



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.720483/2018-28
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.649 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de agosto de 2021
Recorrente COLÉGIO RENOVAÇÃO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

EXCLUSÃO. EMPRESA CONSTITUÍDA POR INTERPOSTA PESSOA. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DA HIPÓTESE LEGAL.

Apesar de a fiscalização ter produzido um conjunto probatório bastante convincente no sentido de revelar que as duas empresas compõem um mesmo grupo econômico, cuja formação pode até ter tido a motivação tributária, não se pode inferir daí que houve interposição de pessoas na formação do quadro societário da recorrente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, tornando sem efeitos o ato declaratório de exclusão do Simples Nacional, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ricardo Marozzi Gregorio, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Andreia Lucia Machado Mourao, Flavio Machado Vilhena Dias, Cleucio Santos Nunes, Marcelo Cuba Netto, Fabiana Okchstein Kelbert e Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por COLÉGIO RENOVAÇÃO LTDA contra acórdão que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada diante de sua exclusão do regime do SIMPLES NACIONAL promovida pela SRRF da 8ª Região Fiscal.

Em seu relatório, a decisão recorrida assim descreveu o caso:

Trata o presente processo da exclusão do Simples Nacional do contribuinte acima qualificado, por força do Despacho Decisório SRRF08-RF/Easin nº 1083, de 2018, a fls. 89 a 90. A decisão apresenta por fundamento o artigo 29, inciso IV, da Lei Complementar nº 123, de 2006 e consigna ainda terem sido acatados os argumentos contidos em Representação Fiscal para exclusão do contribuinte do Simples Nacional. Acostada a fls. 2 a 9, a mencionada Representação Fiscal está sintetizada a seguir.

Relata, de início, a realização de procedimentos fiscais concomitantes no interessado e na empresa BABY RENOVACÃO EIRELI, em que se constataram:

relevantes aspectos que caracterizam, além de flagrante fraude e sonegação tributária, hipóteses legais de incompatibilidade com o SISTEMA TRIBUTÁRIO SIMPLES NACIONAL.

Nas ações fiscais mencionadas, verifica-se que houve uma fragmentação da atividade empresarial para incluir dois contribuintes no SIMPLES NACIONAL, com fracionamento de atividades, utilização de interposta pessoa na constituição e funcionamento de pessoa jurídica, ausência de autonomia operacional e patrimonial.

Após transcrever o artigo 29, inciso IV e § 2º, apresenta as evidências da fragmentação da atividade empresarial nos tópicos reproduzidos abaixo.

2.1 DA PROCURAÇÃO

Através das informações obtidas nas FICHAS CADASTRAIS COMPLETAS fornecidas pela JUCESP (ANEXO 01) da BABY RENOVACÃO EIRELI indicamos abaixo o respectivo sócio a partir de 11/05/2012:

- *MARCOS EDUARDO BRAVI CONTE — CPF 180.035.148-86, RG 22.862.463-0 — SSP/SP*

Através das informações obtidas nas FICHAS CADASTRAIS COMPLETAS fornecidas pela JUCESP (ANEXO 02) do COLÉGIO RENOVACÃO LTDA —EPP, bem como da Certidão fornecida pelo 6º Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas (ANEXO 03) indicamos abaixo os respectivos sócios no ano de 2013:

- *SUELI MARIA BRAVI CONTE, CPF 472.496.258-53, RG 4.999.109-7 — SSP/SP, com participação na sociedade de 95% do capital;*
- *VALÉRIA APARECIDA FERNANDES DA SILVA, CPF 093.385.388-26, RG 19.277.211 — SSP/SP, com participação na sociedade de 5% do capital.*

Atualmente o COLÉGIO RENOVACÃO LTDA, conforme Contrato Social de 04 de janeiro de 2016 (ANEXO 04), tem o seguinte quadro societário:

- *SUELI MARIA BRAVI CONTE, CPF 472.496.258-53, RG 4.999.109-7 — SSP/SP, com 99% do capital;*
- *BRAVICONTE HOLDING FAMILIAR E CONSULTORIA LTDA, CNPJ 23.521.715/0001-95, cujo sócio administrador é EZIO CONTE, CPF 211.297.118-20, RG 4.428.999-6 SSP/SP, com 1% do capital.*

Realizamos pesquisas junto a JUCESP referente a BABY RENOVACÃO EIRELI e encontramos duas procurações, uma de 12/05/2015 e outra de 19/05/2017, ambas lavradas no primeiro Tabelião de Notas e de Protestos de Letras e Títulos de Indaiatuba-SP, anexas a esta Representação (ANEXO 05 e ANEXO 06 respectivamente).

Como a nossa fiscalização abrange o período de 2013, solicitamos busca nos Cartórios para localizar a procuração referente ao período fiscalizado.

Em resposta obtivemos a Procuração registrada no Livro 663, fl. 393, em 05/09/2012, que é parte integrante desta Representação (ANEXO 07).

Analisando essa procuração constatamos que a **administração de fato** da empresa BABY RENOVACÃO é exercida por procuração, de mais amplos, expressos, gerais e ilimitados poderes para gerir e administrar, bem como movimentar as contas bancárias, conferida a EZIO CONTE e SUELI MARIA BRAVA CONTE, ambos acima já identificados.

Observa-se, também, que nas procurações posteriores (ANEXO 05 e ANEXO 06), a **administração de fato** da empresa BABY RENOVACÃO, em exercícios seguintes, continua sendo exercida por procuração, de mais amplos, expressos, gerais e ilimitados poderes para gerir e administrar, bem como movimentar as contas bancárias, conferida a EZIO CONTE e SUELI MARIA BRAVA CONTE, ou seja, pelos sócios do **COLÉGIO RENOVACÃO**.

Cabe ressaltar, também, que consta nas procurações acima mencionadas como procuradora CARINE BRAVI CONTE OLIVEIRA, CPF 285.089.318-83 e RG 25.546.202-5 SSP/SP, a qual é filha de SUELI MARIA BRAVA CONTE e irmã de MARCOS EDUARDO BRAVA CONTE, que também é filho de SUELI MARIA BRAVA CONTE, conforme pesquisas nos bancos de dados da SRF (ANEXO 08).

Diante do acima exposto, constata-se uma gestão empresarial atípica, comprovando-se a **utilização de interposta pessoa** na constituição e no funcionamento da empresa BABY RENOVACÃO.

2.2 DO RODÍZIO DOS ENDEREÇOS

Através de pesquisa nos bancos de dados da SRF, cujas cópias estão em anexo (ANEXO 09), observamos um rodízio de utilização dos imóveis pela BABY RENOVACÃO EIRELI e pelo COLÉGIO RENOVACÃO - EPP, conforme demonstrado abaixo:

- IMÓVEL SITUADO À RUA BENTO DE FARIAS, 129, Jardim da Saúde, São Paulo/SP:

- de 06/07/1998 a 27/01/2005 era **filial 0003-02 do COLÉGIO RENOVACÃO** baixada através de liquidação voluntária;
- a partir de 27/11/2009 o referido endereço consta como sendo da **filial 0002-44 da BABY RENOVACÃO**;
- a partir de 19/05/2016 esse imóvel, também, é o endereço da **filial 0005- 66 do COLÉGIO RENOVACÃO**.

- IMÓVEL SITUADO À RUA KALIL NADER HABR, 137, Vila Santo Estefano, São Paulo/SP:

- a partir de 27/11/2009 o referido endereço consta como sendo da **filial 0003-25 da BABY RENOVACÃO**;
- a partir de 19/05/2016 esse imóvel, também, é o endereço da **filial 0006-47 do COLÉGIO RENOVACÃO**.

- IMÓVEL SITUADO À RUA PADRE BENTO PACHECO, 3244, INDAIATUBA/SP:

- de 06/07/1988 a 27/01/2005 era **filial 0002-13 do COLÉGIO RENOVAÇÃO**, baixada através de liquidação voluntária;
- a partir de 27/11/2009 o referido endereço consta como sendo da **filial 0006-78 da BABY RENOVAÇÃO**.

Esses fatos mencionados acima caracterizam um rodízio de estabelecimentos nos endereços mencionados, entre os contribuintes implicando uma confusão patrimonial entre BABY RENOVAÇÃO e o COLÉGIO RENOVAÇÃO reforçando a ideia de simulação, pois as circunstâncias e evidências apontadas implicam claramente a confusão patrimonial e gestão empresarial atípica.

2.3 DAS NOTAS FISCAIS DE ALIMENTOS

Pesquisamos todas as NOTAS FISCAIS referentes a fornecimento de produtos destinados à alimentação no ano de 2013, para a BABY RENOVAÇÃO e para o COLÉGIO RENOVAÇÃO, cuja tabela compõem o ANEXO 10 desta Representação, e constatamos que as entregas desses produtos foram efetuadas na RUA BENTO DE FARIAS, 129, ou seja, todas as compras de produtos alimentícios no ano de 2013, das empresas BABY RENOVAÇÃO e COLÉGIO RENOVAÇÃO, foram entregues na empresa BABY RENOVAÇÃO.

Através do Termo de Intimação Fiscal 03 da BABY RENOVAÇÃO (ANEXO 11) e do Termo de Intimação Fiscal 03 do COLÉGIO RENOVAÇÃO (ANEXO 12), os contribuintes foram intimados a relacionar todos os segurados envolvidos na elaboração das alimentações fornecidas aos alunos, bem como, os respectivos cargos.

Em resposta, a BABY RENOVAÇÃO informou os nomes das cozinheiras que são as responsáveis pela elaboração dos alimentos fornecidos a seus alunos (ANEXO 13).

O COLÉGIO RENOVAÇÃO, também, em resposta informou que não fornece alimentos a seus alunos (ANEXO 14).

Diante do exposto acima, observa-se que o COLÉGIO RENOVAÇÃO compra alimentos sem ter necessidades e não os utiliza, apenas compra e os guarda juntos com os alimentos comprados e utilizados pela BABY RENOVAÇÃO, comprovando mais uma vez, claramente, a confusão patrimonial e gestão empresarial atípica.

2.4 DO SITE (<http://site.renovacao.com.br/>)

2.4.1 DO HISTÓRICO DA INSTITUIÇÃO (ANEXO 15)

No "Histórico", o site informa que: "Hoje trabalhamos com as turmas de Educação Infantil ao Ensino Médio, cada uma delas com um prédio destinado para sua faixa etária, além do Centro de Convivência (com quadras, parque, horta, mini zoo, salas para atividades de dança) e o Espaco e Ação destinado ao período integral" (grifo nosso).

Em "A Instituição", no site, consta "Unidade Baby — Projeto Espaço e Ação (período Intermediário e Integral)", deixando bem claro que a BABY RENOVAÇÃO trata-se de uma unidade / estabelecimento do COLÉGIO RENOVAÇÃO.

2.4.2 DO CRONOGRAMA DO INÍCIO DO ANO LETIVO / PROCEDIMENTOS DE MATRICULA (ANEXO 16)

Em "Cronograma de Início do Ano Letivo 2018", no site, informa que "1º DIA DE AULA TODOS OS ALUNOS— 15/01 — MANHÃ E TARDE— Unidade Baby".

Em "Procedimentos de matrículas e Rematrícula" informa que "Os documentos, devidamente preenchidos e assinados, deverão ser enviados às recepções de qualquer uma de nossas unidades".

Em "Procedimentos de matrículas / Unidades e Estrutura do Colégio Renovação" informa "Contamos com 4 unidades, na Capital e 1 em Indaiatuba", ou seja, "Unidade Renovação Baby - Rua Democracia, 180 - Tel. 2352.4415".

Diante dos fatos, conforme declarações do próprio contribuinte, encontradas em seu site (renovação.com.br), fica evidente que a BABY RENOVAÇÃO trata-se de uma unidade / estabelecimento do COLÉGIO RENOVAÇÃO.

Assim, conclui a fiscalização que as empresas BABY RENOVAÇÃO e COLÉGIO RENOVAÇÃO, embora optantes pelo SIMPLES NACIONAL, formam na realidade empreendimento único, sendo a BABY RENOVAÇÃO um mero estabelecimento do COLÉGIO RENOVAÇÃO, e que a utilização de interposta pessoa na constituição e no funcionamento da primeira impõe a exclusão de ofício do contribuinte do Simples Nacional, com efeitos a partir de 11/05/2012, bem com seu impedimento à opção pelo regime diferenciado pelos próximos dez anos-calendário seguintes, por ter sido constatada utilização de meio fraudulento, através da fragmentação com o intuito de enquadramento no SIMPLES NACIONAL. Ainda nas conclusões a autoridade fiscal tece as seguintes considerações:

O abuso da forma viola o direito e a Fiscalização deve rejeitar o planejamento tributário que nela se funda, cabendo a requalificação dos atos e fatos ocorridos, com base em sua substância, para a aplicação do dispositivo legal pertinente.

A simulação configura-se quando as circunstâncias e evidências indicam a coexistência de empresas com regimes tributários favorecidos, perseguindo a mesma atividade econômica, implicando confusão patrimonial e gestão empresarial atípica.

É cabível a exclusão do Simples Nacional uma vez que foi comprovada a utilização de interposta pessoa na constituição e no funcionamento de pessoa jurídica, de modo a formarem empreendimento único, cuja soma dos faturamentos ultrapassa os limites fixados para enquadramento na modalidade simplificada de tributação do Simples Nacional.

Ciente da decisão em 20 de julho de 2018 (fls. 94), o contribuinte manifesta, em 17 de agosto de 2018 (fls. 97), sua inconformidade a fls. 99 a 109.

Ataca os argumentos da fiscalização a respeito da existência de uma “gestão empresarial atípica” como consequência das outorgas de procurações entre entes da mesma família. Assevera ser natural a mais absoluta e plena confiança entre familiares, não podendo ser encarada a outorga de poderes por procuração de pai para filho como uma medida de utilização de interposta pessoa ou para burlar o fisco. Aduz tratar-se de prevenção a resultados indesejados, como por exemplo o evento morte.

Contesta o argumento de que teria havido “rodízio de endereços”, dizendo não haver impedimentos legais para alteração de endereço de optante pelo Simples Nacional.

Aduz inexistir fato que desabone sua conduta, tendo cumprido todos os requisitos legais e efetuado em dia o pagamento dos tributos.

Considera inacreditável a obrigatoriedade trazida pela fiscalização de ter em seu quadro de funcionários a função de cozinheira, asseverando não fornecer alimentos a seus alunos.

Enfatiza que a existência de unidades denominadas baby “não faz referência a outra empresa de nome BABY RENOVAÇÃO EIRELI” e que está autorizado a funcionar escolas de todos os graus, não necessitando de outras empresas para isto, para dizer que:

*a ora Impugnante trata-se de empresa **totalmente independente, com seu próprio organograma de funcionamento, quadro de funcionários individualizado e funcionamento único.***

Defende, com fulcro em decisão do CARF, que a exclusão fundada no artigo 29, IV, da Lei Complementar nº 123, de 2006, somente pode se dar quando houver “*coexistência de empresas, mesma atividade econômica, sócios ou administradores em comum e a utilização dos mesmos empregados e meios de produção*”.

Assevera que sua atividade econômica consiste no ensino fundamental, educação infantil, pré-escola, ensino médio e transporte escolar, conforme seu Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, enquanto a BABY RENOVAÇÃO teve seu objeto social alterado para acrescentar comércio de alimentos, venda de traje escolar, material, entre outros, segundo consulta à JUCESP. Sustenta então não se poder falar em mesma atividade econômica.

Acrescenta, com base em certidão da JUCESP, que nunca houve a confusão de sócios ou administradores entre as empresas. Afirma não existir confusão de empregados, pois as atividades das empresas não são as mesmas, destacando que “*as atividades desenvolvidas pela ora Impugnante são completamente autônomas, o que quer dizer que independe de outra pessoa jurídica para ser desenvolvida*”.

Na sequência, requer a realização de perícia técnica para “*atestar a exatidão dos fatos ora apresentados, da quantidade de funcionários que existem em cada empresa, das notas fiscais de aquisição de alimentos, da gestão empresarial da empresa, entre outros*”, nomeando perito e formulando os seguintes quesitos:

- i. Quais as atividades econômicas que são desenvolvidas por cada uma das empresas consideradas?*
- ii. Quais funcionários existem em cada empresa e, também, quais são as suas funções?*
- iii. De que forma funciona a administração das empresas consideradas e, também, se as mesmas se convergem?*
- iv. Há confusão patrimonial entre as empresas ou cada empresa tem suas atividades, centro de custos e despesas e faturamento separados?*
- v. Quem são os administradores de cada empresa?*
- vi. Os procuradores em comum sempre exerciam nas empresas todos atos de administração ou sua atuação era esporádica ou eventual? Identifique as cargas.*
- vii. As empresas possuem Escrituração contábil digital – SPED? Apresentam Balanço patrimonial e Demonstração de Resultado Econômico?*
- viii. Definir os períodos de serviços pedagógicos prestados pelas empresas.*

Ao final, protesta, em caso de desprovimento da impugnação, pela restituição de todos os valores recolhidos de DAS e demais tributos apurados e recolhidos pelo regime favorecido, desde a data inicial de exclusão, bem como também pela juntada de documentos complementares no prazo de 10 (dez) dias, bem como de eventuais razões e argumentos adicionais à presente impugnação, caso necessárias ou pertinentes, além da produção das demais provas em direito admitidas.

A DRJ/Belo Horizonte proferiu, então, acórdão cuja ementa assim figurou:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2018

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO.

Comprovada a fragmentação da atividade empresarial, com utilização de interposta pessoa, visando a usufruir indevidamente do regime simplificado, impõe-se a exclusão do Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada, a interessada apresentou recurso voluntário onde, essencialmente, alega que: (i) não há ilicitude no fato de os membros de uma mesma família atuarem no mesmo segmento empresarial sem constituírem para tanto uma única empresa; (ii) a fiscalização não trouxe qualquer elemento de prova concreto de que a administração estivesse sendo exercida unicamente por procuradores (é absolutamente razoável que o sócio da BABY, residente na cidade de Indaiatuba/SP, delegasse certos atos de gestão a quem esteja na cidade de São Paulo, onde estão algumas de suas filiais); (iii) como o pedido de perícia foi indeferido pela decisão recorrida, a motivação do ato administrativo cai por terra, já que não há comprovação alguma da alegada ausência de autonomia operacional e patrimonial; (iv) atualmente, as duas empresas estão no regime do lucro real, tendo deixado voluntariamente o SIMPLES NACIONAL antes do ato de exclusão; então, se o objetivo fosse unicamente a fragmentação visando o usufruto do regime favorecido, não haveria razão para permanecerem sendo pessoas jurídicas autônomas; (v) só existe interposição fraudulenta quando se pretende ocultar os reais agentes por trás de determinado ato; porém, a existência de contabilidades distintas, contas bancárias separadas, distribuição de lucros separada, quadros de funcionários distintos e, sobretudo, atividades distintas, são absolutamente incompatíveis com a alegada interposição fraudulenta; e (vi) todos os fatos narrados pela fiscalização são referentes à empresa BABY, porém, não há nada nos autos que mencione que a recorrente tenha sido constituída através de interpostas pessoas.

Por fim, requer que se declare a nulidade do ato de exclusão ou, alternativamente, que se reconheça a improcedência do referido ato para o ano de 2013.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, por força do Despacho Decisório SRRF08-RF/Easin nº 1083, de 2018, a interessada foi excluída do regime do SIMPLES NACIONAL, com efeitos a partir de 11/05/2012, sendo impedida de optar por esse regime diferenciado pelos dez anos-calendário seguintes.

Com efeito, às fls. 89 e 90, verifica-se que o referido despacho foi preferido com o seguinte conteúdo:

Relatório

Através da Representação Fiscal (fls 02/09) datada de 21/06/2018, referente a realização de fiscalização, chegou demanda pela exclusão de ofício do interessado do regime do Simples Nacional, a partir de 11/05/2012, em razão da constatação do seu enquadramento na hipótese definida pelo art. 29, inciso IV, § 1º e 2º.

É o relatório.

Fundamentação

“Seção VIII (Lei Complementar n.º 123/2006)

Da Exclusão do Simples Nacional

(...)

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

(...)

IV – A sua constituição ocorrer por interposta pessoa;

(...)

§ 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.

§ 2º – O prazo de que trata o § 1º deste artigo será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável segundo o regime especial previsto nesta Lei Complementar.

Bem como, pelos art. 75 e art. 76, inciso IV, alínea “c”, § 2º da Resolução CGSN n.º 94/2011.

DISPOSITIVOS LEGAIS

Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006;

Resolução CGSN n.º 94, de 29 de novembro de 2011;

Decisão e Ordem de Intimação

Considerando a competência que lhe foi delegada pela Portaria SRRF08 n.º 17, de 12/01/2018(DOU 16/01/2018) e o previsto no artigo 286 e 340 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF n.º 430, de 09/10/2017, publicada no Diário Oficial da União de 11/10/2017, o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, membro da Equipe Regional de Inclusão e Exclusão do Simples Nacional da 8ª RF, DECIDO:

– EXCLUIR DE OFÍCIO o interessado do Simples Nacional, com efeitos a partir de 11/05/2012, nos termos dos artigos art. 29, inciso IV, §§ 1º e 2º da Lei Complementar n.º 123/2006 e dos artigos n.º 75 e 76, inc. IV, alínea “c”, § 2º da Resolução n.º 94/2011.

– Cientificar o interessado, assegurando-lhe o direito à apresentação de impugnação dirigida à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de sua jurisdição, no prazo de trinta dias da ciência deste Despacho Decisório (Decreto nº 70.235/1972), ou do Termo de Exclusão, cuja comunicação se dará via Domicílio Tributário Eletrônico do Simples Nacional – DTE-SN.

– Arquivar o processo com fundamento no art. 52 da Lei nº 9.874, de 1999, caso não haja impugnação dentro do prazo.

Cumpre esclarecer que o art. 75, da Resolução nº 94/2011, meramente dispunha sobre a competência da RFB para proceder à exclusão de ofício (bem como sobre o rito desse procedimento). Quanto ao art. 76, inc. IV, alínea “c”, § 2º, seu conteúdo meramente repetia o que previa o trecho transcrito do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006. Veja-se:

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

(...)

c) a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

(...)

§ 2º O prazo de que trata o inciso IV do caput será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável na forma do Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 2º)

Portanto, está claro que o ato de exclusão observou a recomendação expressa contida na representação fiscal (fls. 2 a 9) no sentido de fundamentar a sua motivação na hipótese de a empresa excluída ter sido constituída por interpostas pessoas.

Diante disso, há que se investigar a pertinência da afirmação recursal de que “não há nada, absolutamente nada nos autos que mencione que a recorrente COLÉGIO RENOVACÃO tenha sido constituída através de interpostas pessoas”.

De fato, a narrativa acusatória empreendida na representação fiscal parece questionar a efetividade do sócio MARCOS EDUARDO na constituição da empresa BABY RENOVACÃO EIRELI. Isto porque constatou a existência de procurações conferindo poderes de administração a ÉZIO (administrador da holding familiar que detém 1% do capital da recorrente) e SUELI (detentora de 99% do capital da recorrente e mãe de MARCOS EDUARDO). Neste sentido, haveria uma administração de fato sendo exercida na empresa BABY pelos sócios da recorrente.

Contudo, assiste razão ao recurso quando se tenta identificar alguma acusação contra a constituição da empresa recorrente (o COLÉGIO RENOVACÃO). Não há nada que sugira a interposição de pessoas na formação do seu quadro societário. A representação apenas informa que os seus sócios no ano de 2013 eram SUELI (com 95% da participação societária) e

VALÉRIA (com 5%). Em 04/10/2016, o quadro societário teria sido alterado para a situação que ainda permanecia no momento da fiscalização (SUELI com 99% e holding familiar com 1%).

Afora isso, a representação apenas descreve circunstâncias que nada tem a ver com a fundamentação sugerida para a exclusão do regime, isto é, a existência de um rodízio de endereços, a constatação de que a aquisição de alimentos por parte da recorrente tinham como destino de entrega o endereço da empresa BABY e informações obtidas na *internet* evidenciando que a empresa BABY seria um mero estabelecimento da recorrente.

Realmente, tais circunstâncias poderiam até revelar a presença de um planejamento tributário com o objetivo de fracionar a receita de um mesmo negócio empresarial e, com isso, se beneficiar do regime de tributação favorecido. Com essa perspectiva, a decisão recorrida chegou a noticiar que o COLÉGIO declarou, para o ano-calendário de 2013, uma receita bruta de R\$ 3.331.198,95, enquanto que, para o mesmo período, a empresa BABY declarou receita bruta de R\$ 1.837.207,71. Ou seja, separadamente, os valores não superariam o limite de R\$ 3.600.000,00 estipulado no inciso II, do art. 3º, da Lei Complementar nº 123/2006. Confira-se:

Art.3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

(...)

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

Noutro prisma, as circunstâncias apontadas poderiam incidir também na vedação prevista no § 4º, III, daquele mesmo art. 3º, *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:

(...)

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;

Essas hipóteses legais foram trazidas à tona apenas pela decisão recorrida. Não foram, entretanto, utilizadas pela peça acusatória nem pelo despacho decisório que efetivamente promoveu a exclusão do regime. Tanto assim, que este ato observou o termo de início da exclusão previsto para a hipótese de a empresa ter sido constituída por interpostas pessoas, qual seja, a própria data da sua constituição (11/05/2012) e, não, a data da extrapolação do limite da receita bruta tal como previsto nos arts. 29 c/c 30, IV, da Lei Complementar nº 123/2006. Veja-se:

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

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

(...)

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

(...)

IV - obrigatoriamente, quando ultrapassado, no ano-calendário, o limite de receita bruta previsto no inciso II do **caput** do art. 3º, quando não estiver no ano-calendário de início de atividade.

A mera sugestão de que a soma dos faturamentos ultrapassaria os limites fixados para enquadramento na modalidade simplificada de tributação (como isoladamente ventilado num único parágrafo das conclusões contidas na representação fiscal) não me parece suficiente para superar a mácula do equívoco na fundamentação do feito.

Portanto, apesar de a fiscalização ter produzido um conjunto probatório bastante convincente no sentido de revelar que as duas empresas compõem um mesmo grupo econômico, cuja formação pode até ter tido a motivação tributária, não se pode inferir daí que a recorrente (a empresa excluída) foi constituída por interpostas pessoas.

Já tive a oportunidade de deixar bem clara a minha posição contrária aos planejamentos marcados pelo propósito da economia tributária em vários julgamentos desta Casa. Considero correto declarar a inoponibilidade das operações concernentes ao Fisco quando a preponderância daquele propósito fica bem demonstrada. Todavia, há que se ter cuidado para não banalizar o fenômeno.

Por decorrência lógica, é desnecessário o enfrentamento das demais alegações contrárias aos fatos tratados na representação fiscal.

Diante do exposto, oriento meu voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário para cancelar o ato de exclusão do regime.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio