



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15586.720444/2014-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-003.062 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 12 de julho de 2022
Recorrente X SHOX CONFECÇÕES LTDA. EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. INTERPOSTA PESSOA.

Deve ser excluída de ofício da sistemática do Simples Nacional, a pessoa jurídica optante que seja constituída por interposta pessoa.

EFEITOS DA EXCLUSÃO.

A exclusão produz efeitos a partir a partir do próprio mês em que incorrido o fato impeditivo, impedindo a opção pelo regime pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva– Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Márcio Avito Ribeiro Faria, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Carmen Ferreira Saraiva.

Relatório

Ato Declaratório Executivo

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional foi excluída de ofício pelos:

- Ato Declaratório Executivo DRF/Vitória/ES n.º 52, de 01.10.2012, com efeitos a partir de 01.07.2007, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados, e-fl. 65, com efeitos até 31.12.2010:

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM VITÓRIA/ES, no uso de suas atribuições regimentais DECLARA a empresa X - SHOX CONFECÇÕES LTDA., CNPJ 07.049.340/0001-56, 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 X - SHOX CONFECÇÕES LTDA. ter sido formado por interpostas pessoas, conforme disposto no inciso IV do art. 29 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006.

A exclusão do SIMPLES NACIONAL produzirá efeitos a partir de 01/07/2007, de acordo com o § 1o do art. 29 da LC 123/2006.

Da presente exclusão caberá ao interessado, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência deste Ato, manifestar sua inconformidade relativamente ao procedimento acima junto à Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro - DRJ-RJ I, assegurando assim o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao Processo Administrativo Fiscal da União de que trata o Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972.

Não havendo manifestação nesse prazo, a exclusão tornar-se-á definitiva.

- Ato Declaratório Executivo DRF/Vitória/ES n.º 77, de 24.09.2014, com efeitos a partir de 01.01.2011, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados, e-fl. 259:

O CHEFE SUBSTITUTO EVENTUAL DO SERVIÇO DE FISCALIZAÇÃO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM VITÓRIA/ES, no uso da atribuição prevista no inciso IV do art. 6º da Portaria DRF/VIT n.º 196, de 27 de dezembro de 2012, publicada no D.O.U. de 28/12/2012 e tendo em vista o disposto no inciso IV do art. 29 da Lei Complementar n.º 123 de 14/12/2006, declara:

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 X SHOX CONFECÇÕES LTDA. EPP, CNPJ n.º. 07.049.340/0001-56, ter sido formado por interpostas pessoas, conforme disposto na Representação Fiscal lavrada em 24 de setembro de 2014, constante no Processo Administrativo n.º 15586-720.444/2014-11.

Art. 2º A exclusão do SIMPLES NACIONAL produzirá efeitos a partir de 01/01/2011, de acordo com o § 1º do artigo 29 da Lei Complementar n.º 123/2006.

Art. 3º Da presente exclusão caberá ao interessado, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência deste Ato, manifestar sua inconformidade relativamente ao procedimento acima junto à Delegacia da Receita Federal de Julgamento, assegurando assim o contraditório e ampla defesa, observada a legislação relativa ao Processo Administrativo Fiscal da União de que trata o Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972.

Art. 4º Não havendo manifestação no prazo previsto no Art. 3º da presente, a exclusão tornar-se-á definitiva.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado no Acórdão da 8ª Turma DRJ/SPO/SP n.º 16-72.086, de 19.04.2016, e-fls. 284-294:

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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 09.05.2016, e-fl. 297, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 08.06.2016, e-fls. 301-315, esclarecendo que a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

AUSÊNCIA DE REQUISITO ESSENCIAL NO AUTO DE INFRAÇÃO —
CERCEAMENTO DE DEFESA

Conforme demonstrou a Recorrente em sua peça de manifestação de inconformismo, o ato declaratório lavrado violou o amplo direito de defesa da Recorrente por falta requisito essencial ao mesmo.

No entanto, a decisão recorrida entendeu que tal defeito alegado não teria ocorrido, rejeitando tal tese trazida pela Recorrente, o que deve ser reformado.

Isso porque, o art. 10 do Decreto de n.º 70.235/72, que trata do procedimento administrativo fiscal, assim estabelece:

"Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta e conterà obrigatoriamente:

I— omissis

II- omissis

III — a descrição do fato:" [...]

Da simples leitura da descrição do fato, contida no Termo de Exclusão em tela, percebe-se que o Sr. Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil desobedeceu a referida norma contida na legislação vigente, estando ainda em desacordo com a melhor doutrina acima transcrita, por não ter apresentado as circunstâncias inerentes aos fatos, cerceando o direito de defesa da Recorrente.

O Termo de Exclusão apenas descreveu que a Recorrente tem seu quadro societário formado por interposta pessoa. Tal pretensa descrição nada mais é que a transcrição da norma prevista nos artigos legais citados no relatório, o que não significa que houve perfeita descrição dos fatos. [...]

Como destacado ainda pela doutrina supra, não basta o Auditor anotar a capitulação da infração e fazer a transcrição do artigo de lei como se fosse a descrição

do fato — a capitulação já atinge esse objetivo. Deve especificar de maneira clara o procedimento que considerou impróprio, esclarecendo o correto. *In casu*, o Sr. Auditor fez uso apenas da capitulação da infração para descrever o fato, contrariando frontalmente a legislação e doutrina sobre o tema. [...]

A descrição do fato, constante do Termo de Exclusão, diz respeito a suposta interposição de pessoas no quadro societário da Impugnante que não foi especificada no termo.

Noutro passo, as informações colhidas pelo Auditor Fiscal no bojo do procedimento de fiscalização ainda não concluído contra a Recorrente não podem ser tidas como a necessária fundamentação para este termo de Exclusão, uma vez que sendo um ato acessório praticado no bojo do processo de fiscalização, deve este ato conter a sua motivação específica e necessária para o exercício de defesa da Recorrente.

Assim, cerceou o direito constitucional de defesa da Recorrente, previsto no art. 5º, inc. LV, da CF/88, pois, em virtude da subjetividade da descrição, omitiu possíveis fatos que serviriam de análise na apresentação da presente defesa, dificultando a compreensão da acusação.

A Recorrente precisava de saber qual foi o fundamento utilizado pelo Sr. Auditor, para aí então se defender, a fim de fazer prevalecer o eventual quadro societário ou até mesmo reconhecer a infração. [...]

Diante do exposto, ante a patente nulidade do Termo de Exclusão ora em fase de recurso, requer seja este recurso conhecido e provido para reconhecer a nulidade acima e, reformando a decisão recorrida, julgar totalmente improcedente e insubsistente o ato declaratório, tendo em vista o notório cerceamento do direito de defesa da Recorrente.

DA CONSTITUIÇÃO SOCIETÁRIA DA RECORRENTE.

Ultrapassado o tema acima, temos que a decisão recorrida ainda não deverá prevalecer, pois no mérito a mesma ainda deve ser reformada.

Isso porque, conforme narrado na decisão que culminou com a exclusão da Recorrente, o principal motivo ensejador da mesma, seria a suposta interposição de pessoas no seu quadro societário, sem ter sido descritas as razões ou os fundamentos para tal consideração.

Nesse sentido, a Recorrente demonstrou na impugnação apresentada que não há nos autos qualquer motivo para a exclusão da Recorrente do sistema de pagamento do SIMPLES.

Não obstante isso, a decisão recorrida entendeu por bem em manter o ato de exclusão da empresa Recorrente, afirmando que restou provado que houve a inclusão de pessoas nos quadros societários da Recorrente sem que as mesmas tivessem qualquer função na empresa, o que não prevalecerá.

Com efeito, conforme o disposto no § 1º, art. 4º da Resolução CGSN n.º 15/07, da decisão que promover a exclusão de ofício do Simples Nacional deverá ser lavrado termo de exclusão do Simples Nacional, em atendimento ao princípio da vinculação administrativa. No termo de exclusão em questão deverão ser expostas - com lealdade e boa-fé - as razões, de fato e de direito, que levaram à exclusão do contribuinte do Simples Nacional, sob pena de ofensa ao princípio da indispensável motivação dos atos administrativos.

A necessária motivação dos atos administrativos é imperativo constitucional previsto no art. 93, X, que impõe que "(...) as decisões administrativas dos tribunais

serão motivadas e em sessão pública". Da mesma forma, o dever de motivação está contemplado no art. 2º da Lei n.º 9.784/99, o qual prescreve que "(...) a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência". [...]

A motivação não é mero fetiche, mas requisito fundamental de um Estado de Direito, já que é por essa simples formalidade, por vezes despercebida pela Fazenda Pública, que se pode testar a constitucionalidade ou a legalidade do ato administrativo, a sua proporcionalidade e a sua razoabilidade, e ainda, se isso não bastasse, permite a realização do princípio da verdade material.

No caso específico, entretanto, nada restou demonstrado nos autos como motivos para a exclusão do SIMPLES, na medida em que sequer uma linha sobre isso no presente termo objeto deste recurso.

Nesse sentido, excede a finalidade da simplificação dos procedimentos relativos às empresas inscritas no SIMPLES a penalização imposta à Recorrente.

Ademais, é princípio da norma de criação do SIMPLES que as empresas sejam orientadas antes da lavratura de autos de infração, na forma estabelecida no artigo 55 da Lei Complementar 123/2006, o que não ocorreu no caso dos autos. [...]

Isso porque, de uma leitura do termo de exclusão lavrado no referido processo administrativo, temos que o que restou apurado é que as empresas citadas como formadoras de um grupo econômico não se enquadram no conceito legal de grupo. [...]

Como se verifica do conceito legal trazido na norma acima, para a configuração do grupo econômico, necessário se faz que as empresas estejam sob a mesma direção, controle ou administração, o que não existiu no caso concreto.

Define-se grupo econômico à luz da legislação trabalhista, portanto, quando uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra (grupo econômico por subordinação). Trata-se de grupo econômico de dominação, que pressupõe uma empresa principal ou controladora e uma ou várias empresas controladas (subordinadas).

Todavia, para a configuração do grupo econômico, deve-se avaliar a existência, em maior ou menor grau, de uma unidade diretiva comum, bem como prova consistente desta existência. Portanto, essencial para a formação de grupo de empresas é que exista uma coordenação interempresarial com objetivos comuns, uma unidade diretiva.

Assim, a direção unitária é o elemento essencial do grupo porque se inexistente, as empresas estariam liberadas para cada uma seguir o seu caminho de acordo com as suas determinações, aspecto que retiraria a integração empresarial necessária para que um grupo possa ser considerado como tal. [...]

Como se observa da decisão acima, não basta meras conjecturas acerca da relação entre as empresas para a formação do grupo econômico como no caso dos autos, devendo ser demonstrada a unidade diretiva das mesmas o que está demonstrado não ter existido entre as empresas relacionadas no ato declaratório. [...]

Como se observa da decisão acima, não basta para a caracterização do grupo econômico, a identidade familiar dos sócios como alegado na decisão impugnada, devendo para a validação do alegado grupo ser demonstrada a unidade diretiva das empresas, o que não ocorreu na hipótese vertente. [...]

Assim, não há sequer coincidência de endereços entre as empresas nem muito menos administração centralizada necessário para a configuração do vínculo de grupo pretendido, sendo assim insubsistente tal afirmação do auto de infração.

Ademais, não custa lembrar que a característica mais importante para a configuração do grupo econômico é a centralização das decisões, de forma que todas as pessoas jurídicas sejam administradas e geridas por um órgão diretivo único, o que não ocorre nos autos. [...]

Como se observa, para a caracterização do grupo de empresas, deve estar demonstrada de forma inquestionável a existência de uma administração centralizada, o que não restou demonstrado nos presentes autos.

O fato de serem familiares os sócios das empresas envolvidas, por si só, não faz nascer a existência de um grupo econômico, uma vez que mesmo sendo formado por pessoas de uma mesma família, restou demonstrado que cada uma das empresas é autônoma e independente das demais, sendo cada um dos membros da família o gestor e administrador de sua empresa.

Portanto, eminentes Julgadores, faz jus a Recorrente ao cancelamento da punição em tela, vez que patenteada, de forma inexorável, a observância de todas as normas legais que regem a matéria posta sob análise, requerendo assim seja provido o presente recurso para reformar a decisão que manteve o ato que culminou na exclusão da Recorrente do SIMPLES, mantendo a sua adesão consoante os fundamentos expostos acima.

DA RETROATIVIDADE DA EXCLUSÃO.

Ultrapassados os temas acima, temos que a retroatividade aplicada pela decisão ora recorrida não pode ser aceita, na medida em que deve ser observada a ocorrência de da presente causa de exclusão somente agora.

Isso porque, Colendo Julgador, não há de se ter dúvidas de que diversas alterações contratuais foram realizadas na empresa Recorrente, não sendo presumível que todos os sócios foram ou são interpostas pessoas, devendo assim ser aplicada esta exclusão somente após a lavratura do termo de exclusão. [...]

Veja-se que a redação do texto legal é bem clara no sentido de que os efeitos da exclusão se dá no próprio mês em incorrida a exclusão, e não a hipótese de exclusão como quer crer a decisão impugnada.

Nesse diapasão, os efeitos da exclusão não podem ser desde 01/01/2011 na medida em que a exclusão somente se deu neste mês de Outubro de 2014, sendo assim somente a partir deste mês que a esta poderá se operar.

Assim, requer seja conhecido e provido este recurso para que seja fixada a data da exclusão como sendo a de Outubro de 2014, conforme demonstrado acima, reformando-se a decisão de piso também neste particular.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

No que concerne ao pedido conclui que:

DOS PEDIDOS

Face a todo o exposto, pelas razões de fato e direito aqui narradas, requer seja conhecido e provido em todos os seus termos o presente recurso voluntário, reformando a decisão recorrida para declarar nulo e ou insubsistente o auto de infração

objeto dos autos, declarando a improcedência do ato de exclusão em face da Recorrente na forma da suscitação trazida neste recurso.

Requer, ainda, seja provido o presente recuso para reformar a decisão quanto a retroatividade da exclusão lavrada, fixando o marco como sendo o de Outubro de 2014 em diante, conforme item específico deste recurso.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Nulidade do Ato Declaratório Executivo e da Decisão de Primeira Instância

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos por violação de preceitos constitucionais.

O Ato Declaratório Executivo foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente, inclusive com base no princípio da persuasão racional previsto no art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972. A Recorrente foi regularmente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos. Ademais os atos administrativos estão motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos.

O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foi regularmente analisado pela autoridade de primeira instância (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 6º da Lei n.º 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972).

As autoridades fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança

jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

Ainda sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão em Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n.º 791292/PE, que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, de acordo com o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015:

O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Neste sentido, devem ser enfrentados “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489 do Código de Processo Civil). Por conseguinte, o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Assim, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. A proposição afirmada pela Recorrente, desse modo, não pode ser ratificada.

Exclusão do Simples Nacional – Interposta Pessoa

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal).

A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irrevogável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o

administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

A exclusão é feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. Verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória no caso de incorrer em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente. A pessoa jurídica excluída do Simples Nacional sujeita-se, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas (art. 3º, art. 30, art. 31 e art. 32 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, prevê:

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

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas; [...]

Está registrado na Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional, e-fls.

02-05:

Em auditoria fiscal anteriormente realizada [...] encerrada em 12/2012, ficou constatada a FORMAÇÃO DE GRUPO EMPRESARIAL, incluindo o sujeito passivo X SHOX 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 conseqüente sonegação do Imposto de Renda e das demais Contribuições Federais devidas.

Em razão da exclusão do SIMPLES NACIONAL, foi lavrado o Processo 15586720.522/2012-15, em 17/12/2012, contendo as diferenças de contribuições apuradas a título de IRPJ, PIS, CSLL e COFINS bem como as demais penalidades aplicadas.

O grupo de empresas “DISTRIBUIDORA SAO PAULO” teve os seus quadros societários formados por interpostas pessoas (ex-empregados, amigos e parentes) se beneficiando indevidamente do SIMPLES NACIONAL.

Ficou claro que o grupo foi administrado por EDIVALDO COMERIO, CPF 377.025.807-04, sua esposa JORGETE COUTINHO COMERIO CPF 717.854.777-49 e por seus filhos MAICKEL COMERIO, CPF 104.989.207-04, MIRELA COMERIO, CPF 105.595.357-40 E MILENE COMERIO, CPF 105.595.397-38, conforme item 1 do Termo de Verificação de Infração em anexo, integrante do Processo 15586720.522/2012-15.

Com isso, as empresas do grupo, identificadas abaixo, usufruíram indevidamente da tributação privilegiada do referido Regime Especial, fraudando, assim, os objetivos sociais do referido Instituto Jurídico, com a conseqüente sonegação do Imposto de Renda e seus reflexos:

	CNPJ	NOME DA EMPRESA
1	04.730.083/0001 25	JOUMERO CONFECÇÕES LTDA. EPP.
2	05.364.219/0001 93	BAUNILHA CONFECÇÕES LTDA.
3	04.672.015/0001 57	CONFECÇÕES PONTAL DO IPIRANGA LTDA.
4	01.399.957/0001 15	CONFECÇÕES PRAÇA OITO LTDA.
5	07.571.852/0001 88	COROLLA CONFECÇÕES LTDA.
6	08.892.897/0001 17	DOBLO CONFECÇÕES LTDA.
7	05.833.242/0001 80	GOL CONFECÇÕES LTDA.
8	00.700.089/0001 07	METROPOLIS CONFECÇÕES LTDA. EPP
9	05.955.225/0001 15	JARDIM CONFECÇÕES LTDA.
10	06.954.305/0001 19	ZEN IND. E CONFECÇÕES DE COMERCIO LTDA.
11	05.340.802/0001 64	MAICKEL COMERCIO LTDA.
12	05.951.316/0001 82	SPRINTER CONFECÇÕES LTDA.
13	05.880.148/0001 81	COMERIO CONFECÇÕES LTDA.
14	02.968.672/0001 10	NACIONAL CONFECÇÕES LTDA.
15	05.201.663/0001 98	NOVO MILENIO CONFECÇÕES LTDA.
16	08.052.718/0001 33	PARATI CONFECÇÕES LTDA.
17	05.938.911/0001 88	SANDERO CONFECÇÕES LTDA.
18	07.054.181/0001 88	SIENA CONFECÇÕES LTDA.
19	07.049.340/0001-56	X SHOX CONFECÇÕES LTDA.

Os documentos reunidos pela auditoria anterior, realizada entre 2011 e 2012, confirmaram todas as suspeitas levantadas, corroboradas pelas declarações de EDIVALDO COMÉRIO em seus depoimentos nos dias 21/03/2012 e 14/09/2012, assim como pelas declarações das interpostas pessoas envolvidas. Tais provas constam do citado Processo 15586720.522/2012-15.

Dessa maneira, foi procedida a exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte SIMPLES NACIONAL, com efeitos a partir de 01/07/2007, de todas as empresas componentes do grupo empresarial DISTRIBUIDORA SÃO PAULO, em virtude das mesmas terem os seus quadros societários formados por interpostas pessoas, de acordo com o disposto no inciso IV e § 1º do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, *in verbis*:

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.(grifo nosso)

Assim, a sanção imposta pelo §1º do artigo 29 da LC 123/96 vigorou até 12/2010.

Em razão da exclusão do SIMPLES NACIONAL do sujeito passivo X SHOX CONFECÇÕES LTDA - EPP, conforme Ato Declaratório DRF/VIT n.º 52/2012, foi comandada a auditoria fiscal (operação fiscal - 87602 CP-LANÇAMENTO SOBRE BASE DE CALCULO DECLARADA), amparada pelo MPF identificado em epígrafe, para levantamento das contribuições devidas à Seguridade Social e a Outras Entidades e Fundos no período de 01/2009 a 12/2011, apesar da exclusão do SIMPLES NACIONAL ter vigido somente até 12/2010.

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, quais sejam:

Razão Social / CNPJ	Dt Início	Dt Fim	Nome Responsável	CPF	Qualificação
X Shox Confeccões Ltda – EPP - CNPJ 07.049.340/0001-56	21/10/2004	03/03/2010	FRANCISCA DE FATIMA MONTEIRO DE CARVALHO	069.140.317-11	SÓCIO ADMINISTRADOR
	12/01/2007	04/01/2011	THIAGO RIBEIRO SOSA	119.539.877-88	SÓCIO ADMINISTRADOR
	03/03/2010	04/01/2011	IRACEMA DOS SANTOS RAFAEL	077.064.077-05	SÓCIO ADMINISTRADOR
	04/01/2011	12/01/2014	QUIRINO COMERIO	071.755.237-34	SÓCIO
	04/01/2011	02/10/2012	MARIA DE LOURDES SANTANA BASTOS	155.336.623-91	SÓCIO
	13/01/2014	22/01/2014	QUIRINO COMERIO	071.755.237-34	SÓCIO ADMINISTRADOR
	13/01/2014		EDIVALDO COMÉRIO	377.025.807-04	SÓCIO ADMINISTRADOR

Soma-se a isto, o fato de EDIVALDO COMERIO ter assumido como único sócio da empresa X SHOX CONFECÇÕES LTDA – EPP em 13/01/2014, bem como das outras empresas do referido grupo, conforme Alterações Sociais registradas em Janeiro/2014.

Desta forma, ficou claramente evidenciada a infração à legislação tributária, tendo o contribuinte se enquadrado na hipótese de EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL prevista no inciso IV do art. 29 e seu § 1º da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, por ter continuado a se utilizar em 2011 de interpostas pessoas.

Diante do exposto, propõe-se, com base na disposição legal acima citada, a sua EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL, com efeitos a partir de 01/01/2011.

Ressalte-se que todos os documentos constantes nos autos foram regularmente examinados com minudência, conforme a legislação de regência da matéria. Diferente do entendimento da Recorrente, os supostos fatos indicados na peça recursal não podem ser corroborados, nos termos do art. 145 e art. 147 do Código Tributário Nacional, bem como art. 15, art. 16 e art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, que estabelecem critérios de adoção do princípio da verdade material. O procedimento fiscal decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade tributária, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional).

Conforme o Termo Verificação de Infração, e-fls. 71-151, restou comprovada a confusão patrimonial, entre outros, pelos seguintes fatos:

- há formação de grupo econômico, com simulação por parte da House Confecções Ltda., CNPJ 02.860.191/000197, conhecida como Distribuidora São Paulo, com o escopo de diluir sua receita bruta, movimentação financeira e capital social entre várias pessoas jurídicas, utilizando-se de parentes, empregados e demais pessoas, os quais figuram como interpostas pessoas para se beneficiar indevidamente do Simples Nacional;

- do somatório de R\$46.810.784,75 das receitas brutas contabilizadas pelas pessoas jurídicas do grupo econômico somente o montante de R\$20.247.423,17 foi oferecido à tributação;

- o grupo econômico é administrado pelo núcleo familiar composto por Edivaldo Comério, CPF 377.025.807-04, sua esposa Jorgete Coutinho Comério, CPF 717.854.777-49, e seus filhos Maickel Comério, CPF 104.989.20704, Mirela Comério, CPF 105.595.357-40 e Milene Comerio, CPF 105.595.397-38;

- a House Confecções Ltda. atuou de fato como estabelecimento matriz e as demais pessoas jurídicas como filiais;

- o grupo econômico trabalha com a revenda de artigos de vestuário, cama, mesa e banho;

- há contratos de locação entregues constam como representantes dos integrantes do grupo econômico as interpostas pessoas figurantes dos seus respectivos quadros societários e como avalistas Edivaldo Comério, sua esposa Jorgete Coutinho Comério e seu filho Maickel Comério;

- há propostas de abertura de contas correntes assinadas por Edivaldo Comerio, sua esposa Jorgete Coutinho Comerio e por seus filhos Maickel Comerio, Mirela Comério e Milene Comério;

- há cópias dos documentos de procurações recebidas das instituições financeiras constam como representantes das empresas as interpostas pessoas figurantes dos seus respectivos quadros societários e como procuradores, com amplos poderes, Edivaldo Comério, sua esposa Jorgete Coutinho Comério e seu filho Maickel Comério;

- há cheques emitidos por algumas empresas do grupo econômico assinados por Edivaldo Comério, sua esposa Jorgete Coutinho Comério e por seus filhos Maickel Comério, Mirela Comério e Milene Comério;

- há contratos de empréstimos assinados como avalistas as interpostas pessoas integrantes dos quadros societários do grupo de empresas por Edivaldo Comério, sua esposa Jorgete Coutinho Comério e de seus filhos Maickel Comério, Mirela Comério e Milene Comério; e

- há transferências de recursos efetuadas entre as empresas do grupo econômico provenientes dos recursos sacados nos guichês das instituições financeiras.

Por conseguinte, o Ato Declaratório Executivo DRF/Vitória/ES n.º 52, de 01.10.2012, com efeitos a partir de 01.07.2007, e-fl. 65 e o Ato Declaratório Executivo DRF/Vitória/ES n.º 77, de 24.09.2014, com efeitos a partir de 01.01.2011, e-fl. 259, devem ser considerados corretos, já que os atos estão perfeitos e contêm todos os elementos que lhes conferem existência, validade e eficácia. Verifica-se que a matéria tratada no presente procedimento está afeta ao Direito Tributário e não ao Direito Penal. A exclusão do Simples Nacional dá-se de ofício mediante ato administrativo quando a pessoa jurídica optante

ultrapassar o limite da receita bruta, circunstância esta evidenciada pelo acervo fático-probatório produzido no presente processo, e-fls. 02-264. A contestação aduzida pela Recorrente, por isso, não pode ser sancionada.

Efeito da Exclusão do Simples Nacional

A Recorrente discorda do efeito do procedimento fiscal.

A Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, prevê:

Art. 29. [...]

§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. [...]

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

A exclusão do Simples Nacional produz efeitos 01.07.2007, quando a Recorrente fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, nos termos expressamente contidos na legislação tributária. Esta consequência decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional).

Para fins argumentativos, cabe trazer a inteligência do Recurso Especial Repetitivo STJ n.º 1124507/MG, que em relação ao Simples Federal assim se pronuncia:

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

De forma que, não o fazendo a pessoa jurídica contribuinte, é dado ao fisco o direito de proceder à exclusão por iniciativa própria, no momento em que detectar a ocorrência da situação excludente.

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

De fato, 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 situação 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.

É nesse sentido, admitindo a possibilidade de conferir efeitos retroativos ao ato de exclusão do regime tributário SIMPLES, caso a Administração constate que a empresa optante não preenche os requisitos legais para a permanência no sistema, a reiterada jurisprudência desta Corte, conforme se depreende dos precedentes [...].

Logo, o Ato Declaratório Executivo DRF/Vitória/ES n.º 52, de 01.10.2012, com efeitos a partir de 01.07.2007, e-fl. 65 e o Ato Declaratório Executivo DRF/Vitória/ES n.º 77, de 24.09.2014, com efeitos a partir de 01.01.2011, e-fl. 259, devem ser mantidos, em virtude de lei.

Declaração de Concordância

No processo n.º 15586.720522/2012-15, que se encontra arquivado no Arquivo Digital Órgãos Centrais-RFM-MF desde 13.05.2022 foi proferido o Acórdão CARF n.º 1402-003.006 em 10.04.2018, e-fls. 331-362, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015), dada a inter-relação de causa e efeito que informa os procedimentos vinculados:

ALEGAÇÕES DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE.

Verificado que a fiscalização cumpriu os requisitos formais e materiais estabelecidos pelas normas legais de regência, especialmente quanto a descrição das irregularidades apuradas, não há que se falar em nulidade da autuação, tampouco das exclusões do Simples.

SIMPLES. EXCLUSÃO DE OFÍCIO RETROATIVA E AUTO DE INFRAÇÃO CONCOMITANTE.

Correta a exclusão retroativa do Simples Nacional de empresa que não poderia optar por esses regimes de tributação beneficiada, em face de o montante real de suas receitas exceder o limite legal e outras irregularidades, bem como das empresas coligadas, em realidade filiais; correto também o concomitante lançamento de ofício dos tributos devidos.

OMISSÃO DE RECEITAS. REGISTROS CONTÁBEIS DA EMPRESA. PROCEDÊNCIA DO RMF EMITIDO.

Verificada a omissão de receitas na própria escrituração da empresa, no confronto com os valores informados à Receita Federal, correta a exigência das diferenças de tributos devidos mediante lançamento de ofício, no Regime de Tributação aplicável ao contribuinte, no caso, lucro presumido. Não há que se falar em ilegalidade do RMF e seu uso, para subsidiar a constatação dos fatos infracionais.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA E PESSOAL São coobrigados os que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e, comprovada a prática de ilícitos tributários por dirigentes de pessoas jurídicas para evadir-se tributação, deve a responsabilidade tributária recair sobre aqueles que se beneficiaram desses procedimentos, bem como sobre as empresas criadas para esse fim.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Caracterizado o intuito de fraudar o Fisco, mediante a fragmentação das receitas da empresa, correta a aplicação da multa no percentual de 150%.

JUROS DE MORA À TAXA SELIC O crédito tributário não integralmente pago no vencimento, principal e multa de ofício, é acrescido de juros de mora à taxa Selic, seja qual for o motivo determinante da falta, por expressa determinação legal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas, e no mérito, negar provimento integral ao recurso voluntário da recorrente e dos sujeitos passivos solidários. [...]

Voto [...]

Da síntese dos fatos:

O caso acima relatado versa sobre a autuação fiscal, ano-calendário de 2008, imputado às recorrentes, por coordenarem sua atividade no intento de diluir suas receitas mediante a formação de um grupo de empresas com CNPJ distintos, valendo-se de parente, empregados e demais pessoas, objetivando se beneficiar do Simples Nacional, fraudando assim a legislação tributária, além de também praticar a omissão de receitas. Para tanto, a autuação fiscal atribuiu multa qualificada e solidariedade entre as pessoas jurídicas do grupo, e definiu os reais interessados pessoas físicas nessa operacionalidade, que também lhes imputou a responsabilidade.

Na sua impugnação, atacou vários pontos, todos um tanto quanto indiretos sobre o mérito das autuações fiscais. Houve impugnação de todos os arrolados como solidários, e todos, em essência, com os mesmos argumentos. Em síntese, alegou cerceamento de defesa, impossibilidade da utilização das informações bancárias sem ordem judicial, não ser possível a autuação sem julgamento definitivo da exclusão do Simples, impropriedade da exigência da taxa Selic, caráter confiscatório da multa, e impossibilidade da aplicação da multa qualificada.

Na decisão a quo, houve o entendimento que a autuação fiscal estava devidamente comprovada e não mereceria reparos, rebatendo ponto por ponto das peças impugnatórias, reforçando o aspecto que não houve defesa das infrações fiscais, e nenhum documento comprobatório foi anexado. Os demais itens contestados não mereceram prosperar, pois a autuação fiscal aplicou o determinado na legislação tributária.

No seu recurso voluntário, a recorrente ataca a decisão recorrida, atacando, e em essência, os mesmos pontos da sua peça impugnatória. Nada mais aduz em relação à decisão a quo. Houve recurso voluntário próprio de duas empresas inicialmente autuadas.

Dos recorrentes:

A peça recursal, ao contrário da peça impugnatória, foi apresentada em uma única via, consignada por todos os interessados/coobrigados de quando da autuação fiscal e mantido pela decisão a quo, quais sejam:

House Confecções Ltda., CNPJ 02.860.191/000197;

Edivaldo Comério, CPF 377.025.80704;

Jorgete Coutinho Comério, CPF 717.854.77749;

Milene Comério, CPF 105.595.39738;

Mirela Comério, CPF 105.595.35740;

Maickel Comério, CPF 104.989.20704;

X Shox Confecções Ltda. EPP, CNPJ 07.049.340/000156;

Baunilha Confecções Ltda. EPP, CNPJ 05.364.219/000193;

Confecções Pontal do Ipiranga Ltda. EPP, CNPJ 04.672.015/000157;

Confecções Praça Oito Ltda., CNPJ 01.399.957/000115;

Corolla Confecções Ltda., CNPJ 07.571.852/000188;

Doblo Confecções Ltda., CNPJ 08.892.897/000117;

Gol Confecções Ltda., CNPJ 05.833.242/000180;

Metrópolis Confecções Ltda. EPP, atual denominação da J.C. Comério Comércio de Confecções EPP, CNPJ 00.700.089/000107;

Zen Indústria e Comércio de Confeções Ltda. EPP, atual denominação da Lúcia Piffer Comércio Comércio De Confeções EPP, CNPJ 06.954.305/000119;

Maickel Comércio Ltda. EPP, CNPJ 05.340.802/000164;

Sprinter Confeções Ltda., atual denominação da Maickel Comércio Confeções EPP, CNPJ 05.951.316/000182;

Comércio Confeções Ltda. EPP, atual denominação da Mirela Comércio Comércio Confeções EPP, CNPJ 05.951.316/000182;

Nacional Confeções Ltda., CNPJ 02.968.672/000110; Novo Milenio Confeções Ltda., CNPJ 05.201.663/000198;

Parati Confeções Ltda. EPP, CNPJ 08.052.718/000133;

Sandero Confeções Ltda. EPP, CNPJ 05.938.911/000188;

Siena Confeções Ltda. EPP, CNPJ 07.054.181/000188;

Uno Confeções Ltda. EPP, CNPJ 07.819.317/000101.

A G Coutinho Joumero Confeções, CNPJ 04.730.083/000125, não consta citada como recorrente na peça recursal conjunta, não obstante terem sido cientificadas conjuntamente.

Adicionalmente, a Doblo Confeções Ltda., CNPJ 08.892.897/000117 e Jardim Confeções Ltda., CNPJ 05.955.225/000115 apresentaram recurso voluntário próprios, conforme análise do processo 15586.720351/201216, em que contestam, em via recursal, além de alguns pontos do recurso voluntário das demais, a decisão a quo que as manteve no grupo econômico das demais recorrentes.

Das questões suscitadas na peça recursal:

Preliminar cerceamento de defesa, pela falta da descrição dos fatos

A recorrente se insurge, por entender que houve cerceamento de defesa, dada a ausência da descrição dos fatos na autuação fiscal, e requer nulidade da mesma.

Como enfatizou a decisão a quo, sob as mesmas alegações, o Termo de Verificação da Infração é tão detalhado, que possui um sumário, conforme fl. 1288 dos autos.

Ele está bem inteligível e coerente, não se podendo falar em caráter precário do mesmo.

Ademais, o Termo de Verificação da Infração é parte integrante do auto de infração (fls. 1235 a 1287), integrando-o justamente na função de ser a descrição dos fatos do art. 10 do Decreto nº 70.235/1972.

Ademais, tanto no auto de infração e sua parte integrante Termo de Verificação Fiscal, há várias planilhas, explicitando todos os valores utilizados para determinar os valores autuados.

Então, não vislumbro nenhum cerceamento de defesa alegado pela recorrente, e a lavratura do auto de infração conforme os preceitos legais do Código Tributário Nacional e do Decreto nº 70.235/1972.

Preliminar exclusão do Simples ocorrida antes do encerramento do procedimento fiscal;

Alegam as recorrentes na sua peça recursal de cerceamento de defesa, pois ocorreu a exclusão do simples antes do encerramento do procedimento fiscal.

Não tem razão as recorrentes, pois a Lei Complementar 123/2006, no seu art.

29, estabelece critérios vários motivadores da exclusão, e a maioria independe da constituição do crédito tributário.

No caso concreto, está nítido a aplicação do inc. IV do art. 29 da LC 123/2006, dadas as circunstâncias envolvidas no caso de ter ocorrido a constituição de empresas do grupo por interpostas pessoas.

Ademais, as exclusões do Simples estão sendo apreciadas concomitantemente nesta mesma decisão, conforme fundamentação ao final.

Destarte, não se vislumbra qualquer cerceamento de defesa alegado pelos recorrentes.

Do mérito:

há a impossibilidade de utilização das informações bancárias obtidas sem ordem judicial;

Alegam as recorrentes que as informações prestadas pelas instituições financeiras, administrativamente, foram utilizadas no procedimento fiscal, evidenciando uma quebra do sigilo bancário das mesmas, e são provas inadmissíveis no processo.

Independentemente das circunstâncias alegadas pelas recorrentes, e manifestadas na decisão a quo, o fornecimento de informações bancárias pelas instituições financeiras à autoridade fiscal não constitui quebra de sigilo, nos termos do inciso III, do § 3º, do artigo 1º da Lei Complementar nº 105/01, observadas as disposições do artigo 6º dessa mesma norma.

Com previsão expressa, não há ilegalidade na obtenção dessas informações:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(.....)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

(.....)

III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei no 9.311, de 24 de outubro de 1996; (.....)

Por sua vez, a Lei nº 10.174/01 deu nova redação ao art. 11 da Lei nº 9.311/96 de forma a permitir que as informações bancárias fossem utilizadas na constituição de crédito tributário relativo a outros tributos administrados pela Receita Federal, além da CPMF:

Art. 1º O art. 11 da Lei no 9.311, de 24 de outubro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 11....."

"§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei no.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores." (NR)

Registre-se que em recente julgamento (24/02/2016) o STF manifestou-se em repercussão geral pela constitucionalidade das normas que autorizam a disponibilização pelas instituições financeiras de informações bancárias ao Fisco (RE 601314/SP):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL.

DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO.

DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01.

MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF.

PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. 5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. 6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”. 7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Destarte, independente do uso alegado pelas recorrentes, não houve nenhuma ilegalidade no procedimento da autoridade fiscal de emitir o RMF (Requisição de Movimentação Financeira), e o seu uso dado na execução do procedimento fiscal.

impossibilidade de autuação sem o julgamento definitivo do termo de exclusão do Simples;

Alegam as recorrentes que apresentaram defesa contra os Atos Declaratórios de exclusão do Simples, e que esta estaria pendente de apreciação, não podendo o auto de infração considerar como definitiva a referida exclusão.

Tal matéria já foi enfrentada anteriormente, nas preliminares suscitadas pela recorrente, e ali se expôs que a Lei Complementar 123/2006, no seu art. 29, estabelece

critérios vários motivadores da exclusão, e a maioria independe da constituição do crédito tributário.

Sobre ponto, siga o mesmo raciocínio.

No caso concreto, está nítido a aplicação do inc. IV do art. 29 da LC 123/2006, dadas as circunstâncias envolvidas no caso de ter ocorrido a constituição de empresas do grupo por interpostas pessoas.

Ademais, as exclusões do Simples estão sendo apreciadas concomitantemente nesta mesma decisão, e delas se verificará sua validade, de forma conjunta.

Destarte, não se vislumbra qualquer cerceamento de defesa alegado pelos recorrentes.

há a impossibilidade de utilização da multa qualificada, pois a simples omissão de receita não pode ser motivo justificador, remetendo à súmula 14 do Carf

Arguem as recorrentes que não existem motivos para a qualificadora da multa atuada e mantida na decisão a quo, evocando a súmula 14 do CARF. Que não houve a demonstração do evidente intuito de fraude exigido pela súmula, já que todas as receitas foram contabilizadas nos livros contábeis das empresas. Assim, não houve a efetiva prova da sua ação dolosa.

Contudo, não acompanho estas alegações, pois o todo exposto nos autos comprovou o evidente intuito de fraude na formação do grupo econômico denominado Distribuidora São Paulo, gerida pelo Sr. Edivaldo Comério e sua esposa e filhos.

Como consta no Termo de Verificação de Infração, na fl. 1362 e ss dos autos:

Os fatos até aqui relatados revelam EDIVALDO COMÉRIO, principal gestor do grupo econômico DISTRIBUIDORA SÃO PAULO, juntamente com sua esposa JORGETE COUTINHO COMÉRIO e seus filhos, MAICKEL COMÉRIO, MILENE COMÉRIO e MIRELA COMÉRIO, montaram estrategicamente o referido grupo com diversas pessoas jurídicas de mesmo objeto social e quadros societários formados por interpostas pessoas com grau de parentesco ou afinidade com EDIVALDO COMÉRIO. A constituição do referido grupo econômico liderado pela empresa HOUSE CONFECÇÕES LTDA teve como único intento pulverizar a Receita Bruta, Movimentação Financeira e Capital Social da empresa líder para usufruir indevidamente tributação privilegiada do regime tributário favorecido do SIMPLES NACIONAL, fraudando os objetivos sociais do referido Instituto Jurídico, com a consequente sonegação do Imposto de Renda e das Contribuições Federais devidas.

No Termo ainda explica várias situações para justificar a adoção da qualificação, quais sejam:

as empresas do grupo não tinham autonomia patrimonial e administrativa, sendo totalmente centralizada no prédio da House Confecções Ltda; os Srs. Edivaldo Comério, sua esposa e filhos tinham as funções de administradores do referido grupo, e atuaram como procuradores, com amplos poderes para todas as necessidades comerciais das empresas do grupo;

a necessidade da formação do grupo econômico desta maneira não foi elidida e nem justifica por outra forma comprovada, conforme investigação dos argumentos apresentados no procedimento fiscal.

Há neste arcabouço probatório toda uma demonstração da intenção dolosa dos administradores do grupo de burlar sua estrutura incorrendo nos arts. 71 a 73 da Lei n.º 4.502/1964.

Nas palavras do v. acórdão recorrido:

Não resta dúvida de que a falsidade material deixa exposto o evidente intuito de fraude, porém, o dolo elemento subjetivo do tipo qualificado tributário ou do tipo penal também está presente quando a consciência e a vontade do agente para a prática da conduta (positiva ou omissiva) exsurtem de atos que tenham por finalidade impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador e de suas circunstâncias materiais, necessárias a sua mensuração.

Diante de tais circunstâncias, não se concebe que outra tenha sido a intenção do sujeito passivo que não a de ocultar do fisco a ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária principal, de modo a evitar seu pagamento, o que evidencia o intuito de fraude e obriga à qualificação da penalidade.

Além do mais, além do exclusão do Simples, pela formação artificial de várias empresas, há omissão de valores na revenda de mercadorias e prestação de serviços, conforme especificados nos autos de infração.

Tudo isto posto, e nos fundamentos bem amplos apresentados no v. acórdão recorrido, NEGO PROVIMENTO ao recurso voluntário quanto a este item.

quanto a alegação da inexistência dos requisitos legais para a responsabilização solidária das recorrentes, e esta caberia apenas ao Sr. Edivaldo Comério

Alegam as recorrentes que o auto de infração fez incluir como responsáveis solidários as recorrentes que não participam da gestão das empresas, mas atuaram como meros partícipes equiparados a funcionários. O Sr. Edivaldo Comério é que centralizava toda a gestão das empresas, e isso ficou provado na autuação fiscal.

Compulsando os autos, se sobressai que os sócios que constavam do contrato social das empresas do grupo econômico são realmente pessoas interpostas, à exceção das pessoas familiares do Sr. Edivaldo Comério.

As pessoas físicas do Sr. Edivaldo Comério, que na peça recursal assume toda a responsabilidade pela gestão, da Sra. Jorgete Coutinho Coméria, sua esposa, e seus filhos, Sr. Maickel Comério, Milene Comério e Mirela Comério tem papel de destaque, até pelos laços familiares.

Cabe destacar que, em declaração do próprio Sr. Edivaldo, no transcorrer do procedimento fiscal, conforme citado no TVF no item "4", afirma que sua esposa e filhos administram o grupo de empresa. Os demais sócios, a exceção da esposa e filhas, entraram nas empresas somente para compor o quadro societário.

Conforme TVF, em vários pontos, e de forma sucinta, sua esposa, Sra. Jorgete, e seus filhos, aparecem em contratos de locação como fiadora, em conjunto com seu marido. Também assinaram a abertura de algumas contas correntes, e tinham procurações de algumas empresas. Assinaram alguns cheques de empresas do grupo, bem como foram avalistas de empréstimos bancários.

Ou seja, os fatos trazidos aos autos pela autoridade não vão ao encontro do alegado pelas recorrentes que apenas o Sr. Edivaldo gerenciava tudo. Havia, nitidamente, a participação das pessoas do seu grupo familiar no gerenciamento do grupo de empresas, e não de forma de interposta pessoa, e sim, ativamente.

A mera alegação do mesmo na sua peça recursal, algo que não foi feito na sua peça impugnatória, da sua responsabilidade única parece ter o efeito de exonerar a responsabilidade de seus familiares.

Contudo, não basta alegar. Precisaria, de alguma forma, demonstrar isso, o que não foi feito pela parte recorrente, ao contrário do que foi demonstrado pela autoridade fiscal.

Assim, entendo que oportuno a responsabilização de todas pessoas físicas e jurídicas conforme o Termo de Verificação da Infração, aplicando-se os arts. 124, I e 135, III do CTN.

da alegação de não serem coobrigados as empresas Jardim Confeccões Ltda. e Doblo Confeccões Ltda.

Trazem nos autos, especificamente nos processos 15586.720347/201258 e 15586.720351/201216, respectivamente, das pessoas jurídicas Doblo Confeccões Ltda. Me. e Jardim Confeccões Ltda. Me., recursos voluntários dos mesmos, em que apresentam uma série de alegações que não seriam integrantes do grupo econômico gerenciado pelo Sr. Edivaldo Comério e família.

Contudo, nas suas alegações, não há uma prova das suas alegações.

O único elemento provado que consta nos autos, decorrente a esta autuação, seria da participação sim do grupo econômico, e que ambos tiveram troca de sócios para as Srs.

Camila e Claudia Correa Ribeiro, conforme evocado no recurso voluntário, em 02/06/2008 (Jardim Confeccões Ltda.) e 22/04/2009 (Doblo Confeccões Ltda.). Segundo suas alegações, sem nenhuma prova, receberam as empresas em doação pelo Sr. Edivaldo Comério, e desde então não teriam mais nenhuma participação no grupo.

Contudo, a autuação fiscal se refere ao ano-calendário de 2008. Ou seja, período em que ambas as empresas estavam, sem adentrar em nenhum mérito probatório, sob o grupo econômico comum conforme fundamentado e comprovado no Termo de Verificação da Infração.

Isto posto, NEGO PROVIMENTO aos recursos voluntários da Jardim Confeccões Ltda. e Doblo Confeccões Ltda. quanto a sua responsabilidade solidária.

não há nos autos qualquer motivo para a exclusão das recorrentes do Simples, não podendo ser aceita sua retroatividade.

Alegam as recorrentes que não caberia sua exclusão do Simples, pois faltou motivação, e ademais não poderia ser retroativa.

Primeiramente, a opção de qualquer contribuinte ao sistema do Simples, sendo considerado um benefício fiscal, é sujeito a condições a serem cumpridas, e passível de fiscalização posterior. Neste caso, o descumprimento de alguma condição, já sujeita a exclusão do Simples a partir da data do descumprimento, e não da sua constatação.

A Lei Complementar 123/2006, no seu art. 29, estabelece critérios vários motivadores da exclusão, e a maioria independe da constituição do crédito tributário.

No caso concreto, está nítido a aplicação do inc. IV do art. 29 da LC 123/2006, dadas as circunstâncias envolvidas no caso de ter ocorrido a constituição de empresas do grupo por interpostas pessoas.

Ademais, as exclusões do Simples estão sendo apreciadas concomitantemente nesta mesma decisão, conforme fundamentação ao final e já explicitado anteriormente..

juros moratórios descabidos e impossibilidade da aplicação da taxa Selic e multas exorbitantes e com caráter confiscatório;

Alegam as recorrentes quanto a manutenção da cobrança de juros moratórios, da sua atualização pela taxa Selic, e multas exorbitantes sobre o crédito tributário, e seu caráter confiscatório.

Contudo, compreendo que tal questão afasta-se das possibilidades de manifestação deste colegiado, pois na autuação houve ap. Em verdade, há vedação expressa no art. 26A do Decreto 70.235/1972 que se adentre ao mérito de validade legal ou constitucional de normas legais no âmbito da do processo administrativo fiscal:

Art. 2-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Para tanto foi editada a Súmula CARF n.º 2, a qual tão somente vem a espelhar o monopólio do Poder Jurisdicional sobre a temática:

Súmula CARF n.º 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Destarte, não conheço desta matéria do recurso voluntário Conclusão:

Nos termos do voto acima, REJEITAR as preliminares suscitadas, e no mérito, NEGAR PROVIMENTO INTEGRAL ao recurso voluntário da recorrente e dos sujeitos passivos solidários.

Consta no Acórdão da 8ª Turma DRJ/SPO/SP n.º 16-72.086, de 19.04.2016, e-fls. 284-294, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015):

Alega a manifestante que o ato declaratório é nulo porque a autoridade fiscal não embasa seu entendimento, ou seja, não motiva, nem descreve adequadamente os fatos.

Contrariamente ao alegado, foram explicitados os motivos pelos quais não houve o reconhecimento do direito creditório pleiteado.

O Ato Declaratório Executivo DRF/VIT/ES n.º 77/2014 foi motivado pela Representação Fiscal lavrada em 24/09/2014 (fls. 02/05), que é a peça inicial do presente processo.

Nela estão detalhadamente descritos os motivos e os fatos que determinaram a aplicação do inciso IV, do art. 29, e § 1º, da Lei Complementar n.º 123/2006, que assim dispõem:

"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."

Na representação foi mencionado o processo administrativo n.º 15586.720522/2012-15, cujos desdobramentos culminaram na exclusão objeto do presente processo.

A seguir reproduzimos parcialmente trecho da representação que deixa claro os motivos do ADE n.º 77/2014:

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 ultima auditoria, ou seja, a utilização das mesmas interpostas pessoas no quadro societário, quais sejam:

Razão Social / CNPJ	Dt Início	Dt Fim	Nome Responsável	CPF	Qualificação
X Shox Confecções Ltda – EPP - CNPJ 07.049.340/0001-56	21/10/2004	03/03/2010	FRANCISCA DE FATIMA MONTEIRO DE CARVALHO	069.140.317-11	SÓCIO ADMINISTRADOR
	12/01/2007	04/01/2011	THIAGO RIBEIRO SOUSA	119.539.877-88	SÓCIO ADMINISTRADOR
	03/03/2010	04/01/2011	IRACEMA DOS SANTOS RAFAEL	077.064.077-05	SÓCIO ADMINISTRADOR
	04/01/2011	12/01/2014	QUIRINO COMERIO	071.755.237-34	SÓCIO
	04/01/2011	02/10/2012	MARIA DE LOURDES SANTANA BASTOS	155.336.623-91	SÓCIO
	13/01/2014	22/01/2014	QUIRINO COMERIO	071.755.237-34	SÓCIO ADMINISTRADOR
	13/01/2014		EDIVALDO COMÉRIO	377.025.807-04	SÓCIO ADMINISTRADOR

Soma-se a isto, o fato de EDIVALDO COMERIO ter assumido como único sócio da empresa X SHOX CONFECÇÕES LTDA. – EPP em 13/01/2014, bem como das outras empresas do referido grupo, conforme Alterações Sociais registradas em Janeiro/2014.

O ato declaratório contém todos os requisitos exigidos na legislação, não havendo que se falar em nulidade por falta de algum elemento essencial. O contribuinte está identificado, o fato foi descrito, foi apontado o enquadramento legal e os motivos que fundamentaram o indeferimento do pedido.

Neste procedimento foi constatada situação similar à descrita em auditoria anterior, não havendo óbice nenhum para que novo procedimento seja realizado. Aliás, tal procedimento, não só pode, como deve ser feito, sob pena de responsabilidade da autoridade administrativa, em face do transcurso do prazo decadencial.

No Decreto n.º 70.235/1972 estão previstas apenas mais duas hipóteses de nulidade dos atos processuais, entre os quais se incluem os despachos decisórios, quais sejam, a dos incisos I e II, do artigo 59 do Decreto n.º 70.235/72, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 8.748/93, *in verbis*:

“Art. 59 - São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...).”

O princípio da ampla defesa e do contraditório está elencado no artigo 5º, letra LV da Constituição Federal, que assim dispõe:

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A simples leitura do dispositivo constitucional demonstra, de pronto, que não ocorreu qualquer violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa nele esculpido, posto que, no caso vertente, a recorrente teve ciência do ato declaratório, sendo-lhe concedido o prazo de trinta dias para a apresentação de manifestação de inconformidade.

A instauração do contraditório está demonstrada, de modo inequívoco, tendo sido assegurado à contribuinte o direito de apresentar as razões de fato e de direito que militam a seu favor e produzir todas as provas admitidas no direito, para corroborar suas alegações, requerendo, inclusive, a realização de diligências e perícias.

Por conseguinte, deve ser rejeitada a preliminar de nulidade.

Passemos a analisar o mérito.

A fiscalização trouxe aos autos os seguintes elementos de prova para embasar suas conclusões (fls. 152/220):

- Termo de Declaração de Edvaldo Comério, sócio-gerente da pessoa jurídica House Confecções Ltda.

- Termo de Declaração de Maickel Comério, um dos filhos de Edivaldo.

- Termo de Declaração de Rivelino Elias Rafael, que exerceu a função de motorista da empresa Zen Indústria e Comério de Confecções - única fábrica do grupo Distribuidora São Paulo - desde 2007.

- Termo de Declaração de Aguiel Pereira da Silva, gerente da loja da empresa Maickel Comério, e que trabalhou como gerente da empresa Gol Confecções.

- Rafael Ribeiro Souza, analista de sistemas na empresa Mavix Security Solutions desde 2011. É amigo da família e não recebeu qualquer quantia para participar do quadro societário das empresas Nacional Confecções Ltda. e Uno Confecções Ltda.

- Termo de Declaração de Thiago Ribeiro Sousa, que constou no quadro societário das empresas Siena Confecções Ltda e X-Shox Confecções Ltda.

- Termo de Declaração de Milene Comério, que trabalha no escritório da empresa House Confecções Ltda., e é filha de Edivaldo Comério.

- Termo de Declaração de Mirela Comério, que trabalha no grupo de empresas da Distribuidora São Paulo, e é filha de Edivaldo Comério.

- Termo de Declaração de Jorgete Coutinho Comério, que trabalha no grupo de empresas da Distribuidora São Paulo, e é esposa de Edivaldo Comério.

- Termo de Declaração de Silvano Carlos de Souza, que trabalhou no departamento financeiro da empresa House Confecções Ltda. no período de 1/3/2005 a 1/10/2010, e constou do quadro societário da empresa Parati Confecções Ltda.

- Termo de Declaração de Maria Coutinho Ribeiro, professora aposentada e cunhada de Edivaldo Comério. Constou do quadro societário das empresas Baunilha Confecções Ltda., Corolla Confecções Ltda. e Sandero Confecções Ltda., mas nunca foi dona ou exerceu cargo de gerência.

- Novo Termo de Declaração de Edvaldo Comério, sócio-gerente da pessoa jurídica House Confecções Ltda., datado de 14/9/2012.

- Termo de Declaração de Monica de Souza Machado, contadora que presta serviços para empresas do grupo Distribuidora São Paulo.

- Termo de Declaração de Josieli Maiolli, que presta serviços para empresas do grupo Distribuidora São Paulo.

- Termo de Declaração de Gilberto José do Carmo Batista, que prestou serviços para empresas do grupo Distribuidora São Paulo, no período de outubro de 2005 a meados de 2008.

- Termo de Declaração de Erikson Tesolini Viana, que trabalhou no Banco Real, agência 0874, no período de novembro de 2007 a julho de 2009, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.

- Termo de Declaração de Fabricio Borges Penhalves, que trabalhou na Caixa Econômica Federal, agência 0168, no período 2006 a 2010, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.

- Termo de Declaração de Joana Darc Valente B. Vasconcelos, que trabalhou no Banestes, agência 183, no período de janeiro de 2008 a 2010, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.

- Termo de Declaração de Valeria Feitosa dos Santos Ghidetti, no Banestes, agência 183, no período de 2004 a 2009, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.

□ Termo de Declaração de Wanderley Muniz de Oliveira, no Banestes, agência 183, no período de 2007 a 2009, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.

- Termo de Declaração de Rosely Gomes Falcão Paulo, no Banestes, agência 183, no período de 2007 a 2009, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.

- Termo de Declaração de Valter Denadai Junior, no Banestes, agência 183, no período de 2006 a 2008, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.

- Termo de Declaração de Lilian de Almeida Cassa, no Banestes, agência 183, no período de 2008 a 2010, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.

Esta mesma Lei Complementar, no § 4º, do seu art. 3º, veda o benefício do tratamento jurídico diferenciado em diversas situações, *in verbis*:

"§4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica: [...]

I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco)

anos-calendário anteriores;

X - constituída sob a forma de sociedade por ações.

XI - cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade."

A interposição de pessoas fica configurada no momento em que membros da família e amigos, que não exerciam qualquer função nas empresas do grupo, integravam seus quadros societários; ou ainda, quando demonstrado que os familiares que trabalhavam nas empresas exerciam suas funções sob o comando de Edivaldo Comério.

Diante da vedação legal de Edivaldo Comério figurar no quadro societário das empresas e se beneficiar do regime tributário simplificado, interpostas pessoas é que se tornaram sócias das várias pessoas jurídicas integrantes do grupo econômico.

Os termos de declaração anexados pela fiscalização são convergentes e demonstram a ocorrência dos seguintes fatos:

i) há um controle centralizado da direção das empresas por Edivaldo Comério;

ii) várias pessoas que figuravam no quadro societário não exerciam qualquer função de gerência nas empresas, e constaram do quadro social a pedido de Edivaldo Comério;

iii) várias das empresas integrantes são administradas por membros da mesma família e exercem atividades empresariais de um mesmo ramo - revenda de artigos de vestuário, cama, mesa e banho;

iv) os prestadores de serviços contábeis e os funcionários dos bancos em que as empresas tinham conta bancária corroboram a afirmação de que havia um grupo econômico de fato, controlado por Edivaldo Comério;

v) existência de documentos comprobatórios da formação do grupo econômico, tais como cópias de Propostas de Abertura de Contas, procurações, cheques, contratos de empréstimos, contratos de locação, fitas de caixa que demonstram transferências de recursos efetuadas entre as empresas do grupo, etc.

A impugnação interposta no processo nº 15586.720522/2012-15, foi julgada improcedente em primeira instância, em decisão assim ementada:

"ALEGAÇÕES DE NULIDADE

Verificado que a fiscalização cumpriu os requisitos formais e materiais estabelecidos pelas normas legais de regência, especialmente quanto a descrição das irregularidades apuradas, não há que se falar em nulidade da autuação, tampouco das exclusões do Simples.

SIMPLES. EXCLUSÃO DE OFÍCIO RETROATIVA E AUTO DE INFRAÇÃO CONCOMITANTE.

Correta a exclusão retroativa do Simples Nacional de empresa que não poderia optar por esses regimes de tributação beneficiada, em face de o montante real de suas receitas exceder o limite legal e outras irregularidades, bem como das empresas coligadas, em realidade filiais; correto também o concomitante lançamento de ofício dos tributos devidos.

OMISSÃO DE RECEITAS APURADA NOS PRÓPRIOS REGISTROS CONTÁBEIS DA EMPRESA.

Verificada a omissão de receitas na própria escrituração da empresa, no confronto com os valores informados à Receita Federal, correta a exigência das diferenças de tributos devidos mediante lançamento de ofício, no Regime de Tributação aplicável ao contribuinte, no caso, lucro presumido.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA E PESSOAL

São coobrigados os que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e, comprovada a prática de ilícitos tributários por dirigentes de pessoas jurídicas para evadir-se tributação, deve a responsabilidade tributária recair sobre aqueles que se beneficiaram desses procedimentos, bem como sobre as empresas criadas para esse fim.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Caracterizado o intuito de fraudar o Fisco, mediante a fragmentação das receitas da empresa, correta a aplicação da multa no percentual de 150%.

JUROS DE MORA À TAXA SELIC

O crédito tributário não integralmente pago no vencimento, principal e multa de ofício, é acrescido de juros de mora à taxa Selic, seja qual for o motivo determinante da falta, por expressa determinação legal."

Os fatos narrados naquele processo configuram abuso de personalidade jurídica, sendo que restou claramente demonstrada a confusão patrimonial entre as empresas. O objetivo é a diminuição indevida da carga tributária, com desrespeito às vedações da Lei Complementar n.º 123/2003, que instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL.

O conjunto fático-probatório coligido no processo n.º 15586.720522/2012-15 evidencia a existência de grupo econômico de fato e da interposição de pessoas, sendo legítima a exclusão com base no inciso IV, do art. 29, e § 1º, da Lei Complementar n.º 123/2006.

Por fim, também não merece ser acolhido o pleito quanto aos efeitos da exclusão.

O primeiro ato declaratório (ADE n.º 52/2012) produziu efeitos a partir de 01/07/2007.

Nos termos do § 1º, do art. 29, da Lei Complementar n.º 123/2006, o contribuinte excluído com base no inciso IV, fica impedido de optar pelo regime diferenciado nos três anos-calendário seguintes. Logo, seus efeitos terminaram em 31/12/2010.

Por isso a necessidade de emissão deste novo ato declaratório, visto que foi apurada situação similar no período de 2009 a 2011.

A legislação foi aplicada corretamente ao presente caso, não havendo que se falar em equívoco na interpretação do texto legal.

Diante de todo o exposto, julgo improcedente a manifestação de inconformidade, devendo ser mantido o ato declaratório de exclusão.

Assim sendo, o Acórdão da 8ª Turma DRJ/SPO/SP n.º 16-72.086, de 19.04.2016, e-fls. 284-294, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária.

Responsabilidade por Infrações

Tem-se 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”

(art. 136 do Código Tributário Nacional). Ressalte-se que a “atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional” (art. 142 do Código Tributário Nacional). Ademais, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (art. 3º do Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942).

Jurisprudência e Doutrina

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional).

Inconstitucionalidade de Lei

Atinente aos princípios constitucionais, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade (art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF n.º 2).

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este procedimento está de acordo com o princípio da legalidade ao qual o agente público está vinculado em razão da obrigatoriedade da aplicação da lei de ofício. Trata-se de poder-dever funcional irrenunciável vinculado à norma jurídica, cuja atuação está direcionada ao cumprimento das determinações constantes no ordenamento jurídico. Como corolário encontra-se o princípio da indisponibilidade que decorre da supremacia do interesse público no que tange aos direitos fundamentais (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015).

Dispositivo

Em assim sucedendo, voto em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva