



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13982.000987/2009-44
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-005.905 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de setembro de 2021
Recorrente CLEMENTE GALON
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Exercício: 2004, 2005, 2006, 2007

RECURSO VOLUNTÁRIO. INTEMPESTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

Diante da tentativa frustrada de intimação via postal no endereço de cadastro do contribuinte válida a intimação por Edital. Considerando que o recurso voluntário foi protocolado após o escoamento do prazo legal, este não deve ser conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso voluntário por sua intempestividade.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Daniel Ribeiro Silva (Vice-Presidente), Cláudio de Andrade Camerano, Carlos André Soares Nogueira, Andre Severo Chaves e Itamar Artur Magalhaes Alves Ruga , Andre Luis Ulrich Pinto e Barbara Santos Guedes (suplente convocada).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal em Belém (PA) que julgou improcedente a impugnação administrativa apresentada pelo contribuinte em virtude das exigências tributárias relativas ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica IRPJ, Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido - CSLL, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social-COFINS e Contribuição para o Programa de Integração Social-PIS, ano(s) calendário 2004, 2005, 2006 e 2007, com crédito total apurado no valor de R\$ 193.902,46, incluindo o principal, a multa de ofício e os juros de mora, atualizados até 31/07/2009.

Também integra os Autos de Infração o Termo de Verificação Fiscal de folhas 170/178.

De acordo com os fatos narrados pela autoridade lançadora, o sujeito passivo incorreu na(s) seguinte(s) infração (ões): Insuficiência de recolhimento de IRPJ e contribuições sociais reflexas, decorrente da exclusão do contribuinte do SIMPLES Federal e Nacional.

Sobre a exigência principal foi aplicada a multa de ofício de 150%:

Para justificar a exação a autoridade lançadora assevera:

[...] A empresa CLEMENTE GALON CNPJ no 01.728.891/000160 **foi excluída do SIMPLES FEDERAL (Lei nº 9.317/96), a partir de 01/01/2004, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/JOA nº 013, de 23/03/2009 (cópia a fls. 162) e do SIMPLES NACIONAL (Lei Complementar no 123/2006), a partir de 01/07/2007, conforme Ato Declaratórios Executivo DRF/JOA nº 20, de 08/04/2009** (cópia a fls. 163).

As razões [...] que motivaram a exclusão da empresa [...] do SIMPLES FEDERAL e do SIMPLES NACIONAL estão ameadadas nos autos do Processo Administrativo Fiscal no 13982.000193/20098 [...] [...] a autuada foi intimada por meio do Termo de Intimação Fiscal nº 06, (fls.75 a 77), a manifestar sua opção por um regime de tributação [...]

Em resposta, o contribuinte carrou o expediente de (fls. 159 e 160) no qual expressamente manifesta sua opção pela tributação de acordo com as regras do lucro presumido.

[...] a partir da receita bruta identificada na escrituração do contribuinte, conforme cópia do razão a (fls.153 a 156), adotamos os seguintes procedimentos, lembrando que **foram deduzidos os valores já declarados pela empresa na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica SIMPLES**. Consta a fls. 151 e 152, planilha denominada de DEMONSTRATIVO DE RATEIO DOS VALORES DECLARADOS NA DSPJ SIMPLES. [...]

[...] O percentual da multa aplicada na presente autuação foi a de 150 %, **visto que a juízo desta fiscalização, a opção pelo SIMPLES FEDERAL e pelo SIMPLES NACIONAL pela empresa "CLEMENTE GALON" foi caracterizada por fraude, a qual consistiu em uma simulação, qual seja, a empresa CLEMENTE GALON existe somente no papel, sendo que todas as suas atividades se confundem com a empresa STARKFEST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA CNPJ no 73.650.939/000175 (doravante denominada de STARKFEST)**.

A realização de operações simuladas, com o objetivo de elidir o surgimento da obrigação tributária principal ou de gerar maiores vantagens fiscais, no caso a entrada

da empresa CLEMENTE GALON no SIMPLES FEDERAL e no SIMPLES NACIONAL está caracterizada nas seguintes condutas.

O prédio onde está localizado a empresa CLEMENTE GALON é de propriedade da empresa STARKFEST. O endereço social da empresa CLEMENTE GALON é a Rua Aracaju, mesmo endereço da STARKFEST, apenas com a numeração diferenciada, pois se tratam de prédios separados, mas dentro do mesmo lote urbano no 01, da quadra no A6, conforme podemos certificar através da Certidão juntada às fls. 17 a 20 e da fotografia constante às fls. 37, do Processo Administrativo Fiscal no 13982.000193/200981.

Ficou comprovado por esta fiscalização e demonstrado nas fotografias constantes às Fls. 38 do Processo Administrativo Fiscal no 13982.000193/20098, que **somente a empresa STARKFEST possui placa de identificação da empresa situada na parte externa do prédio.**

As empresas CLEMENTE GALON e STARKFEST apresentam **todos os seus funcionários, inclusive sócios-gerentes, trabalhando no mesmo local, ou seja, no mesmo endereço da STARKFEST.** Podemos verificar através da foto juntada as fls. 39 do Processo Administrativo Fiscal no 13982.000193/200981 **a existência de uma rampa de ligação entre as empresas, o que demonstra que essas empresas se fundem num só estabelecimento** o senhor ANECLETO GALON (sócio proprietário da empresa STARKFEST) efetuou um "CONTRATO DE COMODATO" em 02/07/1999, cópia anexo às fls. 13 e 14 do Processo Administrativo Fiscal no 13982.000193/200981, no qual dá em comodato à empresa CLEMENTE GALON, um barracão industrial, em alvenaria, com área aproximada de 240,00 m², localizado no mesmo lote da quadra onde se localiza a empresa STARKFEST. (vide fotografia as fls. 37 constante no Processo Administrativo Fiscal no 13982.000193/200981).

Consultando o sistema informatizado da Receita Federal Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral (cópias anexas às fls. 11 e 12 do Processo Administrativo Fiscal no 13982.000193/200981), constatamos que **a descrição das atividades econômicas, principal e secundária, de ambas as empresas (CLEMENTE GALON e STARKFEST) é a mesma:** "Confecção de peças de vestuário, exceto roupas íntimas e as confeccionadas sob medida" e "facção de peças do vestuário, exceto roupas íntimas", respectivamente;

O controle de ponto das duas empresas (CLEMENTE GALON e STARKFEST) é realizado por meio eletrônico, através da impressão digital. Esse equipamento que controla a entrada e saída dos empregados encontra-se próximo à entrada do prédio onde funciona a empresa CLEMENTE GALON, (ver fotografia à fls. 40 do Processo Administrativo Fiscal no 13982.000193/200981) Constatamos através dos documentos apresentados que, nas notas fiscais e faturas (cópias anexas, por amostragem, às fls. 22 a 36 do Processo Administrativo Fiscal no 13982.000193/200981), que **a empresa CLEMENTE GALON presta serviços exclusivamente para empresa STARKFEST.**

Conforme Contrato de Prestação de Serviço (cópia às fls. 15 e 16 do Processo Administrativo Fiscal no 13982.000193/200981), todo o material utilizado para confecção das peças, tais como: modelagem, tecido, etc... É fornecido pela contratante STARKFEST. Da mesma forma as despesas de água, energia elétrica e telefone serão suportadas pela STARKFEST.

Não há lançamentos contábeis na empresa CLEMENTE GALON, referentes às despesas básicas e indispensáveis, como por exemplo: material de limpeza, material de higiene, tesouras, agulhas, linhas, papéis, canetas, arquivos, etc... Curioso é que a empresa CLEMENTE GALON possui registrado em sua contabilidade, um computador e uma impressora e não existem registros contábeis de aquisição de papéis, cartuchos para impressora e outros materiais inerentes ao funcionamento desses equipamentos;

Conforme leitura ao Contrato de Comodato, constante às fls. 13 e 14 do Processo Administrativo Fiscal no 13982.000193/200981, na cláusula 4ª ficou estabelecido que: "A COMODATÁRIA é obrigada a conservar, como se seu fosse o imóvel cedido a título de empréstimo gratuito, devendo ressarcir o COMODANTE pelos danos que causar". No entanto, em todo período fiscalizado (01/01/2004 a 31/12/2007) não encontramos nenhuma despesa referente à manutenção do imóvel;

Verificamos também que esse contrato de comodato é apenas do imóvel e analisando os lançamentos contábeis verificamos que a empresa CLEMENTE GALON possui em seu Ativo Imobilizado Conta no 1.3.2.01.01.003 Máquinas e Equipamentos, o seguinte: 02 (duas) unidades automáticas para costurar tecidos, uma máquina para costurar debrum e uma máquina de cortar tecido, máquinas essenciais para o desenvolvimento da atividade fim da empresa. O que nos causa estranheza é que **a empresa possui em média 90 empregados e apenas quatro instrumentos de trabalho.** Diante disso, concluímos que as demais máquinas e equipamentos são fornecidos pela empresa STARKFEST.

Do mesmo modo, verificasse nas demonstrações contábeis que a empresa CLEMENTE GALON não contabilizou as despesas provenientes da manutenção de máquinas e equipamentos, para os exercícios de 2004 a 2006. Observamos que a empresa contabilizou no exercício de 2007, nessas contas "manutenção de máquinas e equipamentos", apenas duas notas fiscais, no montante de R\$ 686,00, evidenciando assim, que a propriedade das máquinas era da empresa STARKFEST e que a empresa CLEMENTE GALON era apenas uma prestadora de serviços por cessão de mão de obra;

Constatamos que **a empresa CLEMENTE GALON, no período verificado por esta fiscalização (01/01/2004 a 31/12/2007), não efetuou distribuição de lucro e a remuneração do seu administrador foi de um salário mínimo por mês.** Salientamos que a empresa apurou um prejuízo acumulado em 31/12/2007, de R\$ 209.669,28. Analisando os registros contábeis verificamos que o capital social integralizado da empresa é de R\$ 90.000,00, resultando dessa forma um Passivo a descoberto de R\$ 119.669,28. Mesmo sem a contabilização de diversas despesas e custos já mencionados apresenta um passivo a descoberto, **o que evidencia a criação dessa empresa apenas para retirar os empregados da STARKFEST (lucro real) e criar uma empresa para prestar serviços por cessão de mão de obra CLEMENTE GALON (OPTANTE DO SIMPLES).**

Entre os empregados que compõem ou compuseram a folha de pagamento da empresa CLEMENTE GALON, os seguintes empregados também fizeram parte dos quadros da empresa STARKFEST. Conforme demonstrativo as Fls. 166, existem empregados deixavam os quadros da empresa STARKFEST e eram imediatamente admitidos, na mesma função, na empresa CLEMENTE GALON.

Outro ponto que merece destaque na relação entre as referidas empresas é a da semelhança dos planos de cargos e funções conforme abaixo demonstrado:

STARKFEST	CLEMENTE GALON
SUPERVISOR	SUPERVISOR
CONFECCOES DE ROUPAS	CONFECCOES DE ROUPAS
COSTUREIRAS	COSTUREIRAS
OPERADOR DE MAQUINAS DE BORDADO	OPERADORES DE MAQUINAS DE BORDADO
ESCRITURÁRIOS	ESCRITURARIOS
VENDEDOR	DESENHISTA
	SERVIÇO DE LIMPEZA
	TRABALHADORES NA CONFECCÃO DE ARTEFATOS DE TECIDO E COURO
	EMBALADOR

Ao se cotejar as relações de cargos e funções das empresas verificamos que os empregados da empresa CLEMENTE GALON e STARKFEST exercem diversas funções ligadas à atividade fim da "empresa contratante" (STARKFEST). A título de exemplo às funções de supervisor, confecções de roupas, costureiras, operador de máquinas de bordado e escriturários.

Outro fato que nos causa estranheza é que a empresa STARKFEST atualmente não possui empregados na área administrativa. Os empregados que executam essa tarefa (parte administrativa) são registrados na empresa CLEMENTE GALON. Enfim, a empresa STARKFEST (empresa não optante do SIMPLES) possui número reduzido de empregados, que citamos como exemplo o mês de competência 12/2007, apenas 05 empregados, enquanto que a empresa CLEMENTE GALON, nesse mesmo mês possui 93 empregados.

A autuada é uma "Firma Individual" em nome do senhor CLEMENTE GALON, irmão do senhor ANECLETO GALON, sócio majoritário da empresa STARKFEST. Salientamos que a empresa CLEMENTE GALON nomeou e constituiu sua Procuradora, conferindo plenos poderes a Srta. FRANCIÉLI GALON, filha do senhor ANECLETO GALON, conforme Procuração registrada na folha no 139 do Livro no 05 do Tabelionato Rui Rolim de Moura, em Aguas Frias SC (cópia a Fls.164 e 165).

Depreende-se da leitura da referida Procuração, que a efetiva administração da empresa CLEMENTE GALON era e é exercida pela senhora FRANCIÉLI GALON, filha do senhor ANECLETO GALON, sócio gerente da empresa STARKFEST.

É importante destacar ainda, que mesmo se não houvesse esses vínculos familiares entre os sócios das empresas, e a coincidência no endereço de ambas as empresas, a empresa CLEMENTE GALON desde o início de suas atividades presta serviços exclusivamente empresa STARKFEST, e conforme constatou esta fiscalização, é nítida que a prestação dos serviços é dada por locação de mão-de-obra, à medida que todo o potencial de mão-de-obra está disposição da contratante (STARKFEST), e em suas dependências físicas.

Diante dos fatos expostos neste relatório, restou clara a intenção da empresa CLEMENTE GALON de evadir-se de suas obrigações tributárias, optando indevidamente pelo SIMPLES FEDERAL e pelo SIMPLES NACIONAL, visto que a criação dessa empresa foi efetuada apenas para se "retirar" os empregados da STARKFEST (lucro real) criando uma empresa para prestar serviços por cessão de mão de obra. (CLEMENTE GALON optante do SIMPLES FEDERAL e NACIONAL).

Por tudo o exposto, conclui-se que o autuada incorreu no disposto nos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, os quais definem a conduta de sonegação e fraude.

O sujeito passivo tomou ciência do lançamento em 11/08/2009 (fls. 05, 17, 30 e 48) e apresentou sua impugnação em 09/09/2009 (fls. 180199), na qual alegou em síntese que:

- a) Como o local onde desenvolvia a atividade era locado e já prestava serviço para a empresa Starkfest, surgiu a oportunidade de não pagar mais locação e ampliar a sua atividade econômica. Assim, foi feito um contrato de comodato gratuito com um barracão de 240 m2 da empresa Starkfest, que

é separado do barracão da sede da empresa Starkfest, tem acesso pra rua, alvará de localização, tudo regularizado.

- b) Após a transferência da firma mercantil para o endereço atual, o titular e empresário Clemente Galon, começou a ter problemas de saúde e não pôde continuar a frente do seu negócio, outorgando procuração.
- c) Por uma interpretação pura e simples do ponto de vista formal da ordem tributária, destoadada em relação as demais circunstâncias, se interpreta que o procurador da interposta pessoa, que não é verdade.
- d) [...] Em determinado momento no relatório, a autoridade trata como locação de mão-de-obra e em outro como cessão de mão-de-obra, basta se verificar a confusão na página 6 e 7 do relatório.
- e) Ocorre, que se considera locação de mão-de-obra, quando uma empresa locadora coloca seus empregados à disposição da locatária para executar trabalhos temporários, em local por esta determinado. No caso concreto, não há por parte da empresa Starkfest uma determinação do local onde os funcionários devam prestar o serviço, assim não está caracterizado a locação de mão-de-obra.
- f) O imóvel onde o contribuinte está localizado é de propriedade da empresa Starkfest, que o cedeu ao Contribuinte sob o regime de comodato, mas esta não possui nenhuma gerência no imóvel e sobre os seus funcionários. Não se caracterizando locação de mão-de-obra, não merecendo prosperar o Auto de infração.
- g) No tocante a cessão de mão-de-obra, as normas específicas a respeito dessa matéria foram disciplinadas pela Ordem de Serviço INSS/DAF N.º 209, de 20/05/1999.
- h) Em nenhum destes trabalhos, está incluído a costura industrial por encomenda, e também não ficou caracterizado, que a empresa Starkfest comandava os funcionários do contribuinte.
- i) O STJ vem entendendo, que não se configura a cessão de mão-de-obra se ausentes os requisitos de colocação de empregados A disposição do contratante, submetidos ao poder de comando deste (art. 31, .§ 3º, da Lei 8.212/91). Precedente: EDcl no AgRg no REsp 584.890, Relator Ministro Luiz Fux, la Turma, D.J. de 28.02.2005.
- j) Desta forma, consideram-se cessão de mão-de-obra, somente estas atividades para efeito tributário. O STJ vem firmando entendimento, que apesar do rol de atividades elencadas no art. 31, § 4º, da Lei n.º 8.212/91 (alterada pela Lei n.º 9.711/98) não ser taxativo, a inclusão de novos serviços como cessão de mão-de-obra somente pode dar-se por lei ou ato normativo interno do poder público (REsp 587577/RS, Francisco Falcão, DJ de 17.12.2004).

- k) [...] tanto pela concepção de locação de mão-de-obra, como pela cessão de mão-de-obra, não pode prosperar o auto de infração, pois em ambas as situações, não se configura a exclusão do Simples Federal e Simples Nacional.
- l) [...] cabe transcrever a seguinte parte do processo n. 13982.000193/200981 (processo que resultou a exclusão do Simples Federal e Nacional).
- m) Não há em toda a fundamentação que sustenta a locação de mão-de-obra, desde quando o contribuinte teria infringido a legislação do Simples. A única referência que encontramos, refere-se ao inciso II, do § 1º do art. 24 da IN SRF n. 608/06 e com base nisso, afirma que a exclusão deve reportar-se a 01/01/2002.
- n) [...] se extrai da representação Safiz 002/2009, o motivo do desenquadramento é exercer atividade de locação de mão-de-obra, que é impeditiva no enquadramento no Simples.
- o) No objeto social da declaração de empresário, não consta à prestação de serviço mediante locação de mão-de-obra como atividade a ser implementada pelo contribuinte, assim deveria a autoridade fiscal detalhar desde quando o contribuinte exerce essa atividade.
- p) A apresentação de declarações inexatas, por si só, não comporta a imputação de evidente intuito de fraude, para fins de afastamento do art. 150, § 4º do CTN na contagem do prazo decadencial. [...] se a autoridade lançadora utilizou o art. 173, I, do CTN, para fins de decadência, sob a justificativa de evidente intuito de fraude, haveria de estar demonstrada nos autos as circunstâncias que conduziram a essa conclusão. [...] como o lançamento foi realizado em 17/06/2009 e abrange o período de 01/2004 a 10/2008, tem-se que as competências anteriores a julho de 2004 são decadentes por qualquer um dos dispositivos do CTN que tratam da matéria.
- q) [...] requereu a esta Colenda Turma Julgadora: (i) O recebimento e o processamento da presente impugnação/defesa, segundo as normas que regem o processo administrativo, suspendendo a exigibilidade do crédito nos termos do inciso III do art. 151 do CTN; (ii) Seja suspenso o julgamento da presente impugnação, até decisão irrecurável do processo administrativo de Exclusão do Simples Nacional e do Simples Federal processo n. 13982.000193/200981; (iii) Seja considerado improcedente o lançamento de constituição do crédito tributário materializado no Auto de Infração materializado no processo administrativo fiscal n.º 13982.000987/2009-44, pelas razões declinadas na presente impugnação; (iv) Caso seja considerado procedente, seja excluído por decadência as competências anteriores a julho de 2004.

O Acórdão ora Recorrido (0128.8291ª Turma da DRJ/BEL) recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ
Ano calendário:

2004, 2005, 2006, 2007

Ementa:

DECADÊNCIA. O prazo decadencial para o lançamento sujeito a homologação do pagamento é de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador. Para que se opere este prazo decadencial mister que o contribuinte tenha efetuado recolhimento, ainda que parcial, do tributo e, ainda, não tenha agido com dolo, fraude ou simulação. Caso contrário, contasse o lustro do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. Há preclusão da apreciação dos motivos que levaram a unidade de origem a excluir a pessoa jurídica do SIMPLES, quando a matéria já foi objeto de julgamento, no mesmo grau de recurso, em outro processo administrativo.

MULTA QUALIFICADA. Comprovada a intenção dolosa dos administradores da sociedade em modificar as condições pessoais da pessoa jurídica, com o fim de reduzir a obrigação tributária e, conseqüentemente, o crédito tributário, devesse aplicar a multa qualificada sobre o crédito constituído, decorrente dessa conduta dolosa.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

Isto porque, segundo entendimento da Turma, (...) em relação ao enquadramento quanto ao Simples, “a recorrente concentra boa parte de sua defesa a refutar o enquadramento de sua atividade à locação ou cessão de mão-de-obra. Motivo este que levou à sua exclusão do SIMPLES Nacional e Federal, nos termos do art. 1º do Ato Declaratório Executivo DRF/JOA n.º 013, de 23/03. Acontece que o assunto já foi objeto de julgamento, em primeiro grau de recurso administrativo, no processo 13982.000193/2009-81, que cuida da exclusão do contribuinte do SIMPLES. Oportunidade em que a manifestação de inconformidade foi considerada improcedente (Acórdão n.º 0127.573 – 2ª Turma da DRJ/BEL, às folhas 110125 do processo n.º 13982.000193/200981)”;

(...) quanto ao coeficiente do lucro presumido, entendeu que “a questão da natureza da atividade exercida pela recorrente ganharia relevo no processo no que tange à determinação do coeficiente do lucro presumido. Nesse aspecto, a fiscalização utilizou o percentual de 8%, considerando a atividade exercida pela impugnante como industrialização por encomenda”.

Ciente da decisão do Acórdão, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às (fls.280), alegando em síntese:

- a) DA ADMISSIBILIDADE E DO EFEITO SUSPENSIVO DO RECURSO VOLUNTÁRIO: “entende o contribuinte que a citação do Acórdão deve ser considerada quando o contribuinte se dirigiu a RFB para tomar conhecimento e extração de cópias do processo, que se deu na data de 07.08.2015. Assim, a presente impugnação é tempestiva e deve suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do inciso III, do artigo 151 do CTN”.
- b) DO MÉRITO: Aduz que na data de 18.03.2009, houve alteração de contrato da empresa e STARKFEST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA, através da Sexta Alteração Contratual, protocolada junto a JUCESC na data de 26.03.2009 sob Protocolo n. 09/080005-2 e registrada em 26.03.2009 sob n. 20090800052, onde na cláusula 01 da alteração, dispõe que os sócios por decisão unânime, decidiram que a sociedade passou a partir daquela data (18.03.2009) a estabelecer-se na Rua Aracaju, 203, Bairro Centro, na Cidade de Pinhalzinho, Estado de Santa Catarina.
- c) Diante dos documentos apresentados, fica demonstrado e provado, que o Relatório Fiscal que justifica o Auto de Lançamento não condiz com a realidade dos fatos, e toda a tese que justifica o lançamento deve ser rechaçada, inclusive os Atos Declaratórios Executivos que excluam do SIMPLES FEDERAL e SIMPLES NACIONAL, que estão sendo discutidos em autos separados, através do processo n. 13982.000193/2009-81, que apesar de constar na fundamentação do voto que o processo se encontra julgado, esta decisão não era de conhecimento do contribuinte na data do julgamento deste processo. Mesmo que fosse julgado, ainda cabe recurso.
- d) Aduz que em todo o caderno processual, não há prova de que o endereço da empresa CLEMENTE GALON, realmente se localizava sobre o Lote Urbano n. 01 da Quadra A6 Matrícula n. 7.148. Por isso, necessário se faz colacionar aos autos cópia dos documentos de folha fls. 17 a 20 e da fotografia constante à folha 37 e folha 39 do Processo Administrativo Fiscal n. 13982.000193/2009-81. Pois estas em tese, seriam as provas produzidas pelo fisco.
- e) Aduz que diante dos documentos novos, que não estavam disponíveis quando da impugnação, demonstra o contribuinte que o relatório fiscal está destoado com a realidade fática. Por tanto, se é o relatório fiscal que motiva o ato do lançamento e este está totalmente equivocado com as provas apresentadas, deve ser anulado, pois o mesmo não condiz com a realidade fática, ferindo os princípios da legalidade, motivação,

razoabilidade e segurança jurídica, insculpidos no artigo 22 da lei 9.784/99.

- f) Requereu que seja determinado que a RFB — Receita Federal do Brasil, que junte aos presentes autos, cópia dos documentos de folha fls. 17 a 20 e da fotografia constante à folha 37 e folha 39 do Processo Administrativo Fiscal n. 13982.000193/2009-81, com o fito de demonstrar o quanto equivocada está a fundamentação do Relatório Fiscal.
- g) Requereu que seja acolhida a admissibilidade do Recurso Voluntário, deferindo-lhe o efeito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário, exigido no auto de infração do qual se impugna.

Ressalto ainda que o Processo n. 13982.000193/2009-81 que tratou da Exclusão do SIMPLES também foi julgado em segunda instância administrativa desde 17/05/2018, através do Acórdão 1301-003.083, tendo recebido a seguinte ementa:

ATO DE EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA. LOCAÇÃO MÃO-DE-OBRA. CABIMENTO

Deverá haver a exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação, como o exercício da atividade vedada de locação de mão-de-obra.

Deverá haver a exclusão do Simples Federal, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação, como o exercício da atividade vedada de locação de mão-de-obra, com efeitos a partir do exercício da atividade impeditiva.

A referida decisão administrativa já se tornou definitiva.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, Relator.

Observo que as referências a fls. feitas no decorrer deste voto se referem ao e-processo.

Fl. 11 do Acórdão n.º 1401-005.905 - 1ª Sejl/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 13982.000987/2009-44

Antes de adentrar ao mérito do Recurso necessário se faz analisar o cumprimento dos requisitos para sua admissibilidade.

Conforme se verifica à fl. 263 dos autos a entrega da intimação do resultado do julgamento de primeira instância no endereço cadastral da Recorrente foi recusada pelo destinatário em 05/05/2014, razão pela qual foi publicado o Edital eletrônico 000641110 em 09/05/2014 com data de ciência em 24/05/2014. Senão vejamos:

CORREIOS AR AVISO DE RECEBIMENTO		AGÊNCIA AC CHAPECO	CONTRATO 9912348224
DESTINATÁRIO: CLEMENTE GALON Rua Arcaju, 113 Centro 89870-000 Pinhalzinho - SC		TENTATIVAS DE ENTREGA 1ª DATA _____ h 2ª DATA _____ h 3ª DATA _____ h	
AR730408821JL [Barcode]		MOTIVO DA DEVOLUÇÃO <input type="checkbox"/> Melhorar <input type="checkbox"/> Recusado <input type="checkbox"/> End. Insuficiente <input type="checkbox"/> Não Procurado <input type="checkbox"/> Não Existe o Nº <input type="checkbox"/> Ausente <input type="checkbox"/> Desconhecido <input type="checkbox"/> Falecido <input type="checkbox"/> Outros	
ENDEREÇO PARA DEVOLUÇÃO DO AR AGÊNCIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CHAPECO Rua Urupitã, 4 - 313 Centro 89870-000 Pinhalzinho - SC		DATA DE ENTREGA _____	
DECLARAÇÃO DE CONTEÚDO (OPCIONAL) PROC DIG 13982-000987/2009-44, INTIMAÇÃO 28/2014, ACÓRDÃO 01-28.829 (Trib.)		Nº DOCUMENTO DE IDENTIDADE _____	
ASSINATURA DO RECEBEDOR NOME LEGAL DO RECEBEDOR _____		[Stamp: AC CHAPECO 05 MAI 2014]	



EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELECOMUNICAÇÕES	
<input type="checkbox"/> ANULADO SE	<input type="checkbox"/> FALCIDO
<input type="checkbox"/> RECORRIDO	<input type="checkbox"/> AUSENTE
<input checked="" type="checkbox"/> RECUSADO	<input type="checkbox"/> NÃO PROCURADO
<input type="checkbox"/> ENDEREÇO INSUFICIENTE	<input type="checkbox"/> NÃO EXISTE O Nº INDICADO
<input type="checkbox"/> END. RURAL	<input type="checkbox"/> PORTADOR DO SÍNDICO
[Handwritten: DYGESSA RE 4050]	
[Handwritten: CLAUDIO BACK]	
[Handwritten: Carilto]	
[Handwritten: Matr. 01.728.891-60]	
[Handwritten: AC-Pinhalzinho-SC]	

SC CHAPECO ARF

Fl. 264



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL
DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM JOACABA

Número do Edital Eletrônico: 000641110

Data de Publicação: 09/05/2014

Data de Ciência: 24/05/2014

Nome: CLEMENTE GALON - EPP
CNPJ: 01.728.891/0001-60

Número do Processo: 13982.000987/2009-44

Pelo presente edital, com fundamento no art. 23, § 1º, inciso I, e § 2º, inciso IV, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pelas Leis nº 11.196, de 21 de novembro de 2005 e nº 11.941, de 27 de maio de 2009, fica o sujeito passivo acima identificado **CIENTIFICADO** da(o) intimação: 28-2014 e Acórdão 01-28.829 constante dos autos do processo administrativo indicado, cuja cópia poderá ser obtida na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) do seu domicílio tributário.

Transcorrido o trintídio legal fora lavrado o termo de preempção à fl. 265 e encaminhada a carta cobrança n. 36/2014 para o mesmo endereço cadastral, tendo sido

recepcionada em 25/07/2014 pela mesma pessoa que recusou o recebimento da intimação anterior, senão vejamos:

SC CHAPECO ARF		SIGEP		AVISO DE RECEBIMENTO		CONTRATO 9912348224		FL 276	
DESTINATÁRIO: CLEMENTE GALON - EPP RUA ARACAJU, 113 CENTRO 8970000 Pinhalzinho-SC			TENTATIVAS DE ENTREGA: 1ª / / :h 2ª / / :h 3ª / / :h			CARTEIRO UNIDADE DE ENTREGA ACPINHALZINHO 25 JUL 2014 SE			
REMETENTE: ARF/CHAPECO ENDEREÇO PARA DEVOLUÇÃO DO OBJETO: Rua Uruguai - E. 373 Centro 89801571 Chapecó-SC			MOTIVO DE DEVOLUÇÃO: <input type="checkbox"/> Endereço Insuficiente <input type="checkbox"/> Não Existe o Número <input type="checkbox"/> Desconhecida <input type="checkbox"/> Outros			<input type="checkbox"/> Preso(a) <input type="checkbox"/> Não Procurado <input type="checkbox"/> Ausente <input type="checkbox"/> Falecido			
JLB01475101BR 			9562114 5562160			RUBRICA E MATRÍCULA DO CARTEIRO Dyessa Regoso			

Por sua vez à fl. 277 consta recibo de entrega de cópia digital do processo ao Sr. Clemente Galon em 07/08/2014.

O presente Recurso foi protocolado em 22/08/2014 e em sede de preliminar defende a tempestividade e admissibilidade da peça pelos seguintes argumentos:

Relatamos ao Ilustre julgador, que o contribuinte acima identificado, tinha conhecimento que havia em trâmite processo administrativo pendente de julgamento e vinha atendendo todas as intimações solicitadas/encaminhadas pela autoridade fiscal no endereço da sede onde desenvolvia as atividades, ou seja, Rua Aracajú, 113 na Cidade e Comarca de Pinhalzinho, Estado de Santa Catarina.

Ocorre que na data de 30.09.2013 encerrou as atividades conforme protocolo de extinção junto a Jucesc n. 13/260274-1 em data de 07/10/2013 e registro n. 20132602741 em data de 17/01/2014, documento anexo.

No local da sede do contribuinte, veio a funcionar nova empresa e ao receber a correspondência de folha 263 (ciência do acórdão) pelo funcionário daquela empresa (Senhora Dyessa Regoso) esta se recusou a receber a correspondência, sendo o contribuinte cientificado por Edital, conforme Edital Eletrônico n. 000641110, documento de folha n. 264, sendo lavrado Termo de Perempção as folhas 265.

Em decorrência da perempção, foi lavrado Carta de Cobrança do crédito exigido no processo administrativo e **encaminhado correspondência para o mesmo endereço, que nesta vez, por descuido do funcionário acabou recebendo e dias após vários dias deu conhecimento da correspondência ao Contribuinte.** Tomando conhecimento da Carta de Cobrança, o Contribuinte surpreso dirigiu-se a RFB no dia 07.08.2014 e tomou conhecimento da decisão, que ora se impugna.

Nesta oportunidade tomou conhecimento do acórdão e que o mesmo havia sido remetido para ciência através do correio por carta registrada, código de rastreamento n. AR730408821.11, sendo que o correio tentou entregar a correspondência no dia 05.05.2014, assinalando o carteiro que o destinatário se recusou, porém não observou o

carteiro, que naquele local não desenvolvia mais atividade o contribuinte, conforme documento de fls. 263. Portanto, não era o destinatário que se negou/recusou receber a correspondência.

Ocorre ilustre julgador que o Contribuinte não se recusou, haja visto que naquele local não se encontrava mais face sua extinção. Desta forma, não se encontrava presente para receber a respectiva notificação/correspondência.

Em face da devolução da correspondência pelo correio a autoridade fiscal imediatamente publicou o Edital Eletrônico de folha 264, porém não observou que na data de 23.01.2014 o contribuinte comunicou a RFB a extinção do estabelecimento conforme Documento Básico de Entrada do CNPJ Código de Acesso n. 10.45.57.76.42-01.728.891.000.160 , sendo que a Baixa lhe foi indeferida sendo a inscrição no CNPJ suspensa em data de 10.02.2014 conforme documentação em anexo.

Desta forma, entende o Contribuinte, que a ciência deveria ser data no local de sua residência, alternativamente, a seu procurador constituído nos autos.

Como se extrai da documentação, antes de lavrar o Edital Eletrônico, a Autoridade Fiscal deveria ter averiguado a possibilidade de citar o contribuinte no seu endereço residencial ou o seu mandatário no seu endereço profissional, visto que a recusa não foi do sujeito passivo, muito menos do seu mandatário.

Nos termos do artigo 23 do Decreto n. 70.235/72, a intimação far-se-á pessoalmente pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do **sujeito passivo, seu mandatário ou preposto**, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar.

Como se extrai da documentação anexa, quem se recusou a receber a correspondência de folha 263 é pessoa estranha a lide e sequer funcionária é do contribuinte. Desta forma, todos os atos praticados após o acórdão são nulos, visto que não houve ciência do contribuinte da decisão, muito menos do seu mandatário que havia documentos nos autos ou preposto.

O direito a ampla defesa e ao contraditório é um direito fundamental previsto na Constituição Federal em seu artigo 52, inciso IV, ao qual dispõe que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Tanto isso é verdade que o referido dispositivo se encontra dentro do Título II da Constituição Federal que versa sobre os direitos e garantias fundamentais.

A citação por edital é a modalidade extrema da citação, que procura quando exaurido todos os outros meios resguardar o interesse público. O entendimento da RFB para a autoridade fiscal determine a citação por edital deve proceder à tentativa de uma outra forma de ciência que resulte frustrada, ao menos que tenha sido declarada a inaptidão do sujeito passivo perante o cadastro fiscal.

No caso em tela, houve apenas uma forma de tentativa de ciência, através de carta registrada cujo carteiro a devolveu por recusa feita por pessoa estranha na relação processual.

A jurisprudência administrativa tem se posicionado no sentido que a intimação por edital do sujeito passivo para ciência de auto de infração sempre é cabível quando não for possível a intimação pessoal e via postal (CARF acórdão n. 106- 14559).

Extrai-se do referido acórdão que a intimação por edital deve exaurir a possibilidade da citação pessoal. Neste sentido, a citação pessoal era possível inclusive para seu mandatário.

Ainda, a jurisprudência administrativa tem firmado entendimento que a intimação por edital somente pode ser realizada quando restarem infrutíferas as tentativas de intimação via correio em todos os endereços a disposição da fiscalização (CARF acórdão n. 106-13367).

Como se extrai do referido acórdão e compulsando os autos do processo administrativo verificasse que a correspondência foi encaminhada uma única vez no local onde estava extinto o local, cuja extinção era de conhecimento da RFB.

Por estas razões, entende o contribuinte que a citação do Acórdão deve ser considerada quando o contribuinte se dirigiu a RFB para tomar conhecimento e extração de cópias do processo, que se deu na data de 07.08.2015. Assim, a presente impugnação é tempestiva e deve suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do inciso III, do artigo 151 do CTN.

Entendo não assistir razão à Recorrente quanto à preliminar de tempestividade.
Explico.

Cumpram analisar o que dispõe o art. 10 do RPAF (grifos nossos):

Art. 10. As formas de intimação são as seguintes:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar ([Decreto nº 70.235, de 1972, art. 23, inciso I](#), com a redação dada pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 67);

II - por via postal ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo ([Decreto nº 70.235, de 1972, art. 23, inciso II](#), com a redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997, art. 67);

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante:

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo ([Decreto no 70.235, de 1972, art. 23, inciso III](#), com a redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005, art. 113); ou

IV - por edital, **quando resultar improficuo um dos meios previstos nos incisos I a III do caput** ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, publicado ([Decreto nº 70.235, de 1972, art. 23, § 1º](#), com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, art. 25);

a) no endereço da administração tributária na Internet;

b) em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou

c) uma única vez, em órgão da imprensa oficial local.

§ 1º **A utilização das formas de intimação previstas nos incisos I a III não está sujeita a ordem de preferência** ([Decreto nº 70.235, de 1972, art. 23, § 3º](#), com a redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005, art. 113).

§ 2º Para fins de intimação por meio das formas previstas nos incisos II e III, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 23, § 4º , com a redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997, art. 67):

I - o endereço postal fornecido à administração tributária, para fins cadastrais; e

II - o endereço eletrônico atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 23, § 4º , inciso II, com a redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005, art. 113).

Da análise da legislação é possível chegar à conclusão de que a intimação por Edital poderá ser feita quando frustrada um dos meios previstos nos incisos I a III. Por sua vez, o §1º dispõe que a utilização dos meios indicados nos incs. I a III não estão sujeitos à ordem de preferência e o §2º dispõe que a intimação postal é feita no endereço fornecido à autoridade fiscal para fins cadastrais.

Veja ainda que, nesta mesma linha a Súmula CARF n. 09 dispõe que é válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio eleito pelo contribuinte confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário. Prestigia-se, desta forma, a chamada teoria da aparência que é adotada pela jurisprudência dos tribunais superiores.

Pois bem, para se aferir a tempestividade e regularidade da intimação feita por meio de Edital faz-se necessário aferir se a intimação postal frustrada fora realizada no endereço cadastral indicado pelo contribuinte.

Cumprе lembrar que conforme se verifica da fl. 263 a Sra. Dyessa Ragoѕso *se recusou* a receber a intimação do resultado do julgamento. Não houve informação de que o contribuinte havia se mudado como alega, mas sim simples recusa no recebimento.

Já na fl. 265 é possível verificar que a mesma pessoa recebeu a intimação postal da Carta de Cobrança, no mesmo endereço e direcionada ao mesmo contribuinte.

O recorrente alega ter procedido à baixa da sua empresa em 28/01/2014 conforme DBA anexado à fl. 325, entretanto, ele mesmo confessa que o seu pedido de baixa foi indeferido e que em razão disso o seu CNPJ foi suspenso:

Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral

Página 1 de 1

Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral**Contribuinte,**

Confira os dados de Identificação da Pessoa Jurídica e, se houver qualquer divergência, providencie junto à RFB a sua atualização cadastral.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA			
NÚMERO DE INSCRIÇÃO 01.728.891/0001-60 MATRIZ		COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL	
NOME EMPRESARIAL CLEMENTE GALON - EPP		DATA DE ABERTURA 17/03/1997	
TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) SUNFLOWER CONFECÇÕES			
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL			
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS			
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA 213-6 - EMPRESÁRIO (INDIVIDUAL)			
LOGRADOURO	NÚMERO	COMPLEMENTO	
CEP	BAIRRO/DISTRITO	MUNICÍPIO	UF
SITUAÇÃO CADASTRAL SUSPENSA		DATA DA SITUAÇÃO CADASTRAL 05/02/2014	
MOTIVO DE SITUAÇÃO CADASTRAL SOLICITAÇÃO BAIXA INDEFERIDA - <i>Trm. em processo em andamento.</i>			
SITUAÇÃO ESPECIAL		DATA DA SITUAÇÃO ESPECIAL	

Aprovado pela Instrução Normativa RFB nº 1.183, de 19 de agosto de 2011.

Emitido no dia 10/02/2014 às 09:35:52 (data e hora de Brasília).
[Voltar.]

Página: 1/1

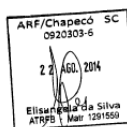
Por sua vez, o contribuinte não traz aos autos nenhuma comprovação de que tenha procedido a qualquer pedido de alteração do endereço cadastral perante a RFB.

Curioso ressaltar ainda que o próprio procurador signatário do presente Recurso Voluntário também indica o mesmo endereço para o qual foi enviada a intimação como sendo sede da empresa:

CHAPECO ARF

Fl. 280

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB
CARF - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Recurso Voluntário
Processo n. 13982-000.987/2009-44

CLEMENTE GALON, brasileiro, solteiro, empresário, com sede na Rua Aracajú, 113, na Cidade e Comarca de Pinhalzinho, Estado de Santa Catarina, devidamente inscrito no CNPJ n. 01.728.891/0001-60, representado pelo seu procurador GILMAR SARTORI, brasileiro, separado, advogado, OAB-SC 22829, portador do CPF n. 586.059.409-72, com escritório profissional situado na Rua João Pessoa, 1730, Ed. Pinhal, Sala 107, Centro, Cidade de Pinhalzinho, Estado de Santa Catarina, CEP 89870-000, fone 0xx4933661191, e-mail juridico@ags.srv.br. Vem respeitosamente apresentar RECURSO VOLUNTÁRIO, em face decisão proferida pela Delegacia de Julgamento, que não acolheu a defesa apresentada.

Não há como se afastar o fato de que tendo em vista o indeferimento do pedido de baixa e diante da inexistência de alteração do endereço cadastral permanece como válido o endereço anteriormente informado pelo contribuinte para fins de intimação.

Em sendo verdade o alegado pelo contribuinte de que uma nova empresa se estabeleceu no referido imóvel, apesar de não comprovar isso e terem recebido correspondência em seu nome, o contribuinte optou por correr o risco de frustrada uma intimação vir a ser intimado por edital. Ressalte-se que conforme certidão de registro de imóveis trazida aos autos pelo contribuinte, datada de 04/06/2014, o referido imóvel permanece como sendo de propriedade da STARKFEST pertencente a seu irmão, razão pela qual seria razoavelmente fácil a prova de que uma empresa estranha estaria sediada no antigo endereço da Recorrente.

As alegações do contribuinte guardariam alguma razoabilidade caso a Sra. Dyessa Ragosso não tivesse se negado à receber a correspondência e informado que o destinatário havia se mudado. Só que não foi o que ocorreu, ela simplesmente negou o recebimento e posteriormente recebeu a intimação da carta de cobrança.

Assim, entendo que não há qualquer nulidade no procedimento adotado pela unidade de origem que procedeu à publicação do Edital após frustrada a intimação postal, cumprindo fielmente o que dispõe o art. 10 do RPAF.

Desta feita, diante da inexistência de nulidade do ato de intimação por Edital e diante da impossibilidade deste julgador negar a aplicação do RPAF, entendo ser intempestivo o presente Recurso Voluntário, razão pela qual rejeito a preliminar aduzida e no mérito não conheço do Recurso.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva