



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11080.730493/2012-21
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1002-002.110 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 8 de junho de 2021
Recorrente JBTELLI COMERCIO DE CALCADOS LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007

DEFINITIVIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

A teor do parágrafo único do art. 42 do Decreto nº 70.235/72, serão definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício, tornando-se questão incontroversa e definitiva.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula CARF nº 2).

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. OCORRÊNCIA.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário

(documento assinado digitalmente)
Ailton Neves da Silva- Presidente.

(documento assinado digitalmente)
Rafael Zedral- Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ailton Neves da Silva (Presidente), Rafael Zedral e Lucas Issa Halah.

Fl. 2 do Acórdão n.º 1002-002.110 - 1ª Sejul/2ª Turma Extraordinária
Processo nº 11080.730493/2012-21

Relatório

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento em primeira instância, a seguir transcrito:

Versa o processo sobre a controvérsia instaurada em face da exclusão pela Administração da Interessada do SIMPLES NACIONAL, conforme Ato Declaratório de Exclusão emanado pela DRF/POA.

A origem da exclusão adveio do trabalho de investigação do Escritório de Pesquisa e Investigação na 10ª Região Fiscal, em atendimento ao pedido da Seccional Novo Hamburgo da Procuradoria da Fazenda Nacional, em continuidade de trabalhos anteriores realizados sobre a pessoa jurídica JOLLY COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA e o grupo econômico do qual ela faz parte.

Nesta fase de investigação foi apurada a sucessão de três lojas contra as quais pende redirecionamento de execuções fiscais e foi identificada uma nova loja em Porto Alegre, constituída em nome de interpostas pessoas.

Foram investigadas as lojas da marca DATELLI localizadas em Porto Alegre/RS, num total de 10:

Tabela 1: lojas listadas no memorando da PGFN

Razão Social	CNPJ	Ponto comercial
Andrage Comércio de Calçados Ltda	08.335.667/0001-57	Rua dos Andradas (Galeria Malcon)
Dflores Comércio de Calçados Ltda	12.754.904/0001-91	Rua Doutor Flores, 244
Ferratelli Comércio de Calçados Ltda	12.165.256/0001-38	Shopping Total
Iguatoni Comércio de Calçados Ltda	08.229.212/0001-57	Shopping Iguatemi
Liza Comércio de Calçados Ltda	02.797.931/0001-98	Shopping Bourbon Ipiranga
Matrile Comércio de Calçados Ltda	08.335.146/0001-08	Shopping Bourbon Assis Brasil
Modate Comércio de Calçados Ltda	03.731.285/0001-29	Shopping Moinhos de Vento
Monatelli Comércio de Calçados Ltda	03.946.032/0001-72	Shopping Iguatemi
Praiaman Comércio Calçados Ltda	08.262.095/0001-23	Shopping Praia de Belas
Spananberg Comércio de Calçados Ltda	10.388.992/0001-20	Barrashopping Sul

Para determinar quais lojas estavam explorando a marca DATELLI nos pontos comerciais onde até recentemente as pessoas jurídicas acima tinham sede, foram feitas pesquisas nos sistemas da RFB, no cadastro de alvarás da Prefeitura de Porto Alegre e feitas compras em algumas delas.

Essas pesquisas concluíram que, das dez lojas acima, três (Andrage, Matrilde e Liza) foram sucedidas por outras pessoas jurídicas que continuam a exploração da marca DATELLI nos mesmos centros comerciais. Algumas sucessoras apresentaram indícios de estarem constituídas em nome de interpostas pessoas.

Foram pesquisadas também algumas lojas mais novas, inclusive a JBTELLI (interessada) e a Asbitelli, que sucederam, respectivamente, a Liza e a Matilde.

Verificou-se que foi mantido o mesmo padrão, pois neste caso também foi constatada a mesma coincidência, que liga tanto a Malcontelli com a DFLORES, contra a qual já pende redirecionamento de execução fiscal da JOLLY, quanto a JBTELLI, a COUNTRELLI e a ASBITELLI com a FERRATELLI, contra a qual também pende redirecionamento de execução fiscal da JOLLY.

Os fatos levantados neste relatório da ESPEI evidenciam que três das lojas DATELLI contra as quais foi deferido redirecionamento de execuções fiscais da JOLLY COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. foram sucedidas por interpostas pessoas (Malcuntelli Comércio de Calçados Ltda.).

Ao investigar as lojas DATELLI em Porto Alegre foi identificada uma nova loja, no Shopping Bourbon Country, que também apresenta indícios de estar constituída em nome de interpostas pessoas.

Diante dos fatos apurados, foi então lavrado o Ato Declaratório Executivo de Exclusão da interessada do Simples Nacional, em face de a pessoa jurídica ter sido constituída por interpostas pessoas, conforme disposto no inciso IV do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006, com as alterações da Lei Complementar nº 139/2011, inciso IV do artigo 5º da Resolução CGSN nº 15/2007 e letra “c” do inciso IV do art. 76 da Resolução CGSN nº 94/2011, com efeitos a partir de 05/09/2011, estendendo-se até 31/12/2011, impedida a opção pelo regime diferenciado pelos próximos 3 anos-calendário, inclusive o ano de 2011.

Devidamente cientificada em 31/08/2012 (fls. 1.128), a interessada, em 28/09/2012, apresentou manifestação de inconformidade (fls. 1.202/1.221), cujo teor, em síntese, a seguir reproduzo:

Da preliminar de nulidade – Inobservância da ampla defesa e contraditório

a) Consta dos autos do processo relatório denominado Informação de Pesquisa e Investigação – IPEI datado de 06/08/2012;

b) Segundo concluiu o ADE o referido relatório foi utilizado como sustentáculo para tal finalidade;

c) Neste relatório, há uma série de informações que não guardam relação com o tema ora em debate;

d) Os dados acima citados, por si só, seriam suficientes para declarar nulo o ato de exclusão da ora requerente do Simples Nacional, pois não há como, por via reflexa, conceber que um relatório elaborado para um fim específico seja utilizado para fundamentar outro ato, posteriormente emitido pela Autoridade Administrativa;

e) O caso dos autos é um exemplo típico de inobservância do princípio da verdade material, pois em momento algum sequer a requerente foi intimada a prestar qualquer esclarecimento;

Das razões para manutenção no Simples Nacional

I – Da responsabilidade por ato infracional

a) Por um ato praticado por duas pessoas físicas (Andréia e Jéferson), no qual constituíram uma pessoa jurídica (JBTELLI), a própria pessoa jurídica será penalizada com a sanção administrativa de exclusão de um regime diferenciado de tributação;

b) É evidente a separação entre atos das pessoas físicas que constituíram a sociedade e os atos praticados por essa última, obviamente imputados a ela somente após a sua criação;

c) Veja-se que o ato de constituir uma sociedade, no caso concreto, foi um ato praticado pelas pessoas físicas Andréia e Jéferson, cuja vontade naquele momento em nada se relacionou com qualquer conduta praticada pela pessoa jurídica, ou melhor, sequer poderia ser assim, pois inexistente a entidade (sujeito de direitos e obrigações);

d) E, imputar responsabilidade e, por consequência, aplicar uma sanção administrativa à pessoa jurídica que não praticou qualquer conduta ensejadora de exclusão do Simples Nacional é o mesmo que condenar uma pessoa por ato praticado por terceiro, em frontal violação ao princípio da individualização da pena;

e) O CTN, apesar de prever em seu artigo 136 que a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. Por outro lado, enseja, obrigatoriamente, que tal regra seja interpretada de acordo com o que estabelece o art. 112 do mesmo diploma legal;

f) O suposto fato de constituição da empresa ora requerente ter se dado por interposta pessoa, o que se admite para o fim argumentativo, não permite, por mera subsunção, a aplicação da regra prevista no inciso IV do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006;

g) No caso em apreço, assim como reconhecido pela autoridade administrativa na IPEI mencionada, a pessoa jurídica ora recorrente, aproximadamente 4 meses após a sua constituição teve suas quotas transferidas por venda para os atuais sócios, os quais não guardam relação de qualquer espécie com as pessoas físicas que praticaram o suposto ato de constituição da empresa ora recorrente;

h) Trata-se de negócio (compra e venda de quotas) realizado de forma regular, com notória boa-fé dos compradores, atuais sócios da empresa, cujo exercício regular da atividade econômica está sendo obstaculizado pelo ato de exclusão do Simples Nacional;

i) Ocorre que, as circunstâncias do caso concreto convergem para a não aplicação da referida norma, na medida em que, como visto, os sócios da pessoa jurídica há muito já não são mais os mesmos que constituíram a empresa, aliado ao fato de que a responsabilidade pelo ato de constituição da empresa por interposta pessoa deve ser atribuída àquelas pessoas físicas que assim agiram, a teor do que dispõe o art. 137, incisos II e III do CTN; j) Invoca os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade;

II) Da convalidação dos atos administrativos – Dever de estabilização das situações jurídicas

a) Como é sabido, a convalidação produz efeitos retroativos, ou seja, existente para corrigir uma situação passada que se pretende sanar, em razão de um determinado vício;

b) No caso em apreço, tem-se que a opção pelo regime do Simples Nacional e a correspondente inação da autoridade administrativa, ou melhor, a sua concordância tácita quanto a essa situação fática, ensejou a emissão de um ato administrativo viciado em função de que, de acordo com a própria administração, esse não seria possível, em face da constituição da pessoa jurídica ora recorrente por interpostas pessoas;

c) Ocorre que, conforme acima referido e documentado no presente processo administrativo, a pessoa jurídica ora recorrente foi constituída em 01/08/2011 tendo, desde o início de suas atividades apurado os tributos de acordo com o regime do Simples Nacional;

d) Após aproximadamente 4 meses de sua constituição, em 14/12/2011, foi registrada alteração contratual da sociedade ora recorrente, na qual restou disposta a transferência, por venda, de 100% da participação societária para os atuais sócios;

e) Portanto, nesse momento, se houvesse eventual irregularidade, consubstanciada na alegada constituição da ora recorrente por interpostas pessoas, essa restou evidentemente sanada pela inclusão de novos sócios;

f) Tanto assim é que, na IPEI RS 20120015, utilizado para fundamentar o ato administrativo ora combatido, a autoridade administrativa fez menção expressa acerca dessa situação, no sentido de que houve a transferência das quotas para Fabiana Frasson e Vinicius Pereira Torino;

g) Veja-se que, caso houvesse relação de qualquer natureza dos atuais sócios acima citados com a alegada conduta de constituição da empresa por interpostas pessoas praticada pelos sócios anteriores, obrigatoriamente deveria estar presente a respectiva comprovação por meio de processo administrativo regular. Todavia, tal não ocorre justamente pela simples razão de que não há sequer um elemento para tanto;

h) Desse modo, pela transferência da totalidade da participação societária logo após a própria constituição da empresa, ou melhor, 4 meses, resta evidente que o alegado ato administrativo viciado encontra-se sanado pela situação fática narrada, de modo que a sua convalidação é medida que se impõe;

i) Pensar de modo diverso significa desprestigiar os princípios constitucionais do livre exercício da atividade econômica e do tratamento diferenciado conferido às microempresas.

Em sessão de 29 de julho de 2014 (e-fls. 1239) a DRJ julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade do contribuinte, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Ano-calendário: 2007 EXCLUSÃO DO SIMPLES. INTERPOSTA PESSOA. EFEITOS.

Correta a exclusão do Simples motivada pela interposição de pessoas, que é um negócio simulado, no qual a realidade fática é modificada artificialmente, com o intuito de usufruir indevidamente os benefícios do regime simplificado de

tributação. A simulação pode configurar-se quando as circunstâncias e evidências indicam a coexistência de empresas sendo uma com regime tributário favorecido, perseguindo a mesma atividade econômica, com utilização dos mesmos meios de produção e de empregados, implicando em gestão empresarial atípica. A exclusão da sistemática simplificada de tributação, quando ficar comprovada a utilização de interpostas pessoas na constituição e no funcionamento de pessoa jurídica, produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorrida.

NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade do Ato de Exclusão exarado pelo órgão de competência originária quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Comprovados nos autos que a contribuinte foi regularmente cientificada das razões que conduziram à emissão do ato de exclusão, exaustivamente documentadas e esclarecidas no curso do procedimento fiscal, não há que se arguir cerceamento de defesa.

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE EM SEDE ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

À autoridade administrativa falece competência para apreciar a ilegalidade da norma, cujo comando legal encontra-se plenamente em vigor.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Ciente da decisão de primeira instância, o ora Recorrente apresenta Recurso Voluntário (e-fls.), no qual repete o mesmo texto apresentado quando da interposição de manifestação de Inconformidade, com os acréscimos que serão analisados na fundamentação do voto.

Ao final, pede a revisão do Acórdão da DRJ no sentido de que seja deferido seu pleito.

É o relatório.

Fl. 7 do Acórdão n.º 1002-002.110 - 1ª Sejul/2ª Turma Extraordinária
Processo nº 11080.730493/2012-21

Voto

Conselheiro Rafael Zedral, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 23-B da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), com redação dada pela Portaria MF nº 329/2017.

Demais disso, observo que o recurso atende os outros requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

DO MÉRITO

A recorrente repete o mesmo texto que já havia sido apresentado perante a DRJ quando da interposição da Manifestação de Inconformidade, com algumas pequenas alterações.

Na preliminar de nulidade, por exemplo, a recorrente acrescenta na e-fls. 1261 dois parágrafos para tratar da decisão de DRJ sobre a preliminar de nulidade arguida na Manifestação de inconformidade, mas apenas relatando como decidiram os julgadores de primeiro grau. Não há contraposição aos argumentos utilizados pela DRJ ao rejeitar as preliminares de nulidade. No terceiro parágrafo do tópico II – DO DIREITO a recorrente volta a repetir o mesmo texto da manifestação e inconformidade.

Nos termos do artigo 56¹ do Decreto 70.235/1972, o Recurso Voluntário é cabível contra decisão da primeira instância. Logo, a decisão a ser atacada no Recurso Voluntário é o Acórdão da DRJ, não o Ato de exclusão do Simples.

E ao repetir o mesmo texto que já havia sido apresentado perante a DRJ, a recorrente não apresenta nenhum argumento tendente a reformar a decisão de primeiro grau.

A relatora do Acórdão recorrido apresentou seus argumentos para afastar a preliminar de nulidade, que podem ser lidos nas e-fls. 1246 a 1247 (primeiro parágrafo). Caberia à recorrente contrapor-se a estes argumentos, demonstrando a injustiça do julgamento, o que não ocorreu.

Numa das poucas contestações à decisão da DRJ, na e-fls. 1272, a recorrente alega obscuridade de um trecho do voto da relatora:

“E nesse particular, vai totalmente impugnada qualquer alegação contida no r. acórdão recorrido, no sentido de que *“em sua Primeira Alteração Contratual no preâmbulo, antes das deliberações, verifica-se que os sócios eram assistidos pelos mesmos que passaram a ser sócios da empresa (fls.), o que é no mínimo não usual*

¹ Art. 56. Cabe recurso voluntário, com efeito suspensivo, de decisão de primeira instância, dentro de trinta dias contados da ciência. (Vide Lei nº 9.430, de 1996)

entre partes que, legitimamente, constituem uma sociedade e que a interessada sequer rebate ou mesmo faz menção".

A obscuridade do texto acima ocorreria porque “ de início vale dizer que o r. acórdão sequer fez referência expressa a quem seriam “os mesmos”, se aos próprios sócios ou seus advogados, o que por si só, em razão dessa obscuridade, merece ser desconsiderada”.

Com todo o respeito aos formuladores do texto do Recurso Voluntário, o termo “os mesmos” se refere àqueles que “passaram a ser sócios da empresa”. Vejamos:

*“...verifica-se que os sócios eram assistidos pelos mesmos **que passaram a ser sócios da empresa**”*

Correta também é a postura dos julgadores de não apreciar alegações de inconstitucionalidade da lei complementar que prevê a exclusão do Simples Nacional.

E este CARF tem posição consolidada de não se pronunciar sobre alegações de inconstitucionalidade de lei, nos termos da sumula nº 02:

“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”

Também não se revela qualquer desproporcionalidade no ato de exclusão, visto que a autoridade fiscal apenas obedeceu o disposto no artigo 29 da Lei complementar 123/2006:

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

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;”

Portanto, o Acórdão recorrido apresentou todos os argumentos para manter o ato de exclusão do Simples Nacional, os quais não foram diretamente opostos pela recorrente, que preferiu repetir o mesmo texto apresentado na manifestação de inconformidade, com os acréscimos acima citados.

De um modo geral, verificamos que a Fiscalização fez um extenso trabalho de investigação, inclusive com visita aos estabelecimentos comerciais. Fez até mesmo compras nos estabelecimentos com juntada de fotos das notas fiscais. Fez uma análise de números de telefone relacionados às empresas e até mesmo o endereço MAC dos computadores das empresas.

A recorrente não se contrapõe aos fatos apresentados pela Fiscalização e nem aos argumentos do Acórdão da DRJ. Relembre-se que o parágrafo único do artigo 42² do

² Art. 42. São definitivas as decisões:

I - de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto;

II - de segunda instância de que não caiba recurso ou, se cabível, quando decorrido o prazo sem sua interposição;

III - de instância especial.

Parágrafo único. Serão também definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício.

decreto 70235/1972 prevê que “serão também definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício”.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário para, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Zedral – relator.