



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10930.722552/2017-81
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-002.804 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária**
Sessão de 08 de maio de 2023
Recorrente TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

SIMPLES NACIONAL. EXCESSO DE RECEITA BRUTA GLOBAL.

Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado do Simples Nacional a pessoa jurídica de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos da Lei Complementar nº 123/2006.

GRUPO ECONÔMICO. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Tratando-se de GRUPO Econômico formado por empresas que objetivam repartir o seu faturamento, pulverizando receitas, de modo a que algumas delas possam usufruir, ao mesmo tempo, da tributação privilegiada do Simples, reduzindo, desse modo, os valores a recolher a título de impostos e contribuições, inclusive previdenciárias, cabível a exclusão de todas elas desse regime de tributação.

PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.
A prática reiterada de infração à legislação tributária, caracterizada pela omissão de receitas e o excesso de receita bruta são causas de exclusão da pessoa jurídica do Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Ailton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Fellipe Honório Rodrigues da Costa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ailton Neves da Silva, Rafael Zedral, Fellipe Honório Rodrigues da Costa e Miriam Costa Faccin.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra acórdão de n.º 09-66.636 de 24 de maio de 2018, da 5ª Turma da DRJ/JFA, que julgou procedente em parte a manifestação de inconformidade da contribuinte.

Por bem descrever os fatos e por economia processual, adoto o relatório da decisão da DRJ, nos termos abaixo:

(...)O presente processo trata da exclusão da citada empresa do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos Pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), através do Ato Declaratório Executivo DRF/Londrina n.º 39/2017, de 18 de outubro de 2017.

O Auditor Fiscal informa que a empresa TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA - EPP, atua no ramo de Vigilância e Segurança Privada.

Relata que verificou, com base nos sistemas da Receita Federal do Brasil, que **"o faturamento declarado pela empresa no Programa Gerador do Documento do Simples Nacional PGDASN não é capaz de custear a remuneração declarada pela empresa por meio da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social GFIP. A auditoria fez constar no TIF n.º 1 que o Sujeito Passivo declarou à Receita Federal do Brasil um faturamento consolidado entre os anos de 2013 a 2016 de apenas R\$ 1.043.576,77, contra despesas com pagamento de funcionários que atingem, no mesmo intervalo de tempo, de R\$ 6.190.774,52."**

"9. Foram emitidos pela Receita Federal do Brasil sete Termos de Distribuição de Procedimento Fiscal.

(...)17. As sete Pessoas Jurídicas tem em comum a participação do sr. Antonio Rodrigues da Maia, inscrito no CPF 395.087.819-04, e da sra. Neuza Chumovski, inscrita no CPF 305.544.629-15 em seus quadros societários. Todas possuem o mesmo ramo de atuação.

18. Ficou evidenciado a formação de grupo econômico de fato. O fracionamento em diversas Pessoas Jurídicas visou, entre outras intenções, **manter o regime tributário favorecido que foi instituído pela Lei Complementar 123/2006, o Simples Nacional, mediante a fracionamento do faturamento em diversas Pessoas Jurídicas.**

19. Cinco Pessoas Jurídicas estão domiciliadas num mesmo imóvel localizado em Maringá. Outra está domiciliada em Londrina e a última em Curitiba.

(...)20. Para as cinco empresas de Maringá-PR, embora os endereços indiquem pequenas diferenças: AVENIDA TUIUTI, 1723 JARDIM TUPINAMBA, RUA VINTE E OITO DE JUNHO, 1163 SALA 01 JARDIM TUPINAMBA, novamente RUA VINTE E OITO DE JUNHO, 1163 SALA 01 JARDIM TUPINAMBA, e RUA 28 DE JUNHO, 1141 JD TUPINAMBA, **tratam-se da mesma localização. O imóvel que hospeda as empresas esta localizado numa esquina da Avenida Tuiuti na cidade de Maringá PR. No local, existe uma placa publicitária contendo a identificação de "GRUPO TONI.**

21. Demonstrando o mesmo, ou equivalentes, ramos de atividade das Pessoas Jurídicas, temos as **informações prestadas pelas empresas em suas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Receita Federal do Brasil GFIP**. Para exemplificar, os documentos GFIP da competência 01/2015 das empresas PRS SEGURANÇA LTDA - ME, TONI EMPRESA DE PORTARIA E VIGIA LTDA, TONI SEGURANÇA LTDA e TONI ALARMES MONITORADOS LTDA, informam o código no Cadastro Nacional de Atividades Econômicas CNAE Fiscal 8011101 - ATIVIDADES DE VIGILÂNCIA E SEGURANÇA PRIVADA.

22. A empresa TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA - EPP e a empresa TONI EMPRESA DE PORTARIA CURITIBANA LTDA - ME informaram em suas GFIP de 01/2015 o CNAE Fiscal preponderante 8111-7/00 - SERVIÇOS COMBINADOS PARA APOIO A EDIFÍCIOS, EXCETO CONDOMÍNIOS PREDIAIS.

23. A empresa TONI SERVIÇOS ESPECIAIS LTDA ME indica em suas GFIP o código CNAE Fiscal 8122200 - IMUNIZAÇÃO E CONTROLE DE PRAGAS URBANAS. O Contrato Social apresentado à auditoria aponta como objeto social em sua cláusula terceira "Serviços de mão de obra especializada em controle de pragas urbanas, limpeza e desinfecção de caixas d'água, jardinagem e consultoria em segurança patrimonial". Contudo, a auditoria constatou que a efetiva atuação empresarial é igual ou equivalente as das demais empresas do grupo econômico.

25. No mesmo sentido, a auditoria verificou todas as Nota Fiscais emitidas pela empresa TONI SERVIÇOS ESPECIAIS LTDA ME em abril de 2014. (...). Em abril de 2014 foram emitidas as Notas Fiscais de nº 35 a 68, em anexo. Como se observa no campo discriminação dos serviços, temos VIGIA, GUARDIÃO, PORTARIA, RECEPCIONISTA, JARDINEIRO, FISCAL DE PÁTIO, ZELADORIA, CONTROLADOR DE ACESSO/GUARDIÃO, LIMPEZA. Estes são os serviços prestados pelas outras três empresas. Não existem outros tipos de serviços prestados pela TONI SERVIÇOS ESPECIAIS em abril de 2014.

26. Efetivamente os serviços prestados pela empresa TONI SERVIÇOS ESPECIAIS são similares, senão idênticos, aos serviços prestados pelas outras empresas do grupo. Embora discriminem código CNAE Fiscal diverso em suas GFIP e tragam no seu Contrato Social e Alterações contratuais informações que o objeto de atuação seria outro, prestaram serviços de portaria, vigilância, recepção e zeladoria.

27. Comprova-se a formação de um grupo econômico, de fato. Ademais, existem outros elementos corroborando a formação de grupo econômico informal. Destacamos: - As Demonstrações do Resultado do Exercício DRE de seis empresas sob auditoria, anos 2013, 2014 e 2015 trazem assinaturas do sr. Antonio Rodrigues da Maia, sócio, e do sr. Ítalo Renan Gasques, Contador inscrito no CRC PR 055027/O-0. O sr. Ítalo Renan Gasques figurou como empregado da empresa TONI SEGURANÇA LTDA EPP no período compreendido entre 03/05/2010 e 31/08/2014. Contudo, assinou os demonstrativos contábeis DRE de outras empresas do grupo (TONI EMPRESA DE PORTARIA E VIGIA, TONI ALARMES MONITORADOS, TONI SERVIÇOS ESPECIAIS, TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA EPP e da TONI EMPRESA DE PORTARIA CURITIBANA LTDA ME nos anos-calendário de 2013 e 2014.

28. Ou seja, embora contratado por uma delas, prestou serviços de contador a várias. O Extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais CNIS do sr. Ítalo está em anexo. O fato indica que o contador foi contratado para trabalhar não para uma empresa, mas para o grupo todo.

(...)Observação: Como se verifica, existe confusão entre os endereços declarados à Receita Federal do Brasil e aqueles constantes na COPEL. O conflito reforça o envolvimento das Pessoas Jurídicas na formação de grupo econômico de fato.

- As GFIP entregues pelas quatro empresas auditadas tiveram a sua transmissão de um mesmo computador, e com informações de mesmo nome de contato, E-mail e telefone.

29. Constatou-se que todas as sete Pessoas Jurídicas tiveram as suas GFIP transmitidas pela conectividade social de um mesmo computador com Endereço IP 192.168.42.97.

(...)

33. Os documentos encaminhados aos contribuintes domiciliados em Maringá, TONI SEGURANÇA, PRS SEGURANÇA, TONI EMPRESA DE PORTARIA E VIGIA, TONI ALARMES MONITORADOS, TONI SERVIÇOS ESPECIAIS, e as Pessoas Físicas de Antonio Rodrigues da Maia e Neuza Chumovski, são recepcionadas pela mesma Pessoa Física. Ilustrando o fato, a auditoria encaminhou vários Termos de Sujeição Passiva Solidária para os sete contribuintes citados. Os documentos foram recepcionados pela Sra. Alessandra Cristine Celestrino que é empregada da empresa VERSÁTIL ADMINISTRADORA DE CONDOMINIOS EIRELI - ME inscrita no CNPJ 26.917.935/0001-20 que é outra Pessoa Jurídica que declara à Receita Federal do Brasil o mesmo endereço onde estão domiciliados as duas pessoas físicas e as cinco Pessoas Jurídicas.

34. A empresa VERSÁTIL ADMINISTRADORAS DE CONDOMINIO EIRELI - ME declara à Receita Federal do Brasil estar domiciliada na Rua 28 de Junho, 1141, Sala 2, Jardim Tupinambá, Maringá-Pr. Esta Pessoa Jurídica tem como titular o sr. ADRIANO CHUMOVSKI DE MARIA, filho de Antonio e Neuza. Trata-se de outra Pessoa Jurídica envolvida no caso.

35. Tratam-se de empresas com o mesmo endereço (cinco delas), mesmo ramo de atuação, mesmos sócios, que utilizaram dos serviços de um mesmo contador e que transmitem suas GFIP de um mesmo computador, informando nas GFIP o mesmo telefone (para seis das sete empresas), o mesmo nome para contato e mesmo E-mail. Assumem a condição na internet de "GRUPO TONI".

Em relação a exclusão da empresa do Simples Nacional, o Auditor Fiscal, esclarece que:

36. Verificou-se que no quadro societário das diversas empresas do Grupo Econômico figuram as pessoas de Antonio Rodrigues da Maia inscrito no CPF 395.087.819-04 e Neuza Chumovski inscrita no CPF 305.544.629-15.

37. Várias empresas, todas optantes pelo Simples Nacional tem ou tiveram estas pessoas físicas em seu quadro societário. Vejamos então o histórico da participação dessas pessoas:

(...)40. Como verificado acima, os senhores Antonio Rodrigues da Maia e Neuza Chumovski participam do quadro societário de diversas Pessoas Jurídicas enquadradas no Simples Nacional. Torna-se obrigatório verificar o faturamento do grupo de empresas, buscando quantificá-lo e compará-lo ao limite estabelecido no inciso III do parágrafo IV do caput do artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006. (...)

41. Quatro das empresas sob ação fiscal tiveram os seus faturamentos apurados pela auditoria nas Notas Fiscais de Prestação de Serviços que foram apresentadas à auditoria.

(...)44. A partir das informações fornecidas pela Prefeitura Municipal de Londrina a auditoria fez um comparativo entre os faturamentos demonstrados nos Livros Fiscal de ISS e aqueles contidos no PGDASN. (...)

45. Como é de fácil verificação, a empresa TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA EPP omitiu quase 90% de seu faturamento ao fisco federal no intervalo de tempo compreendido entre janeiro de 2013 e dezembro de 2016.

46. Para fins de análise do faturamento do grupo econômico de fato, no ano calendário de 2012 a auditoria acatou o faturamento declarado pela TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA EPP em PGDASN. Para o ano de 2016, ano calendário em que o contribuinte não esteve enquadrado no Simples Nacional, a empresa TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA EPP não declarou nenhum faturamento por meio do SPED Contábil Fiscal à Receita Federal do Brasil, conforme demonstra relatório DRE SPED EFC LONDRINENSE 2016, em anexo.

47. Já para as outras duas empresas a auditoria acolheu os faturamentos anuais declarados no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional PGDASN. A Pessoa Jurídica PRS SEGURANÇA LTDA ME declarou faturamento em 2014 e 2015. A Pessoa Jurídica RESISTENCIA ALARMES MONITORADOS LTDA ME não declarou faturamento entre 2012 e 2015. (...)

48. No caso específico da Pessoa Jurídica TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA EPP o faturamento isolado, nos anos de 2012 a 2015, não ultrapassam o limite estabelecido no inciso III do § 4º do artigo 3º da LC 123/2006. Contudo, ficou comprovado a omissão de bases de rendimentos pra incidência de tributos e contribuições do Simples Federal.

49. Em 2016, ano em a empresa não esteve enquadrada no Simples Nacional, até a presente data, não declarou à Receita Federal do Brasil obter faturamento.

50. Se fez necessário a análise do faturamento conjunto das empresas antes do ano de 2016. As empresas formam um grupo econômico, o que obriga a análise conjunta dos faturamentos para fins de verificação da regularidade do enquadramento no Simples Nacional.

51. O faturamento anual consolidado acima de determinado valor é impedimento à opção pelo sistema tributário instituído pela LC 123/2006. O faturamento anual do grupo de empresas ultrapassa o limite estabelecido no inciso II do artigo 3º da referida LC, que, em associação com os dispostos no inciso III do § 4º do mesmo artigo, impede todas as empresas envolvidas de optar pelo Simples Nacional. (...)

53. Ao longo do período de tempo verificado, o grupo de empresas obteve, sempre, faturamento excludente para a opção do Simples Nacional.

54. Detalhando o faturamento, por ano, verificado no grupo de empresas, temos que em 2012 foi de R\$ 10.691.390,42, em 2013 de R\$ 14.650.486,32, em 2014 de R\$ 20.615.647,82 e em 2015 de R\$ 20.477.148,35.

55. Então, em todos os anos-calendário houve faturamento impeditivo para opção ao Simples Nacional pelo grupo TONI.

56. Em análise restrita ao faturamento mensal ocorrido no ano-calendário 2012 das empresas envolvidas temos que em 06/2012 o faturamento do grupo de empresas atinge o montante de R\$ 5.120.788,45. (...)

57. Desta forma, pela aplicação do disposto na alínea 'a' do inciso V do artigo 31 da LC 123/06 o grupo de empresas não pode estar enquadrado na sistemática do Simples Nacional a partir de julho de 2012. Como participante do grupo econômico, a empresa TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA EPP passou a estar impedida de continuar na sistemática de tributação do Simples Nacional também a partir de julho de 2012.

59. Em consulta aberta ao público, pela internet, da situação da empresa TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA EPP junto ao Simples Nacional obtém-se a informação do enquadramento no Simples Nacional no intervalo de tempo entre 06/01/2010 e 31/12/2015. Em 2016 a empresa não está mais enquadrada no

Simples Nacional. Existe um campo denominado "Detalhamento" onde está expresso "Excluída por Opção do Contribuinte". Contudo, o impedimento ao simples nacional da empresa deve retroagir a julho de 2012."

A Autoridade Tributária afirma que existe ainda inconsistências entre o faturamento e a folha de pagamento de empregados e contribuintes individuais verificados na GFIP. No item 61 da Representação Fiscal, o Auditor Fiscal, apresentou os faturamentos declarados no PGDASN, 2013 a 2015, na Escrituração Contábil Digital ECD no ano de 2016, e comparados com os custos/despesas dos empregados que prestaram serviços ao fiscalizado e conclui que não são suficientes nem para o pagamento da folha de seus empregados e contribuintes individuais. Verificou ainda que houve ocultação de informações ao fisco federal pelo Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional PGDASN, portanto, entre janeiro de 2012 e dezembro de 2015, sonegou bases de tributação (planilha item 65), não apenas na TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA EPP, mas também em outras empresas do grupo.

Destaca que a apuração do faturamento da LONDRINENSE foi obtido com a ajuda da Prefeitura Municipal de Londrina, já que a empresa, não apresentou, até àquela data, os documentos requeridos pela auditoria. O Auditor Fiscal então conclui pela exclusão da empresa do Simples Nacional:

68. O faturamento acima de determinados valores impõem às Pessoas Jurídicas, formadoras do Grupo Econômico de fato, outras modalidades de tributação não abrangida pela Lei Complementar 123/2006.

69. Objetivamente, o contribuinte perdeu a condição de permanecer no sistema de tributação instituído pela Lei Complementar 123/2006 em decorrência do faturamento do grupo de empresas optantes pelo Simples Nacional onde figuram as mesmas pessoas físicas em seus quadros societários. A exclusão produz efeitos a partir de julho de 2012.

70. Em decorrência da formação de grupo econômico de empresas, todas optantes pelo Simples Nacional, onde figuram o sr. Antonio Rodrigues da Maia e a sra. Neuza Chumovski nos quadros societários, a Pessoa Jurídica EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA EPP perdeu a condição de optante do Simples Nacional.

71. Nos anos de 2013, 2014 e 2015 o grupo de Pessoas Jurídica incorreram, novamente, em faturamento excludente da sistemática do Simples Nacional. 72. Como a infração persistiu ao longo dos anos, os efeitos da exclusão inicia-se em 01/07/2012, reiniciando-se a contagem dos efeitos a partir do início de cada ano calendário. 73. A última contagem dos efeitos da exclusão inicia-se em janeiro de 2016, persistindo os efeitos pelos anos-calendário subsequentes.

(...)

74. Pelos vícios e irregularidades, relatadas nesta representação, a Pessoa Jurídica TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA - EPP, inscrita no CNPJ 11.472.483/0001-43, deve ser excluída do sistema de tributação do Simples nacional, a partir de 01/07/2012, renovando-se os efeitos da exclusão a cada mês de janeiro, sendo que a última contagem se inicia a partir de janeiro de 2016, já que em 2015 o grupo de empresas teve faturamento impeditivo à opção.

75. O grupo de empresas obteve faturamento impeditivo à opção pelo Simples Nacional em junho de 2012. Aplicando-se o disposto na alínea 'a' do inciso V do artigo 31 o grupo de empresas não pode estar enquadrado na sistemática do Simples Nacional a partir de julho de 2012.

A Autoridade Tributária afirma que as empresas TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA EPP, TONI SERVIÇOS ESPECIAIS LTDA ME, TONI EMPRESA DE PORTARIA E VIGIA LTDA, TONI SEGURANÇA LTDA EPP e TONI ALARMES MONITORADOS LTDA ME, ocultaram bases de tributação ao fisco federal sistematicamente, caracterizando crime de sonegação.

Destaca-se que de 2013 a 2015 a empresa TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA EPP omitiu do fisco federal faturamento em PGDASN o montante de R\$ 9.939.195,77, gerando contribuição menor. O real faturamento da empresa foi confirmado nos Livros de Apuração do ISS fornecidos pela Prefeitura Municipal de Londrina PR.

Esclarece que os contribuintes informaram mensalmente bases de tributação inferiores, caracterizando assim o agravante capitulado no § 2º do artigo 29 da LC 123/2006, "utilização de artifício, ardid, ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir tributo apurável segundo o regime especial previsto nesta Lei Complementar". Impedindo, portanto, a opção pelo Simples Nacional pelos próximos 10 (dez) anos seguintes. "As constatações de omissões de base de tributação ocorreram de forma contínua e reiterada, pois ocorreram mensalmente no PGDASN."

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

(...)O contribuinte declara que o Auditor Fiscal se pautou em planilhas criadas por ele para afirmar que o faturamento ultrapassava o limite para cálculo do Simples Nacional, não considerando a situação financeira da empresa, houve uma presunção da riqueza.

Afirma que no período indicado pela fiscalização houve um acentuada crise econômica, para manter a empresa em funcionamento a empresa optou por realizar aportes financeiros, inclusive utilizando empréstimos. Está inserido no Simples Nacional tornou possível o recolhimento de tributos apesar do prejuízo.

Declara que a Autoridade Tributária entendeu que há um "grupo econômico", nos termos do art. 124 do CTN, por força do qual respondem, solidariamente, pelo pagamento do tributo, as pessoas arroladas nos seus incisos. Entretanto houve um erro ao tentar imputar solidariedade, com base no inciso I do citado artigo, por supostos fatos geradores praticadas por todas as pessoas jurídicas arroladas na fundamentação do Requerimento de Exclusão concedido no Ato Declaratório.

A defesa discorre a respeito dos fatos que levaram o Auditor Fiscal a estabelecer a solidariedade entre as empresa, afirmando que os itens assinalados para declarar que as empresas são solidárias é insuficiente, em virtude de:

- que um escritório de contabilidade presta serviço a várias empresa, portanto é normal que ao adquirir a confiança do contribuinte, pessoa física ou jurídica, absorva todas as escritas contábeis de sua responsabilidade. Caso contrário, empresas do mesmo ramo não podiam ter o mesmo contador, sob risco de caracterizá-las como grupo econômico, limitando o faturamento e liberdade profissional - afronta ao art. 170 da Constituição da República;

- não existe a identidade de endereços das empresas, sendo que algumas estão localizadas em outras cidades e não prestam o mesmo serviço, inclusive foram eleitos CNAEs diferentes;

Conclui a defesa:

"Pois bem, o fundamento jurídico intentado pela autoridade fiscal para configuração do grupo econômico e solidariedade passiva foi o art. 124, I do CTN, o qual, já colacionado, dispõe que são solidariamente responsáveis as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

Ora, não há interesse comum na prestação de serviços entre as empresas, uma vez que a prestação entre elas é independente e atinge objetivos diversos. O interesse comum dos sócios no sucesso de todas as pessoas jurídicas não configura interesse comum na realização da hipótese de incidência, posto que fundamentações nesse sentido implicaria na confusão entre pessoas físicas e jurídicas sem a necessária desconsideração prevista no código de processo civil. Não cabe ao agente administrativo fiscal ultrapassar tais limites legais, sob pena de excesso funcional."

Apresenta o REsp 884.845/ SC (com repercussão geral), que definiu "que não é o interesse econômico que importa para a configuração da solidariedade passiva prevista no art. 124, mas sim o interesse jurídico na REALIZAÇÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA, o que implica na REALIZAÇÃO CONJUNTA".

Afirma que as alegações do Ato Declaratório não foram comprovadas, mitigando o direito de defesa. Deveria a ser descrito o interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal de forma clara e cabal e comprovada, para que o contribuinte pudesse exercer o direito de defesa.

Argúi que a "mera afirmação unilateral do Fisco, conforme ocorrido no presente termo, de responsabilização solidária é atitude que não tem amparo no Direito positivo, eis que acaba por mitigar a própria garantia constitucional da ampla defesa".

Discorre sobre o assunto, e afirma que o do presente termo é nulo, eis que cerceia a defesa, pela omissão de descrição da conduta supostamente praticada pela impugnante, portanto viola o princípio constitucional da ampla defesa.

Declara que o mesmo contador prestava as informações das empresas, portanto não procede a denúncia de que foi utilizado mesmo computador para prestar informações fiscais. Em relação às contas de luz, o endereço informado decorre da utilização de secretária compartilhada pelas empresas, que redireciona o contato à empresa desejada.

A defesa afirma que a exclusão da empresa do Simples ocorreu baseada na suposição da existência de um grupo econômico, e de faturamentos omitidos, seria necessário confirmar as supostas sonegações para então efetuar exclusão do Regime Diferenciado, visto que todo o faturamento se encontra dentro dos limites permitidos em lei.

A Manifestante questiona a troca de informações entre Fisco Federal e ao Fisco Municipal, visto que a colaboração demanda a existência de convênio ou lei, nos termos do art. 199 do CTN, o que não foi apresentado pelo Auditor Fiscal, sendo inclusive o entendimento do STJ. Caso não exista é impossível a utilização a informação.

Argumenta que em diversos meses o faturamento declarado na PGDASN fora maior do que o informado para fins de ISS e em nenhum momento trata-se desse assunto.

Declara o fato da empresa ter sido excluída do Simples Nacional a partir da adesão com suspensão por 10 anos a partir de 2016. Entende que não há situação há situação impeditiva e se houvesse, só poderia ser considerada a partir da prova de sua ocorrência.

Complementa, "no caso em tela, a denúncia (como a formação de grupo) deveria conter exatamente o excesso ao limite legal, descrito com precisão, e motivos válidos que considerassem a existência de grupo econômico com interesse comum na realização da hipótese de incidência."

Destaca a exclusão no primeiro dia da adesão ao Simples Nacional, como com efeito extintivo, contraria o disposto em lei.

Argúi que a "sonegação pretendida só seria capaz de fundamentar a exclusão a partir da sua prova e posteriormente ao processo administrativo que envolve a matéria. Se não há exigibilidade do lançamento suplementar, não há que se falar em consideração deste como data para exclusão do Regime Diferenciado. Falta coerência lógica ao pleito". Cita o art. 29, da LC 123/2006.

Afirma ainda que:

"Trata-se, como se vê, do mesmo termo inicial previsto para exclusão: a ocorrência de fato impeditivo. Ora, não se pode permitir que o fiscal eleja dois momentos, conforme o artigo, do mesmo fato impeditivo, para contagem de dois prazos iniciais que remetem à mesma descrição do termo a quo. A pretensão do agente fiscal é ARDILOSA E DESLEAL.

Se a ocorrência de suposto fato impeditivo se deu em 2012, a suspensão se dará também a partir de 2012. Se o fato impeditivo ocorreu em 2016, não há que se falar em cobrança suplementar nos anos de 2012, 2013, 2014 e 2015."

Por fim, pede:

"Diante do exposto, requer-se a procedência da presente impugnação e, conseqüentemente, a anulação do Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional, acarretando na manutenção do contribuinte no regime diferenciado e, por fim, na anulação dos lançamentos suplementares realizados."

A 5ª Turma da DRJ/JFA julgou procedente em parte a manifestação de inconformidade em relação a decisão da Delegacia de jurisdição da contribuinte, nos seguintes moldes:

(...)O presente processo versa sobre compensação, no qual o crédito se refere ao pagamento indevido ou a maior de IRRF (cód. 0588).

Neste processo consta exclusivamente a exclusão da empresa do Simples Nacional, as autuações e a solidariedade levantada em relação aos débitos em decorrência desta exclusão serão verificados em seus respectivos processos.

O litígio constante do presente processo consiste na inconformidade da interessada em relação ao Ato Declaratório Executivo DRF/Londrina nº 39/2017, de 18 de outubro de 2017, emitido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Londrina (PR), que excluiu a empresa do Simples Nacional pelas razões que segue:

A empresa TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA - EPP, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas CNPJ 11.472.483/0001-43, EXCLUÍDA do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL - por infração ao inciso II do caput do art. 3º, inciso III do § 4º do art. 3º, ao inciso V do art. 29, todos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, conjuntamente com o inciso I e § 1º do Caput do art. 75 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, conforme Representação Fiscal nº 10930-722.552/2017-81.

A exclusão surtirá efeitos a partir de 01 de julho de 2012, persistindo os efeitos continuamente até dezembro de 2025. Em virtude das ocorrências descritas na Representação Fiscal mencionada, os efeitos da exclusão impedem a opção pelo regime tributário diferenciado instituído pela LC 123/2006 pelos 10 (dez) anos calendário seguintes, contados a partir de janeiro de 2016, conforme dispostos do art. 28 e

parágrafo 2º do art. 29 da LC 123/2006, conjuntamente com a alínea 'd' do inciso IV e parágrafos 2º e 3º, todos do art. 76 da Resolução CGSN n.º 94, de 29 de novembro de 2011.

DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE

Em sede de preliminar, a defesa requer a nulidade do presente processo, a nulidade do processo está prevista no art. 59 do Decreto 70.235/72, verbis:

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.

No que tange ao aspecto formal, verifica-se que a Ato de Exclusão da Empresa do Sistema Nacional, integrado por seus anexos, foi lavrado nos estritos contornos legais, contemplando todas as informações necessárias à defesa do contribuinte.

Portanto, não se verifica situações que ensejam a nulidade que estão expressamente definidas no ordenamento jurídico. Nesse sentido afastado, por ausência de previsão legal argumento de nulidade da atuação da autoridade administrativa.

DO GRUPO ECONÔMICO

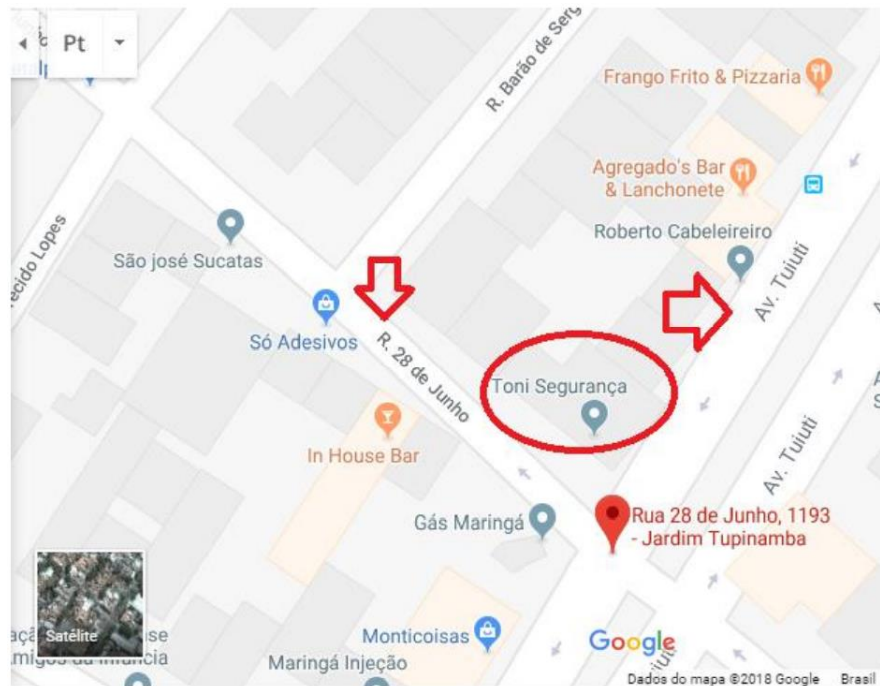
A defesa questiona a caracterização do grupo econômico apontado pelo Auditor Fiscal, afirmando que as empresas não se encontram na mesma localidade, possuem endereços diversos.

A Autoridade Tributária relatou que as sete empresas a seguir relacionadas (inclusive a TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA - EPP) possuem em comum a participação do sr. Antonio Rodrigues da Maia e da sra. Neuza Chumovski, em seus quadros societários, que as empresas possuem o mesmo ramo de atuação e cinco delas estão localizadas no mesmo endereço:

Razão Social	CNPJ	Observação	Antonio Rodrigues da Maia		Neuza Chumovski	
			Ingresso	Retirada	Ingresso	Retirada
TONI SEGURANÇA LTDA EPP	07.291.326/0001-64	Optante pelo Simples Nacional entre 01/01/2009 e 31/12/2015	28/03/2005	-	26/08/2005	-
TONI SERVIÇOS ESPECIAIS LTDA ME	10.581.363/0001-11	Optante pelo Simples Nacional entre 14/01/2009 e 31/12/2015	14/01/2009	-	14/01/2009	-
TONI EMPRESA DE PORTARIA E VIGIA LTDA	81.747.750/0001-23	Optante pelo Simples Nacional entre 01/01/2011 e 31/12/2015	15/02/1990	-	15/02/1990	-
TONI ALARMES MONITORADOS LTDA ME	07.715.450/0001-90	Optante pelo Simples Nacional entre 01/01/2009 e 31/12/2015	01/11/2005	23/01/2017	07/04/2011	23/01/2017
TONI EMPRESA DE PORTARIA CURITIBANA LTDA ME	12.159.809/0001-40	Optante pelo Simples Nacional entre 01/01/2011 e 31/12/2015	06/01/2010	-	06/01/2010	-
TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA ME	11.472.483/0001-43	Optante pelo Simples Nacional entre 06/01/2010 e 31/12/2015	06/01/2010	-	06/01/2010	-
PRS SEGURANÇA LTDA ME	18.210.751/0001-06	Optante pelo Simples Nacional entre 15/05/2013 e 31/12/2015	15/05/2013	-	15/05/2013	-
RESISTENCIA ALARMES MONITORADOS LTDA ME	20.411.354/0001-36	Optante pelo Simples Nacional de 02/06/2014 em diante	02/06/2014	31/03/2015	02/06/2014	31/03/2015

A defesa questiona a localização das empresas afirmando que estão instaladas em endereços diversos e prestando serviços diversos, entretanto admite a existência de uma secretaria única e em relação a contas de luz, informa que o endereço comum decorre justamente da utilização de secretária compartilhada pelas empresas.

Buscando dirimir a dúvida em relação a localização das empresas buscou se informações na internet através do sistema Google Maps, onde se obteve as informações a seguir:

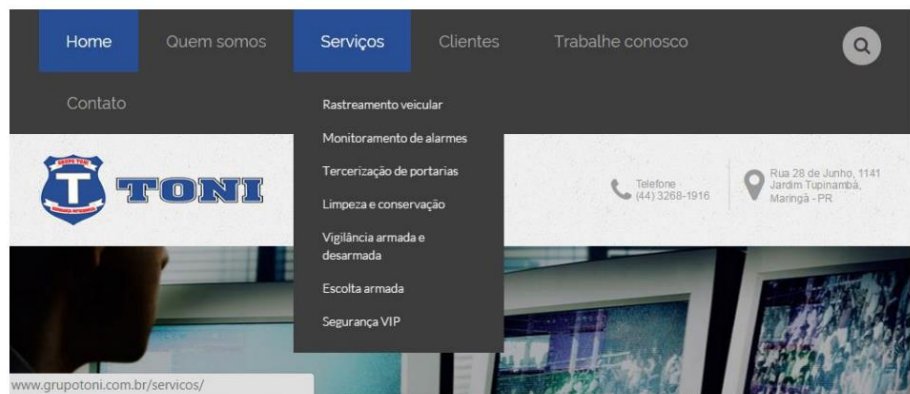


Apesar do contribuinte afirmar que todas as empresas possuem endereço diverso, o que se verifica é que o grupo ocupa a esquina que faz o cruzamento das Ruas 28 de junho e Tuiuti, desta forma as empresas que se localizam nessas ruas na verdade ocupam em um só ponto, fato que comprova é o letreiro utilizado pelas empresas que é único ocupando toda a extensão da fachada das lojas, como pode ser observado nas fotos, em relação a existência de uma secretária compartilhada, só reforça o já exposto, pois a empresa se coloca no mercado como um empreendimento correlato. Além disso, foram apontados vários outros pontos pelo Auditor Fiscal:

- mesmo contador para o grupo;

- duas ligações de energia elétrica o endereço R 28 JUNHO, 1141, SALA 02, uma com indicação de bairro VIRGINIA JD e outra com indicação de bairro TUPINAMBA, MARINGÁ;
- constam duas ligações de energia elétrica para o endereço R 28 JUNHO, 1163, SALA 01, uma com indicação de bairro VIRGINIA JD e outra com indicação de bairro TUPINAMBA, MARINGÁ;
- constam duas ligações de energia elétrica para o endereço R 28 JUNHO, 1141, uma com indicação de bairro VIRGINIA JD e outra com indicação de bairro TUPINAMBA, MARINGÁ.
- constam duas ligações de energia elétrica para o endereço R 28 JUNHO, 1141, SALA 03, uma com indicação de bairro VIRGINIA JD e outra com indicação de bairro TUPINAMBA, MARINGÁ.
- não consta ligações de energia elétrica na COPEL no endereço da empresa PRS SEGURANÇA LTDA - ME; - há divergência entre os endereços declarados à Receita Federal do Brasil e aqueles constantes na COPEL.

Foi realizada consulta no endereço eletrônico informado pelo Auditor Fiscal na REPRESENTAÇÃO FISCAL n.º 10930-722.552/2017-81:



Fica claro que pelas informações extraídas do site do Grupo Toni que na verdade as empresas trabalham em conjunto prestando diversos serviços complementares tendo como sede o estabelecimento situado no cruzamento da Rua 28 de Junho com a Rua Tuiuti, Maringá-PR.

Observa-se que os serviços prestados pelo Grupo Toni estão diretamente ligados as atividades de cada empresa relacionada na Manifestação de Inconformidade, conforme trecho transcrito :

(...)A Auditoria Fiscal ainda apresentou outros elementos que caracterizam a formação de um grupo econômico, que são:

- as Demonstrações do Resultado do Exercício DRE de seis empresas sob auditoria, anos 2013, 2014 e 2015 trazem assinaturas do sr. Antonio Rodrigues da Maia, sócio, e do sr. Ítalo Renan Gasques, Contador;
- as sete Pessoas Jurídicas tiveram as suas GFIP transmitidas pela conectividade social de um mesmo computador;

- os endereços declarados pelo sr. Antonio Rodrigues da Maia e pela sra. Neuza Chumovski à Receita Federal do Brasil são comuns às cinco empresas.

- os documentos encaminhados aos contribuintes domiciliados em Maringá, TONI SEGURANÇA, PRS SEGURANÇA, TONI EMPRESA DE PORTARIA E VIGIA, TONI ALARMES MONITORADOS, TONI SERVIÇOS ESPECIAIS, e as Pessoas Físicas de Antonio Rodrigues da Maia e Neuza Chumovski, são recepcionadas pela mesma Pessoa Física;

- cinco das empresas estão mesmo endereço, mesmo ramo de atuação, mesmos sócios, utilizando os serviços de um mesmo contador e que transmitem suas GFIP de um mesmo computador; - assumem a condição na internet de "GRUPO TONI";

- há confusão na prestação de serviços, ou seja uma empresa prestando serviço na área de atuação de outra.

A defesa argúi que a existência de um contador e a transmissão de GFIP utilizando um único contador para as sete empresas não caracteriza a formação do grupo econômico. De fato, um contador ou um escritório de contabilidade pode ser contratado por várias empresas, esta não é a razão central que caracteriza a formação do grupo TONI, mas sim apenas mais um elemento de prova que demonstra que as empresas agiam em conjunto sob direção única.

Portanto, fica caracterizado a existência do Grupo Econômico, ou como denominado pelo próprio contribuinte, GRUPO TONI, que apesar de ser compostos por sete empresas com atividades econômicas, em alguns casos diferentes, o que se verifica que se completavam objetivado um nicho específico de mercado que é a prestação de serviços na área patrimonial.

DO EXCESSO DE RECEITA

A defesa questiona o lançamento das supostas receitas, enquanto ainda há discussões a respeito da formação de grupo econômico e da omissão de receitas, afirmando que tais assertivas só podem ser consideradas a partir do momento que não couber mais recursos administrativos.

Como tratado neste voto, de fato a empresa faz parte do Grupo Toni, portanto uma vez demonstrado que se trata de um grupo econômico de fato, a unificação das receitas é imprescindível e, no caso em comento, os valores apurados ultrapassam o limite estabelecido pela legislação do Simples Nacional, conforme dispõe a Lei Complementar nº 123, de 2006.

Em razão do grupo econômico e da omissão de receita, as empresas foram excluídas do Simples Nacional em 06/2012, quando a Receita Bruta extrapolou o limite permitido na Lei Complementar nº123/2006, com efeitos a partir de 07/2012. Conforme Relatado pelo Auditor Fiscal, as receitas foram apuradas com base nas Notas Fiscais, em relação a TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE, a apuração do real faturamento foi realizado com a colaboração da Prefeitura Municipal de Londrina PR.

Na Manifestação de Inconformidade o contribuinte não apresenta qualquer demonstração que o Auditor Fiscal apurou incorretamente receitas obtida pelas empresas, apenas se limita a afirmar que a fiscalizada está com o faturamento dentro do previsto em Lei Complementar 123/2006. Mas sim, questiona a possibilidade do intercambio de informações entre o Fisco Federal e Fisco Municipal que deve ocorrer nos termos do art. 199 do CTN.

Na resposta apresentada pela Secretaria Municipal da Fazenda do Estado do Paraná, através do Ofício nº 05/2017/GGF/SMF, emitido pelo Diretor de Fiscalização Tributária

e pelo Secretário Municipal de Fazenda, fica claro que as informações estão sendo fornecidas a Receita Federal do Brasil em conformidade com os art. 198 e 199 do CTN:

Portanto, não se verifica qualquer irregularidade na solicitação de informações fiscais ao município de Londrina -PR.

Com relação da base de cálculo apurada pelo Auditor Fiscal, não foi utilizada para a cobrança do Simples Nacional neste processo, mas sim serviu apenas para subsidiar a exclusão da empresa do citado regime, portanto não há de se falar em repetição do indébito quando não há qualquer cobrança envolvida no processo.

A fiscalização objetivou demonstrar que a empresa manifestante e as demais envolvidas na realidade formam um grupo econômico, estando divididas para fins de obter uma tributação mais benéfica, mas que, fundamentalmente, dispõem de mesma organização gerencial e de atividade semelhantes.

De fato, o grupo econômico está evidenciado pela farta juntada de documentação pela autoridade fiscal competente, que indica a unidade de direção ou controle, com objetivos finais idênticos de todos os entes agrupados. Assim, a manifestante, integrante do grupo, foi beneficiada de forma indevida pela opção à Lei Complementar n.º 123, de 2006.

Destarte, 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 ou realizam suas atividades) e não apenas a situação meramente formal.

Claramente, constituição de diversas empresas e a omissão de receita permitiu que a manifestante mantivesse seu faturamento anual dentro do limite estabelecido pela Lei Complementar n.º 123, de 2006.

Portanto, diante das circunstâncias evidenciadas e em razão da primazia da verdade material sobre a formal, a infração apurada está respaldada pelo conjunto probatório constante do auto, porquanto a realidade subjacente demonstra a existência de grupo econômico de fato, havendo a extrapolação da receita bruta global para fins de permanência no Simples Nacional.

Por fim, também verifica-se, no caso presente, a prática reiterada de infração à legislação tributária, hipótese legal de exclusão do simples o excesso de receita bruta, causa de exclusão da pessoa jurídica do Simples Nacional.

DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

A defesa afirma que não há questão impeditiva para a adesão da empresa ao Simples Nacional, pois só houve a denúncia de formação de grupo econômico, que só pode comprovar a exclusão após o processo administrativo, não podendo haver o lançamento.

Destaca que o marco inicial para a contagem da exclusão é o fato impeditivo, que ocorreu em 2012, não podendo considerá-lo também em 2016, impedindo assim a empresa de aderir novamente ao regime diferenciado até 12/2015.

Nos termos do art. 29 da Lei Complementar n.º123/2006 o marco inicial para nova adesão ao Simples Nacional é o ano calendário seguinte em que a empresa incorreu na falta:

(...)**§ 1º** Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

§ 2º O prazo de que trata o § 1º deste artigo será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, ardid ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável segundo o regime especial previsto nesta Lei Complementar.

De acordo com o Ato Declaratório Executivo DRF/Londrina n.º 39/2017, de 18 de outubro de 2017, emitido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Londrina (PR), o fato que ensejou a exclusão ocorreu em 07/2012:

A empresa TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA - EPP, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas CNPJ 11.472.483/0001-43, EXCLUÍDA do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL - por infração ao inciso II do caput do art. 3º, inciso III do § 4º do art. 3º, ao inciso V do art. 29, todos da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, conjuntamente com o inciso I e § 1º do Caput do art. 75 da Resolução CGSN n.º 94, de 29 de novembro de 2011, conforme Representação Fiscal n.º 10930-722.552/2017-81.

A exclusão surtirá efeitos a partir de 01 de julho de 2012, persistindo os efeitos continuamente até dezembro de 2025. Em virtude das ocorrências descritas na Representação Fiscal mencionada, os efeitos da exclusão impedem a opção pelo regime tributário diferenciado instituído pela LC 123/2006 pelos 10 (dez) anos calendário seguintes, contados a partir de janeiro de 2016, conforme dispostos do art. 28 e parágrafo 2º do art. 29 da LC 123/2006, conjuntamente com a alínea 'd' do inciso IV e parágrafos 2º e 3º, todos do art. 76 da Resolução CGSN n.º 94, de 29 de novembro de 2011.

Como o fato que ensejou a exclusão da empresa ocorreu em 07/2012, a contagem do prazo para nova adesão inicia a partir de 01/2013, §1º do art. 29 da Lei Complementar n.º 123/2006.

Com base no já exposto, fica claro que a empresa utilizou de artifício, segmentando as empresas do grupo, objetivando manter as empresas no Simples Nacional e reduzindo tributos, portanto, mantém-se a exclusão do Simples Nacional, por um período de 10 (dez) anos.

Sendo assim, os efeitos da exclusão devem persistir até 12/2022.

Diante do exposto voto no sentido de julgar procedente em parte a Manifestação de Inconformidade, mantendo a empresa excluída do Simples Nacional, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido pelos próximos 10 (dez) anos-calendário seguintes, ou seja até 12/2022.

Ciente do acórdão recorrido, e com ele inconformado, a recorrente apresentou Recurso Voluntário basicamente com os mesmos argumentos da Manifestação de Inconformidade que passo a transcrever:

3 DAS QUESTÕES PRELIMINARES AO MÉRITO.

3.1 DA NULIDADE TERMINATIVA DO TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

Alegou a Autoridade Administrativa, quando da oportunidade de julgamento, que a alegação de nulidade do termo de exclusão do Simples Nacional, ADE DRF/Londrina n.º. 39/2017, que não existiria nulidade na medida que não houve qualquer hipótese do art. 59, do Decreto 70.235/72.

Nada mais equivocado. Nota-se que há diversos processos que ainda versam acerca da suposta formação de grupo econômico pelas empresas, acostados no rodapé6. Observa-se também que, juntamente à essa situação, a razão da exclusão do Simples Nacional acabou por adentrar ao mérito dessa questão, qual seja, a suposta formação de grupo econômico.

Entretanto, como mencionado, a questão meritória sequer se encerrou em via administrativa. O Fisco, nesse aspecto utiliza-se da organização administrativa e dos recursos humanos que dispõe para, dessa estrutura, forçar o Contribuinte a adimplir as obrigações que entende estarem em atraso.

Caracteriza-se, assim, a Sanção Política7: (...)

Nessa seara nasce a nulidade previamente alegada, não necessariamente contida na ação administrativa propriamente dita, mas no conjunto de ações tomadas que, sem qualquer dúvida, adentram à esfera do contribuinte, forçando-o a desistir das medidas administrativas e judiciais de discussão do crédito tributário controvertido. (...)

Tem-se, nesse aspecto, diversos casos já apreciados por essa Corte, que, de modo correto, apontaram para ação ilegal e inconstitucional do Fisco em perseguir créditos de modo desmedido, sem o devido respeito as garantias que goza o Contribuinte, como presumir matéria fática, sem o respectivo encerramento dos aspectos meritórios: (...)

Não se trata de aplicação, sequer, da Súmula n.º. 2 desse E. Conselho, apenas a verificação de ação administrativa conjunta impeditiva em relação ao Direito de Defesa da Recorrente.

Pugna-se, portanto, ao correto entendimento para decretação de nulidade do procedimento administrativo fiscal em tela, uma vez que o ADE DRF/Londrina n.º. 39/2017 não sacramentou a discussão meritória acerca da suposta formação de grupo econômico.

3.2 DO PROCEDIMENTO NÃO USUAL. INDÍCIO DO CERCEAMENTO DE DEFESA E DA PERSECUÇÃO DESMEDIDA E ILEGAL DO TRIBUTO.

Observa-se, aqui, o raciocínio lógico utilizado pela Receita Federal, distorcido, afastado da realidade dos fatos.

Durante o Relatório Fiscal, bem como ao Acórdão impugnado em tela, observou-se que foi imputada a existência de um grupo econômico, que, conforme se verá mais adiante, não se configura, nem na mais extensiva das teses com objetivo claro de alcançar a tributação.

Pois bem, mesmo desconsiderando a verdade, e assumindo a conjectura da existência de um grupo econômico, o procedimento adotado, s.m.j, pela RFB, seria o protocolo de um único processo administrativo, versando sobre todas as supostas ausências, sejam parciais ou integrais, das contribuições devidas.

Ora, por lógico: se há a alegação de existência de um grupo econômico, e, desse fato, há exclusão do contribuinte do regime especial e, somente a partir daí a imputação de um fato gerador, desrespeitado pelo contribuinte, o correto seria um único procedimento incluindo todos os sujeitos passivos obrigados.

(...)

Trocando em miúdos, o Fisco se contradiz na medida em que entende que: a) as 07 (sete) empresas se tratam de um único negócio, uma única sociedade; b) lança para as 07 (sete) empresas, as multas, juros e correções acerca do mesmo fato gerador que considera único para o hipotético grupo econômico.(...)

4 DA QUESTÃO MERITÓRIA.

4.1 DA INEXISTÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO.

(...)A RFB tenta, portanto, alcançar indícios, que, per si, configurem o grupo econômico, elencando proximidade entre endereços, confusão entre os dados cadastrais, coincidência das atividades prestadas e do contador das empresas. Acerca disso, é possível estabelecer os requisitos da existência de um grupo econômico, ao que assevera Tomazette¹⁰: (...)

Nesse aspecto, observa-se no Acórdão que não se elencou os “diversos pontos que levaram à conclusão que a fiscalizada pertence de fato a um grupo econômico”, mas sim, apenas 6 (seis) pontos isolados.

Ora, resta o questionamento à autoridade pública: como provar fato inexistente? Isso porque, à própria autoridade fiscal caberia o ônus de demonstrar as alegações que pretende imputar, como visto, de forma draconiana à empresa. A mera existência dos indícios não comprova o elemento central: não há direção única, não há elemento jurídico basilar para tal.

Não se obsta, ainda, explorar a temática. A mera imputação dos indícios como causa, tem forte explicação. Isso se deve ao fato da RFB não conseguir demonstrar a direção única, o elemento central que demonstraria a existência da sociedade de empresas. É bem certo que a redução programática é cabível(...)

Ainda pormenorizando, a sistemática do contador é, sem dúvida, a mais evidente da persecução sem responsabilidade dos créditos tributários não devidos. Ora, o fato do contador ser comum a todas as empresas demonstra, sim, um fato: a qualidade imputada ao contador por parte das pessoas de direito jurídico que o contrataram, nesse caso dando-se o juízo positivo.

Além disso, nada é possível arrazoar, ao que se vê o tamanho esforço empregado em rasas arguições, por parte da RFB, se desmancharem frente aos fatos e as concepções corretas das condutas imputadas à Recorrente, ao que se detalha.

4.1.1 DAS ALEGAÇÕES FEITAS PELA RFB. DESCARACTERIZAÇÃO DA HIPÓTESE DO GRUPO ECONÔMICO.

Em síntese analítica, segue as alegações feitas pela Autoridade Administrativa:

1. Obtiveram despesas declaradas maiores do que o faturamento declarado em determinado período;
2. Configura grupo econômico com outras empresas, com identidade de sócios, de endereços, de CNAE, de serviços prestados, de contador, de secretária, de computador no qual é gerado a GFIP e de e-mail informado na mesma;
3. Excede o limite global por sócio;
4. As outras empresas do grupo sonegaram;
5. Faturamento diverso declarado ao Fisco Municipal e ao Fisco Federal.

O tópico consequente tem por objeto a refutação dessas teses, ao que se segue.

4.1.2 DA VERACIDADE. DA SITUAÇÃO FÁTICA. DA AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS COMPROBATÓRIOS MÍNIMOS QUE SUSTENTEM A TESE CONFECCIONADA PELA RFB.

4.1.2.1 DO FATURAMENTO INSUFICIENTE À COBERTURA DAS DESPESAS.

A problemática referente ao Simples Nacional é que este, a despeito das alíquotas diferenciadas e da facilidade no que tange aos deveres instrumentais, considera o faturamento, mas não as despesas, tornando possível, como se viu, diferença entre as despesas previdenciárias e trabalhista em relação ao faturamento.

Estivesse o contribuinte em outro regime, deveria este lançar mão, inclusive, dos benefícios decorrentes do prejuízo fiscal certamente constatável, considerando ainda empréstimos bancários e outros meios lícitos de manutenção no fluxo monetário.

Além disso, o argumento do agente administrativo leva em conta a pretensão da base de cálculo global, considerando os demais sujeitos passivos, como fica claro nas tabelas acostadas junto ao processo administrativo em tela. Fato é que, em vias finais, tal argumento será, em verdade, sanção política, visto que o tema acerca da formação de grupo econômico não se encontra exaurido, e, fazer uso dessa argumentação seria desconsiderar a discussão posta sobre o tema e encerrar a matéria fática sem o Contraditório necessário.

Pelo exposto, não procede a pretensão do agente fiscal e sua fundamentação, ao que se pugna pelo afastamento dos argumentos expostos pelo fiscal, em relação à insuficiência do faturamento para cobertura de despesas.

4.1.2.2 DO DESCABIMENTO EM RELAÇÃO AO GRUPO ECONÔMICO. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS MÍNIMOS. ENTENDIMENTO DO STJ ACERCA DO TEMA DIVERSO DO IMPLICADO PELA RFB.

(...)No caso em tela, a suposta formação de “grupo econômico” tem fulcro, especificamente, segundo o agente fiscal, no art. 124 do CTN, por força do qual respondem, solidariamente, pelo pagamento do tributo, as pessoas arroladas nos seus incisos.

Abaixo, para melhor explanar todos os fundamentos desta impugnação, reproduzimos o art. 124 do CTN na íntegra:

“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.”

O caso de solidariedade natural, prevista no inciso I, artigo invocado, erroneamente, pelo fiscal, para tentar imputar solidariedade solidária a esta impugnante, por supostas fatos geradores praticadas por todas as pessoas jurídicas arroladas na fundamentação do Requerimento de Exclusão concedido no Ato Declaratório atacado, ocorre quando os sujeitos tem interesse comum na situação que constitua a hipótese de incidência tributária da obrigação tributária principal.

(...)

Tenta, todavia, o fiscal, desvirtuar o intento e o espírito do art. 124 do CTN, ao invocá-lo para estender a solidariedade para caso inaplicável.

Pretende o Fisco, por meio desta “manobra”, excluir a empresa do Simples Nacional e ainda a forçar à responsabilização pelo pagamento de débitos decorrentes de autuações de outras empresas.

Aduz o agente fiscal existir um “grupo econômico de fato” contendo 07 (sete) empresas, entre as quais haveria identidade de sócios. Alega ainda que as pessoas jurídicas indicadas omitiram faturamento supostamente identificado em notas fiscais de prestação de serviços.

Para autuação e exigência, foram lavrados termos de sujeição passiva a fim de impor a solidariedade passiva aos sócios e a todas as empresas pertencentes ao suposto ‘grupo econômico’.

O agente fiscal fundamenta a formação do grupo econômico na contratação de um único contador pelas 07 (sete) empresas; na identidade de endereços, inclusive das pessoas físicas; a semelhança do ramo de atividade, que o fiscal considera serviços ‘correlatos’; e, a utilização da denominação semelhante. Afirma ainda que as atividades se confundiam e eram prestadas por outras empresas componentes do grupo.

A indicação do “grupo econômico” que abrange 07 (sete) empresas e pessoas físicas dos sócios esclarece o real intento pretendido: a garantia de persecução e recebimento do valor identificado em todas as empresas autuadas.

Compete-nos, pois, analisar os argumentos despendidos pela autoridade fiscal para identificação do grupo, analisando a pertinência destes.

O relatório previdenciário fiscal inicia sua fundamentação alegando que todas as empresas tiveram suas contabilidades efetuadas pelo mesmo contador. Ora, um escritório de contabilidade presta serviços a centenas de empresas e, sendo uma atividade de natureza intelectual, é evidente que o contador que detém a confiança do contribuinte, pessoa física ou jurídica, absorverá todas as escritas contábeis de sua responsabilidade.

Tal argumento é rigorosamente insuficiente e inválido. Até porque impõe impedir que qualquer contador preste serviços a duas empresas do mesmo ramo, sob risco de caracterizá-las como grupo econômico e, portanto, limitando seu faturamento e liberdade profissional – em clara afronta ao art. 170 da Constituição da República.

Quanto aos endereços ‘idênticos’, vejamos.

A PRS Segurança Ltda - Me, onde não persiste o critério ‘denominação’ adotado pelo agente fiscal, tem sede à Rua 28 de Junho, 1141, e presta serviços de monitoramento de sistemas de segurança eletrônico (CNAE 81.20-0.01), em imóvel e marcas rigorosamente diversa das demais.

A Toni Alarmes Monitorados Ltda possui registro na Rua Neo Alves Martins, 2437, Sala 09, em Maringá-PR, consoante pode ser observado no cartão CNPJ disponibilizado por este órgão, e sua atividade consiste no comércio de equipamentos eletrônicos de monitoramento de sistemas eletrônicos (CNAE 47.53-9-00).

Já a Toni Seguranças LTDA, possui endereço na Rua Vinte e Oito de Junho, 1163, Sala 01, e presta serviços de vigilância e segurança privada (CNAE 80.11-1-01).

A Toni Empresa de Portaria e Vigia LTDA fica sediada à Rua Vinte e Oito de Junho, 1141, em Maringá, e presta serviços destinados a domicílios residenciais (CNAE 81.21-4-00).

A Toni Empresa de Portaria Londrinense LTDA se localiza na Avenida Guilherme da Motta Correia, 4665, em Londrina-PR, prestando serviços de apoio a edifícios (CNAE 81.11-7-00).

Por fim, a Toni Empresa de Portaria Curitiba LTDA possui atividades de teleatendimento (CNAE 82.20-2-00) e localiza-se à Rua Senador Batista de Oliveira, 190, em Curitiba-PR. Como se vê, não persiste a afirmação de que as empresas possuem endereços idênticos – algumas delas em outras cidades, inclusive – e prestação de serviços comum, sendo os fatos assim expostos pelo agente fiscal a fim de forçar o reconhecimento do grupo econômico que não existe, por não possuir identidade de endereços e nem a prestação de serviços idêntica.

A correlação dos serviços com de vigilância e segurança privada não impõe a mesma prestação a todos. Tal exercício implicaria na configuração de grupo econômico em relação a serviços de contabilidade e advocacia, v.g., posto que correlatos à tributação.

Tampouco há confusão na prestação dos serviços entre as empresas. Os limites de cada atividade, indicados já nos CNAEs eleitos, delimitavam a atuação de cada empresa, não havendo impedimento, contudo, à indicação de outras empresas específicas, do ramo de vigilância e segurança privada ou não, quando procurados serviços não prestados.

Pois bem, o fundamento jurídico intentado pela autoridade fiscal para configuração do grupo econômico e solidariedade passiva foi o art. 124, I do CTN, o qual, já colacionado, dispõe que são solidariamente responsáveis as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

Ora, não há interesse comum na prestação de serviços entre as empresas, uma vez que a prestação entre elas é independente e atinge objetivos diversos. O interesse comum dos sócios no sucesso de todas as pessoas jurídicas não configura interesse comum na realização da hipótese de incidência, posto que fundamentações nesse sentido implicaria na confusão entre pessoas físicas e jurídicas sem a necessária desconsideração prevista no código de processo civil. Não cabe ao agente administrativo fiscal ultrapassar tais limites legais, sob pena de excesso funcional. (...)

Deve a suposta conduta de atuação com interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal estar descrita, de modo claro e cabal, e provada, para que, então, o contribuinte possa exercer plenamente seu direito à ampla defesa. Não há conduta provada na fundamentação do Ato Declaratório, razão pela qual o mesmo é plenamente nulo. (...)

Há requisitos indispensáveis para enquadramento no art. 124, I do CTN, em termo de sujeição passiva solidária, dentre os quais, evidencia-se a necessidade de demonstração da prática dos atos infracionais, cabendo a produção da prova de tal situação exclusivamente à Fazenda Pública.

É absurda e ilegal a tentativa de extensão da eventual responsabilidade tributária dentre as pessoas jurídicas, isto sem a preexistência de uma regular investigação procedida pela autoridade administrativa competente acerca da ocorrência das situações que autorizam essa substituição.(...)

A lavratura processo administrativo em desfavor de qualquer empresa, sem que o Fisco se preocupe em provar e descrever a infração, carece de suporte fático, por ausência de motivação. E, conforme nossa Lei Maior, é dever inarredável do Fisco motivar, a contento, todos os atos administrativos postos a seu encargo pelo ordenamento jurídico. No presente caso, conforme já aduzido, nem descrição do fato existe.

Se não há prova, contaminado está o processo administrativo, sendo completamente nulo, por violar, claramente, o princípio constitucional da ampla defesa, razão pela qual, desde já, pugna-se pela extinção do mesmo.

Também não procede a denúncia no que tange ao mesmo computador utilizado para as informações fiscais prestadas, posto que, conforme admitimos, o mesmo contador as realizava, inclusive mediante o mesmo e-mail. O fato de o contador contar com registro

perante uma empresa não o desabilita para a prestação a terceiros. Ademais, não se pode pretender que o profissional seja impossibilitado de prestar serviços a empresas de setores semelhantes, sob pena de limitação ao exercício profissional e afronta ao art. 170 da Constituição Federal.

No que tange às contas de luz, o endereço informado decorre justamente da utilização de secretária compartilhada pelas empresas, que redireciona o contato à empresa desejada. Trata-se de ferramenta comum e muito utilizada por todos os escritórios que lançam mão à ferramenta de coworking.

4.1.2.3 DO EXCESSO AOS LIMITES GLOBAIS DO GRUPO E POR SÓCIO.

(...)A Receita Federal do Brasil de Maringá abriu diversos processos administrativos contra todas as 07 (sete) empresas que considera serem do mesmo grupo econômico. Contra cada empresa, afirmou terem existido sonegação fiscal e ainda efetuou lançamentos suplementares decorrentes da exclusão do Simples Nacional.

Todavia, pendem ainda os processos administrativos contra as referidas acusações, sendo que todos os autos de infração lavrados foram contestados por Impugnações administrativas que lhes retiram sua exigibilidade.

O que se afirma, é que, para a consideração de valores supostamente omitidos e de lançamentos suplementares realizados, seria necessário que os processos administrativos tivessem encerrados. Isso porque o agente fiscal invoca valores ainda sob discussão, o que não se pode permitir.

Ora, o faturamento da Impugnante se enquadra nos limites exigidos pelo Simples Nacional, assim como o fizeram as demais empresas, inclusive no que tange aos limites globais. Todavia, observa-se que se, no futuro, as supostas sonegações forem confirmadas, o que se admite somente para fins de argumentação, aí sim estas poderão fundamentar a exclusão do Regime Diferenciado.

No momento presente, contudo, os valores, invocados unilateralmente e desacompanhado de provas suficientes, não podem embasar a exclusão pelo excesso dos limites de faturamento, posto que o faturamento anual da Impugnante se encontra muito abaixo do determinado em lei.

Nesse sentido, o próprio fiscal observou que o faturamento anual da empresa fora abaixo, inclusive, de suas despesas, demonstrando a gravidade da crise econômica enfrentada.

Assevera-se, em síntese, que a afirmação do suposto excesso aos limites de faturamento para enquadramento no Simples Nacional, inclusive por sócio, só tem procedência se consideradas quantias ainda pendentes de discussão perante os órgãos administrativos - o que não se pode admitir para fins de exclusão do Simples Nacional - sob pena de absoluta arbitrariedade digna dos tempos ditatoriais.

4.1.2.4 DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE AS DECLARAÇÕES AO ISS E AO SIMPLES NACIONAL.

O agente fiscal denunciou a Impugnante com base na incompatibilidade entre informações fornecidas ao Fisco Federal e ao Fisco Municipal.

Em início, observa-se que a troca de informações entre estes demanda a elaboração de convênio ou lei, nos termos do art. 199 do CTN, o que não foi apresentado pelo agente fiscal. (...)

Dito isto, tem-se que a não ser que o Fisco apresente o convênio ou a lei que autoriza a troca de informações, esta é de impossível utilização pelo agente fiscal.

Não obstante, mutatis mutandis, cabe a nós analisar o argumento fiscal. Segundo consta na representação para fins de exclusão do Simples Nacional, o faturamento encontrado nas notas fiscais e na PGDASN são diferentes, razão pela qual o agente pretende a uma suposta omissão de faturamento.

Contudo, nos próprios demonstrativos apresentados pelo Fiscal, é possível aferir que em diversos meses o faturamento declarado na PGDASN fora maior do que o informado para fins de ISS.

Ora, fica claro aqui uma falta absoluta de critério da representação. O agente fiscal quer falar em omissão quando menor o faturamento na PGDASN, como se o valor informado ao Fisco Municipal fosse o verdadeiro e real, mas nos meses em que o PGDASN é menor este não fala em repetição de indébito por pagamento a maior.

Além disso, trata-se de inconsistência utilizar o valor somado da prestação dos serviços, base de cálculo do ISS, para legitimar a cobrança do Simples Nacional, cuja base de cálculo é o faturamento. Tratam-se de grandezas econômicas diferentes, o que impossibilita a relação pretendida pelo Fiscal.

5 DA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL, DO PRAZO EX TUNC E DA SUSPENSÃO APLICADA PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.

Apreciam-se os prazos de exclusão apenas por amor à argumentação, para demonstrar mais um dos excessos da representação fiscal e do ato declaratório.

O Ato Declaratório pretende a desconsideração do Simples Nacional a partir da adesão (efeitos ex tunc desde 2013) e a suspensão por 10 anos a partir de 2016. Ao que se nota o que diz a lei sobre a matéria.(...)

Primeiramente, não há situação impeditiva. Ainda que houvesse alguma, a mesma só poderia ser considerada a partir da prova de sua ocorrência. No caso em tela, a denúncia (como a formação de grupo) deveria conter exatamente o excesso ao limite legal, descrito com precisão, e motivos válidos que considerassem a existência de grupo econômico com interesse comum na realização da hipótese de incidência.

Pretende o fiscal, porém, que a exclusão se dê desde o primeiro dia da adesão ao Simples Nacional, como com efeito ex tunc, contrariando diretamente a disposição literal da lei.

A sonegação pretendida só seria capaz de fundamentar a exclusão a partir da sua prova e posteriormente ao processo administrativo que envolve a matéria. Se não há exigibilidade do lançamento suplementar, não há que se falar em consideração deste como data para exclusão do Regime Diferenciado. Falta coerência lógica ao pleito.

Já no que tange à suspensão prevista no art. 29, assim dispõe a LC 123/2006: (...)

Trata-se, como se vê, do mesmo termo inicial previsto para exclusão: a ocorrência de fato impeditivo. Ora, não se pode permitir que o fiscal eleja dois momentos, conforme o artigo, do mesmo fato impeditivo, para contagem de dois prazos iniciais que remetem à mesma descrição do termo a quo. A pretensão do agente fiscal é ardilosa, e, cf. se viu até agora, com motivos obscuros, que não aqueles dispostos em Lei.

Se a ocorrência de suposto fato impeditivo se deu em 2013, a suspensão se dará também a partir de 2013. Se o fato impeditivo ocorreu em 2016, não há que se falar em cobrança suplementar nos anos de 2013, 2014 e 2015. O agente não pode pretender ambos, fazendo diferenciação que a lei não fez.

7 DOS PEDIDOS.

Ao que foi analisado e arrazoadado, pede-se e requer:

- i) A nulidade do Processo Administrativo Fiscal n.º 10930.722552/2017-81, cf. o tópico 3, retro; e subsidiariamente;
- ii) Reforma do Acórdão n.º 09-66.636, prolatado pela 5ª Turma da DRJ/JFA, mantendo a Recorrente no Sistema Diferenciado previamente denegado;
- iii) Ao final, no entendimento contrário aos pedidos anteriores, que se reforme a modulação de efeitos da Exclusão do Simples Nacional, cf. o tópico 5, retro.

É o relatório

Voto

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 n.º 343/2015 (Regimento Interno do CARF), com redação dada pela Portaria MF n.º 329/2017.

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

INTRODUÇÃO

Trata-se, de análise de Recurso Voluntário em que o recorrente (TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA EPP) pleiteia em suma (...) *i) a nulidade do Processo Administrativo Fiscal n.º 10930.722552/2017-81, cf. o tópico 3, retro; e subsidiariamente; ii) Reforma do Acórdão n.º 09-66.636, prolatado pela 5ª Turma da DRJ/JFA, mantendo a Recorrente no Sistema Diferenciado previamente denegado e, iii) Ao final, no entendimento contrário aos pedidos anteriores, que se reforme a modulação de efeitos da Exclusão do Simples Nacional, cf. o tópico 5, retro.*”

Sendo assim, diante das alegações do recorrente, passo ao voto delimitando cada ponto controvertido e analisando cada um deles de forma separada.

PRELIMINARES DE MÉRITO

DA NULIDADE DO TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

Inicialmente, a recorrente sustenta em seu apelo a ocorrência de nulidade do Termo de Exclusão do Simples Nacional e, para tanto, argumenta que:

(...) há diversos processos que ainda versam acerca da suposta formação de grupo econômico pelas empresas, acostados no rodapé6. Observa-se também que, juntamente à essa situação, a razão da exclusão do Simples Nacional acabou por adentrar ao mérito dessa questão, qual seja, a suposta formação de grupo econômico.

Entretanto, como mencionado, a questão meritória sequer se encerrou em via administrativa. O Fisco, nesse aspecto utiliza-se da organização administrativa e dos recursos humanos que dispõe para, dessa estrutura, forçar o Contribuinte a adimplir as obrigações que entende estarem em atraso. Caracteriza-se, assim, a Sanção Política (...)

Nessa seara nasce a nulidade previamente alegada, não necessariamente contida na ação administrativa propriamente dita, mas no conjunto de ações tomadas que, sem qualquer dúvida, adentram à esfera do contribuinte, forçando-o a desistir das medidas administrativas e judiciais de discussão do crédito tributário controvertido. (...)

Pugna-se, portanto, ao correto entendimento para decretação de nulidade do procedimento administrativo fiscal em tela, uma vez que o ADE DRF/Londrina n.º 39/2017 não sacramentou a discussão meritória acerca da suposta formação de grupo econômico. (...)

Assim, resta claro que a alegação de nulidade do contribuinte reside na ideia de que os demais processos que versam sobre o suposto grupo econômico ainda não foram apreciados e, portanto, a razão da exclusão adentrou no mérito da formação do grupo econômico. Sem razão o recorrente.

Conforme bem retratado no Acórdão recorrido, as hipóteses de nulidade dos atos praticados no processo administrativo fiscal estão apontados no art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972. *In verbis*:

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 conseqüência.

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

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Redação dada pela Lei n.º 8.748, de 1993)

A par disso, tratando-se eventualmente de lançamento de ofício, é possível, ainda, reconhecer-se a sua nulidade por vício quanto aos procedimentos previstos no art. 142 do CTN (“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”), ou, ainda, quanto à observância dos requisitos contidos no art. 10 do Decreto n.º 70.235, de 1972:

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

Em análise dos presente autos, não vislumbro qualquer das hipóteses acima tratadas, muito menos o alegado cerceamento de defesa suscitado no recurso, isso porque, desde a REPRESENTAÇÃO FISCAL n.º 10930-722.552/2017-81 (e-fls 2/23), todos os elementos da investigação fiscal estavam suficientemente claro para o contribuinte, inclusive, com tópico específico que pretendia o “**ESCLARECIMENTO QUE SE PRESTA QUANTO A MULTIPLICIDADE DE AÇÕES FISCAIS. DO MESMO RAMO DE ATIVIDADE. DA FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO**”(e-fls. 03).

Destaca-se ainda, que no curso do presente processo administrativo, após a instauração do contencioso, tanto na sua Manifestação de Inconformidade, quando no próprio Recurso Voluntário, o recorrente aborda ampla e pormenorizadamente as suas razões de inconformidade não resta dúvidas de que compreendeu os motivos e fundamentos utilizados pela fiscalização para concluir pela formação de grupo econômico de fato que ensejou um dos motivos da sua exclusão do Simples.

Vale destacar também, que não merece prosperar a alegação de que o fisco também se utilizou de Sanção Política, na verdade o Fiscal, após a constatação das infrações insertas na fiscalização, tem a obrigação de atuar sob pena de responsabilidade funcional, não podendo, portanto, se omitir da sua prerrogativa, logo não pode prosperar a alegação de que o Fisco age para forçar o contribuinte a adimplir suas obrigações e de a que a nulidade nasce, não necessariamente contida na ação administrativa propriamente dita, mas no conjunto de ações tomadas .

Sendo assim, pelos motivos acima exposto, rejeito a preliminar de nulidade.

DA ALEGAÇÃO DE INDÍCIO DO CERCEAMENTO DE DEFESA E DA PERSECUÇÃO DESMEDIDA E ILEGAL DO TRIBUTO.

No presente tópico, o contribuinte, em síntese, alega que:

(...) mesmo desconsiderando a verdade, e assumindo a conjectura da existência de um grupo econômico, o procedimento adotado, s.m.j, pela RFB, seria o protocolo de um único processo administrativo, versando sobre todas as supostas ausências, sejam parciais ou integrais, das contribuições devidas.

Ora, por lógico: se há a alegação de existência de um grupo econômico, e, desse fato, há exclusão do contribuinte do regime especial e, somente a partir daí a imputação de um fato gerador, desrespeitado pelo contribuinte, o correto seria um único procedimento incluindo todos os sujeitos passivos obrigados.

Contudo, não é isso que se observa. É de fácil visualização a existência de mais processos administrativos, assim como o que abarca o Acórdão, objeto do presente recurso, em relação a responsabilidade tributária que aproveita os sujeitos passivos elencados, mesmo versando sobre o mesmo fato: a suposta existência do grupo econômico.

Mesmo assim, faz-se necessário observar que há centenas de lançamentos apartados para cada empresa, implicando no desrespeito ao princípio do contraditório, dificultando a ampla defesa do contribuinte. Não somente, os lançamentos individualizados implicam na cumulação de multa, o que não pode prosperar, visto do Princípio da Não Bitributação.

Trocando em miúdos, o Fisco se contradiz na medida em que entende que: a) as 07 (sete) empresas se tratam de um único negócio, uma única sociedade; b) lança para as 07 (sete) empresas, as multas, juros e correções acerca do mesmo fato gerador que considera único para o hipotético grupo econômico. (...)

Dessa forma, após os fundamentos acima transcritos, o recorrente pugna mais uma vez pela declaração de nulidade por indício de cerceamento de defesa, notadamente, em razão da dificuldade que teria pela apresentação de sete defesas diferentes, bem como, pelo fato de que haveria a necessidade de lançar tributos e as respectivas multas sobre o grupo econômico identificado e não em cada empresa individualmente. Sem razão a recorrente,

Vale destacar, portanto, que o presente processo trata especificamente da exclusão da TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA EPP do sistema do Simples Nacional e, para tanto, não há litígio específico em relação ao crédito tributário específico, restando a este CARF reavaliar tão somente a possibilidade de manutenção da referida empresa no sistema tributário diferenciado, razão pela qual, não se vislumbra qualquer hipótese legal mencionada no item anterior que possa ensejar nulidade.

Ademais, apesar de concordar com o fato de que o ideal seria a análise em conjunto dos sete processos os quais tratam da Exclusão combatida até mesmo para evitar decisões conflitantes, não considero, por outro lado, que haja qualquer limitação para proceder a análise e a relação jurídica da recorrente com as demais empresas no sentido de avaliar a existência de causa e efeito no que diz respeito a sua atuação para suposta formação do Grupo Econômico constatado pela fiscalização, o que será feito pela oportunidade da análise de mérito.

Sendo assim, rejeito a nulidade suscitada.

DA ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO.

O recorrente, refuta também a conclusão do Acórdão recorrido quanto a constatação de grupo econômico e, para tanto assim argumentou:

(...) não há elemento caracterizador no caso em tela, que aponte, mesmo que de modo simplório, a existência de um grupo econômico. Não há ponto de direção única.

Nesse aspecto, observa-se no Acórdão que não se elencou os “diversos pontos que levaram à conclusão que a fiscalizada pertence de fato a um grupo econômico”, mas sim, apenas 6 (seis) pontos isolados.

Ora, resta o questionamento à autoridade pública: como provar fato inexistente? Isso porque, à própria autoridade fiscal caberia o ônus de demonstrar as alegações que pretende imputar, como visto, de forma draconiana à empresa. A mera existência dos indícios não comprova o elemento central: não há direção única, não há elemento jurídico basilar para tal.

Não se obsta, ainda, explorar a temática. A mera imputação dos indícios como causa, tem forte explicação. Isso se deve ao fato da RFB não conseguir demonstrar a direção única, o elemento central que demonstraria a existência da sociedade de empresas.(...)

Ora, o fato do contador ser comum a todas as empresas demonstra, sim, um fato: a qualidade imputada ao contador por parte das pessoas de direito jurídico que o contrataram, nesse caso dando-se o juízo positivo. Além disso, nada é possível arrazoar, ao que se vê o tamanho esforço empregado em rasas arguições, por parte da RFB, se desmancharem frente aos fatos e as concepções corretas das condutas imputadas à Recorrente, ao que se detalha.

Após a análise dos autos, constato que não assiste razão ao contribuinte, isso porque, cabia ao recorrente demonstrar materialmente as razões das suas alegações a partir das provas carreadas aos autos; que no seu entendimento possam comprovar a veracidade de suas alegações.

É ônus do sujeito passivo comprovar a alegação de existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do Fisco de constituir e exigir o crédito tributário mantido pela decisão recorrida.

Inteligência do art. 373, II, do CPC atual (Lei nº 13.105, de 2015), de aplicação subsidiária ao processo administrativo fiscal, *in verbis*:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - (...);

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Assim, após o trabalho minucioso da fiscalização foram trazidos aos autos os elementos de fato e de direito que sustentaram sem maiores dúvidas a formação de grupo econômico, razão pela qual me utilizo dos mesmos fundamentos do Acórdão recorrido para manter a declaração de existência de Grupo Econômico, valho-me da prerrogativa estatuída no art. 57, § 3º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, adotando em complemento as minhas as razões de decidir, aquelas expendidas no acórdão de piso conforme reprodução abaixo:

DO GRUPO ECONÔMICO

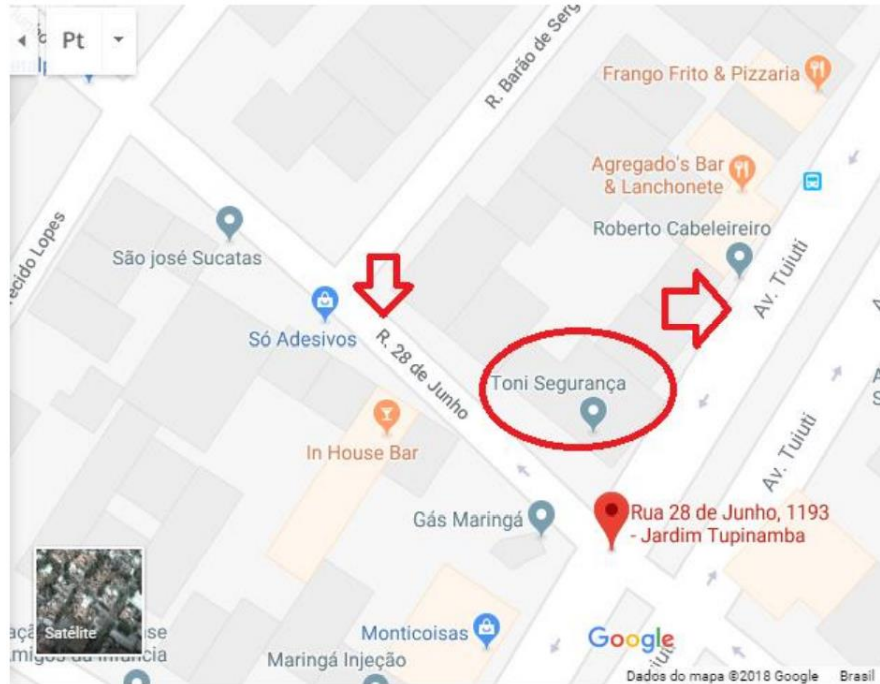
A defesa questiona a caracterização do grupo econômico apontado pelo Auditor Fiscal, afirmando que as empresas não se encontram na mesma localidade, possuem endereços diversos.

A Autoridade Tributária relatou que as sete empresas a seguir relacionadas (inclusive a TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA - EPP) possuem em comum a participação do sr. Antonio Rodrigues da Maia e da sra. Neuza Chumovski, em seus quadros societários, que as empresas possuem o mesmo ramo de atuação e cinco delas estão localizadas no mesmo endereço:

Razão Social	CNPJ	Observação	Antonio Rodrigues da Maia		Neuza Chumovski	
			Ingresso	Retirada	Ingresso	Retirada
TONI SEGURANÇA LTDA EPP	07.291.326/0001-64	Optante pelo Simples Nacional entre 01/01/2009 e 31/12/2015	28/03/2005	-	26/08/2005	-
TONI SERVIÇOS ESPECIAIS LTDA ME	10.581.363/0001-11	Optante pelo Simples Nacional entre 14/01/2009 e 31/12/2015	14/01/2009	-	14/01/2009	-
TONI EMPRESA DE PORTARIA E VIGIA LTDA	81.747.750/0001-23	Optante pelo Simples Nacional entre 01/01/2011 e 31/12/2015	15/02/1990	-	15/02/1990	-
TONI ALARMES MONITORADOS LTDA ME	07.715.450/0001-90	Optante pelo Simples Nacional entre 01/01/2009 e 31/12/2015	01/11/2005	23/01/2017	07/04/2011	23/01/2017
TONI EMPRESA DE PORTARIA CURITIBANA LTDA ME	12.159.809/0001-40	Optante pelo Simples Nacional entre 01/01/2011 e 31/12/2015	06/01/2010	-	06/01/2010	-
TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA ME	11.472.483/0001-43	Optante pelo Simples Nacional entre 06/01/2010 e 31/12/2015	06/01/2010	-	06/01/2010	-
PRS SEGURANÇA LTDA ME	18.210.751/0001-06	Optante pelo Simples Nacional entre 15/05/2013 e 31/12/2015	15/05/2013	-	15/05/2013	-
RESISTENCIA ALARMES MONITORADOS LTDA ME	20.411.354/0001-36	Optante pelo Simples Nacional de 02/06/2014 em diante	02/06/2014	31/03/2015	02/06/2014	31/03/2015

A defesa questiona a localização das empresas afirmando que estão instaladas em endereços diversos e prestando serviços diversos, entretanto admite a existência de uma secretaria única e em relação a contas de luz, informa que o endereço comum decorre justamente da utilização de secretária compartilhada pelas empresas.

Buscando dirimir a dúvida em relação a localização das empresas buscou se informações na internet através do sistema Google Maps, onde se obteve as informações a seguir:



Apesar do contribuinte afirmar que todas as empresas possuem endereço diverso, o que se verifica é que o grupo ocupa a esquina que faz o cruzamento das Ruas 28 de junho e Tuiuti, desta forma as empresas que se localizam nessas ruas na verdade ocupam em um só ponto, fato que comprova é o letreiro utilizado pelas empresas que é único ocupando toda a extensão da fachada das lojas, como pode ser observado nas fotos, em relação a existência de uma secretária compartilha, só reforça o já exposto, pois a empresa se coloca no mercado como um empreendimento correlato. Além disso, foram apontados vários outros pontos pelo Auditor Fiscal:

- mesmo contador para o grupo;

- duas ligações de energia elétrica o endereço R 28 JUNHO, 1141, SALA 02, uma com indicação de bairro VIRGINIA JD e outra com indicação de bairro TUPINAMBA, MARINGÁ;

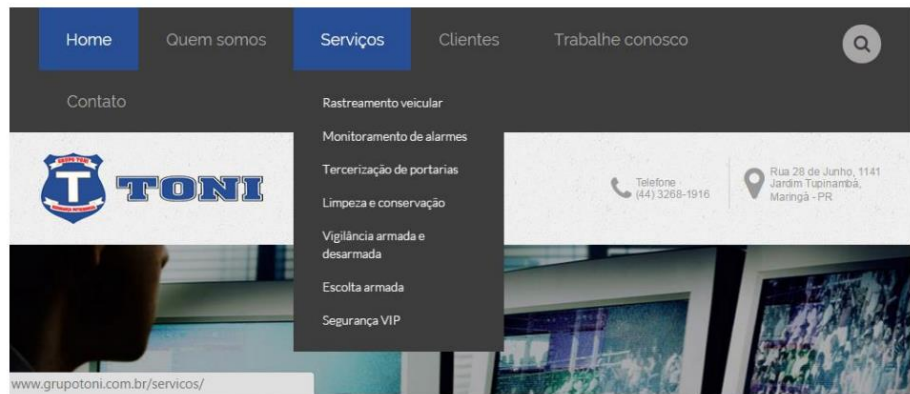
- constam duas ligações de energia elétrica para o endereço R 28 JUNHO, 1163, SALA 01, uma com indicação de bairro VIRGINIA JD e outra com indicação de bairro TUPINAMBA, MARINGÁ;

- constam duas ligações de energia elétrica para o endereço R 28 JUNHO, 1141, uma com indicação de bairro VIRGINIA JD e outra com indicação de bairro TUPINAMBA, MARINGA.

- constam duas ligações de energia elétrica para o endereço R 28 JUNHO, 1141, SALA 03, uma com indicação de bairro VIRGINIA JD e outra com indicação de bairro TUPINAMBA, MARINGA.

- não consta ligações de energia elétrica na COPEL no endereço da empresa PRS SEGURANÇA LTDA - ME; - há divergência entre os endereços declarados à Receita Federal do Brasil e aqueles constantes na COPEL.

Foi realizada consulta no endereço eletrônico informado pelo Auditor Fiscal na REPRESENTAÇÃO FISCAL nº 10930-722.552/2017-81:



Fica claro que pelas informações extraídas do site do Grupo Toni que na verdade as empresas trabalham em conjunto prestando diversos serviços complementares tendo como sede o estabelecimento situado no cruzamento da Rua 28 de Junho com a Rua Tuiuti, Maringá-PR.

Observa-se que os serviços prestados pelo Grupo Toni estão diretamente ligados as atividades de cada empresa relacionada na Manifestação de Inconformidade, conforme trecho transcrito :

(...)A Auditoria Fiscal ainda apresentou outros elementos que caracterizam a formação de um grupo econômico, que são:

- as Demonstrações do Resultado do Exercício DRE de seis empresas sob auditoria, anos 2013, 2014 e 2015 trazem assinaturas do sr. Antonio Rodrigues da Maia, sócio, e do sr. Ítalo Renan Gasques, Contador;

- as sete Pessoas Jurídicas tiveram as suas GFIP transmitidas pela conectividade social de um mesmo computador;

- os endereços declarados pelo sr. Antonio Rodrigues da Maia e pela sra. Neuza Chumovski à Receita Federal do Brasil são comuns às cinco empresas.

- os documentos encaminhados aos contribuintes domiciliados em Maringá, TONI SEGURANÇA, PRS SEGURANÇA, TONI EMPRESA DE PORTARIA E VIGIA, TONI ALARMES MONITORADOS, TONI SERVIÇOS ESPECIAIS, e as Pessoas Físicas de Antonio Rodrigues da Maia e Neuza Chumovski, são recepcionadas pela mesma Pessoa Física;

- cinco das empresas estão mesmo endereço, mesmo ramo de atuação, mesmos sócios, utilizando os serviços de um mesmo contador e que transmitem suas GFIP de um mesmo computador; - assumem a condição na internet de "GRUPO TONI";

- há confusão na prestação de serviços, ou seja uma empresa prestando serviço na área de atuação de outra.

A defesa argúi que a existência de um contador e a transmissão de GFIP utilizando um único contador para as sete empresas não caracteriza a formação do grupo econômico. De fato, um contador ou um escritório de contabilidade pode ser contratado por várias empresas, esta não é a razão central que caracteriza a formação do grupo TONI, mas sim apenas mais um elemento de prova que demonstra que as empresas agiam em conjunto sob direção única.

Portanto, fica caracterizado a existência do Grupo Econômico, ou como denominado pelo próprio contribuinte, GRUPO TONI, que apesar de ser compostos por sete empresas com atividades econômicas, em alguns casos diferentes, o que se verifica que se completavam objetivado um nicho específico de mercado que é a prestação de serviços na área patrimonial.

Ademais, complemento que a questão do Contador contestada pela recorrente não pode ser analisada de forma isolada, posto que, apesar de um mesmo profissional fazer parte da contratação de diversas empresas não comprovar por si só o Grupo Econômico, é inquestionável que tal fato diante das demais provas colhidas ao processo formam um conjunto probatório que não foi especificamente combatido pelo recorrente.

É fato que o planejamento tributário para otimizar o recolhimento de impostos não é vedado pelo ordenamento jurídico, no entanto, é preciso que haja informações reais e não uma realidade subjacente, afinal, não se pode confundir a prerrogativa de organização com a criação de uma ficção jurídica a ponto de se atestar um abuso de personalidade jurídica sem qualquer autonomia patrimonial e operacional, sendo a divisão de uma empresa em diversas outras, apenas uma ficção irregular, não é outro o entendimento do Parecer Normativo Cosit/RFB, nº 04, de 10 de dezembro de 2018, *in verbis*:

Grupo econômico irregular

20. O primeiro questionamento da consulta interna que ensejou o presente Parecer Normativo foi: "o art. 124, do CTN, admite a responsabilização solidária por débitos tributários entre componentes do mesmo grupo econômico quando restar comprovada a existência de liame inequívoco entre as atividades desempenhadas por seus integrantes mediante comprovação de confusão patrimonial ou de outro ato ilícito contrário às regras societárias?".

20.1. Na jurisprudência e na doutrina, a hipótese mais tratada para a responsabilização solidária é para o que se denominou "grupo econômico", especificamente quando há abuso da personalidade jurídica em que se desprezita a autonomia patrimonial e operacional das pessoas jurídicas mediante direção única. [...]

22. Desta feita, não é a caracterização em si do grupo econômico que enseja a responsabilização solidária, mas sim o abuso da personalidade jurídica de pessoa jurídica, a qual existe apenas formalmente, uma vez que inexistente autonomia patrimonial e operacional. Nesta hipótese, a divisão de uma empresa em diversas pessoas jurídicas é fictícia. A direção e/ou operacionalização de todas as pessoas jurídicas é única. O que se verifica nesta hipótese é a existência de um grupo econômico irregular, terminologia a ser utilizada no presente Parecer Normativo. [...]

Sendo assim, mantenho os termos da decisão inserta no Acórdão retro para a manutenção da exclusão pelo fundamento da formação do Grupo Econômico, portanto, nada a prouver quanto a este ponto.

-DO EXCESSO AOS LIMITES GLOBAIS DO GRUPO E POR SÓCIO

-DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE AS DECLARAÇÕES AO ISS E AO SIMPLES NACIONAL.

O recorrente também alega:

(...)Todavia, pendem ainda os processos administrativos contra as referidas acusações, sendo que todos os autos de infração lavrados foram contestados por Impugnações administrativas que lhes retiram sua exigibilidade.

O que se afirma é que, para a consideração de valores supostamente omitidos e de lançamentos suplementares realizados, seria necessário que os processos administrativos tivessem encerrados. Isso porque o agente fiscal invoca valores ainda sob discussão, o que não se pode permitir.

Ora, o faturamento da Impugnante se enquadra nos limites exigidos pelo Simples Nacional, assim como o fizeram as demais empresas, inclusive no que tange aos limites globais. Todavia, observa-se que se, no futuro, as supostas sonegações forem confirmadas, o que se admite somente para fins de argumentação, aí sim estas poderão fundamentar a exclusão do Regime Diferenciado.

No momento presente, contudo, os valores, invocados unilateralmente e desacompanhado de provas suficientes, não podem embasar a exclusão pelo excesso dos limites de faturamento, posto que o faturamento anual da Impugnante encontra-se muito abaixo do determinado em lei.

(...)O que se afirma, em síntese, é que a afirmação do suposto excesso aos limites de faturamento para enquadramento no Simples Nacional, inclusive por sócio, só tem procedência se consideradas quantias ainda pendentes de discussão perante os órgãos administrativos - o que não se pode admitir para fins de exclusão do Simples Nacional - sob pena de absoluta arbitrariedade digna dos tempos ditatoriais.

Sem razão mais uma vez a recorrente, o Recurso Voluntário mais uma vez trouxe os mesmos elementos de sua impugnação e não cuidou de trazer elementos para desconstituir os elementos conclusivos da fiscalização que, após constatar a formação do grupo econômico atestou receitas além das permitidas legalmente

Está comprovado nos autos que a Recorrente e as demais empresas compõem um único negócio. A liberdade de organização permite que o contribuinte organize o seu negócio da maneira que lhe aproveitar, entretanto, não pode fazê-lo de forma abusiva, simulando e enganando o Fisco para aproveitar benefícios tributários a que não faz jus.

Ademais, o fundamento para a exclusão não é, pura e simplesmente, a caracterização do grupo econômico de fato ou a solidariedade passiva que responsabiliza às empresas do grupo por débitos constituídos, mas sim a realidade subjacente que advém dessa caracterização, qual seja, a dependência entre as empresas, que atuam com sócios e administradores em comum.

Nessa hipótese, o faturamento para fins de apuração do limite legal não pode ser considerado individualmente (por empresa integrante do grupo), mas na sua totalidade, fazendo com que ultrapasse o limite permitido pela legislação de regência do Simples Nacional.

Destarte, repise-se: o conjunto de provas dos autos demonstrou a artificialidade da estrutura operacional da Recorrente. A conduta fraudulenta, com a constituição de pessoa jurídica supostamente independente, objetivou a inclusão indevida no Simples Nacional e a obtenção do benefício da redução dos tributos e contribuições.

Evidenciado o caso concreto, o Fisco encontra-se autorizado legalmente a determinar os efeitos tributários decorrentes do negócio realmente realizado no lugar daqueles que seriam produzidos pelo negócio retratado na forma simulada pelas partes.

Diante de tais assertivas, para além da alegação do Excesso de Receita, também me utilizo dos fundamentos de decidir do Acórdão recorrido por concordar com eles em relação a alegação de de incompatibilidade entre as declarações pertinentes ao ISS e ao Simples Nacional, pelo que também invoco o art. 57, § 3º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF e passo a transcrever:

DO EXCESSO DE RECEITA

A defesa questiona o lançamento das supostas receitas, enquanto ainda há discussões a respeito da formação de grupo econômico e da omissão de receitas, afirmando que tais assertivas só podem ser consideradas a partir do momento que não couber mais recursos administrativos.

Como tratado neste voto, de fato a empresa faz parte do Grupo Toni, portanto uma vez demonstrado que se trata de um grupo econômico de fato, a unificação das receitas é imprescindível e, no caso em comento, os valores apurados ultrapassam o limite estabelecido pela legislação do Simples Nacional, conforme dispõe a Lei Complementar nº 123, de 2006.

Em razão do grupo econômico e da omissão de receita, as empresas foram excluídas do Simples Nacional em 06/2012, quando a Receita Bruta extrapolou o limite permitido na Lei Complementar nº 123/2006, com efeitos a partir de 07/2012. Conforme Relatado pelo Auditor Fiscal, as receitas foram apuradas com base nas Notas Fiscais, em relação a TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE, a apuração do real faturamento foi realizado com a colaboração da Prefeitura Municipal de Londrina PR.

Na Manifestação de Inconformidade o contribuinte não apresenta qualquer demonstração que o Auditor Fiscal apurou incorretamente receitas obtida pelas empresas, apenas se limita a afirmar que a fiscalizada está com o faturamento dentro do previsto em Lei Complementar 123/2006. Mas sim, questiona a possibilidade do intercambio de informações entre o Fisco Federal e Fisco Municipal que deve ocorrer nos termos do art. 199 do CTN.

Portanto, não se verifica qualquer irregularidade na solicitação de informações fiscais ao município de Londrina -PR.

Com relação da base de cálculo apurada pelo Auditor Fiscal, não foi utilizada para a cobrança do Simples Nacional neste processo, mas sim serviu apenas para subsidiar a exclusão da empresa do citado regime, portanto não há de se falar em repetição do indébito quando não há qualquer cobrança envolvida no processo.

A fiscalização objetivou demonstrar que a empresa manifestante e as demais envolvidas na realidade formam um grupo econômico, estando divididas para fins de obter uma tributação mais benéfica, mas que, fundamentalmente, dispõem de mesma organização gerencial e de atividade semelhantes.

De fato, o grupo econômico está evidenciado pela farta juntada de documentação pela autoridade fiscal competente, que indica a unidade de direção ou controle, com objetivos finais idênticos de todos os entes agrupados. Assim, a manifestante, integrante do grupo, foi beneficiada de forma indevida pela opção à Lei Complementar n.º 123, de 2006.

Destarte, 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 ou realizam suas atividades) e não apenas a situação meramente formal.

Claramente, constituição de diversas empresas e a omissão de receita permitiu que a manifestante mantivesse seu faturamento anual dentro do limite estabelecido pela Lei Complementar n.º 123, de 2006.

Portanto, diante das circunstâncias evidenciadas e em razão da primazia da verdade material sobre a formal, a infração apurada está respaldada pelo conjunto probatório constante do auto, porquanto a realidade subjacente demonstra a existência de grupo econômico de fato, havendo a extrapolação da receita bruta global para fins de permanência no Simples Nacional.

Por fim, também verifica-se, no caso presente, a prática reiterada de infração à legislação tributária, hipótese legal de exclusão do simples o excesso de receita bruta, causa de exclusão da pessoa jurídica do Simples Nacional.

Ademais, não deve prosperar a alegação do recorrente quando afirma que seria “possível aferir que em diversos meses o faturamento declarado na PGDASN fora maior do que o informado para fins de ISS. – (...) O agente fiscal quer falar em omissão quando menor o faturamento na PGDASN, como se o valor informado ao Fisco Municipal fosse o verdadeiro e real, mas nos meses em que o PGDASN é menor este não fala em repetição de indébito por pagamento a maior. Além disso, trata-se de inconsistência utilizar o valor somado da prestação dos serviços, base de cálculo do ISS, para legitimar a cobrança do Simples Nacional, cuja base de cálculo é o faturamento. Tratam-se de grandezas econômicas diferentes, o que impossibilita a relação pretendida pelo Fiscal.”

Ora, acaso o recorrente quisesse fazer um contraponto de valores e base de cálculo ou até mesmo entender que houve pagamento a maior, poderia e deveria ter feito prova do seu direito, o presente processo administrativo fiscal é um campo aberto para a produção de provas, mas é preciso que haja a dialética entre os argumentos, fundamentos jurídicos e a comprovação do seu direito pelo sujeito passivo, o que realmente não aconteceu nos presente autos.

Nesse sentido, mantenho também a exclusão do Simples Nacional pelo fundamento de Excesso de Receita.

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES, DO PRAZO EX TUNC E DA SUSPENSÃO PRETENDIDA

No que diz respeito a Exclusão do Simples e da suspensão pretendida, as razões recursais são as mesmas já elencadas pela Recorrente em sede de manifestação de inconformidade, as quais foram apreciadas pela decisão de primeira instância e com a qual manifesto minha concordância, valho-me da prerrogativa estatuída no art. 57, § 3º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, adotando em complemento as minhas as razões de decidir, aquelas expendidas no acórdão de piso conforme reprodução abaixo:

DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

A defesa afirma que não há questão impeditiva para a adesão da empresa ao Simples Nacional, pois só houve a denúncia de formação de grupo econômico, que só pode comprovar a exclusão após o processo administrativo, não podendo haver o lançamento.

Destaca que o marco inicial para a contagem da exclusão é o fato impeditivo, que ocorreu em 2012, não podendo considerá-lo também em 2016, impedindo assim a empresa de aderir novamente ao regime diferenciado até 12/2015.

Nos termos do art. 29 da Lei Complementar nº123/2006 o marco inicial para nova adesão ao Simples Nacional é o ano calendário seguinte em que a empresa incorreu na falta:

(...)§ 1o Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

§ 2o O prazo de que trata o § 1o deste artigo será elevado para 10 (dez) anos 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 apurável segundo o regime especial previsto nesta Lei Complementar.

De acordo com o Ato Declaratório Executivo DRF/Londrina nº 39/2017, de 18 de outubro de 2017, emitido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Londrina (PR), o fato que ensejou a exclusão ocorreu em 07/2012:

A empresa TONI EMPRESA DE PORTARIA LONDRINENSE LTDA - EPP, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas CNPJ 11.472.483/0001-43, EXCLUÍDA do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL - por infração ao inciso II do caput do art. 3º, inciso III do § 4º do art. 3º, ao inciso V do art. 29, todos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, conjuntamente com o inciso I e § 1º do Caput do art. 75 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, conforme Representação Fiscal nº 10930-722.552/2017-81.

A exclusão surtirá efeitos a partir de 01 de julho de 2012, persistindo os efeitos continuamente até dezembro de 2025. Em virtude das ocorrências descritas na Representação Fiscal mencionada, os efeitos da exclusão impedem a opção pelo regime tributário diferenciado instituído pela LC 123/2006 pelos 10 (dez) anos calendário seguintes, contados a partir de janeiro de 2016, conforme dispostos do art. 28 e parágrafo 2º do art. 29 da LC 123/2006, conjuntamente com a alínea 'd' do inciso IV e parágrafos 2º e 3º, todos do art. 76 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011.

Como o fato que ensejou a exclusão da empresa ocorreu em 07/2012, a contagem do prazo para nova adesão inicia a partir de 01/2013, §1º do art. 29 da Lei Complementar nº123/2006.

Com base no já exposto, fica claro que a empresa utilizou de artifício, segmentando as empresas do grupo, objetivando manter as empresas no Simples Nacional e reduzindo tributos, portanto, mantém-se a exclusão do Simples Nacional, por um período de 10 (dez) anos.

Sendo assim, os efeitos da exclusão devem persistir até 12/2022.

Diante do exposto voto no sentido de julgar procedente em parte a Manifestação de Inconformidade, mantendo a empresa excluída do Simples Nacional, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido pelos próximos 10 (dez) anos-calendário seguintes, ou seja até 12/2022.

Sendo assim nada a prouver em relação a este ponto, porquanto mantenho a empresa excluída do Simples Nacional, nos termos da decisão de primeiro instancia para que a referida exclusão produza efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido pelos próximos 10 (dez) anos-calendário seguintes, ou seja até 12/2022.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto por conhecer do recurso, rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Fellipe Honório Rodrigues da Costa - Relator

Fl. 37 do Acórdão n.º 1002-002.804 - 1ª Sejul/2ª Turma Extraordinária
Processo n.º 10930.722552/2017-81