



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15504.727439/2017-36
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-004.065 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de setembro de 2020
Recorrente ORTO BH LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/07/2012

SIMPLES NACIONAL. EXCESSO DE RECEITA BRUTA. EXCLUSÃO.

A existência de grupo econômico de fato entre empresas que atuam 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, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa – Presidente

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Gisele Barra Bossa, Allan Marcel Warwar Teixeira, Alexandre Evaristo Pinto, Efigenio de Freitas Junior, Jeferson Teodorovicz, Andre Severo Chaves (suplente convocado) e Ricardo Antonio Carvalho Barbosa (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do r. acórdão nº **03-79.787**, proferido pela 5ª Turma da DRJ/FOR, em que por unanimidade de votos, os membros julgadores decidiram pela improcedência da manifestação de inconformidade apresentada.

O presente processo administrativo versa sobre a exclusão do contribuinte Orto BH Ltda - EPP da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições de que trata a Lei Complementar – LC nº 123/2006 (Simples Nacional), por intermédio do Ato Declaratório Executivo DRF/BHE/Nº 063, de 2/10/2017, exarado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Belo Horizonte/MG (fl.396), com efeitos a partir de 1/7/2012, com fundamento na LC nº 123/2006, artigo 3º, §4º, incisos II, IV, V e IX.

Conforme Representação Interna para Exclusão do Simples Nacional (fls. 2/25), a Orto BH Ltda - 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;
- nos autos da citada reclamatória trabalhista, o preposto da reclamada admite a existência do grupo econômico entre as empresas;
- 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.

Segundo a representação, os revezamentos na gestão das empresas que compõem o grupo econômico comprovam a administração de mais de uma empresa pelos mesmos sócios e que, neste contexto, o que se configura é a tentativa de se dividir o faturamento total das empresas como um todo, em subfaturamento segmentado por unidades de um único empreendimento, e, conseqüentemente, driblar a LC nº 123/2006, que estipula o limite pelo faturamento para enquadramento no Simples Nacional.

Ainda segundo a auditoria fiscal, nesta hipótese, de dependência entre as empresas que atuam como empreendimento único, 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.

Impugnação

O contribuinte foi cientificado do Ato Declaratório Executivo DRF/BHE/Nº 063 em 9/10/2017 (Aviso de Recebimento – AR - fl. 397) e, em 8/11/2017 (termo de análise de solicitação de juntada – fl. 400), apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 401/418, acompanhada de documentos, na qual alega o que segue.

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 vigoraram 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 demonstrar 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.

O Acórdão de Manifestação de Inconformidade restou assim ementado:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/07/2012

SIMPLES NACIONAL. EXCESSO DE RECEITA BRUTA. EXCLUSÃO.

A existência de grupo econômico de fato entre empresas que atuam 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.

Inconformada, a Recorrente interpôs recurso voluntário, no qual foram reiterados os argumentos trazidos na impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, Relator.

Admissibilidade

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, razão por que dele conheço.

Mérito

O contribuinte Orto BH Ltda - EPP foi excluído do Simples Nacional, por intermédio do Ato Declaratório Executivo DRF/BHE/Nº 063, de 2/10/2017, 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.

LC nº 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:

[...]

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

[...]

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

[...]

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

[...]

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;

A Recorrente alega que se tratam de 12 unidades franqueadas, sem unidade econômica ou administrativa. Que não há sócio oculto, tal como postulado pela administração. Ocorre que, conforme bem indicado pelo r. acórdão recorrido:

Conforme detalhadamente demonstrado no item 7 da Representação, as 12 empresas possuem praticamente os mesmos sócios desde a sua constituição, que são integrantes das famílias Albuquerque e Delamarque (pai, mãe e filhos), que se revezam no quadro societário e na administração das empresas.

As informações apresentadas no item 7 também evidenciam que há empresas sendo administradas simultaneamente pela mesma pessoa física (sócio-administrador) desde 2012, conforme a seguir demonstrado:

1) o Sr. Miguel Campi Delamarque é sócio-administrador da Orto Del Rey Ltda - EPP desde 20/12/2013 e da Ortopower Produtos e Serviços para os Pés Ltda - EPP desde 18/12/2013;

2) o Sr. César Roberto Albuquerque é titular pessoa física responsável pela Orto Shopping Eireli – EPP desde 30/12/2009 e sócio-administrador da Ortoexpress Serviços para os Pés Ltda - ME desde 20/12/2013 e da Ortoplace desde 27/5/2014;

3) a Sra. Gilvânia Prado de Oliveira Albuquerque, é sócia-administradora da Orto das Gerais Produtos e Serviços para os Pés Ltda - EPP desde 5/2/2014, da Orto Estação Ltda – EPP desde 24/10/2014 e da Ortocity Produtos e Serviços para os Pés Ltda - EPP desde 17/12/2013; e

4) o Sr. André Fernando Arantes Delamarque, filho do Sr. Miguel e da Sra. Sandra Cristina, é título pessoa física responsável pela Ortomec Eireli - ME desde 17/12/2013 e sócio-administrador da Orto BH Ltda - EPP desde 17/12/2014;

De igual maneira, as informações indicam que a mesma pessoa física administrou simultaneamente mais de uma empresa em intervalos de tempo anteriores a 2012.

A título exemplificativo, verifica-se que a Sra. Sandra Cristina Maia Arantes constou como sócia-administradora no contrato social das empresas Orto Del Rey Ltda Ltda - EPP, Orto das Gerais Produtos e Serviços para o Pé Ltda - EPP, Ortopower Produtos e Serviços para os Pés Ltda - Me e Ortoexpress Serviços para os Pés Ltda - ME entre 28/9/2007 a 20/12/2013, 14/5/2003 e 13/1/2010, 9/12/2009 a 5/8/2016 e 9/6/2006 a 10/11/2010, respectivamente.

Não convence o argumento levantado pela Recorrente de que as procurações teriam sido por curto período temporal, pois o argumento só valeria para reforçar o aspecto formal da acusação fiscal da existência de uma unidade econômica centralizada, mas não o substrato econômico subjacente.

Ademais, as comprovadas transferências de trabalhadores entre as unidades franqueadas sem a alteração de contrato de trabalho ou de contrato civil entre as empresas reforça o argumento da representação fiscal de que se trata de grupo econômico de fato, ao contrário do sustentado pela Recorrente.

Conforme Representação Interna para Exclusão do Simples Nacional:

7.11.2- Chama a atenção que, por vezes, o mesmo trabalhador é transferido mais de uma vez entre os participantes da organização.

É o caso dos empregados Ozélia dos Anjos Ferreira da Silva, Tomaz Aleksei Teixeira, Raphael Oliveira Arantes, Daniela Silvia de Souza e Vanessa da Silva Borges, dentre outros.

Com relação especificamente à Orto BH Ltda - EPP, em pesquisa realizada no sistema informatizado GFIPWEB, verificou-se os seguintes registros de transferência de empregados em GFIP entre 1/2013 a 12/2016:

- 4 registros sob o código 'N1' ('transferência de empregado para outros estabelecimento da empresa'), nas competências 1/2015, 2/2015 e 3/2016;

- 3 registros sob o código 'N2' ('transferência de empregados para outra empresa que tenha assumido os encargos trabalhistas, sem que tenha havido rescisão de contrato de trabalho'), nas competências 5/2013, 8/2013 e 11/2016; e

- 9 registros sob o código 'N3' ('empregado proveniente de transferência de outro estabelecimento da mesma empresa ou de outra empresa, sem rescisão do contrato de trabalho'), na competências 5/2013, 8/2013, 10/2013, 1/2015, 2/2015, 11/2015 e 10/2016.

Tais elementos são indicativos da existência de interesse integrado, efetiva comunhão e integração de interesses entre as empresas do grupo. Conforme conclui o r. acórdão recorrido:

Tal conclusão não decorre apenas do fato de os sócios das 12 empresas pertencerem a um mesmo 2 grupos familiares, 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 defesa.

O entendimento 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 na decisão 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, utilizando-se dos empregados de forma conjunta e compartilhada".

No caso, conforme acima mencionado, as GFIP do contribuinte indicam o número expressivo de 16 movimentações de empregados no período fiscalizado, dentre elas, 4 transferências para outros estabelecimentos (código 'N1') e 9 movimentações correspondentes a empregados provenientes de outras empresas sem rescisão de contrato de trabalho (código 'N3').

Em sua defesa, o contribuinte 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 acolhida 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 certamente evidenciam 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 estabelecimentos de uma mesma empresa fossem.

Diga-se que dificilmente tal elevado número de transferências, nos moldes como ocorreram, sem rescisão de contrato de trabalho, ocorreria entre empresas de fato autônomas, independentes e concorrentes entre si. Considerando tal assertiva, as alegações da defesa, de que as transferências reduzem custos de treinamento, adaptação, etc, acabam por corroborar o entendimento ora adotado, de que as empresas atuam, em realidade, como empreendimento único.

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, sobre a qual a defesa apenas defende a ‘decadência’ da prova, que já foi afastada acima.

Pelo exposto, as provas dos autos, quando analisadas conjuntamente, são capazes de demonstrar a existência do grupo econômico de fato irregular/fraudulento entre as empresas, que atuam, em verdade, como um empreendimento único.

O contexto apurado demonstra uma unidade no funcionamento das 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.

Por fim, o pedido para que os processos de exclusão do Simples Nacional das 12 empresas envolvidas sejam apensados e julgados simultaneamente não deve ser acatado. Apesar da similitude fática e jurídica dos fatos que resultaram nas exclusões, os processos são autônomos e independentes entre si, e contam com seus respectivos elementos de prova, capazes de formar a convicção do julgador, sem prejuízo ao contraditório e à ampla defesa.

Assim, em que pesem os esforços argumentativos da Recorrente, entendo que no caso concreto restou comprovada a existência de grupo econômico, devendo ser mantido o r. acórdão recorrido.

Com base no exposto, voto no sentido de que CONHECER do Recurso Voluntário para NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto

