



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15586.720443/2014-68
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-004.962 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de outubro de 2020
Recorrente UNO CONFECÇÕES LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

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

Constando do ato a descrição suficiente dos motivos para sua prática, mesmo que, quanto à motivação fática, tal descrição se dê pela indicação de procedimento investigativo que o precedeu, não se observa a violação à ampla defesa, e portanto, a situação descrita no art. 59, II, do Decreto 70.235/72, mormente quando todos os dados e fatos descortinados pelo aludido procedimento investigativo foram disponibilizados para consulta da parte interessada, que logrou apresentar a sua manifestação de sem obstáculos .

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.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. EFEITOS. ART. 29, § 1º, DA LEI COMPLEMENTAR 123/06. VALIDADE.

Além de ser vedado aos membros deste Órgão Administrativo de Julgamento se pronunciar sobre a validade de regras legais plenamente vigentes, o STJ, por meio do julgamento do REsp 1124507/MG, Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 8/04/2010 e acórdão publicado no DJe de 06/05/2010 e na RSTJ, vol. 219, p. 101, submetido ao rito do art. 543-C, do antigo CPC, cravou, não só a validade das disposições do art. 15 da Lei 9.317/96, como assentou a natureza eminentemente declaratória dos ADEs, refutando a alegação de que ocorreria, aí, uma retroação dos efeitos do ato de exclusão. Ainda que semelhante entendimento tenha sido externado quanto antigo regime do Simples Federal, as suas premissas são perfeitamente transportadas para as regras preconizadas pelo art. 29, § 1º, da LC 123/06.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada, 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)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

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

Relatório

Cuida o feito de procedimento de exclusão da recorrente do SIMPLES Nacional, com efeitos impostos à partir de 01/01/2011, ante a constatação, descrita no ADE de nº 76/2014 (e-ff. 222), da interposição de pessoas nos seu quadro societário, o que materializaria a hipótese consignada nos preceitos do art. 29, IV, da Lei Complementar de nº 123/06.

O aludido ato teria lastro na descrição fática, e resumida, contida na representação fiscal juntada à e-fls. 2 a 5 que, por sua vez, calcou as conclusões ali exaradas no Termo de Verificação Fiscal de e-fls. 63/148. A ação fiscal descrita neste último ato, diga-se, teria por objeto a investigação de grupo econômico capitaneado pela empresa House Confecções Ltda. (Distribuidora São Paulo), do qual a insurgente faria parte, e detida pelo Sr. Edivaldo Comério e sua esposa Jorgete Coutinho Comério.

Resumidamente, as autoridades fiscais teriam apontado que a recorrente seria, em verdade, uma filial da House Confecções e que seus sócios, formalmente apontados, não teriam qualquer poder de gerência sobre a contribuinte. A partir de confissão do próprio Sr. Comério e, ainda, de elementos coletados (fichas bancárias, extratos, cheques emitidos e assinados pelos reais gestores da Uno, depoimentos das pessoas indigitadas interpostas, etc) confirmou a ocorrência do fato abstrato apostado no aludido art. 29, VI, da LC 123/06. Outrossim, acusou a adoção da estrutura simulada para fins, exclusivos, de diluição da receita da empresa House Confecções a fim de se aproveitar do regime simplificado tratado pela lei retro referido.

Cientificada do Ato Declaratório supra, contribuinte opôs a sua manifestação de inconformidade por meio da qual, em apertadíssima síntese, arguiu, preliminarmente, a nulidade do ADE por vício de motivação (por falta de descrição dos motivos de fato ensejadores de sua prática). No mérito afirmou inexistirem provas acerca da interposição de pessoas em seu quadro societário e, ainda, questionou a validade da retroação dos efeitos da exclusão intentada.

Instada a se pronunciar sobre o caso, a DRJ de São Paulo houve por bem julgar improcedente a manifestação de inconformidade com base nos argumentos resumidos na ementa cujo teor se reproduz abaixo:

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.

A empresa foi intimada do resultado do julgamento acima em 05/01/2017 (conforme AR juntado à e-fl. 264), tendo interposto o seu recurso voluntário no dia 25 daquele mesmo mês e ano (e-fl. 269) em que reproduz, quase literalmente, as razões já dispostas em sua defesa apresentada em primeira instância.

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, Relator.

I PRELIMINAR DE NULIDADE.

Nas razões do recurso voluntário, a interessada insiste na existência de vício formal verificável no ADE, consistente na falta de declinação dos motivos de fato ensejadores da sua exclusão, o que representaria inadvertido desrespeito à garantia constitucional da ampla defesa.

Primeiramente, e sobre isto, insta esclarecer que o ato impugnado declinou de forma suficiente os motivos de direito, com a relação de dispositivos que regem a situação versada nos autos, mormente quanto a previsão prescritiva afeita à circunstâncias que impõem a exclusão da empresa do regime do SIMPLES Nacional, como quanto aquela que trata do momento em que os efeitos serão efetivamente observados.

No que tange, por outro lado, aos motivos de fato, realmente, como afirma o insurgente, o ADE se limita a reproduzir o texto do inciso IV do art. 29 da Lei Complementar de nº 123/06. Todavia, a materialização da hipótese contida neste preceptivo se encontra detalhadamente descrita no Termo de Verificação Fiscal anexado à Representação Fiscal juntada à e-fls. 2/5 que, por sua vez, é explicitamente referenciada pelo ato impugnado:

Art. 1º Excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte-SIMPLES NACIONAL em virtude do quadro societário da empresa UNO CONFECÇÕES LTDA EPP, CNPJ nº. 07.819.317/0001-01, ter sido formado por interpostas pessoas,

conforme disposto na Representação Fiscal lavrada em 24 de setembro de 2014, constante no Processo Administrativo nº 15586-720.443/2014-68.

O Ato Declaratório Executivo, até pela estrutura formal do documento, não comporta uma descrição detalhada das circunstâncias fáticas que lhe dão ensejo; ele se presta, em verdade, apenas, para declarar uma situação prévia (o que será melhor abordado no tópico III, abaixo) que, *per se*, já evidenciaria a ocorrência da consequência descrita no art. 29 da precitada LC 123/06. O que importa, de toda sorte, é que o procedimento investigatório que permitiu a identificação daquela aludida situação seja explicitamente indicado pelo Ato e disponibilizado ao interessado para a necessária consulta.

No caso, vê-se que, como dito, a representação fiscal alhures referida foi avertida pelo ADE e, mais, juntada ao processo em 29/09/2014 sendo que o ADE foi emitido no dia 24 daquele mesmo mês e ano (valendo destacar que, em princípio, a ciência do contribuinte teria se dado no 20 de outubro de 2014 – AR de e-fl. 227¹). Antes mesmo, portanto, da abertura do prazo de que dispunha o contribuinte para opor a sua manifestação de inconformidade, todos os documentos necessários à compreensão da demanda (e, insista-se, invocados no ADE como expositores dos motivos de fato para a sua prática), se encontravam à disposição do contribuinte para consulta.

Lembrando, assim, que o no âmbito do PAF as nulidades somente podem ser reconhecidas quanto concretizadas as hipóteses restritas do art. 59, I e II, do Decreto 70.2335/72, não ficando evidenciado, em qualquer momento, a violação à garantia constitucional da ampla defesa, não se observará, também vício que possa culminar com a invalidação das decisões e atos proferidos pela Administração Tributária.

Diante disto, conclui-se pela impertinência da preliminar ora examinada, cabendo o seu afastamento.

II MÉRITO.

A recorrente, ultrapassada preliminar anteriormente analisada, afirma inexistirem provas no ADE sobre a ocorrência da situação prevista pelo art. 29, IV, da LC 123/06, sem se reportar, em qualquer momento, às constatações contidas no Termo de Verificação Fiscal expressamente referenciado pela Representação de e-fls. 2/5 com base na qual, por sua vez, ao ADE de nº 76/2014 (e-fl. 222) foi emitido.

Como destacado acima, as razões dispostas tanto na representação, como no próprio TVF fazem parte da própria motivação do ato de exclusão e, nesta esteira, se prestam para demonstrar, sem qualquer violação à ampla defesa da empresa, a concretização do fato excludente tratado pela norma legal anteriormente avertida.

Naquele relato, assim como na própria Representação Fiscal, foi dito que a contribuinte faz parte de um grupo econômico denominado Distribuidora São Paulo, capitaneado, por sua vez, pela empresa House Confecções Ltda., cujos sócios administradores

¹ Diz-se, em princípio, porque não obstante o termo de ciência fazer referência ao documento de e-fl. 227, este AR consigna, como conteúdo da correspondência, termo de sujeição passiva (o que poderia evidenciar, talvez, um erro material da unidade preparadora). De toda forma, o termo de ciência foi assinado em 10 de outubro, quando todos os documentos aqui mencionados já se encontravam à disposição do interessado.

seriam Srs. Edivaldo Comério e sua esposa, Jorgete Coutinho Comério. Por conseguinte, a autoridade investigadora considerou que as empresas que conformavam o predito grupo seriam, em verdade, e materialmente, filiais da House, revestindo-se apenas de aparente autonomia (formal, diga-se) a fim de, por meio de simulação, se permitir a diluição da receita bruta da “matriz” e, assim, viabilizar a opção das citadas entidades no SIMPLES Nacional.

E o relato fiscal, frise-se, está robustamente calcado em provas substanciais acerca da simulação anteriormente mencionada e, por isso mesmo, da própria interposição de pessoas, motivadora da exclusão da recorrente do regime tratado pela LC 123/06.

Com efeito, e conforme relato constante do mencionado TVF, no item 16 (e-fl. 72), o Sr. Edivaldo Comerio declarou à autoridade fiscal, que o grupo econômico Distribuidora São Paulo era formado por diversas empresas investigadas naquela ação fiscal, incluindo-se, aí, e explicitamente, a empresa recorrente.

Já no item 18, atestou e confessou, diga-se, que “[...] *com o auxílio de sua esposa JORGETE COUTINHO COMÉRIO e seus filhos MAICKEL COMERIO, MILENE COMÉRIO e MIRELA COMÉRIO administram o grupo de empresas acima descritas*” (e-fl. 720), afirmando, outrossim, que “*que os demais sócios (exceção da esposa e filhos) entraram nas empresas somente para compor o quadro societário*” (item 19, e-fl. 72). Por fim, e ao que interessa a discussão ora posta, confirmou que todas as compras das empresas pertencentes ao predito grupo eram realizadas por ele, Comerio, e sua Esposa (item 20).

Por outro lado, à e-fl. 79, a D. Autoridade responsável pelos procedimentos investigatórios dá conta de que o imóvel em que a insurgente desenvolvia as suas atividades era alugado e que o respectivo contrato de locação fora assinado pelo Sr. Carlos Alberto de Carvalho (sócio da recorrente, considerado interposta pessoa), constando, todavia, como fiadores, os Sr. Comério e a sua Esposa.

Ainda no esforço de demonstrar a figuração meramente formal de outras pessoas no quadro societário da contribuinte, vê-se do predito TVF a constatação de que vários cheques emitidos em relação à conta bancária detida pela UNO no BANESTES, foram assinados por “Jorgete Coutinho Comerio”, esposa do Sr. Comerio, sendo certo que foram identificados, também, empréstimos bancários tomados pela recorrente, assinados pela Sra. Jorgete e figurando como avalistas esta mesma pessoa e seu marido, Edivaldo Comerio.

Há, em adição a tudo o que foi exposto acima, provas de que foram realizados saques em contas detidas pela Uno no BANESTES em de favor das empresas X-Shox Confeccões Ltda. (empresa pertencente ao grupo) e House Confeccões (empresa líder do grupo).

Por fim, foram ouvidos os administradores das empresas do grupo e foi declarado, v.g., em depoimento prestado pelo Sr. Rivelino Elias Rafael (que constou do quadro societário da Uno), que “os documentos de alterações contratuais e fichas de cadastro bancárias” da insurgente “foram assinados pelo declarante a pedido de EDIVALDO COMERIO” (item 7, e-fl. 102), afirmando, logo em seguida, “que EDIVALDO COMERIO é o dono das empresas MIRELA COMERIO COMERCIO DE CONFECÇÕES, PARATI CONFECÇÕES LTDA e UNO CONFECÇÕES LTDA”.

A toda evidência, o conjunto de provas produzidos naquela ação fiscal (e que não se limitam às declarações do Sr Edivaldo ou dos sócios *pro forma* da recorrente) é sobejamente robusto e, mais que isso, inatacável (aliás, não foi, realmente, atacado pela insurgente que limitou as suas razões de insurgência à técnica da negativa geral, sem abordar quaisquer um desses elementos).

A tipificação da hipótese tratada pelo inciso I do art. 29 da LC 123/06, no caso em exame, é verdadeiramente inexpugnável, estando, neste passo, absolutamente corretos a DRJ e a própria autoridade responsável pela emissão do ADE.

III DA ALEGADA RETROAÇÃO DO EFEITOS DO ADE.

Por fim, e no que tange às alegações de inconstitucionalidade/ilegalidade das disposições que determinam a “retroação” dos efeitos da exclusão, calha, invocar, desde logo, o verbete da Súmula 2, deste CARF, cujo teor é de observância obrigatória ao membros deste Colegiado: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Demais a mais, diga-se, o ADE não tem natureza constitutiva; ele é, como se extrai da própria nomenclatura utilizada, eminentemente declaratório, prestando-se, assim, e tão só, para dar ciência ao contribuinte da ocorrência de fato – esse sim constitutivo – que enseja a sua exclusão do regime tratado pela LC 123/06. Em linhas gerais, não há que se falar em “retroação” dos efeitos da exclusão. Esta, frise-se, se dá pela materialização do fato ou fatos descritos no art. 29; o § 1º deste preceptivo; o ADE, insista-se, apenas deixa claro que os efeitos por ele regradados decorrem da situação, e sua natureza e periodicidade, que encampa os atos descritos no *caput* e respectivos incisos.

Em resumo, mesmo que pudéssemos nos reportar à validade da legislação de regência, o fato é que as disposições do art. 29, § 1º, não propõem qualquer retroação de efeitos da exclusão. Apenas os impõe conforme as datas da efetiva ocorrência de fatos, insista-se, estes sim, dotados de natureza constitutiva-negativa. Daí a posição, hoje, uníssona do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, sedimentada em julgado realizado sob o rito do antigo art. 543-C do antigo CPC:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 e 468 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. LEI 9.317/96. SIMPLES. EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 15, INCISO II, DA LEI 9.317/96. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Controvérsia envolvendo a averiguação acerca da data em que começam a ser produzidos os efeitos do ato de exclusão do contribuinte do regime tributário denominado SIMPLES. Discute-se se o ato de exclusão tem caráter meramente declaratório, de modo que seus efeitos retroagiriam à data da efetiva ocorrência da situação excludente; ou desconstitutivo, com efeitos gerados apenas após a notificação ao contribuinte a respeito da exclusão.

2. Não merece conhecimento o apelo especial quanto às alegações de contrariedade aos artigos 458 e 535 do CPC, porquanto a recorrente apresentou argumentação de cunho genérico, sem apontar quais seriam os vícios do acórdão recorrido, que justificariam sua anulação. Incidência da Súmula 284/STF.

3. No caso concreto, foi vedada a permanência da recorrida no SIMPLES ao fundamento de que um de seus sócios é titular de outra empresa, com mais de 10% de participação, cuja receita bruta global ultrapassou o limite legal no ano-calendário de 2002 (hipótese prevista no artigo 9º, inciso IX, da Lei 9.317/96), tendo o Ato Declaratório Executivo n. 505.126, de 2/4/2004, da Secretaria da Receita Federal, produzido efeitos a partir de 1º/1/2003.

4. Em se tratando de ato que impede a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES em decorrência da superveniência de situação impeditiva prevista no artigo 9º, incisos III a XIV e XVII a XIX, da Lei 9.317/96, seus efeitos são produzidos a partir do mês subsequente à data da ocorrência da circunstância excludente, nos exatos termos do artigo 15, inciso II, da mesma lei. Precedentes.

5. O ato de exclusão de ofício, nas hipóteses previstas pela lei como impeditivas de ingresso ou permanência no sistema SIMPLES, em verdade, substitui obrigação do próprio contribuinte de comunicar ao fisco a superveniência de uma das situações excludentes.

6. Por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte, é que a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, emitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão.

7. No momento em que opta pela adesão ao sistema de recolhimento de tributos diferenciado pressupõe-se que o contribuinte tenha conhecimento das situações que impedem sua adesão ou permanência nesse regime. Assim, admitir-se que o ato de exclusão em razão da ocorrência de uma das hipóteses que poderia ter sido comunicada ao fisco pelo próprio contribuinte apenas produza efeitos após a notificação da pessoa jurídica seria permitir que ela se beneficie da própria torpeza, mormente porque em nosso ordenamento jurídico não se admite descumprir o comando legal com base em alegação de seu desconhecimento.

8. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido (REsp 1124507/MG, Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 8/04/2010 e acórdão publicado no DJe de 06/05/2010 e na RSTJ, vol. 219, p. 101).

É verdade que este precedente analisa o questionamento em exame à luz da Lei 9.317/96, que tratava do antigo Simples Federal. Nada obstante, as premissas adotadas no aludido julgamento se aplicam, sem ressalvas, ao regime preconizada pela LC 123/06. Com efeito, ali, o órgão máximo, competente para a análise e defesa da inteireza positiva da legislação federal infraconstitucional, deixou claro, não só, a validade de regra que fixa o marco temporal para a efetiva verificação dos efeitos da exclusão, como afirmou, textualmente, a natureza meramente declaratória do ADE (mesmo instrumento utilizado pela LC 123/06).

Não há, portanto, aqui, o que prover.

IV CONCLUSÃO.

A luz do exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca

