



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11065.721411/2015-99
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-005.805 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de outubro de 2021
Recorrente CEG ELETRO MONTAGENS EIRELI - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL EM CONJUNTO COM A CIÊNCIA DOS AUTOS DE INFRAÇÃO DECORRENTES DA EXCLUSÃO. POSSIBILIDADE.

Inexiste cerceamento ao direito de defesa do contribuinte na hipótese de ele ter sido intimado do ato de exclusão do regime simplificado em conjunto com o próprio ato administrativo o qual constituiu os débitos tributários decorrentes da exclusão. No caso, caberia ao contribuinte apresentar a sua defesa tanto em face da exclusão, como em face de eventual vício ou equívoco no auto lavrado.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. INTERPOSTA PESSOA.

O olhar sobre fatos isolados não é suficiente para caracterizar a existência de interposição de pessoa, no entanto, em uma visão sistêmica, essa opção, no caso concreto, torna-se clara, partindo das provas existentes nos autos que convergem para esta prática, tais como a existência de procuração concedendo amplos poderes para que sócios de uma empresa gerenciem a outra; a transferência de empregados entre empresas sem solução de continuidade do trabalho, inclusive com a concessão de férias contando como parte do período aquisitivo o período trabalhado na empresa cedente; prestação de serviço de contador e advogado para as duas empresas, com registro contábil de pagamento dos serviços em apenas uma delas; relatos de ex-empregados, extraídos de ações trabalhistas, e ex-sócio de que não havia autonomia da empresa excluída. Desta caracterização decorreram as outras infrações, que juntas fundamentaram o ato de exclusão da empresa do Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do ADE, levantada pela conselheira Bianca Felicia Rothschild (relatora), que restou vencida. Quanto ao mérito, por unanimidade de votos, negar provimento ao Recurso Voluntário. Designado para redigir o voto vencedor quanto à preliminar o conselheiro Lucas Esteves Borges.

(documento assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo – Redator *ad hoc*

(documento assinado digitalmente)

Giovana Pereira de Paiva Leite – Redatora *ad hoc*

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Giovana Pereira de Paiva Leite, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Bianca Felicia Rothschild, Rafael Taranto Malheiros, Lucas Esteves Borges, Marcelo Jose Luz de Macedo e Heitor de Souza Lima Junior (Presidente).

Relatório

Com fundamento no §13 do art. 58 do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, fui designado pelo Presidente da Turma para redigir o acórdão vencido, em face da extinção do mandato da Conselheira Relatora Bianca Felícia Rothschild.

O julgamento do processo ocorreu na sessão de 20/10/2021, na qual a Conselheira relatora fez a leitura do relatório e proferiu seu voto.

Com relação ao voto, destaque-se que Conselheira Relatoria entendeu em sede de preliminar pela nulidade do ADE de exclusão do regime simplificado por cerceamento ao direito de defesa e no mérito pela manutenção da exclusão por prática reiterada ao disposto na LC nº 123/2006.

Em sede de preliminar, a Conselheira Relatora ficou vencida, razão pela qual fui designado Redator *ad hoc* para formalizar o presente voto vencido, muito embora tenha na sessão de julgamento acompanhado a tese vencedora.

O voto vencedor foi designado ao Conselheiro Lucas Esteves Borges, o qual, todavia, teve o seu mandato extinto, de modo que a Conselheira Giovana Pereira de Paiva Leite foi designada Redatora *ad hoc* para formalizar o voto vencedor.

Já quanto ao mérito, o julgamento se deu por unanimidade.

Tendo em vista que fui designado para formalizar o voto vencido, é importante mencionar que adotarei tanto o relatório constante do acórdão própria Conselheira Relatora, como as razões de mérito, com as quais concordo, e além disso os argumentos que levaram a relatora a votar pela nulidade do ADE de exclusão por cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, muito embora, destaque-se mais uma vez, que não partilho dos fundamentos da Conselheira Relatora.

O relatório então produzido pela Conselheira Relatora foi o seguinte:

Inicialmente, adota-se parte do relatório da decisão recorrida, o qual bem retrata os fatos ocorridos e os fundamentos adotados até então:

A Interessada manifesta sua inconformidade em relação à exclusão do Simples Nacional, corporificada no Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF-NHO nº 16, fl. 439, que assim dispõe no seu art. 1º:

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 enquadramento previsto no art. 3º, § 4º, incisos IV e V e no art. 29º, incisos IV e V, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006: CEG ELETRO MONTAGENS EIRELI – EPP CNPJ nº: 07.318.432/0001-94

A autoridade fiscalizadora informa que a auditoria fiscal relativa às Contribuições Previdenciárias foi realizada nas empresa CEG ELETRO MONTAGENS EIRELI – EPP e ELETROTEC CONSTRUÇÕES ELÉTRICAS LTDA, referente ao período de 01/2011 a 07/2013.

Aduz que foi constatada a existência de uma outra empresa estabelecida no endereço da filial 02 da ELETROTEC, denominada CEG Eletro Montagens Eireli.

Em 09/09/2014 uma diligência fiscal evidenciou que no endereço da CEG ELETRO MONTAGENS EIRELI tinha um cartaz avisando que a empresa havia se mudado para um endereço coincidente com o da ELETROTEC CONSTRUÇÕES ELÉTRICAS LTDA.

Em resposta à intimação fiscal, “a ELETROTEC apresentou o CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE ESTABELECIMENTO” firmado com a CEG em 30/09/2013”.

O Relatório Fiscal destaca “que o preço do negócio envolvendo a aquisição da CEG pela ELETROTEC refere-se ao valor residual dos bens que constavam registrados na contabilidade da CEG em 30/09/2013”.

Os empregados transferidos permaneceram sendo declarados nos mesmos códigos de Classificação Brasileira de Ocupações – CBO e com as mesmas remunerações, de acordo com as informações extraídas das GFIP a única mudança foi a troca do nome das empresas envolvidas.

Da a análise da primeira GFIP entregue pela CEG com movimentação de trabalhadores foi identificado que seus primeiros empregados migraram da ELETROTEC.

Cita outro exemplo de trabalhador que migrou da ELETROTEC para a CEG, na mesma função e com a mesma remuneração.

Em sua ficha de registro, apensa ao processo juntamente com o seu contrato de trabalho, consta anotação de que a partir de 02/09/2009 ele fora transferido da ELETROTEC para a CEG. As anotações de suas férias materializam que não houve rescisão contratual, constando informação de gozo de férias no ano de 2010, referente ao período aquisitivo de 03/01/2009 a 02/01/2010.

Quando da constituição da CEG o Sr. Paulo César Möller era também sócio da ELETROTEC. Posteriormente ele repassou as suas quotas do capital social da CEG para sua mãe, Senhora Melita Möller, que se retirou da sociedade posteriormente.

Após a análise dos atos constitutivos restou evidenciado que a CEG e a ELETROTEC apresentam sócios em comum. Os sócios da empresa ELETROTEC são “pais da Sra. Karen Betina Krummenauer, sócia-administradora da CEG e sócia da ELETROTEC.

Ela desempenha na ELETROTEC o cargo de Diretora Executiva”.

“O acordo de dissociação da CEG, quando a Sra. Karen Betina Krummenauer tornou-se a única sócia dessa empresa, apensado ao presente processo, vincula os sócios-administradores da ELETROTEC, Senhor Gilvan Omero Krummenauer e a Senhora Edelisa Elena Krummenauer, como garantidores solidários e avalistas, conforme previsto em sua cláusula terceira”.

Constatou-se, também, que o objeto social da CEG está inserido dentro daquele explorado pela ELETROTEC.

A empresa CEG encerrou suas atividades em 03/03/2015, após o início do procedimento fiscal e antes de seu encerramento.

A CEG, desde sua constituição, esteve enquadrada no Simples Nacional, já a ELETROTEC calcula seus tributos pelo lucro presumido.

Sustenta o setor fiscal “que essas empresas simulam uma situação, a fim de utilizar tratamento tributário diferenciado com o propósito de evadir as contribuições previdenciárias patronais”, por meio de uma relação de parentesco entre os sócios das empresas, de coincidência de localização, com a utilização da mesma estrutura, dos mesmos trabalhadores e contratam os mesmos contadores.

“Embora intimada e reintimada, a CEG não apresentou o contrato de prestação de serviços estabelecido com a Assessoria Contábil Resser Ltda, rerepresentando no lugar deste o da ELETROTEC”.

Em relação as GFIP das empresas ELETROTEC e CEG, informa o Relatório Fiscal que elas foram transmitidas pelo mesmo endereço IP (Internet Protocol) e que a responsável, Srª Elisângela, é empregada da ELETROTEC, encarregada do Departamento Pessoal – RH e seu nome consta como preposta nas atas de audiência da Reclamatória Trabalhista 0000754-37.2011.5.04.0351 proposta pelo Sr. Carlos André Bazzan em face das empresas ELETROTEC e CEG na Justiça do Trabalho de Taquara, RS.

Consta na petição inicial da referida Reclamatória Trabalhista que “as empresas reclamadas são solidariamente responsáveis, eis que integram o mesmo grupo econômico. Com efeito, o autor foi admitido pela primeira reclamada e transferido formalmente para a segunda no dia 02.02.2007 (cópia da pág. 46 da CTPS, inclusa), embora tenha permanecido laborando junto à primeira (Eletrotec) até o fim de 2007, quando foi efetivamente transferido à segunda”.

“Segundo relato do Sr. Carlos André Bazzan, ele fora contratado como empregado pela ELETROTEC em 07/03/1994 e transferido para a CEG em 02/02/2007, fatos estes corroborados pelas informações contidas em suas fichas registro de empregado”.

As GFIP entregues pelas empresas na época da transferência do Sr. Carlos André Bazzan informam que não houve alteração do seu cargo ou remuneração.

Em uma ação trabalhista a preposta da CEG é a empregada da ELETROTEC, Senhora Elisângela Port Konrath.

Com base em atas de audiências foi verificado que as empresas ELETROTEC e CEG constituíram os mesmos advogados para atuarem em seus processos de natureza trabalhista, no entanto, as despesas relacionadas aos serviços advocatícios eram registrados na contabilidade da ELETROTEC. “Embora a empresa CEG tenha contado com o trabalho desses profissionais, nenhuma fatura deles consta

escriturada em sua contabilidade”. O Relatório Fiscal colaciona outra reclamatória trabalhista proposta contra as empresas ELETROTEC e CEG, na qual a reclamante expõe:

01. A autora foi contratada pela primeira ré, mas propõe a ação também contra a segunda porque elas pertencem ao mesmo grupo empresarial, tanto que no ‘site’ da Fazenda Estadual consta a pessoa de Karen Betina Krummenauer como sócia de ambas. Iniciou seu contrato no prédio da primeira ré e a partir de março/2007, até o fim do contrato, passou a laborar também no prédio da segunda ré, ou seja, nos últimos catorze meses da contratualidade, na parte da tarde. Esclarece que as duas rés funcionavam em conjunto, tanto que a partir do momento em que a segunda ré foi constituída a metade do pessoal da primeira para lá foi transferida. ” (grifos no Relatório)

Nos itens 4.2.6.2.2 e 4.2.6.2.4 são apresentadas informações, com base em GFIP, com o objetivo de demonstrar a migração de trabalhadores de uma para outra empresa, no mesmo código de Classificação Brasileira de Ocupações – CBO.

A GFIP declarada pela empresa ELETROTEC contém informação do código de movimentação N1 para o Sr. Diego Vieira Coelho. Segundo o Manual da GFIP, esse código se refere: “N1 – Transferência de empregado para outro estabelecimento da mesma empresa”.

Sustenta o Setor Fiscal que foi evidenciado, com base na contabilidade da ELETROTEC e CEG a existência de “vultosos empréstimos concedidos entre elas”, sem evidência na contabilidade do recebimento de juros e outros encargos referentes a esses empréstimos.

Segundo a fiscalização com base nos registros contábeis, esses empréstimos eram utilizados para viabilizar gastos realizados pela CEG, inclusive para quitação de sua folha de pagamento. Os empréstimos seriam na realidade contratos de mútuo, “instrumentos recorrentes utilizados para transferências de recursos por empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico”.

Aduz que empregada da ELETROTEC, no cargo de Técnico em Segurança do Trabalho, constava como contato da empresa CEG em ações relacionadas aos Programas de Prevenção de Riscos Ambientais e de Controle Médico de Saúde Ocupacional.

Informa que “documentos fornecidos pelo Tabelionato Schindler da cidade de Igrejinha revelam a existência de procuração pública outorgada pela CEG aos sócios-administradores da ELETROTEC, Srs. Gilvan Omero Krummenauer e Edelisa Elena Krummenauer, datada de 18/11/2005, apensada ao processo, conferindo-lhes amplos poderes para gerirem, administrarem e tratarem de todos os negócios dela”. Descrição parcial da procuração, item 4.2.9 do Relatório Fiscal. (grifos realizados pelo Setor Fiscal)

Conclui o Setor Fiscal:

- As empresas simulam uma situação que não aparenta a realidade dos fatos apurados, a fim de utilizar tratamento tributário diferenciado com o propósito de evadir as contribuições previdenciárias patronais.

- As empresas não são unidades autônomas, em verdade, elas se completam. Formaram um grupo econômico de fato.

Com “confusão patrimonial, vinculação gerencial, compartilhamento de empregados, sócios comuns, parentesco entre os sócios, domicílios de seus estabelecimentos nos mesmos endereços, prestação de serviços para os mesmos clientes, contratação dos mesmos advogados, utilização das mesmas instalações, máquinas e equipamentos”; Vultosos empréstimos entre elas.

- Os sócios da ELETROTEC são procuradores da CEG, “dotados de amplos poderes para a administração em geral, inclusive para a movimentação de contas bancárias, conforme procuração apensa ao processo”.

Assim, entende a autoridade fiscal que a empresa CEG enquadrou-se em situações de exclusão do Simples Nacional, prevista na Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, em seu artigo 29, incisos IV e V, bem como nas vedações contidas no artigo 3º, parágrafo 4, inciso IV e V.

Impugnação

Em sua Impugnação a Interessada, por meio de sua advogada, relata um breve histórico da CEG, que foi transformada em uma EIRELLE, pois a única sócia remanescente foi a Srª Karen. Em 30 de setembro de 2013 a ELETROTEC compra a CEG.

“Após a aquisição do estabelecimento comercial, a CEG foi extinta, respondendo a Sra. Karen Krummenauer por todos os ativos e passivos supervenientes”.

Combate à exclusão do Simples Nacional:

A Impugnante desconhece qualquer intimação por parte da Receita Federal que tenha dado ciência do procedimento fiscal que resultou no Auto de Infração e no Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF-NHO nº 16. Cita o art. 39 da Lei Complementar 123/2006 e o inciso V do art. 10 do Decreto 70.235/72:

“Não restou oportunizado à empresa CEG prazo para apresentar sua manifestação de inconformidade em tempo hábil para contrapor a exclusão do regime do Simples Nacional”.

A empresa CEG sequer sabia da existência da Representação nº 11065.721411/2015-99 até o recebimento do Auto de Infração.

“A empresa CEG foi devidamente extinta em 30 de janeiro de 2015, conforme ata de extinção devidamente arquivada na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul em anexo (Doc. 05). Ocorre que o Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF- NHO nº 16, o qual deveria intimar a empresa CEG acerca da exclusão do regime do Simples Nacional, foi expedido em 24 de junho de 2015”.

Alega que ocorreu cerceamento do direito de defesa, pois a empresa CEG e tampouco sua responsável, Srª Karen foram intimadas, “se a CEG tivesse sido devidamente intimada, ela poderia ter apresentado sua defesa, provando a ilegalidade da exclusão e quiçá poderia nem ter sido excluída do Simples Nacional”.

Sustenta que a empresa CEG em algum momento se enquadrou nos limites contidos nos incisos IV e V, art. 3º, § 4º da Lei Complementar 123/06.

“Não se está negando a participação da Sra. Karen no capital social da empresa Eletrotec, porém em nenhum momento a Sra. Karen participou da empresa com mais de 10% (dez) por cento do capital da empresa Eletrotec, pelo contrário, é infinitamente inferior a este percentual, conforme se verifica no próprio Acordo de Retirada de Sócio e nas alterações contratuais efetuadas pela empresa Eletrotec”.

Enfatiza que a Sra. Karen nunca esteve na qualidade de administradora na Empresa Eletrotec, conforme contrato social e alterações. A administração da sociedade era exercida pelos sócios Gilvan Omero Krummenauer e Edélisa Elena Krummenauer. É descabida a afirmação que a Sra. Karen desempenha o cargo de Diretora Executiva “segundo informação constante em correspondência eletrônica sobre a prorrogação de prazo para a entrega de documentos solicitados através de intimação fiscal”.

No que diz respeito à relação entre as empresa CEG ELETRO MONTAGENS EIRELI e a empresa ELETROTEC CONSTRUÇÕES ELÉTRICAS LTDA, informa que:

“Em 30/09/2013, a empresa Eletrotec comprou o estabelecimento da CEG com o seu fundo de comércio, se responsabilizando pelas dívidas trabalhistas da empresa. Após a aquisição do estabelecimento comercial, a CEG foi extinta, respondendo a Srta. Karen Krummenauer por todos os ativos e passivos supervenientes”.

Não houve confusão de endereços entre as empresas CEG e Eletrotec se levar em conta o lapso temporal que se deu a aquisição da empresa CEG “e seus deslocamentos às empresas”.

A Impugnante não vê problemas na transferência de empregados entre as empresas, “em razão das atividades desenvolvidas pela CEG se assemelharem às da Eletrotec”.

Afirma, inclusive que é “normal que tenha ocorrido uma confusão nos funcionários das empresas na época da aquisição da CEG pela Eletrotec e, naturalmente, em tempos posteriores”.

Destaca “que se tratavam de empresas semelhantes, com estabelecimentos na mesma cidade, geralmente os próprios clientes se confundiam, sendo inclusive possível que tivessem os mesmos fornecedores, por exemplo o escritório de contabilidade”.

Defende que não vínculo de solidariedade entre as empresas CEG e Eletrotec, pois são empresas diversas.

Requer:

A nulidade do Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF-NHO Nº 16, DE 24 de junho de 2015, que excluiu de forma irregular a empresa CEG do Simples Nacional.

A ex-sócia, Melita Möller, protocolizou em 12/07/2016 uma Impugnação, requerendo sua exclusão do polo passivo, como sujeito passivo solidário, que os débitos devem ser “direcionados tão somente para/em face a Sra Karen Betina Krummenauer e/ou outras pessoas e empresas de seu grupo econômico e familiar”.

Alega que se retirou da sociedade da empresa CEG Eletro Montagem Ltda em 30/08/2012. Apenas era detentora de cotas de participação dentro da empresa CEG, não praticou nenhum ato com excesso de poder, infração à lei ou contrato social – art. 135 do Código Tributário Nacional - CTN.

A aquisição da CEG pela ELETROTEC ocorreu após a saída da Srª Melita da sociedade.

A decisão da autoridade de primeira instância julgou improcedente a defesa da contribuinte, cuja ementa encontra-se abaixo transcrita:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL EM CONJUNTO COM A CIÊNCIA DOS AUTOS DE INFRAÇÃO DECORRENTES DA EXCLUSÃO.

A ciência da exclusão da empresa do Simples Nacional em conjunto com a ciência dos lançamentos decorrentes da exclusão não caracteriza cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo, pois o direito ao contraditório e a ampla defesa é garantido constitucionalmente aos litigantes no âmbito do Processo Administrativo Fiscal e o litígio só se instala com a resistência do contribuinte ao ato de exclusão. No caso concreto esta resistência foi abrangente, uma vez que direcionada a todos os fundamentos legais da exclusão contidos no Ato Declaratório de Exclusão.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. INTERPOSTA PESSOA.

O olhar sobre fatos isolados não é suficiente para caracterizar a existência de interposição de pessoa, no entanto, em uma visão sistêmica, essa opção, no caso concreto, torna-se clara, partindo das provas existentes nos autos que convergem para esta prática, tais como a existência de procuração concedendo amplos poderes para que sócios de uma empresa gerenciem a outra; a transferência de empregados entre empresas sem solução de continuidade do trabalho, inclusive com a concessão de férias contando como parte do período aquisitivo o período trabalhado na empresa cedente; prestação de serviço de contador e advogado para as duas empresas, com registro contábil de pagamento dos serviços em apenas uma delas; relatos de ex-empregados, extraídos de ações trabalhistas, e ex-sócio de que não havia autonomia da empresa excluída. Desta caracterização decorreram as outras infrações, que juntas fundamentaram o ato de exclusão da empresa do Simples Nacional.

Cientificado da decisão de primeira instância, o contribuinte apresentou recurso voluntário, repisando os argumentos levantados em manifestação anterior, acrescentando razões para reforma na decisão recorrida.

É o relatório.

Este foi o relatório original constante do voto proferido pela Conselheira Relatora.

Voto Vencido

Conselheiro Marcelo Jose Luz de Macedo, Redator *ad hoc*

Como destacado inicialmente no relatório do presente acórdão, a Conselheira Relatora restou vencida tão somente na sua proposta de nulidade do ADE de exclusão por cerceamento ao direito de defesa.

Todavia, tendo em vista que o presente Redator *ad hoc* para o voto vencido não seguir a tese da nulidade, tendo acompanhado a corrente vencedora na época do julgamento, pedimos licença para reproduzir integralmente o que propôs a Conselheira Relatora em seu voto, *in verbis*:

Recurso Voluntário

O recurso voluntário é TEMPESTIVO e, uma vez atendidos também às demais condições de admissibilidade, merece, portanto, ser CONHECIDO.

Fatos

Em cumprimento aos Mandados de Procedimento Fiscal 10.1.07.00-2014-00902-1 e 10.1.07.00-2014-00899-8, foi realizada auditoria fiscal das contribuições previdenciárias nos contribuintes CEG ELETRO MONTAGENS EIRELI - EPP e ELETROTEC CONSTRUÇÕES ELÉTRICAS LTDA, referente ao período de 01/2011 a 07/2013.

Durante o procedimento fiscal, foi evidenciada uma estreita relação entre essas empresas, envolvendo simulação para a utilização de tratamento tributário diferenciado, com caracterização de grupo econômico de fato.

Apesar de seus argumentos de defesa, foi julgada improcedente a manifestação de inconformidade pela autoridade de primeira instância.

Preliminar

Cerceamento de Defesa

O Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF-NHO nº 16 foi lavrado em 24.06.2015 (efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 01.01.2011).

Já o Relatório Fiscal e o AI datam de 13 de junho de 2016.

Ambos atos administrativos foram intimados ao mesmo tempo em 23.06.2016, conforme AR (e-fl. 441) abaixo:

CORREIOS **AR** AVISO DE RECEBIMENTO

AGÊNCIA AC SIQUEIRA CAMPOS 64.301.931 CONTRATO 9912270964

DESTINATÁRIO:
KAREN BETINA KRUMMENAUER

RUA 25 DE JULHO, 586
APTº 502 - CENTRO
95650-000 Igrejinha - RS

AR186105683DG

ENDEREÇO PARA DEVOLUÇÃO DO AR
200 N.º 1000
Avenida Lourenço da Silva, 445
SALA 532 - Centro
90013-900 Porto Alegre - RS

DECLARAÇÃO DE CONTEÚDO (OPCIONAL)
AR: SEÇÃO/DIRT/IN-ETIC/PROCESSO 11065-721411/2015-99

ASSINATURA DO RECEBEDOR: *Alcides Magalhães*

NOME LEGÍVEL DO RECEBEDOR: **ALCIDES MAGALHÃES**

TENTATIVAS DE ENTREGA
1ª DATA: / / : h
2ª DATA: / / : h
3ª DATA: / / : h

MOTIVO DA DEVOLUÇÃO
☐ Mudança ☐ Recusado
☐ End. Incorreto ☐ Não Procurado
☐ Não Existe o N.º ☐ Ausente
☐ Desconhecido ☐ Falecido
☐ Outros

DATA DE ENTREGA: 23/06/16

N.º DOCUMENTO DE IDENTIFICAÇÃO: 805211-6485

UO-IGRE-NN-15
23 JUN 2016
Joicimar Nunes Chiele
Matr: 8090.973-8

Junto ao Auto de Infração e Lançamento a administração pública acostou o Ato Declaratório executivo SEORT/DRF- NHO nº 16, cujo teor certifica a exclusão da CEG do regime especial do Simples Nacional. É o que se extrai do conteúdo do processo de nº 11065.721411/2015-99.

Alega a Recorrente que, enquanto responsável pela extinta CEG, jamais foi intimada acerca da abertura do adequado e formal procedimento administrativo correlato à exclusão de contribuintes do Simples Nacional.

E o próprio voto tirado da r. decisão reafirma indiretamente que o procedimento previsto em lei não foi instaurado pela fiscalização ao aduzir que a presente lide, a qual se presta a efetuar o lançamento fiscal, substitui aquela.

Se há na lei um rito próprio para tal finalidade, é inequívoco que a administração pública deve respeitá-lo, pena dos contribuintes restarem sujeitos a um cenário de completa incerteza jurídica.

A empresa CEG foi devidamente extinta em 30 de janeiro de 2015, conforme ata de extinção devidamente arquivada na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul ("JUCERGS"). Ao seu turno, o Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF- nº 16 foi lavrado em 24 de junho de 2015, sem que a Recorrente fosse regularmente intimada a apresentar defesa ao seu tempo.

O processo de exclusão do Simples Nacional deve ocorrer nos exatos termos da Lei, ou seja, mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado a ele o contraditório e a ampla defesa.

Procedimento este que não foi adotado pela administração pública, ensejando assim a nulidade do ADE ora objurgado, consoante orientação contida no art. 59 do Decreto 70.235/72.

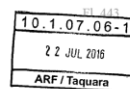
Presente neste caso a ausência de procedimento próprio e regular para apurar a exclusão da empresa CEG do regime especial do Simples Nacional, e, com isso, exsurge o natural cerceamento de defesa da Recorrente, impondo-se, portanto, o reconhecimento de sua nulidade ao ponto de invalidar os atos subsequentes e o próprio Auto de lançamento.

Enquanto não for regularmente processado o Ato Declaratório de Exclusão ("ADE"), não está a administração pública facultada a efetuar o lançamento fiscal.

Dessa forma, o presente ponto merece ser acolhido in totum tendo em vista a nulidade desta ato declaratório.

Nota-se que a impugnação da contribuinte é capitulada com o processo relativo aos autos de infração.

DRJ02 PA



EGREGIA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO EM
NOVO HAMBURGO, ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

MPF 10.1.07.00-2015-00832
Processo n.º 11065-721.060/2016-05

No entanto, a autoridade de primeira instancia “aproveitou” esta impugnação para fins do presente processo por ter mencionado matérias relativas a ato de exclusão do SIMPLES, conforme estabelece o início do voto (e-fl. 987):

Voto



Na intimação recebida no dia 23 de junho de 2016 a contribuinte foi cientificada do Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF-NHO n.º 16, na mesma ocasião em que toma conhecimento dos autos de infração decorrentes da exclusão. **Observa-se que durante o procedimento fiscal, várias tentativas de notificações não lograram êxito, em uma situação atípica, em que a empresa fiscalizada é encerrada ainda durante a ação fiscal. Malgrado os desencontros, considera-se tempestiva a presente impugnação, recebida aqui como manifestação de inconformidade², que aborda os temas conexos da exclusão do simples e de seus efeitos fiscais, sem nenhum prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa, que é garantido constitucionalmente aos litigantes no âmbito do Processo Administrativo Fiscal – CF, art. 5º, LV – portanto, não se observa nenhuma nulidade, pois o prazo 30 dias para Impugnar foi também para manifestar a inconformidade em relação à exclusão do Simples Nacional, o que também diz respeito aos responsáveis solidários. Apesar da conexão entre esses temas, cada um dos processos terá um objeto próprio, central. Neste, Processo 11065.721411/2015-99, será examinada a legalidade da exclusão da empresa CEG ELETRO MONTAGENS EIRELI³ – EPP do Simples Nacional. O outro Processo, n.º 11065.721060/2016-05, terá como objeto os autos de infração decorrentes da exclusão do Simples Nacional.**

Entendo que houve cerceamento de defesa, comprovado inclusive pela diferença entre as peças de defesa, quais sejam, “manifestação de inconformidade” e Recurso Voluntário, posto que o segundo foi bem mais aprofundado em suas motivações e detalhado em esclarecer os fatos alegados.

Portanto, entendo que merece razão à Recorrente, posto que foi cientificada por via obliqua, sem observância dos ditames legais, portanto, deve ser considerado nulo o Ato declaratório ou pelo menos voltar à DRJ para que analise os argumentos (ou abrir prazo para defesa).

Conclusão

Desta forma, voto por CONHECER do Recurso Voluntário e ACOLHER a preliminar de nulidade (nulidade do ADE ou volta à DRJ com nova abertura de prazo).

Consoante advertido, a referida proposta ficou vencida, tendo sido o Conselheiro Lucas Esteves Borges designado para redigir o acórdão vencedor no que toca ao tema. Nada obstante, o mencionado Conselheiro não mais integra os quadros deste Conselho Administrativo, razão pela qual o voto vencedor ficou a cargo da Conselheira Giovana.

Com relação ao mérito, o voto da Conselheira Relatora foi acompanhado a unanimidade pela Turma de Julgamento. Assim, também aproveitamos integralmente do que constava à época do voto da Relatora, veja-se:

Mérito

Conforme Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF-NHO nº 16, fl. 439, a Interessada foi excluída do Simples Nacional em virtude de sua situação fática se enquadrar no estabelecido no art. 3º, § 4º, incisos IV e V e no art. 29, incisos IV e V, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Verifica-se, a seguir, se a empresa se enquadrou ou não em uma causa de exclusão de ofício do Simples Nacional.

Lei Complementar nº 123/2006. Art. 29: A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se á quando:

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

No que diz respeito à interposição de pessoa a Interessada impugna os argumentos apresentados pela Fiscalização seguindo uma linha geral de que os fatos levantados são normais, próprios das atividades comerciais. A Fiscalização, por sua vez, destaca que a empresa CEG foi gerida pela ELETROTEC Construções Elétricas Ltda4 na busca de reduzir a tributação.

Notícia o setor fiscal que a empresa ELETROTEC iniciou as suas atividade em 1978 e que a CEG - com objeto social inserido dentro das atividades exploradas pela ELETROTEC - iniciou suas atividades em 04/2005 e os seus primeiros empregados migraram da ELETROTEC, sem descontinuidade, ou seja, os trabalhadores se desligaram da ELETROTEC em um dia, no dia seguinte estavam trabalhando na CEG. Os trabalhadores:

Cristian Fabiano Alves, José Deneci dos Passos e Reginaldo Vingert faziam parte do quadro da ELETROTEC até 31/10/2005 e no dia seguinte 01/11/2005 estavam trabalhando na CEG, enquadrados na em ambas empresas no mesmo código de Classificação Brasileira de Ocupações – CBO.

Também é citado outro trabalhador, Diego Vieira Coelho, que se desligou da ELETROTEC em 01/09/2009 e iniciou na CEG em 02/09/2009, na nova empresa, CEG, esse trabalhador era informado no mesmo CBO e com a mesma remuneração. Apesar de ter iniciado na CEG apenas em setembro, as anotações de férias consta a informação de gozo em 2010, referente ao período aquisitivo de 03/01/2009 a 02/01/2010, sem levar em consideração a rescisão contratual com a empresa ELETROTEC. Também foi levantado que este trabalhador recebeu no endereço da CEG, em 16/07/2009, notificação destinada à empresa CEG, ou seja, em período que ainda constava como empregado da ELETROTEC.

Foi constatado que a empresa CEG funcionou em endereço da ELETROTEC, a partir de informações no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas – CNPJ e também em diligência ao

endereço da CEG, em 09/09/2014, o prédio da CEG estava desocupado e com um aviso na porta avisando da mudança para o endereço da ELETROTEC.

As empresas CEG, participante do Simples Nacional, e ELETROTEC, no lucro presumido, possuíam sócios em comum. Paulo César Möller foi sócio da ELETROTEC entre 18/10/2004 a 14/03/2013 e sócio da CEG entre 07/04/2005 a 13/11/2007. Já a Sra. Karen Betina Krummenauer era sócia da ELETROTEC desde 25/02/2009 e Sócia-administradora da CEG desde 07/04/2005.

O fato de as duas empresas contratarem o mesmo contador ganha relevância quando a CEG, após ser intimada e reintimada não apresenta o contrato de prestação de serviço estabelecido com a Assessoria Contábil Resser Ltda, reapresentando no lugar o da ELETROTEC. Também contratavam os mesmos advogados. No entanto, nenhuma fatura desses advogados consta na escritura contábil da CEG, nas contas destacadas no Relatório da Fiscalização.

GFIP da empresa CEG tem como responsável empregada da ELETROTEC, Sra Elisângela Port Konrath, que na reclamação trabalhista 0000754- 37.2011.5.04.0351, ora representa a ELETROTEC, ora a CEG.

É sintomático o fato de que um funcionário da CEG conduzia veículo de propriedade da ELETROTEC, por ocasião de um acidente ocorrido em 06/05/2010.

As contabilidades da ELETROTEC e CEG apresentaram vultosos empréstimos concedidos entrem elas, sem o registro de pagamentos e/ou recebimentos de juros e outros encargos referentes aos empréstimos. Tais empréstimos, segundo análise da contabilidade apresentada pela Auditoria Fiscal, eram utilizados para viabilizar gastos realizados pela CEG, inclusive para a quitação de folhas de pagamento.

A responsável pelo Programa de Prevenção de Riscos Ambientais e de Controle Médico de Saúde Ocupacional da CEG, Sra Fabiane, não consta na folha de pagamento da CEG. Já no quadro funcional da ELETROTEC, ocupando o Cargo de Técnico em Segurança do Trabalho da ELETROTEC consta o nome da Sra Fabiane Graziela Reinheimer.

A reveladora a existência de procuração pública outorgada pela CEG aos sócios administradores da ELETROTEC, Gilvan Omero Krummenauer e a Senhora Edelsona Elena Krummenauer, conferindo amplos poderes para gerirem e tratarem de todos os negócios da CEG.

A Impugnante intitula a exclusão do Simples de irregular, cria um tópico para isso, e trata os fatos levantados pela fiscalização de normais às atividades comerciais.

A Interessada não ver problemas na transferência de empregados entre as empresas, “em razão das atividades desenvolvidas pela CEG se assemelharem às da Eletrotec”. Afirma, inclusive que é “normal que tenha ocorrido uma confusão nos funcionários das empresas na época da aquisição da CEG pela Eletrotec e, naturalmente, em tempos posteriores”.

Na visão da Interessada “o fato de não ter ocorrido mudança de carga e salário não quer provar absolutamente nada, em operações que se dá a aquisição de um estabelecimento, os funcionários são transferidos também, sem que haja, demissões e contratações”.

Não houve confusão de endereços entre as empresas CEG e Eletrotec se levar em conta o lapso temporal em que se deu a aquisição da empresa CEG “e seus deslocamentos às empresas”. Em 09/09/2014 a empresa CEG não constava mais lá, sequer existia, pois a compra dela se deu em momento anterior, qual seja, 30/09/2013.

Apesar da JUCERGS ter repassado informação aos bancos de dados da Receita Federal que a empresa CEG promoveu o encerramento das suas atividades em 03/03/2015, segundo relato fiscal, e outras confusões de endereço noticiadas nas reclamações trabalhistas não se tem neste fato elemento decisivo, o mais relevante diz respeito aos fatos ocorridos enquanto existia a CEG. Nesse

passo não merece amparo a afirmação de que a maioria dos fatos ocorridos se justifica pelo evento da aquisição da CEG pela ELETROTEC, um exemplo disso ocorre no início da atividade da CEG com o deslocamento de empregados para da ELETROTEC para as mesmas funções na CEG, com mesmo salário.

A Interessada tenta descaracterizar os depoimentos de trabalhadores em ações trabalhistas: “Normal que tenha ocorrido uma confusão nos funcionários das empresas na época da aquisição da CEG pela Eletrotec e, naturalmente, em tempos posteriores”. Os depoimentos dos trabalhadores em ações trabalhistas são fontes relevantes de informação, uma vez que são testemunhas oculares do cotidiano trabalhista, da sistemática de organização do trabalho. Relatam muito bem o que viviam no dia a dia.

Não se pode dizer que é natural, no mundo empresarial, que uma empresa tenha procuração de outra, com amplos poderes para gerir e tratar de todos os negócios da outra. Foi o que aconteceu, existia uma procuração pública outorga pela CEG aos sócios administradores da ELETROTEC, Gilvan Omero Krummenauer e a Senhora Edelisa Elena Krummenauer, conferindo amplos poderes para gerirem e tratarem de todos os negócios da CEG. Tal fato é típico na situação de interposição de pessoa.

Os fatos não devem ser tratados de forma isolada. Uma coisa é um trabalhador conseguir sair de seu emprego em um dia e no outro está empregado em nova empresa, com o mesmo salário e fazendo a mesma atividade, outra coisa é quando acontece com vários trabalhadores, migrando da ELETROTEC para a CEG com o mesmo cargo e salário. Como chamar de normal a contagem do tempo trabalhado na ELETROTEC para cômputo do período aquisitivo de férias na CEG?

Duas empresas contratarem os mesmo contador não há nenhum problema, mas ganha relevância quando intimada e reintimada a CEG não apresenta o contrato de prestação de serviço estabelecido com a Assessoria Contábil Resser Ltda, reapresentando no lugar o da ELETROTEC. Também contratavam os mesmos advogados, no entanto, nenhuma fatura desses advogados consta na escritura contábil da CEG, nas contas destacadas no Relatório da Fiscalização.

A existência de procuração para os sócios da ELETROTEC gerirem a CEG; Trabalhadores da ELETROTEC prestando serviço para a CEG; Sócios em comum; uso de veículo da ELETROTEC por empregado da CEG; Depoimentos trabalhistas de exempregados apontando para a falta de autonomia da CEG; trabalhadores desligados da ELETROTEC e contratado pela CEG no dia seguinte; Vultosos empréstimos sem contabilização do pagamento ou recebimento de juros; Férias de trabalhador na CEG com parte do período aquisitivo adquirido como empregado da ELETROTEC, entre outros citados com mais detalhe neste voto, são elementos que analisados em conjunto convergem à caracterização de que a CEG atendia aos interesses da ELETROTEC, dessa forma, conclui-se que a realidade fática da CEG se subsume a vedação contida no inciso, IV, art. 29 da Lei Complementar nº 123/06, motivo suficiente para exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional.

Analisa-se, na sequência, os outros fundamentos que motivaram a exclusão da empresa CEG do Simples Nacional, a começa pelas normas contidas nos incisos IV e V do § 4º, art. 3º, da Lei Complementar nº 123/06.

Lei Complementar nº 123/2006, art. 3º, § 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;

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

A Interessada sustenta que a empresa CEG em algum momento se enquadrava no limite contido no inciso IV, art. 3º, § 4º da Lei Complementar 123/06. “Não se está negando a participação da Sra. Karen no capital social da empresa Eletrotec, porém em nenhum momento a Sra. Karen participou da empresa com mais de 10% (dez) por cento do capital da empresa Eletrotec, pelo contrário, é infinitamente inferior a este percentual, conforme se verifica no próprio Acordo de Retirada de Sócio e nas alterações contratuais efetuadas pela empresa Eletrotec”.

Afirma que a Sra. Karen nunca esteve na qualidade de administradora na Empresa Eletrotec, conforme contrato social e alterações. A administração da sociedade era exercida pelos sócios Gilvan Omero Krummenauer e Edelson Elena Krummenauer. É descabida a afirmação que a Sra. Karen desempenha o cargo de Diretora Executiva “segundo informação constante em correspondência eletrônica sobre a prorrogação de prazo para a entrega de documentos solicitados através de intimação fiscal”.

A Interessada e o Setor Fiscal interpretaram as vedações ao Simples Nacional - contidas nos incisos IV e V do § 4º, art. 3º, da Lei Complementar nº 123/06 – em contextos diferentes. A Interessada, em um cenário de normalidade. O Setor Fiscal em um ambiente de interposição de pessoa. Como visto anteriormente, prevaleceu neste voto a configuração de interposta pessoa, em razão da vasta quantidade de fatos convergindo para esta prática. Portanto, considerando a interposição de pessoa, inclusive com a utilização expressa de procuração com amplos poderes para os sócios da ELETROTEC administrarem a CEG, tem-se que os sócios da ELETROTEC, Gilvan Omero Krummenauer e Edelson Elena Krummenauer, eram também sócios de fato da CEG, desta forma, a realidade fática vivida pela CEG, subsume-se aos incisos IV e V do parágrafo § 4º, art. 3º, da Lei Complementar nº 123/06, já que os sócios de fato da CEG são sócios majoritários da ELETROTEC e que a soma das receitas brutas ultrapassam o limite de R\$ 3.600.000,00, vigente à época.

Ao se considerar que a CEG teve existência por mais de um ano calendário e a natureza das infrações cometidas durante sua existência, que motivaram a exclusão desta empresa do Simples Nacional - nos termos dos incisos IV e V, § 4º, art. 3º e inciso V do art. 29 todas da Lei Complementar 123/06 - caracterizada está a prática reiterada nos termos do § 9º, art. 29, Lei Complementar 123/06. Assim, não há reparos a ser feito no Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF-NHO nº 16, fl. 439.

Lei Complementar 123/06

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

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

Conclusão

Desta forma, voto por CONHECER do Recurso Voluntário e no mérito NEGAR-LHE provimento.

Este foi o voto original proferido pela Conselheira Bianca Felícia Rothschild, reproduzido integralmente pelo presente Redator *ad doc*, o qual então conhece do recurso voluntário do contribuinte para no mérito negar-lhe provimento, tendo em vista o não acolhimento da preliminar de nulidade, o que será objeto do voto vencedor.

(assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo

Voto Vencedor

Conselheira Giovana Pereira de Paiva Leite, Redator *ad hoc*

Em um primeiro momento, este voto vencedor ficou a cargo do Conselheiro Lucas Esteves Borges, o qual, todavia, teve o seu mandato extinto e não mais integra o presente Colegiado.

Por tal razão, com fundamento no § 13 do art. 58 do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, fui designada pelo Presidente da Turma para formalizar a sua redação.

Destaque-se ainda que o presente voto envolve tão somente a proposta de nulidade por cerceamento ao direito de defesa, a qual todavia restou vencida por maioria de votos.

Em que pese o voto muito bem fundamentado da Conselheira Relatora Bianca Felícia Rothschild, não entendemos existir qualquer nulidade no Ato Declaratório executivo SEORT/DRF- NHO nº 16, o qual teria excluído o contribuinte do regime especial do Simples Nacional.

Segundo alega o próprio contribuinte, ele não teria sido intimado acerca da abertura do adequado e formal procedimento administrativo correlato a sua exclusão do regime simplificado.

Ao contrário do que afirma a Conselheira Relatora, não é que a Fiscalização tenha aproveitado a intimação do Auto de Infração para cobrança dos tributos devidos em razão da exclusão do Simples Nacional para formalizar a própria exclusão. O que aconteceu na verdade é que no mesmo procedimento de cientificação ou de notificação o contribuinte foi intimado do ADE de exclusão e do auto de infração.

E não há qualquer tipo de irregularidade neste procedimento. Em verdade, caberia ao contribuinte defender-se tanto da exclusão como dos tributos cobrados. Portanto, não há que se falar em cientificação por via oblíqua ou indireta.

Tendo o contribuinte sido devidamente cientificado do ato que o excluiu do Simples Nacional, caberia a ele defender-se dos fatos a ele imputados, o que, *in casu*, não foi verificado.

Em vista do exposto, voto por rejeitar a preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de defesa.

(assinado digitalmente)

Giovana Pereira de Paiva Leite