



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15588.720590/2021-47
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1003-004.370 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 04 de abril de 2024
Recorrente COMERCIAL DE CALCADOS RODRIGUES MOREIRA LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2018

REGIMENTO INTERNO DO CARF - PORTARIA MF Nº 1.634, DE 21/12/2023 - APLICAÇÃO DO ART. 114, § 12, INCISO I.

Quando o Contribuinte não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida, esta pode ser transcrita e ratificada.

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.

SIMPLES NACIONAL. EXCESSO DE RECEITA BRUTA. ULTRAPASSAGEM. EXCLUSÃO. FRACIONAMENTO DE ATIVIDADES. INTERPOSIÇÃO DE EMPRESAS. ABUSO DE FORMA. AUSÊNCIA DE AUTONOMIA OPERACIONAL E PATRIMONIAL. ADMINISTRAÇÃO ÚNICA E ATÍPICA. PREVALÊNCIA DA SUBSTÂNCIA SOBRE A FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS SIMULADOS. LEGALIDADE.

O abuso de forma viola o direito, e a fiscalização deve rejeitar o planejamento tributário que nela se funda, cabendo à requalificação dos atos e fatos ocorridos, com base em sua substância, para a aplicação do dispositivo legal pertinente. Bem assim, a existência de grupo econômico de fato irregular entre empresas, que atuam, em realidade, como empreendimento único, autoriza o somatório das receitas brutas das empresas para fins de verificação do limite anual para o enquadramento no Regime Especial Unificado de Arrecadação dos Tributos e Contribuições Simples Nacional.

EFEITOS DA EXCLUSÃO.

A exclusão produz efeitos a partir do partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente da ocorrência do fato impeditivo.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA.

A apreciação de argumentos de inconstitucionalidade resta prejudicada na esfera administrativa, conforme Súmula CARF n.º 2: "O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

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

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Márcio Avito Ribeiro Faria, Gustavo de Oliveira Machado, Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em desfavor do Acórdão n.º 106-029.310, em 17 de novembro de 2022, pela 15ª Turma/DRJ06, que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade e manteve o ato declaratório de exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

Por bem relatar os fatos até o momento, adoto o relatório do acórdão de piso:

O presente processo trata da exclusão da empresa do Simples Nacional nos termos do ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO EFI-PREV1/DRFSDR N.º 47, DE 26 DE AGOSTO DE 2021, pelas razões a seguir apresentadas:

Art. 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, a pessoa jurídica **COMERCIAL DE CALCADOS RODRIGUES MOREIRA LTDA, CNPJ n.º 13.969.439/0001-79**, por ter sido constatado, em procedimento fiscal, que a empresa tinha em seu quadro societário pessoa física sócia de outras empresas optantes pelo Simples Nacional, e que a soma da receita bruta global ultrapassou o limite legal para o período.

Parágrafo Único. Tal fato implica na sua exclusão de ofício por força do que dispõe o **art. 3º, §4º, IV c/c art. 29, I, todos da LC 123/2006**.

Art. 2º Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de **01/07/2018**, relativamente a opção de código do período: 12395926, conforme Art. 84, I c/c Art. 81, II, c, 2, da Resolução CGSN 140/2018.

O Auditor Fiscal informa que extraiu do site realcalçados.com.br que o Grupo Real Calçados é composto por mais de 100 lojas espalhadas por toda a Bahia e Estados do Piauí, Pernambuco, Alagoas, Paraíba e Sergipe, sendo uma das maiores e melhores redes de lojas de calçados e confecções da Bahia.

Relata que cada loja apresenta CNPJ e quadro societário ou titularidade própria e está localizada no município de Feira de Santana, Bahia.

Diz que a empresa é “consta como optante do Simples Nacional no período de 01/01/2015 a 31/12/2018 (código do período: 12395926); e de 01/01/2019 a 31/12/2020 (código do período: 21796160). Neste processo trataremos apenas do primeiro período de opção (01/01/2015 a 31/12/2018), o segundo consta do processo administrativo de n.º 15588-720.591/2021-91”.

IRACI JOSÉ DOS SANTOS: FUNDADOR DO GRUPO REAL CALÇADOS E SÓCIO DA COMERCIAL RODRIGUES MOREIRA

A Autoridade Fiscal diz que o Sr. IRACI JOSE DOS SANTOS, CPF 446.168.566-72, é o fundador e sócio principal do Grupo Real Calçados. Geralmente, as empresas do Grupo apresentam como sócios ou titular, IRACI ou um de seus familiares e afins, apresenta as folhas 6 e 7 alguns exemplos.

Desde 29/06/2018, a Comercial Rodrigues Moreira apresenta IRACI em seu quadro societário (45,0% de seu capital social). Este, por sua vez, integra concomitantemente o quadro societário de diversas outras empresas, conforme tabela acima. Ora, na medida em que uma empresa beneficiária do Simples Nacional apresenta em seu quadro societário alguém que é sócio de outras empresas, beneficiárias ou não do Simples Nacional, faz-se necessário avaliar se a soma das receitas destas empresas ultrapassa o limite estabelecido para o SN (Art. 3º, II, da LC 123/2006), de R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) até 31/12/2017 ou de R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) a partir do AC 2018.

DA SOMA DAS RECEITAS BRUTAS DAS EMPRESAS QUE APRESENTAM IRACI COMO SÓCIO

O Auditor Fiscal analisa a regularidade da situação da Empresa no Simples Nacional a partir de 2018, com a entrada de Iraci no quadro societário. Destaca que em 2017, que entre as empresas analisadas, a Receita Bruta no PGDAS, totalizou R\$ 21.582.493,05.

DAS INFRAÇÕES COMETIDAS E DAS VEDAÇÕES AO INGRESSO OU PERMANÊNCIA NO SIMPLES NACIONAL

A Autoridade Fiscal discorre sobre as hipóteses de vedação ao Simples Nacional e conclui que: Vimos, no item 2.4, treze empresas que auferiram em conjunto uma receita total de R\$ 21.582.493,05 (vinte e um milhões, quinhentos e oitenta e dois mil, quatrocentos e noventa e três reais e cinco centavos) no decorrer do AC 2017, valor muito acima do limite estipulado para o SN (R\$ 3.600.000,00). Deste modo, nenhuma daquelas (ou qualquer outra que apresentasse IRACI como sócio) poderia permanecer ou ingressar no SN no ano de 2018. Isto porque, pelas regras do Simples Nacional, não pode nele ingressar nem permanecer empresa de cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada pela LC n.º 123/2006, desde que a receita bruta global ultrapasse um dos limites, sendo caso de COMUNICAÇÃO OBRIGATÓRIA pelo contribuinte (Art. 3º, §4º, IV, c/c Art. 30 da LC 123/2006).

Observe-se que, a princípio, no decorrer do ano de 2017, todas estas 13 empresas se encontravam na sistemática do Simples Nacional, tanto que apresentaram os PGDAS de onde foram extraídas as informações de receitas brutas utilizadas no presente trabalho. Entretanto todas elas estão sendo objeto de ações fiscais e excluídas de ofício de modo retroativo (vide adendo ao final deste relatório discriminando os processos de exclusão do SN). Ora, se estão sendo excluídas do SN de modo retroativo, devem ser tratadas no período como empresas não beneficiárias inclusive para fins de enquadramento da infração cometida, mais benéfico, inclusive, ao contribuinte, uma vez que sua aplicação requer um mínimo de participação societária.

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL E SEUS EFEITOS

Destaca que a exclusão do Simples Nacional pode ocorrer mediante comunicação da empresa optante ou de ofício. Caso a empresa incorra em qualquer das situações de vedação previstas na Lei ou quando ultrapassado o limite de receita bruta no ano-calendário e não ocorra a comunicação obrigatória deve ser efetuada sua exclusão de ofício.

No presente caso, diz que a empresa “*não poderia ter permanecido no Simples Nacional a partir do ingresso de IRACI em seu quadro de sócios em 2018 porque a soma das receitas auferidas pelas empresas cuja participação de IRACI era superior a 10% extrapola o limite estabelecido em 2017. E tinha por obrigação comunicar tal fato, conforme disposto no Art. 81, II, c, da Resolução CGSN 140/2018. Entretanto, não cumpriu com este dever e continuou beneficiando-se indevidamente do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições previsto na Lei Complementar 123/2006. Nessas situações, a Lei prevê que seja efetuada a exclusão de ofício da empresa.*

Deste modo, tendo-se em vista a situação impeditiva caracterizada pelo excesso de receita bruta no AC 2017 auferida pelo conjunto de empresas que apresentam IRACI como sócio com participação superior a 10%, e em conformidade com o disposto no Art. 84, I c/c Art. 81, II, c, 2, da Resolução CGSN 140/2018, a exclusão de ofício do Simples Nacional produzirá efeitos a partir de 01 de julho de 2018.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

A empresa tomou ciência da exclusão em 09/11/2021, apresentado a defesa em 01/12/2021.

DA CONEXÃO DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO AO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO COM O AUTO DE INFRAÇÃO N° 15588-720.707/2021-92.

O Impugnante pede a conexão com o Auto de Infração n° 15588-720.707/2021-92, por decorrerem da mesma operação fiscal e serem relativos ao mesmo sujeito passivo.

DO ERRO NO PROCEDIMENTO. DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS À AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL.

A defesa alega que o Ato Declaratório não é procedimento hábil para excluir o contribuinte do Simples Nacional, pois fere as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, previstos nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. O procedimento é inconstitucional e ilegal, visto que deveria ser oportunizado ao contribuinte direito de manifestação acerca das razões da sua exclusão do Simples Nacional e não apenas após o ato de exclusão, sendo caracterizado o cerceamento de defesa, visto que restringiu o seu direito, conforme entendimento jurisprudencial apresentado.

Afirma que a impugnação/recurso administrativo contra o ato de exclusão possui efeito suspensivo, produzindo efeitos a partir da decisão definitiva na esfera administrativa.

Requer que Ato Declaratório Executivo de exclusão do Contribuinte do SIMPLES Nacional seja considerado NULO / IMPROCEDENTE, com a manutenção do Contribuinte no citado regime simplificado e diferenciado de tributação.

DO EQUÍVOCO DO RELATÓRIO FISCAL. DA INEXISTÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO.

O contribuinte discorre sobre o conceito de grupo econômico, afirmando que é essencial a existência de uma sociedade controladora, que exerça direção/controle das outras sociedades. As empresas apresentadas no relatório fiscal possuem capital distinto, não realizam negócios em comum e nem utilizam a mesma mão-de-obra. O fato de possuírem sócios em comum não caracteriza o grupo econômico.

Diante do quanto acima exposto, dúvidas não há de que a impugnante não integra o grupo econômico apontado no relatório fiscal, nem qualquer outro, o que demonstra o equívoco da conclusão do relatório fiscal que desencadeou na indevida exclusão da Contribuinte do Simples Nacional, devendo tal conclusão equivocada ser reformada por este juízo administrativo de controle.

DA IMPOSSIBILIDADE DE RETROATIVIDADE DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA PREVISÃO LEGAL AUTORIZADORA.

A defesa alega que os efeitos da exclusão só podem alcançar os fatos supervenientes ao da exclusão, por força do princípio constitucional da segurança jurídica e das disposições expressas do Código Tributário Nacional - CTN em seus artigos 100, II, 103, II.

Cita o artigo 81 da Resolução CGSN nº 140 de 2018, e conclui que o “Ato Declaratório de exclusão do SIMPLES Nacional foi publicado em 2021, demonstrando que a opção realizada pela Impugnante para o Simples Nacional só foi desconstituída definitivamente pelo Fisco neste exercício de 2021, não podendo em hipótese alguma ser aplicado os efeitos retroativos dessa exclusão para exercícios anteriores ao próprio ato de exclusão.”.

Afirma que “os efeitos da exclusão” foram instituídos através de uma Resolução e viola o princípio da legalidade, não podendo contrapor o Código Tributário Nacional, que estabelece que as decisões administrativas terão seus efeitos após 30 (trinta) dias da data da sua publicação, sendo este o entendimento jurisprudencial pátrio”.

Desta forma, comprovado que os efeitos da exclusão só poderão alcançar os fatos supervenientes ao da intimação do Contribuinte, e por via de consequência a ilegalidade e a inconstitucionalidade do Fisco em querer atribuir efeitos retroativos a este ato, requer a Impugnante, caso não seja mantida no Simples Nacional, que a exclusão não gere efeitos retroativos, valendo a partir do exercício de 2022.

Por fim, pede:

1- Quer realize a conexão da presente Impugnação ao Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES Nacional com todos os lançamentos de créditos tributários (Autos de Infração) decorrentes do citado expediente declaratório, por serem materialmente e formalmente vinculados, para fins de análise, instrução e julgamento e com o fito de se evitar decisões conflitantes.

2- O conhecimento e o acolhimento da presente impugnação, para que o Ato Declaratório ora questionado seja considerado totalmente NULO / IMPROCEDENTE, com a manutenção da Impugnante no Simples Nacional.

3- Caso a Impugnante não seja mantida no Simples Nacional, que os efeitos de tal exclusão não sejam retroativos, valendo a partir do exercício de 2022.

Protesta pela produção de todos os meios de prova acaso necessários para o deslinde da questão, com base no art. 16, IV, do Decreto n.º 70.235/72, bem como a juntada de outros documentos em prova e contra-prova.”

Por sua vez, a 15ª Turma/DRJ06 julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade, cuja decisão restou assim ementada:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Ano-calendário: 2018

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Tendo em vista que os atos e termos foram lavrados por pessoa competente e que não houve qualquer preterição do direito de defesa do contribuinte, não se aplicam as hipóteses de nulidade previstas no art. 59 do Decreto n.º 70.235/1972.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não há cerceamento do direito de defesa quando o procedimento fiscal observa a legislação de regência, explicita todos os fundamentos do ato emitido e abre prazo para sua contestação pelo interessado.

ILEGALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO APRECIÇÃO.

Não cabe apreciação, pela instância administrativa, de alegações de ilegalidade e ou inconstitucionalidade de leis e atos normativos em vigor, a qual incumbe ao Poder Judiciário.

ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. EFEITOS.

O ato de exclusão possui natureza declaratória, que por disposição legal retroage para declarar situação preexistente à sua emissão.

EXCESSO DE RECEITA BRUTA GLOBAL.

Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado do Simples Nacional a pessoa jurídica cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada pela Lei Complementar n.º 123/2006 ou cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite par a permanência no Simples Nacional previsto em Lei.

EXCLUSÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE.

A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte sujeito a condições e passível de fiscalização posterior, prevendo a legislação a exclusão retroativa.

PROVAS DOCUMENTAIS. MOMENTO PARA A PRODUÇÃO.

O momento para produção de provas documentais é juntamente com a impugnação, precluindo o direito de o contribuinte fazê-lo em outro momento processual, salvo se fundada nas hipóteses expressamente previstas na legislação pertinente

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário com as seguintes alegações:

“(…)

1. DO ERRO NO PROCEDIMENTO. DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS À AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Conforme exposto na manifestação de inconformidade, a publicação do Ato Declaratório questionado não é procedimento hábil para excluir o contribuinte do Simples Nacional, por afrontar garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, previstos nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, abaixo transcritos: (...)

A inconstitucionalidade e ilegalidade do procedimento adotado pela Receita Federal do Brasil (RFB) decorrem da necessidade da autoridade administrativa, antes de proferir o ato de exclusão questionado, oportunizar ao Contribuinte o direito de manifestação acerca das razões da sua exclusão do Simples Nacional, já que se trata de restrição de direito, que deve obedecer ao prévio e devido processo legal.

Embora a RFB tenha permitido que o Contribuinte se manifestasse através da impugnação, essa oportunidade ocorreu apenas APÓS a realização do ato de exclusão, o que restringiu o direito do Contribuinte, que não pôde apresentar defesa previamente à sua exclusão, o que não é permitido o ordenamento jurídico pátrio, conforme entendimento jurisprudencial abaixo transcrito. (...)

Deste modo, fica evidente o vício que tornou nulo o Ato Declaratório Executivo que excluiu o Recorrente do Simples Nacional, pois foi realizado sem oportunizar a sua manifestação PRÉVIA acerca da indevida exclusão, bem como quanto ao preenchimento dos requisitos que autorizam sua permanência nesse regime de tributação.

O recurso administrativo contra o ato de exclusão possui efeito suspensivo, somente produzindo seus efeitos a partir da decisão definitiva na esfera administrativa, como o de cobrança dos créditos tributários decorrentes do período em que a empresa se enquadrava no SIMPLES Nacional.

Deste modo, patente é o cerceamento de defesa acarretado pela forma como foi realizada a exclusão do Simples Nacional, uma vez que impede que o contribuinte exerça as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

De todo o acima exposto e comprovado, requer o Recorrente o conhecimento e o provimento do presente recurso para reformar o acórdão recorrido, no sentido de ANULAR ou CANCELAR o Ato Declaratório Executivo de exclusão do Contribuinte do SIMPLES Nacional, para manter o Contribuinte no citado regime simplificado e diferenciado de tributação.

2. DO EQUÍVOCO DO RELATÓRIO FISCAL. DA INEXISTÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO

Por respeito ao princípio da eventualidade e concentração da defesa, na hipótese remota de ser ultrapassada a preliminar acima suscitada, o que não acredita o Contribuinte, necessário se faz adentrar o mérito da exclusão, o que faz nos termos abaixo articulados.

No relatório fiscal que instrui o ato declaratório ora questionado, consta como razão da exclusão do Peticionante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a suposta ocorrência de formação de grupo econômico sob a direção do Senhor Iraci José dos Santos ou um de seus familiares e afins, o que não corresponde à verdade, nos termos que será abaixo demonstrado.

Com todo respeito ao trabalho do Auditoria Fiscal, trata-se de conclusão totalmente equivocada, não sendo necessário grande esforço para verificar que esse raciocínio jamais poderá prevalecer.

Isso porque, a manutenção do entendimento fiscalista significa dizer que os descendentes dos empresários serão prisioneiros das escolhas feitas pelos seus ascendentes, já que eles estariam impedidos de desenvolver qualquer atividade econômica voltada para o mesmo setor que os seus ascendentes, sob pena de se presumir automaticamente a existência de grupo econômico de fato, o que é inadmissível.

Não havendo uma definição jurídica de grupo econômico para questões tributárias, os tributais têm se socorrido na definição trazida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para a qual, grupo econômico seria o conjunto de empresas que, mesmo com personalidade jurídica própria, estejam sob a direção, controle ou administração de outra: (...)

se percebe, para que seja caracterizado um grupo econômico, é essencial que haja uma sociedade controladora, que exerça direção/controle das outras sociedades.

Em relação à Recorrente e às empresas apresentadas no relatório fiscal como integrante do mesmo grupo econômico, há de se frisar que:

- As empresas possuem capital distinto, não havendo qualquer confusão entre o patrimônio das mesmas ou mesmo mútuo ou repasse entre elas;
- Não realizam negócios em comum nem há qualquer tipo de auxílio ou colaboração entre as empresas para realização dos seus objetivos sociais;
- Não há utilização de mão de obra em comum, não há cessão de mão de obra ou mesmo cessão/empréstimo de materiais e equipamentos.

O SIMPLES FATO DE QUE POSSUEM SÓCIOS QUE PERTENCEM AO MESMO GRUPO FAMILIAR NÃO É SUFICIENTE PARA A CARACTERIZAÇÃO DE UM GRUPO ECONÔMICO.

Dessa forma, verifica-se, com facilidade, que não há no presente caso qualquer indício de que houve por parte da Recorrente intenção de fraude ao fisco, assim como não há no ordenamento pátrio qualquer dispositivo que possa subsidiar a intenção de enquadrá-la junto com as demais empresas apontadas como integrantes de um mesmo grupo econômico.

Nesse sentido é o entendimento dos tribunais pátrios, conforme se verifica nas ementas abaixo transcritas: (...)

Ante o exposto, dúvidas não há de que a Recorrente não integra o grupo econômico apontado no relatório fiscal, nem qualquer outro, o que demonstra o equívoco da conclusão do relatório fiscal que desencadeou na indevida exclusão da Contribuinte do Simples Nacional, devendo tal conclusão equivocada ser reformada por esse respeitado Conselho.

3. DA IMPOSSIBILIDADE DE RETROATIVIDADE DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA PREVISÃO LEGAL AUTORIZADORA

Caso não seja acolhido o pedido de manutenção da Recorrente no Simples Nacional pelos motivos acima, o que não acredita a Recorrente, em homenagem ao princípio da eventualidade e da concentração da defesa, necessário se faz demonstrar a completa inconstitucionalidade do Fisco em atribuir efeito retroativo à exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

É óbvio que os efeitos da exclusão, se é que legalmente amparada, só poderão alcançar os fatos supervenientes ao da exclusão, em razão do princípio constitucional da segurança jurídica (consubstanciado na garantia individual da irretroatividade das normas) e das disposições expressas do Código Tributário Nacional (CTN) em seus artigos 100, II, 103, II que dispõem: (...)

Consta no Ato Declaratório questionado que os efeitos da exclusão dar-se-ão em data retroativa.

Conforme se depreende do artigo 81 da Resolução CGSN n.º 140 de 2018, a exclusão do Simples Nacional das ME ou da EPP produzirá efeitos a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente ao do que tiver ocorrido o excesso.

Art. 81. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação da ME ou da EPP à RFB, em aplicativo disponibilizado no Portal do Simples Nacional, dar-se-á:

I - por opção, a qualquer tempo, produzindo efeitos: (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 30, inciso I e art. 31, inciso I e § 4º)

a) a partir de 1º de janeiro do ano-calendário, se comunicada no próprio mês de janeiro; ou

b) a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, se comunicada nos demais meses;

Ocorre que o Ato Declaratório de exclusão do SIMPLES Nacional foi publicado em 2021, demonstrando que a opção realizada pela Contribuinte para o Simples Nacional só foi desconstituída definitivamente pelo Fisco no exercício de 2021, não podendo em hipótese alguma ser aplicado os efeitos retroativos dessa exclusão para exercícios anteriores ao próprio ato de exclusão.

Destaca-se que os “efeitos da exclusão” foram instituídos através de uma Resolução, e não através de uma Lei Ordinária ou Complementar, violando o princípio da legalidade, não podendo ir de encontro ao Código Tributário Nacional, o qual é claro ao estabelecer que as decisões administrativas terão seus efeitos após 30 (trinta) dias da data da sua publicação, sendo este o entendimento jurisprudencial pátrio, conforme decisão abaixo colacionada. (...)

Desta forma, comprovado que os efeitos da exclusão só poderão alcançar os fatos supervenientes ao da intimação do Contribuinte, e por via de consequência a ilegalidade e a inconstitucionalidade do Fisco em querer atribuir efeitos retroativos a este ato, requer a Recorrente que, caso não seja mantida no Simples Nacional, a exclusão não gere efeitos retroativos, valendo somente a partir do exercício de 2022.

4. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, a Recorrente requer que os Doutos Conselheiros conheçam o presente Recurso Voluntário, para lhe dar provimento e reformar o Acórdão recorrido, no sentido de

- a) ANULAR ou CANCELAR o Ato Declaratório Executivo de exclusão do Contribuinte do SIMPLES NACIONAL e manter a Recorrente no citado regime simplificado e diferenciado de tributação;
- b) caso a Recorrente não seja mantida no supracitado regime, não aplicar retroativamente os efeitos dessa exclusão, valendo somente a partir do exercício de 2022.”

É o relatório.

Voto

Conselheira Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça, Relatora.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento.

Conforme já relatado, o presente processo versa acerca da exclusão da Recorrente do Simples Nacional nos termos do Ato Declaratório Executivo EFI-PREV1/DRFSDR nº 47, de 26 de agosto de 2021, por ter sido constatado, em procedimento fiscal, que a Recorrente tinha em seu quadro societário pessoa física, sócia de outras empresas optantes pelo Simples Nacional, e que a soma da receita bruta global ultrapassou o limite legal para o período. A exclusão deu-se com base no art. 3º, § 4º, IV c/c art. 29, I, todos da LC 123/2006 e com efeitos a partir de 01/07/2018, conforme art. 84, I c/c art. 81, II, c, 2, da Resolução CGSN 140/2018.

A autoridade administrativa informou que extraiu do site realcalçados.com.br que o Grupo Real Calçados é composto por mais de 100 lojas espalhadas por toda a Bahia e Estados do Piauí, Pernambuco, Alagoas, Paraíba e Sergipe, sendo uma das maiores e melhores redes de lojas de calçados e confecções da Bahia e que cada loja apresenta CNPJ e quadro societário ou titularidade própria e está localizada no município de Feira de Santana, Bahia.

Disse, ainda, que a empresa é “consta como optante do Simples Nacional no período de 01/01/2015 a 31/12/2018 (código do período: 12395926); e de 01/01/2019 a 31/12/2020 (código do período: 21796160). Neste processo trataremos apenas do primeiro período de opção (01/01/2015 a 31/12/2018), o segundo consta do processo administrativo de nº 15588-720.591/2021-91”.

Também restou consignado que o Sr. IRACI JOSE DOS SANTOS, CPF 446.168.566-72, é o fundador e sócio principal do Grupo Real Calçados. Geralmente, as empresas do Grupo apresentam como sócios ou titular, IRACI ou um de seus familiares e afins, apresenta as folhas 6 e 7 com alguns exemplos. O Auditor Fiscal analisou, ainda, a regularidade da situação da Empresa no Simples Nacional a partir de 2018, com a entrada de Iraci no quadro societário. Destaca que em 2017, que entre as empresas analisadas, a Receita Bruta no PGDAS, totalizou R\$ 21.582.493,05.

Portanto, no decorrer do AC 2017, a Recorrente teria auferido receita em valor muito acima do limite estipulado para o SN (R\$ 3.600.000,00). Desse modo, nenhuma daquelas (ou qualquer outra que apresentasse IRACI como sócio) poderia permanecer ou ingressar no SN no ano de 2018. Isto porque, pelas regras do Simples Nacional, não pode nele ingressar nem permanecer empresa de cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada pela LC nº 123/2006, desde que a receita bruta global ultrapasse um dos limites, sendo caso de comunicação obrigatória pelo contribuinte (art. 3º, § 4º, IV, c/c art. 30 da LC 123/2006).

Por outro lado, a Recorrente, no recurso voluntário, além da questão apontando a nulidade da decisão de primeira instância por suposto erro no procedimento, violação aos direitos constitucionais à ampla defesa, contraditório e devido processo legal, previstos nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988), defendeu que não há nos autos a demonstração de controle administrativo ou confusão patrimonial que justifique a manutenção do Ato Declaratório de Exclusão com base em existência de grupo econômico de fato.

A Recorrente alegou, ainda, que em relação ela e às empresas apresentadas no relatório fiscal como integrante do mesmo grupo econômico, há de se frisar que possuem capital distinto, não havendo qualquer confusão entre o patrimônio das mesmas ou mesmo mútuo ou repasse entre elas; não realizam negócios em comum nem há qualquer tipo de auxílio ou colaboração entre as empresas para realização dos seus objetivos sociais; não há utilização de mão de obra em comum e não há cessão de mão de obra ou mesmo cessão/empréstimo de materiais e equipamentos. Por fim, a Recorrente requereu a anulação ou o cancelamento do Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples Nacional e/ou a não, não aplicação retroativamente dos efeitos da exclusão, caso seja mantida, valendo somente a partir do exercício de 2022.

Percebe-se, assim, que trata-se dos mesmos argumentos, tanto em sede de preliminar, quanto de mérito aduzidas por ocasião da manifestação de inconformidade e que já

foram devidamente e exaustivamente enfrentadas pela DRJ/RJ, bem assim a decisão proferida encontra-se bem fundamentada, tendo apreciado com precisão e esmero as questões de fato e de direito apresentadas pela Recorrente.

Assim sendo, como não houve nenhum argumento de mérito ou documentos novos que justifiquem uma nova visão dos fatos, e por entender que a decisão *a quo* analisou detalhadamente a matéria, tendo se pronunciado sobre todos os argumentos apontados pela Recorrente nas suas manifestações (e que foram basicamente os mesmos trazidos em seu Recurso Voluntário), adoto como razões de decidir as externadas pela decisão recorrida (106-029.310, 15ª Turma/DRJ06, sessão de 17 de novembro de 2022, tal como abaixo descritas, que ora ficam confirmadas, nos termos do art. 50, inciso V e § 1º, da Lei nº 9.784/1999 c/c art. 114, § 12, inciso I, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023 :

“(…)

Com relação à arguição de nulidade do ato de exclusão do Simples Nacional, releva esclarecer que o processo administrativo tributário é regulado por legislação específica, no caso o Decreto nº 70.235, de 1972, o qual determina as hipóteses de nulidade no seu art. 59:

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.

Inferre-se que sendo os atos e termos lavrados por autoridade competente e garantido o direito de defesa, não há que se cogitar de nulidade do ato. No caso presente, registre-se que a manifestação de inconformidade ora analisada é prova de que o direito de defesa está sendo plenamente exercitado e de que não foi cerceado, conforme preceitua a súmula a seguir:

Súmula CARF nº 162

O direito ao contraditório e à ampla defesa somente se instaura com a apresentação de impugnação ao lançamento. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Portanto, através da defesa, o sujeito passivo refuta a exclusão, revelando conhecer as acusações que lhe foram imputadas e os elementos nas quais se baseiam. Resta, então, evidenciado o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

De todo o exposto, resta concluir que, tendo sido lavrado o ato de exclusão do Simples por autoridade competente e garantido o direito de defesa, estando este devidamente motivado e revestido das formalidades essenciais à sua lavratura, e não se encontrando presentes os pressupostos elencados no art. 59 do Decreto 70.235, de 1972, não há justificativa nem amparo legal para prosperar a pretensão da manifestante no sentido de declarar a sua nulidade.

O contribuinte alega ser essencial a existência de uma sociedade controladora, que exerça direção/controle das outras sociedades. As empresas apresentadas no relatório fiscal possuem capital distinto, não realizam negócios em comum e nem utilizam a mesma mão-de-obra.

Sobre este ponto cabe destacar que a exclusão da empresa do Simples Nacional ocorreu em razão do Sr. IRACI JOSÉ DOS SANTOS ser sócio/fundador de diversas empresas, com participação societária superior a 10% e que juntas ultrapassam o limite legal de permanência no citado regime de tributação, como apresentado no Relatório Fiscal:

2.3. IRACI JOSÉ DOS SANTOS: FUNDADOR DO GRUPO REAL CALÇADOS E SÓCIO DA COMERCIAL RODRIGUES MOREIRA

Ao analisarmos as informações coletadas no decorrer da ação fiscal, constatamos que o Senhor IRACI JOSE DOS SANTOS, CPF 446.168.566-72, vem a ser o fundador e sócio principal do Grupo Real Calçados. Como regra, as empresas do Grupo apresentam como sócios ou titular, IRACI ou um de seus familiares e afins. Vejamos a seguir algumas das empresas que apresentam IRACI em seu quadro societário ao longo do tempo. Ressalte-se que a lista não é exaustiva:

...

Desde 29/06/2018, a Comercial Rodrigues Moreira apresenta IRACI em seu quadro societário (45,0% de seu capital social). Este, por sua vez, integra concomitantemente o quadro societário de diversas outras empresas, conforme tabela acima. Ora, na medida em que uma empresa beneficiária do Simples Nacional apresenta em seu quadro societário alguém que é sócio de outras empresas, beneficiárias ou não do Simples Nacional, faz-se necessário avaliar se a soma das receitas destas empresas ultrapassa o limite estabelecido para o SN (Art. 3º, II, da LC 123/2006), de R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) até 31/12/2017 ou de R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) a partir do AC 2018.

...

Vejamos as 13 (treze) empresas abaixo relacionadas, todas apresentando IRACI em seus quadros societários, com participação superior a 10% do capital social:

De acordo com a Lei Complementar nº 123/2006 a exclusão do Simples Nacional está diretamente relacionada a condições e limites estabelecidos na Lei, como se observa nos artigos a seguir transcritos:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

...

§ 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:

....

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;

Portanto, verificada a participação do Sr. IRACI JOSÉ DOS SANTOS no capital social de diversas empresas optantes pelo Simples Nacional, cujo somatório da receita bruta

ultrapassou o limite legal estabelecido, não poderiam permanecer no regime de tributação simplificado.

A defesa alega que os efeitos da exclusão só podem alcançar os fatos supervenientes ao da exclusão, por força do princípio constitucional da segurança jurídica e das disposições expressas do Código Tributário Nacional - CTN em seus artigos 100, II, 103, II.

Ocorre que a instância administrativa não é competente para apreciar as alegações de ilegalidade e ou inconstitucionalidade eventualmente apresentadas, sendo vedado, no âmbito do processo administrativo fiscal, aos órgãos de julgamento, afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, nos termos do art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 1972.

Em conformidade com essa vedação, o art. 17, inciso V, da Portaria MF n.º 340/2020, que disciplina o funcionamento das Delegacias de Julgamento, determina que o julgador observe as normas legais e regulamentares (art. 116, III, da Lei n.º 8.112/90), bem assim o entendimento da Receita Federal expresso em atos normativos.

Quanto ao termo de início, uma vez demonstrada a regularidade da exclusão o inciso I do artigo 29 Lei Complementar 123/2006 determinam a aplicação do termo inicial:

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

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

A Resolução CGSN 140/2018 regulamenta a legislação supracitada estabelecendo a data dos efeitos da exclusão, conforme transcrição a seguir:

Art. 81. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação da ME ou da EPP à RFB, em aplicativo disponibilizado no Portal do Simples Nacional, dar-se-á:

...

II - obrigatoriamente, quando:

...

c) incorrer nas hipóteses de vedação previstas nos incisos II a XIV e XVI a XXV do art. 15, hipótese em que a exclusão: (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 30, inciso II)

1. deverá ser comunicada até o último dia útil do mês subsequente ao da ocorrência da situação de vedação; e (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 30, § 1º, inciso II)

2. produzirá efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte ao da ocorrência da situação de vedação; (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 31, inciso II)

...

Art. 84. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

I - a partir das datas de efeitos previstas no inciso II do art. 81, quando verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória; (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 29, inciso I; art. 31, incisos II, III, IV, V e § 2º)

A partir a leitura do dispositivo transcrito a data do efeito da exclusão do simples está prevista em lei, não podendo se falar em ilegalidade, visto que irá atingir apenas fatos geradores posteriores a data em que a empresa foi obrigatoriamente excluída do Simples Nacional.

A empresa protesta pela produção de todos os meios de prova, bem como a juntada de outros documentos em prova.

Diante da manifestação da Impugnante, cabe esclarecer que não se admite o requerimento genérico de produção de provas, pois, se o Contribuinte dispunha de prova documental, deveria tê-la apresentado com a defesa. A admissão de outras provas em momento posterior requer a pertinente justificativa para que se tornasse possível a análise e o seu deferimento de forma extemporânea, conforme exigem o §§ 4º e 5º do art. 16 do Decreto n.º 70.235, de 1972, o que, todavia, não ocorreu no presente caso.

Por todo exposto, voto no sentido de julgar improcedente a Manifestação de Inconformidade, mantendo a exclusão da empresa do Simples Nacional.”

Ademais, no âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, nos termos do art. 26A e parágrafo único, do Decreto n. 70.235/72, bem como, art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 256, de 22 de junho de 2009. No mesmo sentido é o que discorre a Súmula n.º 2 do CARF:

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

Logo, razão não assiste à Recorrente em ver o acórdão de piso reformado, por estar de acordo com o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado.

Ante o exposto, oriento meu voto no sentido rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça