



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15504.727512/2017-70
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-005.804 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de outubro de 2021
Recorrente RG-LOC LOCAÇÃO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Em não tendo restado caracterizado prejuízo ao sujeito passivo, violação aos princípios do contraditório e ampla defesa e/ou a ocorrência de quaisquer das hipóteses constantes do art. 59 do Decreto nº. 70.235, de 1972, de se descartar a ocorrência da nulidade arguída.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO.

Correta a exclusão do regime simplificado quando, através das provas indiciárias coligidas aos autos, ficar comprovada a formação de grupo econômico de fato, com as pessoas jurídicas segregadas atuando como empreendimento único.

EFEITOS DA EXCLUSÃO. RETROATIVIDADE À DATA DO EVENTO IMPEDITIVO.

A Lei Complementar nº 123/2006 define que os efeitos da exclusão devem produzir efeitos a partir do mês seguinte ao que o contribuinte incorreu na violação de excesso de receita bruta em relação ao limite legalmente estabelecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar a preliminar de nulidade e negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Giovana Pereira de Paiva Leite, José Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Bianca Felicia Rothschild, Rafael Taranto Malheiros, Lucas Esteves Borges, Marcelo José Luz de Macedo e Heitor de Souza Lima Junior (Presidente).

Relatório

Trata-se de processo decorrente de Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional (doravante ADE), de e-fl. 363, emitido em 30 de outubro de 2017, com efeitos a partir de 01/06/2012 e decorrente de constatação de formação de grupo econômico de fato, aplicando-se, destarte, o previsto pelos arts. 29, inciso I e 30, inciso IV, da Lei Complementar nº. 123. de 2006.

2. Cientificada a contribuinte de sua exclusão através do referido ADE em 18.12.2017 (e-fl. 365), protocolizou, em 17.01.2018 (e-fl. 369), manifestação de inconformidade de e-fls. 369 a 380 e anexos, onde, em breve síntese, aduziu a seguinte argumentação e pedidos, consoante perfeitamente descrito pela autoridade julgadora de 1ª. instância, às e-fls. 456 a 459:

“(…)

As empresas em questão são optantes pelo SIMPLES por força de IMPERATIVO LEGAL, posto que tal situação é prevista no art. 56 da Lei Complementar 123/2006, que tem como opção a utilização do referido regime tributário para a constituição de uma SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO, que é o caso em questão, sendo portanto tal enquadramento o correto.

Menciona que em determinados momentos tal enquadramento sequer representa vantagem para o contribuinte, como poderia ser facilmente apurado em perícia.

Entende que há claro o equívoco da fiscalização, pois ao invés de considerar a situação fática das empresas, que se associaram para ganhar competitividade e maior eficiência no desempenho de suas atividades, como é próprio de uma SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO, em que pese esta sociedade poder ser caracterizada como espécie do gênero GRUPO ECONÔMICO, sua natureza diverge do grupo autorizador da exclusão, posto que decorrente de exigência legal.

Informa que o art. 56 da Lei Complementar nº. 123/2006 que foi introduzido nesta lei através da Lei Complementar nº. 147/2013, modificada em 2014, permitiu que as PEQUENAS e MICROEMPRESAS constituíssem SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO como forma de garantir maior competitividade para essas empresas. Mas não basta que tais empresas estejam enquadradas na condição de ME e EPP, mas precisam também, obrigatoriamente, ser optantes pelo regime de tributação do SIMPLES NACIONAL, para constituição das sociedades de propósito específico.

Esclarece que, à exceção da empresa LOCSOLO LOCADORA DE EQUIPAMENTOS LTDA- ME, CNPJ 13.491.408/0001-55, as demais são integrantes do Simples Nacional e exercem atividade única, e compartilham a MARCA e são em alguns casos integrantes de um mesmo grupo familiar, compartilhando mão de obra, para fins comuns, tendo porém cada qual sua personalidade e centros de custos e contábeis próprios, portanto totalmente independentes como é obrigatório para caracterizar a SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO.

Aduz que o faturamento da LOCSOLO LOCADORA DE EQUIPAMENTOS LTDA -ME, CNPJ 13.491.408/0001-55, no valor de R\$14.644.381,94, também serviu de base para exclusão das demais empresas, o que não poderia ter

acontecido, pois no ano de 2017, quando ocorreu a fiscalização, tal empresa já havia sido excluída do sistema do Simples Nacional.

Alega que a Sociedade de Propósito Específico é constituída de outras sociedades, autônomas e independentes, inclusive com CNPJ diferentes, e em razão disso não perdem as suas personalidades jurídicas pois na verdade são apenas associadas, constituindo uma SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO e participando desta outras pessoas jurídicas nada impedindo que elas, na condição de sócias, auxiliem umas as outras no cumprimento de seu objetivo e interesse comum, que são contratos firmados com terceiros pela SPE.

Observa que a SPE, oriunda do direito americano, se assemelha a um consórcio no qual empresas organizadas sob uma das formas societárias prescritas no ordenamento jurídico pátrio, se juntam para desenvolver negócios comuns, "sendo seus objetivos realizados por um órgão de gestão e controle que pode ser uma PESSOA FÍSICA ou JURÍDICA, mandatária, formal como uma sociedade por ações, ou informal, como o gerente de um consórcio" (BAPTISTA, 1981, p. 42/39).

Alega que no caso em tela foi constatado em fiscalização todos esses fatores, inclusive a existência de procurações e especialistas profissionais que transitariam entre as empresas integrantes da SPE, para fins de administração provisória ou até definitiva por razões específicas, como falecimento de integrante da sociedade, ressaltando-se que é perfeitamente legal e próprio para a administração da sociedade o uso de indicação de administrador não sócio, como disposto no Código Civil na parte relativa às Sociedades Empresárias.

Conclui que não há que se falar em Grupo Econômico de fato, que tenha por objetivo a redução da tributação sobre a folha de pagamento de empregados, numa simulação para fraudar o fisco, mas uma figura jurídica reconhecida e acolhida pela sistemática do Simples Nacional, ou seja, a Sociedade de Propósito Específico - SPE.

Afirma que neste caso nada é devido pelas empresas posto que a situação fática caracteriza uma situação legal de associação de empresas, que constituem uma SPE, e a essência deve prevalecer sobre a forma.

Argumenta que usos e costumes constituem fontes do direito, especialmente em razão do artigo 375 do CPC/2015 e, em relação as sociedades, a possibilidade da existência de sociedade de fato ou despersonalizada é evidente no direito brasileiro.

Informa que o SEBRAE recentemente fez vários estudos que indicam que é cada vez maior o número de micro e pequenas empresas que se associam para determinados fins, caracterizando um costume fonte de direito que o fisco, de forma simplória, vem definindo como Grupo Econômico de Fato.

Aduz que o artigo 986 do Código Civil, que trata da sociedade despersonalizada, dispõe que enquanto não inscritos os atos constitutivos, a sociedade rege-se-á pelo disposto nos artigos 986 a 990 do Código Civil, aplicando-se subsidiariamente as normas da sociedade simples. Nota-se nesse artigo que a sociedade não personalizada pode ser regularizada, bastando apenas o registro de seus atos constitutivos no registro público das empresas mercantis, tornando uma sociedade despersonalizada em sociedade personalizada de um dos tipos previsto no código civil.

Alega que a sociedade não personalizada é uma sociedade de fato. Os códigos de processo Civil de 1973 e 2015 admitiam e admitem a existência da sociedade

despersonalizada (sociedade de fato) nos artigos 12, inciso VII, CPC de 1973 e 75, inciso IX, do CPC de 2015. Assim sendo é inegável a existência de sociedade, seja qual for seu tipo, de fato e irregular ou não personalizada.

Argumenta que se o Fisco pode considerar a situação das empresas como um GRUPO ECONÔMICO DE FATO como uma única natureza jurídica, deve mais ainda considerar a situação das empresas como um grupo econômico que forma uma SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO, previsto no artigo 56 da lei Complementar n.º 123/2006.

Esclarece que cada uma das empresas possui autonomia financeira, jurídica e administrativa, inclusive com divisão de lucros individualizados, como convêm as integrantes de uma SPE, o que está devidamente comprovado pelos demonstrativos contábeis em anexo, os balancetes e declarações de imposto de renda dos sócios ora colacionados aos autos, (documentos em anexo). Via de consequência não se pode considerar o faturamento das empresas de forma global, mas apenas individual já que estas empresas continuam autônomas e independentes, o que então impede a exclusão delas do Simples.

Afirma que a própria autuação fiscal reconhece que todas as empresas do pseudo grupo econômico tem o mesmo objetivo social de aluguel de máquinas e equipamentos para construção civil sem operador, exceto andaimes, o que facilita o reconhecimento de uma sociedade de propósito específico de fato, que tem a finalidade de atuarem em sincronia para lograr maior eficiência em seu objetivo social. E não se diga que tal associação carece de registro constitutivo, pois o artigo 986 do Código Civil, que trata da sociedade despersonalizada, dispõe que enquanto não inscritos os atos constitutivos, a sociedade reger-se-á pelo disposto nos artigos 986 a 990 do Código Civil, aplicando-se subsidiariamente as normas da sociedade simples.

Alega que a sociedade não personalizada pode ser regularizada, bastando apenas o registro de seus atos constitutivos no registro público das empresas mercantis, tornando uma sociedade despersonalizada em sociedade personalizada de um dos tipos previsto no código civil.

Aduz que a sociedade de propósito específico foi acolhida no ordenamento jurídico brasileiro com o artigo 981, parágrafo único do Código Civil de 2002, que permite que a sociedade se restrinja a um ou mais negócios determinados. A sociedade de propósito específico foi também reconhecida no direito brasileiro através do artigo 9º da lei Federal n.º 11.079/2004, que trata da parceria público privada.

Além disso, afirma que a Lei Complementar n.º 147/2013, introduziu na Lei Complementar n.º 123/2006, no artigo 56, a sociedade de propósito específico para as empresas integrantes do Simples Nacional. Argumenta que não se pode dizer que em razão da SPE ter sido introduzida na Lei Complementar n.º 123/2006 apenas em 2014, que esse tipo de sociedade é inaplicável às empresas do Simples Nacional antes dessa data. Isso porque esse tipo de sociedade surgiu com o Código Civil de 2002 e poderia ser utilizado nas empresas integrantes do Simples, observados os seus princípios.

Alega que no direito privado aquilo que não é proibido é permitido. Assim, mesmo antes da introdução da sociedade de propósito específico na LC 123/2006, já era possível a utilização desse tipo de sociedade nas empresas integrantes do Simples, pois não existia qualquer incompatibilidade na aplicação da sociedade de propósito específico com o regime das empresas integrantes do SN, tanto não havia que ocorreu a introdução desse tipo de

sociedade na Lei Complementar 123/2006, portanto, mesmo antes do ano de 2014 era possível a constituição de fato da sociedade de propósito específico nas sociedades integrantes do Simples Nacional.

Conclui que a situação das empresas, em que pese possa ser considerado grupo econômico, teve tratamento tributário totalmente equivocado, pois se houve grupo econômico de fato, este ocorreu em razão da sociedade de propósito específico entre as empresas de grupo familiar, obedecendo sua forma legal, sendo todas integrantes do Simples Nacional, não autorizando que seja considerado um faturamento global das empresas integrantes da sociedade de propósito específico para efeito de exclusão das mesmas e de apuração do crédito tributário, que na hipótese é totalmente indevido.

Contesta também, por diversos ângulos, a solidariedade passiva previdenciária.

Alega por fim que, considerando somente o faturamento de cada uma das empresas, o teto estabelecido no art.3º da LC 123/2006 não é ultrapassado, não havendo motivos para a exclusão do Simples Nacional.

Ao final, requer a improcedência do processo administrativo de exclusão do Simples Nacional.

(...)”

2. A impugnação foi julgada improcedente pela autoridade julgadora de 1ª instância, na forma de Acórdão de e-fls. 455 a 466, cuja ementa e resultado são a seguir transcritos, *verbis*:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS SIMULADOS. PREVALÊNCIA DA SUBSTÂNCIA SOBRE A FORMA.

A essência da atividade de fiscalização é buscar a verdade material sobre o fato gerador das obrigações tributárias, com a prevalência da substância sobre a forma.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

3. Cientificada a contribuinte da decisão de improcedência de sua manifestação de inconformidade em 21.08.2018 (e-fl. 467), a contribuinte apresentou, em 14.09.2018 (e-fl. 470), Recurso Voluntário de e-fls. 471 a 487 e anexos, onde, após pugnar pela tempestividade do Recurso e traçar extenso resumo da acusação fiscal e, ainda, do Acórdão recorrido, argumenta que:

a) Não existe na legislação do Simples Nacional causa de exclusão por formação de grupo econômico e que as hipóteses de vedação ao ingresso ou permanência previstas na Lei Complementar no. 123/2006 são taxativas, citando as estipuladas no art. 3º, §4º daquela LC e daí decorrendo a nulidade do ato de exclusão;

b) Entende que o impacto tributário sobre os grupos econômicos é apenas para fins de responsabilidade solidária das obrigações tributárias entre as pessoas jurídicas integrantes, nos estritos casos em que se aplica o art. 124, inciso I, do CTN. Ou seja, a caracterização de um grupo econômico gera efeitos, de responsabilização solidária ou não, apenas após a exclusão do Simples Nacional baseada em um dos fundamentos acima;

c) Defende que, para a validade do ato de exclusão, era fundamental que ele contivesse fundamentação legal adequada, indicando quais hipóteses supratranscritas foram supostamente praticadas pela Contribuinte. Todavia, a formação de grupo econômico de fato não é (e nunca foi) fundamento legal para a exclusão do Simples Nacional, autorizando o somatório de receitas para configurar excesso do limite previsto no referido regime;

d) Assim, cita a necessária observância ao princípio da estrita legalidade, para argumentar que se não ocorrida qualquer uma das hipóteses taxativas de exclusão de uma empresa do Simples Nacional, é absolutamente indevida a exclusão da Recorrente, por ausência de fundamento legal para tal medida, ensejando seu cancelamento;

e) Quanto ao mérito, entende não ter restado comprovada a existência de grupo econômico, uma vez que:

e.1) Defende que, quanto à interligação logística, o processo pode ser dividido em no mínimo três etapas: a primeira etapa é caracterizada pela compra do equipamento ou maquinário que será posto à locação, a segunda etapa é caracterizada pelo armazenamento e gerenciamento desses, a terceira e última etapa, nesta exemplificação meramente superficial, dada a profundidade e complexidade que a interligação logística pode adquirir, é a locação e o transporte do requerido. Assim, entende que a Auditoria Fiscal deveria ter buscado comprovar que adquirido um produto por uma das empresas essa o mandou entregar no endereço da Recorrente e essa o armazenou e gerenciou como se seu fosse, ou ainda, contratada a locação em uma das demais empresas o equipamento/mquinário fosse disponibilizado pela Recorrente;

e.2) Ou seja, alega que a ocorrência, em qualquer das cadeias logísticas, de fato semelhante aos exemplificados acima, deveria ser comprovado no Termo de Verificação Fiscal para fim indispensável de sustentar a alegação trazida. No entanto, a Auditoria Fiscal não se desincumbiu desse ônus. E não o fez porque não existe e nem existiu interligação logística entre as empresas que foram alvo do mencionado termo;

e.3) Quanto à interligação econômica, rechaça a interpretação dada pela Autoridade Fiscal, no sentido de que os lucros das empresas foram transferidos para a empresa Locsol Rio de Janeiro, inscrita no CNPJ sob o número 13.491.408/0001-55, e de que as despesas com pessoal foram intencionalmente distribuídas entre as demais empresas com fim de redução na carga tributária. Entende que tal interpretação não contempla, tão pouco analisa a situação fática de cada empresa do ponto de vista dos diversos fatores outros que constroem e moldam o equilíbrio necessário entre faturamento e mão de obra;

e.4) Sustenta que cada uma das empresas apontadas pela Autoridade Fiscal possui clientes próprios, com necessidades próprias e cada um deles, naturalmente, gera um percentual de lucro diferente à empresa contratada. No Termo de Verificação Fiscal não foi feita, nem sequer mencionada, nenhuma prova de transferência de lucros ou valores entre qualquer das empresas ou mesmo repasse à empresa carioca. O cumprimento desse ônus é indispensável para comprovação do alegado. Portanto, não há que se falar em interligação econômica, a uma porque nunca existiu tal integração entre as empresas, a duas porque a Autoridade Fiscal não se desincumbiu de fazer prova do alegado;

e.5) Quanto à interligação administrativa, ressalta importante afirmar que a existência de laços familiares entre sócio de empresas não caracteriza formação de grupo econômico e, tão pouco, submete as pessoas jurídicas à responsabilidade tributária solidária;

e.6) A seguir, rejeita a afirmação de que procuração constitui terceiro estranho ao quadro societário e ao contrato social em administrador de empresa ou até mesmo sócio

administrador, ou seja, alegando que, diferentemente do fundamento utilizado pela Auditoria Fiscal, o instrumento de procuração que subsidiou a exclusão das autuadas do regime de tributação do Simples Nacional, não é documento hábil a provar que senhores Affonso Franco Filho e Reinaldo de Almeida Abreu eram administradores e exerciam poder de administração nas empresas em que não integravam o quadro societário;

e.7) Entende que a nomeação do administrador pode ser processada de três modos: diretamente no contrato social no ato de sua constituição; posteriormente, através de um aditivo ao contrato social que passa a ter a mesma natureza da modalidade anterior, sobretudo a consolidação do contrato social e; ainda através de ato separado, podendo ser, por exemplo, através de ata de reunião ou assembleia dos sócios com o respectivo termo de posse. Cita os arts. 46, 998, 999, 1011, 1012 e 1062 do CC, concluindo que o administrador deverá ser designado por instrumento que passa a compor o contrato, ressaltando que, para a hipótese de nomeação de pessoa não designada no contrato social, uma vez descumprido o prazo elencado no §1º do artigo 1.062, tornará sem efeito a designação do administrador realizada em ato separado;

e.8) Argumenta que, no caso em questão, os simples instrumentos de procuração apresentados pela Auditoria Fiscal, não são documentos hábeis a constituir pessoa física como Administrador de sociedade empresária. Ressalta que, além das procurações, nenhuma prova da efetiva gestão pelos outorgados foi feita pela fiscalização, e que os referidos instrumentos de procuração, feitos no cartório de notas, costumam adotar o modelo genérico sugerido pelo próprio cartório, não comprovam, por si só, que atos de gestão foram praticados pelos outorgados;

e.9) Destaca que não foi constituído qualquer termo de posse, e, por conseguinte, não foi averbado no livro de atas da administração, e/ou averbado à margem da inscrição da sociedade perante a junta comercial, a suposta alteração da administração, o que comprova haver a ausência de interesse das mandantes em constituir novos administradores. Desse modo, não houve outorga dos poderes de administração;

e.10) Alega que, ainda que se entenda pela nomeação por procuração, faz-se necessário que qualquer instrumento de mandato que envolva a outorga de poderes próprios dos sócios, deve ser registrado na Junta Comercial, sendo que a outorga da procuração mencionada pela Autoridade Fiscal visou apenas uma tentativa (frustrada) de acordo operacional econômico, a fim de que essas empresas, por serem do mesmo seguimento, reunissem seus esforços para aumentar o poder de barganha junto aos seus fornecedores, na compra de equipamentos. Porém, cada empresa continuava com a sua gestão individualizada, com quadro societário próprio;

e.11) Cita que a exclusão é ainda mais grave em relação à coobrigada Rg-Loc Locação de Máquinas e Equipamentos Ltda. (CNPJ 00.601.606/000182). Isso porque, conforme comprovado pela própria Autoridade Fiscal, a procuração por ela outorgada e juntada aos autos às fls. 523/524 tinha validade de apenas 01 (um) ano (de 02/08/2012 a 01/08/2013). Ou seja, teria vigorado apenas em pouco meses do período autuado (01/2013 a 12/12/2015), não havendo nenhum outro instrumento de procuração a corroborar o fundamento da exclusão e autuação para os demais meses, muito menos para responder de forma solidária pelo suposto débito das demais empresas. Ressalta que, a seguir, as administradoras da Rg-Loc Locação de Máquinas e Equipamentos Ltda. se recusaram a renovar essa procuração, justamente porque detinham patrimônio próprio, sólido e absolutamente autônomo, não vislumbrando nenhuma vantagem no referido acordo;

e.12) Ainda, rejeita a existência de hierarquia administrativa entre as supostas componentes do grupo econômico, indispensável em seu entender para caracterização do grupo

econômico de fato, a partir do disposto no art. 494 da IN RFB nº. 971 de 2009. Ressalta que, no caso em exame, além de não estarem presentes os demais requisitos, conforme já demonstrado, a Auditoria Fiscal sequer tentou comprovar a existência de suposta hierarquia entre as empresas atuadas;

e.13) Assim, alega que a turma recorrida usou como razão de decidir a aparência e não a verdade real, uma vez que os fatos apurados não demonstraram a existência de interligação econômica, administrativa ou hierárquica. Ainda, entende que o conceito de grupo econômico como sendo "conjunto de sociedades empresariais ou de empresário que, sob o controle gerencial e administrativo de um indivíduo ou grupo familiar, atuem em sincronia para lograr maior eficiência a sua atividade" não encontra abrigo na legislação pátria, alegando violação ao art. 109 do CTN, uma vez que o conceito de grupo econômico encontra-se definido e acabado no art. 265 da Lei nº. 6.404 de 1976, assim estatuído: "A sociedade controladora, e suas controladas podem constituir, nos termos deste capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou participara de atividades ou empreendimentos comuns";

e.14) Ressalta que não há nos autos do processo nenhuma prova de que a atuada combinou recursos ou esforços para realização de seus objetos ou que esta, em conjunto com outra, participou de atividades ou empreendimentos comuns. Logo, o acórdão atacado, deve ser reformado, para excluir o lançamento de tributário e as multas (sic), uma vez que se baseou na aparência rins fatos e não na verdade real;

e.15) Por fim, traça considerações acerca dos impactos de lançamentos e da nova incidência tributária (decorrentes da exclusão) às empresas envolvidas, para, ao final, se insurgir contra a determinação no sentido de que os efeitos da exclusão fossem retroativos, a seu entender, em cabal violação ao ordenamento jurídico pátrio, pois a inteligência exarada no artigo 31 da Lei Complementar nº. 123, de 15.12.2006, estabelece prazos para os efeitos da aplicabilidade do referido no artigo 30, do mesmo diploma legal, o que permite que os efeitos da decisão seja *ex nunc* em relação à mesma, sendo assim, seus efeitos não podem retroagir a momentos anteriores a publicação da própria decisão. Portanto, isto não se pode admitir, pois é contrário a texto expresso de lei;

e.16) Assim, requer:

e.16.1) que o Recurso Voluntário seja recebido, conhecido e julgado procedente, para declarar a nulidade do Ato Declaratório Executivo que determinou a exclusão da ora recorrente do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, por faltar-lhe o requisito essencial da fundamentação legal;

e.16.2) Na eventualidade de se ultrapassar a nulidade acima, requer seja acolhido o presente apelo, afastando-se a configuração de grupo econômico e, consequentemente, o fundamento principal do ato de exclusão.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Heitor de Souza Lima Junior, Relator.

4. Cientificada a contribuinte da decisão de improcedência de sua manifestação de inconformidade em 21.08.2018 (e-fl. 467), a contribuinte apresentou, em 14.09.2018 (e-fl.

470), Recurso Voluntário de e-fls. 471 a 486 e anexos. Assim, o pleito é tempestivo e passo à sua análise.

Quanto à nulidade do ADE

5. Acerca da preliminar de nulidade do ADE levantada pela recorrente, com a devida vênia aos que adotam posicionamento diverso, entendo, em linha com todo o arcabouço normativo-doutrinário aplicável às nulidades no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, que somente é de se cogitar de tal nulidade, quando: a) esteja caracterizado efetivo prejuízo ao contribuinte (*pas de nullité sans grief*), com prejuízo aqui entendido como violação ao sistema de garantias processuais e/ou materiais legalmente disponibilizadas ao contribuinte e/ou b) se encontrem caracterizadas as hipóteses de nulidade estabelecidas pelos arts. 59, I e II do Decreto nº. 70.235, de 06 de março de 1972 (PAF), *verbis*:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

6. Ou seja, uma vez não caracterizada nem a existência de prejuízo ao contribuinte nem a ocorrência de quaisquer das hipóteses acima elencadas pelo art. 59 do PAF, entendo que é de se rechaçar a decretação da nulidade do ato administrativo (ADE) e, também, do Acórdão litigados, sem qualquer impedimento, todavia, a que, ao se adentrar o mérito do Recurso Voluntário, possa o Colegiado julgá-lo parcial ou totalmente procedente, caso se aceda à tese esposada pelo Recorrente, infirmando, assim, a tese jurídica que lastreou a improcedência da impugnação, tudo em linha com o disposto no art. 59, §3º. do já referido Decreto nº. 70.235, de 1972.

Art. 59

(...)

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993).

7. Defende-se, assim, aqui, que a solução mais adequada a ser adotada processualmente é o prosseguimento da análise para fins de provimento ou não do Recurso (e não a decretação de nulidade do ADE ou do acórdão recorrido), sempre que se puder concluir que no processo administrativo fiscal sob análise:

a) não houve prejuízo (violação ao sistema de garantias disponibilizado) ao contribuinte e/ou caracterização de quaisquer das hipóteses de nulidade elencadas no art. 59, I e II do Decreto nº. 70.235, de 1972, mas, sim,

b) o que há é tão somente a alegação, por parte do Recorrente, de ocorrência de violação ao arcabouço normativo em vigor por parte da autoridade julgadora, de forma a que se devesse proceder o reconhecimento da improcedência do lançamento.

8. Ainda, de se notar que tal posicionamento - decretação de nulidade somente nos casos de prejuízo e/ou nas hipóteses previstas no art. 59, I e II do PAF, com precedência do provimento recursal, a partir da análise de seu mérito, se aplicável - é suportado por

jurisprudência de longa data oriunda do STJ e do CARF, este último em sua instância máxima, na forma abaixo reproduzida.

STJ

PROCESSUAL E TRIBUTÁRIO - IMPRECISÃO NA CARACTERIZAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO - ASSINATURA DE TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA - INTIMAÇÃO - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - FORMALIDADE - INEXISTÊNCIA DE NULIDADE SEM PREJUÍZO - IMPUGNAÇÃO - PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE - VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM - AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC.

1. Hipótese em que, ao longo do processo administrativo fiscal, a recorrente foi caracterizada ora como contribuinte solidária, ora como responsável solidária, não tendo sido mencionada expressamente no auto de infração, embora tenha assinado Termo de Sujeição Passiva Solidária.

2. Não obstante a inconsistência na qualificação específica da empresa em momentos distintos (contribuinte/responsável), o auto de infração determinou a intimação tanto do contribuinte quanto do responsável, o que é suficiente para suprir a exigência de que o sujeito passivo tenha ciência do ato administrativo.

3. A formalidade é característica do processo administrativo fiscal, mas não há nulidade sem que tenha havido prejuízo, o qual, no caso, consistiria na supressão da oportunidade de apresentar impugnação. E o prejuízo foi afastado exatamente pela apresentação da impugnação. (grifei)

4. Não é relevante a ausência de considerações sobre o lançamento tributário na impugnação, pois a abrangência da defesa deduzida é determinada pela impugnante. Incide no processo administrativo o princípio da eventualidade. Se não observado, impossibilita seja dada à impugnante outra oportunidade para sanar dificuldade imposta por sua própria conduta (venire contra factum proprium).

5. Inviável o conhecimento do dissídio jurisprudencial pela ausência de cotejo analítico, que não se satisfaz com a transcrição de ementas.

6. Não ocorre violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido apresenta fundamentos suficientes para formar o seu convencimento e refutar os argumentos contrários ao seu entendimento.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(STJ. REsp 949959/PR. 2ª. Turma. Relatora: Min. Eliana Calmon, Data de Julgamento: 10/11/2009, Publicado no DJe de 19/11/2009)

Acórdão CSRF/02-02.301

NORMAS PROCESSUAIS - CAPITULAÇÃO LEGAL. NULIDADE INEXISTENTE. O estabelecimento autuado defende-se dos fatos a ele imputado, e não do dispositivo legal mencionado na acusação fiscal. Não existe prejuízo à defesa quando os fatos narrados e fartamente documentados nos autos amoldam-se perfeitamente às infrações imputadas à empresa fiscalizada. Não há nulidade sem prejuízo. (grifei)

9. Feita tal digressão, de se registrar que, no caso sob análise, tanto o Ato Declaratório de Exclusão quanto o acórdão recorrido foram formalizados por autoridade competente e que, na forma que se segue no presente voto, a partir da possibilidade deste CARF analisar de forma plena a exclusão realizada, não resta caracterizado qualquer prejuízo ao

exercício da ampla defesa pelo contribuinte (ou seja, ao se admitir o poder deste CARF de decidir a favor do contribuinte quanto ao mérito do lançamento, sobre o qual se oportunizou ampla defesa);

10. Ainda, nota-se que a contribuinte demonstrou ter plena compreensão e conhecimento das acusações que lhe foram imputadas, exaustivamente descritas no Termo de Representação Administrativa de e-fls. 02 a 36, de forma a se poder concluir ter-lhe sido propiciado o exercício de sua ampla defesa, seja através da manifestação de inconformidade de e-fls. 369 a 449 seja através do presente pleito recursal que se analisa, de e-fls. 471 a 487.

11. Assim, entendo que seja de se descartar a existência de prejuízo à parte e/ou caracterização de quaisquer das hipóteses de nulidade previstas no art. 59 do referido Decreto nº. 70.235 ou, sequer, de qualquer outra irregularidade, incorreção ou omissão, na forma prevista pelo art. 60, também daquele Decreto, e rejeito a preliminar de nulidade levantada, sem prejuízo do prosseguimento na análise de mérito do pleito, quanto à cobrança em tela.

Quanto ao mérito

12. Quanto ao mérito, assim se manifestou a autoridade julgadora de 1ª instância acerca da interligação entre as empresas, caracterizadora da existência de grupo econômico de fato:

(...)

As constatações verificadas pela Autoridade Fiscal para chegar à conclusão da existência de Grupo Econômico de fato são as seguintes:

"Loc Master:

Em 19/04/1988, é constituída a empresa LOCSOLO LOCADORA DE EQUIPAMENTOS LTDA pelos sócios Sr. Reinaldo de Almeida Abreu (66,67%) e Sr. Carlos Alberto da Costa (33,33%), localizada na rua Tupis 1682, sala 24, bairro Centro, Belo Horizonte/MG e com o objeto social de locação de Máquinas e Equipamentos.(...)

Em 13/11/1992, 5ª alteração contratual, a sede da empresa foi transferida para a Avenida dos Andradas 5.700, bairro Esplanada, Belo Horizonte/MG, onde se encontra até hoje.

Em 12/01/2012, foi feito o Ato de Transformação em Empresa Individual de Responsabilidade Ltda e a empresa passou a adotar o nome empresarial de LOC MASTER – LOCADORA DE EQUIPAMENTOS EIRELI.

Em 11/12/2012, a empresa que tem a denominação de LOC MASTER – LOCADORA DE EQUIPAMENTOS EIRELI, passou a adotar o nome fantasia de LOCSOLO –LOCADORA DE EQUIPAMENTOS.

De acordo com a última alteração contratual, a empresa não possui filiais.

O Sr. Sérgio Luiz Laender de Almeida é pai de Eunice Campos Abreu Laender de Almeida Lopes, Nathalia Campos Abreu Laender de Almeida e Laura Campos Abreu Laender de Almeida, sócias da RG LOC.

O Sr. Reinaldo de Almeida Abreu que foi sócio da LOC MASTER nos períodos de 19/04/1988 a 09/06/1988 e 14/12/1990 a 01/08/2002, é o atual administrador da empresa, nomeado através de procuração outorgada em 03/02/2012.

O Sr. Affonso Franco Filho foi sócio administrador da LOC MASTER nos períodos de 01/09/1989 a 03/03/1998 e 01/08/2002 a 04/02/2012."

A conclusão é de que a LOC MASTER (LOCSOLO) vem sendo administrada por Reinaldo de Almeida Abreu e/ou Affonso Franco Filho, na condição de sócios administradores ou procuradores com amplos poderes de gestão concedidos através de procuração outorgada. (grifei)

"LOCARBEM LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS LTDA

Em 10/05/1999, é constituída a empresa LOCARBEM pelo Sr. Rodrigo da Costa Cruz (50%) e pelo Sr. Eduardo Bolognani Ferreira (50%) localizada na rua Gonçalves Dias 1181, sala 904, bairro Funcionários, Belo Horizonte/MG e com objetivo social: Comércio e locação de máquinas, equipamentos e acessórios para a construção civil.(...)

No início do procedimento fiscal, a empresa tinha sede na rua Guimarães 800, bairro São Francisco, Belo Horizonte/MG, onde não foi encontrada. **A fiscalização foi atendida no endereço da empresa LOC MASTER, sendo que o Sr. REINALDO DE ALMEIDA ABREU é o sócio administrador da LOCARBEM e administrador por procuração da LOC MASTER e da RG LOC. (grifei)**

Durante a ação fiscal, foi efetuada alteração do endereço da empresa para Av.Jequitinhonha 50, bairro Vera Cruz, Belo Horizonte/MG.

O Sr. Sérgio Luiz Laender de Almeida é sócio da LOC MASTER é pai de Eunice Campos Abreu Laender de Almeida Lopes, Nathalia Campos Abreu Laender de Almeida e Laura Campos Abreu Laender de Almeida, sócias da RG LOC. (grifei)

RG LOC LOCADORA DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA

Em 24/03/1995, é constituída a empresa RG LOCAÇÃO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS pelo Sr. Carlos Augusto Rique Pinto Passos (50%) e pelo Sr. Rogério Ribeiro Lima (50%), localizada na rua Padre Marinho 455 – 16 andar, bairro Santa Efigênia, Belo Horizonte/MG e com objeto social: “atividades ligadas direta ou indiretamente a locação de máquinas e equipamentos para construção, podendo participar de concorrências públicas e privadas.”(...)

O Sr. AFFONSO FRANCO FILHO que foi sócio da RG LOC no período de 22/07/1999 a 03/12/1999 e o Sr. REINALDO DE ALMEIDA ABREU são os atuais administradores da empresa, nomeados através de procuração outorgada em 02/08/2012, com amplos poderes para exercer a gestão da empresa.

Eunice, Laura e Nathalia são filhas de Sérgio Luiz Laender de Almeida atual sócio da LOC MASTER e sócio da LOCARBEM no período de 04/12/2008 a 24/11/2010. Maria de Lourdes Laender de Almeida é mãe de Sérgio Luiz Laender de Almeida. (grifei)

Ou seja, as três empresas possuem, em resumo, o mesmo comando. Mas não é só, a Fiscalização acrescenta que:

"Através de pesquisa aos sites das empresas (www.locsolo.com.br, www.locarbem.com.br e www.RGLoc.com.br), podemos detectar a similaridade das plataformas e que todas as empresas se autodenominam como integrantes do Grupo LOCSOLO.

O grupo Locsolo Brasil foi fundado há mais de 25 anos e conta hoje com mais de 10 filiais em todo país. É especializada em locação de equipamentos para construção e indústria, com vários tipos de equipamentos em seu portfólio e oferece as melhores soluções para seus clientes, com qualidade, confiabilidade e segurança.(...)

Analizando o site da empresa LOC MASTER (LOCSOLO), verificamos a existência de uma relação de endereços em que a empresa poderia ser encontrada.

(...)

Intimada a esclarecer a relação existente entre a LOC MASTER (LOCSOLO) e as empresas listadas no site da LOCSOLO como endereços em outros Estados em que a LOCSOLO poderia ser encontrada, recebemos a seguinte resposta:

“Por volta do ano de 2002, em contato com outras empresas do mesmo setor, atuantes em outros Estados da Federação, surgiu a idéia de que várias empresas autônomas do mesmo setor adotassem uma estratégia de marketing e mídia, para adotar o nome fantasia LOCSOLO, dando a conotação de uma empresa com atuação em âmbito nacional.(...)”

De acordo com pesquisas realizadas nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações para a Previdência Social - GFIP constatou-se que houve frequentes transferências de empregados entre as empresas participantes do grupo econômico. (grifei)

Procedimento corriqueiro que demonstra a ligação entre as mesmas como se fossem estabelecimentos de uma empresa.(...)

Os dados constantes na tabela abaixo demonstram claramente o arranjo feito pelo Grupo LOCSOLO para subdividir o faturamento entre as empresas integrantes com a evidente pretensão de reduzir os encargos previdenciários do Grupo Econômico de Fato.

Destacamos que, todas as empresas eram optantes pelo SIMPLES. A empresa que tinha o maior faturamento era a LOCSOLO RIO DE JANEIRO (matriz e filiais) e também possuía a menor massa salarial. Essa empresa foi excluída do SIMPLES em 01/08/2014 em razão de comunicação obrigatória em virtude de excesso de receita bruta fora do ano calendário de início de atividades – acima de 20% do limite.(...)

Verificou-se a existência de procurações outorgadas pelas empresas, conferindo amplos poderes de administração aos procuradores, conforme demonstrado na tabela abaixo.

(...)

Diante da análise dos contratos sociais, das alterações contratuais e da composição societária das empresas envolvidas, não há como acolher as alegações de que as empresas seriam distintas e independentes entre si, cada uma com seus próprios administradores. A direção das empresas é composta por integrantes de um núcleo familiar.

Constatamos o entrelaçamento familiar na sociedade das empresas RG LOC, LOCARBEM, LOC MASTER e LOCSOLO (todas as empresas que usam a razão social LOCSOLO).

A conclusão é de que as empresas estavam trabalhando de forma complementar, sob uma mesma bandeira (LOCSOLO), atuando em sincronia

para lograr maior eficiência de suas atividades, submetidas ao controle familiar na gestão dos negócios comuns e concomitantes, de interesses comuns e com alternância de titularidade de quotas entre os sócios, em franca relação de coordenação entre os empreendimentos que ostentam objeto social coincidente, objetivando assim reduzir custos e usufruir tributação privilegiada (optantes pelo SIMPLES NACIONAL).

*Como bem esclareceu a Autoridade Fiscalizadora, a LOCSOLO se apresentava no mercado como uma empresa com várias filiais no país, a despeito da existência de várias empresas que usavam a razão social LOCSOLO Locadora de Equipamentos com Cnpj diferentes. **Tratava-se, na realidade, de uma empresa com várias filiais no país.***

Em resumo, as empresas - RG LOC, LOCARBEM, LOC MASTER (LOCSOLO), LOCSOLO Campinas e filial, LOCSOLO Brasília e filial, LOCSOLO Recife e filial, LOCSOLO Rio de Janeiro e filiais - na verdade eram administradas por Reinaldo de Almeida Abreu, seus familiares e Affonso Franco Filho. Quando eles próprios, Reinado e Affonso, não eram os sócios dos estabelecimentos, eles geriam os negócios das empresas através de procurações outorgadas pelos sócios ou a administração era efetuada por familiares de Reinaldo da Almeida Abreu. Essa situação indica uma gestão unificada dos negócios, e consequente falta de autonomia e independência gerencial, conforme farta documentação anexada. (grifei)

(...)

Assim, observa-se que ficou bastante comprovado nos autos que as empresas LOC MASTER Locadora de Equipamentos Eireli (LocSolo), LOCARBEM Locação de Equipamentos Ltda e RG-LOC Locação de Máquinas e Equipamentos Ltda integram um Grupo Econômico de fato.

Em consequência, tem-se que a Receita Bruta do referido Grupo Econômico, já no ano calendário de 2012, portanto antes da exclusão da LocSolo do Simples Nacional (ocorrida em 2014), ultrapassou o limite de R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) previsto no inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006 (vigente à época dos fatos geradores).

(...)”

13. Análise. Nenhum reparo a fazer à conclusão atingida pela autoridade julgadora de 1ª instância. Os indícios acima coligidos são, no entender deste Relator, caracterizadores da existência do grupo econômico de fato apontado pela autoridade fiscal, cabendo aqui, ainda, os seguintes destaques deste Relator:

13.1) O ADE de e-fl. 363 contém, de forma expressa, a fundamentação legal utilizada para fins de exclusão, a saber: arts. 29, I, 30, IV e 31, V, “a”, todos da Lei Complementar nº 123, de 2006;

13.2) Estabelece-se, consoante quadros de e-fls. 11 a 14, o vínculo familiar entre o sócio de Loc Master – Locadora de Equipamentos Eireli (antiga LocSolo – Locadora de Equipamentos e doravante aqui denominada “Loc Master”), Sr. Sérgio Luiz Laender de Almeida, e as sócias-administradoras da RG Loc Locadora de Máquinas e Equipamentos Ltda. (doravante “RG Loc”), administradoras desde 24.01.2011, com a administração de ambas as empresas sendo exercida pelos (ou transferida por procuração aos) Srs. Affonso Franco Filho e

Reinaldo de Almeida Abreu, este último também sócio administrador de Locarbem Locação de Equipamentos Ltda. (doravante Locarbem”) desde 04.12.2008.

13.3) A propósito, nota-se também que:

a) Quanto à Loc Master, o Sr. Affonso Franco Filho manteve sua qualidade de sócio administrador até 04.02.2012, data coincidente com o início da vigência de procuração outorgada ao Sr. Reinaldo de Almeida Abreu para gestão daquela Loc Master. Cediço que o teor da procuração confere ao Sr. Reinaldo a qualidade de administrador da empresa, a partir da referida data de 04/02/2012, consoante e-fls. 352-353, *verbis*:

(....) podendo para tanto, tudo praticar referente à administração de seus negócios sociais, apresentar, receber, entregar e assinar documentos e papéis de seu interesse, prestar declarações a que tem direito, concordar e discordar, tudo requerer, provar, abrir e movimentar contas bancárias, emitir e endossar cheques, solicitar talões de cheques, solicitar, fazer depósitos e retiradas, admitir e demitir empregados da Outorgante, receber quaisquer importâncias, dar recibos e quitação, adquirir e alienar imóveis em nome da Outorgante, assinando o que necessário, inclusive as respectivas escrituras, transmitir a posse, domínio, direito e ação, responder pela evicção, requerer certidões, averbações e registros, representar ainda a Outorgante em quaisquer ações em que a mesma for autora, ré, assistente, opoente, reclamante, reclamada ou chamada á autoria, podendo ditos procurador para o bom e fiel cumprimento deste mandato ainda, transigir, firmar compromissos, propor e efetivar acordos, impugnar créditos, oferecer lances, arrematar, emitir e endossar duplicatas, conceder descontos, cancelar protestos, assinar quaisquer termos, habilitar, recorrer, prestar compromissos, representar ainda a Outorgante em qualquer ação civil, criminal ou trabalhista, perante quaisquer juízo ou tribunal do país, em quaisquer instancias, contratar advogado(s) com as cláusulas "Ad judicium et extra", enfim tudo mais praticar para o bom e fiel cumprimento deste mandato e que se refira a qualquer interesse e administração da Outorgante, podendo substabelecer, Secretaria da Receita Federal, atuar perante ICP Brasil.

(...)

b) Ainda, o vínculo familiar entre o outorgante da referida procuração supra (Sr. Sérgio Luiz Laender, sócio da Loc Master) e as sócias administradoras da RG Loc soma-se à outorga de procuração novamente ao Sr. Reinaldo de Almeida Abreu (agora cf. e-fls. 354 a 355), nos mesmos termos acima, agora para administração dos negócios da RG, a partir de 03.08.2012;

13.4) Esclareça-se também que, para fins de caracterização de grupo econômico de fato e de administração em comum, cediço que não necessária a nomeação de eventual administrador de direito consoante ritos e dispositivos constantes do Código Civil (aos quais se ateve a Recorrente em boa parte de seu recurso), ou seja, **cediço que a administração através da procuração constatada na forma supra** se constitui em elemento caracterizador da interligação administrativa apontada pela autoridade fiscal;

13.5) Ainda quanto às alegações da Recorrente tecidas em sede recursal, faço notar que a interligação logística e econômica entre as empresas Loc Master, Locarbem, RG LOC e demais empresas sob a marca LocSolo não depende necessariamente, respectivamente, de entrega de equipamento destinado a uma empresa no endereço de outra, da contratação de

uma empresa e disponibilização dos equipamentos locados por outra, ou da transferência de lucros entre empresas, podendo ser evidenciada, *in casu*, no entendimento deste Relator, pelos seguintes indícios, relevantes e consistentes:

13.5.1) Apresentação de grupo de empresas ao público (clientes em potencial) em sítio, sob marca comum (Locsolo), constante da razão social ou nome de fantasia de todas as empresas, sítio onde se remete a endereços regionais diversos, como se de uma mesma empresa fossem (constantes de lista única dividida por unidades geográficas onde a Locsolo poderia ser encontrada) e, mais, para cujas alegações da empresa de se tratar, ali, de informação desatualizada ou imprópria e de possuírem todas as empresas clientes próprios, não houve apresentação de nenhuma evidência mínima documental;

13.5.2) Frequente transferência de empregados entre as mesmas, evidenciando confusão operacional e administrativa, na forma de elementos de e-fls. 228-243 e consoante, inclusive, muito propriamente relatado pela Representação Fiscal em seus itens 32 a 34 (e-fls. 23/24), *verbis*:

“(…)

32. De acordo com pesquisas realizadas nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações para a Previdência Social – **GFIP** constatou-se que houve frequentes transferências de empregados entre as empresas participantes do grupo econômico.

33. Procedimento corriqueiro que demonstra a ligação entre as mesmas como se fossem estabelecimentos de uma empresa.

34. Citamos um caso bastante peculiar, do empregado Erley Adriano da Silva Pereira contratado pela LOCARBEM em 03/03/2014 como engenheiro mecânico (CBO 2144), seu salário era de R\$4.781,25 em 07/2014 conforme declarado pela empresa em sua GFIP. Em 01/08/2014, Erley foi também admitido pela LOC MASTER para o mesmo cargo de engenheiro mecânico com um salário R\$1.629,97 e seu salário na LOCARBEM passou a ser de R\$3.151,28 no mês 08/2014, ou seja, ele continuou ganhando o mesmo salário de R\$4.781,25 (R\$1.629,97 LOC MASTER + R\$3.151,28 LOCARBEM). Observe que Erley trabalhou nas duas empresas, LOCARBEM e LOC MASTER, no período de 01/08/2014 a 16/05/2017 e quando ele foi demitido da LOC MASTER em 05/2017, seu salário na LOCARBEM que era de R\$3.573,55 foi acrescido do valor equivalente ao que ganhava na LOC MASTER, R\$2.550,23. Ele passou a ganhar na LOCARBEM o salário de R\$6.123,78.

O que se verificou foi que as empresas LOC MASTER e LOCARBEM estavam dividindo a despesa com o salário do empregado Erley Adriano. Para tanto, LOC MASTER e LOCARBEM tinham a mesma gestão financeira, administrativa e de pessoal.

35. No total, foram identificadas **9 movimentações** no período fiscalizado, conforme tabela abaixo.

(…)”

13.5.3) Quanto às empresas estabelecidas em tais endereços regionais, em todas se observa o vínculo familiar e/ou a outorga da administração plena por procuração, sempre envolvendo o sócio da Loc Master (Sr. Sérgio Luiz Laender de Almeida) ou o Sr. Reinaldo de Almeida Abreu, ambos já citados – vide itens 24 e 25 do TVF às e-fls 19 a 21;

13.5.4) O atendimento da fiscalização de Locarbem deu-se no endereço da Loc Master, através de coordenador administrativo único.

13.5.5) A identidade de atividade econômica e de responsável pela contabilidade de todas as empresas Loc Master, RG Loc, Locabem e pessoas jurídicas localizadas nos endereços regionais constantes do site do “grupo Locsolo”, consoante item 43 do TVF de e-fls. 28 a 30.

13.6) Por sua vez, quanto à hierarquia entre as componentes, embora relevante para o conceito de grupo econômico “de direito” constante da IN RFB nº. 971, de 2009, também a entendo desnecessária para a caracterização de grupo econômico de fato (hipótese que se entende caracterizada nos presentes autos). Quanto ao tema, cediço que a hipótese de se promover a segregação meramente formal de estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica, todos vinculados por direção e administração comum (ainda que por interpostas pessoas), atuando em sincronia e tendo tal segregação como objetivo a redução da carga tributária, tem como consequências:

a) A formação de um grupo econômico “de fato” entre tais pessoas jurídicas, formalmente distintas, mas materialmente confusas;

b) A possibilidade de tratamento, pelo Fisco, do conjunto de pessoas jurídicas como uma única universalidade, afastando-se assim a necessidade de cláusula taxativa prévia constante da LC nº. 123, de 2006 para a situação que aqui se discute e alegada também como causa de nulidade do ADE. Aqui, o que se caracteriza, materialmente, a partir dos indícios relevantes e consistentes coligidos aos autos, é um empreendimento único, objeto de tentativa de segregação formal, daí decorrendo a necessidade de cômputo da receita bruta agregada (cf. e-fl. 262) para fins de caracterização da violação ao limite de receita bruta legalmente estabelecido para fins de permanência no Simples Nacional;

c) Ainda, em se tratando o processo somente do ato declaratório de exclusão (tal como no presente caso), não há que se falar em discussão de responsabilização solidária quanto a crédito tributário lançado (aqui inexistente);

14. O posicionamento aqui defendido é, ainda, esposado por farta jurisprudência deste CAREF, cujas ementas e excertos bastante elucidativos de Acórdãos são abaixo reproduzidos e aqui adotados como razões de decidir adicionais quanto ao tema:

Acórdão CAREF 1001-002.465:

Ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2014

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL - GRUPO ECONÔMICO.

Ainda que se trate de conceito jurídico indeterminado, Grupo Econômico pode ser entendido como o conjunto de sociedades empresárias que atuam em sincronia, com a finalidade de buscar melhores resultados (maior eficiência) em suas atividades, **sendo prescindível a existência de relação de dominação de uma empresa do grupo em relação às demais.** (grifei)

REPRESENTAÇÃO. ATO DE EXCLUSÃO. DESPACHO MANUAL. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS.

A interposição de pessoas é causa de exclusão do Simples Nacional.

RECEITA BRUTA GLOBAL. EXCESSO.

Exclui-se do regime a pessoa jurídica cuja receita bruta anual exceder o limite definido em lei complementar.

EFEITOS DA EXCLUSÃO. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. EXCESSO DE RECEITA BRUTA.

(...)

Voto

(...)

100. Se 5 (cinco) Eirelis têm a mesma direção e exercem o mesmo gênero de atividade econômica (ensino), configuram grupo econômico irregular, porque não formalmente constituído. E se, apesar de não terem autonomia, e de estarem debaixo da mesma direção, as Eirelis que o integram mantêm, com aparente autonomia, um titular formal, então este é pessoa interposta.

(...)

108. Sobre a demonstração da existência de fato, o Professor Cândido Rangel Dinamarco leciona (Instituições de Direito Processual Civil, Vol.III. Malheiros. 4ª ed.2004, p.81):

Considera-se cumprido o ônus probandi quando a instrução processual houver chegado à demonstração razoável da existência do fato, sem os extremos da exigência de uma certeza absoluta que muito dificilmente se atingirá. A certeza, em termos absolutos, não é requisito para julgar. Basta que, segundo o juízo comum do homo medius, a probabilidade seja tão grande que os riscos de erro se mostrem suportáveis. Probabilidade é a convergência de elementos que conduzem razoavelmente a crer numa afirmação, superando a força de convicção dos elementos divergentes desta (Malatesta). Exigir certeza absoluta seria desconhecer a falibilidade humana.

(...)”

Acórdão CARF 1402-005.466:

Ementa:

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.

Voto

“(...)”

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:

(...)

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 (grifei)

(....)

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 (grifei)**

, 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.

(...)”

15. Desta forma, diante do acima exposto, entendo escorreita a caracterização da autoridade fiscal de e-fls. 02 a 36 de existência de grupo econômico de fato, a partir da segregação meramente formal da Recorrente em relação às empresas (CNPJs) listada(o)s em planilha de e-fl. 262 e, conseqüentemente, também escorreita a exclusão da Recorrente realizada na forma de Ato Declaratório de e-fl. 363.

16. Assim, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário quanto ao tema (da alegada inexistência de interligação entre as empresas em análise).

Quanto aos efeitos temporais da exclusão

17. Por fim, quanto aos efeitos temporais da exclusão, nenhum reparo a fazer à aplicação da lei levada à cabo pela autoridade fiscal (exclusão a partir de 01/06/2012), uma vez

tendo o grupo econômico de fato ultrapassado o limite estabelecido no art. 31, inciso V, alínea a da Lei Complementar no. 123, de 2006 em 05/2012, consoante planilha de e-fl. 262.

Conclusão

18. Assim, conclusivamente, diante do exposto, voto por conhecer do recurso voluntário para afastar a preliminar de nulidade do ADE e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se a exclusão tal como realizada.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior