



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15586.720442/2014-13
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.250 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de fevereiro de 2021
Recorrente SIENA CONFECÇÕES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 01/01/2011

RECURSO VOLUNTÁRIO. REMESSA POR VIA POSTAL. DATA DA INTERPOSIÇÃO. DATA DO CARIMBO DE POSTAGEM.

No caso de Recurso Voluntário remetido à Administração Tributária por via postal, deve-se considerar como data de interposição a data de postagem constante do aviso de recebimento ou, na falta de cópia deste, a data constante do carimbo apostado no envelope, quando da postagem da correspondência~.

MATÉRIAS NÃO PROPOSTAS EM IMPUGNAÇÃO. APRESENTAÇÃO EM RECURSO VOLUNTÁRIO AO CARF. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO.

As matérias não propostas em sede de Impugnação não podem ser deduzidas em recurso ao CARF em razão da perda da faculdade processual de seu exercício, configurando-se a preclusão consumativa, a par de representar, se admitida, indevida supressão de instância.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/01/2011

SIMPLES NACIONAL. CONSTITUIÇÃO POR MEIO DE PESSOAS INTERPOSTAS. CAUSA DE EXCLUSÃO.

A constituição da pessoa jurídica por meio de interpostas pessoas é causa de exclusão de ofício do Simples Nacional.

SIMPLES NACIONAL. CONSTITUIÇÃO POR MEIO DE PESSOAS INTERPOSTAS. EFEITOS DA EXCLUSÃO.

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional motivada pela constituição por meio de interpostas pessoas produz efeitos a partir do próprio mês em que incorrida na situação que a causou, impedindo a opção pelo referido regime diferenciado pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário e, na parte conhecida, em rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em relação ao Acórdão nº 16-75.100, de 12 de dezembro de 2016, proferido pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo/SP, que julgou improcedente a Impugnação apresentada pelo sujeito passivo (fls. 250/259).

O presente processo se originou de Ato Declaratório Executivo (fl. 225), por meio do qual a Recorrente foi excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), a partir de 1º de janeiro de 2011, por incorrer na situação impeditiva prevista no art. 29, inciso IV, da Lei Complementar nº 123, de 2006 (constituição por meio de interpostas pessoas).

Conforme relato contido na Representação Fiscal de fls. 2/5:

Em auditoria fiscal anteriormente realizada pelo AFRFB Manoel Sergio de Assunção Macedo, matrícula 00011956, encerrada em 12/2012, ficou constatada a FORMAÇÃO DE GRUPO EMPRESARIAL, incluindo o sujeito passivo SIENA CONFECÇÕES LTDA – EPP, liderada pela empresa HOUSE CONFECÇÕES LTDA – CNPJ 02.860.191/0001-97, com o objetivo de se beneficiar indevidamente do SIMPLES NACIONAL, instituído pela Lei Complementar nº 123 de 14.12.2006.

Foi concluído que a formação do grupo de empresas teve como único objetivo diluir a Receita Bruta, Movimentação Financeira e Capital Social da empresa HOUSE CONFECÇÕES LTDA entre vários CNPJ (matriz), utilizando-se parentes, empregados e demais pessoas, que figuram como interpostas pessoas das referidas empresas, visando se beneficiar do SIMPLES NACIONAL, fraudando assim a legislação tributária, com a consequente sonegação do Imposto de Renda e das demais Contribuições Federais devidas.

(...)

Na presente auditoria, abrangendo o período de **2009 a 2011**, relativamente aos componentes do quadro societário de todos os estabelecimentos acima identificados, integrantes do grupo empresarial DISTRIBUIDORA SÃO PAULO, ficou constatada

situação similar ao verificado pela última auditoria, ou seja, **a utilização das mesmas interpostas pessoas no quadro societário**

Cientificada do referido ato, a Recorrente apresentou a Impugnação de fls. 231/239, na qual sustenta:

- (i) preliminarmente, a ausência de elemento essencial, conforme art. 10, inciso III, do Decreto nº 70.235, de 1972, uma vez que não teriam sido apresentadas as “circunstâncias inerentes aos fatos”, o que representaria cerceamento do direito de defesa e nulidade do Termo de Exclusão;
- (ii) a inexistência de motivação do ato de exclusão;
- (iii) a impossibilidade de exclusão retroativa, já que os efeitos deveriam ocorrer apenas a partir da exclusão.

Na decisão de primeira instância, rejeitou-se a alegação de nulidade por cerceamento do direito de defesa e ausência de descrição dos fatos e de motivação, por se considerar presentes todos os elementos essenciais necessários e garantido o direito de defesa da Recorrente. Quanto ao mérito, considerou-se comprovada a interposição de pessoas e se apontou que os efeitos da exclusão estão de acordo com a previsão legal.

A decisão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO. FALTA DE MOTIVAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

A garantia constitucional de ampla defesa, no processo administrativo fiscal, está assegurada pelo direito de o contribuinte ter vista dos autos, apresentar impugnação, interpor recursos administrativos, apresentar todas as provas admitidas em direito e solicitar diligência ou perícia.

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.

EFEITOS DA EXCLUSÃO.

Quando ocorrer constituição de empresas por interpostas pessoas, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorrida, impedindo a opção pelo regime diferenciado pelos próximos três anos-calendário seguintes.

Após a ciência do Acórdão em questão, foi apresentado o Recurso Voluntário de fls. 271/285, no qual a Recorrente repete as alegações trazidas na Impugnação, acrescentando argumentos quanto aos requisitos necessários para a caracterização de grupo econômico.

É o Relatório.

Fl. 4 do Acórdão n.º 1302-005.250 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 15586.720442/2014-13

Voto

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, Relator

1 DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O sujeito passivo foi cientificado, por via postal, da decisão de primeira instância, em 5 de janeiro de 2017 (fl. 264), tendo remetido, também por via postal, em 25 de janeiro daquele ano (conforme carimbo apostado ao envelope de fl. 269), o seu Recurso Voluntário.

O art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, somente estabelece que o prazo para a apresentação do Recurso é de 30 (trinta) dias contados da ciência da decisão de primeira instância, não veiculando qualquer regra distintiva em relação à interposição do Recurso por via postal.

A jurisprudência do CARF, em consonância para o estabelecido para a Impugnação, por meio do Ato Declaratório Normativo Cosit n.º 19, de 26 de maio de 1997, e do art. 56, §§5º e 6º, do Decreto n.º 7.574, de 2011, tem entendido que, para o exame da tempestividade dos Recursos, deve-se considerar como data de apresentação a data de postagem constante do aviso de recebimento ou, na falta de cópia deste, a data constante do carimbo apostado no envelope, quando da postagem da correspondência.

Neste sentido:

PEREMPÇÃO.

O prazo para apresentação de recurso voluntário ao CARF é de trinta dias, a contar da ciência da decisão de primeira instância. Recurso postado nos correios antes do prazo final é tempestivo, ainda que seu recebimento pelo Tribunal ocorra após tal prazo. (Acórdão n.º 9101-003.677 – 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, sessão de 5 de julho de 2018, Relator Conselheiro Gerson Macedo Guerra)

Não enxergo razão para a adoção de entendimento diverso, uma vez que inexiste óbice para a apresentação do Recurso Voluntário por via postal; que apenas a data de postagem se encontra sob controle do sujeito passivo, não estando a data em que a correspondência será entregue na Unidade administrativa; e que a contagem do *dies ad quem* pela data de entrega na repartição representaria, na prática, a redução do prazo recursal, em afronta à isonomia com os demais meios de apresentação facultados pela legislação.

O Recurso é subscrito pelo responsável legal pela pessoa jurídica.

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme Arts. 2º, inciso V, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 9 de junho de 2015.

No Recurso Voluntário, contudo, como já relatado, a Recorrente trata de matéria não abordada na Impugnação (os requisitos para a constituição de grupo econômico, e se estes havia sido demonstrados *in casu* ou não).

Nos termos da legislação de regência do processo administrativo fiscal, a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento, devendo dela constar todos os motivos de fato e de direito em que se fundamentam os pontos de discordância e as razões e provas das alegações (arts. 14 e 16 do Decreto nº 70.235, de 1972).

Ou seja, é nesse instante em que se delimita a matéria objeto do contencioso administrativo, não sendo admitido ao contribuinte e à autoridade *ad quem* tratar de matéria não questionada por ocasião da impugnação, sob pena de supressão de instância e violação ao princípio do devido processo legal.

Trata-se, pois da preclusão consumativa, sobre a qual leciona Fredie Didier Jr (Curso de Direito Processual Civil, 18a ed, Salvador: Ed. Juspodum, 2016. vol. 1, p. 432):

A preclusão consumativa consiste na perda de faculdade/poder processual, em razão de essa faculdade ou esse poder já ter sido exercido, pouco importa se bem ou mal. Já se praticou o ato processual pretendido, não sendo possível corrigi-lo, melhorá-lo ou repeti-lo. A consumação do exercício do poder o extingue. Perde-se o poder pelo exercício dele.

A questão se relaciona ainda com a extensão do efeito devolutivo dos recursos, sobre a qual o mesmo autor (Curso de Direito Processual Civil, 13a ed, Salvador: Ed. Juspodum, 2016. Vol. 3, p. 143) se manifesta nos seguintes termos:

A extensão do efeito devolutivo significa delimitar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão ad quem. A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação: *tantum devolutum quantum appellatum*. O recurso não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento (decisão) a quo. Só é devolvido o conhecimento da matéria impugnada (art. 1.013, caput, CPC).

Podem ser excepcionadas as matérias que possam ser conhecidas de ofício pelo julgador, a exemplo das matérias de ordem pública. Não é o caso, contudo, da nova matéria invocada pela Recorrente, de modo que deveria ter sido apresentada desde a Impugnação para que pudesse ser apreciada no julgamento do Recurso Voluntário.

Isto posto, o Recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento, exceto em relação à matéria acima apontada.

2 DA PRELIMINAR DE NULIDADE

A Recorrente, desde a Impugnação, sustenta a nulidade do Ato Declaratório de Exclusão, sob a alegação de que a autoridade fiscal não teria descrito os fatos que levaram a sua exclusão do Simples Nacional, nem motivado tal exclusão.

Em primeiro lugar, não há como não registrar o equívoco da Recorrente em invocar o art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, para justificar a sua alegação. O referido dispositivo se refere aos requisitos do Auto de Infração. O presente processo, porém, trata de exclusão da pessoa jurídica do Simples Nacional, não tendo havido, aqui, a constituição de qualquer crédito tributário.

É certo, porém, que a ausência da descrição clara dos fatos envolvidos e da motivação que levou à exclusão da Recorrente do referido Regime, implica cerceamento do seu

direito de defesa, na medida em que dificulta a sua irresignação contra o ato. Se não se sabe porque houve a exclusão, não há como se defender adequadamente em relação a esta.

O exame dos elementos constantes dos autos, contudo, revela a improcedência de referida alegação no caso sob análise.

No Ato Declaratório Executivo de fl. 225, há a indicação precisa da legislação que o fundamenta (art. 19, inciso IV, da Lei Complementar nº 123, de 2006) e da razão da exclusão:

(...) em virtude do quadro societário da empresa SIENA CONFECÇÕES LTDA EPP, CNPJ nº. 07.054.181/0001-88, ter sido formado por interpostas pessoas, conforme disposto na Representação Fiscal lavrada em 24 de setembro de 2014, constante no Processo Administrativo nº 15586-720.442/2014-13

Já na Representação Fiscal ali apontada (fls. 2/5), há a descrição mais detalhada dos fatos que ensejaram a exclusão, de modo a permitir que a Recorrente contra eles se contrapusesse em suas peças de defesa.

Nenhum vício, portanto, nos atos administrativos, de modo que rejeito a preliminar de nulidade.

3 DO MÉRITO

A questão em discussão nos autos está relacionada ao art. 29, inciso IV e §1º, da Lei Complementar nº 123, de 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;

(...)

§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.

Conforme descrito na Representação Fiscal de fls. 2/5, em procedimento fiscal anterior, foi constatada a interposição de pessoas na constituição da Recorrente, como atestam as provas de fls. 64/220, de modo que houve a sua exclusão do Simples Nacional com efeitos no período de 1º de julho de 2007 a 31 de dezembro de 2010.

No procedimento que resultou no presente processo administrativo, ficou constatada que as mesmas interpostas pessoas permaneceram no quadro societário da Recorrente até 13 de janeiro de 2014, quando o efetivo proprietário, Edivaldo Comerio, passou a ser o seu único sócio. Por tal razão, houve a exclusão do Simples Nacional, a partir de 1º de janeiro de 2011.

A Recorrente não se contrapõe à acusação de interposição de pessoas, refutando apenas os efeitos da exclusão. Na sua visão, estes não poderiam retroagir, devem ser aplicados, apenas, após a expedição do Ato Declaratório de Exclusão.

A sua argumentação, contudo, é realizada com base em interpretação equivocada do §1º do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006, acima transcrito. Pretende que a

expressão “a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas” signifique “no próprio mês em que incorrida a exclusão, e não a hipótese de exclusão como quer crer a decisão recorrida”.

Ora, o dispositivo legal é muito claro. Não é necessário qualquer esforço para se constatar que o termo “incorridas” se refere às “hipóteses previstas nos incisos II a XII do *caput*” do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Deste modo, improcedente a alegação da Recorrente, e perfeita a disposição do Ato Declaratório que atribui os efeitos da exclusão a partir de 1º de janeiro de 2011, data em que se constatou que a Recorrente permanecia incorrendo na situação excludente, após os efeitos da exclusão anterior.

4 CONCLUSÃO

Isto posto, voto por conhecer parcialmente do Recurso Voluntário e, em relação à parcela conhecida, rejeitar a preliminar de nulidade e NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo