



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11070.727004/2019-40
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-002.432 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária**
Sessão de 05 de outubro de 2022
Recorrente ALESSI MINERAÇÃO LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. DESCUMPRIMENTO DE REQUISITOS LEGAIS

Existência de débito com o Instituto Nacional do Seguro Social INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa, é circunstância impeditiva para a opção pelo Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)
Aílton Neves da Silva- Presidente.

(documento assinado digitalmente)
Fellipe Honório Rodrigues da Costa- Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aílton Neves da Silva (Presidente), Rafael Zedral, Fellipe Honório Rodrigues da Costa e Miriam Costa Faccin

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília/DF que, ao apreciar a manifestação de inconformidade apresentada, entendeu, por unanimidade de votos, julgá-la improcedente.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, a seguir transcrito:

A contribuinte, acima qualificada, foi excluída do Simples Nacional, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2015, com efeitos até 31 de dezembro de 2019, nos termos do art. 29, I, da Lei Complementar n.º 123/2006, de 14 de dezembro de 2006, e suas alterações, combinados com o art. 84, I c/c art. 81, II, “c”, “2”, da Resolução CGSN n.º 140, de 22 de maio de 2018, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/SAO N.º 017, de 27 de setembro de 2019, fls. 310.

IMPUGNAÇÃO

Cientificada, a empresa contribuinte apresentou sua impugnação, fls. 314/335, alegando, em apertada síntese, que:

1 – A realidade dos fatos apresenta-se conforme descreve, sendo que as alegações e acusações constantes dos autos estão em dissonância com a verdade material, in verbis:

Os fatos que acarretaram a referida operação, decorreram da denúncia do funcionário Paulo Diedrich. A frágil denúncia do funcionário foi recepcionada pelos agentes da Polícia Federal, que sem compreender o contexto deram início a caça às bruxas.

No termo de depoimento, o funcionário alega que a empresa Paviter “desviava cargas de asfalto” que deveriam ser entregues às Prefeituras Municipais nas obras licitadas.

Ocorre que restou comprovado nos autos do processo judicial que abarcou o caso, que todas as obras investigadas onde se realizou perícia, não foram constatadas nenhuma irregularidade.

O que a Polícia Federal não compreendeu, naquela época, é que os contratos de asfaltamento licitados pelos municípios não preveem entrega de “cargas de asfalto”, os contratos preveem o asfaltamento de determinada rua, com determinados metros de comprimento e com apurados centímetros de altura conforme projeto previsto nos Editais de Licitação.

O que foi constatado na instrução do processo judicial, é que o que de fato estaria ocorrendo eram desvios de cargas, por funcionários, que deveriam ir para as obras mas que foram desviadas para particulares. Deste modo, não houve qualquer dano aos municípios, mas sim à própria empresa que precisava enviar mais asfalto para atender aos contratos.

Quanto a alegação de “pagamentos por fora” – “produtividade” (item II.3 da Representação), algumas breves considerações são necessárias para mitigar o teor preconceituoso e agressivo de como o assunto foi tratado na fiscalização.

A Empresa recompensava os funcionários com um prêmio pela produtividade, aliás o que desde a reforma da CLT se tornou uma conduta absolutamente lícita. Mas em que pese tais fatos, a peça acusatório se omitiu, imagina-se que para efeitos de retórica, que as Empresa, antes de qualquer operação ou procedimento fiscal, efetuou a regularização de todos os valores pagos sob esta rubrica.

Sua constituição não teve origem no desmembramento da Empresa Paviter, mas na criação de uma empresa pelos filhos do casal seus proprietários, em razão do seu sócio majoritário, Sr. Julmir Alessi, não aceitar a participação dos filhos, recém graduados, na gestão da sua empresa. Não há similaridade nas atividades desenvolvidas pelas empresas, tampouco, confusão patrimonial ou interesses idênticos no intuito de se beneficiar de privilégios fiscais ou de reduzir a carga tributária, não se configurando grupo econômico.

Sempre teve autonomia gerencial sem qualquer vínculo econômico ou compartilhamento de receita ou de atividade com as demais empresas.

A fiscalização pretende utilizar como prova alguns depoimentos de ex-funcionários, que foram orientados para fazer a denúncia contra a empresa.

Os depoimentos de PAULO DIEDRICH, ADAIR LISBOA, PAULO RENATO SCHWINGEL e de ANA PAULA MANFIO, foram feitos no âmbito de processo judicial sigiloso, sendo permitida a visualização somente pelos usuários internos e partes do processo. O acesso da RFB àqueles autos somente poderia ter ocorrido com autorização judicial. Entretanto, tal documento não consta dos autos desta exação fiscal, o que acarreta a nulidade do ato em questão.

O Fisco alega que o empréstimo financeiro da mãe dos sócios, que em razão da alteração do contrato social reduziu o capital da empresa, sem pagamento até aquele momento, caracteriza a formação de Grupo Econômico. No entanto, não leva em consideração todos os embaraços, transtornos e prejuízos financeiros que a operação da Polícia Federal acarretou nas finanças das empresas.

A redução do capital social ocorreu para corrigir um erro cometido pelos contadores antigos. Quando da integralização do Capital Social da Alessi, havia a intenção de formar o capital social integralizando uma área de terra pertencente aos sócios – área com potencial mineratório. Ocorre que verificou-se, tempos depois, que a área ainda estava registrada, no Registro de Imóveis, em nome dos sócios Fabian e Julian, ocasião em que houve a recomendação de que se efetuasse a alteração do capital social para adequá-lo à realidade material do valor efetivamente integralizado.

O pagamento do mútuo não aconteceu devido à ocorrência da Operação Entrega Simulada, de 2017. O contrato de mútuo completou-se em dezembro de 2014, com o último aporte financeiro, e a operação Entrega Simulada ocorreu em meados de 2017, portando, em torno de 2 anos após o contrato

A Sra. Clemi assinou, como sócia/proprietária, uma inspeção da Justiça do Trabalho para avaliar o grau de insalubridade nas dependências da empresa, em 26/01/2017, atendendo a um pedido, porque os sócios não se encontravam no local. Ela acompanhou o perito na inspeção, mesmo porque, o local inspecionado ficava próximo das dependências da empresa Paviter, uma circunstância esporádica que nunca se repetiu e que não tem o condão de comprovar qualquer ingerência administrativa.

O Fisco não pode se basear na alegação de Grupo Econômico para fins trabalhista para pretender o enquadramento desse instituto nas relações tributárias. No respectivo processo, não houve condenação das partes por Grupo Econômico, restando prejudicada a prova. Foi uma situação isolada que nunca se repetiu.

Quanto ao contrato de trabalho de Fernando Sostimo, trata-se do mesmo processo que envolve Grupo Econômico. Ocorreu no ano de 2014. O contrato foi assinado pelo sócio Julian. A intervenção da Sra. Clemi, foi ocasional, estranha ao cotidiano da empresa, visto que ocorreu em momento em que os sócios não se encontravam no Município.

Relativamente ao aviso prévio de Sérgio Espardião (empregado da Alessi), assinado pela Sra. Clemi, foi uma situação extraordinária, isolada e distante da realidade do cotidiano da empresa.

O comparecimento do Sr. Fabian como proposto da Paviter, no processo trabalhista de Gilberto Fernandes, é caso esporádico, não sendo prova suficiente para demonstrar que havia uma gestão compartilhada das empresas.

Em relação à caracterização de grupo econômico de fato, nenhuma prova foi carreada aos autos capaz de superar os critérios definidos pela jurisprudência dos tribunais

judiciais ou administrativos. O que se verifica são meros indícios de fatos isolados e esporádicos, incapazes, por sua fragilidade, de comprovarem que as empresa agiam com uma identidade de gestão.

Não há nexos de causalidade entre as provas trazidas aos autos pela Fiscalização e qualquer delito ou ato capaz de ser recepcionado por qualquer norma tributária.

Não houve confusão patrimonial. A prova carreada aos autos dá conta de que as empresas tinham seu patrimônio muito bem dividido e havia autonomia gerencial. Não há prova de que as questões administrativas, contábeis, operacionais e de recursos humanos se confundem entre elas a demonstrar o efetivo interesse jurídico comum em fato gerador tributário. A relação entre elas sempre foi devidamente escriturada sem qualquer indicativo de ilicitude.

Não há prova de que havia subordinação de empregados a um único comando gerencial. Os funcionários da Alessi jamais receberam ordem dos sócios da Paviter.

Não há prova de que haveria interesse comum entre as empresas, visando benefícios de ordem tributária.

Um dos pilares para a configuração do Grupo Econômico de fato é que não basta haver indícios de administração centralizada das empresas, é preciso que esta administração tenha algum interesse jurídico comum, como fraude, conluio, confusão patrimonial, alteração ou participação em fato gerador para redução de tributos ou sonegação.

Não restou comprovado que as empresas teriam interesse comum voltado a algum benefício, que não o meramente econômico no sentido de eficácia e eficiência na gestão, mas benefícios voltados a suprimir fato gerador, criar situações fáticas artificiais para obter redução de tributos ou mesmo sonegar impostos, evadir divisas etc.

Não há prova nos autos de que as empresas tinham operações estruturadas em sequência. A única relação entre a Alessi Mineração e a Paviter é que a primeira atua no processamento de pedra para atender o mercado à varejo. Sempre teve autonomia gerencial, inclusive atuando em negócios tecnicamente contrários aos interesses da Paviter.

A empresa Paviter, contribuinte pelo regime de Lucro Real, sempre teve em seus quadros o maior número de funcionários. Não há qualquer indício nos autos de que tenha ocorrido deslocamento da base tributária. As empresas eram autônomas. A ora Impugnante não foi constituída com o propósito de transferir receitas ou despesas de forma artificial.

Estamos diante de fatos que devem ser interpretados de maneira mais favorável à Impugnante para seu correto enquadramento no instituto em exame (Grupo Econômico). Configura Grupo Econômico a mera existência de procurações que não foram utilizadas, 2 (dois) processos trabalhistas ao longo da história onde se alegou grupo econômico mas não houve condenação, uma assinatura de rescisão de contrato de trabalho e a declaração de funcionários envolvidos em desvios que acarretam em grande prejuízo à empresa, em detrimento da ausência de qualquer comprovação de que a relação das empresas não trouxe qualquer prejuízo ao fisco?

Na sequência, foi proferido o acórdão recorrido, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade, em suma, sob os seguintes fundamentos:

(...) Portanto, com base nos comprovantes juntados aos autos, não é outra a conclusão a que se chega, senão que, de fato, trata-se de grupo econômico.

De outro lado, os sócios da empresa ora excluída do Simples Nacional atuavam na administração da empresa-mãe PAVITER, situação vedada pela legislação do Simples Nacional.

Conforme seu histórico de criação, a empresa ora Impugnante foi desmembrada da empresa-mãe PAVITER – COMÉRCIO PAVIMENTAÇÃO E TERRAPLANAGEM LTDA, CNPJ 93.697.076/0001- 07.

Desta forma, incontestemente a exclusão do Simples Nacional anunciada pelo Ato Declaratório Executivo DRF/SAO Nº 017, de 27 de setembro de 2019, fls. 310. (...)

Foi constatada, no decorrer da ação fiscal realizada na empresa, formação de grupo econômico de fato.

Conforme demonstrado pela autoridade lançadora, por meio do Termo de Constatação Fiscal e da Representação Fiscal para Exclusão de Ofício do Simples Nacional, fls. 2/13, a situação fática evidencia a realização de planejamento tributário com a intenção de reduzir a geração de tributos, utilizando-se do Regime de Tributação do Simples Nacional.

Para a caracterização e identificação de grupo econômico, importa investigar a situação real: verificação dos vínculos entre as empresas e das circunstâncias em que se constituíram e realizam suas atividades; não apenas a situação meramente formal (de estarem ou não constituídas como grupo econômico na forma da Lei 6.404/76).

(...)

Desta forma, a possibilidade da responsabilização tributária por solidariedade entre integrantes de um “grupo econômico”, seja ela “de direito” ou “de fato” tem fundamento no inciso II do art. 124 do CTN (por expressa determinação legal), que nos leva ao inciso IX do art. 30 da Lei 8.212/1991.

Ciente do acórdão recorrido, e com ele inconformada, a recorrente interpôs recurso voluntário aduzindo, em síntese, o mesmo quanto disposto na manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Fellipe Honório Rodrigues da Costa, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 23-B da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), com redação dada pela Portaria MF nº 329/2017.

Demais disso, observo que o recurso é tempestivo e atende os outros requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

DO MÉRITO

Quanto ao mérito, o Recurso Voluntário deve ser indeferido pois está comprovada a formação de grupo econômico de fato, que é administrado pelos gestores da Junco Indústria e Comércio Ltda.

As alegações da recorrente, apresentadas na manifestação de inconformidade e corroboradas no recurso voluntário, já foram minuciosa e precisamente analisadas no acórdão recorrido, cujo voto transcrevo, adotando seus argumentos como minhas razões de decidir até por uma questão de economia processual, nos termos do art. 50, § 1º, da Lei 9.784/99 e no art. 571, § 3º, do RICARF:

Estabelece a Lei Complementar nº 123/2006, de 14 de dezembro de 2006, por meio do seu artigo 28:

Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.

A contribuinte foi excluída do Simples Nacional com base no artigo 29, I, da mencionada Lei Complementar nº 123/2006, de 14 de dezembro de 2006, in verbis:

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

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória;

(...)

Extrai da Representação Fiscal para Fins de Exclusão do Simples Nacional, fls.2/13, que apresenta a descrição dos fatos com riqueza de detalhes:

Embora a empresa ALESSI MINERAÇÃO tenha sido constituída, oficialmente, pelos sócios JULIAN MILANI ALESSI e FABIAN MILANI ALESSI, o que se constatou de fato é que seus pais, JULMIR ALESSI e CLEMI ALESSI, sócios da empresa PAVITER, não só participaram do capital social como atuaram, especialmente a sra. CLEMI, diretamente na administração da empresa ALESSI MINERAÇÃO, optante do Simples Nacional.(grifamos)

Portanto, com base nos comprovantes juntados aos autos, não é outra a conclusão a que se chega, senão que, de fato, trata-se de grupo econômico.

De outro lado, os sócios da empresa ora excluída do Simples Nacional atuavam na administração da empresa-mãe PAVITER, situação vedada pela legislação do Simples Nacional.

Conforme seu histórico de criação, a empresa ora Impugnante foi desmembrada da empresa-mãe PAVITER – COMÉRCIO PAVIMENTAÇÃO E TERRAPLANAGEM LTDA, CNPJ 93.697.076/0001- 07.

Desta forma, inconteste a exclusão do Simples Nacional anunciada pelo Ato Declaratório Executivo DRF/SAO N.º 017, de 27 de setembro de 2019, fls. 310.

DO GRUPO ECONÔMICO DE FATO.

Foi constatada, no decorrer da ação fiscal realizada na empresa, formação de grupo econômico de fato.

De acordo com a síntese da contestação, supra descrita, a Impugnante tenta justificar os fatos apontados pela fiscalização, que caracterizam a formação de grupo econômico de fato.

Conforme demonstrado pela autoridade lançadora, por meio do Termo de Constatação Fiscal e da Representação Fiscal para Exclusão de Ofício do Simples Nacional, fls. 2/13, a situação fática evidencia a realização de planejamento tributário com a intenção de reduzir a geração de tributos, utilizando-se do Regime de Tributação do Simples Nacional.

Para a caracterização e identificação de grupo econômico, importa investigar a situação real: verificação dos vínculos entre as empresas e das circunstâncias em que se constituíram e realizam suas atividades; não apenas a situação meramente formal (de estarem ou não constituídas como grupo econômico na forma da Lei 6.404/76).

No campo tributário, a previsão legal que autoriza a responsabilização solidária pelos tributos está no artigo 124 do Código Tributário Nacional-CTN, com a seguinte redação:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

O citado artigo 124 trata de duas espécies de responsabilidade tributária, quais sejam, a responsabilidade solidária de fato (inciso I) e a de direito (inciso II).

O interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária encontra-se evidenciado no histórico da relação entre as empresas envolvidas descrito no Termo de Constatação Fiscal.

Ainda, diante da existência de grupo econômico de fato, aplica-se o disposto no artigo 30, inciso IX, da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, respondendo todas as empresas do grupo pelo crédito previdenciário lançado, in verbis:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei n.º 8.620, de 5.1.93)

(...) IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei;(grifamos)

(...)

Desta forma, a possibilidade da responsabilização tributária por solidariedade entre integrantes de um “grupo econômico”, seja ela “de direito” ou “de fato” tem fundamento no inciso II do art. 124 do CTN (por expressa determinação legal), que nos leva ao inciso IX do art. 30 da Lei 8.212/1991.

Portanto, não podem prosperar as alegações da impugnante.

DO PEDIDO DE DILIGÊNCIA

A Impugnante pede a realização de diligência.

Verifica-se, da análise de mérito efetuada, que a realização de diligência ou perícia, relativamente aos autos em questão, faz-se desnecessária. Não se vislumbram motivos que a justifiquem, pois todos os elementos necessários ao nosso convencimento encontram-se nos autos, sendo totalmente prescindível nos termos do art. 18 e 28 do Decreto 70.235/72:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entende-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748/1993) (...)

Portanto, indefere-se o pedido.

DO ALCANCE DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

A Impugnante cita doutrinas e jurisprudências com o intuito de embasar o seu entendimento.

A esse respeito, esclarece-se que a jurisprudência, bem como os julgados, mesmo quando administrativos, somente vinculam os julgadores de 1ª instância nas situações expressamente previstas na legislação.

Assim dispõe o Decreto n.º 73.529, de 21 de janeiro de 1974, relativamente às decisões judiciais:

“Art. 1º É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais contrárias à orientação estabelecida para a administração direta e autárquica em atos de caráter normativo ordinário.

Art. 2º Observados os requisitos legais e regulamentares, as decisões judiciais a que se refere o art. 1º produzirão efeitos apenas em relação às partes que integram o processo judicial e com estrita observância do conteúdo dos julgados.”

Portanto, a Administração Pública está pautada pelo princípio da legalidade, que significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar.

Cumpre acrescentar que as decisões administrativas, sem uma lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário. Destarte, não podem ser estendidas genericamente a outros casos e somente se aplicam à questão em análise e vinculando as partes envolvidas naqueles litígios.

Por esses fundamentos, sem razão a contribuinte.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso para, no mérito negar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Fellipe Honório Rodrigues da Costa- Relator