



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10925.000039/2009-03
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **1001-001.285 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 5 de junho de 2019
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL
Recorrente KF INDUSTRIAL LTDA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

ANOS-CALENDÁRIO 2007

ARBITRAMENTO BASE DE CÁLCULO CSLL.

Sujeita-se ao arbitramento da base de cálculo da CSLL O contribuinte que deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE.

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

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.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Descabe cogitar da nulidade do lançamento quando a exigência fiscal foi lavrada por pessoa competente e sustenta-se em processo instruído com todas as peças indispensáveis à constituição do crédito tributário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Sergio Abelson- Presidente.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Sergio Abelson (presidente), Andrea Machado Millan, André Severo Chaves e Jose Roberto Adelino da Silva.

Relatório

Trata o presente processo de recurso voluntário contra o acórdão 14-25.638 - 3a Turma da DRJ/RPO que negou provimento à impugnação, apresentada pela ora recorrente.

Peço a devida vênia para transcrever o extenso relatório, constante do acórdão da DRJ:

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 Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, apurada pelo lucro arbitrado, no valor de 100,35 (fl. 2), acrescidos de juros de mora e multa de ofício de 150%, totalizando crédito tributário de R\$ 261,79 (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 10925002253/2008-13), 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 apurada a CSLL 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 10925002074/2008-78 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 10925000032/2009-83, 10925.000033/2009-28, 10925.000034/2009-72, 10925.000035/2009-17, 10925000036/2009-61, 10925.000037/2009- 14, 10925 .00003 8/2009-5 1 , 10925 .000040/2009-20, 10925 .00004 1 /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.

...

Do Tributo Apurado

O contribuinte foi intimado e reintimado a apresentar a escrituração contábil com os devidos ajustes para apuração do Lucro Real e o Livro de apuração do Lucro Real - LALUR devidamente escriturado para o período fiscalizado, entretanto, conforme anteriormente descrito, a sua escrituração era imprestável para determinação do Lucro Real.

Não apresentando a escrituração da forma solicitada, conforme art. 530, I e II do RIR/ 1999, o IRPJ foi apurado pelo lucro arbitrado.

Da mesma forma, a CSLL foi apurada pelo lucro arbitrado, correspondendo sua base de cálculo a 32% da receita bruta apurada de prestação de serviço em geral.

Para apuração do CSLL devida, foi ajustada a receita bruta mensal para aproveitar os créditos decorrentes dos recolhimentos efetuados através do Simples, conforme planilha de fl. 18.

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. 24/47 e documentação anexa de fls.48/79.

...

A ora recorrente, apresentou a sua impugnação, em síntese, arguindo:

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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 nº 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.

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.

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.

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 sen/iço 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.

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.”

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.

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.

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.

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.

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.

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.

Argumenta o cerceamento de defesa pois a 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.

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.

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 Dubio 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.

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”.

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.

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.

Diante de todo exposto requer ser julgada totalmente procedente a presente impugnação, reconhecendo as nulidades argüidas 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.

Em 25/03/2009, a impugnante protocolou requerimento, fl. 84, para que intimações relativas ao presente sejam feitas no endereço e na pessoa dos advogados identificados na procuração inclusa nos autos, sob pena de nulidade.

Cientificada em 24/05/2010 (fl 117), a recorrente apresentou o recurso voluntário em 08/06/2010 (fl 118)

Voto

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva - Relator

Inconformada, a recorrente apresentou o Recurso Voluntário, tempestivo, que apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, previstos no Decreto 70.235/72, e, portanto, dele eu a conheço.

A recorrente, em seu recurso, alega, essencialmente, as mesmas razões apontadas em sua impugnação, apresenta jurisprudência (não vinculante) e doutrina e culmina pedindo:

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

Por fim, em que pese tenha o agente fiscal expedido seu ato sob a modalidade de Auto de Infração, consta como penalidade o valor equivalente ao tributo em questão que entende devido.

No entanto, referida penalidade assim não poderia ter sido apurada. A impugnante recolheu seus tributos sob o regime tributário simplificado.

Nesse regime, apesar da unificação dos impostos e contribuições, há previsão legal que permite a discriminação dos valores correspondentes a cada rubrica.

O agente fiscal, a despeito dos recolhimentos, não identificou, como créditos, os valores recolhidos e correspondentes aos tributos utilizados como base na penalidade em debate.

Diante do exposto, requer seja reconhecida a nulidade do presente auto de infração, bem como, considerados os pagamentos efetuados a título do regime simplificado, correspondente à presente rubrica.

MULTA QUALIFICADA. IMPOSSIBILIDADE.

Não há como aplicar multa qualificada, eis que ausente qualquer demonstração de má fé ou fraude no caso em tela, como já fundamentado anteriormente. '

PROVAS

Por se tratar de penalidade resultante de interpretação de situação fática, necessária a produção de prova oral, o que desde logo se requer, cujo rol de testemunhas será apresentado oportunamente, quando da designação de data para sua oitiva. .

PEDIDO \

Diante de todo o exposto, requer seja dado provimento ao presente recurso, acolhendo a alegada insubsistência e improcedência da ação fiscal, reincluindo a recorrente no regime simplificado de tributação

Todos os argumentos apresentados pela recorrente, em seu Recurso, foram devidamente analisados pela DRJ. Assim, com base no artigo 50, da Lei 9.784/99 e parágrafo 3º, ao artigo 57, do RICARF, peço a devida vênia, para reproduzir (parcialmente), o voto da DRJ, por com ele concordar integralmente e por economia processual:

1 - EXCLUSÃO DO SIMPLES

Quanto aos argumentos apresentados em relação à exclusão do Simples, em que pese se referirem a empresa JS Máquinas, observa-se que, diante da semelhança do procedimento e atividades das “empresas”, eles são “correspondentes” àqueles feitos na defesa do processo relativo à referida exclusão (processo nº 10925.002253/2008-13), cuja manifestação de inconformidade foi objeto de análise e indeferimento no Acórdão DRJ/RPO nº 14-25.630, proferido por esta Turma de Julgamento.

...

Conclusão

Diante do robusto conjunto probatório levantado pela Autoridade Fiscal, entendendo caracterizadas as hipóteses de exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, Simples Nacional, em razão de haver sido verificada sua constituição por interpostas pessoas, restando caracterizado o emprego de artifício (simulação de atividade empresarial autônoma) objetivando reduzir o pagamento de tributos apuráveis segundo aquele regime especial, e em virtude da constatação de que o principal propósito de sua existência jurídica tornou-se a contratação de mão-de-obra em seu nome para cessão a outra pessoa jurídica.

Ante o exposto, voto no sentido de considerar IMPROCEDENTE A MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE da interessada, mantendo a decisão contida no ato declaratória em questão.

2 - NULIDADES

Inicialmente, quanto à nulidade do lançamento, o disposto no PAF, art. 59, tratando das hipóteses de nulidade, assim estabelece:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

No caso, não ocorreram aquelas irregularidades. O auto de infração foi lavrado por pessoa competente e não se constata cerceamento ao direito de defesa da contribuinte. A descrição dos fatos, os cálculos nela demonstrados e a capitulação legal contida no auto de infração foram suficientes para que a contribuinte pudesse exercer seu direito de defesa. Além disso, não cabe falar em cerceamento do direito de defesa quando não comprovado o prejuízo ao contribuinte e este se mostra conhecedor do motivo da autuação.

Não procede o argumento de que foram apresentadas defesas ao ato de exclusão do Simples, motivo que não seria possível intimações fiscais e lançamento dos tributos por regime diverso do Simples.

Também não há previsão para impugnação administrativa de intimações fiscais, pois o procedimento fiscal é inquisitório, só se iniciando o contraditório e a defesa após o lançamento tributário.

O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional é de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente (art. 39, caput, da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006; art. 4º, § 5º, da Resolução CGSN nº 15, de 23/07/2007; e art. 11, caput, da Resolução CGSN nº 30, de 07/02/2008).

Uma vez promovida a exclusão de ofício, caberá aos respectivos entes tributantes o lançamento dos tributos e contribuições apurados em decorrência da referida medida (art. 29, § 3º, da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006).

A exclusão de ofício pela Secretaria da Receita Federal do Brasil dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Assim, 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, entretanto, como mencionado no relatório fiscal, referido lançamento tem o objetivo de se prevenir a decadência dos valores apurados, tendo sua exigibilidade suspensa enquanto não julgadas as manifestações de inconformidade de exclusão do Simples.

Da mesma forma, improcede a argumentação de nulidade sob argumento de que o art. 149 do CTN exige a revisão do lançamento, pois referido dispositivo legal não obriga a revisão do lançamento, apenas prevê casos em que pode o lançamento ser realizado e revisto de ofício.

Portanto, conforme já mencionado, o auto de infração foi lavrado por pessoa competente, no caso, Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, Autoridade Fiscal para o lançamento tributário.

Destarte, não há vício de nulidade no lançamento.

3 - ARBITRAMENTO DO LUCRO

Primeiramente, cabe esclarecer que se trata de lançamento de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido pelo Lucro Arbitrado, e não de aferição indireta para fins de arbitramento de verbas previdenciárias.

Conforme fartamente demonstrado pela Autoridade Fiscal, o contribuinte foi intimado e reintimado a apresentar a escrituração contábil com os devidos ajustes para apuração do Lucro Real e o Livro de apuração do Lucro Real - LALUR devidamente escriturado para o período fiscalizado, entretanto, nada apresentou, sendo sua escrituração era imprestável para determinação do Lucro Real.

Em relação à contabilidade das empresas, constatou 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 levaram à conclusão de que o “Grupo” é administrado como se fosse uma única empresa, conforme fartamente analisado no processo de exclusão do

Simples, entendimento equivocado por parte de seus administradores e que contraria a legislação em vigor, comprometendo de forma irremediável sua . ~ escrituração contábil.

Assim, ao contrário do que alega a impugnante, esta não apresenta escrituração regular, nem apresenta toda despesa devidamente lançada na contabilidade da impugnante.

Destaca-se ainda, que a impugnante nada apresenta para provar a regularidade de sua escrituração e refutar os argumentos e provas juntadas pela Autoridade Fiscal, mas sim, apenas apresenta alegações genéricas.

Desta forma, conforme art. 20 da Lei 9.249/95 e art. 29, I da Lei 9.430/96, correta a apuração da CSLL apurada pelo lucro arbitrado, através dos coeficientes de 32% sobre a receita conhecida.

Esclarece-se, que ao contrário do alegado pela impugnante, foram considerados os valores recolhidos pelo Simples na apuração da CSLL pelo lucro Arbitrado, conforme se verifica na planilha de fl. 18 do relatório fiscal, sendo estes compensados como CSLL recolhida (Simples) para fins de apuração da receita arbitrada devida.

Portanto, correto o lançamento da CSLL pelo lucro arbitrado.

4 - MULTA QUALIFICADA

As multas constantes do lançamento foram aplicadas com base na legislação que rege a matéria, qual seja, a Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, I, §1º, verbis:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

...

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Os arts. 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502, de 1996, têm a seguinte redação:

"Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72."

No caso, foi aplicada a multa qualificada por entender o autuante caracterizado de forma clara o intuito de fraude por parte da fiscalizada, pela análise dos fatos relatados 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.

Procede a fundamentação da Autoridade Fiscal, pois como fartamente demonstrado no presente processo, bem como nos procedimentos de exclusão do Simples, houve simulação de constituição de empresas com o objetivo de segmentar parte das atividades e faturamento com objetivo de se beneficiar de tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, apenas aplicável às microempresas e empresas de pequeno porte.

O artifício fraudulento de segmentação apenas formal das atividades do “grupo” foi fartamente analisado no julgamento do processo de exclusão do Simples e evidenciado, dentre outros, pela falta de autonomia da impugnante como entidade empresarial, caracterizados pelo uso do mesmo uniforme por seus funcionários, pela localização física na mesma sede, pelos setores administrativos conjuntos, pelos pagamentos cruzados e documentos conjuntos que maculam o princípio contábil da entidade, pelos semelhantes objetos sociais e pelas inverossímeis relações entre dispêndios (custos, folha de pagamentos, empregados) e resultados entre as empresas do mesmo “grupo empresarial”, pela administração única de todas as empresas pelas pessoas de José Schazmann e sua esposa, Silvana Marques Schazmann.

Portanto, ficou plenamente caracterizado o evidente intuito de fraude nos termos previstos no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1996, não se aplicando no caso o art. 112 do CTN, pois não há dúvida como prevista no referido artigo.

Portanto, é devida a multa de ofício qualificada no lançamento em análise.

5 - INTIMAÇÃO NA PESSOA PROC DOS ADVOGADOS PROCURADORES

Quanto ao pedido para que para que intimações relativas ao presente sejam feitas no endereço e na pessoa dos advogados identificados na procuração inclusa nos autos, sob pena de nulidade, este não pode ser atendido, por falta de previsão legal. O CTN, art. 127, dispõe sobre a existência do domicílio tributário, havendo, portanto, previsão legal sobre o local para onde devem ser dirigidas as intimações e notificações. Assim, feita a eleição pelo sujeito passivo, não é possível a admissão de domicílio especial para o processo administrativo fiscal.

6 - PROVA TESTEMUNHAL

Em relação à solicitação de produção de prova testemunhal, não pode ser deferida, pois não há previsão no rito do processo administrativo fiscal, para audiência de instrução, na qual seriam ouvidas testemunhas. Os testemunhos que a contribuinte tenha em seu favor devem ser apresentados sob forma de declaração escrita já com a impugnação.

7 - JUNTADA DE DOCUMENTOS EM MOMENTO POSTERIOR

A impugnante requer a apresentação de documentos durante a fase de instrução. Dispõe o art. 16, §4º e 5º do PAF (Decreto 70.235/72) que:

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 5 ° A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei n° 9.532, de 1997)

Tais ocorrências não ficaram provadas no presente processo, razão pela qual indefere-se a solicitação feita.

De toda forma, a impugnante nada trouxe aos autos processuais após sua impugnação, perdendo o objeto o presente pedido.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares e, no mérito, considerar IMPROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO, mantendo o crédito tributário exigido.

Entendo, como antes dito, correta a decisão da DRJ. Com relação aos pedidos da recorrente, ou seja:

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

Devidamente analisado e refutado pela decisão da DRJ.

MULTA QUALIFICADA. IMPOSSIBILIDADE.

Também devidamente analisada e mantida pela DRJ, com o qual eu concordo.

PROVAS

Por se tratar de penalidade resultante de interpretação de situação fática, necessária a produção de prova oral, o que desde logo se requer, cujo rol de testemunhas será apresentado oportunamente, quando da designação de data para sua oitiva. .

A sustentação oral possui um rito próprio no CARF, segundo o qual, deve ser requerida em até 5 dias da publicação da pauta.

Assim, rejeito a preliminar suscitada nos autos, para no mérito, negar provimento ao presente recurso.

É como voto.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva

Processo nº 10925.000039/2009-03
Acórdão n.º **1001-001.285**

S1-C0T1
Fl. 9
