



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

Processo nº 13964.000405/2010-81
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1003-000.056 – Turma Extraordinária / 3ª Turma
Sessão de 04 de julho de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL
Recorrente GIMARA CONFECÇÕES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2006

PRELIMINAR. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Carece de fundamento a alegação de cerceamento do direito de defesa, na medida em que, tanto na fase fiscalizatória (procedimental), regida pelo princípio inquisitório, quanto na fase impugnatória (processual), ocasião em que foi inaugurada a fase do contraditório, o contribuinte teve ampla oportunidade de exercer o seu direito de defesa.

EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL. INTERPOSTA PESSOA.

A constatação de interposição de pessoa autoriza a exclusão do sujeito passivo do regime de tributação por meio SIMPLES, nos termos do disposto no inciso IV do artigo 14 da Lei nº 9.317, de 1996, retroagindo seus efeitos à data de verificação do fato ensejador da exclusão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar suscitada no Recurso Voluntário e, no mérito, em negar-lhe provimento, vencida a conselheira Bárbara Santos Guedes (relatora), que acatou a preliminar e deu provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Sérgio Abelson.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Presidente

(assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes - Relatora

(assinado digitalmente)

Sérgio Abelson - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Sérgio Abelson, Bárbara Santos Guedes e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 01-29.060, de 22 de abril de 2014, da 2ª Turma da DRJ/BEL, que negou provimento à manifestação de inconformidade apresentada pelo contribuinte.

Em fiscalização realizada na empresa contribuinte, os auditores fiscais responsáveis concluíram que, mediante as condutas apresentadas na representação fiscal e na interposição de pessoa jurídica Gonçalves Romagna EPP, o representante legal da empresa Gimara Confecções Ltda deu causa a exclusão de ofício, com efeito, no período de 01/2006 a 06/2007, do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequenos Portes - SIMPLES, instituídos pela Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 (fls. 01 a 08).

Através do Ato Declaratório de nº 158, de 06 de setembro de 2010, a empresa GIMARA foi excluída do Simples por utilizar-se de pessoa jurídica constituída por interpostas pessoas, que não os verdadeiros sócios, infringindo o art. 9º, inciso IV c/c art. 12 ambos da Lei 9.317/96 (fls. 67).

Contra essa decisão, Recorrente apresentou manifestação de inconformidade defendendo que a empresa possuía os mesmos sócios desde a constituição, em 10/07/1990, quais sejam, Antônio Romagna e Maria Aparecida Romagna. Logo, a Recorrente não foi criada por interpostas pessoas. Que a alegação na representação fiscal de que a empresa GISELE GONÇALVES ROMAGNA EPP não existia de fato, não vincula a Recorrente, pois aquela é pessoa jurídica independente e, caso ela fosse constituída por quem não é seu sócio, então essa empresa deveria ser afastada e não a GIMARA (fls. 69 a 71).

Por unanimidade de votos, através do acórdão de nº 01-29.060, de 22 de abril de 2014, a manifestação de inconformidade apresentada pela contribuinte foi julgada improcedente, tendo o julgador relator destacado em seu voto:

8. Acertou a fiscalização ao observar que a empresa GIMARA CONFECÇÕES LTDA. empreendia negócio no ramo de confecção de roupas íntimas, com seu corpo funcional formalmente dividido com a pessoa jurídica denominada Gisele Gonçalves Romagna EPP e também com outra pessoa jurídica denominada Rafael Gonçalves Romagna ME, tudo congregado no mesmo local, o mesmo parque industrial e equipamentos, sob administração do empresário Antônio Romagna.

9. Observe-se ainda que a empresa Gisele Gonçalves Romagna EPP foi considerada empresa de fato inexistente, razão da representação administrativa encaminhada à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Florianópolis, com vistas à sua baixa de ofício na inscrição do CNPJ.

10. Ao contrário do que sugere a contribuinte em sua defesa, a interposição de pessoas no presente caso, não ocorre exclusivamente pela inserção de um sócio vulgarmente conhecido como “laranja” em seu quadro societário.

11. Ainda que desde o início de sua constituição societária, permaneçam os mesmos sócios, Sr. Antônio Romagna e Sra. Maria Aparecida Gonçalves Romagna, a existência da interposição de pessoas é patente no presente caso, pois conforme está claramente relatado na Representação Fiscal que deu origem à exclusão, fls. 02/06, a interposição que ocorre é da pessoa jurídica Gisele Gonçalves Romagna EPP, a qual corresponde a uma mera simulação para que a empresa ora excluída pudesse usufruir indevidamente do tratamento tributário favorecido instituído pela Lei nº 9.317/96 (Simples Federal) com vigência até junho de 2007.

Inconformada com o julgamento, a Recorrente apresentou recurso voluntário, defendendo a nulidade do processo em razão de cerceamento de defesa, visto que recebeu o Ato Declaratório de exclusão do Simples Nacional sem a respectiva representação fiscal, fato que impediu a sua defesa plena. Outrossim, fundamentando no inciso IV do art. 14 da Lei 9.317/96, a Recorrente explica que só poderia ocorrer interposta pessoa se a pessoa jurídica a ser excluída tenha sido constituída, em seu quadro societário, por interpostas pessoas que não os verdadeiros sócios. Aduz que, com relação aos efeitos da exclusão, essa só poderia ocorrer a partir da decisão final do ato de exclusão. Por fim, requereu a procedência do pedido liminar e, ultrapassado esse argumento, requer seja acolhida as razões de mérito.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheira Bárbara Santos Guedes, Relatora

O Recurso Voluntário é tempestivo, visto que atende o prazo regulamentar estabelecido pelo Decreto 70.235/1972, art. 33. Portanto, o mesmo atende aos requisitos de admissibilidade, pelo que, conheço do recurso.

O cerne do litígio é a exclusão da GIMARA do Simples Federal por supostamente ter incorrido em situação excludente prevista no art. 9º, inciso IV c/c art. 12 ambos da Lei 9.317/96, nos termos do ADE nº 158, de 06 de setembro de 2010.

DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

A Recorrente pede, em sede de preliminar, que seja analisado seu pedido de cerceamento de defesa, em razão de não ter a mesma recebido a representação fiscal que levou à autoridade fiscal a emitir Ato Declaratório de nº 158.

A exclusão da Recorrente pelo Ato Declaratório em questão trouxe como motivo :

Art. 10 A contribuinte GIMARA CONFECÇÕES LTDA, CNPJ — 82.116.831/0001-98, excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, por utilizar-se de interpostas pessoas que não os verdadeiros sócios, infringindo o disposto no art. 14, inciso IV, da Lei 9.317/96, c/c o artigo 12, da mesma Lei.

Apesar do enquadramento legal, o ato não fundamenta a exclusão em fatos, tais alegações estão na representação fiscal, o qual a Recorrente alega não ter recebido.

O Ato Declaratório precisa ser motivado e deverá sempre ser vinculado. A Lei 9.784/99, em seu art. 2º, esclarece:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Quanto à motivação, o artigo 50 do mesmo dispositivo legal, determina o que se segue:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

A motivação dos fundamentos que justificam uma decisão do administrador público é fundamental para dar legitimidade e legalidade ao ato da Administração Pública e, conseqüentemente, para possibilitar o efetivo exercício do direito de defesa do contribuinte.

A motivação é princípio de direito administrativo e consiste na exposição dos elementos que ensejaram a prática do ato administrativo, mais especificamente com a indicação de seus pressupostos fáticos e jurídicos, bem como a justificação do processo de tomada de decisão.

Da análise do caso concreto, verifica-se que o Ato Declaratório não atende à essa determinação, uma vez que os fatos que motivaram a exclusão não estavam discriminados no termo. A motivação poderia ter sido dada a partir pareceres anteriores, como é o caso dos

autos (representação fiscal), mas tal documento deveria ter sido enviado à empresa para a livre e plena defesa da Recorrente.

Não há nos autos prova de que tal documento tenha sido enviado e a Recorrente, desde a primeira impugnação apresentada, levanta a questão em debate.

Entendo que a autoridade fiscal não motivou o Ato Declaratório de exclusão, em obediência ao art. 50, § 1º da Lei 9.784/99.

Nos termos do artigo 59, do Decreto 70.235/72, são nulos os despachos e decisões que tenham sido proferidos com preterição do direito de defesa, o que se aplica ao presente, visto que o não envio da representação fiscal junto ao Ato Declaratório, indicando os fatos que levaram à exclusão, é um vício de forma e impossibilita ou mesmo prejudica a defesa adequada da Recorrente.

Diante do exposto, voto no sentido de acolher a preliminar de cerceamento de defesa, restando, por conseguinte, nulo o Ato Declaratório constante dos autos.

(assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes

Voto Vencedor

Conselheiro Sérgio Abelson, Redator designado.

Discordo do voto da ilustre Conselheira Relatora no que tange ao acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa.

A recorrente, por meio de seu representante legal, tomou ciência pessoal do ADE em questão em 29/09/2010 (folha 67, numeração em papel), momento em que se encontrava sob o procedimento de fiscalização de MPF nº 09.2.01.00-2010-00748-1 (folha 08), conforme relatado na Representação Administrativa para Exclusão do Simples (folhas 01/07).

A Representação Administrativa para Exclusão do Simples consiste em uma comunicação do Auditor-Fiscal responsável pela ação fiscal para o setor da unidade da RFB responsável pela emissão dos ADE. Em tal documento estão relatados os fatos ocorridos durante a ação fiscal, elencada a documentação coletada e apresentadas as conclusões no que se refere, no caso, à exclusão da fiscalizada do Simples Federal. Ou seja, é um documento que reproduz as informações obtidas no curso da ação fiscal para fundamentar a emissão do ADE por parte de outro setor da unidade da RFB. Não há, na referida representação, informação que não conste da ação fiscal então em curso. Além disso, do referido ADE consta referência ao número do presente processo, ao qual a representação é o primeiro documento, tendo sido anexada, portanto, em 27/08/2010 (data do protocolo, na capa do processo).

Desta forma, observa-se que, estando sob o procedimento de fiscalização que motivou a exclusão e, diante da informação constante do ADE do número do presente processo, a contribuinte já tinha conhecimento prévio dos motivos de sua exclusão, e teve

facultado pleno acesso à Representação Administrativa para Exclusão do Simples Nacional mediante vistas ao presente processo. Cabe registrar que é usual a emissão de ADE também fora de procedimento de fiscalização, derivada de cruzamento de informações em sistemas, e que, nestes casos, sequer há representação interna, ou seja, as contribuintes são cientificadas de sua exclusão mediante apenas o ADE, sem qualquer outro documento explicativo.

A ciência da fiscalizada ao ADE no curso do procedimento fiscal é procedimento corriqueiro e, usualmente, não é dada ciência específica à contribuinte da representação que fundamentou o ADE, à qual esta tem acesso mediante vista ao processo.

Desta forma, não vejo razão para considerar ter havido o cerceamento do direito de defesa alegado pela recorrente.

No mérito, a recorrente argumenta, inicialmente, que a exclusão do Simples por infração ao disposto no inciso IV do artigo 14 da Lei 9.317/96 somente pode ocorrer se ficar devidamente comprovado que a pessoa jurídica a ser excluída foi constituída, em seu quadro societário, por interpostas pessoas, que não sejam os verdadeiros sócios, acionistas ou titular, e afirma não ter ocorrido simulação pela atividade de mais de uma pessoa jurídica no mesmo endereço.

A contribuinte se refere à sua atividade no mesmo endereço que a pessoa jurídica Gisele Gonçalves Romagna EPP, fato mencionado na Representação Administrativa para Exclusão do Simples (folhas 01/07) que alegou desconhecer, nas preliminares. Não contesta, no entanto, outros fatos relatados no documento: a exploração de uma única atividade econômica - confecção de roupas íntimas, utilização indistinta do quadro funcional de ambas, gestão de fato de um só administrador, com comprovação inclusive por assinatura de documentos, configurando claramente unicidade empresarial e comunhão administrativa, bem como inexistência de fato da mencionada EPP, utilizada apenas para divisão de receita bruta e contratação de empregados, com a finalidade, com a permanência no Simples, de supressão de tributos, notadamente a contribuição previdenciária destinada à seguridade social, fragmentando a folha de pagamentos de salários para usufruir indevidamente de tratamento tributário favorecido. Procedimento, inclusive, repetido a partir de 2010, com a constituição de mais uma pessoa jurídica nas mesmas condições, Rafael Gonçalves Romagna ME.

O procedimento fiscal que conclui pela inexistência de fato da pessoa jurídica Gisele Gonçalves Romagna EPP não pode, por óbvio, limitar-se por sua existência formal, demonstradamente mero instrumento de simulação. Quando fica comprovada a interposição de pessoa na administração da referida EPP, que nada mais é que parte não autônoma da recorrente e gerida, de fato, pelo sócio-administrador da última, está caracterizada a utilização de interposta pessoa em parte não autônoma da própria recorrente e, portanto, na própria recorrente, estando claramente configurada a hipótese de sua exclusão do Simples constante do art. 14, IV, da Lei 9.317/96. Correto, portanto, o procedimento, ao excluir a recorrente do Simples Federal e representar pela baixa de ofício da inscrição no CNPJ da pessoa jurídica que demonstrou ser inexistente de fato, por não exercer autonomamente suas atividades.

A outra alegação de mérito da recorrente se refere aos efeitos da exclusão. Argumenta que não consta dos autos data da ocorrência da alegada infração e, portanto, não há termo inicial para os efeitos da pretendida exclusão, que pelo art. 15, V, da Lei 9.317/96, deve surtir efeitos a partir do mês de ocorrência, no caso, da constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas. Entende, assim, que a exclusão só poderia surtir efeitos a partir da decisão administrativa final relativa ao ato de exclusão.

A constituição da pessoa jurídica recorrente por interpostas pessoas se dá a partir da constituição formal da pessoa jurídica Gisele Gonçalves Romagna EPP, a qual, conforme já demonstrado, representa parte não autônoma da pessoa jurídica recorrente, com titularidade de direito não correspondente à gestão de fato. A referida EPP foi aberta em 19/04/2004 (folha 01), e a partir de então configurou-se a infração legal. Contudo, como a ação fiscal se deu em 2010, pelo reconhecimento de ofício do prazo decadencial, bem como pelo período determinado no Mandado de Procedimento Fiscal (folhas 08/09), entendeu-se por bem, e corretamente, excluir a interessada do Simples apenas a partir de 01/01/2006, conforme ADE à folha 67. Nenhum reparo a fazer, portanto, ao termo inicial da exclusão.

Pelo exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, negar provimento ao recurso.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Sérgio Abelson