



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15504.727440/2017-61
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.248 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de fevereiro de 2021
Recorrente ORTOCENTRO EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2014

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, nos termos do relatório e voto da relatora. O conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca votou pelas conclusões da relatora quanto à análise do conjunto probatório.

Assinado Digitalmente

Luiz Tadeu Matosinho Machado – Presidente

Assinado Digitalmente

Andréia Lúcia Machado Mourão - Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 1302-005.248 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 15504.727440/2017-61

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 03-79.788 - 5ª Turma da DRJ/BSB, de 22 de maio de 2018, que manteve a exclusão da empresa do Simples Nacional, efetivada pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/BHE/Nº 062, de 2 de outubro de 2017, com efeitos a partir de 01/01/2014.

Por bem descrever os fatos, transcrevo trechos do relatório do Acórdão da DRJ:

Conforme Representação Interna para Exclusão do Simples Nacional (fls. 2/25), a Orto Estação 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.

Analisadas as razões da contribuinte, a DRJ concluiu pela configuração de grupo econômico de fato entre as empresas identificadas, incluindo a Ortocentro Eireli ME (autos), de modo que manteve a exclusão da empresa do Simples Nacional:

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.

Segue transcrição da ementa do Acórdão da DRJ:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/01/2014

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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Cientificado dessa decisão em **01/06/2018** (fls. 457), o sujeito passivo apresentou **Recurso Voluntário** em **29/06/2018** (fl. 460), com as suas razões de defesa.

No Recurso Voluntário, a contribuinte não apresenta novas alegações, reiterando as razões já expostas em sua manifestação de inconformidade. Verifica-se que houve apenas uma reorganização na itemização dos argumentos. Segue transcrição da síntese dos argumentos constantes do Acórdão da DRJ:

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.

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 Alburquerque e Delamarque.

Afirma não haver qualquer relação de parentesco entre os integrantes das famílias Alburquerque 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.

Conclui:

Como se percebe, tudo que consta neste processo são provas da existência real de 12 unidades franqueadas da franquia ALL PÉ na região metropolitana de Belo Horizonte, 12 reais lojas existentes, com funcionários próprios, estoques próprios e estabelecimentos próprios, constituídas regularmente e administradas pelos sócios constantes de seus instrumentos constitutivos.

Também se percebe que os indícios levantados pela simples análise da relação de parentesco entre os sócios e saída de funcionários de uma unidade para outra não podem ser admitidos como suficientes para configuração de suposta constituição das sociedades por interposta pessoa ou mesmo caracterização de grupo econômico, tomando-se patente, pois, a cassação do acórdão proferido pela 5ª Turma Julgadora da Delegacia da Receita Federal.

Ao final, requer:

Ex positis, considerando todas as robustas razões recursais acima apresentadas, as recorrentes pugnam pela reforma do acórdão ora recorrido de modo que:

a) seja acatada as preliminares ora arguidas para afastar os indícios apresentados no procedimento fiscal em comento como se prova conclusiva fossem das supostas constituições das sociedades por interposta pessoa ou mesmo configuração de grupo econômico;

b) no mérito, cada uma delas seja considerada como franquia individualizada (que são), afastando, por conseguinte, a imputação de constituição por interposta pessoa ou mesmo grupo econômico empresarial, de forma a manter a apuração individualizada do limite de faturamento anual bruto para fins de opção pelo Simples Nacional, o que resulta na manutenção de todas elas no regime de recolhimento unificado.

Por fim, as recorrentes reiteram que todas as intimações referentes aos atos processuais sejam feitas de forma pessoal, nos endereços das respectivas franquias já indicado na Manifestação de Inconformidade, sob pena de serem consideradas nulas.

É o relatório.

Fl. 7 do Acórdão n.º 1302-005.248 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 15504.727440/2017-61

Voto

Conselheira Andréia Lúcia Machado Mourão, Relatora.

Conhecimento.

O sujeito passivo foi cientificado em 01/06/2018 do Acórdão n.º 03-79.788 - 5ª Turma da DRJ/BSB, de 22 de maio de 2018, tendo apresentado seu Recurso Voluntário, em 29/06/2018, dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972. Desse modo, o recurso é tempestivo.

O Recurso é assinado por procuradores da empresa, regularmente constituídos, em conformidade com informações constantes do e-processo.

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme art. 2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 9 de junho de 2015.

Isto posto, conheço do Recurso Voluntário por ser tempestivo e por preencher os requisitos de admissibilidade.

Mérito.

A contribuinte foi excluída do Simples Nacional, por intermédio do Ato Declaratório Executivo DRF/BHE/Nº 064, 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 n.º 123/2006, artigo 3º, §4º, incisos II, IV, V e IX.

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:

(...)

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 contribuinte concentra seus argumentos no fato de que as 12 unidades existiriam de forma autônoma e que seriam unidades franqueadas da “All Pé”, com funcionários, estoques e estabelecimentos próprios e que não teria ficado comprovado nos autos a “configuração de suposta constituição das sociedades por interposta pessoa ou mesmo caracterização de grupo econômico”.

Destaco trechos que resumem as alegações apresentadas:

Como se percebe, tudo que consta neste processo são provas da existência real de 12 unidades franqueadas da franquia ALL PÉ na região metropolitana de Belo Horizonte, 12 reais lojas existentes, com funcionários próprios, estoques próprios e estabelecimentos próprios, constituídas regularmente e administradas pelos sócios constantes de seus instrumentos constitutivos.

Também se percebe que os indícios levantados pela simples análise da relação de parentesco entre os sócios e saída de funcionários de uma unidade para outra não podem ser admitidos como suficientes para configuração de suposta constituição das sociedades por interposta pessoa ou mesmo caracterização de grupo econômico, tornando-se patente, pois, a cassação do acórdão proferido pela 5ª Turma Julgadora da Delegacia da Receita Federal.

Verifica-se que, no presente caso, a contribuinte reitera questões já foram tratadas no Acórdão da DRJ. Dessa forma, em atenção ao disposto no §3º do art. 57 do RI/CARF, e por concordar com o teor do Acórdão da DRJ, adoto as razões apresentadas na decisão recorrida, complementando-as no final.

A defesa alega que os elementos fáticos probatórios dos autos são insuficientes para comprovar que as empresas listadas foram constituídas por interposta pessoa e que compõem grupo econômico empresarial, de modo que sua exclusão do Simples Nacional sob estes fundamentos é indevida.

Inicialmente, cabe registrar que a fiscalização defende a existência de grupo econômico de fato irregular/fraudulento entre as empresas, e não a existência de grupo econômico empresarial, que pressupõe a regularidade/formalização na sua constituição ou, ainda que esta não exista, que as empresas dele integrantes assumam pública e ostensivamente a sua condição de ‘grupo’, o que não ocorre nos autos.

No caso, a auditoria fiscal considerou que as empresas, embora formalmente constituídas, atuam, em realidade, como 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.

Ao tratar da solidariedade passiva, o Código Tributário Nacional – CTN estabelece que:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

A Lei nº 8.212/1991, por sua vez, estipulou a solidariedade passiva de grupos econômicos nos seguintes termos:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

[...]

IX – as empresas que integram o grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta lei;

E a definição de grupo econômico encontra-se presente na Instrução Normativa RFB nº 971/2009, segundo a qual:

Art. 494. Caracteriza-se grupo econômico quando 2 (duas) ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica.

Do dispositivo acima, depreende-se que a característica marcante do grupo econômico consiste na administração conjunta de empresas. Assim, passa-se a analisar as provas dos autos a fim de definir se elas são ou não suficientes para demonstrar a existência de grupo econômico de fato irregular, tal como atribuído pela fiscalização.

Atividades econômicas idênticas

Conforme Representação Interna para Exclusão do Simples Nacional, 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).

A própria defesa reconhece que as empresas atuam no mesmo ramo de atividade quando alega serem todas unidades franqueadas da franqueadora ALL PÉ e que adotam os mesmos procedimentos/*know how* na condução de seus negócios.

Composição societária – revezamento de sócios e sócios-administradores nos contratos sociais

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 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 titular pessoa física responsável pela Ortomec Eireli - ME desde 17/12/2013 e sócio-administrador da Orto BH Ltda - EPP desde 17/12/2014;

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.

Transferências de empregados sem rescisão de contrato de trabalho

A fiscalização constatou também que, no período sob análise, foram registradas em GFIP 80 transferências de empregados entre as empresas, sem rescisão de contrato de trabalho, conforme Anexo I (fls. 51/52). E, ainda, que alguns empregados foram transferidos mais de uma vez entre as empresas envolvidas.

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 Ortocentro Eireli - ME, em pesquisa realizada no sistema informatizado GFIPWEB, verificou-se os seguintes registros de transferência de empregados em GFIP entre 1/2013 a 12/2016:

- 6 registro sob o código 'N1' ('transferência de empregado para outros estabelecimento da empresa'), nas competências 3/2014, 1/2015, 2/2015 e 5/2015;
- 4 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'), na competência 5/2013; e
- 7 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'), nas competências 5/2013, 8/2013, 9/2015, 3/2016 e 11/2016.

Conforme se discorrerá a seguir com mais detalhes, tais constatações têm o condão de demonstrar a "confusão" entre as empresas no tocante à administração de pessoal, o que corrobora o entendimento de que são administradas de forma conjunta, constituindo-se, em verdade, em empreendimento único.

Reclamação Trabalhista

Consta ainda nos autos "Termo de Audiência Relativa ao Processo nº 0002098-66.2013.503.0139", datada de 8/4/2015, resultante da audiência de DECISÃO da reclamação ajuizada por Eliza Cristina de Jesus Barreto contra as empresas Orto Shopping Ltda e Ortocon Ltda (fls. 385/392).

Do relatório, extrai-se que a reclamante foi contratada pela Orto Shopping Ltda em 1/11/2011 (sic) e, posteriormente, foi transferida para a Ortocon Ltda em 3/2006,

“[...] permanecendo na sua CTPS a informação de que a primeira ré era sua empregadora, sendo dispensada sem justa causa, em 30/11/2013”. Na fundamentação, consta, dentre outras considerações, que as empresas reclamadas integram grupo econômico, responsabilizando-as conjuntamente pelos créditos deferidos, nos seguintes termos:

O preposto da primeira ré admitiu que as reclamadas fazem parte do mesmo grupo econômico. Além disso, a reclamante foi admitida pela primeira ré, passando, no decorrer do contrato, a prestar serviços para a segunda reclamada, sem que houvesse rescisão contratual e alteração de empregador.

Assim, sendo certo que as rés integram o mesmo grupo econômico, elas são solidariamente responsáveis pelos créditos ora deferidos, nos termos do art. 2º, §º, CLT.

A defesa requer seja tal prova desconsiderada sob a alegação de decadência, uma vez que a transferência da reclamante de uma empresa para outra ocorreu em 2006, fora, portanto, do período fiscalizado.

Ocorre, todavia, que não assiste razão ao contribuinte, já que não é a transferência em si que ora se analisa, mas todos os procedimentos/práticas adotados pelas empresas ao longo de sua existência, o que inclui o intenso revezamento de sócios no quadro societário e na administração das empresas, que demonstram o ‘modus operandis’ do grupo, e que conduzem à conclusão de que, no período fiscalizado, as empresas constituíam grupo econômico de fato irregular/fraudulento.

Ademais, conforme consta no termo de audiência de decisão, que não foi infirmado pela defesa, mesmo após a reclamante ter sido transferida da Orto Shopping Ltda para a Ortocon Ltda em 2006, não houve alteração na sua CTPS para constar o nome da nova empregadora, situação esta que, a princípio, perdurou até a sua dispensa sem justa causa em 30/11/2013, data esta abrangida pela ação fiscal.

Ou seja, o termo de audiência de decisão, datado de 8/4/2015, reconheceu expressamente que as empresas formavam grupo econômico no período objeto da reclamação trabalhista, que engloba parte do período fiscalizado (1/1/2013 a 31/12/2016). Assim, sem razão a defesa em alegar ‘decadência’ em relação a esta prova dos autos.

Grupo econômico de fato irregular/fraudulento

Apesar das alegações da defesa, entende-se que, da análise conjunta das provas acima mencionadas, é possível constatar a existência do grupo econômico de fato irregular/fraudulento formado entre as 12 empresas abaixo relacionadas, que atuam como empreendimento único, com claro intuito de burlar a legislação do Simples Nacional.

- 1) Orto Shopping Eireli – EPP – CNPJ 00.756.896/0001-33;
- 2) Orto das Geraes Produtos e Serviços Para os Pés Ltda. – EPP – CNPJ 05.656.073/0001-50;
- 3) Ortopower Produtos e Serviços Para os Pés Ltda. – ME – CNPJ 06.133.699/0001-44;
- 4) Ortoexpress Serviços Para os Pés Ltda. – ME – CNPJ 08.149.983/0001-34;
- 5) Ortomec Eireli – ME – CNPJ 20.077.194/0001-30;
- 6) Ortocentro Eireli – ME – CNPJ 22.010.557/0001-46;
- 7) Orto BH Ltda. – EPP – CNPJ 03.239.598/0001-64;
- 8) Orto Estação Ltda. EPP – CNPJ 15.298.948/0001-42;
- 9) Ortocity Produtos e Serviços Para os Pés Ltda. – EPP – CNPJ 19.420.137/0001-23;
- 10) Ortocon Eireli – EPP – CNPJ 71.441.711/0001-40;
- 11) Ortoplace Produtos e Serviços Para os Pés Ltda. – ME – CNPJ 08.716.539/0001-53;
- 12) Orto Del Rey Ltda – EPP – CNPJ 02.596.634/0001-84.

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 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 ou compartilhada”.

No caso, conforme acima mencionado, as GFIP do contribuinte indicam o número expressivo de 17 movimentações de empregados no período fiscalizado, dentre elas, 6 transferências para outros estabelecimentos (código ‘N1’) e 7 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 sim 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.

No mesmo sentido, foi proferido o Acórdão nº 1201-004.065, de 14/09/2020, que teve como recorrente a empresa ORTO BH LTDA.

Portanto, considero que no caso em concreto ficou comprovada a existência de grupo econômico, devendo ser mantido o acórdão recorrido.

Conclusão

Diante do exposto, VOTO em **negar provimento** ao Recurso de Voluntário.

Assinado Digitalmente

ANDRÉIA LÚCIA MACHADO MOURÃO