

Borges e Chaves: Uma causa excludente do Simples Nacional

05/07/2020

Um dos temas que vez ou outra chegam ao crivo do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) é a exclusão de empresas do Simples Nacional, quando da constatação de "interpostas pessoas" na sua constituição.



Para melhor análise, faz-se necessário tecer algumas

considerações acerca da matéria.

O Simples Nacional é um regime de tributação previsto pela Lei Complementar (LC) nº 123/2006 **[1]**, que permite que microempresas e empresas de pequeno porte (com faturamento anual de até R\$ 4,8 milhões) possam recolher mensalmente seus tributos (federais, estaduais e municipais) com base em alíquotas progressivas que incidem sobre o faturamento bruto.

Entretanto, além da condicionante de faturamento, a legislação prevê em uma série de situações em que se é vedada a opção por este regime de tributação, como é o caso do artigo 3º, §4º, V, da LC nº 123/2006, que estabelece que não se poderá beneficiar do regime a pessoa jurídica *"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"*.

Nesse diapasão, o artigo 29, da LC nº 123/2006 estabelece um rol de situações em que a Receita Federal do Brasil poderá proceder com a exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional, sendo uma delas o inciso IV, quando *"a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas"*.

Mas, afinal, o que significa "interposta pessoa"?

Em resposta à consulta do termo pelo Vocabulário Jurídico (Tesauro) do Supremo Tribunal Federal (STF) **[2]**, temos a seguinte definição: *"Pessoa que age em nome de outra, utilizando nome próprio. Também conhecida como testa-de-ferro ou presta-nome"*.

Dessa forma, temos que a situação vedada pela lei ocorre quando uma pessoa, real detentora de uma empresa ou grupo econômico, constitui outra(s) empresa(s) utilizando-se do nome de terceiros, com o intuito obter tratamento tributário mais benéfico pela sistemática do Simples Nacional.

Isso ocorre, geralmente, para evitar que o faturamento bruto anual da empresa principal ultrapasse o limite estabelecido pelo artigo 3º, II, da LC nº 123/2006. Além disso, pela sistemática da legislação, o faturamento global de todas as empresas que tenham sócios em comum (com mais de 10% do capital social) é somado para fins de averiguação quanto ao enquadramento no regime.

Entretanto, ressalta-se que não se trata de um planejamento tributário lícito e, caso seja constatado, a exclusão produzirá efeitos retroativos a partir do mês em que incorrida a situação, conforme prevê o §1º, do artigo 29 **[3]** da mencionada legislação.

Constatada a situação excludente, a contribuinte poderá sofrer com um grande ônus decorrente de possível lançamento tributário de todo o período pretérito sob a nova sistemática de apuração, sem prejuízo da aplicação de juros e multas.

Ao analisar uma situação como a posta, o relator do Acórdão nº 1401-003.746 **[4]** do Carf concluiu que "(...) *No caso concreto, restou claramente evidenciado a simulação e fraude para sempre manter uma empresa no SIMPLES com o objetivo de reduzir o pagamento de tributos (...)*". Levou em consideração, entre as diversas constatações, o fato de as empresas estarem instaladas no mesmo local, de utilizarem a mesma marca, e de haver confusão patrimonial, esta última comprovada mediante transferências financeiras habituais entre as empresas, bem como o acesso amplo das sócias de uma empresa nas contas bancárias da outra. Ao final manteve a exclusão da empresa do Simples Nacional.

Na mesma linha, no Acórdão nº 1302-001.810 **[5]**, o relator constatou que existia um "entrelaçamento" familiar entre as empresas abrangidas pela fiscalização, bem como a existência de procurações que demonstraram a gestão unificada dos negócios. Ainda, que a sede de uma das empresas resumia-se a uma sala localizada dentro das instalações da outra. Concluiu, também, por negar provimento ao recurso da contribuinte.

Já no Acórdão nº 1802-002.045 **[6]**, o relator entendeu que o termo de representação fiscal não comprovou a efetiva constituição da empresa de forma fraudulenta, por meio de interpostas pessoas. Argumentou que desde a impugnação, a recorrente demonstrou que a própria sócia sempre esteve à frente da empresa em todos os atos de gestão administrativa e financeira. Por fim, foi acompanhado, por unanimidade, para afastar a exclusão da empresa do regime simplificado.

Tem-se, portanto, que não se trata de uma matéria com grandes controvérsias de natureza jurídica, vez que expressamente vedada pela Lei Complementar nº 123/2006. Mas que, no caso concreto, depende de um exame aprofundado dos aspectos fáticos-probatórios das operações envolvidas, como nos casos acima analisados, a fim de se constatar efetivamente que a constituição da empresa se deu por interpostas pessoas.

Aponta-se, por fim, que os seguintes elementos probatórios são comumente levados em consideração para a caracterização desses casos: estabelecimento comum, gestão unificada, procuração com poderes de gestão, entrelaçamento familiar, confusão patrimonial, utilização da mesma marca e compartilhamento de funcionários, entre outros.

[1] Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999.

[2] Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesauro.asp?txtPesquisaLivre=INTERPOSTA%20PES>
. Acesso em 26 de Junho de 2020.

[3] "(...)§ 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".

[4] 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do Carf. Julgado em 18 de Setembro de 2019.

[5] 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do Carf. Julgado em 03 de Março de 2016.

[6] 2ª Turma Especial da 1ª Seção de Julgamento do Carf. Julgado em 11 de Março de 2014.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-jul-05/borges-chaves-causa-excludente-simples-nacional/>