



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

Processo nº 10950.006532/2010-55
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1802-002.365 – 2ª Turma Especial
Sessão de 21 de outubro de 2014
Matéria Exclusão do Simples e Lançamento de Ofício
Recorrente JAIR LONGHI
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2005

IRPJ-SIMPLES, CSLL - SIMPLES, PIS- SIMPLES, COFINS-SIMPLES, CONTRIBUIÇÃO INSS - SIMPLES E IPI-SIMPLES. DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS E DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL (LEI Nº 9.430/96, ART. 42). INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Por se tratar de infração imputada por presunção legal (omissão de receitas), o ônus probatório do fisco restringe-se em comprovar a existência de depósitos bancários não escriturados de origem não comprovada (fato conhecido).

A partir desse fato conhecido a lei presume a omissão de receitas (fato probando), invertendo o ônus da prova.

O ônus probatório de que não ocorreu a omissão de receitas é do sujeito passivo.

SIMPLES. INFRAÇÃO REFLEXA. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTOS SOBRE A RECEITA BRUTA DECLARADA.

Mantida infração omissão de receitas, mantém-se a infração reflexa “insuficiência de recolhimentos” sobre a receita bruta informada na declaração do Simples Federal, em face dos recolhimentos terem sido efetuados pela contribuinte com aplicação de alíquota a menor.

EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL POR ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO - ADE, COM EFEITO A PARTIR DE 01/01/2006. ERRO NA IMPUTAÇÃO FÁTICO-JURÍDICA. IMPROCEDÊNCIA DO ATO ADMINISTRATIVO DE EXCLUSÃO.

Não é vedado, a princípio, uma empresa optante do Simples Federal pertencer a um grupo econômico. Para sua exclusão do Simples Federal, o ato administrativo de exclusão deverá conter:

- a) imputação fático-jurídica expressa, e devidamente comprovada, de que o titular ou sócio da recorrente teve ou tem participação superior a 10% (dez por cento) de outra empresa, no período objeto do procedimento de fiscalização; ou,
- b) imputação fático-jurídica de que a recorrente foi objeto de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica para formação de outras pessoas jurídicas (pulverização do capital com formação de várias empresas de porte menor e pulverização das receitas);

A capitulação legal utilizada pelo fisco para exclusão da recorrente do Simples Federal (Lei nº 9.317/96, art. 9º, inciso II) não autoriza o somatório das receitas brutas das empresas supostamente pertencentes a mesmo grupo econômico da recorrente, pois referido dispositivo legal trata apenas de hipótese de superação do limite de receita bruta da pessoa jurídica para figurar nesse regime de tributação simplificado e favorecido, quando considerada de *per si*, ou seja, isoladamente (art. 9º, II, da Lei nº 9.317/96).

Não houve expressa descaracterização, para efeito tributário, das empresas pretensamente pulverizadas a partir do capital social da recorrente, para que se pudesse justificar legalmente o somatório das receitas brutas de todas as empresas na pessoa jurídica da recorrente, para efeito de exclusão da recorrente do Simples Federal.

É improcedente o ato administrativo de exclusão do Simples Federal por conter imputação fático-jurídica equivocada.

É cediço que o mero erro na capitulação legal é passível de correção de ofício pelo julgador, quando a infração imputada, devidamente narrada, caracterizada e comprovada pelo fisco, está subsumida em outro comando legal da legislação de regência.

Não é possível enquadrar a recorrente, de ofício pelo julgador, no inciso IX (sócio com participação superior a dez por cento do capital social de outra pessoa jurídica) e/ou no inciso XVII (empresa resultante de cisão ou outra forma de desmembramento), ambos esses incisos constantes do art. 9º da Lei nº 9.317/96, pois tais fatos não foram imputados e não restaram, de forma cabal, apurados e comprovados nos autos pela fiscalização.

LUCRO ARBITRADO. IRPJ, REFLEXOS (CSLL, PIS, COFINS). ANO-CALENDÁRIO: 2006 E ANO-CALENDÁRIO: 2007 - 1º (PRIMEIRO) SEMESTRE. LANÇAMENTOS PREJUDICADOS

A improcedência da exclusão do Simples Federal, reflexamente, prejudica o lançamento principal e reflexos, pela aplicação indevida, de ofício, de regime de apuração diverso do Simples Federal.

IRPJ. REGIME DE TRIBUTAÇÃO DO LUCRO PRESUMIDO. ANO-CALENDÁRIO: 2007 - 2º (SEGUNDO) SEMESTRE E ANO-CALENDÁRIO 2008. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA (LEI Nº 9.430/96, ART. 42). OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. TRIBUTAÇÃO REFLEXA: CSLL, PIS, COFINS

Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem desses recursos utilizados nessas operações.

A decisão prolatada no lançamento matriz é aplicável, no que couber, aos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula, quando inexistir razão fática e/ou jurídica para decidir diversamente.

MULTA DE OFÍCIO DE 75%. DESPROPORCIONAL.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

Não há previsão legal de redução da multa de ofício para o patamar de 20%.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para julgar improcedente o ADE de exclusão do Simples Federal e exonerar o crédito tributário do ano-calendário 2006 e do 1º (primeiro) semestre do ano-calendário 2007, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Jose de Oliveira Ferraz Corrêa- Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, Luis Roberto Bueloni Ferreira, Nelso Kichel, José de Oliveira Ferraz Correa, Gustavo Junqueira Carneiro Leão e Henrique Heiji Erbano.

Relatório

Cuidam os autos do Recurso Voluntário de e-fls. 498/514 contra decisão da 2ª Turma da DRJ/Curitiba (e-fls. 463/495) que:

a) julgou improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo a exclusão da contribuinte do Simples Federal, conforme Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples - DRF/Maringá nº 100, de 1º/12/2010, com efeito jurídico a partir de 01/01/2006 (e-fl. 277);

b) julgou improcedente a impugnação, mantendo os autos de infração do Simples Federal do ano-calendário 2005;

c) julgou improcedente a impugnação, mantendo os autos de infração do IRPJ e reflexos, para os períodos de apuração: 01/01/2006 a 30/06/2007 (regime de apuração do IRPJ e CSLL com base no lucro arbitrado);

d) julgou improcedente a impugnação, mantendo os autos de infração do IRPJ e reflexos, para os períodos de apuração: 07/2007 a 12/2007 e 01/2008 a 12/2008 (IRPJ e CSLL lançados com base no lucro presumido);

e) manteve a imputação da responsabilidade solidária das empresas Metais Rainha, CNPJ 05.904.633/0001-48 e Metais Longhi, CNPJ 05.929.886/0001-76 de que trata o Termo de Sujeição Passiva Solidária (e-fls. 409/412), por falta de impugnação (matéria não impugnada).

Quanto aos fatos, consta dos autos:

I – Representação Fiscal para Exclusão do Simples. Origem do procedimento: fiscalização da DRF/Maringá, de 01/12/2010 (e-fls. 01/24), *in verbis*:

(...)

I –INTRODUÇÃO

Em auditoria realizada na empresa INDÚSTRIA, COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO DE METAIS IMPERATRIZ LTDA, CNPJ 78.386.885/0001-04, o auditor-fiscal encarregado constatou procedimento usual em empresas do ramo de fabricação de metais para banheiro. O procedimento consiste em dividir uma empresa em várias outras, visando se aproveitar dos benefícios concedidos às empresas optantes do sistema de tributação do SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e SIMPLES NACIONAL - Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Dentre estas empresas, o auditor identificou o "grupo RAINHA", empresa capitaneada pela METAIS RAINHA LTDA, CNPJ

05.904.633/0001- 48. Além desta, em tese, faziam parte do grupo a **Metais Longhi Ltda**, CNPJ 05.929.886/0001-76 e **Jair Longhi EPP**, CNPJ **01.754.562/0001-93**. (...) As diligências carream provas de que, de fato, as três empresas constituem grupo econômico.(...)

2. DOS ANTECEDENTES

O grupo econômico teve origem na empresa **JAIR LONGHI EPP** inaugurada em **07/04/1997** na Rua Cristóvão Colombo, 802 - **Loanda-PR**, no mesmo local onde funciona o grupo empresarial capitaneada pela Ind. Com. Export. Imperatriz Ltda, objeto, inclusive, de exclusão do Simples e Simples Nacional, conforme Representação Fiscal nº 10950.004243/2009-88. O proprietário da empresa sob auditoria. Sr. JAIR LONGHI era sócio do grupo IMPERATRIZ. Com a separação da sociedade, transferiu em fins de 2003 a empresa JAIR LONGHI EPP para a Rua Amapá, 1557 - Parque Industrial - **Santa Cruz de Monte Castelo-PR**.

Na data de 02/10/2003, o Sr. JAIR abriu no mesmo endereço a empresa **METAIS RAINHA LTDA**, sendo o contrato social composto pelo próprio Sr. Jair e pelo seu filho Marcelo Adriano Longhi. Em 14/10/2003, foi aberta a empresa **METAIS LONGHI LTDA**, em outro endereço, embora na mesma cidade, sendo o contrato social composto pela Sra. Maria Dolores Triz Longhi, esposa do Sr. Jair e por Marco Fabio Triz Longhi, filho do Sr. Jair. Em 12/07/2004 a **METAIS LONGHI** foi transferida para o mesmo endereço onde já funcionavam as empresas JAIR LONGHI e METAIS RAINHA.

O terreno onde funcionam as três empresas, localizado no lote E-03/1, da aglutinação dos Lotes 01 a 16, da quadra E-03, foi cedido pela **Prefeitura de Santa Cruz do Monte Castelo** à JAIR LONGHI EPP, conforme Termo de Cessão de Uso de 25/05/2004 em anexo.

Todas as três empresas têm por objeto social a fabricação, comércio atacadista e varejista e importação e exportação de metais sanitários, tendo optado, desde o início de suas atividades, pelo sistema de tributação do **SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte** e, a partir de 01/07/2007 as empresas METAIS RAINHA e METAIS LONGHI optaram pelo **SIMPLES NACIONAL - Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte**. **A empresa JAIR LONGHI EPP optou desde 01/07/07 pelo Lucro Presumido.**

(...)

4. DA AUDITORIA

A auditoria levada a cabo nas empresas JAIR LONGHI, METAIS LONGHI E METAIS RAINHA demonstra inequivocamente que as três são integrantes de um grupo econômico. Restou

evidenciado que a gestão do grupo é de responsabilidade dos Srs. JAIR LONGHI, MARCELO ADRIANO LONGHI e MARCO FABIO TRIZ LONGHI. Portanto, o que se constatou é que, aproveitando-se da Lei nº 9.317/1996, que instituiu o SIMPLES e da Lei Complementar nº 123/2006 que criou o SIMPLES NACIONAL, a empresa JAIR LONGHI EPP se desdobrou em outras duas empresas como estratégia para beneficiar-se irregularmente dos benefícios proporcionados por aqueles regimes diferenciados de tributação.

Comprovado que as três empresas são integrantes de um grupo econômico, tratamos de efetuar a somatória de seus faturamentos, visto que esta somatória não pode ultrapassar os limites estabelecidos no art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.317/1996 e art. 3º, caput, Inciso II, da Lei Complementar nº 123/2006.

Conforme abaixo, o faturamento das três empresas ultrapassou o limite durante os anos de 2005, 2006, 2007 e 2008. Assim, não restou dúvida de que as empresas ao optarem pelo SIMPLES e, posteriormente, pelo SIMPLES NACIONAL, o fizeram **indevidamente**, o que constitui infração ao art. 9º, inciso II, da Lei nº 9.317/1996, e infração ao art. 3º, inciso II, da Lei Complementar nº 123/2006, c/c art. 12, inciso I, da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007 e art. 5º, inciso XI, da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, (...)

4.1 O QUADRO SOCIETÁRIO

FMPRESA	SÓCIOS	PARENTESCO
JAIR LONGHI EPP	Jair Longhi	
METAIS RAINHA	Jair Longhi (retirou-se em 03/03/05)	
METAIS RAINHA	Marcelo Adriano Longhi	Filho de Jair Longhi
METAIS RAINHA	Janayna Triz Longhi Musachi (03/03/05 a 02/07/09)	Filha de Jair Longhi
METAIS RAINHA	Marco Fábio Triz Longhi (ingressou em 02/07/09)	Filho de Jair Longhi
METAIS LONGHI	Maria Doloress Triz Longhi (retirou-se em 02/07/09)	Esposa Jair Longhi
METAIS LONGHI	Marco Fábio Triz Longhi	Filho de Jair Longhi
METAIS LONGHI	Marcelo Adriano Longhi (ingressou em 02/07/09)	Filho de Jair Longhi

A família Longhi é tradicional do ramo de metais sanitários. A JAIR LONGHI EPP existe desde 1997. Em fins de 2003, transferiu a empresa de Loanda para Santa Cruz de Monte Castelo e na mesma ocasião abriu a METAIS RAINHA e a METAIS LONGHI, colocando como sócios os próprios filhos. A função de Marco Fábio Longhi é comercial. A atuação de Marcelo Longhi é administrativa. É este, juntamente com o pai quem administra as empresas. (...)

6. EXCLUSÃO - PROPOSIÇÃO

6.1 *SIMPLES* - Pelos fatos apontados e provados nesta Representação, PROPOMOS a exclusão das empresas JAIR LONGHI EPP, METAIS RAINHA LTDA e METAIS LONGHI LTDA do *SIMPLES*, por infração ao artigo 9º, inciso II, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

A exclusão surtirá efeito a partir de 01/01/2006, conforme inciso IV, artigo 15, da Lei nº 9.317/96,

(...)

6.2 *SIMPLES NACIONAL* - Pelos fatos apontados e provados nesta Representação, PROPOMOS a exclusão das empresas METAIS RAINHA LTDA e METAIS LONGHI LTDA do *SIMPLES NACIONAL*, por infração ao artigo 3º, inciso II, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, c/c artigo 12, inciso II, da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007 e art. 5º, inciso XI da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007.

A exclusão surtirá efeitos **a partir de 01/07/2007**, conforme art. 6º inciso VII, da Resolução CGSN nº 15, de 15 de Julho de 2007,(...).

7. EXPEDIÇÃO DE ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO

Finalmente e com o objetivo de se agilizar a exclusão do *SIMPLES* e *SIMPLES NACIONAL* e conseqüente lançamento de crédito tributário, propomos que este processo de Representação seja remetido ao Sr. Delegado da Receita Federal do Brasil em Maringá, para a sua prudente análise e Expedição de Atos Declaratórios Executivos relativos à exclusão do *SIMPLES* e *SIMPLES NACIONAL*, retornando a esta SAFIS, para lavratura de Auto de Infração e providências decorrentes.

(...)

II – Ato Declaratório Executivo da DRF/Maringá nº 100, de 1º/12/2010 (e-fl. 277), nos seguintes termos:

(...)

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM MARINGÁ-PR,(...), declara:

A empresa JAIR LONGHI, CNPJ nº 01.754.562/0001-93, EXCLUÍDA do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - *SIMPLES* por infração ao artigo 9º, inciso II, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, conforme Representação Fiscal nº 10950.006532/2010-55.

A exclusão surtirá efeito a partir de 01/01/2006, conforme inciso IV, artigo 15, da Lei nº 9.317/96.

(...)

III – Autos de Infração e Sujeição Passiva Solidária:

a) o crédito tributário lançado de ofício pelos autos de infração de **01/12/2010** perfaz o montante de **R\$ 434.897,63**, assim especificado por exação fiscal:

AC 2005 (PA Novembro e Dezembro)	Principal	Juros de mora (calculados até 30/11/2010)	Multa de 75%	Total (R\$)
IRPJ – Simples (e-fls. 296/301)	457,24	248,39	342,92	1.048,55
PIS-Simples (e-fls. 302/308)	457,24	248,39	342,92	1.048,55
CSLL-Simples (e-fls. 309/313)	2.517,24	1.373,70	1.887,92	5.778,86
Cofins-Simples (e-fls. 314/322)	5.034,50	2.747,41	3.775,87	11.557,78
IPI-Simples (e-fls. 323/328)	1.258,63	686,85	943,97	2.889,45
Contrib. INSS – Simples (e-fls. 329/337)	5.526,90	3.014,92	4.145,17	12.686,99
				35.010,18
AC 2006 e AC 2007 (1º Semestre). Regime Lucro Arbitrado. e AC 2007 (2º semestre) e AC 2008. Lucro Presumido	Principal	Juros de mora (calculados até 30/11/2010)	Multa de 75%	Total (R\$)
IRPJ (e-fls. 338/352)	42.440,92	13.610,26	31.830,64	87.881,82
CSLL (e-fls. 353/369)	34.265,25	10.513,73	25.698,90	70.477,88
Cofins (e-fls. 371/387)	95.398,72	30.390,03	71.548,90	197.337,65
PIS (e-fls. 388/406)	21.316,90	6.885,69	15.987,51	44.190,10
				399.887,45

b) infrações imputadas:

b1) – **quanto aos Autos de Infração do Simples Federal**, ano-calendário 2005 (e-fls. 296/337):

- Omissão de receitas (depósitos bancários não escriturados e origem não comprovada). Valor tributável da infração: R\$ 151.725,32 (**PA novembro/2005**) e R\$ 98.861,34 (**PA dezembro/2005**) (vide demonstrativo-planilha na **e-fl. 54**);

- Insuficiência de recolhimento em relação às receitas informadas na declaração do Simples Federal (mudança de faixa de alíquota, em face da infração omissão de receitas, efeito reflexo).

Fundamentação legal: Art. 24 da Lei nº 9.249/95; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "a", 5º, 1º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317/96; art. 42 da Lei nº 9.430/96; Art. 3º da Lei nº 9.732/98; Arts. 186, 188 e 199 do RIR/99.

b2) – em relação aos Autos de Infração (IRPJ, CSLL, PIS e Cofins) dos períodos AC 2006 e AC 2007 – 1º (primeiro) semestre/2007:

- PIS e Cofins apurados com base na receita bruta mensal;

- o IRPJ e a CSLL foram apurados com base no arbitramento do lucro por escrituração imprestável – PA trimestral (e-fls. 338/352) e conforme Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 285/295). Valor tributável - demonstrativo – e-fls. 55/56, 291 e 338 que, apresento, resumidamente:

AC 2006	Faturamento omitido = (depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada, menos faturamento declarado no Simples) (e-fls. 55/56)	Venda de produtos de fabricação própria declarados no Simples (e-fls. 245/253)	Total (e-fls. 291 e 338)
Janeiro/2006	90.273,91 = (90.813,91 – 540,00)	540,00	
Fevereiro/2006	31.462,45 = (66.042,21 – 34.579,76)	34.579,76	
Março/2006	84.035,02 = (113.285,02 – 29.250)	29.250,00	
1º trimestre/2006	205.771,38	64.369,76	270.141,14
Abril/2006	124.495,94 = (149.595,94 – 23.100)	23.100,00	
Mai/2006	156.844,40 = (176.224,52 – 19.380,12)	19.380,12	
Junho/2006	26.357,06 = (50.539,76 – 24.182,70)	24.182,70	
2º Trimestre/2006	307.967,40	66.662,82	374.360,22
Julho/2006	41.583,05 = (67.466,65 – 25.863,60)	25.863,60	
Agosto/2006	33.055,30 = (57.055,30 - 24.000,00)	24.000,00	
Setembro/2006	30.316,58 = (52.011,58 – 21.695,00)	21.695,00	
3º trimestre/2006	104.954,93	71.558,60	176.513,53
Outubro/2006	87.192,33 = (94.175,53 – 6.983,20)	6.983,20	
Novembro/2006	59.269,77 = (59.269,77 – 0,00)		
Dezembro/2006	32.841,48 = (36.741,48 – 4.100,00)	4.100,00	
4º Trimestre/2006	179.103,58	11.083,20	190.186,78
Total – AC 2006	797.527,29	213.674,38	1.011.201,67
AC 2007 (1º semestre)	Faturamento omitido = (depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada, menos faturamento declarado no Simples R\$ 0,00).	Declaração do Simples entregue com os campos zerados –e-fls. 254/259.	Total
Janeiro/2007	23.627,11	-	
Fev/2007	10.344,09	-	
Março/2007	59.271,00	-	
1º trimestre/2007	93.242,20	-	93.242,20
Abril/2007	52.847,34	-	
Mai/2007	47.661,29	-	
Junho/2007	81.042,64	-	
2º trimestre/2007	181.551,27	-	181.551,87

Obs:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 19/11/2014 por NELSO KICHEL, Assinado digitalmente em 28/11/2014 por JOS

E DE OLIVEIRA FERRAZ CORREA, Assinado digitalmente em 19/11/2014 por NELSO KICHEL

Impresso em 02/12/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 10950.006532/2010-55
Acórdão n.º **1802-002.365**

S1-TE02
Fl. 833

(i) Para cálculo do lucro arbitrado foram utilizados coeficientes de arbitramento de 9,6% (8% acrescido de 20%) para o IRPJ e 12% para a CSLL.

b3) – Atinente ao AC 2007 (2º semestre) e AC 2008 – Autos de infração do IRPJ e reflexos (CSLL, PIS e Cofins):

- PIS e Cofins apurados com base na diferença de receita bruta mensal;

- o IRPJ e a CSLL foram apurados com base na diferença de lucro presumido, coeficientes de presunção do lucro de 8% e 12% respectivamente (PA trimestral) (e-fls. 56/57 e 341/405):

AC 2007 (2º semestre) e AC 2008	Diferença de base de cálculo apurada (omissão de receitas -depósitos bancários de origem não comprovada)
Julho/2007	75.383,20
Agosto/2007	69.306,65
Setembro/2007	90.049,12
3º trimestre/2007	234.738,97
Outubro/2007	18.719,67
Novembro/2007	84.793,67
Dezembro/2007	61.894,40
4º trimestre/2007	165.587,74
Janeiro/2008	67.138,36
Fevereiro/2008	135.586,44
Março/2008	84.220,44
1º trimestre/2008	285.945,24
Abril/2008	179.742,02
Maio/2008	204.328,02
Junho/2008	106.390,00
2º trimestre/2008	490.460,04
Julho/2008	222.574,75
Agosto/2008	144.657,45
Setembro/2008	129.270,11
3º trimestre/2008	496.502,31
Outubro/2008	109.385,34
Novembro/2008	98.254,71
Dezembro/2008	112.681,81
4º trimestre/2008	320.321,86

Obs: Capitulação legal da infração omissão de receitas: art. 42 da Lei 9.430/96, tanto no Simples – AC 2005 (e-fl. 300 e) quanto no AC – 2007 – 2º semestre e AC 2008 (e-fls. 348/349).

c) responsáveis solidários, conforme Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 285/295) e Termo de Sujeição Passiva Solidária (e-fls. 409/412):

Nome: **Metais Longhi Ltda** Endereço: Rua Amapá, 1497 -
Parque Industrial - CEP 87920-000 - Santa Cruz de Monte
Castelo – PR, CNPJ: 05.929.886/0001-76

Nome: **Metais Rainha Ltda** Endereço: Rua Amapá, 1467 -
Parque Industrial - CEP 87920-000 - Santa Cruz de Monte
Castelo - PR, CNPJ: 05.904.633/0001-48

Ciente da exclusão do Simples e dos autos de infração, em **20/12/2010**, por via postal – AR (e-fls. 414 e 417), a Contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade

contra a exclusão do Simples e Impugnação contra os autos de infração em 19/01/2011 (e-fls. 420/435 e 440/444).

Os responsáveis solidários foram cientificados, por via postal, em 20/12/2010, por AR (e-fls. 413, 415 e 418/ 419); porém, não apresentaram defesa.

As razões da Contribuinte contra a exclusão do Simples Federal e contra os autos de infração estão resumidas no relatório da decisão recorrida e que, nessa parte, aproveito para transcrevê-lo por contemplar os principais aspectos suscitados pela contribuinte (e-fls. 469/471):

(...)

17. Cientificado de todos os autos em 20/12/2010, apresentou, por meio de procurador legalmente habilitado, instrumento de mandato à fl. 436, impugnação ao feito (fls. 420-435), onde alega em preliminar a nulidade do auto de infração por ausência de intimação, visto que o mesmo teria sido recepcionado por pessoa que não tem ligação com a empresa, já que aquela mantém vínculo com a **empresa Metais Longhi**; que à falta de exigência de citação pessoal, não implica desconsiderar, no mínimo, que o recebimento da notificação seja efetuado por prepostos autorizados; que a Sra Vanessa G. Saraiva não possui poderes para dar a impugnante como ciente da lavralura do auto de infração; que a intimação do auto de infração não pode ser presumida; que para fins de cumprimento da legislação tributária, cada pessoa com CNPJ autônomo, deve tomar ciência de suas supostas infrações de forma independente; que, em razão disto, restaria comprovada a **ausência de intimação válida**, pelo que o auto deve ser declarado nulo.

18. (...)

19. Relativamente à exigência afirma **que a fundamentação básica do lançamento está pautada no fato de o fisco entender que as três empresas constituem um mesmo grupo econômico**, o que não condiz com a realidade, já que se tratam de pessoas jurídicas distintas e autônomas, com personalidade jurídica própria, cumpridoras de suas obrigações fiscais, o que por si só gera a improcedência da autuação.

20. Sustenta que, como se não bastasse enquadrar as empresas no mesmo grupo econômico, **a autoridade fiscal achou por bem somar o faturamento de todas cias**, de forma a encontrar uma receita bruta que, em tese, ultrapassou o limite estabelecido para o Simples, **justificando a exclusão**, errônea, das pessoas jurídicas ao benefício, bem como o lançamento com as penalidades correspondentes. Argumenta não ter agido de má-fé em relação às operações realizadas de movimentação financeira entre as pessoas jurídicas, as quais, por diversas ocasiões, eram meras transações entre contas para cobrir eventuais contas negativas e não sofrer a incidência de juros bancários e que tais recursos eram oriundos de empréstimos junto a terceiros e de capital das próprias pessoas jurídicas.

21. *Rechaça o lançamento sobre a totalidade das movimentações bancárias ao argumento de que ali estariam inclusos empréstimos obtidos junto a terceiros, bem como aportes de capital realizados pelos sócios, como comprova nas planilhas anexas aos autos, que resta demonstrado que a autuação está em confronto com a legislação aplicável à espécie e com vícios em suas fundamentações, conforme restará explicado na seqüência.*

22. *Inicia atacando a alegação de que as empresas constituiriam um grupo econômico. Sobre o assunto, transcreve definição doutrinária do que seria um grupo econômico e contesta a afirmativa do autuante de que Marcelo Adriano Longhi exerce a função de administrador das três empresas, uma vez que ele possui 90% do capital da Melais Rainha e apenas 10% do capital social da Metais Longhi. Ainda neste tópico, mais uma vez argumenta no sentido de **que os valores referentes às transações financeiras de transferência de recursos entre as empresas não são receitas a serem tributadas e sim, empréstimos obtidos de entidades distintas, mesmo que de forma informal; sustenta que o auditor reconheceu tal operação para, equivocadamente, caracterizar o grupo econômico, porém, deixou de deduzir do valor (...) o montante de R\$ 2.520.000,00 correspondentes aos empréstimos realizados.***

23. *O segundo item abordado se refere à gestão e administração das pessoas jurídicas. Aqui, identifica cada um dos representantes legais das empresas e afirma que o fato de Marcelo Adriano Longhi, representante legal da empresa Metais Rainha ter assinado contratos de rescisão trabalhista e avisos de férias de funcionários da empresa Jair Longhi, “no máximo pode tornar o ato da relação jurídico-trabalhista nulo para fins trabalhistas, não tendo relevância suficiente para caracterizar grupo econômico para fins tributários” e que tal fato já está sendo retificado, para não gerar insegurança jurídica a seus funcionários.*

24. *Quanto à localização geográfica das empresas alega ser tal fato improcedente para determinar serem elas um grupo econômico, posto que cada qual possui endereçamento postal cadastrado, fato desconsiderado pela autoridade fiscal. Salienta para o fato de que os autos de infração foram direcionados aos endereços registrados junto aos Correios, o que por si só, desqualifica as alegações da autoridade fiscal. Insiste no fato de que, mesmo tendo endereços distintos, os representantes legais da empresa Metais Rainha e da Jair Longhi, não tomaram ciência regular da lavratura dos autos de infração, já que foram recepcionados pela funcionária da empresa Metais Longhi, o que os torna nulos conforme já destacado em preliminar. Assevera que as pessoas jurídicas possuem número de telefone distintos e funcionários e documentação fiscal independente.*

25. Sobre a centralização contábil, sustenta que tal argumento não constitui prova plausível para a caracterização de grupo econômico, posto que o profissional contábil, liberal que é, pode atender várias entidades distintas ao mesmo tempo e que, a contabilidade só pode ser considerada centralizada quando da apuração do balanço patrimonial e da demonstração do resultado do grupo, ou seja, apenas quando existem relações jurídicas entre matriz e filiais, coligadas, controladas e controladoras, cada uma com personalidade jurídica própria, onde para fins tributários, o fato gerador da obrigação principal é de responsabilidade do interessado direto.

26. Na mesma esteira, afirma que todas as razões expostas com relação à centralização contábil se aplicam à assistência jurídica, em face do livre arbítrio das pessoas jurídicas.

27. Quanto ao mérito do lançamento, qual seja a imputação de ter ocorrido omissão de rendimentos caracterizados por depósitos bancários, volta a afirmar que as empresas realizaram várias transferências financeiras, entre elas, com o objetivo de cobrir saldos negativos para fugir dos juros cobrados pelos bancos, o que não pode ser encarado como uma atitude dolosa ou se má-fé, já que as operações foram realizadas às claras. Reafirma a existência de empréstimos e defende que tais operações não servem para caracterizar a existência de um grupo econômico. Indica que junto a impugnação foram anexadas embalagens dos produtos oferecidos ao mercado pelas empresas Metais Rainha e Metais Longhi, cópias de notas fiscais que evidenciam a individualidade das empresas e, conclui afirmando que houve equívoco na fundamentação utilizada pela autoridade fiscal de que as pessoas jurídicas Metais Rainha, Metais Longhi e Jair Longhi formam um grupo empresarial, devendo ser decretada a nulidade da autuação, já que o mesmo carece de certeza e liquidez.

28. No item intitulado da exclusão ao Simples, a defesa transcreve trecho da manifestação de inconformidade já relatada no tópico pertinente, razão pela qual aqui, se faz apenas menção ao fato.

29. Ataca a multa que está sendo exigida, taxando-a de possuir caráter de confisco, transcreve doutrina e manifestações jurisprudenciais sobre o assunto e pede que as mesmas sejam adequadas ao ordenamento jurídico vigente.

30. Conclui, pedindo:

a) a nulidade da intimação posto não teria sido regularmente cientificado da infração, a fim de exercer seu direito ao contraditório e a ampla defesa, declarando, na sequência, a **nulidade do auto de infração**, ou;

b) caso a preliminar não seja acatada, que seja conhecida e provida a presente impugnação, independentemente de depósito recursal ou arrolamento de bens e direitos;

c) seja julgada procedente a impugnação e declarada a nulidade do auto de infração, posto haver sido lavrado com vícios em suas fundamentações e falta de ciência ao representante legal da pessoa jurídica;

d) seja declarada a nulidade do auto de infração, em razão dos equívocos no modo de apuração da base tributável;

e) seja declarado nulo o Alo Declaratório Executivo nº 100/2010, em razão da ausência de materialidade da suposta infração que excluiu a impugnante aos benefícios do Simples;

f) que sejam reduzidas as multas aplicadas a fim de adequá-las ao princípio constitucional do não confisco, previsto no inciso IV do artigo 150, da Constituição Federal.

(...)

A 2ª Turma da DRJ/Curitiba, enfrentando as questões suscitadas pela Contribuinte, manteve as imputações da fiscalização da RFB, conforme Acórdão de **07/04/2011** (e-fls. 463/465), cuja ementa transcrevo a seguir:

(...)

Assunto: Normais Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2005

PRELIMINAR DE NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade do procedimento fiscal, quando comprovado que não houve cerceamento do direito de defesa, e foram cumpridos os demais requisitos previstos no Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº 70.235, de 1972).

EXCLUSÃO DO SIMPLES. RITO PROCESSUAL.

A lei nº 9.317/96 estabelece que a exclusão de ofício do Simples Federal dar-se-á mediante ato declaratório, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo, não havendo previsão para emissão de qualquer termo prévio à expedição do ato declaratório.

SIMPLES FEDERAL. OMISSÃO DE RECEITAS.

Caracterizada a omissão de receitas, por meio do confronto entre a movimentação bancária ocorrida no período, os valores registrados na escrituração contábil da empresa e aqueles efetivamente oferecidos à tributação, impõe-se efetuar o lançamento para exigir os tributos decorrentes.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO. IRPJ, PIS, COFINS, CSLL e INSS.

Apurada omissão de receitas, alteram-se por mudança de faixa da receita acumulada, os percentuais utilizados para cálculo dos

tributos devidos pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples. Tal mudança de percentuais acarreta insuficiência de recolhimento, sendo devidas as diferenças lançadas.

ART. 179 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TRATAMENTO FAVORECIDO. LEI nº 9.317/1996.

O art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996, é norma infraconstitucional que vem ofertar, justamente, eficácia jurídica ao que consignado no art. 179, in fine, da Constituição, que é norma constitucional de eficácia limitada.

DA INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ.

Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. NÃO APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO.

Não tendo sido contestado o termo de sujeição passiva solidária, mesmo após intimação dos arrolados, declara-se definitivo o ato administrativo que imputou a responsabilidade pelo crédito tributário em discussão às outras empresas do grupo.

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

Ano-calendário: 2006

EXCLUSÃO AO SIMPLES POR EXCESSO DE RECEITAS.

Caracterizada a formação de um grupo econômico, impõe-se somar a receita bruta auferida por cada uma das empresas para efeitos de exclusão ao benefício.

VOTO VENCIDO. DECLARAÇÃO DE VOTO. EXCLUSÃO DO SIMPLES. EXCESSO DE RECEITAS. INCISO II, ART. 9º DA LEI 9.317/96. AFERIÇÃO DO LIMITE DE RECEITA BRUTA. EMPRESA ISOLADAMENTE CONSIDERADA.

Cancela-se o ADE, lavrado com base no inciso II art. 9º da Lei 9.317/96, quando o excesso de receita é aferido em relação à soma das receitas das empresas envolvidas, uma vez que tal dispositivo legal refere-se a um contribuinte, isoladamente considerado.

VOTO VENCIDO. DECLARAÇÃO DE VOTO. EXCLUSÃO DO SIMPLES. HIPÓTESE DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA (INCISO IX, ART. 9º DA LEI 9.317/96). ACUSAÇÃO DE EXCESSO DE RECEITAS (INCISO II, ART. 9º DA LEI

9.317/96). USO DE FUNDAMENTO DIVERSO PELA DRJ. INOVAÇÃO.

Se a DRF exclui o contribuinte do Simples, com fundamento no inciso II do art. 9º da Lei do Simples (excesso de receitas), julgado indevido pela DRJ, não pode esta manter o ADE, com fulcro no inciso IX do art. 9º da Lei do Simples (participação societária), eis que isso configuraria inovação no julgamento, o que é vedado, por falta de competência do órgão julgador em proferir ato de exclusão, atribuição esta que compete à DRF.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS.

Por expressa previsão legal caracterizam-se omissão de receita os valores creditados em contas de depósito mantidas juntos a instituições financeiras, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2005

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL INTIMAÇÃO. VIA POSTAL REPRESENTANTE LEGAL. VALIDADE. SÚMULA Nº 6.

É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.

LIMITE DA LIDE. ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS. O julgado limita-se à esfera de competência da autoridade julgadora administrativa, relativamente ao crédito tributário constituído de ofício, tempestivamente impugnado, não comportando análise de questões que tratam do Arrolamento de Bens e Direitos.

CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. Inexiste ofensa ao princípio da ampla defesa quando a contribuinte demonstra ter pleno conhecimento dos fatos imputados pela fiscalização, bem como da legislação tributária aplicável, exercendo seu direito de defesa de forma ampla na impugnação.

MULTA. LEGALIDADE. CARÁTER CONFISCATÓRIO NÃO VERIFICADO.

A multa é devida conforme determinação legal, de caráter irrelevável. A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

IRPJ. ARBITRAMENTO. PESSOA JURÍDICA EXCLUÍDA DO SIMPLES.

Acertado o arbitramento quando a escrituração da empresa se revela imprestável para determinar a efetiva movimentação financeira e/ou determinação do lucro real.

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

Tratando-se de exigência fundamentada em irregularidade apurada em ação fiscal realizada na esfera do Imposto de Renda Pessoa Jurídica Simples, o decidido quanto àquele lançamento é aplicável, no que couber, aos lançamentos decorrentes.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

(...)

Ciente desse *decisum* em 29/04/2011 por via postal –AR (e-fl. 497), a Contribuinte apresentou Recurso Voluntário em 27/05/20011 (e-fls. 498/514), cujas razões, em síntese, são as seguintes:

- Preliminar de nulidade do Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples:

- que o ADE está fundamentado em dispositivo legal inaplicável ao caso dos autos (Lei 9.317/96, art. 9º, II); que esse dispositivo é aplicável apenas à empresa, considerada individualmente, que extrapola o limite máximo de receita para permanecer no Simples Federal;

- que, entretanto, o fisco considerou a Recorrente (firma individual **JAIR LONGHI**) e as empresas **Metais Longhi Ltda** e **Metais Rainha Ltda** como sendo do mesmo Grupo Econômico, somando as receitas dessas três empresas, para efeito de exclusão da Recorrente do Simples Federal;

- que a decisão *a quo* manteve a exclusão do Simples por maioria de votos, pois, tendo divergido do Relator, o julgador Roberto Massao Chinen (voto vencido) apresentou declaração de voto e consignou que a exclusão, no caso, não merece prosperar, pelo fato do fundamento legal utilizado pela fiscalização (dispositivo legal aplicado) não tratar de grupo econômico; que, para somar as receitas das três empresas, o fisco deveria ter apurado os fatos e comprovado que o sócio da Recorrente (firma individual) participaria de mais de 10% (dez) por cento do capital social das demais empresas (Lei 9.317/96, art. 9º, IX); que não houve tal imputação;

- que, destarte, ainda que o fisco tivesse capitulado a exclusão do Simples no art. 9º, IX, da Lei nº 9.430/96, que não é o caso, ainda assim, a exclusão não teria melhor sorte, pois o fisco não apurou esse fato, não imputou esse fato, e não comprovou que o sócio da Recorrente tivesse participação de mais de 10% do capital de alguma dessas outras empresas a partir do ano-calendário 2005.

- **Da inexistência de grupo econômico:**

- que a fiscalização se utiliza de infundados argumentos fazendo crer que as empresas autuadas diluíram-se para fins de pulverizar suas receitas, quando, na verdade, tratam-se de empresas autônomas e independentes;

- **Da omissão de rendimentos – depósitos bancários bancários:**

- que as empresas realizavam várias transferências financeiras com um único objetivo, cobrir saldos negativos para fugir dos juros abusivos cobrados pelos bancos dos quais são correntistas;

- que tendo em vista que as operações financeiras se revelam simples empréstimos entre as empresas, visando a acobertar saldos negativos para fugir dos juros bancários extorsivos, não há que se falar em caracterização de grupo econômico por tal fim;

- que o fisco deixou de deduzir do valor tributável o montante de R\$ 2.520.000,00 correspondentes aos empréstimos realizados (contraídos).

- **Da multa de 75%:**

- que a multa imposta ao sujeito passivo, nesse patamar, é punitiva e confiscatória. Assim, requer redução desse percentual, observando-se os ditames do artigo 59 da Lei 8.383/91, ou seja, de 20% (vinte por cento).

Por fim, a Recorrente pediu:

a) que seja acolhida a **preliminar de nulidade do Ato Declaratório Executivo**, para cancelamento da exclusão da Recorrente do Simples, bem como de todos os lançamentos decorrentes, indevidamente exigidos por regime diverso do Simples;

b) que não sendo esse o entendimento, requer a desconsideração da acusação de formação de grupo econômico, bem como de **omissão de receitas tributáveis**, com o conseqüente cancelamento de todos os lançamentos daí decorrentes;

c) que, por fim, requer a exclusão da multa confiscatória de 75% (setenta e cinco por cento), ou redução do seu percentual para o patamar de 20% (vinte por cento).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator.

O Recurso Voluntário, por ser tempestivo e atender aos demais requisitos de admissibilidade, merece ser apreciado, conhecido. Logo, dele conheço.

I – EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL. QUALIFICAÇÃO FÁTICO-JURÍDICA ERRÔNEA. IMPROCEDÊNCIA DO ADE.

A contribuinte pediu, em sede de preliminar, a declaração de nulidade do ADE; porém, o referido ato administrativo tem descrição dos fatos e enquadramento legal. Apenas a falta ou insuficiência de descrição dos fatos e a falta de capitulação legal implicam falta de compreensão, entendimento, da imputação (cerceamento do direito de defesa), que não é o caso. Além disso, a recorrente apresentou alentada defesa, revelando conhecer plenamente a acusação fiscal.

Entendo, destarte, que não é caso de nulidade, mas sim de improcedência do ADE.

Consta dos autos que a recorrente foi excluída do Simples Federal (efeito jurídico: 01/01/2006 a 30/06/2007) pelo ADE nº 100, de de 1º/12/2010 (e-fl. 277), nos seguintes termos:

(...)

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM MARINGÁ-PR,(...), declara:

A empresa JAIR LONGHI, CNPJ nº 01.754.562/0001-93, EXCLUÍDA do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES por infração ao artigo 9º, inciso II, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, conforme Representação Fiscal nº 10950.006532/2010-55.

A exclusão surtirá efeito a partir de 01/01/2006, conforme inciso IV, artigo 15, da Lei nº 9.317/96.

(...)

Obs: A exclusão do Simples e Simples Nacional, assim como os Autos de infração relativos ao Simples Federal, Simples Nacional e Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Reflexos para as demais empresas do Grupo são objeto: (i) do Processo nº 10950.006531/2010-19 para a Metais Rainha Ltda; (ii) do Processo nº 10950.006533/2010-08 para a Metais Longhi Ltda, conforme Termo de Verificação Fiscal (e-fl.287).

A propósito da exclusão da Recorrente do Simples Federal, o art. 2º, II, da Lei 9.317/96, com redação da Lei nº 11.196/2005 (art. 33), e art. 9º, II, dispõem, *in verbis*:

Art. 2º. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I – (...)

II - empresa de pequeno porte a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

(...)

Art. 9º. Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

I – (...)

II – na condição de empresa de pequeno porte que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

(...)

Quanto aos fatos, consta do Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 285/295):

(...)

6 - DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

*A empresa JAIR LONGHI declarou-se como optante do SIMPLES de 02/10/2003 a 30/06/2007. E a METAIS RAINHA e METAIS LONGHI optaram pelo Simples até 30/06/2007 e ao Simples Nacional a partir de 01/07/2007. No entanto, a auditoria levada a cabo nas empresas JAIR LONGHI, METAIS LONGHI E METAIS RAINHA demonstra inequivocamente que **as três são integrantes de um grupo econômico**, conforme amplamente demonstrado no relatório de fls. 01/24. Restou evidenciado que a gestão do grupo é de responsabilidade dos Srs. JAIR LONGHI, MARCO FABIO TRIZ LONGHI e MARCELO ADRIANO LONGHI.. Portanto, o que se constatou é que, aproveitando-se da Lei nº 9.317/1996, que instituiu o SIMPLES e da Lei Complementar nº 123/2006 que criou o SIMPLES NACIONAL, a empresa JAIR LONGHI se desdobrou em outras duas empresas como estratégia para beneficiar-se irregularmente dos benefícios proporcionados por aqueles regimes diferenciados de tributação.*

*Comprovado que as três empresas são integrantes **de um grupo econômico**, tratamos de efetuar a somatória de seus faturamentos e a movimentação financeira das empresas junto ao sistema bancário demonstra que o faturamento nos anos calendários de 2005, 2006, 2007 e 2008 ultrapassou o limite de faturamento bruto estabelecido para as empresas de pequeno porte. Tal fato se verifica nos demonstrativos dos Valores creditados nas contas correntes e demonstrativo comparativo entre receitas declaradas e créditos bancários, as empresas extrapolaram os limites permitidos para permanência no*

SIMPLES e SIMPLES NACIONAL, o que configurou infração ao instituto do SIMPLES, com ofensa à Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, em seu artigo 9., inciso II, na redação dada pela Lei nº 13.307 de 19/05/2006; e infração ao SIMPLES NACIONAL, com ofensa à Lei Complementar nº 123, de 14 de Dezembro de 2006, em seus artigos 3.º e 16 e Artigo 12, inciso I da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007 c/c artigo 5., inciso XI, da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, conforme detalhado na presente Representação Fiscal, cujo relatório segue às fls. 1/3. Segue abaixo o faturamento do Grupo Econômico:

ANO-CALEN- DÁRIO	EMPRESA	FATURAMENTO DECLARADO	FATURAMENTO CONTABILIZADO	FATURAMENTO OMITIDO	TOTAL DE FATURA- MENTO
2005	RAINHA	217.833,03	332.417,65	741.688,81	959.519,84
2005	LONGHI	233.834,31	424.192,75	507.621,45	741.455,76
2005	JAIR	121.312,83	121.630,67	971.716,71	1.093.029,54
TOTAL		572.978,17	878.241,07	2.221.026,97	2.794.005,14
2006	RAINHA	357.328,49	955.828,80	1.614.314,00	1.971.642,49
2006	LONGHI	389.567,07	837.075,09	1.394.786,39	1.784.353,46
2006	JAIR	213.674,38	237.674,38	797.527,29	1.011.201,67
TOTAL		960.569,94	2.030.578,27	3.806.627,68	4.767.197,62
2007	RAINHA	505.336,61	1.018.648,80	2.769.281,71	3.274.618,32
2007	LONGHI	581.306,27	822.549,12	1.564.973,30	2.146.279,57
2007	JAIR	0,00	0,00	675.120,18	675.120,18
TOTAL		1.108.207,90	1.841.197,92	5.009.375,19	6.096.018,07
2008	RAINHA	860.882,21	860.660,67	4.471.072,47	5.331.954,68
2008	LONGHI	719.964,06	719.964,06	1.708.271,05	2.428.235,11
2008	JAIR	0,00	0,00	1.593.229,45	1.593.229,45
TOTAL		1.580.846,27	1.580.624,73	7.772.572,97	9.353.419,24

Em relação ao SIMPLES a Lei nº 9.317/1996, em seu artigo 9º, inciso II veda a opção a este regime daquelas empresas que ultrapassarem o limite de faturamento estabelecido em seu art. 2º, inciso II.

Nos anos de 2005, 2006 e 2007 o grupo econômico ultrapassou o faturamento limite conforme quadro acima.

Em relação ao SIMPLES NACIONAL, a Lei Complementar nº 123/2006, em seus artigos 3º e 16 e a Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007 em seu Artigo 12, inciso I, veda a opção ao SIMPLES NACIONAL das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00 (Dois milhões e quatrocentos mil reais).

(...)

Os fatos narrados pela fiscalização na Representação Fiscal (e-fls. 01/24) e no Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 285/295) apontam, indicam:

a) que a recorrente integra um grupo econômico (empresas administradas pelos mesmos membros da família);

b) que a origem do grupo econômico decorreu da seguinte forma: houve a pulverização, divisão, de uma empresa em várias, no âmbito da mesma família. **O procedimento consiste em dividir uma empresa em várias outras**, visando pulverizar as receitas e se aproveitar dos benefícios concedidos às empresas optantes do sistema de tributação do **SIMPLES**. Todas as três empresas têm por objeto social a fabricação, comércio atacadista e varejista e importação e exportação de metais sanitários.

Como visto, a recorrente, então, foi excluída do Simples Federal a partir de 01/01/2006, pelo fato do montante da receita bruta do grupo de empresas (somatório da receita bruta das três empresas que integram mesmo grupo econômico) ter suplantado o limite máximo de R\$ 2, 4 milhões, no ano-calendário 2005 para figurar no regime do Simples Federal.

Ora, a imputação do fisco não merece guarida.

Ainda que estivesse caracterizado o fato das empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico, não há previsão legal de exclusão de empresa do Simples, pelo fato de, simplesmente, ela pertencer a grupo econômico. Justificam, legalmente, a exclusão de empresa do Simples

- a) quando restar comprovado que seu titular ou sócio participa com mais de 10% do capital social de outra ou outras empresas; e/ou
- b) quando restar comprovada a ocorrência de cisão, divisão, desmembramento de pessoa jurídica para burlar o fisco (pulverização das receitas).

No caso, não restou comprovado nos autos que o seu titular ou sócio tivesse participação superior a 10% (dez por cento) de outra empresa ou outras empresas; ou que tivesse ocorrido divisão de empresa (cisão, desmembramento), para formação de várias outras empresas menores (não restou comprovada a divisão do capital social entre as empresas e a pulverização das receitas).

Não consta dos autos que o sócio da autuada fosse sócio, também, de alguma das outras empresas já nominadas nos autos, a partir do ano-calendário 2005. E, se fosse sócio, não restou comprovado nos autos qual seria o percentual de participação.

Se tivesse ocorrido participação do titular ou sócio da recorrente com mais de 10% do capital social de outra empresa ou outras empresas, ou se tivesse ocorrido, de fato, cisão, divisão, desmembramento de pessoa jurídica recorrente, não seria caso para imputação de somatório das receitas das empresas para efeito de desenquadramento da recorrente do Simples, mas sim de capitulação legal direta no art. 9º, IX e/ou XVII, da Lei nº 9.37/96, *in verbis*:

Art. 9º (...)

IX – cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art. 2º;

(...)

XVII – que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência desta Lei.

No caso, a fiscalização sequer imputou no ADE, nem comprovou que o sócio da recorrente tivesse participação de mais de 10 % (dez por cento) do capital social de alguma das outras empresas, para que pudesse justificar, legalmente, a exclusão da recorrente do Simples Federal (Lei nº 9.430/96, art. 9º, IX).

Como demonstrado, no caso o fisco não tem autorização legal (falta –lhe previsão legal) para exclusão da recorrente do Simples Federal com base em somatório de faturamento das empresas sob pretexto de que pertencem a mesmo grupo econômico.

A capitulação legal utilizada pelo fisco para exclusão da recorrente do Simples Federal não trata especificamente de grupo econômico, não se amolda a esse fato, pois refere-se à hipótese de superação do limite de receita bruta da pessoa jurídica para figurar no simples, quando considerada de *per si*, individualmente (art. 9º, II, da Lei nº 9.317/96).

Além disso, não é possível enquadrar a recorrente em algum dos incisos seguintes do art. 9º da Lei nº 9.317/96, como por exemplo, o inciso IX (sócio com participação superior a dez por cento do capital social de outra pessoa jurídica) ou inciso XVII (empresa resultante de cisão ou outra forma de desmembramento), pois tais fatos não restaram, de forma cabal, apurados e comprovados nos autos pela fiscalização, para justificar, legalmente, mudança na capitulação legal, nesta instância de julgamento.

Além disso, não houve expressa descaracterização, para efeito tributário, das empresas pretensamente pulverizadas a partir do capital social da recorrente (Código Civil, Lei 10.406/2002, art. 50 e CTN, art. 116, parágrafo único), para que se pudesse justificar legalmente o somatório das receitas brutas de todas as empresas na pessoa jurídica da recorrente, para efeito de exclusão da recorrente do Simples Federal.

O ato administrativo (ADE), no mérito, padece de erro insanável, por conter qualificação fático-jurídica errônea.

Por conseguinte, o ADE deve ser declarado improcedente, sem efeito, desde o seu início.

II - LANÇAMENTOS PREJUDICADOS:

Estão prejudicados, apenas, os autos de infração do IRPJ e reflexos (AC 2006 e 2007 – 1º Semestre), uma vez que os autos de infração foram lavrados, utilizando regime de tributação diverso do Simples Federal.

Vale dizer, julgado improcedente o ADE de exclusão do Simples Federal, como efeito reflexo, decorrência, ficam prejudicados os autos de infração do IRPJ e reflexos

(CSLL, PIS e Cofins) do ano-calendário AC 2006 e AC 2007 - 1º (primeiro) semestre, pois nesses períodos a recorrente detinha, validamente, o direito de apurar os tributos no âmbito da legislação do Simples Federal, e não pelo regime de tributação aplicado de ofício pelo fisco. Nesse período o fisco apurou, de ofício, PIS e Cofins pelo regime diverso do Simples Federal e ainda apurou o IRPJ e CSLL com base Lucro Arbitrado (regime diverso do Simples Federal).

III - OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS E DE ORIGEM NÃO COMPROVADA (AC 2005, AC 2007 - 2º semestre e AC 2008) – ART. 42 DA LEI 9.430/96.

Cópia dos extratos bancários, RMF e intimação para comprovação da origem dos depósitos a crédito em conta corrente bancária, quanto aos anos-calendário 2005 a 2008, constam dos autos (e-fls. 515/821 e 37/85).

Quanto ao acesso do fisco aos dados de movimentação financeira das contas correntes bancárias da contribuinte, trata-se de matéria não contestada, superada, não objeto de recurso (matéria preclusa).

Nesta instância recursal, a recorrente rebela contra o valor tributável da infração **omissão de receitas** (depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada) dos **AC 2005 (regime do Simples) e dos AC 2007- 2º semestre e 2008 (regime do lucro presumido)**, alegando que não haveria omissão de receitas, pois o fisco deixara de deduzir do valor tributável o montante de R\$ 2.520.000,00 correspondentes aos empréstimos realizados (contraídos).

A irrisignação da recorrente não tem respaldo fático-jurídico.

Os valores tributáveis da infração omissão de receitas do AC 2005 (PA novembro e dezembro), AC 2007 – 2º (segundo) semestre e AC 2008 estão transcritos, apresentados no relatório e são valores resmanescentes após os devidos expurgos efetuados pela fiscalização.

Vale dizer, todas as parcelas de empréstimos contraídos, que restaram comprovados por documentação hábil e idônea, já foram excluídas pela fiscalização da base tributável da infração omissão de receitas, conforme fartamente narrado no Termo de Verificação Fiscal, parte integrante do lançamento fiscal (e-fls. 285/295), *in verbis*:

(...)

3 - DAS VERIFICAÇÕES

Conforme item 2, o contribuinte foi intimado a apresentar a documentação e extratos bancários das contas movimentadas pela Empresa, bem como comprovar a origem dos valores creditados nas contas correntes bancárias.

O contribuinte apresentou a documentação e extratos solicitados onde após análise constatou-se que as movimentações financeiras eram muito superiores às receitas declaradas pela empresa.

Com base nos extratos bancários foram elaborados os demonstrativos denominados Demonstrativo dos Valores

Creditados nas Contas Correntes a Comprovar e enviados ao contribuinte acompanhados dos Termos de Intimação Fiscal nº 04 em 24/03/2010 para que o mesmo comprovasse os valores creditados em suas contas-correntes no **Banco do Brasil**.

Posteriormente, através do Termo de Intimação Fiscal nº 05, em 27/04/2010 foi enviado demonstrativo semelhante contendo os lançamentos de créditos efetuados em suas contas correntes na **Caixa Econômica Federal**. Após diversos pedidos de dilação de prazo, o contribuinte apresentou justificativas para alguns lançamentos de crédito efetuados em suas contas-correntes.

Excluimos os valores justificados e os créditos remanescentes foram objeto de novo demonstrativo enviado ao contribuinte em 23/07/2010 através do Termo de Intimação Fiscal nº 06. Após novo pedido de dilação de prazo, o contribuinte apresentou novos documentos que justificavam outros valores creditados em suas contas-correntes. Os valores remanescentes foram objeto da planilha de fls. 54/57 em que totalizamos todos os valores creditados nas contas-correntes da empresa e não justificados até a data de hoje. Às fls. 58/85 relacionamos por data os referidos créditos.

Os valores creditados em suas contas-correntes e não comprovados foram comparados com as Receitas Declaradas, onde ficou evidenciado que os valores declarados eram muitos inferiores aos valores movimentados nas instituições financeiras, conforme extratos bancários anexos (anexos I e II).

4 - DOS VALORES SUJEITOS A TRIBUTAÇÃO

O contribuinte foi intimado para justificar os valores creditados nas contas correntes pertencentes à empresa conforme itens acima. Todos os créditos justificados e que não se caracterizavam como faturamento foram devidamente excluídos. Os valores de créditos restantes e ainda não comprovados estão devidamente totalizados na planilha de fls. 54/57.

A diferença entre o valores declarados pela empresa para a Receita Federal e os valores relacionados nos demonstrativos já mencionados e não comprovados, fica sujeito à tributação.

(...)

Portanto, os valores sujeitos à tributação serão a diferença entre os valores apresentados em suas contas-correntes e não justificados e os valores declarados à Receita Federal. Sempre lembrando que foi dado vários meses de prazo para que a empresa justificasse os créditos apresentados em suas contas-correntes.

5- OMISSÃO DE RENDIMENTOS PROVENIENTES DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS

Os valores não comprovados pelo contribuinte que se encontram nos demonstrativos citados serão tributados como omissão de rendimentos provenientes de depósitos bancários.

(...)

Na primeira instância de julgamento, também consta da decisão **a quo** que, diversamente do alegado pela contribuinte, não há parcela alguma a ser excluída do valor tributável da infração omissão de receitas dos AC 2005, AC 2007-2º semestre e AC 2008, pois a fiscalização já excluiu todas as parcelas creditadas nas contas correntes bancárias da recorrente que ingressaram a título de transferência entre empresas do grupo econômico e/ou decorrentes de empréstimos contraídos.

Nesse sentido, transcrevo a fundamentação constante do voto condutor da decisão ora objurgada (e-fls. 472/491), *in verbis*:

Do lançamento

(...)

103. São improcedentes as alegações no que concerne a Jair Longhi EPP.

Por primeiro há que se consignar que a autoridade fiscal esclarece no Termo de Verificação Fiscal de fls. 285-299 que os créditos em conta corrente que puderam ser identificados como oriundos de transferências e de depósitos de uma empresa do grupo para outra foram devidamente excluídos da base de cálculo, bem como os créditos para os quais o procurador da empresa, em resposta ao Termo de Intimação apresentou documentos que comprovassem a origem dos valores. Assim, todos os créditos justificados e que não caracterizavam receitas foram devidamente excluídos. Desta forma, os valores sujeitos ao lançamento este resulta da diferença entre aquilo que foi informado como receita para o fisco Federal e os valores relacionados nos demonstrativos de fls. 54-57 e 58-85, para os quais não foi apresentada nenhuma comprovação.

104. Quanto à afirmativa (...) de que teriam sido tributados valores oriundos de empréstimos (...). No ano de 2005 a tribulação se deu, apenas por depósitos bancários havidos nos meses de novembro e dezembro e a base de cálculo tem origem na soma dos valores informados na planilha de fls. 54 que corresponde à soma dos valores de depósito não comprovados às fls. 61-63 (Caixa Econômica Federal) e 71-72 (Banco do Brasil), deduzido o faturamento que já havia sido declarado. E mais, na listagem de fls. 12, muito embora tenha sido elaborada por amostragem, no ano de 2005, não existe comprovação de que a empresa Jair Longhi tenha sido beneficiada com qualquer transferência das outras duas pessoas jurídicas.

Quanto aos empréstimos relacionados às fls. 16-18 ocorre a mesma situação, qual seja, a impugnante forneceu empréstimos às outras pessoas jurídicas e, pelo que consta deste auto, não foi beneficiária de nenhum valor.

105. A mesma situação se repele em relação ao lançamento referente aos anos -calendários de 2006, 2007 e 2008.

106. Assim, tendo o auto de infração sido lavrado com base em depósitos bancários não escriturados, cuja origem dos recursos não foi comprovada, não há que se falar em equívoco no enquadramento legal do lançamento ou em nulidade.

107. Perceba-se que o sujeito passivo foi intimado em 18/12/2009 (fl. 32), a apresentar os extratos bancários dos anos-calendário de 2005 a 2008. Em resposta, ele entregou, em parte os extratos bancários das contas correntes bem como, mais tarde, autorizou ao fisco solicitar os documentos faltantes. Como a análise dos extratos bancários das contas correntes demonstrou uma movimentação absolutamente incompatível com as receitas contabilizadas e declaradas, conforme discriminado analiticamente nas planilhas de fls. 266- 307 do volume 2, do Anexo 1, foi a interessada intimada, em 26/03/2010 (fl. 39) e 03/05/2010 (fl.42), por meio do Termo de Intimação Fiscal nº 01 e 05, respectivamente, a comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados.

108. Parte dos depósitos foram justificados e os valores discriminados nas planilhas de fls. 58-68 e 69-85, restaram sem confirmação. Por conseguinte, tendo a interessada deixado de comprovar satisfatoriamente na integralidade, a origem dos recursos utilizados nesses créditos bancários, conforme melhor se demonstrará o tópico subsequente, a fiscalização considerou materializada a presunção legal relativa de omissão de receita prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996: (...)

109. A autoridade lançadora promoveu o lançamento considerando como receita omitida a diferença entre os créditos bancários de origem não comprovada (Demonstrativo do Valores Creditados nas Contas Correntes sem Comprovação de Origem dos Recursos, às fls. 47-50). Observe-se que em relação aos vários bancos onde o contribuinte mantinha contas correntes, no ano -calendário de 2005, para um valor declarado de receita de R\$ 121.312,83, ocorreu omissão de R\$ 971.716,71 (fl. 19), qual seja, foi oferecido à tributação o equivalente a 11,9% da receita efetivamente auferida.

110. Reitere-se que a caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se dá pela mera constatação de um crédito bancário, considerada isoladamente, abstraída das circunstâncias fáticas. Pelo contrário, a caracterização está ligada à falta de esclarecimentos da origem dos numerários creditados e seu oferecimento à tributação, conforme dicção literal da lei. Existe, portanto, uma correlação lógica entre o fato conhecido - ser beneficiado com um crédito bancário sem origem comprovada ou não oferecido à tributação - e o fato desconhecido - auferir rendimentos. Essa correlação autoriza plenamente o estabelecimento da presunção legal de que o dinheiro surgido na conta bancária, sem qualquer justificativa, provém de rendimentos não declarados.

III. Dessa forma, restou caracterizada a presunção legal prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, de que os valores creditados advieram de receitas não oferecidas à tributação.

(...)

E, nesta instância recursal, a recorrente, novamente, não trouxe aos autos, não produziu outras provas para afastar a infração omissão de receitas.

Cabe ainda aduzir que, diversamente do entendimento da contribuinte por não ter comprovado a origem dos depósitos bancários a crédito em suas contas correntes bancárias, o fisco, por presunção legal, pode imputar e imputou a infração Omissão de Receitas Depósitos Bancários de Origem Não Comprovada (Lei nº 9.430/96, art. 42).

O ônus da prova de que não houve omissão de receitas é da recorrente sim, pois o art. 42 da Lei nº 9.430/96 encerra uma presunção legal relativa, que tem a função de inverter o ônus probatório.

No caso de presunção legal, o ônus probatório, por conseguinte, não é de quem acusa ou imputa a infração tributária, mais sim do acusado que deverá fazer prova de que não ocorreu a omissão de receitas.

Para fisco compete, apenas, comprovar a existência de depósitos bancários de origem não comprovada, com lastro em extratos bancários (prova indiciária) da presunção de omissão de receitas.

Vale dizer, o fisco pode presumir a omissão de receitas (com base em depósitos bancários de origem não comprovada), quando a contribuinte, regularmente intimada, não comprove através de documentos hábeis e idôneos a origem dos depósitos a crédito em suas contas bancárias, uma vez que não mais se aplica a Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Isso porque existem duas realidades distintas no que se refere ao uso da movimentação financeira bancária para a caracterização da omissão de receitas, sendo uma com base no art. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/1990 (revogado pela Lei n. 9.430/96), e a outra com base no art. 42 da Lei nº 9.430/1996, vejamos:

Lei nº 8.021/1990

"Art. 6º. O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza.

(...)

§ 5º O arbitramento poderá ainda ser efetuado com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações."[revogado]

Lei nº 9.430/1996

"Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de

investimento mantido junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Com base nos dispositivos acima transcritos, verifica-se que o que distingue uma realidade da outra é que a partir de 01/01/1997 — entrada em vigor da Lei nº 9.430/96, a existência de depósitos não escriturados ou de origem não comprovada tornou-se uma nova hipótese legal de presunção de omissão de receitas, que veio a se juntar às outras já existentes no ordenamento jurídico, sendo que, a partir daí, atenuou-se a carga probatória atribuída ao fisco, que precisa apenas demonstrar a existência de depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada, mediante extratos bancários, para satisfazer o *onus probandi* a seu cargo.

Antes, tal previsão legal para depósitos bancários inexistia e, com isso, o fisco necessitava, nos estritos termos do art. 6º, **caput**, e § 5º, da Lei nº 8.021/1990, não apenas constatar a existência dos depósitos bancários, mas estabelecer uma conexão, um nexo causal, entre tais depósitos e alguma exteriorização de riqueza, renda consumida e/ou operação concreta do sujeito passivo que pudesse dar ensejo à omissão de receitas.

O fato é que, após a edição da Lei nº 9.430/1996, a movimentação bancária mantida ao largo da escrituração contábil da empresa ou sem comprovação da origem, presume-se realizada com valores omitidos à tributação, salvo prova em contrário, não mais se aplicando, portanto, o entendimento exarado na Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Para fatos geradores a partir de 1º/01/1997, no tocante à omissão de rendimentos/receitas com base em depósitos bancários de origem não comprovada, tem vigência única e plenamente o art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

Esse diploma legal, como já dito alhures, encerra presunção legal que implica inversão do ônus da prova.

O ônus da prova de que não houve omissão de receitas/rendimentos é da contribuinte.

Não há que se falar em necessidade de sinais exteriores de riqueza ou prova do consumo da renda para tributar depósitos bancários de origem não comprovada pelo contribuinte, conforme matéria já sumulada por este Egrégio Conselho Administrativo, *in verbis*:

Súmula CARF nº 26:

A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

Como demonstrado, o depósito bancário de origem não comprovada é rendimento tributável pelo imposto de renda, por presunção legal.

Esse entendimento encontra-se, também, pacificado no âmbito deste Conselho de Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, cujos precedentes trascrevo algumas ementas:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ. Exercício: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS.

Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantidos junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.(Acórdão nº 108-09.836, sessão de 05 de fevereiro de 2009, Relatora Valéria Cabral Géo Verçosa).

ASSUNTO: IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA Ano-calendário:2002 a 2004. Ementa: IRPJ — DEPÓSITOS BANCÁRIOS — OMISSÃO DE RECEITAS PRESUNÇÃO LEGAL Caracterizam como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.(Acórdão nº 101-97.116, sessão de 05 de fevereiro de 2009, Relator Valmir Sandri).

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE — SIMPLES Exercício: 2003, 2004. Ementa: OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA—PROCEDÊNCIA.

Caracterizam omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

ÔNUS DA PROVA PRESUNÇÃO LEGAL. Em se tratando de presunção legal, cabe ao Fisco a prova do fato indiciário. Ao contribuinte incumbe provar que o fato indiciário não leva, em seu caso concreto, ao fato presumido por lei. Esse ônus não pode ser transferido pelo contribuinte à Administração Tributária.(Acórdão nº 105-17.369, sessão de 17 de dezembro de 2008, Relator Waldir Veiga Rocha).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF. Exercício. 2000, 2001, 2002. OMISSÃO DE RENDIMENTO. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ARTIGO 42 DA LEI Nº 9.430, DE 1996.

A presunção legal de omissão de receitas, prevista no art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

ÔNUS DA PROVA.

Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários. (Acórdão nº 102-49.393, sessão de 06 de novembro de 2008. Relatora Núbia Matos Moura).

Assunto: SIMPLES NACIONAL. EXERCÍCIO: 2004, 2005
Ementa: PRESUNÇÃO LEGAL. OMISSÃO DE RECEITAS
DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO DE
ORIGEM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ARTIGO 42,
DA LEI Nº. 9.430, DE 1996.

Caracteriza omissão de rendimentos a existência de valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS DO ÔNUS DA PROVA. As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei. (Acórdão nº 195-00.088, sessão 09 de dezembro de 2008, Relator Benedicto Celso Benicio Junior).

OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS:

Caracteriza-se como omissão de receita os depósitos bancários feitos em nome de interposta pessoa quando as pessoas envolvidas devidamente intimadas não comprovem a origem em renda ou receita. A proporcionalização de acordo com a receita declarada de cada pessoa jurídica que movimentou recursos nas contas não macula o lançamento, pois demonstra a aplicação da prudência da lógica e coerência por parte da fiscalização. (AC. CSRF nº 0105.643, sessão de 27 de março de 2007, Redator designado José Cóvis Alves).

Por fim, apenas a título de argumentação, não há conflito entre o art. 42 da Lei nº 9.430/96, que presume como rendimento omitido os valores creditados em conta de depósitos para os quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprova sua origem, e os arts. 43 e 44 do Código Tributário Nacional que definem o fato gerador do imposto de renda – IR e o conceito de renda e a Constituição Federal.

Ainda, apenas para argumentar, eventual antinomia entre as normas citadas somente poderia ser resolvido no âmbito de declaração de inconstitucionalidade das normas

pelo Poder Judiciário, falecendo competência ao CARF para tanto, conforme matéria já sumulada:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Na fase de fiscalização, como já demonstrado, a contribuinte, embora intimada diversas vezes a comprovar a origem dos depósitos bancários, não se des incumbiu desse ônus probatório para elidir a omissão de receitas.

Já na fase processual, tanto na primeira instância de julgamento, quanto nesta fase recursal, o sujeito passivo, também, não produziu provas para lastrear suas alegações.

Portanto, deve ser mantida a infração imputada “OMISSÃO DE RECEITAS–DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA quanto aos AC 2005, 2007-2º semestre e AC 2008.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA: AC 2007-2º (segundo) semestre e AC 2008.

A decisão prolatada no lançamento matriz (IRPJ) é aplicável, no que couber, aos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Vale dizer, os lançamentos decorrentes seguem a sorte do lançamento matriz (principal), inexistindo razão fática ou jurídica para decidir diversamente.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTOS DO SIMPLES FEDERAL. ANO-CALENDÁRIO 2005.

Ainda em relação ao lançamento pelo Simples Federal, ano-calendário 2005, importa salientar que em razão da mudança de faixas de receita bruta acumulada provocadas pela infração omissão de receitas (depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada), os valores declarados pelo contribuinte na declaração do Simples Federal sofreram mudanças de alíquotas, gerando insuficiência de recolhimento, sendo portanto exigidas de ofício.

Apesar de não constar na peça recursal argumento expresso contra essa infração imputada, é de se considerá-la implicitamente recorrida, uma vez que a exigência é consequência reflexa da infração omissão de receitas – depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada, a qual restou mantida.

Vale dizer, como a omissão de receitas restou mantida (infração principal), também deve ser mantida a infração insuficiência de recolhimentos (infração reflexa), por inexistir razão fática e jurídica para decidir diversamente.

IV - MULTA DE OFÍCIO DE 75%. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A Contribuinte entende que a multa de ofício aplicada de 75%, por meio do auto de infração, seria confiscatória, afrontando o disposto no artigo 150, IV, da Constituição Federal; pediu a redução da multa para o patamar de 20%.

A multa de ofício aplicada, em concreto, está cominada, prevista abstratamente no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996.

Não há previsão legal de redução da multa de ofício para o patamar de 20%.

Cabe esclarecer que a multa de 20% (multa de mora) é aplicável apenas para pagamento espontâneo (antes da ciência do início de procedimento de ofício contra o contribuinte) em relação a débito vencido (que deixou de ser pago na data de vencimento). Não é o caso.

Já a multa de ofício, cominada pela Lei no patamar de 75% a 225% é aplicável em procedimento de fiscalização externa (atividade repressiva do fisco).

No caso, foi aplicada a multa de ofício mínima de 75% em atividade de fiscalização externa (atividade repressiva) que culminou na imposição de auto de infração.

Neste caso, a partir da ciência do início do procedimento de fiscalização, o contribuinte perde a espontaneidade, para efeito de exclusão da responsabilidade por infração tributária em relação aos fatos geradores ocorridos de períodos de apuração anteriores à ciência do início do procedimento de fiscalização..

A contribuinte invoca o princípio do não-confisco, insculpido no artigo 150, IV, da Constituição Federal, quanto ao percentual da multa aplicada.

O princípio do não – confisco aplica-se para tributos, e não para penalidade pecuniária aplicada via auto de infração.

O princípio do não-confisco é dirigido, direcionado para o legislador infraconstitucional para ser observado, respeitado durante o processo legislativo, de elaboração e aprovação de lei infraconstitucional pelas casas legislativas e não para o julgador de órgão administrativo.

Além disso, não se aplica o princípio da capacidade contributiva para efeito de cominação ou graduação da multa pecuniária por infração tributária; ela é fixada, em abstrato, em patamares altos justamente para causar temor, medo, receio nos contribuintes, para evitar a prática de infração administrativo - tributária, inibir ou afastá-los da prática de conduta lesiva, infracional, contra o fisco.

Logo, a multa pecuniária por infração administrativo-tributária não é desproporcional; está prevista abstratamente na lei, e incide nela, em concreto, apenas quem praticar infração administrativo-tributária. Incide nela apenas quem praticar conduta contra o fisco com dolo ou sem dolo.

O direito tributário penal tem caráter subsidiário. Só se aplica em último caso, isto é, só se recorre a ele quando as normas de direito tributário não sejam suficientes para proteger o bem jurídico, o erário.

Então, quando os contribuintes forem flagrados pelo fisco pela prática de conduta lesiva contra o fisco (infração tributária), o rigor da lei, a aplicação da pena em concreto.

No processo administrativo tributário não há controle de legalidade da lei, mas controle de legalidade do ato administrativo de lançamento, se foi produzido com observação da legislação vigente.

O julgador administrativo está vinculado à lei, não podendo negar vigência, afastar ou deixar de aplicá-la se vigente, sob pena de responsabilidade funcional (CNT, parágrafo único do art. 142). A lei vigente tem presunção de legitimidade e constitucionalidade.

O órgão administrativo não tem competência para conhecer de arguição de inconstitucionalidade da lei, conforme Súmula CARF nº 02, já transcrita alhures.

Portanto, deixo de conhecer, no mérito, da arguição de inconstitucionalidade do dispositivo legal que cominou, em abstrato, a multa de 75% por infração à lei tributária..

A multa aplicada de 75% deve ser mantida, pois aplicada conforme determina a legislação de regência.

V – SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA – RESPONSABILIDADE PELOS TRIBUTOS LANÇADOS:

Anexo aos autos de infração, objeto deste processo, consta Termo de Sujeição Passiva Solidária das seguintes pessoas jurídicas (e-fls.409/412)

- METAIS RAINHA LTDA, CNPJ/MF: 05.904.633/0001-48;
- METAIS LONGHI LTDA, CNPJ/MF: 05.929.886/0001-76.

Quanto à justificativa dessa sujeição passiva solidária, consta do Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 293/):

10 - DA RESPONSABILIDADE DOS TRIBUTOS DEVIDOS

A apuração dos créditos por solidariedade, por se tratar de Grupo Econômico, obedece ao disposto no CTN, Lei nº 5.172/66, art. 124, I e II.

(...)

As pessoas jurídicas foram intimadas, notificadas, da imputação de solidariedade passiva de que trata o Termo de Sujeição Passiva Solidária em 20/12/2010, por via postal – AR (e-fls. 413/419).

Entretanto, essa matéria da sujeição passiva solidária restou não impugnada na primeira instância de julgamento, pois as pessoas jurídicas solidárias imputadas não apresentaram impugnação. Nessa parte, transcrevo a fundamentação do voto condutor do acórdão recorrido (e-fl.491):

Sujeição passiva solidária.

127. Quanto ao tema, observa-se que foi lavrado “Termo de Sujeição Passiva Solidária” em nome das empresas Metais Rainha Ltda e Metais Longhi Ltda (fls. 409- 412).

128. Intimadas do presente Auto de Infração em 20/12/2010 (fls. 4 B e 415, respectivamente), não apresentaram impugnação, razão pela qual não há litígio a ser examinado quanto a esta atribuição de responsabilidade solidária, permanecendo válidos os atos administrativos acima referidos.

Trata-se de matéria preclusa.

Nesta instância recursal, também os responsáveis solidários não se manifestaram nos autos.

Por tudo que foi exposto, voto para DAR provimento PARCIAL ao recurso, ou seja:

- pela improcedência do ADE de exclusão do Simples Federal;
- exoneração do crédito tributário do ano-calendário 2006 e do 1º (primeiro) semestre do ano-calendário 2007 (lançamento prejudicado em face da improcedência da exclusão do Simples Federal);
- manutenção dos autos de infração do IRPJ – Simples e reflexos do ano-calendário 2005 (regime do Simples Federal) e dos autos de infração do IRPJ e reflexos do AC 2007 – 2º (segundo semestre) e AC 2008.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel