



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 10925.000033/2009-28  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** **1003-001.851 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**  
**Sessão de** 6 de agosto de 2020  
**Recorrente** KF INDUSTRIAL LTDA  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)**

Período de apuração: 01/10/2007 a 31/12/2007

**AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA**

o Auto de Infração foi lavrado por pessoa competente, Auditor Fiscal da Receita Federal, a descrição dos fatos, os cálculos nela demonstrados e a capitulação legal contidas no Auto de Infração foram suficientes para que a contribuinte pudesse exercer seu direito de defesa.

Também não se verifica nulidade por não ter sido feita revisão do lançamento pela autoridade administrativa, eis que o inciso VII do art. 149 não exige a revisão do lançamento, apenas prevê a situação em que pode ser feita a revisão *ex officio* no interesse da administração.

**AUTO DE INFRAÇÃO. CONSIDERAÇÃO DE RECOLHIMENTOS PELO SIMPLES.**

A Autoridade Fiscal autuante considerou os recolhimentos feitos sob a sistemática do SIMPLES. Portanto correta a apuração do crédito tributário.

**PROVA ORAL. NÃO CABIMENTO.**

Quanto a solicitação de produção de prova oral, não há previsão legal para tal disposição legal para tal. Contudo, admite-se depoimentos de testemunhas, reduzidos a termo, que deveriam ter sido juntados na impugnação, sem prejuízo da sustentação oral da Recorrente ou de seu representante legal no decorrer do julgamento do recurso voluntário, nos termos do artigo 58, inciso II, do RICARF - Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

**COFINS. LANÇAMENTO DECORRENTE DE EXCLUSÃO DO SIMPLES.**

Considerando-se que a decisão de exclusão da contribuinte restou definitiva nos autos do processo de exclusão, há que ser submetida às normas tributação das demais pessoas jurídicas, nos termos do art. 29, §3º da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. Portanto correto o lançamento.

**MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. FRAUDE.**

Restando demonstrado no presente processo, bem como no procedimentos de exclusão do SIMPLES, que houve simulação de constituição de empresas com

o objetivo de segmentar as atividades e o faturamento para beneficiar-se do benefício fiscal conferido às microempresas e empresas de pequeno porte, caracterizando o evidente intuito de fraude previsto no art. 72 da Lei n.º 4.502, de 1996, aplicável a multa de ofício qualificada no lançamento.b

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as nulidades suscitadas, e , no mérito, por maioria de votos em negar provimento ao recurso, vencida a Conselheira Bárbara Santos Guedes que deu provimento parcial ao Recurso Voluntário para afastar a qualificação da multa de ofício.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Bárbara Santos Guedes, Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça, Wilson Kazumi Nakayama e Carmen Ferreira Saraiva( Presidente)

## **Relatório**

Trata-se de recurso voluntário contra o acórdão 14-25.634, de 06 de agosto de 2009, da 3ª Turma da DRJ/RPO, que julgou improcedente a impugnação da Recorrente contra Auto de Infração com exigência de COFINS relativo ao 4º trimestre de 2007, no valor de R\$ 72,95, acrescidos de juros de mora e multa de ofício de 150% totalizando crédito tributário de R\$ 190,45.

Por relatar os fatos de maneira adequada, e por economia e celeridade processuais, adoto e transcrevo o Relatório contido no v. acórdão:

Contra a empresa epigrafada foi lavrado os auto de infração de fls. 1 a 21, relativo ao 4º trimestre de 2007, que se prestaram a exigir a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, no valor de 72,95 (fl. 2), acrescidos de juros de mora e multa de ofício de 150%, totalizando crédito tributário de R\$ 190,45 (fl. 2). A base legal que amparou a constituição do crédito tributário acha-se descrita no auto de infração e nos demonstrativos correspondentes.

Conforme descrição dos fatos de fl. 4 e Relatório Fiscal do Auto de Infração de fls. 9/21, o presente processo decorre de exclusão do Simples Nacional (processo 10925.002253/2008-13), fundamentada na vedação ao sistema para pessoa jurídica constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios, bem como, que realize operações relativas à locação de mão de obra, sendo apurado a COFINS relativa a falta de recolhimento/declaração.

Juntamente com o presente procedimento, também foi constituído processo de exclusão do Simples Federal e Nacional, protocolizado sob os números 10925.002074/2008-78 e 10925.002253/2008-13, bem como os lançamentos de IRPJ, CSLL, COFINS, PIS, e Contribuições Previdenciárias, decorrentes da exclusão do Simples Federal e Nacional, protocolizados sob os números 10925.000032/2009-83, 10925.000034/2009-72, 10925.000035/2009-17, 10925.000036/2009-61, 10925.000037/2009-14, 10925.000038/2009-51, 10925.000039/2009-03, 10925.000040/2009-20, 10925.000041/2009-74, 10925.000042/2009-19, 10925.000043/2009-63, 10925.000044/2009-16, 10925.000045/2009- 52, 10925.000046/2009-05, 10925.000047/2009-41, 10925.000048/2009-96, 10925.000049/2009-31, 10925.000051/2009-18.

Conforme relatório fiscal a empresa em epígrafe faz parte de um grupo empresarial constituído com o objetivo de segmentar, mediante prática de simulação, parte de suas atividades e o faturamento, beneficiando-se, desse modo, do tratamento diferenciado, simplificado e favorecido do Simples, tratando-se, de fato, tal grupo, de uma única empresa, com faturamento global superior aos limites permitidos para ingresso e permanência no regime simplificado de tributação.

O pretense grupo empresarial é comandado pelo Sr. José Schazmann e sua esposa, a Sra. Silvana Marques Schazmann, que além de figurarem como únicos sócios da empresa Idugel Industrial Ltda, desde 20/11/1998, exercem também, mediante procuração, a administração das empresas J.S. Máquinas Ltda ME e KF Montagens Industriais Ltda ME.

Os sócios da J.S. e KF possuem parentesco de primeiro grau com o Sr. José Schazmann. Figuram como únicas integrantes do quadro societário da empresa J.S. Máquinas Ltda ME, atualmente, a mãe e a irmã do Sr. José Schazmann, e da empresa KF Montagens Industriais Ltda ME como únicos sócios, dois filhos do Sr. José Schazmann.

A empresa KF Industrial Ltda, na prática, cede mão-de-obra para empresa Idugel, que concentra quase todo o faturamento e registra apenas dois empregados, em média, nos últimos três anos, e entre três e quatro empregados, nos anos de 2003 e 2004", situação esta, juntamente com faturamento, custos, folha de pagamento, demonstrada em quadro de fls. 15/16.

Em relação à contabilidade das empresas, constatou-se a ocorrência de vários pagamentos "cruzados", ferindo-se o princípio contábil da entidade e não refletindo a realidade dos atos praticados, comprometendo de forma irremediável a escrituração contábil.

Também foram encontrados vários pagamentos efetuados pela empresa em nome dos sócios administradores e seus familiares referentes a compromissos assumidos com terceiros, tendo o registro contábil apenas da saída de numerário de contas bancárias e como destino à entrada em caixa, não refletindo a realidade dos atos praticados, comprometendo de forma irremediável a escrituração contábil.

A empresa também efetuou pagamentos "extra-folha" aos seus segurados empregados, sem o devido registro contábil.

Em sua escrituração contábil deixou de registrar os compromissos com fornecedores de materiais e serviços adquiridos "a prazo", considerando tais operações como se fossem realizadas "a vista", ferindo o princípio da competência.

"Esses fatos também levam à conclusão de que o 'Grupo' é administrado como se fosse uma única empresa, entendimento equivocado por parte de seus administradores e que contraria a legislação em vigor, comprometendo de forma irremediável sua escrituração contábil."

### **Do Tributo Apurado**

Para apuração da Cofins devida, foi ajustada a receita bruta mensal para aproveitar os créditos decorrentes dos recolhimentos efetuados através do Simples, conforme planilha de fl. 10.

### **Da Aplicação da Multa Qualificada de 150%**

Aplicou multa qualificada, por entender caracterizado de forma clara o intuito de fraude por parte da fiscalizada, pela análise dos fatos relatados até aqui e pela simulação de constituição de empresas com o objetivo de segmentar parte das atividades e faturamento, e se beneficiar do tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às microempresas e empresas de pequeno porte.

Cientificada do lançamento em 28/01/2009, através de ciência pessoal do administrador, Fellipe Marques Schazmann, conforme auto de infração, a interessada, por seu advogado e procurador, ingressou, em 11/02/2008, com peça impugnatória de fls. 24/70 e documentação anexa de fls.71/133, sendo esta referente à procuração; cópia alteração contrato social e CNPJ; cópia contrato de empreitada, cópias certidão de alvará de funcionamento, alvará sanitário da Prefeitura de Joaçaba da KF; cópias notas fiscais e "propostas"; cópias certidão de alvará de funcionamento, alvará sanitário da Prefeitura de Joaçaba da Idugel; cópia consulta ementa de acórdão Conselho de Contribuintes; cópia contrato; cópia petição mandado de segurança, consulta processo Comprot, termos de intimação fiscal, protocolo Justiça Federal, petições judiciais, petições administrativas de cancelamento de intimações; cópia documentação pessoal advogado, alegando, em suma:

### **Preâmbulo**

Que foi excluída do regime simplificado de tributação, motivo do lançamento dos tributos correspondentes com base no regime de tributação normal.

Foram apresentadas defesas ao ato de exclusão, entretanto, apesar do efeito suspensivo dos recursos, foram expedidas intimações para prestar declaração ao fisco pelo regime comum de tributação e por fim emitidos os autos de infração, não tendo estes validade.

### **1 - Da Exclusão do Simples**

Dos Fatos

Que o grupo familiar de Elita Schazmann, formado por si, seus filhos e netos, exploram ramos comercial e industrial de fabricação de máquinas e

equipamentos industriais e com a evolução dos negócios, optaram pelo fracionamento da cadeia produtiva, não havendo nenhum ilícito na formação de empresas por grupos familiares, bem como na terceirização de atividades como no caso.

A empresa Idugel "é responsável pelos projetos dos maquinários, comercialização e coordenação da execução dos mesmos (Know-how), que conta com a participação de diversas empresas delegadas (aqui não se limita apenas a KF Montagens e JS Máquinas)".

“JS: é responsável pela fabricação dos acessórios e complementos das máquinas produzidas pela empresa IDUGEL (direta e indiretamente);

KF: é responsável pela montagem e instalação das máquinas e acessórios fabricados pela IDUGEL, JS e outras empresas participantes da cadeia produtiva.”

A legislação brasileira permite o desenvolvimento de ações para se evitar a ocorrência da hipótese de incidência, dentro do campo da elisão fiscal, na forma do art. 116 do CTN, sendo perfeitamente possível separar as atividades em diversos setores no caso em tela.

As práticas adotadas pelas empresas foram revestidas de formalidades perfeitamente válidas, atendidos todos os pressupostos contábeis idôneos a registrar as operações, não existindo nenhuma mácula suficiente para afastar o direito de opção pelo regime simplificado de tributação.

#### Delimitação Temporal da Exclusão. Ilegalidade do Ato

Manifesta que o ato impugnado delimitou o início do tempo da exclusão (01/07/2007), entretanto deixou de delimitar o prazo final.

Entende ilegal a extensão do ato de exclusão para período posterior a 31/12/2008.

#### Do Cerceamento ao Direito de Defesa

Entende que o presente processo fere os princípios da ampla defesa e contraditório, pois houve exclusão sumária com aplicação de penalidade sem qualquer notificação prévia ou oportunidade de defesa da requerente, bem como acerca dos sócios formadores da requerente, sendo nulo o procedimento administrativo.

#### Da Incompatibilidade das Excludentes.

São incompatíveis entre si os motivos para exclusão do Simples, pois a partir do momento que há enquadramento como sendo a atividade desempenhada locação de mão-de-obra, respalda-se a existência autônoma das duas empresas.

Assim, é incompatível com a decisão de anular a existência da empresa **JS**, como leva a crer na fundamentação.

“Ou seja, ou elas existem e daí há apenas que perquirir sobre a existência ou não da locação de mão-de-obra no relacionamento, ou inexistente a empresa **JS**, por vício de formação, que, repita-se não é o caso em tela.”

Entende, desta forma, caracterizada a nulidade por defeito na fundamentação da exclusão do Simples, prejudicando o direito de defesa da requerente, na forma do art. 59 do Decreto 70.235/72.

**Prazo para Anular Constituição Empresarial. Decadência.**

A empresa é constituída pela sociedade entre **Elita e Cláudia** desde 20.02.1998, não havendo nenhuma insurgência contra sua atividade em uma década.

O art. 45, parágrafo único, do Código Civil prevê o prazo de decadência de 3 anos para anular a constituição das pessoas jurídicas.

Portanto, incabível anulação da constituição da empresa após uma década de sua formação, mesmo se considerado o prazo do diploma civil anterior.

**Prova de Fato. Efeitos. Ilegalidade na Retroatividade.**

As situações fáticas apuradas no ano de 2008, somente podem ser consideradas como prova para esse período, não havendo como comprovar que os supostos indícios existiam em exercícios anteriores.

A opção pelo Simples é feita para cada exercício, que findo, não há como se alterar posteriormente.

O CTN prevê em seus art. 105 e 106 a aplicação da legislação tributária, e os casos em que se aplica retroativamente, nela não se incluindo o caso em análise.

A opção pelo Simples ocorreu em 1998, quando o art. 15, V da Lei 9.317/96 disciplinava a matéria, devendo a exclusão (equivocadamente atestada) ser aplicada apenas após a constatação da ocorrência, ou seja, somente após outubro de 2008, sendo ilegal e arbitrária a retroatividade da análise fático-probatória.

**Tributação Retroativa com Efeito Confiscatório**

A cobrança com efeito retroativo dos tributos tem efeitos confiscatórios, sob o aspecto da capacidade contributiva.

O Ato Declaratório Excludente modifica a base de cálculo dos tributos, pela exclusão de um regime tributário, implicando em majoração de tributo, que conforme art. 97 do CTN, só lei pode estabelecer.

A exclusão foi do SIMPLES, e não somente da tributação simplificada, impedindo automaticamente a empresa dos benefícios e incentivos fiscais positivados na Lei n.º 9.841/99. Tal ato desvirtua a finalidade da citada Lei e dos arts. 170 e 179 da Constituição Federal, impondo indevida pena de restrição ao direito de exercer atividade econômica.

A Autoridade é incompetente para apreciar se a exigência do tributo ou se a condição da empresa é de enquadramento ou não, ou se é legítima ou ilegítima, violando direito de defesa da contribuinte e sem o devido processo legal.

**Impossibilidade de Aplicação de Sanção Administrativa ao Contribuinte**

Entende que o ente arrecadador não opôs óbice à adesão dos contribuintes à tributação simplificada, iniciada em 1997, entretanto, somente em 2004 passou a emitir atos declaratórios sob o argumento de atividade vedada.

Discorre quanto o art. 112 do CTN, entendendo que não há qualquer ato ilícito por parte do contribuinte para que seja excluído da tributação simplificada, sendo ilegítima a cobrança retroativa dos tributos à época da suposta vedação, a exclusivo critério da autoridade fiscal, uma vez que abusa da autoridade e constrange o contribuinte a recolher tributos sob base de cálculos diferenciadas e majoradas, em período pretérito, sem que este sequer tenha dado causa à sua exclusão do regime.

#### Falta de Amparo Legal à Atuação Fiscal

A atuação do agente fiscal está fundada no art. 116 do CTN, entretanto referido dispositivo não é auto-aplicável, carecendo de procedimentos a serem estabelecidos por lei ordinária.

Assim, cabendo ao agente público fazer apenas o que a lei autoriza, falta amparo legal para atuação fiscal.

#### Inexistência de Locação de Mão de Obra.

No conceito de cessão de mão de obra, fica o pessoal utilizado à disposição exclusiva do tomador, que gerencia a realização do serviço. O objeto do contrato é somente a mão de obra.

No conceito de empreitada o contrato focaliza-se no serviço a ser prestado. Para sua realização, envolverá mão-de-obra, que não estará, necessariamente, à disposição do tomador. O gerenciamento será do contratado.

No caso presente, trata-se de empreitada, "pois, há delegação de tarefa da contratante à contratada, mediante retribuição pecuniária por execução do serviço, cabendo à contratada a gerência do serviço, bem como a responsabilidade por seus empregados, e ainda de meios mecânicos necessários a execução da tarefa".

“Portanto, apesar do serviço ser desenvolvido em local cedido pela contratante (no caso Idugel), há contratação para execução de tarefa determinada, preço certo, sem qualquer intervenção ou ingerência da contratante.”

Assim, não há que se falar em vedação de opção ao regime simplificado de tributação.

#### Inexistência de Interpostas Pessoas. Sócios Verdadeiros.

Não há qualquer demonstração de não serem as sócias **Elita e Cláudia** as verdadeiras titulares da sociedade, como são na realidade, recebendo pro labore mensal e distribuição de lucros/dividendos, conforme declarações prestadas a Receita Federal.

O fato de outorga de procurações para representá-las em situações específicas, especificamente para movimentar contas bancárias, não desconstitui a sociedade, nem configura a existência de interpostas pessoas na sua formação.

O art. 1018 do Código Civil autoriza a outorga de procuração sem, com isso, desvirtuar a condição de sócios ou da natureza da própria sociedade.

Falta de Amparo Legal à Exclusão do Simples

"Não se tratando de locação de mão de obra, nem havendo que se falar em interpostas pessoas no quadro societário, inexistente qualquer óbice à opção pelo regime simplificado de tributação."

Prova. Período Incompatível.

A autoridade fiscal utilizou-se de documentos e fatos posteriores ao período de 01/01/03 a 30/06/07 para fundamentar a decisão de exclusão do Simples, sendo inservíveis para tal.

Endereço. Imóvel Dividido.

O local utilizado pelas empresas **JS** e **IDUGEL**, apesar da coincidência do imóvel, encontra-se dividido fisicamente, conforme pode ser verificado em planta anexa, instalação de alarmes distintos e ateste do Município que atribuiu diferenciação na identificação das unidades.

Faturamento. Legalidade. Know-How.

A empresa **IDUGEL** é que detém capacidade técnica para desenvolver projetos, possibilidade de angariar contratos e obras, inclusive com a "pessoa do Sr. José Schaznann como o técnico de maior capacidade reconhecida no Brasil".

No processo de desenvolvimento da atividade industrial de alta complexidade, como exemplifica a instalação de um moinho de trigo, parte da atividade é delegada a empresas terceirizadas, mediante contratação por empreitada, como ocorre com a empresa **JS**.

O valor agregado de cada produto produzido pelas empresas contratadas é muito inferior àquele cobrado pela empresa **IDUGEL** quando da comercialização do conjunto todo, o que no exemplo do moinho de trigo, representa para a fabricante até 1/3 do valor final faturado pela empresa **IDUGEL**. Em resumo, o preço do conjunto é muito superior das máquinas isoladamente.

Daí o motivo de que o faturamento das empresas contratadas, "em que pese com número de empregados superior à contratante, apresente faturamento inversamente proporcional".

"Também há casos que as empresas **IDUGEL** e **JS** fornecem mediante parceria, quando a **IDUGEL** fica responsável pelo fornecimento das máquinas principais e a **JS** pelo fornecimento de acessórios".

Portanto, a **IDUGEL** explora seu Know-How, diante de sua grande credibilidade do mercado, motivo da desproporção do faturamento, não tendo como comparar a proporcionalidade do faturamento ao número de empregados.

Contabilidade. Regularidade.

A existência de empréstimos entre as empresas não desqualifica a individualidade de ambas. Efetivamente, houve transferências de recursos, sempre na proporção dos créditos existentes da JS perante a IDUGEL.

Assim, havendo crédito e ao mesmo tempo devido algum pagamento, ocorreram situações que a devedora IDUGEL pagou pelos serviços através da quitação de débitos específicos. De qualquer forma, a contabilização fora feita corretamente.

Há que se aplicar o princípio da proporcionalidade no caso presente, pois foram levantados elementos insignificantes para sustentar o ato de exclusão.

Jurisprudência Acerca do Caso.

Apresenta julgado do conselho de contribuintes, cuja ementa dispõe não ser simulação a instalação de duas empresas na mesma área geográfica com desmembramento das atividades antes exercidas por uma delas, objetivando racionalizar as operações e diminuir a carga tributária.

Considerações Finais

Que a manutenção da interpretação dada pelo agente fiscal inviabilizará a atividade do negócio, resultando em débito impagável, quanto mais diante da pequena margem de lucro e a concorrência com produtos chineses.

## **2 - Cerceamento de Defesa**

Argumenta o cerceamento de defesa pois as intimações fiscais foram objetos de impugnações administrativas não decididas, bem como por conter no relatório fiscal menção de diversas intimações para apresentação de documentos, sem o esclarecimento quanto ao atendimento, requerendo a nulidade do presente auto.

## **3 - Nulidade do Processo Administrativo**

Entende que o lançamento foi fundamentado no art. 149, VII do CTN, sendo neste previsto que este deverá ser efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa.

Manifesta que o auto em questão não foi submetido a qualquer revisão de ofício pela autoridade tributária superior ao autuante, motivo que requer a nulidade do processo por falta de cumprimento de exigência legal.

## **4 - Inexistência de Fraude**

Entende não caracterizada a fraude, que só pode ser aferida no momento da ocorrência do fato gerador, não com relação às obrigações acessórias, como por exemplo, ausência de declarações ao fisco ou declaração a menor de tributo, opção de regime tributário, etc.

Ainda, que é necessário a demonstração pelo fisco que o ato foi realizado com evidente intuito de fraude, situação não realizada, inclusive pela ausência da hipótese legal do artigo 149, VII, do CTB.

## **5 - In Dúbio Pro Reo**

O Auto de Infração decorre de interpretação do agente fiscal de haver fraude no planejamento tributário adotado pela impugnante, entretanto os elementos

mencionados permitem concluir que o entendimento foi equivocado, ademais pelas disposições do art. 112 do CTB que aplica o brocardo *in dubio pro reo*.

## **6 - Da Ilegalidade da Aferição Indireta (Lucro Presumido)**

A aferição indireta é medida extrema, disponível somente quando totalmente imprestáveis ou inexistentes os lançamentos contábeis, ou ainda, pela recusa no fornecimento da documentação exigida pela autoridade fiscal, situação não verificada no caso presente.

“A empresa autora conta com lançamentos contábeis regulares, dotados dos respectivos documentos, os quais foram colocados inteiramente à disposição da Autoridade Fiscal.”

“Meras irregularidades ou pequenas falhas contábeis não autorizam o arbitramento da verba previdenciária”.

Conclui que "há de restar garantido à impugnante o direito à apuração dos tributos com base no lucro real".

### **6.1 - Idoneidade da Contabilidade**

Alega que toda receita e toda despesa está devidamente lançada na contabilidade da impugnante, discorrendo que até valores não lançados em GEFIP's foram localizados nos lançamentos contábeis, devendo assim ser utilizada a contabilidade da impugnante para apuração dos tributos e considerados os créditos dos tributos, na forma da legislação em vigor.

## **7 - Nulidade do Auto de Infração. Desconsideração do Valor Recolhido.**

Entende que o lançamento não considerou os valores recolhidos, motivo que requer sua nulidade, bem como a consideração dos pagamentos efetuados a título do regime simplificado, correspondente à presente rubrica.

## **8 - Pedido.**

Diante de todo exposto requer ser julgada totalmente procedente a presente impugnação, reconhecendo as nulidades arguidas e no mérito, reconhecida a improcedência do auto de infração em epígrafe.

Requer a produção de todos os meios de provas admitidos por lei, em especial a oitiva de testemunhas, bem como a apresentação de documentos durante a fase de instrução.

A impugnação foi julgada improcedente pela 3ª Turma da DRJ/POR em acórdão assim ementado:

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2007

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE.

Demonstrado o evidente intuito de fraude, mantém-se a multa por infração qualificada.

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL** Ano-calendário: 2007

**NULIDADE. EXCLUSÃO SIMPLES. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE.**

A manifestação de inconformidade da exclusão do Simples não impede que a Administração Tributária lance os créditos tributários apurados nos termos das normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

**CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.**

Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação se encontraram plenamente assegurados.

**PROVA TESTEMUNHAL.**

No rito do processo administrativo fiscal inexistente previsão legal para audiência de instrução, na qual seriam ouvidas testemunhas; devendo, se tidas a seu favor, ser apresentadas sob forma de declaração escrita, já com a impugnação.

**IMPUGNAÇÃO. JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS. PRECLUSÃO TEMPORAL.**

Tendo em vista a superveniência da preclusão temporal, é rejeitado o pedido de apresentação posterior de documentos, pois a prova documental será apresentada na impugnação.

**Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido**

A contribuinte tomou ciência do acórdão em 24/05/2010 (e-fl. 167).

Irresignada com o r. acórdão a Recorrente apresentou recurso voluntário em 08/06/2010 (e-fls. 168-210) aduzindo os mesmos argumentos já apresentados na impugnação acrescentado que a sua contabilidade estava regular, que a existência de empréstimos entre as empresas IDUGEL e JS não desqualificaria a individualidade de cada uma das empresas, que os lançamentos contábeis seriam idôneos uma vez que compreendiam inclusive valores pagos esporadicamente a empregados e o pró-labore da Recorrente para o sr. Jo´se Schazmann.

Aduz ainda que não se pode admitir a penalidade de vedação à opção pelo SIMPLES para os 10 anos seguintes, uma vez que não teria havido artifício ardid ou fraudulento que induzisse ou mantivesse a fiscalização em erro.

Alega vício formal do lançamento porque não haveria sido narrado a penalidade aplicada e a sua gradação e nem a disposição legal infringida.

Defende que o Auto de Infração tomou por base as contribuições previdenciárias devidas durante a ou diferenças havidas nos recolhimentos das competências 12/2003 a 01/2004 que estariam alcançadas pela decadência.

Alega que o processo administrativo seria nulo, uma vez que não teria sido revisto de ofício pela autoridade administrativa nos termos do art. 149, VII do CTN.

Aduz que o Auto de Infração seria nulo pelo fato da Recorrente ter recolhido os tributos no regime do SIMPLES e da Autoridade Fiscal autuante, a despeito dos recolhimentos não os considerou na apuração do crédito tributário guereado.

Alega que não há como aplicar a multa qualificada, eis que ausentes quaisquer demonstrações de má fé ou fraude no caso em debate.

Requer ao final a produção de prova oral e que seja dado provimento ao recurso.

O processo foi distribuído para julgamento pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento, que em julgamento de 23 de agosto de 2016 decidiu suspender o julgamento até a decisão definitiva no processo n.º 10925.002253/2008-13 relativo à exclusão da Recorrente do SIMPLES Nacional.

Encerrada a discussão administrativa no processo n.º 10925.002253/2008-13, os autos retornaram ao CARF para julgamento pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento.

Em sessão do dia 27 de novembro de 2018 a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento, desta feita em composição colegiada distinta do primeiro julgamento no qual se decidiu pela suspensão do processo até a decisão relativa à exclusão, declinou competência de julgamento à Primeira Seção do CARF, tendo em vista que exigências tributárias decorrentes da exclusão do SIMPLES são de competência da Primeira Seção do CARF, nos termos do inciso V, do art. 2º do Anexo II do RICARF.

O processo foi então redistribuído a esta 3ª Turma Extraordinária da Primeira Seção do CARF para continuidade do julgamento.

É o Relatório.

## **Voto**

Conselheiro Wilson Kazumi Nakayama, Relator.

O recurso voluntário atende aos requisitos formais de admissibilidade, assim dele tomo conhecimento.

O que se discute nos presentes autos é o Auto de Infração lavrado em desfavor da Recorrente, com a exigência de COFINS relativo ao 4º trimestre de 2007, decorrente de sua exclusão do SIMPLES Nacional.

Há que se consignar que os argumentos da Recorrente contra o ato de exclusão, bem como sua irresignação contra a penalidade decorrente da exclusão (impossibilidade de opção ao SIMPLES pelos 10 anos seguintes), não serão apreciados no presente processo, eis que

a Recorrente teve a oportunidade de fazê-lo no processo n.º 10925.002253/2008-13, que trata justamente da exclusão do SIMPLES Nacional.

A Recorrente alega nulidade do Auto de Infração, equivocando-se ao fazer referência ao processo como se fosse relativo a contribuições previdenciárias. Ressalte-se uma vez mais, que o presente processo trata de COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social e não de contribuição previdenciária.

Também equivoca-se a Recorrente ao alegar decadência da exigência fiscal, quando alega que os tributos são do período 12/2003 a 01/2004. O Auto de Infração é relativo ao 4º trimestre de 2007.

A Recorrente alega vício formal do lançamento porque não haveria sido narrado a penalidade aplicada e a sua gradação e nem a disposição legal infringida.

Não assiste razão à Recorrente. O Auto de Infração (e-fls. 2-9), e o Relatório Fiscal do Auto de Infração (e-fls. 10-22) contém todos os elementos que ela alega que não continha (narração dos fatos, enquadramento legal, disposição legal infringida, gradação da pena aplicada), contendo todos os elementos para que fizesse de forma plena a sua defesa,

Além do mais, quanto a nulidade do lançamento, o art. 59 do Decreto 70.235/72 informa os casos de nulidade:

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.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

No presente caso o Auto de Infração foi lavrado por pessoa competente, Auditor Fiscal da Receita Federal, a descrição dos fatos, os cálculos nela demonstrados e a capitulação legal contidas no Auto de Infração foram suficientes para que a contribuinte pudesse exercer seu direito de defesa.

Alega também a Recorrente que o processo administrativo seria nulo, uma vez que não que teria sido revisto de ofício pela autoridade administrativa nos termos do art. 149, VII do CTN.

Ora, o inciso VII do art. 149 não exige a revisão do lançamento, apenas prevê a situação em que pode ser feita a revisão *ex officio* no interesse da administração. Veja que revisão exige comprovação do fato ali previsto.

Alega por fim que o Auto de Infração seria nulo pelo fato da Recorrente ter recolhido os tributos no regime do SIMPLES e a Autoridade Fiscal autuante, a despeito dos recolhimentos, não os considerou na apuração do crédito tributário guereado.

Equivoca-se mais uma vez a Recorrente. Verifica-se que a Autoridade Fiscal considerou os recolhimentos feitos sob a sistemática do SIMPLES. Confira-se o excerto abaixo do Relatório Fiscal:

Para apuração do valor da COFINS devida, foi ajustada a receita bruta mensal para aproveitar os créditos decorrentes dos recolhimentos efetuados através do SIMPLES NACIONAL conforme planilha a seguir:

COMPETÊNCIA	RECEITA	COFINS ARBITRADA (3% s/B)	COFINS RECOLHIDA (SIMPLES)	COFINS DEVIDA (C-D)	RECEITA ARBITRADA DEVIDA (G*100/3)
A	B	C	D	E	F
jul/07	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
ago/07	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
set/07	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
out/07	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
nov/07	880,00	26,40	10,47	15,93	531,00
dez/07	3.150,00	94,50	37,48	57,02	1.900,67

Assim, como a Recorrente não indica eventual divergência na apuração acima, apenas alega de forma genérica que o Auditor Fiscal autuante não considerou os recolhimentos feitos pela sistemática do SIMPLES, não comprova o que alegou.

Rejeito, portanto, as nulidades suscitadas.

Quanto ao mérito, como a decisão de exclusão da Recorrente restou definitiva nos autos do processo n.º 10925.002253/2008-13, há que ser submetida às normas tributação das demais pessoas jurídicas, nos termos do art. 29, §3º da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. Portanto correto o lançamento.

Quanto as multas, estas foram aplicadas com base na legislação que rege a matéria, qual seja, a Lei n.º 9.430, de 1996, art. 44, inciso I, §1º, c/c o art; 72 da lei 4.502/94 pelo fato da autoridade autuante ter entendido a ocorrência de fraude por parte da fiscalizada.

Entendo que restou demonstrado no presente processo, bem como no procedimentos de exclusão do SIMPLES, que houve simulação de constituição de empresas com o objetivo de segmentar as atividades e o faturamento para beneficiar-se do benefício fiscal conferido às microempresas e empresas de pequeno porte. Tal procedimento foi analisado no processo de exclusão.

Portanto, ficou plenamente caracterizado o evidente intuito de fraude nos termos previstos no art. 72 da Lei n.º 4.502, de 1996, sendo aplicável a multa de ofício qualificada no lançamento.

Quanto a solicitação de produção de prova oral, não há previsão legal para tal disposição legal para tal. Contudo, admite-se depoimentos de testemunhas, reduzidos a termo, que deveriam ter sido juntados na impugnação, sem prejuízo da sustentação oral da Recorrente ou de seu representante legal no decorrer do julgamento do recurso voluntário, nos termos do artigo 58, inciso II, do RICARF – Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Por todo o acima exposto, voto em rejeitar as nulidades suscitadas e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama