



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10820.000756/2007-33
Recurso n° 919.414 Voluntário
Acórdão n° **1802-01.263 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 13 de junho de 2012
Matéria SIMPLES
Recorrente PEVI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2002

Ementa:

Ao incorrer em quaisquer das hipóteses de exclusão previstas na legislação instituidora do Simples, o contribuinte deve ser excluído do sistema simplificado de tributação, especialmente porque foram comprovadas as hipóteses previstas na legislação de desmembramento da pessoa jurídica, embaraço à fiscalização e interposição de pessoas que não fossem os verdadeiros sócios.

PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. CERCEAMENTO. INOCORRÊNCIA.

A Recorrente recebeu cópia do Parecer e foi devidamente cientificada do ADE que a excluiu do Simples. Sendo assim, o contraditório e a ampla defesa do contribuinte não restaram prejudicados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Marco Antonio Nunes Castilho – Relator

Processo nº 10820.000756/2007-33
Acórdão n.º **1802-01.263**

S1-TE02
Fl. 330

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz Corrêa, Gilberto Baptista, Nelso Kichel, Gustavo Junqueira Carneiro Leão e Marco Antonio Nunes Castilho.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto – SP, que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada pela ora Recorrente, que foi recebida como Impugnação, concluindo pela manutenção da exclusão do contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples.

Para descrever os fatos transcrevo o relatório constante do Acórdão citado, *verbis*:

“Trata o presente processo, de exclusão da contribuinte acima identificada, do Sistema Integrado de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES (Federal), com efeitos a partir de 01/02/2002, conforme Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 024.2009 (fl. 245) e Parecer Sacat 290/2009, ambos da Delegacia da Receita Federal em Araçatuba/SP, tendo em vista o disposto na Lei nº 9.317, de 1996, art 9º, XVII e 14, II e IV.

De acordo com o referido parecer, examinada a representação administrativo-fiscal formulada por auditora da extinta Secretaria da Receita Previdenciária, resultou que a contribuinte não poderia manter-se no Simples, pois de acordo com o explicitado no item III da representação (fls. 06/11), ocorreria situação fraudulenta, praticada pelos responsáveis legais das empresas formadoras do “GRUPO PREVI”.

A empresa constituída em 14/08/1974 de acordo com os registros no sistema “Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), tem como atividade econômica o “comércio atacadista de embalagens” CNAE 4686-9-02, tendo optado pelo Simples com efeitos a partir de 01/01/2002.

Ciente do ato de exclusão, a contribuinte ingressou com manifestação de inconformidade na qual contesta o ADE, em suma, sob as seguintes alegações:

- O ADE, oriundo do Parecer/Sacat nº 290/2009 foi elaborado com base nos documentos e alegações constantes das fls. 01/216 do Processo Administrativo Fiscal nº 10820.000756/2007-33, instruído pela documentação de fls. 13 a 216. Continuamente, foram carreados aos autos as documentações que fazem as fls. 217 a 242, apresentadas pelo setor responsável pela análise do processo administrativo, e outras pesquisas.*

- Não foi dada ciência à impugnante acerca da interposição do procedimento administrativo. Por óbvio, a exclusão do Simples não observou o devido processo legal, estampado no inciso LIV, do art 5º da Constituição Federal.
- Não consta dos autos, qualquer prova de que a empresa impugnante tenha sido intimada acerca do processo administrativo, conforme preceitua o art. 28 da Lei nº 9.784 de 1999, portanto, conforme o art. 53 desse diploma legal, o ADE deve ser anulado.
- A exclusão da impugnante do Simples Federal não passou de um ato arbitrário, resultante de um processo administrativo eivado de nulidades insanáveis, tendo em vista a violação de diversos princípios constitucionais.
- O processo administrativo foi instaurado para demonstrar a ocorrência de hipótese de exclusão do Simples, sob alegação de situação considerada fraudulenta, visando a burla do Fisco, a isenção de contribuição previdenciária e de tributos de outras esferas. Todavia a documentação carreada aos autos são insuficientes para demonstração do pretense enriquecimento ilícito das empresas principais e de seus representantes.
- As razões constantes da representação administrativa para fins de exclusão do Simples extrapolou o limite da razoabilidade, porquanto os documentos apresentados não são hábeis para a exclusão da contribuinte do sistema simplificado de tributação.
- Não há nos autos efetiva demonstração da cisão ou mesmo desmembramento da pessoa jurídica, nem tampouco qualquer prejuízo do ente público na forma inicialmente delineada. A representação formulada pelo agente público é um emaranhado informações aleatórias e unilaterais que visam levar o julgador a erro, eis que não há prova material do alegado desmembramento da impugnante, nem de qualquer prejuízo aferido pelo ente público.
- É absurdo o argumento utilizado para exclusão da Impugnante do Simples, a constituição das empresas “Teones Laurindo Fernandes Plástico” em 2000 e “TJ Fernandes Comércio Atacadista de Utilidades Plásticas e Brinquedos” em 2004, demais fatos relatados às fls. 03/12 e a pesquisa do CNPJ.”

Em sua decisão, a DRJ-RPO houve por bem manter a exclusão do Simples, conforme ementa transcrita abaixo:

“ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2002

EXCLUSÃO. DESMEMBRAMENTO DA PESSOA JURÍDICA.

As empresas resultantes de qualquer forma de desmembramento, ocorridas na vigência da lei instituidora do Simples estão impedidas de ingressar no sistema simplificado de tributação.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO

Constitui hipótese de exclusão do Simples o embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada, quando intimado.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS.

Configura hipótese de exclusão do Simples a constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

CONTRADITÓRIO. INÍCIO.

Somente com a impugnação inicia-se o litígio, quando devem ser observados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO.

Somente são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente, bem como os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Impugnação Improcedente

Sem Crédito em Litígio.”

Inconformada com a decisão, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário no qual aduziu, em síntese, os mesmos argumentos apresentados na Manifestação de Inconformidade (recebida como Impugnação), requerendo, ao final, que o recurso seja totalmente provido com a retificação do acórdão proferido pela DRJ/RPO, no sentido de declarar nulo o Ato Declaratório Executivo DRF/ATA n. 024 de 13 de julho de 2009 além de todo o processo administrativo instaurado e ainda, subsidiariamente, reformar a decisão prolatada, a fim de afastar a exclusão da Recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples Federal).

É o relatório, passo a decidir.

Voto

Conselheiro Marco Antonio Nunes Castilho, Relator.

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para a sua admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

No que tange ao processo administrativo fiscal, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto – SP entendeu que os princípios da ampla defesa e do contraditório devem ser observados somente quando se inicia o litígio, momento esse caracterizado pela impugnação.

Ainda, com relação à nulidade suscitada pelo contribuinte, o entendimento foi de que somente são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente, bem como os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

No tocante à preliminar de nulidade argüida, conforme se verifica às fls. 247/248 dos presentes autos, a Recorrente recebeu cópia do Parecer e foi devidamente cientificada do ADE que a excluiu do Simples.

Dessa forma, verifica-se que o direito ao contraditório e a ampla defesa do contribuinte não restaram prejudicados, ao contrário do que é alegado. Nesse sentido é o entendimento da Quarta Turma Especial do CARF (Acórdão 1803-000.886):

“ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SIMPLES Ano-calendário: 2002 NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Atendidos todos os requisitos formais, somente ensejam nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente, os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de ampla defesa, hipóteses essas que se encontram ausentes nos presentes autos.(...)”

Com efeito, entendo não mereça prevalecer a preliminar argüida pela Recorrente.

Em relação ao mérito, necessário destacar que a controvérsia diz respeito à exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas de Pequeno Porte (Simples), relativo à empresa Recorrente, a partir de 01/02/2002, sob a hipótese de (i) “cisão ou qualquer forma de desmembramento”, com base no artigo 9º, inciso XVII, da Lei 9.317 de 05/12/1996 e artigos 20, inciso XVI e 24, inciso II, da Instrução Normativa SRF nº 608 de 09/01/2006 e, (ii) “no fato do desmembramento das duas empresas principais (Ivep Indústria Vanguarda Embalagens Personalizadas Ltda. e Pevi Ind. e Comércio de Plásticos Ltda.), constituindo duas empresas fictícias (Teones Laurindo

Fernandes Plástico e TJ Fernandes Comércio Atacadista de Utilidades Plásticas e Brinquedos Ltda.)”.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto–SP entendeu que as empresas resultantes de qualquer forma de desmembramento, ocorridas na vigência da lei instituidora do Simples, estão impedidas de ingressar no sistema simplificado de tributação.

Além disso, reforçou os argumentos da exclusão do Simples em razão da ocorrência de mais duas hipóteses, a saber: (i) o embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição dos livros e documentos a que estiver obrigada, quando intimado, e (ii) a constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios.

Inconformada, a Recorrente apresentou o Recurso Voluntário alegando em síntese os mesmos argumentos apresentados na Manifestação de Inconformidade, a qual foi recebida como Impugnação, não trazendo elementos novos à discussão.

Entendo que a decisão da DRJ/RPO deve ser mantida.

As empresas oriundas do desmembramento da Recorrente, ao optarem pelo sistema de tributação do Simples, burlaram o Fisco na medida em que se aproveitaram dessa situação, considerada fraudulenta, para deixar de recolher os tributos no montante devido, gerando enriquecimento ilícito dessas empresas e de seus respectivos representantes legais. Vide, a propósito, farta documentação acostada às fls. 01/242 e o relatório de fls. 243/245, a esse respeito.

Sendo assim, por ter promovido o desmembramento da pessoa jurídica, a Recorrente se enquadra em uma das hipóteses de vedação de exclusão do Simples, de acordo com os artigos 9º, XVII, e 13º, II, a, da Lei 9.317/96.

“Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

XVII - que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência desta Lei;”

“Art. 13º A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

(...)

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;”

A Segunda Turma Especial do CARF, no Acórdão 1802-000.678, corrobora esse entendimento:

“ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES Exercício: 2003 SIMPLES - EXCLUSÃO – DESMEMBRAMENTO.

Feita a prova de que a pessoa jurídica é resultante de desmembramento de outra pessoa jurídica, deve ela ser excluída do regime do Simples com base no disposto no inciso XVII do artigo 9º da Lei 9.317, de 1996.”

A Quarta Turma Especial do CARF, no Acórdão 1803-000.886, também manifesta o mesmo entendimento:

“ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SIMPLES Ano-calendário: 2002

(...)

SIMPLES. EXCLUSÃO. DESMEMBRAMENTO.

Não poderá optar pelo Simples, a pessoa jurídica que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica.”

Como se não bastasse, a Recorrente, quando solicitada, não apresentou os livros e documentos necessários para efetivar a fiscalização de maneira satisfatória, configurando, assim, hipótese de embaraço à fiscalização, o que também levaria à exclusão de ofício do Simples, nos termos do artigo 14, II, da Lei 9.317/96.

A Representação Administrativa retrata a hipótese de exclusão descrita no ADE, explicitando a ficção das empresas objeto do desmembramento:

“No intuito claro de novamente “escapar” das obrigações de contribuinte nas mais diversas esferas e de acobertar as ações fraudulentas praticadas, deixam de apresentar ao fisco a contabilidade devidamente formalizada da empresa T J Fernandes Comércio Atacadista de Utilidades Plásticas e Brinquedos Ltda., bem como a contabilidade formalizada da empresa Pevi Comercial Ltda, relativa ao período de janeiro/2005 a agosto/2006, motivo da lavratura dos Autos-de-Infração pertinente.

Ressalta-se, ainda, que a contabilidade da empresa Teones Laurindo Fernandes Plástico foi escriturada somente até dezembro de 2003, deixando, a partir de janeiro/2004 de fazer parte da contabilidade das demais empresas do Grupo.”

Como se pode verificar às fls. 030 a 037 dos presentes autos, as atividades da referida empresa são gerenciadas e efetivamente administradas por pessoas ligadas a PEVI, de forma que um antigo funcionário, que apenas opera máquinas e equipamentos de produção, figura como titular da firma.

Restou claro que, diante da falta de poder de gerência, este funcionário não seria o verdadeiro titular da firma e a execução de trabalhos administrativos e todas as decisões gerenciais são tomadas por dirigentes da PEVI.

A constituição de empresas individuais que ocupam um mesmo espaço físico, desenvolvem o mesmo objeto social, utilizam os mesmos colaboradores e maquinários e, cujos sócios possuem grau de parentesco ou afinidade entre si, objetivando reduzir custos, usufruir tributação privilegiada e pulverizar receitas, caracteriza constituição de grupo econômico e impede a opção pelo Simples.

Assim, resta claro que a Recorrente incorreu na hipótese legal de exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas de Pequeno Porte – SIMPLES, em decorrência do desmembramento da pessoa jurídica, de acordo com os artigos 9º, XVII, e 13º, II, a, da Lei 9.317/96.

Diante de todo o exposto, voto no sentido de REJEITAR a preliminar e, no mérito NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo a decisão da DRJ/POR, no sentido de excluir o contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições – Simples a partir de 01/02/2002.

(assinado digitalmente)

Marco Antonio Nunes Castilho