



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 18470.723418/2012-60
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-005.156 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de março de 2021
Recorrente INSTITUTO DE BELEZA DANY RO EIRELI - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

RETIFICAÇÃO DE ADE. INOVAÇÃO.

Não cabe à autoridade tributária (DRF) publicar outro ADE (ou modificar o anterior), com um novo fundamento, no curso do procedimento administrativo, e com a justificativa de que corrigia o anterior.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao Recurso Voluntário, para declarar a nulidade do Ato Declaratório litigado, vencida a Conselheira Giovana Pereira de Paiva Leite, que rejeitava a referida preliminar de nulidade.

(documento assinado digitalmente)

HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Presidente

(documento assinado digitalmente)

LIZANDRO RODRIGUES DE SOUSA - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Giovana Pereira de Paiva Leite, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Lucas Esteves Borges, Rafael Taranto Malheiros, Mauritania Elvira de Sousa Mendonça (suplente convocada), Bárbara Santos Guedes (suplente convocada), e Heitor de Souza Lima Junior (Presidente). Ausente a conselheira Bianca Felícia Rothschild.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra Acórdão da DRJ (e-fls. 424 e ss) que julgou procedente em parte a manifestação de inconformidade da Recorrente contra ADE de exclusão do Simples Nacional (e-fls. 188 e 317). Por bem resumir o litígio, peço vênica para reproduzir o relatório da decisão de base:

O contribuinte acima qualificado foi excluído do Simples Nacional mediante Ato Declaratório Executivo DRF/RJO-II nº 00008, de 07 de maio de 2013, fls. 188, com ciência em 11/07/2013 (fls. 195).

Apresentou manifestação de inconformidade contra a exclusão do Simples Nacional em 09/08/2013 (fls. 200/211), na qual alega, em síntese, que:

- 1) A manifestação de inconformidade, apresentada em 09 de agosto de 2013, é tempestiva.
- 2) A apresentação da manifestação de inconformidade deve garantir, enquanto não apreciada até decisão final, a suspensão da exigibilidade dos respectivos créditos tributários devidos em decorrência da exclusão da Recorrente.
- 3) Que a fiscalização deixou de observar os dispositivos legais aplicáveis ao caso concreto, tornando nulo, de pleno direito, por absoluto erro de fato, o Ato Declaratório que decidiu pela exclusão da Recorrente do Simples Nacional.
- 4) Que resta demonstrado que José Eduardo Pereira Vaz, cuja participação, como sócio, em ambas as sociedades, teria motivado a exclusão da Recorrente do Simples Nacional, detinha apenas 9% (nove por cento) do capital social da BLUMARINE, estando completamente fora do campo de incidência do inciso IV, do § 4º, do artigo 3º, da Lei Complementar nº 123/2006.
- 5) Na remota eventualidade de não serem acatados os argumentos anteriormente formulados, a Recorrente requer que os efeitos da exclusão limitem-se ao ano-calendário de 2011, conforme disposto no §5º do artigo 31 da Lei Complementar nº 123/2006.

Os Membros da Terceira Turma de Julgamento da DRJ/Fortaleza/Ce, em sessão no dia 27/02/2014, resolveram, por unanimidade de votos, converter o julgamento em Diligência para que a unidade de origem retificasse o Ato Declaratório Executivo nº 0008/2013, de maneira que a fundamentação legal nele constante apresentasse sincronia com o que consta na Informação Fiscal (fls. 153/154), dando ciência ao contribuinte e reabrindo o prazo para apresentação de Manifestação de Inconformidade.

A unidade de origem efetuou a retificação solicitada pela referida Diligência, com publicação no Diário Oficial da União em 09/06/2016 (fl. 317). O contribuinte foi cientificado em 20/12/2016 (fl. 418) e apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 320/335, alegando, em síntese, que:

- 1) O Ato Declaratório original é NULO, de pleno direito, quanto aos insanáveis vícios de forma, que não podem ser regularizados por mera retificação publicada no Diário Oficial, tal como pretendeu a autoridade administrativa.
- 2) O erro na discriminação dos dispositivos legais ao qual está sujeito o contribuinte torna o lançamento NULO, pois não permite o exercício dos direitos à ampla defesa e ao contraditório, garantidos à ora Recorrente pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.
- 3) A fiscalização equivocou-se na apreciação dos fatos, o que levou à tipificação incorreta das infrações supostamente cometidas, a culminar com a irregular e ilegal exclusão da Recorrente do Simples Nacional.
- 4) Tal equívoco caracteriza, inegavelmente, vício formal, tornando absolutamente nulo, de pleno direito, o Ato Declaratório exarado, situação que afasta ou impossibilita a sua simples retificação.

- 5) O próprio CARF reconhece como absolutamente nula a autuação administrativa lastreada em erro de fato e de tipificação legal, por caracterizar cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.
- 6) O Poder Judiciário também já se manifestou sobre a absoluta nulidade dos atos administrativos lastreados em erros materiais e de tipificação legal equivocada.
- 7) O erro na discriminação do dispositivo legal supostamente violado pela Recorrente, tal como se verifica nos presentes autos, configura vício formal e material, ou seja, afeta o conteúdo do ato administrativo e a norma jurídica veiculada.
- 8) Não há dúvida de que o vício apontado impõe a decretação da nulidade do lançamento e, mais ainda, do próprio Processo Administrativo, devendo ser expedido e publicado novo Ato Declaratório Executivo, respeitando, inclusive, o prazo decadencial para a cobrança dos tributos supostamente devidos, e declarando, se for o caso, a extinção do crédito tributário pela ocorrência da decadência.
- 9) Inaceitável, assim, que prevaleça a tentativa de regularização do ato nulo e, portanto, irregularmente lavrado pela via torta da simples retificação, sem o devido reconhecimento de sua nulidade, como forma de escapar da decadência dos tributos.
- 10) O § 5º do artigo 31 da Lei Complementar nº 123/2006 limita ou restringe, claramente, os efeitos da exclusão das pessoas jurídicas do Simples Nacional ao último ano-calendário em que deixou de existir o motivo inicial da exclusão.
- 11) Tendo havido nova alteração societária que eliminou as condições excludentes previstas na legislação, também se interrompeu o efeito da exclusão do Simples Nacional em relação à ora Recorrente.
- 12) A situação excludente apontada pela fiscalização deixou de existir com 3ª alteração societária da Blumarine, devendo também cessar os efeitos da exclusão, na forma do § 5º do artigo 31 da Lei Complementar nº 123/2006.
- 13) Alternativamente, caso entenda a autoridade julgadora que subsistam as situações de fato ensejadoras da sua exclusão do Simples Nacional, a Recorrente requer seja parcialmente reformada a r. decisão administrativa, para que a pretendida exclusão tenha seus efeitos única e exclusivamente limitados ao ano-calendário de 2011, pois a partir de 01/12/2011, José Eduardo Pereira Vaz saiu da Blumarine, não tendo mais qualquer participação societária na aludida empresa, conforme se comprova na 3ª alteração contratual respectiva.

É o relatório.

O Acórdão n. 08-39.050 da 5ª Turma da DRJ/FOR (e-fls.) julgou procedente em parte a manifestação de inconformidade para limitar os efeitos da exclusão do contribuinte da sistemática do Simples Nacional, decorrente do ADE objeto deste processo, ao último dia do ano-calendário de 2011. (e-fls. 424 e ss).

Cientificada da decisão de primeira instância em 27/06/2017 (e-fls. 435) o contribuinte apresentou recurso voluntário em 26/07/2017, em que: repete os argumentos trazidas na manifestação de inconformidade.

Voto

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, Relator.

O recurso é tempestivo. Atendidos os demais requisitos de admissibilidade, dele conheço.

O Recorrente requer a nulidade do despacho decisório por erro na capitulação legal, por cerceamento do direito de defesa e pelo erro na capitulação legal da decisão.

Reza o artigo 60 do Decreto 70237/72 que as irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior (art. 59) não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Os Membros da Terceira Turma de Julgamento da DRJ/Fortaleza/CE resolveram converter o julgamento em Diligência para que a unidade de origem retificasse o Ato Declaratório Executivo nº 0008/2013, de maneira que a fundamentação legal nele constante apresentasse sintonia com o que consta na Informação Fiscal (fls. 153/154), dando ciência ao contribuinte e reabrindo o prazo para apresentação de Manifestação de Inconformidade.

A unidade de origem efetuou a retificação solicitada pela referida Diligência, com publicação no Diário Oficial da União em 09/06/2016 (fl. 317).

Mas, não se tratava de mera irregularidade. Isto porque a primeira ciência que teve o contribuinte a respeito da exclusão do Simples foi a do Ato Declaratório Executivo nº 0008/2013 (e-fl. 188), que o excluiu do sistema simplificado com base no disposto no inciso IV, do parágrafo 4º, do artigo 3º, combinado com o inciso I do artigo 29 e inciso IV do artigo 30, todos constantes da Lei Complementar nº 123/2006.

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, a seguir identificada, em virtude do sócio José Eduardo Pereira Vaz, CPF 875.198.017-72, participar de outra empresa (Blumarine Studio de Beleza LTDA, CNPJ 08.467.400/0001-13) e a receita bruta global no ano-calendário de 2010 no valor de R\$ 5.021.912,75 ter ultrapassado o limite legal, conforme disposto no inciso IV, do parágrafo 4º, do artigo 3º, combinado com o inciso I do artigo 29 e inciso IV do artigo 30, todos constantes da Lei Complementar nº 123/2006.

Não houve, na oportunidade, ciência da Representação para Exclusão do Simples Nacional (e-fls. 02/05). Ou seja, o motivo da exclusão, que compõe o Ato Declaratório Executivo nº 0008/2013 (e-fl. 188), considerado pelo Recorrente para a defesa (impugnação), foi de que o titular ou sócio participara com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada pela LC 123/2006 (Blumarine Studio de Beleza LTDA, CNPJ 08.467.400/0001-13) e a receita bruta global no ano-calendário de 2010 ultrapassara o limite legal (inciso IV, do parágrafo 4º, do artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006).

§ 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;

Nos termos do art 14 do Decreto 70235, a impugnação inaugura o contencioso administrativo. E o art. 25, I do mesmo Decreto prescreve que o julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete, em primeira instância, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento, órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal.

Ou seja, não cabia à autoridade tributária (DRF) publicar outro ADE (ou modificar o anterior), com um novo fundamento, no curso deste procedimento administrativo, e com a justificativa de que corrigia o anterior. O novo fundamento foi de que sócio José Eduardo Pereira Vaz, CPF nº 875.198.017-72, participava de outra pessoa jurídica, a BLUMARINE STUDIO DE BELEZA LTDA, CNPJ nº 08.467.400/0001-13, **na condição de administrador**, e a receita bruta global no ano-calendário de 2010 ter ultrapassado o limite legal previsto, descumprindo, assim, o que estabelece o inciso V do parágrafo 4º do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006.

A autoridade competente, nestes autos, é a DRJ. E compete-lhe (à DRJ) julgar se o ato de fato impugnado é nulo ou não. Não compete à DRJ diligenciar para que a Unidade de Origem corrija o ADE nº 0008/2013 (e-fl. 188) impugnado, que sabia ser improcedente, modificando completamente seu fundamento.

Tendo em vista o prescrito no art. 59, I, do Decreto 70235/72, observo que há ato ou termo lavrado por pessoa incompetente (a retificação do ADE nº 0008/2013 perpetrada sob diligência da DRJ). No mérito, dou provimento ao recurso, tendo-se em vista que não se comprovou que havia titular ou sócio que **participasse com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada pela LC 123/2006**.

Pelo exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário, para declarar a nulidade do Ato Declaratório litigado.

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa