



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

Processo n° 15504.723798/2017-14
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-005.466 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de março de 2021
Matéria IRPJ
Recorrente ORTO SHOPPING EIRELI - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

SIMPLES NACIONAL. EXCESSO DE RECEITA BRUTA. EXCLUSÃO.

A existência de grupo econômico de fato irregular entre empresas, que atuam, em realidade, como empreendimento único, autoriza o somatório das receitas brutas das empresas para fins de verificação do limite anual para o enquadramento no Regime Especial Unificado de Arrecadação dos Tributos e Contribuições - Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, **por unanimidade de votos**, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da recorrente do regime do SIMPLES NACIONAL.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.

Processo nº 15504.723798/2017-14
Acórdão n.º **1402-005.466**

S1-C4T2
Fl. 608

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogerio Borges, Leonardo Luis Pagano Goncalves, Evandro Correa Dias, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Iagaro Jung Martins, Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart, Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto face v. acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil que decidiu manter a exclusão da Recorrente do Simples Nacional devido a excesso de receita bruta, ultrapassando o limite anual de R\$ 3.600.000,00.

O Recorrente foi excluído do Simples Nacional por intermédio do Ato Declaratório Executivo DRF/BHE/nº 029, de 19/6/2017, exarado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Belo Horizonte/MG, com efeitos a partir de 1/7/2012, com fundamento na LC nº 123/2006, artigo 3º, §4º, incisos II, IV, V e IX, na redação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

De acordo com a Representação para exclusão do Simples, os motivos para a exclusão são o seguinte:

Conforme Representação Interna para Exclusão do Simples Nacional (fls. 2/26), a Orto Shopping Eireli - EPP e as empresas listadas no item 1.2 da representação compõem grupo econômico de fato, em razão das seguintes constatações:

- a administração das empresas passa pelos integrantes das famílias Albuquerque e Delamarque, conforme histórico da composição societária das mesmas (subitem 7.1);*
- a relação parental dos sócios (marido, esposa, filhos) e as datas de suas respectivas inclusão e exclusão nos contratos sociais evidenciam que houve revezamento de sócios nos quadros sociais e na própria administração das empresas (subitem 7.1);*
- existência de reclamatória trabalhista proposta por ex-funcionária em 2013, na qual informa ter sido admitida pela empresa Orto Shopping em 2004 e, posteriormente, em 2006, transferida para a Ortocon Ltda sem rescisão contratual (fls. 388/395);*
- nos autos da citada reclamatória trabalhista, o preposto da reclamada admitiu a existência do grupo econômico entre as empresas reclamadas;*
- informações constantes em Guias de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social – GFIP apontam que ocorreram 80 movimentações/transferências de empregados entre as empresas no período fiscalizado, havendo casos em que um mesmo empregado foi transferido mais de uma vez entre elas (fls. 27/28);*
- existência de 3 instrumentos públicos de procuração, lavrados em 8/2013, no Cartório do 10º Ofício de Notas de Belo Horizonte, em que sócios-administradores de empresas*

outorgam poderes a sócios-administradores de outras empresas do grupo para geri-las (fls. 417/423).

Ainda segundo a representação:

O revezamento na gestão das empresas que compõem o grupo econômico, comprovando a administração de mais de uma empresa pelos mesmos sócios, caracteriza a figura da interposta pessoa, que é fato excludente do enquadramento no Simples Nacional.

As empresas atuavam como empreendimento único e agiram com o intuito de dividir o faturamento total da empresa como um todo, em subfaturamento segmentado por unidades de um único estabelecimento e, conseqüentemente, driblar a LC nº 123/2006, que estipula o limite pelo faturamento para enquadramento no Simples Nacional.

E que, nesta hipótese, o faturamento para fins de apuração do limite legal não pode ser considerado individualmente (por empresa integrante do grupo), mas na sua totalidade, a fim de que o grupo econômico não se beneficie indevidamente do Simples Nacional através de uma das empresas dele integrante.

A fiscalização apurou que, desde o ano calendário de 2012, o somatório do faturamento das empresas do grupo, tomadas em seu conjunto, ultrapassou o limite anual estabelecido de R\$ 3.600.000,00 para enquadramento no Simples Nacional, conforme LC nº 123/2006, artigo 3º, inciso II, na redação vigente à época dos fatos geradores.

Ainda de acordo com a Representação Interna para Exclusão do Simples Nacional, o contribuinte não apresentou à fiscalização documentos relacionados a sua movimentação financeira, especificamente os documentos inerentes às transações de empréstimos obtidos ou concedidos que foram identificados nos Livros Caixa da empresa, apesar de devidamente intimado para tal, o que também enseja a exclusão do Simples Nacional, com fundamento na LC nº 123/2006, artigo 29, inciso II e VIII.

Em seguida, a Recorrente ofereceu impugnação contestando a exclusão do Simples Nacional, onde alega que:

Assegura que as 12 empresas mencionadas no procedimento fiscal constituem unidades franqueadas independentes da franquia ALL PÉ.

Afirma que as empresas atuam sob o mesmo 'know-how' desenvolvido pela franqueadora, sendo este fato insuficiente para concluir que foram constituídas por interpostas pessoas ou para caracterizar grupo econômico empresarial.

Informa que a franquia ALL PÉ é líder no mercado de produtos e serviços para tratamento e conforto dos pés e conta atualmente

com unidades em 11 Estados, além das 12 franquias localizadas na região metropolitana de Belo Horizonte citadas na autuação.

Alega que os aspectos fáticos probatórios dos autos não possuem aptidão em abstrato para sustentar a conclusão fiscal de que as 12 empresas foram constituídas por interpostas pessoas ou constituem grupo econômico empresarial, o que constitui vício de motivação e enseja a consequente nulidade do ato administrativo de exclusão das empresas do Simples Nacional. Discorre sobre o assunto.

Alega que, embora a exclusão do Simples Nacional das empresas tenha sido fundamentada na suposta constituição das sociedades por interposta pessoa, não houve a indicação do suposto real sócio oculto que estaria por trás dos sócios formais e/ou de qualquer ato por ele supostamente praticado.

Cita jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF segundo o qual a “[...] caracterização de ‘interposta pessoa’ necessita da utilização de terceiros que simplesmente emprestam os seus nomes para a abertura de pessoas jurídicas, deixando para os verdadeiros ‘donos’ (ou sócios de fato) a administração da sociedade, com ilimitados poderes para gerir a empresa [...]”.

Assegura que não há elementos nos autos capazes de afastar a titularidade de quotas tal como estampada nos contratos sociais.

Assevera que a simples existência de 3 procurações, nas quais sócios de empresas outorgaram poderes de administração a terceiros, e que vigeram por curto espaço de tempo, não autoriza a conclusão de que as empresas foram constituídas por interpostas pessoas, já que insuficiente para demonstrar que os sócios formais não seriam os sócios reais das empresas.

Alega que a constituição de procuração é ato lícito e que a prova efetiva de uma sociedade constituída por interposta pessoa seria aquela que demonstrasse o afastamento dos sócios formais da gestão das sociedades.

Afirma que a própria fiscalização reconhece que as procurações mencionadas já não possuíam efeito no instante da auditoria fiscal.

Diz que todas as menções relativas à composição do quadro societário das empresas relacionadas a período anterior a 5 anos contadas da data dos Atos Declaratórios Executivos de Exclusão do Simples Nacional, independente da relevância ou não de tais acontecimentos, devem ser afastadas em decorrência da decadência.

Assegura que, afora a inclusão indevida de fatos já alcançados pela decadência, a afinidade afetiva ou familiar entre sócios de uma mesma rede de franquia, ou mesmo as alterações feitas no quadro societário das empresas ao longo de sua existência, não

são fatores determinantes para caracterizar grupo econômico empresarial.

Afirma que grupo econômico empresarial se configura mediante a comprovação de interdependência, coordenação e gestão unitária entre as empresas. Cita doutrina e a jurisprudência neste sentido.

Diz que a Lei nº 13.467/2017, artigo 2º, parágrafo 3º, ampliou o entendimento acima exposto e que, nos termos desta legislação, se até mesmo a existência de sócios idênticos entre empresas não configura grupo econômico, menos ainda as afinidades afetivas ou de parentesco, como faz crer a auditoria fiscal.

Afirma que a detecção de afinidades afetivas ou de parentesco entre sócios de empresas constitui, quando muito, indício capaz de justificar a abertura de processo de investigação a fim de se comprovar ou não a suspeita de existência de grupo econômico.

Invoca novamente o instituto da decadência para requerer seja excluída dos autos a prova relacionada à ação judicial de reclamação trabalhista nº 002098-66-2013.503-0139, movida por Eliza Cristina de Jesus Barreto, eis que a Sra. Eliza foi desligada de uma empresa e admitida em outra em 3/2006, portanto, em momento anterior aos últimos 5 anos.

Alega que as movimentações de funcionários também não constituem, por si só, fator determinante e conclusivo para caracterizar grupo econômico empresarial, capaz de justificar a exclusão da autuada do Simples Nacional, mas, quanto muito, mero indício para justificar a instauração de eventual procedimento de fiscalização.

Assegura ser a eventual utilização conjunta ou o compartilhamento de funcionários o elemento determinante para configurar grupo econômico empresarial, e não a saída de funcionários do rol de empregados da GFIP de uma empresa e a entrada destes no rol de empregados na GFIP de outra empresa, como faz crer a fiscalização.

Afirma que não há nos autos qualquer menção sobre eventual utilização conjunta ou compartilhada de funcionários entre as empresas envolvidas.

Reafirma que cada uma das 12 empresas constitui uma unidade franqueada independente da franquia ALL PÉ e que o fato de estarem ligadas pelos mesmos procedimentos de “know how” desenvolvidos pela franqueadora não conduz à conclusão de serem constituídas por interposta pessoa ou mesmo caracterizar grupo econômico empresarial.

Alega ser o mercado em que atuam altamente especializado e com poucos concorrentes, de modo ser “[...] mais do que natural se esperar que unidades franqueadas da mesma franquia existentes em uma mesma região geográfica fiquem no poder e administração dos familiares e pessoas próximas daqueles que já

conhecem o funcionamento e bom resultado da franquia ALL PÉ”.

Assegura ser “[...] natural do ser humano indicar a seus afetos coisas boas [...]”, o que acontece também no mercado econômico das franquias, e o que explica o fato de os quadros societários das 12 empresas franqueadas serem constituídos, em sua maioria, por membros das famílias Albuquerque e Delamarque.

Afirma não haver qualquer relação de parentesco entre os integrantes das famílias Albuquerque e Delamarque.

Destaca que tais famílias não possuem franquias fora da região metropolitana de Belo Horizonte e que também não possuem relação de parentesco com os sócios das demais franquias da ALL PÉ localizadas em Minas Gerais e no restante do Brasil.

Assegura que cada uma das 12 franquias da ALL PÉ consideradas no procedimento fiscal foram regularmente constituídas, possuem personalidade jurídica própria, estabelecimento próprio, estoque próprio e individualizado, funcionários próprios e sócios distintos.

Afirma que as empresas são administradas pelos sócios constantes nos seus respectivos contratos sociais e que, embora estes possuam relação de parentesco, tal fato não autoriza sejam as empresas consideradas um único grupo econômico empresarial.

Assevera ser normal a saída de funcionários de uma franquia para ingressar em outra da mesma rede franqueada, considerando o contexto da realidade do mercado em que as empresas atuam, que é altamente especializado e com poucos concorrentes.

Afirma que tal movimentação ocorre porque um funcionário já treinado e acostumado com os procedimentos da franquia exige um esforço bem menor de adaptação, além de representar ganho de produtividade e economia em treinamento.

Reafirma que há incongruência no enquadramento legal para fins de exclusão da autuada do Simples Nacional e que não há nos autos nenhum elemento de prova capaz de comprovar a existência de coordenação para resultado comum entre as empresas, mas sim quatro situações fáticas que, sozinhas ou combinadas, não são capazes de demonstram que as empresas agem de forma coordenada.

Ao final, requer sejam afastadas as imputações de que as empresas são constituídas por interpostas pessoas ou que constituem grupo econômico empresarial, para manter a apuração individualizada do limite de faturamento anual bruto para fins de opção pelo Simples Nacional, o que resulta na manutenção de todas as empresas no regime de recolhimento unificado, determinando-se o cancelamento dos Atos

Declaratórios Executivos de Exclusões do Simples Nacional datados de 29/6/2017.

Requer ainda que todos os processos relativos aos atos de exclusões das 12 empresas sejam apensados e julgados simultaneamente em razão da similitude fática e jurídica das situações.

Às fls. 553/570, consta “petição – segunda manifestação de inconformidade”, cujo teor equivale ao da impugnação inicialmente apresentada. Neste documento, há pedido para que todos os processos relativos aos atos de exclusões das 12 empresas sejam apensados e julgados simultaneamente em razão da similitude fática e jurídica das situações.

Em seguida, a DRJ proferiu o v. acórdão (fls. 1172/1180 do penúltimo volume) recorrido afastando todas as alegações da recorrente, mantendo o Auto de Infração em sua totalidade, registrando a seguinte ementa.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/07/2012

SIMPLES NACIONAL. EXCESSO DE RECEITA BRUTA. EXCLUSÃO.

A existência de grupo econômico de fato irregular entre empresas, que atuam, em realidade, como empreendimento único, autoriza o somatório das receitas brutas das empresas para fins de verificação do limite anual para o enquadramento no Regime Especial Unificado de Arrecadação dos Tributos e Contribuições - Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada com o v. acórdão, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário repisando os mesmos argumentos das impugnações e da manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e possui os requisitos previstos na legislação, motivo pelo qual deve ser admitido.

Trata-se de exclusão da Recorrente do Simples Nacional devido a sua receita bruta ter ultrapassado o limite previsto em lei.

A Fiscalização entendeu que a Recorrente era na realidade um grupo econômico de fato irregular e decidiu somar a receita de todas as 12 empresas do grupo para então excluí-la do Simples por ter ultrapassado o limite de receita bruta previsto em lei.

Para a Fiscalização, a Recorrente teria dividido a empresa em várias outras empresas para repartir o faturamento/receita bruta e não ultrapassar o limite previsto em lei para poder se manter no Simples Nacional.

Ou seja, como muito bem resumido pelo v. acórdão recorrido, o Auditor Fiscal *considerou que as empresas, embora formalmente constituídas, atuam, em realidade, como um empreendimento único, e que a estrutura societária adotada teve por objetivo a redução da sua carga tributária, ao “[...] dividir o faturamento total da empresa como um todo, em subfaturamento segmentados por setores de um único empreendimento”, o que afronta a LC nº 123/2006.*

Foi constatado e apresentado nos autos os seguintes fatos relativos ao entendimento fiscal de que na verdade o grupo econômico era um empreendimento único:

Conforme Representação Interna para Exclusão do Simples Nacional (fls. 2/26), a Orto Shopping Eireli - EPP e as empresas listadas no item 1.2 da representação compõem grupo econômico de fato, em razão das seguintes constatações:

- a administração das empresas passa pelos integrantes das famílias Albuquerque e Delamarque, conforme histórico da composição societária das mesmas (subitem 7.1);

- a relação parental dos sócios (marido, esposa, filhos) e as datas de suas respectivas inclusão e exclusão nos contratos sociais evidenciam que houve revezamento de sócios nos quadros sociais e na própria administração das empresas (subitem 7.1);

- existência de reclamatória trabalhista proposta por ex-funcionária em 2013, na qual informa ter sido admitida pela empresa Orto Shopping em 2004 e, posteriormente, em 2006, transferida para a Ortocon Ltda sem rescisão contratual (fls. 388/395);

- nos autos da citada reclamatória trabalhista, o preposto da reclamada admitiu a existência do grupo econômico entre as empresas reclamadas;

- informações constantes em Guias de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social – GFIP apontam que ocorreram 80 movimentações/transfêrencias de empregados entre as empresas no período fiscalizado, havendo casos em que um mesmo empregado foi transferido mais de uma vez entre elas (fls. 27/28);

- existência de 3 instrumentos públicos de procuração, lavrados em 8/2013, no Cartório do 10º Ofício de Notas de Belo Horizonte, em que sócios-administradores de empresas outorgam poderes a sócios-administradores de outras empresas do grupo para geri-las (fls. 417/423).

Ainda segundo a representação:

O revezamento na gestão das empresas que compõem o grupo econômico, comprovando a administração de mais de uma empresa pelos mesmos sócios, caracteriza a figura da interposta pessoa, que é fato excludente do enquadramento no Simples Nacional.

As empresas atuavam como empreendimento único e agiram com o intuito de dividir o faturamento total da empresa como um todo, em subfaturamento segmentado por unidades de um único estabelecimento e, conseqüentemente, driblar a LC nº 123/2006, que estipula o limite pelo faturamento para enquadramento no Simples Nacional.

E que, nesta hipótese, o faturamento para fins de apuração do limite legal não pode ser considerado individualmente (por empresa integrante do grupo), mas na sua totalidade, a fim de que o grupo econômico não se beneficie indevidamente do Simples Nacional através de uma das empresas dele integrante.

A fiscalização apurou que, desde o ano calendário de 2012, o somatório do faturamento das empresas do grupo, tomadas em seu conjunto, ultrapassou o limite anual estabelecido de R\$ 3.600.000,00 para enquadramento no Simples Nacional, conforme LC nº 123/2006, artigo 3º, inciso II, na redação vigente à época dos fatos geradores.

Ainda de acordo com a Representação Interna para Exclusão do Simples Nacional, o contribuinte não apresentou à fiscalização documentos relacionados a sua movimentação financeira, especificamente os documentos inerentes às transações de empréstimos obtidos ou concedidos que foram identificados nos Livros Caixa da empresa, apesar de devidamente intimado para tal, o que também enseja a exclusão do Simples Nacional, com fundamento na LC nº 123/2006, artigo 29, inciso II e VIII.

Quanto a movimentação financeira ocorrida entre as empresas que compõe o grupo, apesar de ser intimada pela fiscalização por várias vezes, a Recorrente não apresentou documentos, apenas informando que não estão mais sob sua guarda.

A fiscalização identificou no Livro Caixa empréstimos obtidos e concedidos pela Recorrente para as empresas do grupo econômico e intimou a Recorrente a apresentar documentação relativa a movimentação financeira.

Entretanto, a Recorrente deixou de apresentar documentos, informando que não havia os localizado.

Ou seja, apesar de intimada, a Recorrente não apresentou documentos relativos a movimentação financeira.

Soma-se a isso, de acordo com o Termo de Representação para exclusão do Simples, as empresas exercem as mesmas atividades econômicas, quais sejam: Comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal (CNAE 4772500), Comércio varejista de artigos médicos e ortopédicos (CNAE 4773300), Comércio varejista de outros produtos não especificados anteriormente (CNAE 4789099) e Outras atividades de tratamento de beleza (CNAE 9602502).

Assim, apesar das alegações da Recorrente, a análise conjunta das provas acima mencionadas evidenciam a existência do grupo econômico de fato irregular/fraudulento formado por 12 empresas envolvidas, que atuam como empreendimento único, com intuito de burlar a legislação do Simples Nacional.

Tal conclusão não decorre apenas do fato de os sócios das 12 empresas pertencerem a um mesmo grupo familiar, o que, apesar de constituir indício de irregularidade, não seria suficiente para caracterizar grupo econômico nos termos da Lei nº 13.467/2017, artigo 2º, §3º, tal como ressaltado pela Recorrente.

A acusação fiscal de que as empresas constituem grupo econômico de fato irregular decorre essencialmente da constatação de que as empresas são ou foram, em realidade, administradas conjuntamente ao longo do tempo, na medida em que os sócios se revezam na administração das mesmas e/ou as administram simultaneamente.

E prova contundente da administração conjunta das empresas consiste nos empréstimos obtidos e concedidos entre as empresas do grupo, sem documentação para lastreá-los, bem como na decisão da administração envolvendo a alocação de funcionários, materializada no número expressivo de transferências de empregados entre as empresas sem rescisão do contrato de trabalho ao longo do período fiscalizado.

Tal como ressaltado pela fiscalização, trata-se “[...] de procedimento corriqueiro que demonstra a ligação entre as mesmas como se fossem estabelecimentos de uma empresa”.

E nesse ponto, inclusive, conforme acima demonstrado, a própria empresa registrou algumas transferências em GFIP com código ‘N1’, que é específico para ‘transferência de empregado para outros estabelecimento da empresa’.

Em sua defesa, a Recorrente alega que as transferências de empregados são normais e esperadas diante da atividade comum exercida pelas empresas, o que reduz os custos de treinamento e o prazo de adaptação dos empregados aos novos empregadores. Tal explicação, todavia, não merece ser acatada diante do conjunto probatório dos autos.

Cabe lembrar que não se trata aqui de uma ou outra transferência, mas de 80 transferências de empregados sem rescisão de contrato de trabalho entre empresas que são administradas por membros de 2 grupos familiares, que se revezam na administração e/ou administram mais de uma empresa simultaneamente, conforme acima demonstrado.

Tais transferências têm o condão de evidenciar a ‘confusão’ entre as empresas do grupo, na medida em que os empregados ora prestam serviços em uma e ora em outra empresa, como se as empresas envolvidas fossem, em realidade, estabelecimentos de uma única empresa.

E isso sem falar que dificilmente tal elevado número de transferências, nos moldes como ocorreram, sem rescisão de contrato de trabalho, ocorreria entre empresas autônomas, independentes e concorrentes entre si.

E há ainda o termo de audiência de decisão trabalhista que reconheceu a existência do grupo econômico entre as empresas reclamadas com base no depoimento do próprio preposto de uma delas, bem como as procurações que outorgavam poderes para sócios administrarem mais de uma empresa simultaneamente, bem como movimentação financeira e administração compartilhada entre as empresas.

Desta forma, as provas constantes dos autos, quando analisadas conjuntamente demonstram a existência do grupo econômico de fato irregular entre as empresas que atuam, em verdade, como um empreendimento único.

O contexto fático e probatório apurado demonstra uma unidade no funcionamento das 12 empresas, que, apesar de aparentemente independentes, sempre atuaram sob o comando das mesmas pessoas físicas, que se revezam na administração das mesmas, o que justifica o somatório da receita bruta de cada uma delas para fins de apuração do limite anual para enquadramento no Simples Nacional e a sua exclusão do Simples Nacional com fundamento na LC nº 123/2006, artigo 3º, inciso II.

Pelo exposto e por tudo que consta processado nos autos, conheço do Recurso Voluntário e nego provimento para manter a exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves