



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15586.720427/2014-75
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-004.314 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de outubro de 2020
Recorrente BAUNILHA CONFECÇÕES LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO. FALTA DE MOTIVAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

A garantia constitucional de ampla defesa, no processo administrativo fiscal, está assegurada pelo direito de o contribuinte ter vista dos autos, apresentar impugnação, interpor recursos administrativos, apresentar todas as provas admitidas em direito e solicitar diligência ou perícia.

INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. OCORRÊNCIA.

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas.

EFEITOS DA EXCLUSÃO.

Quando ocorrer constituição de empresas por interpostas pessoas, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorrida, impedindo a opção pelo regime diferenciado pelos próximos três anos-calendário seguintes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa – Presidente

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto – Relator

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

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do r. acórdão nº **16-72.072**, proferido pela 8ª Turma da DRJ/SPO, em que por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade.

Trata o presente processo de manifestação de inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo – ADE DRF/VIT/ES nº 60/2014 (fls. 222), que excluiu a contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, a partir de 01/01/2011.

Em auditoria fiscal anteriormente realizada entre 2011 e 2012 (processo nº 15586.720522/2012-15), ficou constatada a FORMAÇÃO DE GRUPO EMPRESARIAL, incluindo o sujeito passivo BAUNILHA CONFECÇÕES LTDA - EPP, liderada pela empresa HOUSE CONFECÇÕES LTDA, com o objetivo de se beneficiar indevidamente do SIMPLES NACIONAL, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006.

Naquela ocasião, a fiscalização apurou os seguintes fatos (fls. 64/149):

☐ Através de diligências externas e do cruzamento de informações obtidas nos sistemas da Receita Federal, foram constatados indícios de FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO, com SIMULAÇÃO por parte da empresa HOUSE CONFECÇÕES LTDA, para diluir sua Receita Bruta, Movimentação Financeira e Capital Social entre vários CNPJ (matriz), utilizando-se parentes, empregados e demais pessoas, os quais figuram como interpostas pessoas das empresas do citado grupo econômico.

☐ Foram selecionadas para fiscalização as seguintes pessoas jurídicas:

NR	CNPJ	NOME DA EMPRESA	MPF
1	02.860.191/0001-97	HOUSE CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01741-4
2	04.730.083/0001-25	A G COUTINHO JOUMERO CONFECÇÕES	0720100.2011-01797-0
3	05.364.219/0001-93	BAUNILHA CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01790-2
4	04.672.015/0001-57	CONFECÇÕES PONTAL DO IPIRANGA LTDA	0720100.2011-01805-4
5	01.399.957/0001-15	CONFECÇÕES PRAÇA OITO LTDA	0720100.2011-01802-0
6	07.571.852/0001-88	COROLLA CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01792-9
7	08.892.897/0001-17	DOBLO CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01809-7
8	05.833.242/0001-80	GOL CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01794-5
9	00.700.089/0001-07	J C COMERIO COMERCIO DE CONFECÇÕES	0720100.2011-01806-2
10	05.955.225/0001-15	JARDIM CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01796-1
11	06.954.305/0001-19	LUCIA PIFFER COMERIO CONFECÇÕES	0720100.2011-01800-3
12	05.340.802/0001-64	MAICKEL COMERCIO LTDA	0720100.2011-01793-7
13	05.951.316/0001-82	MAICKEL COMERIO CONFECÇÕES	0720100.2011-01804-6
14	05.880.148/0001-81	MIRELA COMERIO COM DE CONFECÇÕES	0720100.2011-01795-3
15	02.968.672/0001-10	NACIONAL CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01808-9
16	05.201.663/0001-98	NOVO MILENIO CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01803-8
17	08.052.718/0001-33	PARATI CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01798-8
18	05.938.911/0001-88	SANDERO CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01791-0
19	07.054.181/0001-88	SIENA CONFECÇÕES LDA	0720100.2011-01799-6
20	07.819.317/0001-01	UNO CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01807-0
21	07.049.340/0001-66	X SHOX CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01801-1

□ O grupo de empresas DISTRIBUIDORA SÃO PAULO teve os seus quadros societários formados por interpostas pessoas, se beneficiando indevidamente do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, instituído pela Lei Complementar nº 123 de 14.12.2006.

□ O grupo de empresas DISTRIBUIDORA SÃO PAULO foi administrado por EDIVALDO COMÉRIO, CPF 377.025.807-04, sua esposa JORGETE COUTINHO COMÉRIO, CPF 717.854.777-49 e por seus filhos MAICKEL COMÉRIO, CPF 104.989.207-04, MIRELA COMERIO, CPF 105.595.357-40 e MILENE COMERIO, CPF 105.595.397-38. A formação do grupo de empresas teve como único objetivo diluir a Receita Bruta, Movimentação Financeira e Capital Social da empresa HOUSE CONFECÇÕES LTDA entre vários CNPJ (matriz), utilizando-se parentes, empregados e demais pessoas, que figuram como interpostas pessoas das referidas empresas, visando se beneficiar do SIMPLES NACIONAL, fraudando assim a legislação tributária, com a consequente sonegação do Imposto de Renda e das Contribuições Federais devidas.

Foi procedida a exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte SIMPLES NACIONAL, com efeitos a partir de 01/07/2007, de todas as empresas componentes do grupo empresarial DISTRIBUIDORA SÃO PAULO, inclusive da BAUNILHA CONFECÇOES LTDA -EPP (Ato Declaratório DRF/VIT nº 34/2012).

A exclusão produziu efeitos apenas até 31/12/2010.

Na presente auditoria foi constatada situação similar ao verificado anteriormente, ou seja, a utilização das mesmas interpostas pessoas no quadro societário. Também foi verificado que EDIVALDO COMERIO tornou-se o único sócio da empresa BAUNILHA CONFECÇÕES LTDA, em 13/01/2014, bem como das outras empresas do referido grupo, conforme Alterações Sociais registradas em janeiro/2014 (fl. 59/61).

A empresa apresentou manifestação de inconformidade, alegando em síntese o seguinte (fls. 228/236):

- a) O Termo de Exclusão apenas descreve que a impugnante tem seu quadro societário formado por interposta pessoa. Tal pretensa descrição nada mais é que a transcrição da norma prevista nos artigos legais citados no relatório, o que não significa que houve perfeita descrição dos fatos.
- b) Não basta o Auditor anotar a capitulação da infração e fazer a transcrição do artigo de lei como se fosse a descrição do fato - a capitulação já atinge esse objetivo. Deve especificar de maneira clara o procedimento que considerou impróprio, esclarecendo o correto. *In casu*, o Sr. Auditor fez uso apenas da capitulação da infração para descrever o fato, contrariando frontalmente a legislação e doutrina sobre o tema.
- c) As informações colhidas pelo Auditor Fiscal no bojo do procedimento de fiscalização ainda não concluído contra a Impugnante não podem ser tidas como a necessária fundamentação para este termo de Exclusão, uma vez que sendo um ato acessório praticado no bojo do processo de fiscalização, deve este ato conter a sua motivação específica e necessária para o exercício de defesa da Impugnante.
- d) Assim, cerceou o direito constitucional de defesa da Impugnante, previsto no art. 5º, inc. LV, da CF/88, pois, em virtude da subjetividade da descrição, omitiu possíveis fatos que serviriam de análise na apresentação da presente defesa, dificultando a compreensão da acusação.
- e) Nada restou demonstrado nos autos como motivos para a exclusão do SIMPLES, na medida em que sequer uma linha sobre isso no presente termo.
- f) É princípio da norma de criação do SIMPLES que as empresas sejam orientadas antes da lavratura de autos de infração, na forma estabelecida no artigo 55 da Lei Complementar 123/2006, o que não ocorreu no caso dos autos.
- g) Faz jus a Impugnante ao cancelamento da punição em tela, vez que patenteada, de forma inexorável, a observância de todas as normas legais que regem a matéria posta sob análise, requerendo assim seja provida a presente impugnação para reformar a decisão que culminou a pena de exclusão à Impugnante do SIMPLES, mantendo a sua adesão consoante os fundamentos expostos acima.

h) A retroatividade aplicada pela decisão ora impugnada não pode ser aceita, na medida em que deve ser observada a ocorrência da presente causa de exclusão somente agora.

i) A redação do texto legal é bem clara no sentido de que os efeitos da exclusão se dá no próprio mês em incorrida a exclusão, e não a hipótese de exclusão como quer crer a decisão impugnada.

j) Os efeitos da exclusão não podem ser desde 01/01/2011 na medida em que a exclusão somente se deu neste mês de Outubro de 2014, sendo assim somente a partir deste mês que a esta poderá se operar.

k) Caso seja mantida a exclusão, requer seja fixado o marco da retroatividade como sendo o mês de Outubro de 2014 como apontado nesta impugnação, por ser medida da mais pura Justiça.

O pleito foi analisado pela DRJ de São Paulo que manteve o r. despacho decisório conforme se observa a seguir:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO. FALTA DE MOTIVAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

A garantia constitucional de ampla defesa, no processo administrativo fiscal, está assegurada pelo direito de o contribuinte ter vista dos autos, apresentar impugnação, interpor recursos administrativos, apresentar todas as provas admitidas em direito e solicitar diligência ou perícia.

INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. OCORRÊNCIA.

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas.

EFEITOS DA EXCLUSÃO.

Quando ocorrer constituição de empresas por interpostas pessoas, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorrida, impedindo a opção pelo regime diferenciado pelos próximos três anos-calendário seguintes.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em litígio

Inconformada a Recorrente apresentou Recurso Voluntário em que reitera as razões de sua inconformidade.

É o relatório.

Fl. 6 do Acórdão n.º 1201-004.314 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 15586.720427/2014-75

Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, Relator.

Admissibilidade

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

Preliminar

A Recorrente alega em sede preliminar a nulidade do Termo de Exclusão, por suposta ausência de requisito essencial no auto de infração e cerceamento de defesa, por não ter sido cumprido o requisito prescrito no art. 10, III do Decreto n. 70.235/72:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

Alega que o Termo de exclusão apenas indicou que a Recorrente tem seu quadro societário formado por interposta pessoa. Em que pese o inconformismo da Recorrente, não há como discordar do r. acórdão recorrido quando ele afirma:

Contrariamente ao alegado, foram explicitados os motivos pelos quais não houve o reconhecimento do direito creditório pleiteado.

O Ato Declaratório Executivo DRF/VIT/ES nº 60/2014 foi motivado pela Representação Fiscal lavrada em 24/9/2014 (fls. 2/5), que é a peça inicial do presente processo.

Nela estão detalhadamente descritos os motivos e os fatos que determinaram a aplicação do inciso IV, do art. 29, e § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006, que assim dispõem:

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

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

§1o Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas,

impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes."

Na representação foi mencionado o processo administrativo nº 15586.720522/2012-15, cujos desdobramentos culminaram na exclusão objeto do presente processo.

A seguir reproduzimos parcialmente trecho da representação que deixa claro os motivos do ADE nº 60/2014:

Na presente auditoria, abrangendo o período de **2009 a 2011**, relativamente aos componentes do quadro societário de todos os estabelecimentos acima identificados, integrantes do grupo empresarial DISTRIBUIDORA SÃO PAULO, ficou constatada situação similar ao verificado pela última auditoria, ou seja, **a utilização das mesmas interpostas pessoas no quadro societário**, quais sejam:

Razão Social / CNPJ	Dt Início	Dt Fim	Nome Responsável	CPF	Qualificação
Baunilha Confeções Ltda – EPP - CNPJ 06.364.219/0001-93	28/10/2002	11/03/2011	MARIA COUTINHO RIBEIRO	377.084.307-04	SOCIO-ADMINISTRADOR
	28/10/2002	11/03/2011	ALZIRA COUTINHO XIBLE	872.775.657-20	SOCIO
	11/03/2011	17/04/2013	LUCAS DE AVILA COMERIO	125.800.387-28	SOCIO-ADMINISTRADOR
	11/03/2011	17/01/2014	MARIA DE FATIMA BASTOS SILVA	451.831.557-04	SOCIO
	17/04/2013	07/01/2014	JORGETE COUTINHO COMERIO	717.854.777-49	SOCIO-ADMINISTRADOR
	07/01/2014		EDIVALDO COMERIO	377.025.807-04	SOCIO-ADMINISTRADOR

Soma-se a isto, o fato de EDIVALDO COMERIO ter assumido como único sócio da empresa BAUNILHA CONFECÇÕES LTDA - EPP em 07/01/2014, bem como das outras empresas do referido grupo, conforme Alterações Sociais registradas em Janeiro/2014.

O ato declaratório contém todos os requisitos exigidos na legislação, não havendo que se falar em nulidade por falta de algum elemento essencial. O contribuinte está identificado, o fato foi descrito, foi apontado o enquadramento legal e os motivos que fundamentaram o indeferimento do pedido.

Neste procedimento foi constatada situação similar à descrita em auditoria anterior, não havendo óbice nenhum para que novo procedimento seja realizado. Aliás, tal procedimento, não só pode, como deve ser feito, sob pena de responsabilidade da autoridade administrativa, em face do transcurso do prazo decadencial.

No Decreto nº 70.235/1972 estão previstas apenas mais duas hipóteses de nulidade dos atos processuais, entre os quais se incluem os despachos decisórios, quais sejam, a dos incisos I e II, do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.748/93, *in 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.

(...).”

O princípio da ampla defesa e do contraditório está elencado no artigo 5º, letra LV da Constituição Federal, que assim dispõe:

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A simples leitura do dispositivo constitucional demonstra, de pronto, que não ocorreu qualquer violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa nele esculpidos, posto que, no caso vertente, a recorrente teve ciência do ato declaratório, sendo-lhe concedido o prazo de trinta dias para a apresentação de manifestação de inconformidade.

A instauração do contraditório está demonstrada, de modo inequívoco, tendo sido assegurado à contribuinte o direito de apresentar as razões de fato e de direito que militam a seu favor e produzir todas as provas admitidas no direito, para corroborar suas alegações, requerendo, inclusive, a realização de diligências e perícias.

Ante o exposto, rejeito a preliminar suscitada, haja vista terem sido cumpridos os requisitos legais prescritos na legislação de vigência.

Mérito

No mérito, a Recorrente passa a fazer considerações sobre a definição de grupo econômico, para sustentar que as empresas em análise não fazem parte de um mesmo grupo. Ocorre que as meras alegações da Recorrente sem um conjunto probatório substancial equivalente ao que amparou a acusação fiscal é insuficiente para alterar o resultado de julgamento proferido pela r. DRJ, que assim se manifestou:

A fiscalização trouxe aos autos os seguintes elementos de prova para embasar suas conclusões (fls. 150/218):

- ☐ Termo de Declaração de Edvaldo Comério, sócio-gerente da pessoa jurídica House Confecções Ltda.
- ☐ Termo de Declaração de Maickel Comério, um dos filhos de Edivaldo.

- ☐ Termo de Declaração de Rivelino Elias Rafael, que exerceu a função de motorista da empresa Zen Indústria e Comércio de Confeções - única fábrica do grupo Distribuidora São Paulo - desde 2007.
- ☐ Termo de Declaração de Aguiel Pereira da Silva, gerente da loja da empresa Maickel Comércio, e que trabalhou como gerente da empresa Gol Confeções.
- ☐ Rafael Ribeiro Souza, analista de sistemas na empresa Mavix Security Solutions desde 2011. É amigo da família e não recebeu qualquer quantia para participar do quadro societário das empresas Nacional Confeções Ltda. e Uno Confeções Ltda.
- ☐ Termo de Declaração de Thiago Ribeiro Sousa, que constou no quadro societário das empresas Siena Confeções Ltda e X-Shox Confeções Ltda.
- ☐ Termo de Declaração de Milene Comércio, que trabalha no escritório da empresa House Confeções Ltda., e é filha de Edivaldo Comércio.
- ☐ Termo de Declaração de Mirela Comércio, que trabalha no grupo de empresas da Distribuidora São Paulo, e é filha de Edivaldo Comércio.
- ☐ Termo de Declaração de Jorgete Coutinho Comércio, que trabalha no grupo de empresas da Distribuidora São Paulo, e é esposa de Edivaldo Comércio.
- ☐ Termo de Declaração de Silvano Carlos de Souza, que trabalhou no departamento financeiro da empresa House Confeções Ltda. no período de 1/3/2005 a 1/10/2010, e constou do quadro societário da empresa Parati Confeções Ltda.
- ☐ Termo de Declaração de Maria Coutinho Ribeiro, professora aposentada e cunhada de Edivaldo Comércio. Constou do quadro societário das empresas Baunilha Confeções Ltda. Corolla Confeções Ltda. e Sandero Confeções Ltda., mas nunca foi dona ou exerceu cargo de gerência.

- ☐ Novo Termo de Declaração de Edvaldo Comério, sócio-gerente da pessoa jurídica House Confeções Ltda., datado de 14/9/2012.
- ☐ Termo de Declaração de Monica de Souza Machado, contadora que presta serviços para empresas do grupo Distribuidora São Paulo.
- ☐ Termo de Declaração de Josieli Maiolli, que presta serviços para empresas do grupo Distribuidora São Paulo.
- ☐ Termo de Declaração de Gilberto José do Carmo Batista, que prestou serviços para empresas do grupo Distribuidora São Paulo, no período de outubro de 2005 a meados de 2008.
- ☐ Termo de Declaração de Erikson Tesolini Viana, que trabalhou no Banco Real, agência 0874, no período de novembro de 2007 a julho de 2009, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.
- ☐ Termo de Declaração de Fabricio Borges Penhalves, que trabalhou na Caixa Econômica Federal, agência 0168, no período 2006 a 2010, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.
- ☐ Termo de Declaração de Joana Darc Valente B. Vasconcelos, que trabalhou no Banestes, agência 183, no período de janeiro de 2008 a 2010, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.
- ☐ Termo de Declaração de Valeria Feitosa dos Santos Ghidetti, no Banestes, agência 183, no período de 2004 a 2009, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.
- ☐ Termo de Declaração de Wanderley Muniz de Oliveira, no Banestes, agência 183, no período de 2007 a 2009, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.

☐ Termo de Declaração de Rosely Gomes Falcão Paulo, no Banestes, agência 183, no período de 2007 a 2009, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.

☐ Termo de Declaração de Valter Denadai Junior, no Banestes, agência 183, no período de 2006 a 2008, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.

☐ Termo de Declaração de Lilian de Almeida Cassa, no Banestes, agência 183, no período de 2008 a 2010, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.

Esta mesma Lei Complementar, no § 4º, do seu art. 3º, veda o benefício do tratamento jurídico diferenciado em diversas situações, *in verbis*:

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

I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

*III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do **caput** deste artigo;*

*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;*

VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

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;

X - constituída sob a forma de sociedade por ações.

XI - cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade."

A interposição de pessoas fica configurada no momento em que membros da família e amigos, que não exerciam qualquer função nas empresas do grupo, integravam seus quadros societários; ou ainda, quando demonstrado que os familiares que trabalhavam nas empresas exerciam suas funções sob o comando de Edivaldo Comério.

Diante da vedação legal de Edivaldo Comério figurar no quadro societário das empresas e se beneficiar do regime tributário simplificado, interpostas pessoas é que se tornaram sócias das várias pessoas jurídicas integrantes do grupo econômico.

Os termos de declaração anexados pela fiscalização são convergentes e demonstram a ocorrência dos seguintes fatos: i) há um controle centralizado da direção das empresas por Edivaldo Comério; ii) várias pessoas que figuravam no quadro societário não exerciam qualquer função de gerência nas empresas, e constaram do quadro social a pedido de Edivaldo Comério; iii) várias das empresas integrantes são

administradas por membros da mesma família e exercem atividades empresariais de um mesmo ramo - revenda de artigos de vestuário, cama, mesa e banho; iv) os prestadores de serviços contábeis e os funcionários dos bancos em que as empresas tinham conta bancária corroboram a afirmação de que havia um grupo econômico de fato, controlado por Edivaldo Comério; v) existência de documentos comprobatórios da formação do grupo econômico, tais como cópias de Propostas de Abertura de Contas, procurações, cheques, contratos de empréstimos, contratos de locação, fitas de caixa que demonstram transferências de recursos efetuadas entre as empresas do grupo etc.

A impugnação interposta no processo nº 15586.720522/2012-15, foi julgada improcedente em primeira instância, em decisão assim ementada:

"ALEGAÇÕES DE NULIDADE.

Verificado que a fiscalização cumpriu os requisitos formais e materiais estabelecidos pelas normas legais de regência, especialmente quanto a descrição das irregularidades apuradas, não há que se falar em nulidade da autuação, tampouco das exclusões do Simples.

SIMPLES. EXCLUSÃO DE OFÍCIO RETROATIVA E AUTO DE INFRAÇÃO CONCOMITANTE.

Correta a exclusão retroativa do Simples Nacional de empresa que não poderia optar por esses regimes de tributação beneficiada, em face de o montante real de suas receitas exceder o limite legal e outras irregularidades, bem como das empresas coligadas, em realidade filiais; correto também o concomitante lançamento de ofício dos tributos devidos.

OMISSÃO DE RECEITAS APURADA NOS PRÓPRIOS REGISTROS CONTÁBEIS DA EMPRESA.

Verificada a omissão de receitas na própria escrituração da empresa, no confronto com os valores informados à Receita Federal, correta a exigência das diferenças de tributos devidos mediante lançamento de

ofício, no Regime de Tributação aplicável ao contribuinte, no caso, lucro presumido.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA E PESSOAL São coobrigados os que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e, comprovada a prática de ilícitos tributários por dirigentes de pessoas jurídicas para evadir-se tributação, deve a responsabilidade tributária recair sobre aqueles que se beneficiaram desses procedimentos, bem como sobre as empresas criadas para esse fim.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Caracterizado o intuito de fraudar o Fisco, mediante a fragmentação das receitas da empresa, correta a aplicação da multa no percentual de 150%.

JUROS DE MORA À TAXA SELIC O crédito tributário não integralmente pago no vencimento, principal e multa de ofício, é acrescido de juros de mora à taxa Selic, seja qual for o motivo determinante da falta, por expressa determinação legal."

Os fatos narrados naquele processo configuram abuso de personalidade jurídica, sendo que restou claramente demonstrada a confusão patrimonial entre as empresas. O objetivo é a diminuição indevida da carga tributária, com desrespeito às vedações da Lei Complementar nº 123/2003, que instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL.

O conjunto fático-probatório coligido no processo nº 15586.720522/2012-15 evidencia a existência de grupo econômico de fato e da interposição de pessoas, sendo legítima a exclusão com base no inciso IV, do art. 29, e § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006.

Assim, é de se manter a r. decisão recorrida, haja vista que amparada em análise fático probatória esmerada.

Por fim, quanto aos efeitos retroativos da decisão de exclusão, em que pese a interpretação proposta pela Recorrente, minha leitura do §1º do art. 29, da Lei Complementar n. 123/2006 converge com a adotada pela r. DRJ.

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

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, **a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas**, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Significa dizer que a exclusão produz efeitos a partir do mês em que incorrida uma das hipóteses previstas nos itens II a XII, inclusive o de excluir a empresa do regime simplificado.

Ante todo o exposto, voto por CONHECER e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto