereço ou em endereços próximos, utilizando os mesmos maquinários, com transferência de empregados de uma para a outra, mas sem o intuito de lesar os cofres públicos, mas por um desconhecimento no tocante à implantação de controles internos preventivos.

E argumenta que esta é a realidade das micros e pequenas empresas no Brasil e, em decorrência deste fato, o legislador pátrio, inclusive, prevê, em seu artigo 55 da Lei Complementar n.º 123/2006, que as fiscalizações destes estabelecimentos devem adotar uma postura pedagógica, orientadora em relação ao contribuinte.

E que se verificam irregularidades formais nos registros contábeis ou nas transferências dos contratos de trabalho, ou se foram identificados procedimentos que deveriam ter sido observados pelos administradores e não foram, nada disso é elemento que evidencie e comprove a ocorrência de um conluio entre os familiares para fraudarem o erário.

São fatos que devem ser tratados como inconsistências nos controles internos das empresas, que devem ser sanadas e que, caso gerem algum efeito tributário, no sentido de trazer prejuízo aos cofres públicos, devem ser regularizadas pelas pessoas jurídicas envolvidas com os devidos acréscimos legais.

Todavia, não é o que se apresenta no caso presente, de mero descuido ou erro sem qualquer intuito doloso, onde a Fiscalização quebra o chamado planejamento tributário das empresas envolvidas, uma vez que, pela interpretação dos fatos concretos, ficou revelado que a família Carneiro Santiago montou estrategicamente suas atividades econômicas para se beneficiar em parte de tratamento tributário favorecido (Simples Nacional).

No caso, embora a Impugnante alegue que não teve o intuito de burlar o fisco, ante o procedimento criterioso da Fiscalização conclui-se que a situação descortinada pode ser entendida como uma espécie de "abuso" de forma jurídica, com o objetivo exclusivo de reduzir artificialmente a carga tributária. Situação reconhecida pela própria Impugnante que entende que sua contabilidade não merece fé ao dispor:

“Ora, quando a contabilidade do contribuinte não merece fé, o Direito Tributário possui um mecanismo de resolução dessa questão, que consiste no arbitramento dos resultados das empresas para fins de autuação, jamais, a configuração de práticas fraudulentas por parte das pessoas jurídicas. A fraude não pode ser considerada a regra, a boa-fé há de ser resguardada, principalmente, quando se tratam de empresários que movimentam a economia do País empregando pessoas e tentando fazer o País prosperar.”

(...).

Ou seja, além das irregularidades cometidas reconhecidas pela Impugnante, juntamente com o conjunto probatório dos autos demonstra a estreita ligação entre as duas empresas, que de tão estreita é possível afirmar com segurança que a Bread, embora formalmente constituída, o foi com o claro intento de obter benefício tributário ilicitamente, ao absorver os funcionários da Grife do Pão, para reduzir a carga tributária desta empresa, na medida em que a Bread, desde a sua constituição, era empresa optante do Simples Nacional, em outras palavras foi constituída com esse propósito.

E não obstante o farto conjunto probatório em contrário, a defesa insiste em alegar que a Bread existe formalmente e é empresa autônoma, desvinculada da Grife do Pão, que tem objetivo negocial e endereço distinto, e que todos os atos praticados são legítimos e isentos de intento doloso, de modo ser abusiva a presunção fiscal de existência de conduta fraudulenta.

Como se observou da análise dos autos e das informações da Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional, não se trata de fato isolado, foram várias as circunstâncias e elementos de prova que, em conjunto, desvenda-se toda uma trama engendrada com a finalidade de burlar o fisco para se beneficiar de uma situação simulada.

Nesse aspecto, vários indícios, todos indicando para a mesma direção, fazem prova do ilícito. É o que se deu na espécie sob análise, em que a aparente legalidade de negócios e atos jurídicos não possuem causa legítima, são simulados e praticados com a exclusiva finalidade de o sujeito passivo eximir-se de obrigação tributária.

Realmente o contribuinte pode optar por um planejamento tributário que mais lhe favoreça financeiramente, como alega, é certo também que para tanto, ao encontrar-se diante de vários caminhos lícitos, pode optar por aquele que lhe seja mais vantajoso, desde que a forma jurídica adotada seja real. Essa opção decorre da premissa de que ninguém pode ser obrigado a adotar a opção que lhe implica em maior ônus fiscal e encontra-se respaldado na legalidade consagrada pelo artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

No entanto, esta liberdade de escolha não vai além dos limites traçados pelo ordenamento jurídico, e é justamente na quebra da legalidade que deve a Fiscalização se pautar quando identifica a simulação de uma situação com o objetivo único de burlar o fisco.

No caso em questão, verificou-se que as empresas todas da área de panificação estavam atuando de forma complementar, atuando em sincronia para lograr maior eficiência de suas atividades, submetidas a controle familiar na gestão dos negócios comuns e concomitantes, de interesses símiles, em franca relação de coordenação entre os empreendimentos que ostentam objeto social coincidente, objetivando assim reduzir custos e usufruir tributação privilegiada.

Essas empresas Vianey, Grife do Pão e Bread, sob o controle da família Carneiro Santiago, se uniram com a visível intenção de desfrutar das vantagens oferecidas pelo regime de tributação simplificada, por meio da empresa Bread, formalmente constituída como optante do Simples Nacional, contudo a situação fática das mesmas revelou que, na realidade, atuavam como um único empreendimento fragmentado de forma simulada em estabelecimentos com CNPJ's próprios.

A Manifestante reconhece que se trata de empresas familiares (Bread e Grife), em que os recursos são escassos e geridos, muitas vezes, de forma conjunta, muitas vezes localizadas no mesmo endereço ou em endereços próximos, utilizando os mesmos maquinários, com transferência de empregados de uma para a outra, mas não porque há o intuito de lesar os cofres públicos, mas por um desconhecimento no tocante à implantação de controles internos preventivos, argumentando que esta é a realidade das micro e pequenas empresas no Brasil e, em decorrência deste fato, o legislador pátrio, inclusive, prevê, em seu artigo 55 da Lei Complementar nº 123/2006, que as fiscalizações destes estabelecimentos devem adotar uma postura pedagógica, orientadora em relação ao contribuinte.

Entende assim, se há irregularidades formais nos registros contábeis ou nas transferências dos contratos de trabalho, ou se foram identificados procedimentos que deveriam ter sido observados pelos administradores e não foram, nada disso é elemento que evidencie e comprove a ocorrência de um conluio entre os familiares para fraudarem o erário. São fatos que devem ser tratados como são inconsistências nos controles internos das empresas, que devem ser sanadas e que, caso gerem algum efeito tributário, no sentido de trazer prejuízo aos cofres públicos, devem ser regularizadas pelas pessoas jurídicas envolvidas com os devidos acréscimos legais.

Não obstante a Manifestante argumente que a confusão patrimonial das duas empresas não foi intencional ou de má fé, cabe frisar que nos termos do art. 136 do Código Tributário Nacional – CTN, ressalvada a hipótese da lei dispor em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária, independe da intenção do agente ou responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. Isso significa que a violação da lei tributária pode até não determinar prejuízo para a Fazenda Nacional e, ainda assim ser possível afirmar a responsabilidade pela infração.

Quanto à alegação de desconhecimento da lei para não cumpri-la, interpretando à risca o artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil (DL nº 4.657/42, com redação da Lei nº 12.376/2010), extrai-se que, depois de publicada, a lei passa a ser obrigatória para toda a coletividade, e ninguém poderá furtar-se de seu cumprimento, mesmo sob a alegação de erro ou ignorância, ou seja, o referido dispositivo traz a presunção de que todos conhecem todas as leis e, por isso, não pode alegar o contrário para justificar condutas ilegais ou de se eximir de pagar valores/tributos comprovadamente devidos.

Verifica-se que o negócio jurídico estabelecido entre a empresa optante (Bread) e a não optante do Simples (Grife do Pão) tinha como finalidade simular a realidade fática objetivando assim reduzir custos e usufruir tributação privilegiada (optantes pelo Simples Nacional).

Extrai-se da Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional, de fls. fls. 2/57, que os artifícios usados pelas empresas mencionadas, buscavam obter vantagens, como o gozo de benefícios tributários, ao qual não teria direito caso apresentasse a sua real estrutura formal, patrimonial e administrativa como:

Endereço - espaço físico

Embora a Manifestante alegue que ela e a Grife do Pão não possuem o mesmo endereço, a Fiscalização constatou que os endereços distintos informados se constituem em duas possibilidades de acesso a uma única empresa Grife do Pão, que possui a entrada principal para o estabelecimento comercial à Rua dos Aimorés, 155 e seu serviço de encomendas/tele vendas (delivery) à Rua dos Aimorés, 141 (endereço

da Bread), sendo que os imóveis indicados pelos números 141 e 155 da Rua dos Aimorés são vizinhos.

Ou seja, o complexo de bens, materiais e imateriais, que se constituem em instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração da atividade empresarial, que no caso sob análise é o estabelecimento comercial instalado na Rua dos Aimorés n.ºs. 141 e n.º 155 fazem prova da sucessão empresarial de fato ocorrida entre as empresas – Vianey, Grife do Pão e Bread. Isto, porque a unidade econômica ou a empresa continuou a existir e a mesma atividade econômica continuou a ser explorada pelos mesmos "donos" da "Padaria Vianey" - a família Carneiro e Santiago.

Ramo de Atividade

Ambas empresas (Bread e Grife do Pão, que sucedeu a Vianey) exercem a mesma atividade de fabricação de produtos de panificação e confeitaria, sendo que alteraram seus objetos social, passando a Bread para exploração do ramo de fabricação com predominância de produção própria e a Grife do Pão para comércio e indústria de produtos de panificação e confeitaria, comércio varejista de mercadoria em geral, lanchonete, restaurantes e similares.

Mas da verificação *in loco*, a Fiscalização constatou é que se trata das mesmas atividades executadas conjuntamente e por um único empreendimento, atuando de forma complementar e fragmentada, uma vez que o desmembramento da Grife do Pão, do qual resultou a Bread é apenas formal e para que esta pudesse se aderir ao Simples Nacional.

Em resumo, enquanto a Vianey que teve suas atividades desativadas a Grife do Pão, para onde migrou parte dos empregados, equipamentos, marca e clientela da Vianey procedeu ao seu desmembramento/fragmentação surgindo daí a Bread. Reforçando a confusão comercial, observa-se que as contas de água e luz emitidos para os dois endereços eram endereçados somente a empresa Grife do Pão.

Quadro societário

Da análise dos Contratos Sociais, a Fiscalização constatou que a empresa mãe é a Grife do Pão, a pessoa jurídica fragmentada/desmembrada é a Bread e os verdadeiros donos do negócio são os membros da família Carneiro Santiago conforme especificado:

| GRIFE DO PÃO LTDA | | | | CNPJ 09.299.907/0001-78 | |
|--------------------|---------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------|---------------|-------------------------|-----------------------------|
| CPF | NOME DO SÓCIO | QUALIFICAÇÃO | DATA INCLUSÃO | DATA EXCLUSÃO | PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA (%) |
| 216.893.346-49 | Pedro Santiago de Moraes | Sócio administrador | 07/12/2007 | 27/09/2013 | 90% |
| 012.799.286-38 | Isabella Carneiro Santiago | Sócio administrador | 07/12/2007 | 29/01/2015 | 10% |
| 216.893.346-49 | Pedro Santiago de Moraes | Sócio administrador | 27/09/2013 | 29/01/2015 | 80% |
| 955.879.426-00 | Vanilda Carneiro Santiago | Sócia | 27/09/2013 | 29/01/2015 | 10% |
| 012.799.256-12 | Marcella Carneiro Santiago | Sócia | 29/01/2015 | | 10% |
| 20.790.151/0001-06 | PV GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO LTDA representada pelo sócio Pedro Santiago de Moraes | Administrador representada por Pedro Santiago de Moraes | 29/01/2015 | | 90% |

Verificou-se ainda que o sócio Pedro Santiago de Moraes é cônjuge de Vanilda Carneiro Santiago que são os pais de Isabella Carneiro Santiago e Marcella Carneiro Santiago, todos sócios da Grife do Pão, em algum momento, conforma quadro acima.

Da Movimentação Societária

| CPF | NOME | DATA INCLUSÃO | DATA EXCLUSÃO | PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA (%) |
|----------------|------------------------------|---------------|---------------|-----------------------------|
| 047.056.186-61 | Cristiano Gonçalves Ferreira | 28/05/2014 | 16/12/2015 | 1% |
| 012.799.256-12 | Marcella Carneiro Santiago | 28/05/2014 | | 99% |
| 955.879.426-00 | Vanilda Carneiro Santiago | 16/12/2015 | | 1% |

A Fiscalização verificou, também, em consulta aos sistemas disponibilizados para acesso pela RFB, que o sócio Cristiano Gonçalves Ferreira (período de 2014 a 2015), exerceu suas atividades profissionais vinculado ao Regime Geral da Previdência Social no período compreendido entre 15/01/2000 a 15/05/2002 e de 11/01/2008 a 09/06/2010, na condição de empregado da empresa Vianey, da qual a Grife do Pão é sucessora "de fato".

Transferências de empregados

Da análise dos Livros Registro de Empregado e identificação da sucessão "de fato" entre pessoas jurídicas e das rescisões de contrato de trabalho, verificou-se que a Bread teve seu quadro funcional constituído por meio da transferência diretas (sem a rescisão de contrato de trabalho) de empregados da Vianey e da Grife do Pão, conforme sintetizado na da Representação Fiscal, constitui em forte elemento de prova de que as empresa atuam, conjuntamente, como empreendimento único.

Dos Pagamentos a Empregados

Intimada a esclarecer/justificar a quitação das verbas rescisórias e/ou multas de FGTS e outras despesas, da Bread, pelas outras empresas especificadas (Grife do Pão e Vianey) em comprovantes bancários, a Grife do Pão informou “ *que os pagamentos foram realizados (...) por uma mera deliberação dos sócios das duas empresas à época.* “

Restando assim evidenciado que a insuficiência de recursos financeiros para o cumprimento das obrigações da Bread, inclusive, trabalhistas comprovam a incapacidade financeira desta de arcar com as despesas com remuneração dos trabalhadores declarada em GFIP, fato reconhecido pela própria empresa.

Do Maquinário

A empresa Bread reconhece formalmente que o maquinário utilizado na elaboração de seus produtos não estava contabilizado em seu ativo imobilizado, "tendo em vista que são de propriedade da empresa Grife do Pão e estão cedidos em comodato para a fiscalizada", não havendo, todavia, contrato formalizado, como também não estão registrados na contabilidade da Grife do Pão.

Desta feita é de se concluir que o compartilhamento do maquinário é mais uma prova de que a constituição em um mesmo espaço físico, de uma nova empresa que se utiliza da mão de obra transferida, sem rescisão de contrato de trabalho da empresa Vianey sucedida "de fato" pela Grife do Pão, cumpriu com o objetivo de reduzir de forma fraudulenta os tributos devidos.

Ou seja, em que pese as alegações da Impugnante de que não cometeu fraude, pela interpretação dos fatos concretos, ficou claramente revelado que a família Carneiro Santiago, montou estrategicamente/dolosamente suas atividades econômicas para se beneficiar em parte de tratamento tributário favorecido do Simples Nacional.

No caso concreto, pelas razões já apontadas, restou demonstrada a intenção de expor uma falsa verdade com o intuito de ludibriar o Fisco. Houve simulação na

medida em que as empresas adotaram uma realidade fictícia para manter a verdade ocultada. A aparência de duas pessoas jurídicas atuando de forma autônoma e independente (Bread e Grife do Pão) permitiu que a Bread optasse pelo Simples Nacional, importando em redução no recolhimento da carga tributária, uma vez que recebeu tratamento tributário favorecido que levou a verdadeiro prejuízo ao erário.

Assim, em que pese a Impugnante não acreditar que o fato de as empresas exercerem a mesma atividade econômica, utilizar o mesmo espaço físico, os mesmos empregados, os mesmos maquinários, possuírem o mesmo quadro societário, terem as despesas operacionais e de pessoal, pagas por um mesmo centro de custo, se constitua em prática lícita, sem intuito doloso, não pode prosperar, uma vez que claramente demonstrado que a Bread teve sua constituição formalizada tão somente para abrigar de forma dissimulada, como já exposto, os contratos de trabalho do verdadeiro empregador, Grife do Pão.

De todo o exposto restou comprovado que a constituição da Manifestante é resultante de um desmembramento da empresa Grife do Pão Ltda., e que no ano calendário de 2015, o valor das despesas pagas pela Bread Industria e Comercio de Alimentos Ltda., superou em 20% o valor dos ingressos de recursos, incorrendo, por conseguinte, nas situações impeditivas especificadas no inciso IX, do § 4º do artigo 3º e art. 29 incisos IX, da Lei Complementar 123, de 2006, a seguir transcrito:

LC n.º 123/2006

“ 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:

(.....)

IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores; ”

(...).

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

(...).

IX - for constatado que durante o ano-calendário o valor das despesas pagas supera em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade;

(...)

Assim, restando evidenciado nos autos que a empresa Bread foi constituída por meio de simulação/fragmentação da Grife do Pão e que omitiu receitas, agiu corretamente a Fiscalização ao quebrar o chamado planejamento tributário, do grupo econômico, formado pela empresa Vianey, Grife do Pão e Bread, uma vez que, pela interpretação dos fatos concretos, ficou revelado que a família Carneiro Santiago montou estrategicamente suas atividades econômicas para se beneficiar em parte de tratamento tributário favorecido, portanto, correto o ato de exclusão da mesma do Simples Nacional, nos termos do Inciso IX e artigo 29, e inciso IX, §4º, do inciso II do art. 3º, todas da Lei Complementar n.º 123/2006, com efeitos a partir de 01 de junho de 2014, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/BHE n.º 39/20018.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pela **IMPROCEDÊNCIA** da Manifestação de Inconformidade, mantendo íntegro o Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF/BHE n.º 39, de 15 de junho de 2018, da Delegacia da Receita Federal em Belo Horizonte /MG.

Desta forma, fica evidenciada a infringência aos dispositivos legais indicados no Ato Declaratório Executivo DRF/BHE n.º 39/2018, mostrando-se correta a exclusão do Simples Nacional em questão.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Abelson