



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	15983.720126/2014-69
ACÓRDÃO	1301-006.966 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	11 de junho de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	COLEGIO JEAN PIAGET S/S LTDA - EPP
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2007

PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DA DRJ. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

Não há que se falar em nulidade do acórdão da DRJ por ausência de fundamentação quando a decisão enfrenta as alegações apresentadas pelo Recorrente, ainda que de forma sucinta. Fundamentação sucinta que não se confunde com fundamentação deficiente ou com ausência de fundamentação.

Assunto: Simples Nacional

Ano-calendário: 2007

SIMPLES NACIONAL. PESSOA JURÍDICA DECORRENTE DE CISÃO OU DESMEMBRAMENTO. EXCLUSÃO. LEGITIMIDADE.

Criação de nova pessoa jurídica, para exercício de mesma atividade e em mesmo local da atuação de filial de pessoa jurídica antecessora. Transferência de funcionários. Comprovação de circunstâncias que demonstraram a segregação de uma pessoa jurídica anterior, resultando em pessoa jurídica desmembrada. Aplicação da vedação do art. 3º, § 4º, IX, da Lei Complementar nº 123/2006. Legitimidade da exclusão de ofício.

SIMPLES NACIONAL. OPÇÃO ANUAL. EXCLUSÃO POR DESMEMBRAMENTO. EFEITOS.

Sendo a opção pelo Simples Nacional anual e considerando que a vedação existente para as pessoas jurídicas resultantes de desmembramento se limita aos cinco anos-calendário anteriores, deve ser considerada legítima a adesão a partir do momento em que o impedimento deixou de existir.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, em dar parcial provimento ao recurso, para cancelar os efeitos do Ato Declaratório Executivo nº 36/2014, a partir de 01/01/2008.

Sala de Sessões, em 11 de junho de 2024.

Assinado Digitalmente

Eduardo Monteiro Cardoso – Relator

Assinado Digitalmente

Rafael Taranto Malheiros – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores lagaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Eduardo Monteiro Cardoso, Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 728/742) interposto em face de acórdão da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campo Grande (DRJ/CGE) que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada, mantendo o Ato Declaratório Executivo DRF/STS nº 36/2014, que excluiu o Recorrente do regime do Simples Nacional (fls. 607). Este ADE foi formulado nos seguintes termos:

Art. 1º Excluir do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a pessoa jurídica a seguir identificada, nos termos do artigo 28, parágrafo único, da Lei Complementar nº 123/2006 e do artigo 5º, inciso XI, da Resolução CGSM nº 15/2007, pois foi constatado que quando do ingresso no Regime do Simples Nacional a empresa incorria nas hipóteses de vedação previstas nos incisos V e IX do § 4º do artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006 e nos incisos VI e X do artigo 12 da Resolução CGSM nº 4/2007, por ser resultante de desmembramento de pessoa jurídica ocorrida em um dos cinco anos-calendário anteriores e pela atuação de seu sócio-administrador em empresas com fins lucrativos cuja receita bruta global no ano-calendário de 2006, anterior à opção, por superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), conforme apurado no processo administrativo nº 15983.720126/2014-69:

NOME EMPRESARIAL COLÉGIO JEAN PIAGET S/S LTDA. – EPP**CNPJ****04.947.587/0001-00**

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de dia 01/07/2007, conforme disposto no art. 6º, inciso VII, da Resolução CGSM nº 15/2007.

O ato administrativo citado foi proferido após formalização de Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional (fls. 431/449), segundo o qual a Fiscalização teria constatado que o Recorrente teria sido criado a fim de desmembrar a Organização Santista de Ensino S/C Ltda. (“Organização Santista”), constituída em 18/09/1967, e que tinha como sócios-administradores Antonio José Vieira, Marlene Oliveira Rosa Vieira e Alexandre Thomaz Vieira.

De acordo com a Fiscalização, em 25/02/2002 foram abertas as seguintes pessoas jurídicas: (i) Associação Piagetiana de Ensino (“Associação Piagetiana”), (ii) Centro Piagetiano de Educação Infantil S/S Ltda. (“Centro Piagetiano”), (iii) Colégio Jean Piaget S/S/ Ltda. - EPP (“Colégio Jean Piaget”, ora Recorrente) e (iv) Instituto Piagetiano de Ensino S/S Ltda. - EPP (“Instituto Piagetiano”). Em todas estas pessoas jurídicas havia participação societária de um ou mais membros da família Vieira, conforme relacionado de forma pormenorizada na Representação. Ainda, quase todos os empregados da Organização Santista teriam sido transferidos, sem desligamento, para as quatro pessoas jurídicas citadas. Também foi constatada uma “movimentação dos segurados empregados entre as referidas empresas”.

A ação fiscal também trouxe aos autos documentos de um processo do Conselho Estadual de Educação de São Paulo (Processo nº 078/91) em que se buscou a “convalidação de atos escolares praticados”, quando se citou as unidades que seriam mantidas pela Organização Santista.

A Representação também destaca pesquisa feita na *internet*, na página eletrônica do Colégio Jean Piaget, onde é informado que: (i) a gerência seria feita pelos pais Antonio José Vieira e Marlene Oliveira Rosa Vieira e por um dos filhos, Alexandre Thomaz Vieira, (ii) a estrutura estaria distribuída em quatro unidades, para atender os níveis escolares da Educação Infantil, Ensino Fundamental I e II e Ensino Médio, (iii) o nome fantasia “Colégio Jean Piaget” seria utilizado pelas quatro pessoas jurídicas do grupo e (iv) a informação de que o “Colégio Jean Piaget” teria sido fundado em 1976, remetendo à constituição da Organização Santista de Ensino. Foi apurado que não havia pagamento ou recebimento pelo uso da marca e que no crachá dos funcionários de todas as unidades estaria a logomarca do “Colégio Jean Piaget”. Assim, estaria claro que as quatro entidades seriam pessoa jurídica única, desmembrada em unidades.

A Fiscalização também apurou, a partir dos Livros Diário e Razão de cada pessoa jurídica, que estas “apresentam movimentações referentes a empréstimos, troca de cheques, aluguel pago ao casal Antonio José Vieira e Marlene Oliveira Rosa Vieira” e “depósitos em conta correntes nos bancos entre as companhias”.

Diante desse cenário fático, a ação fiscal concluiu pela exclusão do Recorrente do Simples Nacional, com efeitos a partir da 01/07/2007 (data da sua opção), “pois sua constituição é

resultante do desmembramento de pessoa jurídica” (fls. 447). Esta conclusão foi fundamentada no art. 3º, § 4º, IX, da Lei Complementar nº 123/2006 e corroborada pelas Resoluções CGSN nº 04/2007 e 15/2007.

A Representação foi encaminhada internamente para análise, tendo sido elaborado Despacho (fls. 595/606) posteriormente encaminhado ao Delegado da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Santos, com a seguinte conclusão:

Diante de todo o exposto, PROponho a EXCLUSÃO DE OFÍCIO da empresa COLÉGIO JEAN PIAGET S/S LTDA - EPP do SIMPLES NACIONAL, com efeitos a partir de 01/07/2007, nos termos do art. 28, parágrafo único, da Lei Complementar Nº 123/2006 e dos art. 5º, inciso XI, e art. 6º, inciso VII, ambos da Resolução CGSN Nº 15/2007, pois foi constatado que, quando do ingresso no Regime do SIMPLES NACIONAL, a supracitada empresa incorria nas hipóteses de vedação previstas nos incisos V e IX do § 4º do art. 3º da Lei Complementar Nº 123/2006 e nos incisos VI e X do art. 12 da Resolução CGSN Nº 4/2007, ao ser resultante do desmembramento parcial de fato da empresa “ORGANIZAÇÃO”, ocorrido no ano-calendário 2002, em um dos 5 anos-calendário anteriores à opção pelo SIMPLES NACIONAL (01/07/2007), e pela atuação de fato do seu sócio-administrador, Sr. ANTÔNIO JOSÉ VIEIRA, como administrador ou equiparado nas empresas com fins lucrativos (“CENTRO” e “INSTITUTO”), cuja receita bruta global das três empresas (R\$ 4.566.719,17), no ano-calendário imediatamente anterior à opção (2006), foi superior a R\$ 2.400.000,00.

Inconformado, o Recorrente apresentou Manifestação de Inconformidade (fls. 620/711), que foi rejeitada pela DRJ por meio de acórdão (fls. 717/721) fundamentado da seguinte forma:

Trata-se de exclusão do Simples Nacional em razão da incorrência da contribuinte em hipóteses de vedação, por ser esta resultante de desmembramento de pessoa jurídica ocorrido em um dos cinco anos-calendário anteriores e pela atuação de seu sócio-administrador em empresas com fins lucrativos cuja receita bruta global no ano-calendário anterior à opção ultrapassou o limite estabelecido.

A contribuinte alega que o registro da sua constituição deu-se em 11/03/2002, sendo que em 01/07/2007 já haviam transcorrido mais de cinco anos, não existindo, assim, impeditivo para sua adesão ao Simples Nacional nessa data.

Estabelecem os incisos V e IX do §4º do artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006: [...]

Verifica-se que é impeditivo o desmembramento da pessoa jurídica ocorrido em um dos cinco anos-calendário anteriores. No caso em tela, a adesão ao Simples Nacional deu-se em 01/07/2007. O registro da constituição da empresa ocorreu em 11/03/2002. Veja-se que os cinco anos-calendário anteriores são: 2006, 2005, 2004, 2003 e 2002. Portanto, tendo ocorrido o desmembramento durante o ano-

calendário de 2002, resta inconteste a incorrência na referida hipótese de vedação.

Relativamente à alegação da impugnante de que o impedimento não se encontra mais presente desde 01/01/2008, não sendo possível a exclusão do Simples Nacional a partir dessa data, tem-se que caberia à própria contribuinte a comunicação da exclusão obrigatória decorrente do desmembramento ocorrido e, posteriormente, nova opção a partir de 01/01/2008, conforme seu desejo. Isso, de acordo com o disposto no artigo 28, caput, da LC 123/2006, verbis: [...]

Quanto à hipótese impeditiva prevista no V do §4º do artigo 3º da referida LC 123/2006, vê-se que os fatos descritos na Representação para Exclusão do Simples, fls. 431/449, e no Despacho Decisório, fls. 595/606, são bastante esclarecedores, demonstrando que a empresa, quando do ingresso no Simples Nacional, enquadrava-se no aludido dispositivo legal.

Portanto, em razão da primazia da verdade material sobre a formal, um dos princípios que norteiam o processo administrativo tributário, restam comprovadas as aludidas hipóteses de vedação aos benefícios do tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar 123/2006, devendo ser mantida a exclusão da empresa do Simples Nacional, formalizada por meio do Ato Declaratório Executivo-ADE da DRF/STS nº 36, de 10/10/2014, juntado às fls. 607.

Desta forma, não se pode acolher o pleito da contribuinte.

O Recorrente, então, interpôs Recurso Voluntário (fls. 728/742), alegando, em síntese, que:

- (i) Preliminarmente, o acórdão da DRJ seria nulo por ausência de fundamentação, pois concluiu ter se verificado a hipótese de exclusão “de forma sucinta, sem sequer analisar vários argumentos de defesa de grande relevância apresentados pelo contribuinte”. Haveria violação ao art. 5º, LV, da Constituição da República;
- (ii) Haveria impossibilidade de exclusão do Simples Nacional em 2014, após mais de 7 (sete) anos da adesão, feita em 2007, e com base na criação da pessoa jurídica, ocorrida em 2002. Estariam violados, com isso, o art. 173 do CTN e o princípio da segurança jurídica, previsto no art. 2º da Lei nº 9.784/99 e que seria decorrente dos princípios da legalidade, da proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, entre outros (art. 5º, III, XXXVI e XXXIX da Constituição da República);
- (iii) O Ato Declaratório Executivo deveria ser cancelado, por falta de observância dos arts. 88 e 89 da Lei Complementar nº 123/2006. Isso porque o regime de tributação simplificada teria iniciado em 01//07/2007, razão pela qual a vedação de que a pessoa jurídica não pudesse ser originada de cisão ou desmembramento abrangeria os cinco anos-calendário anteriores. Porém, segundo a própria Representação, o desmembramento teria sido feito em 11/03/2002, data da constituição do Recorrente, momento este anterior ao lapso de cinco anos contados de 01/07/2007. Ainda, “a divisão da antiga

Organização em três empresas foi uma decisão familiar, não objetivando a inclusão destas no SIMPLES NACIONAL na ocasião, mas a divisão de atribuições a cada um dos administradores das três empresas resultantes dessa divisão, objetivando uma melhor administração de cada uma delas [...]”;

- (iv) Mesmo que se conclua que o impedimento existiria a partir de 01/01/2002, para os anos-calendário seguintes a 2007 (2008 em diante) “o alegado impedimento não se encontra mais presente, não sendo possível a exclusão do SIMPLES NACIONAL [...]”;
- (v) Para fins de adesão ao SIMPLES NACIONAL, “devem ser observados estritamente os sócios e/ou administradores que constam dos contratos sociais”;
- (vi) É natural que as pessoas jurídicas com ligações familiares contratem serviços especializados de um mesmo prestador, o que não significa a existência de irregularidade.

Em 27/02/2024, foi realizada Solicitação de Juntada, aceita em seguida, contendo Petição (fls. 762/779) e o Acórdão nº 1201-006.206 (fls. 780/796), em que houve provimento do Recurso Voluntário do Instituto Piagetiano envolvendo a sua exclusão do regime do Simples Nacional. Defendeu que a situação fática seria idêntica e que a mesma conclusão deveria ser aplicada neste caso.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Eduardo Monteiro Cardoso**, Relator

O Recurso Voluntário foi interposto em 24/10/2016 (fls. 726), dentro do prazo de 30 (trinta) dias contados da intimação (fls. 724), por procurador habilitado. Assim, presentes os pressupostos formais, conheço o recurso.

Como relatado, trata-se de discussão a respeito da legitimidade do Ato Declaratório Executivo DRF/STS nº 36/2014, que excluiu o Recorrente do regime do Simples Nacional. Passo, a seguir, a analisar as alegações recursais.

I. Preliminar de nulidade do acórdão recorrido por ausência de fundamentação

Preliminarmente, o Recorrente alegou a nulidade do acórdão da DRJ, por ausência de fundamentação. Isso porque a decisão recorrida não teria analisado “vários argumentos de defesa de grande relevância”, como (i) aplicação dos arts. 88 e 89 da Lei Complementar nº

123/2006, (ii) o fato de que o registro de constituição do Recorrente teria ocorrido em 11/03/2002, sendo que em 01/07/2007 já havia transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos impeditivo de sua adesão ao Simples Nacional, e (iii) não haveria prova material da violação ao art. 3º, § 4º, V, da Lei Complementar nº 123/2006.

Analisando o acórdão recorrido, verifico que houve apreciação efetiva da alegação a respeito do suposto transcurso do prazo de 5 (cinco) anos do desmembramento, em função da criação do Recorrente ter ocorrido em 11/03/2002. Também foi apreciado o argumento da inexistência de impedimento a partir de 01/01/2008. Veja-se:

Verifica-se que é impeditivo o desmembramento da pessoa jurídica ocorrido em um dos cinco anos-calendário anteriores. No caso em tela, a adesão ao Simples Nacional deu-se em 01/07/2007. O registro da constituição da empresa ocorreu em 11/03/2002. Veja-se que os cinco anos-calendário anteriores são: 2006, 2005, 2004, 2003 e 2002. Portanto, tendo ocorrido o desmembramento durante o ano-calendário de 2002, resta inconteste a incorrência na referida hipótese de vedação.

Relativamente à alegação da impugnante de que o impedimento não se encontra mais presente desde 01/01/2008, não sendo possível a exclusão do Simples Nacional a partir dessa data, tem-se que caberia à própria contribuinte a comunicação da exclusão obrigatória decorrente do desmembramento ocorrido e, posteriormente, nova opção a partir de 01/01/2008, conforme seu desejo. Isso, de acordo com o disposto no artigo 28, caput, da LC 123/2006, verbis: [...]

Ainda, o acórdão recorrido fez referência aos fatos descritos na Representação e no Despacho da SEORT, indicando o seu acolhimento expresso:

Quanto à hipótese impeditiva prevista no V do §4º do artigo 3º da referida LC 123/2006, vê-se que os fatos descritos na Representação para Exclusão do Simples, fls. 431/449, e no Despacho Decisório, fls. 595/606, são bastante esclarecedores, demonstrando que a empresa, quando do ingresso no Simples Nacional, enquadrava-se no aludido dispositivo legal.

Portanto, em razão da primazia da verdade material sobre a formal, um dos princípios que norteiam o processo administrativo tributário, restam comprovadas as aludidas hipóteses de vedação aos benefícios do tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar 123/2006, devendo ser mantida a exclusão da empresa do Simples Nacional, formalizada por meio do Ato Declaratório Executivo-ADE da DRF/STS nº 36, de 10/10/2014, juntado às fls. 607.

Ao fazer referência aos fatos citados pelos atos mencionados, é evidente que o acórdão da DRJ entendeu estar provada a violação ao art. 3º, § 4º, V, da Lei Complementar nº 123/2006. Ao citar os atos anteriores, o acórdão se utilizou de fundamentação “per relationem”, amplamente admitida no E. STJ (REsp nº 1.443.593/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJ 12/06/2015) e

neste Carf, conforme se verifica pelo art. 114, § 12, I, do RICARF e pelos seus precedentes, inclusive desta Turma:

Fundamentação per relationem. Validade. A técnica da fundamentação per relationem, na qual se utilizam fundamentos de decisão anterior como razões de decidir, não configura ofensa à exigência legal de motivar as decisões, nem desrespeito à ampla defesa e ao contraditório. (Acórdão nº 1301-002.671, Rel. Cons. Roberto Silva Junior, Sessão de 18/10/2017)

Se a infringência ao dispositivo legal de fato ocorreu neste caso, trata-se de questão de mérito a ser apreciada. Porém, é inegável que o acórdão recorrido se manifestou, trazendo as razões do seu convencimento. Não é possível confundir fundamentação sucinta com ausência de fundamentação, como vem manifestando reiteradamente o E. STJ (AgInt no AREsp nº 1.941.722/RJ, Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, DJ 08/04/2024).

Portanto, não concordo com a nulidade do acórdão recorrido por ausência de fundamentação.

II. Mérito

II.1. SUPOSTO TRANSCURSO DO PRAZO PARA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

O Recorrente, com fundamento no art. 173 do CTN e no princípio da segurança jurídica, sustentou que seria inadmissível a sua exclusão do regime do Simples Nacional em 2014, “após mais de sete anos de sua adesão em 2007”, com base na alegação de que em 2002, ou seja, “mais de cinco anos antes de sua adesão e quase 12 anos anteriores à exclusão”, teria ocorrido o seu desmembramento.

Além disso, o Recorrente sustentou que, segundo os arts. 88 e 89 da Lei Complementar nº 123/2006, o regime simplificado teria se iniciado em 01//07/2007, razão pela qual a vedação de que a pessoa jurídica não pudesse ser originada de cisão ou desmembramento abrangeria os cinco anos-calendário anteriores. Como o suposto desmembramento seria de 11/03/2002, data da constituição, não estaria abrangido pelo lapso temporal de 5 (cinco) anos. Inclusive, mesmo se fosse considerado todo o ano-calendário de 2002, a partir de 01/01/2008 não haveria vedação.

O art. 3º, § 4º, V e IX, da Lei Complementar nº 123/2006 prescrevem que não se inclui no regime do Simples Nacional a pessoa jurídica (i) cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite permitido para o regime simplificado e (ii) resultante ou remanescente de cisão ou outra forma de desmembramento ocorrida em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores.

O art. 29, § 3º, do mesmo diploma normativo prescreve que “a exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor”. No exercício desta competência foram editadas as Resoluções CGSN nº 4/2007 e 15/2007, com as seguintes disposições:

Resolução CGSN nº 4/2007

Art. 12. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a ME ou a EPP:

VI - 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 I do caput deste artigo;

X - 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;

Resolução CGSN nº 15/2007

Art. 5º A exclusão de ofício da ME ou da EPP optante pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

XI - for constatado, quando do ingresso no Regime do Simples Nacional, que a ME ou a EPP incorria em alguma das hipóteses de vedação previstas no art. 12 da Resolução CGSN nº 4, de 2007.

Art. 6º A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

VII - a partir da data dos efeitos da opção pelo Simples Nacional, nas hipóteses previstas nos incisos XI e XII do art. 5º.

Da leitura dos dispositivos citados, fica evidente que as infrações apuradas pela Fiscalização geram a exclusão de ofício a partir da data dos efeitos da opção pelo Simples Nacional, que ocorreu em 01/07/2007, de acordo com a tela de consulta juntada aos autos (fls. 2). Portanto, a exclusão a partir desta data se deu em cumprimento das regras regulamentares, sendo que apreciar eventual violação do princípio da segurança jurídica por este quadro normativo demandaria um juízo de constitucionalidade vedado pela Súmula Carf nº 2.

No que diz respeito à aplicação do art. 173 do CTN, este dispositivo estabelece o prazo decadencial para a constituição de crédito tributário, não sendo desrespeitado pela exclusão retroativa do Simples Nacional. Trata-se de alegação pertinente às *cobranças* feitas em decorrência da exclusão do regime simplificado, que são realizadas em processos administrativos distintos.

No que diz respeito aos arts. 88 e 89 da Lei Complementar nº 123/2006, concordo com as razões da DRJ. O art. 3º, § 4º, IX, daquele diploma normativo faz referência à

impossibilidade de a pessoa jurídica optante ser “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.” Ou seja, há referência expressa a todos os cinco anos-calendário precedentes, sem recorte temporal dentro destes períodos. Portanto, a cisão ou desmembramento, em caso de opção feita em 2007, não pode ter sido verificada a partir do ano-calendário de 2002. Uma vez que os fatos constataram que o Recorrente teria sido criado em 11/03/2002, data do desmembramento, entendo que não há que se falar em impossibilidade de aplicação da vedação por transcurso de prazo.

Portanto, rejeito as alegações relativas à impossibilidade de exclusão do Recorrente por força do lapso temporal.

II.2. LEGITIMIDADE DO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

No que diz respeito ao mérito da exclusão do Recorrente do regime do Simples Nacional, verifico, a partir da Representação (fls. 431/449) e do Despacho da SEORT (fls. 595/606), chancelado pelo Ato Declaratório Executivo (fls. 607), que esta se deu com dois fundamentos. Primeiro, o Recorrente seria pessoa jurídica decorrente de cisão ou desmembramento ocorrido nos 5 (cinco) anos-calendário anteriores (art. 3º, § 4º, IX, da LC nº 123/06). Segundo, o Recorrente teria sócio que seria administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, com receita global superior ao limite do regime simplificado (art. 3º, § 4º, V, da LC nº 123/06). Passo, a seguir, a analisar tais fundamentos.

No que diz respeito à existência de sócio que seria administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica, com receita global superior ao limite legal, verifica-se que o Despacho considerou que Antônio José Vieira, sócio e administrador do Recorrente (fls. 650), seria administrador de fato das outras pessoas jurídicas Associação Piagetiana, Centro Piagetiano e Instituto Piagetiano:

2.2.antes do desmembramento de fato da empresa “ORGANIZAÇÃO”, mencionado no item 1.1, a mesma era administrada por todos os sócios: o Sr. ANTÔNIO JOSÉ VIEIRA, o Sr. ALEXANDRE THOMAZ VIEIRA e a Sra MARLENE OLIVEIRA ROSA VIEIRA, conforme pesquisas do Sistema CNPJ da empresa “ORGANIZAÇÃO” de fls. 485 e 486. Com o referido desmembramento, os mesmos deixaram de figurar como sócios, formalmente, de empresa “ORGANIZAÇÃO” (fls. 485 e 486) e passaram a ser sócio(a)-administrador(a), isoladamente, com 99% do capital de cada uma das 3 empresas com fins lucrativos (“COLÉGIO”, “CENTRO” e “INSTITUTO”) e os únicos associados fundadores da associação sem fins lucrativos (“ASSOCIAÇÃO”), todas resultantes do desmembramento parcial de fato da empresa “ORGANIZAÇÃO”, conforme Representação (itens 2.1 a 2.4, 3, 4.1 e 4.2; fls. 432 e 434 a 439), Contratos Sociais (fls. 314 a 321, 303 a 313 e 322 a 332), Estatutos Sociais (fls. 333 a 364) e pesquisas do Sistema CNPJ (fls. 454, 505 e 539).

Entretanto, os fatos apurados, abaixo relatados, demonstram que, mesmo sem estar formalmente imbuído na função de administrador(a), o Sr. ANTÔNIO JOSÉ VIEIRA, sócio-administrador da empresa “COLÉGIO”, atuava de fato como administrador ou equiparado nas empresas com fins lucrativos (“CENTRO” e “INSTITUTO”), o Sr. ALEXANDRE THOMAZ VIEIRA, sócio-administrador da empresa “CENTRO”, atuava de fato como administrador ou equiparado nas empresas com fins lucrativos (“COLÉGIO” e “INSTITUTO”) e a Sra. MARLENE OLIVEIRA ROSA VIEIRA, sócia-administradora da empresa “INSTITUTO”, atuava de fato como administradora ou equiparada nas empresas com fins lucrativos (“CENTRO” e “COLÉGIO”): [...] (destaquei)

Para corroborar essa conclusão, alegou (i) mesmo nome fantasia entre as pessoas jurídicas, (ii) as pessoas jurídicas estariam instaladas em imóveis de propriedade de Antônio José Vieira e Marlene Oliveira Rosa Vieira, (iii) as três pessoas jurídicas teriam declarado o mesmo endereço eletrônico em DIPJ, (iv) foram feitas transferências de empregados entre as pessoas jurídicas, (v) na página da *internet* é passada a imagem de que Antônio José Vieira, Marlene Oliveira Rosa Vieira e Alexandre Thomaz Vieira seriam dirigentes de uma única empresa, denominada “Colégio Jean Piaget” e (v) a soma do faturamento dessas pessoas jurídicas superaria o limite legal.

Analisando as razões apresentadas pelo Despacho, porém, fica evidente que a Fiscalização trouxe elementos probatórios de que se tratava de grupo econômico de fato, e não da existência de administração de outra pessoa jurídica pelo sócio do Recorrente, Antônio José Vieira. O art. 3º, § 4º, V, da Lei Complementar nº 123/2006 exige que se comprove a administração de outra pessoa jurídica, seja por meio desta condição jurídica (contrato social), seja por meio de elementos fáticos concretos que demonstrem os atos de administração, como aqueles utilizados por esta Turma no Acórdão nº 1301-006.888 (Rel. Cons. Eduardo Monteiro Cardoso, Sessão de 11/04/2024), em que verificada a condição de preposto em ações trabalhistas e autorização para movimentação bancária em instituição financeira.

Ou seja, embora as circunstâncias fáticas citadas pudessem ser utilizadas para fundamentar a exclusão do Simples Nacional, não servem para basear a conclusão jurídica adotada pela ação fiscal, feita a partir do art. 3º, § 4º, V, da Lei Complementar nº 123/2006. A qualificação jurídica empregada pela ação fiscal, a meu ver, está incorreta, não se prestando a fundamentar o ato declaratório.

Neste ponto, vale destacar que essa também foi a conclusão do Acórdão nº 1201-006.206 (Rel. Cons. Fabio de Tarsis Gama Cordeiro, Red. p/ acórdão Cons. Fredy José Gomes de Albuquerque, Sessão de 18/10/2023), que analisou a exclusão do Simples Nacional do Instituto Piagetiano. Embora tenha havido divergência a respeito do outro fundamento utilizado para exclusão, houve unanimidade acerca da imprestabilidade dos elementos probatórios trazidos para

fundamentar a ocorrência da hipótese prevista no art. 3º, § 4º, V, da Lei Complementar nº 123/2006:

No caso, no entendimento deste relator, manter a exclusão do Simples Nacional com fundamento no inciso V do § 4º do artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006, apenas com esse elemento de prova apresentado pela autoridade tributária, é inviável, na medida em que a decisão estaria baseada em um standard probatório insignificante e, portanto, insuficiente para a que este relator possa formar com uma segurança jurídica mínima a sua convicção.

Portanto, entendo improcedente a acusação baseada na suposta existência de sócio que exerceria administração de fato de outra pessoa jurídica, com receita global superior ao limite legal.

O outro fundamento para a exclusão diz respeito ao suposto desmembramento que teria originado o Recorrente, ocorrido em 11/03/2002, situação impeditiva de opção pelo Simples Nacional nos termos do art. 3º, § 4º, V, da Lei Complementar nº 123/2006. Veja-se a redação deste dispositivo legal:

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:

§ 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:

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;

Segundo a Fiscalização, o Recorrente (Colégio Jean Piaget), junto com a Associação Piagetiana, o Centro Piagetiano e o Instituto Piagetiano, seriam decorrentes do desmembramento da Organização Santista de Ensino.

Analisando os autos, verifico que foi comprovada a transferência de diversos empregados da Organização Santista de Ensino para o Recorrente, a partir da sua criação. Conforme relacionado pela ação fiscal (fls. 27/35), o Livro de Registro de Empregados foi aberto em 01/08/2002, tendo sido registrados empregados, entre eles professores e auxiliares administrativos, com data de admissão igual àquela em que foram admitidos na Organização. Houve menção expressa nos registros à situação de **transferência**.

Ainda, o primeiro endereço da sede do Recorrente (Colégio Jean Piaget) foi a Rua Vergueiro Steidel, nº 214, Embaré, Santos/SP, mesmo endereço da filial da Organização Santista de Ensino inscrita no CNPJ/MF sob o nº 58.217.506/0003-07 (fls. 492). Posteriormente, em 30/03/2004, o endereço do Recorrente foi alterado para a Av. Almirante Cochrane, nº 124, Aparecida, Santos/SP, semelhante ao que era utilizado por outra filial da Organização Santista, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 58.217.506/0004-80. Os dois endereços são utilizados para as unidades de Educação Infantil e Ensino Fundamental I, conforme trouxe a Fiscalização mediante consulta à página da internet (fls. 467/475). As duas filiais citadas tinham como nome fantasia “Escola de Educação Infantil e de 1 Grau Jean Piaget” (fls. 492 e 496). Consultando a mesma página da internet citada, inclusive, há informação de que o “Colégio Jean Piaget” teria sido fundado em 1976 (fls. 468).

Desse modo, conclui-se que, após a criação do Colégio Jean Piaget, em 2002, houve transferência da mão de obra, do espaço físico e a execução da mesma atividade exercida pela Organização Santista.

Feitos esses esclarecimentos de fato, resta verificar se a situação enquadra-se na vedação prevista no art. 3º, § 4º, IX, da Lei Complementar nº 123/2006. Isso porque, conforme Petição protocolada pelo Recorrente (fls. 762/779), a C. 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento deste Carf, a partir da mesma situação fática, cancelou a exclusão do Simples Nacional feita em face do Instituto Piagetiano. De acordo com o voto vencedor, houve equivoco de fundamentação por parte da ação fiscal, uma vez que descreveu situação de grupo econômico de fato, tomando este pressuposto fático, mas qualificou juridicamente esse cenário como desmembramento. Veja-se a fundamentação adotada naquela oportunidade (Acórdão nº 1201-006.206 (Rel. Cons. Fabio de Tarsis Gama Cordeiro, Red. p/ acórdão Cons. Fredy José Gomes de Albuquerque, Sessão de 18/10/2023):

Os fundamentos indicados pelo ilustre Relator em relação à citada infração (infração 1) foram mantidos pelo Colegiado e representam a razão de decidir da Turma de Julgamento, sendo aqui incorporados neste voto condutor.

Não obstante, em relação à infração 2 (suposto desmembramento da pessoa jurídica), dirijo do posicionamento manifestado pela relatoria, uma vez que jamais ocorreu qualquer espécie de evento societário na contribuinte que representasse cisão ou qualquer tipo de desmembramento da pessoa jurídica.

Em verdade, verificou-se um equívoco da administração tributária ao fundamentar suas conclusões, porquanto a Representação Fiscal para exclusão do Simples Nacional (fls. 533/544) não relata nenhum tipo de modificação societária da empresa que tenha resultado em cisão ou qualquer tipo de desmembramento. Ao contrário, vê-se o relato de interposição de pessoas em diversas outras empresas para evitar ultrapassar o limite de faturamento do regime simplificado, ou seja, fracionamento de sua matriz econômica, mas isso não representa (ao menos juridicamente) desmembramento ou cisão da empresa fiscalizada. [...]

O equívoco da administração tributária consistiu em tratar juridicamente como desmembramento a criação de outras empresas para fracionar o faturamento da iniciativa econômica comum que unia todas as pessoas (físicas e jurídicas) citadas.

O fracionamento do faturamento da empresa, mesmo que artificial, não representa desmembramento ou cisão da pessoa jurídica, pois estes são institutos próprios do direito societário, enquanto o fracionamento é um fenômeno meramente econômico. Não há nos autos nenhuma informação de que a companhia tenha sido cindida ou desmembrada. O que há é o relato de criação de outras pessoas jurídicas, que teriam sido constituídas para evitar ultrapassar o limite de faturamento vinculado ao Simples Nacional. (destaquei)

Como já manifestei anteriormente (Cf. Acórdão nº 1301-006.546), entendo fundamental que este Carf busque uniformizar decisões envolvendo a mesma situação fática, a fim de cumprir os deveres de coerência e consistência decorrentes do princípio da segurança jurídica.¹ Porém, uma vez que se trata de um julgado, sem a indicação de que a jurisprudência do Carf estaria formada a respeito da questão, passo a discorrer sobre a aplicação das conclusões adotadas naquele caso nestes autos.

Inicialmente, entendo importante destacar que o fracionamento do faturamento e o desmembramento podem coexistir, uma vez que o primeiro pode ser feito por meio do segundo. De fato, concordo que a ação fiscal se equivocou ao trazer elementos de que as quatro pessoas jurídicas seriam grupo econômico de fato, pois estes fatos não levam necessariamente à conclusão de desmembramento. Porém, entendo que a Fiscalização trouxe, ao mesmo tempo, provas suficientes de que também houve desmembramento.

Observando a redação do art. 3º, § 4º, IX, da Lei Complementar nº 123/2006, verifico que há referência à “cisão ou qualquer outra forma de desmembramento”.

De fato, a cisão está definida na legislação societária, no art. 229 da Lei nº 6.404/76, como sendo “a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.” Não se verifica, neste caso, hipótese de cisão, pois não foi feita essa operação societária típica.

Porém, o art. 3º, § 4º, IX, da Lei Complementar nº 123/06, ao fazer referência a “qualquer outra forma de desmembramento”, não se limitou às típicas operações de cisão ou outra operação societária definida em lei. Nesse sentido, este Carf já se manifestou no sentido de que a expressão “desmembramento” **não é** definida pela legislação tributária ou societária, podendo ser tomada como sinônimo de “divisão” ou “segregação” (Acórdão nº 1202-00.736, Rel. Cons. Nereida de Miranda Finamore Horta, Sessão de 10/04/2012). Entendo, a partir do

¹ Cf. ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 336-337.

dispositivo mencionado, que a lei estendeu a sua abrangência a outras hipóteses em que uma pessoa jurídica seja resultante de operações de transferência de um conjunto de relações jurídicas que anteriormente eram de titularidade de outra pessoa jurídica.

Trata-se, exatamente, deste caso. Como comprovado pela ação fiscal, o Recorrente exerce a mesma atividade de uma das filiais da Organização Santista, no mesmo local e com empregados por esta transferidos. Estes critérios já foram considerados por esta Turma noutra oportunidade:

Com efeito, a fiscalização apresentou diversos elementos convergentes que demonstram que a empresa recorrente é resultante de um desmembramento da atividade antes exercida pelo Colégio Purificação Ltda EPP.

Segundo os fatos relatados pela fiscalização, no ano de 2002, separou-se do Colégio Purificação Ltda. EPP a atividade de educação infantil – pré-escola, dando origem ao Colégio Purificação Júnior, situação prevista no Projeto Político Pedagógico daquela primeira empresa, no qual é citada a construção de um prédio adequado para a educação infantil. Em 01/04/2002, foi aberto o CNPJ 05.002.106/0001-48, com o nome empresarial Colégio Purificação Júnior Ltda. ME, constituído com os mesmos sócios, inclusive sócio-administrador, da empresa desmembrada.

Fato de relevo, no meu sentir, é que na primeira GFIP da empresa recorrente, todos seus 13 segurados empregados estavam na GFIP da competência anterior do Colégio Purificação Ltda EPP, empresa originária, fato este confirmado pelo exame do Livro de Registro de Empregados nº1, onde consta a informação de que tais trabalhadores foram transferidos desta última empresa.

Embora argumente a recorrente que não é resultante de um desmembramento, mas sim de uma empresa nova e independente, tal afirmação não se coaduna com as provas existentes nos autos, mormente quando se vê que a sua estrutura tanto física como administrativa e funcional foi herdada da empresa original. Ora, é evidente que o resultado de uma cisão são duas empresas independentes, porém tal argumentação não se presta para desfigurar a constatação de desmembramento, pois a existência de independência entre empresas em questão não modifica a natureza da operação de desmembramento.

Na verdade, quando ocorre o desmembramento de uma empresa, tem-se como resultado duas ou mais empresas menores, cada uma constituindo uma parte da empresa original e todas sendo resultado dessa operação. A finalidade da lei é impedir justamente o que ocorreu no caso: um desmembramento cujo objetivo real é o enquadramento no regime favorecido, porém continuando as empresas que resultaram dessa operação atuando em conjunto, com um estrutura superior a das concorrentes menores, as quais realmente são o alvo da tributação favorecida disciplinada na lei. (Acórdão nº 1301-002.966, Rel. Cons. José Eduardo Dornelas Souza, Sessão de 11/04/2018)

Portanto, entendo correta a exclusão de ofício realizada, uma vez que aplicável a vedação prevista no art. 3º, § 4º, IX, da Lei Complementar nº123/06.

II.3. EFEITOS DA EXCLUSÃO E INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO A PARTIR DE JANEIRO DE 2008

Subsidiariamente, o Recorrente sustentou que, a partir de 01/01/2008, a vedação não seria mais aplicável, pois o desmembramento teria sido feito com a criação das pessoas jurídicas em 2002, quando já ultrapassados os cinco anos-calendário previstos no art. 3º, § 4º, IX, da Lei Complementar nº 123/06.

De fato, consultando o histórico de opções do Recorrente, verifica-se que solicitou a sua inclusão no regime jurídico do Simples Nacional em 01/07/2007 (fls. 2)

Identificação do Contribuinte
CNPJ : 04.947.587/0001-00
Nome Empresarial : COLEGIO JEAN PIAGET S/S LTDA - EPP
Situação Atual
Situação no Simples Nacional : Optante pelo Simples Nacional desde 01/07/2007
Situação no SIMEI: NÃO optante pelo SIMEI

Analisando essa alegação, a DRJ sustentou que seria inviável a exclusão a partir de 01/07/2007 e retorno em 01/01/2008, pois “caberia à própria contribuinte a comunicação da exclusão obrigatória decorrente do desmembramento ocorrido e, posteriormente, nova opção a partir de 01/01/2008”.

Entendo, porém, que a conclusão da DRJ deve ser modificada.

De acordo com o art. 16 da Lei Complementar nº 123/2006, a opção pelo Simples Nacional dar-se-á “na forma estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irretratável para todo o ano-calendário”. Esta opção era regulamentada, com base nessa autorização legislativa, pelo art. 7º da Resolução CGSN nº 4/2007, vigente à época, que prescrevia o seguinte:

Art. 7º A opção pelo Simples Nacional dar-se-á por meio da internet, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

§ 1º A opção de que trata o caput deverá ser **realizada no mês de janeiro**, até seu último dia útil, **produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção**, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo e observado o disposto no § 3º do art. 21.

Desse dispositivo, fica evidente que a opção pelo regime do Simples Nacional (i) é anual, devendo ser feita no início do ano-calendário e (ii) é irretratável para o ano-calendário. Nesse sentido, a opção é renovada anualmente pelo contribuinte, razão pela qual a adesão feita

em 01/07/2007 valeu somente até o fim daquele ano-calendário. No início de 2008 foi praticado outro ato jurídico de opção, aplicável àquele período.

Nesse sentido, a partir do ano-calendário de 2008, a opção feita pelo Recorrente não encontrava óbice na vedação legal do art. 3º, § 4º, IX, da Lei Complementar nº 123/2006, pois, como foi visto, este impedimento é aplicável tão somente em caso de desmembramento feito nos últimos cinco anos-calendário.

No Acórdão nº 1301-002.966 (Rel. Cons. José Eduardo Dornelas Souza, Sessão de 11/04/2018), já citado, esta Turma julgou caso semelhante, **decidindo por unanimidade** pela restrição dos efeitos da exclusão até o prazo em que aplicável a vedação legal. Trago, a seguir, a fundamentação adotada naquela oportunidade:

De acordo com essa norma jurídica, não pode optar por tal regime de tributação privilegiada, a pessoa jurídica que for resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores. Logo, a criação de empresa realizada em 01/04/2002 não poderia mesmo justificar sua exclusão do Simples Nacional a partir de janeiro de 2008, exatamente porque tal fato teria ocorrido há mais de cinco anos-calendário.

A autoridade julgadora prolatora do acórdão recorrido indeferiu este pleito, ao entender haver necessidade de um novo pedido, vez que o recolhimento dos tributos em tal regime se deu por opção realizada irregularmente.

Ora, conforme visto, o Ato Declaratório Executivo nº 12, é de 4 de maio de 2011, cuja ciência ao interessado ocorreu em 12/05/2011. sendo incontroverso que o contribuinte recolheu tributos mediante o regime simplificado durante anos, ou seja, desde abril de 2002, data de sua constituição. Logo, como obrigar o contribuinte, que entendia enquadrado no regime simplificado, realizar um novo pedido?

Não há razoabilidade impor tal obrigação de fazer um novo pedido para que se aceite sua permanência no regime simplificado, mormente quando inexistia qualquer ato no período, seja do contribuinte, seja da própria Administração tributária, que incontestavelmente reconhecia que o pagamento dos tributos devidos não poderia ser realizado pelo regime simplificado.

Isso posto, voto por dar provimento parcial ao recurso, cancelando tão somente os efeitos do Ato Declaratório Executivo nº 12/2011, a partir de 01/01/2008.

Entendo que a mesma conclusão deva ser aplicada neste caso, razão pela qual concluo pela necessidade de provimento do Recurso Voluntário a respeito dessa questão.

III. DISPOSITIVO

Diante do exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, dou provimento parcial ao Recurso Voluntário, para cancelar os efeitos do Ato Declaratório Executivo nº 36/2014 a partir de 01/01/2008.

Assinado Digitalmente

Eduardo Monteiro Cardoso