



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

Processo n° 10925.000023/2009-92
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **2803-002.428 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 19 de junho de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente J. S. MÁQUINAS LTDA. ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2003 a 30/06/2007

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE NOTIFICAÇÃO A TODAS AS PARTES.

No Processo Administrativo Fiscal as partes devem ser cientificadas de todos os atos praticados, sob pena de anulação da decisão administrativa por cerceamento do direito de defesa. Com efeito, este entendimento encontra amparo no Decreto nº 70.235/72 que, ao tratar das nulidades, deixa claro no inciso II, do artigo 59, que são nulas as decisões proferidas com a preterição do direito de defesa.

Anulada a Decisão de Primeira Instância.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para anular a decisão de primeira instância, que seja dada ciência da autuação fiscal aos demais integrantes do grupo econômico e após, dar prosseguimento ao processo administrativo fiscal com prolação de nova decisão de primeiro grau.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Processo nº 10925.000023/2009-92
Acórdão n.º **2803-002.428**

S2-TE03
Fl. 494

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima (Presidente), Amilcar Barca Teixeira Junior, Oséas Coimbra Júnior, Natanael Vieira dos Santos, Gustavo Vettorato e Eduardo de Oliveira.

CÓPIA

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário interposto pela J.S. MÁQUINAS LTDA. ME em face da decisão que julgou parcialmente a impugnação apresentada.

2. Conforme consta do Relatório Fiscal (fls. 59/72), os valores lançados referem-se à parte da empresa e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, incidentes sobre a remuneração paga aos segurados empregados, e, ainda, cota patronal incidente sobre a remuneração de contribuintes individuais.

3. A constituição do presente crédito visa prevenir a decadência dos valores apurados, tendo sua exigibilidade suspensa, enquanto não julgados os atos excludentes e, por tratar-se, em tese, de fraude, foi lançado o período de 01/2003 a 12/2007, conforme o art. 149, VII, e 150, § 4º, do CTN.

4. A fiscalização considerou que a atuada faz parte de um grupo de empresas denominado GRUPO INDUGEL, composto pelas empresas INDUGEL INDUSTRIAL LTDA; J.J. MÁQUINAS LTDA ME E K.F. MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA ME.

5. Pelo que consta do relatório, durante visita inicial ao estabelecimento do contribuinte, foi constatada a existência de uma quantidade de segurados empregados muito superior à declarada a Previdência Social através da Guia de Recolhimento do FGTS e Informação a Previdência Social (GFIP), informação essa decorrente do procedimento de pré-análise feita pela fiscalização com base nas informações dos sistemas internos (GFIPWEB). Pôde-se verificar que tais segurados trabalhavam usando uniforme com identificação visual contendo descrição “GRUPO IDUGEL”. Foram observados também na recepção do estabelecimento, do fiscalizado, “banners”, quadros com foto estabelecimento e documentos com a mesma identificação visual.

6. Ademais, verifica-se que foi emitida Representação Fiscal para Fins Penais a ser encaminhada ao Ministério Público Federal, pela ocorrência, em tese, de prática de crime e foi efetuada Representação Fiscal para exclusão do SIMPLES.

7. O auditor fiscal concluiu da seguinte forma:

“Embora a empresa tenha feito opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, foram constatadas várias irregularidades em suas atividades que a impediriam de optar pelo regime. Tal fato baseia-se na constatação feita por este fisco de que o contribuinte atua basicamente como empresa de cessão de mão-de-obra, ou seja, embora declare como ramo de atividade "FABRICAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS E ACESSÓRIOS PARA MOINHOS, SILOS E CEREALISTAS", ela na prática cede mão-

de-obra para outra indústria do mesmo "grupo" e ramo de atividade - IDUGEL INDUSTRIAL LTDA.

A cessão de mão-de-obra fica claramente caracterizada uma vez que as empresas envolvidas, J.S. e IDUGEL, ocupam o mesmo espaço físico de trabalho e tem seu pessoal subordinado ao comando das mesmas pessoas. Outro fato caracterizador é que os sócios gerentes da empresa tomadora de mão-de-obra - IDUGEL INDUSTRIAL LTDA -, na pessoa do Sr. José Schazmann e da Sra. Silvaria Marques Schazmann, são também responsáveis, por procuração, pela administração da J.S. e de uma terceira empresa - KF MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA — ambas, conforme contrato social, com sócios-gerentes distintos. Em anexo cópia de procurações e de outros documentos (fls. 91 a 112). Também, verifica-se pelos documentos anexos que as três empresas compõem um grupo, denominado "GRUPO IDUGEL".

8. Na mesma ação fiscal, em razão das faltas cometidas pelo contribuinte, foram lavrados os seguintes autos de infração (fl. 71):

“12.1 AI DEBCAD 37.129.225-5 por deixar de preparar folhas de pagamento das remunerações pagas ou creditadas a todos os segurados a seu serviço, de acordo com os padrões e normas estabelecidos pela Receita Federal do Brasil — RFB, configurando-se em infração ao disposto no artigo 32, inciso I, da Lei 8.212/191, combinado com o artigo 225, inciso I, parágrafo 9º do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/199;

12.2 AI DEBCAD 37.129.226-3 por apresentar livro "diário e razão" dos exercícios de 2002 a 2007 contendo informação diversa da realidade ou que omite informação verdadeira, caracterizado por escrituração contábil irregular e que não atende a legislação comercial em vigor, configurando-se em infração ao disposto na Lei nº 8.212/191, artigo 33, parágrafo 3º, combinado com o artigo 233, parágrafo único, do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/199.”

9. O acórdão (fl. 421) exarado em primeira instância restou ementado nos termos que passo a transcrever abaixo:

“CONTRIBUIÇÕES DA EMPRESA INCIDENTES SOBRE A REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS EMPREGADOS E CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS.

A empresa é obrigada a recolher as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados e contribuintes individuais.

EXCLUSÃO DO REGIME SIMPLES. DECADÊNCIA.

Empresa excluída do SIMPLES fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Deve-se lavrar o competente Auto-de-Infração para prevenir a decadência, tendo sua exigibilidade suspensa, enquanto não definitivamente julgado o ato excludente.

AUTUAÇÃO. LEGALIDADE. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O Auto-de-Infração devidamente motivado, com a descrição das razões de fato e de direito, contendo as informações suficientes ao exercício do contraditório e da ampla defesa, é ato administrativo que goza de presunção de legalidade e veracidade, sendo descabida a arguição de nulidade do feito.

PRAZO DECADENCIAL. OCORRÊNCIA EM PARTE.

Nos tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador. Quando não há pagamento antecipado, ou na hipótese de fraude, dolo ou simulação, aplica-se a regra geral disposta no art. 173, I, do

CTN.

PROVAS. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO. PRECLUSÃO. PROVA TESTEMUNHAL. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

A prova documental no contencioso administrativo deve ser apresentada juntamente com a impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, salvo se fundada nas hipóteses expressamente previstas.

No rito do processo administrativo fiscal inexistente previsão legal para audiência de instrução, na qual seriam ouvidas testemunhas; e os depoimentos deveriam ter sido apresentados sob forma de declaração escrita, juntamente com a impugnação.

INTIMAÇÃO. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ENDEREÇO CADASTRAL. PEDIDO REJEITADO.

Dada a existência de determinação legal expressa, as intimações são endereçadas ao domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, assim considerado o endereço postal, eletrônico ou de fax, por ele fornecido, para fins cadastrais.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte”

10. Buscando reverter o lançamento, a contribuinte apresentou recurso voluntário ratificando os argumentos expostos em sede de impugnação:

“a) Preâmbulo. Por interpretação do agente fiscal, foi excluída do regime simplificado de tributação e autuada no valor correspondente aos tributos (impostos e contribuições) apurados com base no regime de tributação normal. Do ato de exclusão, foram apresentadas Defesas, que ainda tramitam, e foi surpreendida com a emissão de Autos de Infrações. Não há como

admitir qualquer validade ao AI em comento, conforme fundamentos a seguir;

b) 1. Da exclusão do SIMPLES. Refere-se a ato de exclusão do regime simplificado de tributação de que trata a Lei nº 9.317/96. Retroagiu seus efeitos a partir de 01.01.2003;

c) 1.1 Dos fatos. O grupo familiar de Elita Schazmann, formado por si, seus filhos e netos, explora o ramo industrial e comercial de fabricação de máquinas e equipamentos industriais. Com a evolução do negócio e por interesse familiar, optaram pela separação das atividades e com o fracionamento da cadeia produtiva. A empresa Idugel (José Schazmann e esposa) 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 Máquinas (mãe e irmã de José Schazmann), ora Requerente, é responsável pela fabricação dos acessórios e complementos das máquinas produzidas pela empresa IDUGEL (direta e indiretamente). KF (Karine e Felipe, filhos de José Schazmann) é responsável pela montagem e instalação das máquinas e acessórios fabricados pela IDUGEL, JS e outras empresas participantes da cadeia produtiva. Não há nenhum ilícito na formação de empresas por grupos familiares, bem como a terceirização de atividades como no caso não se traduz em cessão de mão-de-obra. 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;

d) 1.2. Delimitação Temporal da Exclusão. Ilegalidade do Ato. O ato impugnado delimitou o início do tempo da exclusão (01/01/2003), entretanto deixou de delimitar o prazo final. Cita o Parecer Sacat, que trata apenas de exclusão do Simples Nacional. Portanto, é ilegal a extensão para período posterior a 30.06.2007;

e) 1.3. Da Incompatibilidade das, Excludentes. São incompatíveis entre si os motivos para exclusão do Simples, pois a partir do momento que há enquadramento como sendo a atividade desempenhada locação de mão-de-obra, respalda-se a existência autônoma das duas empresas. Assim, é incompatível com a decisão de anular a existência da empresa JS, como leva a crer na fundamentação. Ou seja, ou elas existem e daí há apenas que perquirir sobre a existência ou não da locação de mão-de-obra no relacionamento, ou inexistente a empresa JS, por vício de formação, que, repita-se não é o caso em tela. 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;

f) 1.4. Prazo para Anular Constituição Empresarial. Decadência. A empresa JS 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;

g) 1.5. Prova de Fato. Efeitos. Ilegalidade na Retroatividade. As situações fáticas apuradas no ano de 2008, somente podem ser consideradas como prova para esse período, não havendo como comprovar que os supostos indícios existiam em exercícios anteriores. A opção pelo Simples é feita para cada exercício, que - findo, não há como se alterar posteriormente. O CTN prevê em seus art. 105 e 106 a aplicação da legislação tributária, e os casos em que se aplica retroativamente, nela não se incluindo o caso em análise. A opção pelo Simples ocorreu em 1998, quando o art. 15, V da Lei 9.317/96 disciplinava a matéria, devendo a exclusão (equivocadamente atestada) ser aplicada apenas após a constatação da ocorrência, ou seja, somente após outubro de 2008, sendo ilegal e arbitrária a retroatividade da análise fático-probatória;

h) 1.6. Tributação Retroativa com Efeito Confiscatório. A cobrança retroativa dos tributos tem efeito confiscatório, sob o aspecto da capacidade contributiva. 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;

i) 1.7. Impossibilidade de Aplicação de Sanção Administrativa ao Contribuinte. 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;

j) 1.8. Falta de Amparo Legal à Atuação Fiscal. A atuação do agente fiscal está fundada no art. 116 do CTN. Entretanto referido dispositivo não é auto-aplicável, carecendo de procedimentos a serem estabelecidos por lei ordinária. Assim, cabendo ao agente público fazer apenas o que a lei autoriza, falta amparo legal para atuação fiscal;

k) 1.9. Inexistência de Locação de Mão-de-Obra. Locação/Cessão de Mão de Obra x Empreitada. Em que pese à semelhança dos institutos da locação/cessão de mão-de-obra e da empreitada, não podem ser confundidos. No conceito de cessão de mão-de-obra, fica o pessoal utilizado à disposição exclusiva do tomador, que gerencia a realização do serviço. O objeto do contrato é somente a mão-de-obra. No conceito de empreitada, o contrato focaliza-se no serviço a ser prestado. Para sua realização, envolverá mão-de-obra, que não estará, necessariamente, à disposição do tomador. O gerenciamento será do contratado. No caso presente, trata-se de empreitada, pois, há delegação de tarefa da contratante à contratada, mediante retribuição pecuniária por execução do serviço, cabendo à contratada a gerência do serviço, bem como a responsabilidade por seus empregados, e ainda de meios mecânicos necessários a execução da tarefa. Portanto, apesar do serviço ser desenvolvido em local cedido pela contratante (no caso Idugel), há contratação para execução de tarefa determinada, preço certo, sem qualquer intervenção ou ingerência da contratante. Assim, não há que se falar em vedação de opção ao regime simplificado de tributação;

l) 1.10. Inexistência de Interpostas Pessoas. Sócios Verdadeiros. Não há qualquer demonstração de não serem as sócias Elita e Cláudia as verdadeiras titulares da sociedade, como são na realidade, recebendo pro labore mensal e distribuição de lucros/dividendos, conforme declarações prestadas à 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. 1.018 do Código Civil autoriza a outorga de procuração sem, com isso, desvirtuar a condição de sócios ou da natureza da própria sociedade. As sócias tem legítimo interesse nas atividades desenvolvidas pela empresa, objetivando e obtendo para si lucro e renda suficientes a mantê-las;

m) 1.11. 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;

n) 1.12. Prova. Período Incompatível. A autoridade fiscal utilizou-se de documentos e fatos posteriores ao período de

01/01/03 a 30/06/07 para fundamentar a decisão de exclusão do Simples, sendo inservíveis para tal.

o) 1.13. Endereço. Imóvel Dividido. O local utilizado pelas empresas JS e IDUGEL, apesar da coincidência do imóvel, encontra-se dividido fisicamente, conforme pode ser verificado em planta anexa, instalação de alarmes distintos e ateste do Município que atribuiu diferenciação na identificação das unidades por blocos "A" e "B";.

p) 1.14. Faturamento. Legalidade. Know-How. A empresa IDUGEL é que detém capacidade técnica para desenvolver projetos, possibilidade de angariar contratos e obras, inclusive com a pessoa do Sr. José Schazmann, 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 de parceria que 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;

q) 1.15. Contabilidade. Regularidade. A existência de empréstimos entre as empresas não desqualifica a individualidade de ambas. Efetivamente, houve transferências de recursos, sempre na proporção dos créditos existentes da JS perante a IDUGEL. Assim, havendo crédito e ao mesmo tempo devido algum pagamento, ocorreram situações que a devedora IDUGEL pagou pelos serviços através da quitação de débitos específicos. De qualquer forma, a contabilização fora feita corretamente. Há que se aplicar o princípio da proporcionalidade no caso presente, pois foram levantados elementos insignificantes para sustentar o ato de exclusão;

r) 1.16. Jurisprudência Acerca do Caso. Apresenta julgado do Conselho de Contribuintes, cuja ementa dispõe não ser simulação a instalação de duas empresas na mesma área geográfica com desmembramento das atividades antes exercidas por uma delas, objetivando racionalizar as operações e diminuir a carga tributária;

s) 1.17. *Considerações Finais. A 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;*

t) 2. *Do vício formal do Ato Administrativo. Transcreve parte do art. 142 do CTN (atividade administrativa vinculada e obrigatória); Decreto nº 70.235/92 — art. 10 (sobre auto-de-infração) e art. 11 (sobre notificação de lançamento) e, ainda, art. 293 do Regulamento da Previdência Social (auto-de-infração). Foi emitido auto-de-infração calculado no valor do próprio tributo, o que é vedado. Por terem naturezas jurídicas distintas, o auto-de-infração e notificação de débito — não há como admitir a utilização de uma no lugar de outra. Emitido sob a forma de auto-de-infração é eivado de vícios insanáveis que o torna totalmente imprestável a qualquer finalidade tributária. Não há, como narrado, consignado a penalidade aplicada e sua gradação, nem a disposição legal infringida. Existem apenas os "fundamentos legais das rubricas". No entanto, em se tratando de AI, há que constar a infração e a pena. Há que ser considerado que o montante correspondente à pena aplicada, equivalente ao valor do tributo corrigido. Razão pela qual deixa de manifestar-se quanto ao mérito das rubricas lançadas. A única hipótese de utilização do valor da própria contribuição para a penalidade é a do art. 284, II, do RPS, que transcreve. Portanto, nulo o presente AI, por não preenchimento dos requisitos legais à sua validade, e cola aos autos decisões do Conselho de Contribuintes;*

u) 3. *Cerceamento de defesa. Há cerceamento de defesa na medida que ainda pendentes intimações fiscais, objeto de impugnações administrativas não decididas. Consta no Relatório Fiscal (itens 4.3 a 4.9) diversas intimações para apresentação de documentos, as quais não esclarece quanto ao atendimento ou não por parte do contribuinte bem como se foram as mesmas tomadas como base de emissão de penalidade equivalente ao valor do tributo mais encargos. Insinua o agente fiscal descumprimento às intimações, o que não é verdadeiro. Requer a nulidade do presente AI;*

v) 4. *Nulidade do Processo Administrativo. Sustenta a autoridade fiscal lançamento de ofício com base no art. 149, VII, do CTN, que prevê que o lançamento deverá se efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa e o auto em questão não foi submetido a qualquer revisão de ofício pela autoridade superior. Por essa razão, há que ser reconhecida a nulidade do presente, por falta de cumprimento de exigência legal;*

x) 5. *Decadência. O prazo decadencial para o Fisco proceder à apuração de diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador. Logo o período de 01 a 12/2003 foi atingido pela decadência, na forma do art. 173do CTN, que transcreve, e cola aos autos jurisprudência sobre o tema. Requer a aplicação da decadência às competências anteriores a 01/2004, inclusive;*

w) 6. *Inexistência de fraude.* Traz o conceito fiscal de fraude, art. 72 da Lei nº 4.502/64. A fraude só pode ser aferida no momento da ocorrência do fato gerador, não com relação às obrigações acessórias. E para a sua configuração é necessária a demonstração do animus de lograr, ou seja, o agente fiscal tem o dever de provar o intuito de fraude pelo contribuinte. No presente caso, não há como admitir a existência de fraude, razão pela qual impossível à manutenção do presente auto, pois ausente a hipótese do art. 149, VII, do CTN;

y) 7. *In Dúbio Pro Reo.* O AI em tela decorre da interpretação do agente fiscal que entendeu haver fraude no planejamento tributário adotado pela Impugnante, entendimento equivocado conforme elementos supra mencionados. Traz o art. 112 do CTN, que é a aplicação do brocardo in dúbio pro reo. O Conselho de Contribuintes é pacífico nesse sentido. Desta forma, deve-se aplicar referido dispositivo e cancelar totalmente o AI;

z) *Nulidade do Auto de Infração.* Em que pese a expedição de ato sob a modalidade de Auto de Infração, consta como penalidade o valor equivalente ao tributo em questão e assim não poderia ter sido apurada. Recolheu seus tributos sob o regime simplificado e requer o reconhecimento da nulidade do AI bem como a consideração dos pagamentos efetuados a título do regime simplificado, correspondente à presente rubrica;

aa) *S. Pedido.* Diante de todo exposto, requer que seja julgada totalmente procedente a presente impugnação, reconhecendo as nulidades arguidas e, no mérito, reconhecida a improcedência do AI;

bb) 9. *Provas.* Requer a produção de prova oral, cujo rol de testemunhas será apresentado oportunamente, quando da designação de data para a sua oitiva. Requer, ainda, a apresentação de documentos durante a fase de instrução. É o relatório.”

11. Sem apresentação de contrarrazões, os autos foram enviados para a apreciação e julgamento por este Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Natanael Vieira dos Santos, Relator.

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1. Conheço do recurso voluntário, uma vez que foi tempestivamente apresentado, preenche os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº. 70.235, de 6 de março de 1972 e passo a analisá-lo.

DAS PRELIMINARES**DO PROCEDIMENTO FISCAL**

2. A fiscalização entendeu que a atuada faz parte de um grupo de empresas denominada GRUPO INDUGEL, composto pelas seguintes empresas:

“IDUGEL INDUSTRIAL LTDA

Constituição: 06/02/1995

Objeto Social: Projetos, fabricação, comércio, montagem e manutenção de máquinas e equipamentos industriais

Número de Empregados: Média no período fiscalizado: 03 —Atual: 02

Optante pelo SIMPLES até 31/12/2001

J S MÁQUINAS LTDA ME

Constituição: 15/01/1997

Objeto Social: Fabricação e comercialização de máquinas, equipamentos e acessórios para moinhos, silos e cerealistas

Número de Empregados: Média no período fiscalizado: 20 — Atual: 26

Optante pelo SIMPLES e SIMPLES NACIONAL

KF MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA ME

Constituição: 15/10/2003

Objeto Social: Fabricação e comercialização de máquinas e equipamentos industriais

Número de Empregados: Média no período fiscalizado: 18 —Atual: 23

Optante pelo SIMPLES e SIMPLES NACIONAL

3. Conforme dispõe o relatório fiscal, diversos fatores levaram a caracterização do grupo, como segue:

- a) Número de empregados superior à declarada em GFIP;
- b) Uniforme com identificação GRUPO IDUGEL;
- c) Banners, quadros com foto do estabelecimento e documentos com a mesma identificação visual;
- d) Quadros da composição societária das Empresas e demonstrando o grau de parentesco entre as mesmas;
- e) Mesmo endereço para as três Empresas;
- f) Exame da Contabilidade das Empresas. Verifica-se que a IDUGEL é responsável praticamente por toda a atividade industrial, compreendendo a aquisição de insumos, matéria-prima, materiais de embalagem, energia e as JS e KF são fornecedoras de mão-de-obra. Apresenta quadros elaborados a partir dos balanços patrimoniais e demonstrações de resultado de exercício, demonstrando o faturamento, custos, folha de pagamento e número de empregados por empresa.

4. Além disso, foram identificados diversos pagamentos cruzados entre as componentes do grupo, ou seja, uma empresa efetuando pagamento devido por outra. Bem como, foram realizados vários pagamentos realizados pela empresa em nome dos sócios administradores e seus familiares, referentes a compromissos assumidos por terceiros. Tais pagamentos tiveram como registro contábil apenas a saída de numerário de contas bancárias e como destino a entrada de caixa, não registrando a realidade ocorrida.

5. Acrescente-se que a empresa efetuou pagamentos “extrafolha” aos seus empregados, valores esses além dos que constavam em folha de pagamento.

6. Pelo exposto, a fiscalização demonstrou de fato a existência do grupo. Posto que o grupo é caracterizado pela manutenção das personalidades jurídicas autônomas, e, apenas operacionalmente, é que há a comunhão de recursos materiais e de pessoal.

7. Há caracterização do grupo econômico, conforme art. 2º, parágrafo 2º, do Decreto-Lei n.º 5.452 (CLT):

“§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”

8. Desse modo, as empresas sujeitam-se à responsabilidade solidária na forma como disposta pelo artigo 30, IX, da Lei n.º 8.212/91, abaixo transcrito:

“IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei;”

9. Cumpre destacar que, compulsando os autos, verifica-se que não foram juntados aos autos os termos de sujeição passiva solidária, bem como que a Decisão de primeira instância não foi encaminhada para os contribuintes enquadrados pelo fisco como pertencentes ao mesmo grupo econômico, e, portanto, partes interessadas no processo fiscal.

10. Dessa forma, me posiciono no sentido de que, como o Fisco entendeu que há caracterização de formação de grupo econômico, é necessária a ciência de todos os contribuintes que constam do auto de infração como pertencentes ao grupo, para que não seja preterido o direito de defesa.

11. O art. 5º, LV, da Constituição Federal estabelece que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*. Tratam-se, portanto, de princípios que não se aplicam exclusivamente ao processo judicial, mas também ao administrativo e, em particular, ao Processo Administrativo Fiscal Tributário.

12. Nesse caminho, nunca é demais lembrar que no Processo Administrativo Fiscal as partes devem ser cientificadas de todos os atos praticados. Veja-se que, nos termos do inciso II, do artigo 59, do Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal, são nulos os despachos e decisões proferidos com preterição do direito de defesa.

13. O inciso I, do artigo 23, do citado Decreto, dispõe taxativamente acerca da necessidade de intimação do contribuinte (responsáveis) no que tange a toda e qualquer decisão que tenha relevância em sua esfera de interesses. E mais ainda, pelo citado dispositivo somente reputa-se válida a intimação se *“provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, de declaração escrita de quem o intimar”*. É dizer: a validade do ato pressupõe a ciência do intimado.

14. Em observância ao devido processo legal é que o art. 749, da IN-SRP nº 3/2005, estabelece quanto à necessidade de empresas integrantes do mesmo grupo econômico serem notificadas quando responsáveis entre si por cumprimento das obrigações previdenciárias na forma do art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212, de 1991, *in verbis*:

“Art. 749 . Quando do lançamento de crédito previdenciário de responsabilidade de empresa integrante de grupo econômico, as demais empresas do grupo, responsáveis solidárias entre si pelo cumprimento das obrigações previdenciárias na forma do art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212, de 1991, serão cientificadas da ocorrência.”

15. Destaco, ainda, porque importante, que, uma vez instalado o contraditório administrativo, os atos da administração devem ser pautados pelo conceito do devido processo legal, respeitando normas procedimentais e oportunizando sempre o cidadão o direito ao contraditório e a ampla defesa, sem que seja surpreendido por esta ou aquela decisão da autoridade julgadora.

16. Ademais, os atos praticados pela administração geraram prejuízos aos contribuintes, uma vez que não tiveram efetivamente a oportunidade de se defender das razões

e fundamentos produzidos pelo fisco em relação à caracterização do grupo econômico e da constituição do crédito pelo fiscal. Razões essas que levam à anulação da decisão, ora combatida.

17. A propósito do tema, é salutar a adoção dos ensinamentos de Sandro Luiz Nunes que, em seu trabalho intitulado Processo Administrativo Tributário no Município de Florianópolis, esclarece da seguinte forma:

“A ampla defesa deve ser observada no processo administrativo, sob pena de nulidade deste. Manifesta-se mediante o oferecimento de oportunidade ao sujeito passivo para que este, querendo, possa opor-se a pretensão do fisco, fazendo-se serem conhecidas e apreciadas todas as suas alegações de caráter processual e material, bem como as provas com que pretende provar as suas alegações.”

18. Sendo assim, voto por anular a decisão de primeira instância, como medida saneadora do processo, para que a autoridade fiscal notifique os demais integrantes do grupo econômico, em respeito ao disposto nos artigos 23 e 59 do Decreto 70.235/72, combinado com o art. 749, da IN-SRP nº 3/2005.

CONCLUSÃO

19. Em razão do exposto, voto por dar provimento parcial para anular a decisão de primeira instância, que seja dada ciência da autuação fiscal aos demais integrantes do grupo econômico e após, dar prosseguimento ao processo administrativo fiscal com prolatação de nova decisão de primeiro grau.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

Natanael Vieira dos Santos.