



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13830.720296/2012-08
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-008.000 – 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: 01/01/2008 a 31/12/2008

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.

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.

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 do recurso, exceto quanto à inconformidade relativa à retroação ao Simples, vencido o conselheiro Ronnie Soares Anderson, que conhecia do recurso em menor extensão; e, na parte conhecida, por unanimidade de votos, em negar-lhe 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

Trata-se de recurso voluntário (fls. 164 e ss) interposto contra R. Acórdão proferido pela 9ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto (fls. 151 e ss, revisado a fls. 157 e ss) que manteve lançamento, relativo às contribuições relativas a Terceiros incidentes sobre a remuneração paga a empregados - DEBCAD 37.344.824-4, por conta da exclusão do Simples Nacional, nos termos do ADE/MRA nº 72, de 6/11/2011 (fls 06), proferido após Representação Fiscal de Exclusão do Simples emitido pela Autoridade Autuante (fls. 2 e ss).

Os lançamentos lavrados em face do descumprimento de obrigações acessórias previstas no art. 32, IV e §5º, da Lei 8.212/91 (CFL 68) – DEBCAD 37.344.821-0 e no art. 32, IV e §6º, da Lei 8.212/91 (CFL 69) - DEBCAD 37.344.822-8, **não** foram impugnados e, portanto, relativamente a eles não foi instaurado o contencioso administrativo, como se observa do instrução dos autos e do R. Acórdão recorrido.

Segundo o Acórdão:

Trata-se de lançamento referente às contribuições sociais parte de Terceiros incidentes sobre a remuneração paga a empregados - DEBCAD 37.344.824-4 e ao descumprimento de obrigações acessórias previstas no art. 32, IV e §5º (CFL 68) – DEBCAD 37.344.821-0 e no art. 32, IV e §6º (CFL 69) - DEBCAD 37.344.822-8.

O lançamento apresenta os seguintes valores:

DEBCAD 37.344.824-4: R\$ 158.044,75

DEBCAD 37.344.821-0: R\$ 24.256,80

DEBCAD 37.344.822-8: R\$ 242,55

O lançamento decorre do ADE DRF/MA nº 72/2011, que excluiu a empresa do Simples Federal - Lei nº 9.137/1996, com efeitos 01/04/2006 a 31/01/2007 e do Simples Nacional – LC nº 123/2006, com efeitos de 01/01/2008 a 31/12/2010.

Os fatos geradores do lançamento principal (DEBCAD 37.344.824-4) decorrem das contribuições destinadas a Terceiros incidentes sobre a remuneração paga a empregados, no período 01/2008 a 13/2008. Embora as remunerações de empregados tenham sido informadas em GFIP, ocorreu omissão de declaração de contribuições para a previdência social e para Terceiros e a falta de recolhimentos, uma vez que a empresa declarou ser optante pelo SIMPLES.

O AIOA decorrente do descumprimento da obrigação prevista no art. 32, IV e §5º (CFL 68) - DEBCAD 37.344.821-0, foi lavrado em decorrência da omissão de contribuições em GFIP, nas competências 08/2008, 09/2008 e 11/2008, as quais no comparativo das

multas (anexo IV) previstas na sistemática anterior e posterior à vigência da MP 449/2008 resultaram na menos severa ao sujeito passivo, consoante ao disposto no art. 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional - CTN.

O AIOA decorrente do descumprimento da obrigação prevista no art. 32, IV e §6º (CFL 69) - DEBCAD 37.344.822-8, foi lavrado em decorrência da omissão no campo “Código outras entidades”, não relacionado aos fatos geradores, nas competências 08/2008, 09/2008 e 11/2008, as quais no comparativo das multas (anexo IV) previstas na sistemática anterior e posterior à vigência da MP 449/2008 resultaram na menos severa ao sujeito passivo, consoante ao disposto no art. 106, II, C, do Código Tributário Nacional - CTN.

Intimada em 22/02/2012, as interessada, ingressou, em 19/03/2012, com a impugnação SOMENTE em relação ao AI-Debcad nº 37.344.824-4, nas folhas 117 a 131, 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 .º 9.317/1996.
- A exclusão fere os princípios norteadores da ordem econômica, previstos nos art. 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.

Quando da apresentação da impugnação pelo sujeito passivo, este só o fez em relação ao AI-Debcad nº 37.344.824-4, como detalhadamente exposto no despacho de encaminhamento de fls. 148. Em virtude disso, foi mantido no presente processo o acima referido AI-Debcad e formalizado novo processo para prosseguimento na cobrança dos AIDebcad nº 37.344.821-0 e 37.344.822-8, posto que estes últimos não foram objeto de impugnação.

Este Acórdão revisa o Acórdão 14-38.911, de 10/10/2012, no qual não constava a informação do parágrafo anterior.

A DRJ de Ribeirão Preto ementou no seguinte sentido:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

Debcad: 37.344.821-0, 37.344.822-8 e 37.344.824-4

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.

Cientificado da decisão de 1ª Instância, aos 04/11/2013, (fls. 162), o contribuinte apresentou o presente recurso voluntário em 29/11/2013 (fls. 164 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. Afirma 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.

Juntou documentos.

Esse, em síntese, o relatório.

Voto

Conselheira Sonia de Queiroz Accioly, Relatora.

Sendo tempestivo, conheço parcialmente do recurso 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 Recorrente alega vício na autuação decorrente de cerceamento à defesa em razão da sua exclusão do Simples Nacional.

O R Acórdão (fls. 157 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. 99 e ss – item 2.2) -, o Recorrente já havia sido excluído do Simples Nacional e Federal, relativamente a 2007, por fatos idênticos aos descritos na presente processo administrativo fiscal.

Tanto no expediente relativo a 2007, como no presente, o Recorrente não apresentou inconformismo, no prazo legal, ao ato de exclusão do Simples. A fls. 102 – item 2.3.1, a Autoridade Autuante aponta esclarecimentos a esse respeito.

No mais, vejamos a instrução dos autos.

A fls. 02 e ss, consta Representação Fiscal para a exclusão do Simples Nacional.

Instruído o procedimento com a Representação Fiscal anterior (2007) e com demais documentos referidos, e após nova Representação Fiscal foi proferido o Ato Declaratório Executivo DRF/MRA nº 72, de 6/11/2011, 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 Recorrente regularmente, conforme se constata do fundamentado Termo de Cientificação e Intimação Fiscal, juntado a fls.

28 e ss. O 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, inexistente 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.

Do Mérito

O Recorrente alega não comprovada a formação de grupo econômico, de forma a inexistir a cessão de mão de obra.

Não guarda melhor sorte o Recorrente.

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 dos Autos de nº 13830.721620/2011-16 (julgados na presente sessão, e que dizem respeito aos mesmos fatos geradores) bem abordou a questão, conforme se observa do documento, abaixo parcialmente reproduzido (fls. 355/356):

A fiscalização constatou que a autuada juntamente com a empresa Brunnschweiler Latina Ltda, CNPJ 01.214.149/0001-36, constituem grupo econômico de fato, tendo em vista que as empresas possuem direção, controle e administração exercida pela mesma pessoa, Paulo Roberto Brito Boechat.

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.

(...)

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.

O Relato Fiscal (fls. 3) no item 5 aborda o tema da mesma forma.

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

Não obstante, o R. Acórdão ora recorrido não conheceu dessa alegação, e portanto, não se instaurou o contencioso administrativo a respeito do inconformismo.

Segundo o I. Relator do Acórdão (fls. 160):

Nos termos do artigo 16 da Lei nº 9.317/96 e art 32 da LC 123/2006, a pessoa jurídica excluída do Simples, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Em relação às alegações contra a formação de grupo econômico e responsabilidade solidária, as mesmas não serão analisadas, pois não são pertinentes ao presente processo.

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

Mesmo que assim não fosse, não foram desconstituídos os elementos de prova acostados à instrução no momento de defesa.

Nesse sentido, não se conhece da presente alegação.

Das Diligências

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

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 ao Recorrente 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, o Recorrente traz 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 pelo contribuinte, cabendo a autoridade julgadora indeferi-las.

Sendo assim, indefere-se o pedido de diligência.

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 do Simples Nacional, por CONHECER parcialmente do recurso para afastar a preliminar de nulidade e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly