



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13830.720176/2012-01
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-008.004 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de março de 2021
Recorrente BETA THERM, SISTEMAS, EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2007 a 31/12/2007

CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos dos artigos 10 e 59, ambos do Decreto nº 70.235/72.

Tendo sido observados os ditames legais, não comprovado prejuízo ou vício ensejador de nulidade dos lançamentos, afasta-se a alegação trazida na peça recursal.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. GRUPO ECONÔMICO. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

Comprovada a existência de grupo econômico e cessão de mão-de-obra, incide a contribuição previdenciária em face da exclusão do Simples Federal ou do Simples Nacional.

CONTROLE DE LEGALIDADE. LIMITES. NÃO CONHECIMENTO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA ESTRANHAS À LIDE ADMINISTRATIVA.

A atividade do julgador administrativo consiste em promover o controle de legalidade relativo ao julgamento de 1ª instância e à constituição do crédito tributário, respeitados os estritos limites estabelecidos pelo contencioso administrativo.

O litígio instaurado com a defesa limita o exercício desse controle, e o limite se dá com o cotejamento das matérias trazidas em relação direta e estrita com a autuação.

Todas as alegações de defesa que extrapolarem a lide não deverão ser conhecidas em sede de julgamento administrativo.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. ARTIGO 124, INCISO I DO CTN. INTERESSE COMUM NO FATO GERADOR.

A responsabilidade tributária solidária a que se refere o inciso I do art. 124 do CTN decorre de interesse comum da pessoa responsabilizada na situação

vinculada ao fato jurídico tributário, que pode ser tanto o ato lícito que gerou a obrigação tributária como o ilícito que a desfigurou.

“Grupos econômicos”, justamente por constituírem um conjunto de contribuintes, sob a direção, controle ou administração de um mesmo conjunto de pessoas, têm interesses comuns no fato gerador, na medida em que o resultado de uma interessa às demais, notadamente em se tratando de “grupos econômicos de fato”.

As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes da legislação previdenciária, nos termos do inciso IX do Artigo 30 da Lei nº 8.212/91.

DILIGÊNCIA. PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

Estando presentes nos autos do processo os elementos necessários e suficientes ao julgamento da lide estabelecida, prescindíveis são as diligências e perícias requeridas pelo contribuinte, cabendo a autoridade julgadora indeferi-las.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer parcialmente dos recursos, exceto quanto à inconformidade relativa à retroação ao Simples, vencidos os conselheiros Mário Hermes Soares Campos, Thiago Duca Amoni e Ronnie Soares Anderson, que conheciam dos recursos em menor extensão; e, na parte conhecida, por unanimidade de votos, em negar-lhes provimento.

(documento assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mário Hermes Soares Campos, Martin da Silva Gesto, Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Leonam Rocha de Medeiros, Thiago Duca Amoni (Suplente convocado), Sonia de Queiroz Accioly e Ronnie Soares Anderson (Presidente).

Relatório

Tratam-se de recursos voluntários apresentados (fls. 244 e ss, e 302 e ss) interpostos contra R. Acórdão proferido pela 9ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto (fls. 231 e ss) que manteve lançamentos, referentes às contribuições sociais parte da empresa incidentes sobre a remuneração paga a empregados e retirada pró-labore e SAT/RAT - DEBCAD 37.344.825-2 e glosa de compensação - DEBCAD 37.344.827-9, períodos de 01/2007 a 12/2007, por conta da exclusão do Simples Nacional, nos termos do ADE/MRA nº 19, de 28/04/2010 (fls 59), proferido após Representação Fiscal de Exclusão do Simples emitido pela Autoridade Autuante (fls. 51 e ss).

Segundo o Acórdão:

Trata-se de lançamento referente às contribuições sociais parte da empresa incidentes sobre a remuneração paga a empregados e retirada pró-labore e SAT/RAT - DEBCAD 37.344.825-2 e glosa de compensação - DEBCAD 37.344.827-9.

O lançamento apresenta os seguintes valores:

DEBCAD 37.344.825-2: R\$ 518.338,77

DEBCAD 37.344.827-9: R\$ 113.914,47

O lançamento decorre do ADE DRF/MA nº 19/2010, que excluiu a empresa do Simples Federal - Lei nº 9.137/1996, com efeitos 01/02/2007 a 30/06/2007 e do Simples Nacional - LC nº 123/2006, com efeitos de 01/07/2007 a 31/12/2007.

O motivo do ADE acima mencionado foi a cessão/locação de mão-de-obra no ano-calendário 2007 (principalmente para a tomadora BRUNNSCHWEILER LATINA LTDA), atividade vedada no SIMPLES NACIONAL e no SIMPLES FEDERAL.

Os fatos geradores do lançamento decorrem da remuneração paga a empregados e da retirada pró-labore, as quais foram informadas em GFIP, mas não recolhidas, uma vez que a empresa declarou ser optante pelo SIMPLES.

Quanto à compensação efetuada em GFIP nas competências 07/2007 a 10/2007 e 13/2007, a mesma corresponde aos valores da retenção de 11% sobre notas fiscais de prestação de serviço. Esclarece a fiscalização que a compensação foi indevida, uma vez que a empresa recolheu apenas a parte de segurados (por ter declarado ser optante do SIMPLES).

Esclarece a fiscalização que foram considerados créditos da autuada os recolhimentos no código 2631 e os recolhimentos para o SIMPLES FEDERAL e SIMPLES NACIONAL.

No anexo IV, na folha 168, consta o comparativo da multa nos termos da legislação anterior e posterior à MP 449/2008, conforme determinado pelo CTN, art. 106, II, c.

A fiscalização constatou a existência de grupo econômico de fato, com os seguintes fundamentos:

- a sócia administradora da autuada, Heloísa Helena Boarin Boechat, é esposa do sócio administrador da empresa Brunnschweiler.
- A sócia administradora da autuada, Heloísa Helena Boarin Boechat, foi sócia fundadora da empresa Brunnschweiler, constituída em 16/04/1996, retirando-se da empresa em 26/12/1996.
- Fernanda Boarin Boechat, filha do casal, é sócia da autuada.
- A autuada presta serviço de montagens de equipamentos produzidos pela empresa Brunnschweiler, tanto em sua linha de produção, quanto no local de montagem, nos estabelecimentos dos clientes da Brunnschweiler.
- A autuada presta assistência técnica após a montagem dos equipamentos.
- Os empregados da autuada ficam à disposição da empresa Brunnschweiler, uma vez que esta é que detem o conhecimento técnico para a execução dos serviços contratados.
- Embora o objeto do contrato da autuada seja fabricação de máquinas e aparelhos de refrigeração e ventilação para uso industrial e comércio de peças, no período 03/2006 a 11/2009 não realizou nenhuma venda de produto, somente aferiu receita de prestação de serviço.
- De um total de 37 notas fiscais emitidas no período 03/2006 a 11/2009 (notas fiscais com numeração entre 16 e 54), 32 foram emitidas para a empresa Brunnschweiler, as demais foram emitidas para clientes da Brunnschweiler.
- A sócia administradora da autuada, Heloísa Helena Boarin Boechat, ao prestar esclarecimentos à fiscalização por ocasião da fiscalização encerrada em agosto de 2010 (processo 11444.000344/2010-04, de exclusão do SIMPLES), confirmou que Paulo Roberto Brito Boechat, sócio administrador da Brunnschweiler Latina Ltda, interfere na

administração da autuada, que a supervisão dos serviços prestados pelos empregados da autuada é feita pela Brunnschweiler, controlando frequência e horário dos empregados. A Sra. Heloísa Helena Boarin Boechat informou também não saber exatamente como é feita a determinação de preço para a Brunnschweiler; também não soube informar se no intervalo entre obras, os empregados da empresa ficam a disposição da Brunnschweiler ou não.

- No campo destinado às informações do responsável pela elaboração da GFIP da autuada consta como responsável a empresa Brunnschweiler e o nome de contato de “Paulo Boechat”; como telefone de contato, até a competência 02/2001 constava o nº 14 3408- 6500, que é o telefone da empresa Brunnschweiler. A centralização de controles fiscais e contábeis de ambas as empresas em um único departamento fiscal/contábil é significativa para concluir pela existência de grupo econômico.

- A empresa Brunnschweiler realiza adiantamentos à autuada, cujos valores anuais sempre são superiores aos das notas fiscais de prestação de serviço emitidas.

Examinando os livros contábeis da autuada, verifica-se que entre os anos calendários de 2007 a 2009 foi utilizada a conta 2.2.6.01.01 – “Adiantamento de Clientes” para registrar os adiantamentos da empresa Brunnschweiler, a qual apresenta os seguintes valores: a) 31/12/2007= R\$2.395.412,26; b) 31/12/2008=R\$3.968.859,03; c) 31/12/2009 R\$4.732.461,81.

Não foi apresentado livro contábil de 2010.

- Intimada a informar a origem dos recursos do período 2006 a 2010, bem como a informar o motivo pelo qual não houve faturamento no ano de 2010, a autuada informou que todos os recursos de 2006 a 2010 são oriundos de recebimentos de faturas e que as diferenças provêm de adiantamentos efetuados pela empresa Brunnschweiler, não havendo empréstimo bancário. Quanto à ausência de faturamento em 2010, informa que os serviços de montagem são de longa duração e o faturamento somente ocorre ao final da montagem, e recebe adiantamentos da Brunnschweiler.

Salienta a fiscalização que a autuada alega que todos seus contratos são verbais, sendo estranho o adiantamento de valores vultosos sem apresentação de garantia, haja vista o risco de perda.

Intimadas em 22/02/2012 (Beta Therm) e 18/02/2012 (Brunnschewiler), as interessadas, ingressaram, em 19/03/2012, com as manifestações de inconformidade, nas folhas 177 a 191 e 204 a 212, alegando que:

- não lhe foi assegurado o direito ao contraditório e a ampla defesa no procedimento – processo de sua exclusão do Simples, caracterizando cerceamento de defesa.

- o objeto da empresa não é a locação de mão-de-obra. - não houve comprovação cabal da existência de grupo econômico, apenas suposições.

- Não se pode admitir a constatação de grupo econômico pelo simples fato do esposo da proprietária e representante legal da empresa recorrente ser proprietário da empresa Brunnschweiler, que é cliente da recorrente.

- O próprio Relatório Fiscal admite que a representante legal da recorrente foi sócia fundadora da empresa de seu marido.

- Não se trata de grupo econômico, apenas de duas empresas que prestam serviço entre si.

- A recorrente nunca locou mão-de-obra, mas sim prestava serviço; os funcionários da recorrente devem obediência e se reportam somente a ela e nada tem a ver com a empresa contratante, a não ser a prestação de serviço para o qual foi contratada; dessa forma deve ser imediatamente reenquadrada no Simples.

- O desenquadramento do Simples não poderia ter efeitos retroativos, pois durante o período de opção cumpriu com suas obrigações rigorosamente.

- Somente após sua exclusão do Simples foi aberta oportunidade da recorrente se manifestar, o que fere seu direito de defesa.
- O ADE não se fundamentou nas hipóteses de exclusão do art. 8º da Lei nº 9.317/1996.
- A exclusão fere os princípios norteadores da ordem econômica, previstos nos arts. 170 e 174 da Constituição Federal, na medida que impossibilita a empresa desenvolver plenamente suas atividades econômicas.
- a exclusão do Simples pautada em uma interpretação subjetiva, configura afronta ao princípio da boa-fé, veiculado no Código Civil de 2002.

A DRJ de origem ementou da seguinte forma:

EXCLUSÃO DO SIMPLES. LANÇAMENTO.

O fato do processo de exclusão do Simples não estar definitivamente julgado no âmbito administrativo, não impede que a autoridade fiscal proceda ao lançamento dos tributos devidos.

GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CARACTERIZAÇÃO.

Caracteriza-se grupo econômico quando duas ou mais empresas estão sob a direção, o controle ou a administração de outra, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, ainda que cada uma delas tenha personalidade jurídica própria.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes da legislação previdenciária, nos termos do inciso IX do Artigo 30 da Lei nº 8.212/91.

Cientificado o **responsável solidário** da decisão de 1ª Instância, aos 14/10/2013 (segunda-feira - fls. 241), o solidarizado BRUNNSCHWEILER LATNA LTDA apresentou o presente recurso voluntário em 13/11/2013 (quarta-feira - fls. 244 e ss), insurgindo-se, contra o R Acórdão. Ressalta nulidade da autuação por cerceamento do direito de defesa por não ter sido conferida oportunidade de discutir sua inserção no pólo passivo da autuação, no curso da instrução processual. Pede a produção de provas para demonstrar não ser solidário e assinala que a fiscalização não logrou comprovar a formação de grupo econômico. Afirmar a inexistência da cessão de mão de obra. Pede a sua exclusão do pólo passivo da autuação, a anulação da autuação e o cancelamento do lançamento tributário.

Na sequência, cientificado da decisão de 1ª Instância, aos 04/11/2013, (fls. 242), o **Contribuinte** apresentou o presente recurso voluntário em 29/11/2013 (fls. 302 e ss), insurgindo-se, parcialmente, contra o R Acórdão. Salienta ter sido excluído do simples nacional de forma irregular. Ressalta nulidade da autuação por cerceamento do seu direito de defesa na exclusão do Simples Nacional. Pede a produção de provas e assinala que a fiscalização não logrou comprovar a formação de grupo econômico. Afirmar a inexistência da cessão de mão de obra e insurge-se contra o desenquadramento retroativo do Simples Nacional. Pede a anulação da autuação ou o cancelamento, com o retorno ao Regime do Simples Nacional. Alternativamente, solicita a reforma do direito, retroativo da decisão.

Ambos juntaram documentos.

Esse, em síntese, o relatório.

Voto

Conselheira Sonia de Queiroz Accioly, Relatora.

Sendo tempestivo, conheço do recurso parcialmente e passo ao seu exame.

Do Desenquadramento retroativo do Simples Nacional

O Recorrente busca, na peça recursal, o retorno ao regime tributário simplificado, e insurge-se contra o desenquadramento retroativo do Simples Nacional.

De igual modo, alega que o ato de exclusão do Simples Nacional feriu ditames constitucionais.

Vejamos.

A atividade do julgador administrativo consiste em promover o controle de legalidade relativo ao julgamento de 1ª instância e à constituição do crédito tributário, respeitados os estritos limites estabelecidos pelo contencioso administrativo.

O litígio instaurado com a defesa limita o exercício desse controle, e o limite se dá com o cotejamento das matérias trazidas em relação direta e estrita com a autuação.

Todas as alegações de defesa que extrapolarem a lide não deverão ser conhecidas em sede de julgamento administrativo.

Assim é que essas alegações ora inseridas no recurso ordinário fogem aos contornos da presente lide administrativa, que trata da análise de autuação tributária, e não da exclusão do Simples Nacional.

No mesmo sentido, os pedidos relativos ao retorno ao Regime do Simples Nacional ou à reforma do direito, retroativo da decisão, não podem ser conhecidas.

Sendo assim, não conheço das presentes pretensões.

Das nulidades

O Contribuinte Recorrente alega vício na autuação decorrente de cerceamento à defesa em razão da sua exclusão do Simples Nacional.

O R Acórdão (fls. 231 e ss) recorrido assinala que o assunto não é afeto à presente lide, e que a exclusão do Simples Nacional é objeto de discussão em outro expediente administrativo (autos de nº 11444.000344/2010-04).

Realmente, esse outro processo cuidou da exclusão do Simples Federal e Nacional relativamente a 2007.

Nos autos de nº 11444.000344/2010-04 concluídos em 2010 - segundo relatado pela Autoridade Autuante (fls. 150 e ss – item 2.2) -, o Contribuinte Recorrente fora excluído do Simples Nacional e Federal, relativamente a 2007, por fatos descritos na presente processo administrativo fiscal.

O Contribuinte Recorrente não apresentou inconformismo, no prazo legal, ao ato de exclusão do Simples.

No mais, vejamos a instrução dos autos.

A fls. 51 e ss, consta Representação Fiscal para a exclusão do Simples Nacional.

Instruído o procedimento com a Representação Fiscal (2007) e com demais documentos referidos, foi proferido o Ato Declaratório Executivo DRE/MRA nº 19, de

28/04/2010, sendo conferido ao contribuinte prazo à apresentação de manifestação de inconformidade dirigida a Autoridade Competente, respeitada a LC 123/2006 e demais normativos pertinentes.

A LC 123/2006 prescreve que:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:

(...)

Art. 2º O tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o art. 1º desta Lei Complementar será gerido pelas instâncias a seguir especificadas:

I - Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, composto por 4 (quatro) representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, como representantes da União, 2 (dois) dos Estados e do Distrito Federal e 2 (dois) dos Municípios, para tratar dos aspectos tributários; e

(...)

§ 6º Ao Comitê de que trata o inciso I do caput deste artigo compete regulamentar a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, observadas as demais disposições desta Lei Complementar.

(...)

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte:

(...)

XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra;

(...)

Art. 21. Os tributos devidos, apurados na forma dos arts. 18 a 20 desta Lei Complementar, deverão ser pagos:

(...)

§ 10. Os créditos apurados no Simples Nacional não poderão ser utilizados para extinção de outros débitos para com as Fazendas Públicas, salvo por ocasião da compensação de ofício oriunda de deferimento em processo de restituição ou após a exclusão da empresa do Simples Nacional.

(...)

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.

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;

(...)

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

(...)

XII - omitir de forma reiterada da folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, trabalhista ou tributária, segurado empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual que lhe preste serviço.

(...)

§ 3º A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.

(...)

§ 5º A competência para exclusão de ofício do Simples Nacional obedece ao disposto no art. 33, e o julgamento administrativo, ao disposto no art. 39, ambos desta Lei Complementar.

§ 6º Nas hipóteses de exclusão previstas no caput, a notificação:

I - será efetuada pelo ente federativo que promoveu a exclusão; e

II - poderá ser feita por meio eletrônico, observada a regulamentação do CGSN.

(...)

§ 8º A notificação de que trata o § 6º aplica-se ao indeferimento da opção pelo Simples Nacional.

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

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

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

(...)

Art. 33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

(...)

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

(...)

§ 5º A impugnação relativa ao indeferimento da opção ou à exclusão poderá ser decidida em órgão diverso do previsto no caput, na forma estabelecida pela respectiva administração tributária.

§ 6º Na hipótese prevista no § 5º, o CGSN poderá disciplinar procedimentos e prazos, bem como, no processo de exclusão, prever efeito suspensivo na hipótese de apresentação de impugnação, defesa ou recurso.

No mesmo sentido, as Resoluções do CGSN como a nº 140/2018 (hoje vigente), que reproduziu os textos das citadas no Ato Declaratório.

Art. 83. A competência para excluir de ofício a ME ou a EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

(...)

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 122. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

§ 3º Na hipótese de a ME ou a EPP, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, com observância, quanto aos efeitos da exclusão, do disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 6º)

§ 4º Se não houver, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, com observância, quanto aos efeitos da exclusão, do disposto no art. 84. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

Observa-se, que o ordenamento pátrio foi seguido pela Autoridade responsável pela exclusão de ofício, sendo concedido prazo legal ao contribuinte ora recorrente para apresentação de inconformidade.

A exclusão do Simples Nacional foi cientificada ao Contribuinte Recorrente regularmente, conforme se constata do fundamentado Termo de Cientificação e Intimação Fiscal, juntado a fls. 60 e ss. O Contribuinte Recorrente não apresentou inconformismo no momento legal, apenas insurgindo-se após o lançamento tributário.

No julgamento administrativo de 1ª Instância, essa alegação não foi conhecida ao fundamento de ser objeto de processo específico.

É certo que a ausência, em parte, de verificação, análise e apreciação dos argumentos apresentados na primeira instância pelo sujeito passivo caracteriza supressão de instância, fato cerceador do amplo direito à defesa que poderá ensejar a nulidade do ato, desde que se comprove a existência de prejuízo.

Analizando o tema nulidades, a Professora Ada Pellegrini Grinover (As Nulidades do Processo Penal, 6º ed., RT, São Paulo, 1997, pp.26/27) afirma que o “*princípio do prejuízo constitui, seguramente, a viga mestra do sistema de nulidades e decorre da ideia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para correta aplicação do direito*”.

Mesmo que assim não fosse, inexistiria princípio absoluto. Há que se considerar a harmonização do preceitos com os demais princípios constitucionais, como o relativo à eficiência.

Soma-se a isso o entendimento de que a Administração Tributária pode reconhecer de ofício da nulidade, como indicam os enunciados sumulares nos 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula nº 346 STF. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula nº 473 STF. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Calcado nas Súmulas do STF (ou seja na possibilidade de anular atos proferidos pela Administração Tributária conferida a esta instância administrativa), na inexistência de prejuízo comprovado, e partindo do princípio de que caso comprovada seria essa uma nulidade relativa, passo a examinar a alegação.

De fato, nos presentes autos, não há mínimos elementos de prova de vício e de prejuízo ensejador de cerceamento à defesa no procedimento de exclusão do simples.

O Decreto 70.235/72 fulmina com a nulidade do lançamento os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Ao Recorrente foi concedido prazo à defesa, e constata-se que o Recorrente deixou transcorrer sem apresentar inconformismo.

Ora, antes da defesa não há litígio, não há contraditório ou direito à ampla defesa.

Tendo sido observados os ditames legais, não comprovado prejuízo ou vício ensejador de nulidade no procedimento preliminar de exclusão do simples, afasta-se a alegação trazida na peça recursal.

Ressalta-se que essa alegação de nulidade não alcança os lançamentos senão por via indireta, na medida em que diz respeito a questão preliminar e não ao crédito tributário propriamente dito. Entretanto, caso acolhido o argumento, os lançamentos teriam que ser cancelados por falta de fundamentação. Por isso, o pedido foi examinado e devidamente afastado.

Doutro lado, o Solidário Recorrente também alega vício na autuação decorrente de cerceamento à defesa, em razão do fato de não ter sido instado a apresentar defesa no curso do procedimento investigatório.

Antes de examinar as teses trazidas pela defesa, impõe-se destacar o artigo 142 do Código Tributário Nacional e os artigos 10 e 11 do Decreto 70.235/72, que estabelecem os requisitos de validade do lançamento, além daqueles previstos para os atos administrativos em geral:

Código Tributário Nacional

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Decreto 70.235/72

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Parágrafo único. Prescinde de assinatura a notificação de lançamento emitida por processo eletrônico.

Também importa ressaltar os casos que acarretam a nulidade do lançamento, previstos no art. 59, do Decreto nº 70.235/72, que regula o Processo Administrativo Fiscal:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.(...)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Da leitura dos dispositivos legais transcritos, depreende-se que ensejam a nulidade do lançamento os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Analisando o tema nulidades, a Professora Ada Pellegrini Grinover (As Nulidades do Processo Penal, 6º ed., RT, São Paulo, 1997, pp.26/27) afirma que o “*princípio do prejuízo constitui, seguramente, a viga mestra do sistema de nulidades e decorre da idéia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para correta aplicação do direito*”.

Da fase oficiosa do Procedimento Fiscal.

É de se observar que o procedimento fiscal é uma fase oficiosa em que a fiscalização atua com poderes amplos de investigação, tendo liberdade para interpretar os elementos de que dispõe para efetuar o lançamento. Nessa fase, o Fisco submete-se à regra geral do ônus da prova prevista no Processo Civil – que serve como fonte subsidiária ao processo administrativo fiscal. Como, neste momento, não há processo instaurado mas tão-somente procedimento, não cabe falar em direito de defesa.

Antes da impugnação não há litígio, não há contraditório, direito à ampla defesa, ao devido processo legal e o procedimento é levado a efeito, de ofício, pelo Fisco.

Nesse sentido, a Súmula nº 46 do CARF:

O lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário.

O ato do lançamento é privativo da autoridade, e não uma atividade compartilhada com o sujeito passivo (CTN, art.142).

Assim, a Autoridade Fiscal pode valer-se de algumas peças processuais, e sobrepor-las, sem que com isso advenha qualquer irregularidade ou nulidade ao feito.

Mesmo que assim não fosse, cumpre mencionar que a descrição dos fatos constantes do auto de infração indicam, de forma inequívoca, que a autoridade fiscal considerou que a sujeição passiva das regras matrizes de incidência tributária era afeta à BETA THERM e que a empresa BRUNNSCHWEILER LATINA LTDA era responsável solidário. A robusta impugnação apresentada comprova essas afirmações (fls. 204 e ss).

Os Recorrentes demonstram ter identificado e compreendido as infrações apontadas no lançamento e a fundamentação à solidarização.

Ademais, verifica-se que o Auto de Infração veio estribado de todas as razões que ensejaram a sua lavratura, permitindo, ao Recorrente Solidário e ao Contribuinte, o conhecimento nítido da acusação imputada, com detalhamento do desenvolvimento da fiscalização em exame, apontando as infrações com todos os seus contornos (todos os critérios das regras-matrizes de incidência tributária), relacionando os atos passíveis de esclarecimentos por parte do sujeito passivo.

É de se ressaltar que o direito de ampla defesa foi devidamente garantido ao Recorrente Solidário com abertura de prazo para apresentação de impugnação ao lançamento, assim como o fez, bem como pela ciência de todos os demais atos processuais.

A autuação encontra-se plenamente motivada em todos os seus aspectos.

Assim, válida é a ação fiscal.

Desta forma, uma vez que todos os atos que ampararam a ação fiscal ocorreram em conformidade com as disposições normativas da Secretaria da Receita Federal do Brasil, e tendo a ação fiscal sido conduzida por servidor competente, em obediência aos requisitos do Decreto nº 70.235/1972, e inexistindo prejuízo à defesa, não se há de falar em nulidade do auto de infração.

Tendo sido observados os ditames legais, não comprovado prejuízo ou vício ensejador de nulidade dos lançamentos, afastam-se as alegações trazidas nas peças recursais.

Do Mérito

O Contribuinte Recorrente alega não comprovada a formação de grupo econômico, de forma a inexistir a cessão de mão de obra. Na mesma esteira, o Recorrente Solidarizado.

Não guarda melhor sorte aos Recorrentes.

Segundo se depreende o relatório fiscal, a Autoridade Lançadora, havendo constatado a existência de grupo econômico, fez a representação para a exclusão da empresa do Simples Federal e do Simples Nacional e constituiu o crédito tributário.

O R. Acórdão Recorrido esclarece que (fls. 231 e ss):

As alegações da autuada no sentido de que a caracterização de grupo econômico se baseou apenas em suposições não merecem prosperar. Isso porque a fiscalização narrou diversos fatos que em seu contexto não deixam dúvida quanto à existência do grupo econômico. Entre os fatos descritos pela fiscalização, temos:

- No campo destinado às informações do responsável pela elaboração da GFIP da autuada consta como responsável a empresa Brunnschweiler e o nome de contato de “Paulo Boechat”; como telefone de contato, até a competência 02/2001 constava o nº 14 3408-6500, que é o telefone da empresa Brunnschweiler, demonstrando centralização de controles fiscal e contábil.

- a sócia administradora da autuada, Heloísa Helena Boarin Boechat, é esposa do sócio administrado da empresa Brunnschweiler.

- embora não haja contrato por escrito entre as duas empresas, a empresa autuada recebe valores vultosos a título de adiantamento da empresa Brunnschweiler, registrados na conta . 2.2.6.01.01 – “Adiantamento de Clientes” (saldo da conta em 31/12/2007 = R\$ 2.395.412,26, em 31/12/2008 = R\$ 3.968.859,03, em 31/12/2009 R\$ 4.732.461,81)

- A Sra. Heloísa Helena Boarin Boechat, ao prestar esclarecimentos à fiscalização por ocasião da fiscalização encerrada em agosto de 2010 (processo 11444.000344/2010-04, de exclusão do SIMPLES), confirmou que Paulo Roberto Brito Boechat, sócio administrador da Brunnschweiler Latina Ltda, interfere na administração da autuada, que a supervisão dos serviços prestados pelos empregados da autuada é feita pela Brunnschweiler, controlando frequência e horário do empregados.

- De um total de 37 notas fiscais emitidas no período 03/2006 a 11/2009 (notas fiscais com numeração entre 16 e 54), 32 foram emitidas para a empresa Brunnschweiler, as demais foram emitidas para clientes da Brunnschweiler.

(...)

Assim, com base na documentação acostada pela fiscalização e na situação fática demonstrada, em perfeita consonância com a legislação supracitada, restou evidenciado de forma inequívoca que as pessoas jurídicas elencadas desenvolvem suas atividades como se uma fossem, estabelecendo relações que demonstram a unicidade de interesses, constituindo, pois, um grupo econômico de fato.

(...)

Em consonância com os dispositivos supracitados e de acordo com a doutrina amplamente majoritária pode-se concluir que: Grupo de Sociedades/Grupo de Empresas/Grupo Econômico são caracterizados pela reunião de empresas através de um processo de concentração e sob uma direção comum, mas sem fusão de patrimônios e nem a perda da personalidade jurídica de cada empresa integrante, os grupos de sociedade visam à concretização de empreendimentos comuns.

A simples constatação da existência de um grupo de sociedades articuladas já basta para a aplicação das consequências jurídicas, independentemente de convenção ou contrato, para coibir possíveis abusos e proteger credores e terceiros que se relacionem com tais agrupamentos, considerando que as relações jurídicas destes grupamentos societários para com terceiros, não podem ser examinadas e resolvidas sob o prisma simplista do interesse isolado de cada uma dessas empresas. Elas agem economicamente como um todo, como um grupo, e assim devem ser consideradas.

Tanto o grupo econômico como a cessão de mão de obra foram comprovados suficientemente pelas provas e relatos da Autoridade Autuante.

Não desconstituídos os elementos de prova nos momentos de defesa, não há como acolher os argumentos inseridos nos recursos, ainda mais de desprovidos de lastro probatório.

Nesse sentido, é preciso indeferir o pedido.

Da Responsabilidade Solidária

A fiscalização identificou a responsabilidade solidária do Recorrente Solidário com suporte no art. 124, I, do CTN, por ter interesse comum à causa da despesa.

No direito, impera o princípio da existência individualizada da pessoa jurídica, o que significa dizer que a pessoa jurídica é reconhecida pelo direito como sujeito de direitos e obrigações, tendo existência distinta de seus membros.

No campo tributário, o artigo 121 do CTN dispõe que o sujeito passivo é a pessoa obrigada a pagar o tributo, definindo como contribuinte (inciso I) aquele que tem relação pessoal e direta com o fato gerador, e responsável (inciso II) aquele que, sem se revestir da condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa em lei.

Ou seja, a regra é que o contribuinte é o sujeito passivo obrigado ao pagamento. Ocorrerá a imputação da responsabilidade pelo pagamento para terceiro quando a lei assim determinar. Em outras palavras, é uma hipótese de caráter excepcional.

Nesse sentido, para fundamentar a responsabilidade solidária no artigo 124, inciso I do CTN, deve-se comprovar o nexo causal com o fato ou negócio vinculado à regra matriz de incidência tributária.

Essa situação ficou bem descrita no relato fiscal e no R. Acórdão recorrido (fls. 249 e ss):

A caracterização do grupo econômico traz como consequência jurídica a imposição da responsabilidade solidária, conforme previsto no art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91:

(...)

Como se depreende do dispositivo transcrito, faz-se referência a grupo econômico de qualquer natureza, ou seja, não fica restrito aos grupos econômicos regularmente constituídos.

Do relato acima, conclui-se que os conceitos formulados agasalham um vasto rol de situações concretas, ou seja, empresas que realmente se associam, sem, contudo, cumprirem estritamente os requisitos legais que também compõem um grupo econômico.

Em consonância com os dispositivos supracitados e de acordo com a doutrina amplamente majoritária pode-se concluir que:

Grupo de Sociedades/Grupo de Empresas/Grupo Econômico são caracterizados pela reunião de empresas através de um processo de concentração e sob uma direção comum, mas sem fusão de patrimônios e nem a perda da personalidade jurídica de cada empresa integrante, os grupos de sociedade visam à concretização de empreendimentos comuns.

A simples constatação da existência de um grupo de sociedades articuladas já basta para a aplicação das consequências jurídicas, independentemente de convenção ou contrato, para coibir possíveis abusos e proteger credores e terceiros que se relacionem com tais agrupamentos, considerando que as relações jurídicas destes grupamentos societários para com terceiros, não podem ser examinadas e resolvidas sob o prisma simplista do interesse isolado de cada uma dessas empresas. Elas agem economicamente como um todo, como um grupo, e assim devem ser consideradas.

Veja-se que a solidariedade fixada na legislação previdenciária em relação ao grupo econômico é bastante ampla, abrangendo todas as obrigações das empresas ali impostas.

Basta uma das componentes do grupo deixar de cumprir as obrigações previdenciárias, para todas assumirem a responsabilidade por via de solidariedade, sem benefício de ordem. A RFB poderá exigir de uma das empresas a dívida de outra, sem ter que demonstrar a incapacidade da originariamente devedora.

Cabe observar, no entanto, que a possibilidade de atribuir a responsabilidade tributária por solidariedade, via legislação ordinária, exige o atendimento dos requisitos do CTN, sob pena de não ser juridicamente possível, pois, em ocorrendo a solidariedade tributária, a obrigação de pagar o tributo passa a ser compartilhada pelo sujeito passivo originário - aquele diretamente relacionado com a ocorrência do fato gerador, para um terceiro - com o chamado responsável tributário, que, entretanto, somente pode ser investido nesta condição (de devedor solidário), quando presentes todos os requisitos legais enumerados no próprio CTN, ao qual se deve submeter a legislação ordinária e os atos normativos.

(...)

Duas são, portanto, as situações autorizadas pelo CTN, para que se possa fazer incidir a solidariedade:

Inciso I do art. 124 do CTN (as pessoas com interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal): os “grupos econômicos”, justamente por constituírem um conjunto de contribuintes, sob a direção, controle ou administração de um mesmo conjunto de pessoas, têm interesses comuns no fato gerador, na medida em que o resultado de uma interessa às demais, notadamente em se tratando de “grupos econômicos de fato”;

Inciso II do art. 124 do CTN (as pessoas expressamente designada por lei): como já observado, a Lei nº 8.212, de 24/07/1991, vem exatamente, de acordo com o permissivo legal do CTN, atribuir responsabilidade legal aos integrantes dos “grupos econômicos”, sejam quais forem: “de direito” ou “de fato”, estes últimos, “regulares” ou “irregulares”.

Com efeito, a responsabilidade tributária por sujeição solidária é possível por expressa autorização legal (CTN, art. 124, incisos I e II), bem como está expressamente prevista na legislação previdenciária (art. 30, IX da Lei nº 8.212/91), em perfeita consonância com a autorização do CTN.

Desse modo, a fiscalização agiu estritamente dentro dos parâmetros legais que lhe impõem os dispositivos contidos no art. 33 da Lei nº 8.212/91 e art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN. O procedimento adotado, fundamentado na legislação de comando – art. 30, IX da Lei nº 8.212/91 e art. 124 do Código Tributário Nacional – CTN foi determinado pela constatação de que se trata de Grupo Econômico de fato.

Por todo o exposto, resta demonstrada a existência de um grupo econômico de fato e, por conseguinte, todas as empresas respondem solidariamente pelo crédito constituído.

Posto isso, voto pela IMPROCEDÊNCIA da impugnação, MANTENDO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO, conforme acima exposto.

Considerando a comprovação da existência de Grupo Econômico de Fato entre o Recorrente Contribuinte e o Recorrente Solidário, presente a situação ensejadora da aplicação do art. 124, I do CTN, sendo certa a manutenção da responsabilização solidária.

Das Diligências

O Recorrente Contribuinte pede que seja concedido prazo para produção de provas relativamente à formação de grupo econômico.

Doutro lado, o Recorrente Solidário pede que seja concedido prazo para produção de provas relativamente à solidariedade.

Ressalta-se que o princípio do ônus da prova é inerente a todo ordenamento jurídico, sendo que deve ser obedecido também na esfera administrativa.

Assim, incumbia aos Recorrentes apresentar tempestivamente (impugnação/manifestação de inconformidade) as provas em direito admitidas no prazo legalmente estipulado, precluindo o direito de fazê-lo em outra ocasião, ressalvada a impossibilidade por motivo de força maior, quando se refira a fato ou direito superveniente ou no caso de contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos, conforme disposições contidas no art. 16 do Decreto 70.235, de 1972, situação que não foi comprovada no presente processo.

Ademais, os Recorrentes trazem alegações desprovidas de qualquer lastro probatório a desconstituir a robusta instrução processual, em sentido oposto.

A deficiência da defesa na apresentação de provas, sob sua responsabilidade, não implica a necessidade de realização de diligência com o objetivo de produzir essas provas, eis que tanto a diligência quanto a perícia destinam-se à formação da convicção do julgador, devendo limitar-se ao aprofundamento de investigações sobre o conteúdo de provas já incluídas no processo ou ao confronto de elementos de prova também já incluídos nos autos, não podendo ser utilizada para suprir a ausência de provas que já poderiam ter sido juntadas.

Em estando presentes nos autos do processo os elementos necessários e suficientes ao julgamento da lide estabelecida, prescindíveis são as diligências e perícias requeridas pelos Recorrentes, cabendo a autoridade julgadora indeferi-las.

Da aplicação da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 14 de 2009

Saliente-se que, para os fatos geradores ocorridos até 03/12/2008, a autoridade responsável pela execução do acórdão deverá observar o princípio da retroatividade benigna previsto no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, em face das penalidades aplicadas às contribuições previdenciárias nos lançamentos de obrigação principal e de obrigação acessória, em conjunto ou isoladamente, previstas na Lei nº 8.212/1991, com as alterações promovidas pela MP 449, de 03/12/2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/2009, conforme Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 14 de 2009.

CONCLUSÃO.

Pelo exposto, voto por NÃO CONHECER dos inconformismos relativos à retroação ao regime simplificado de tributação, por CONHECER parcialmente dos recursos para afastar as preliminares de nulidade e, no mérito, NEGAR-LHES PROVIMENTO.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly

