



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

**Processo nº** 10950.006533/2010-08  
**Recurso nº** 913.501 Voluntário  
**Acórdão nº** **1802-01.336 – 2ª Turma Especial**  
**Sessão de** 8 de agosto de 2012  
**Matéria** Exclusão do Simples  
**Recorrente** METAIS LONGHI LTDA.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

EXCLUSÃO DO SIMPLES E DO SIMPLES NACIONAL. DESCARACTERIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA INDIVIDUALMENTE CONSIDERADA PARA FINS DE COMPOSIÇÃO DE FATURAMENTO. NULIDADE DA FORMAÇÃO INDIVIDUAL. INSTRUMENTO PRÓPRIO. NULIDADE DO PROCEDIMENTO NÃO CARACTERIZADA.

O art. 166 do Código Civil diz ser nulo o negócio jurídico estabelecido com o objetivo de fraudar a lei. *In casu*, a formação das sociedades individualmente consideradas teve o claro objetivo de permitir à elas se beneficiarem do programa simplificado de pagamento de impostos e contribuições. Assim, correta é a descaracterização da pessoa jurídica individualmente considerada e para constatação da infração à lei, a soma do faturamento de cada uma, atestando ter havido faturamento anual superior ao permitido pela Lei tributária. Neste caso, observado o disposto na Lei tributária, procede-se à expedição de Ato Declaratório Executivo. Assim, não resta caracterizada a nulidade suscitada.

**DA ENTIDADE ÚNICA.**

Verificado-se haver, uma mesma administração, uma confusão patrimonial entre os prédios que não possuem identificação precípua e individual de cada empresa, operações bancárias de empréstimos e depósitos entre elas, sem a correta definição e retorno de numerário, quadro de pessoal sem distinção entre as diversas pessoas jurídicas, uma única entrada de acesso, um mesmo bloco de empresas, fica caracterizada a formação de uma única entidade para fins fiscais. Não restou demonstrado pelo contribuinte nenhuma prova convincente em sentido contrário ao que colacionado pela fiscalização nos autos do processo.

**OMISSÃO DE RECEITAS**

Não restou comprovado pelo contribuinte suas alegações, em contestação ao apresentado pela fiscalização, de forma que a não explicação de cada levante de numerário procedida pela fiscalização, tem validade, diante de provas e explicações não apresentadas.

#### DA MULTA DE OFÍCIO

A Lei nº 9.430/96, estabelece em seu artigo 44, I, que na aferição de infração à legislação tributária, aplicar-se-á multa de 75%. Tal medida é atividade vinculada e obrigatória, não podendo a autoridade desvencilhar-se sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do art. 142 do CTN. Ademais, a multa não possui caráter confiscatório, sendo esta característica pertencente somente aos tributos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em REJEITAR as preliminares suscitadas, e no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, nos termos do voto do Relator.

*(documento assinado digitalmente)*

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

*(documento assinado digitalmente)*

Marciel Eder Costa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (presidente da turma), Marciel Eder Costa, Marco Antonio Nunes Castilho, Nelso Kichel, Jose de Oliveira Ferraz Correa e Gustavo Junqueira Carneiro Leao.

## Relatório

Tratam os presentes autos, de exclusão do SIMPLES de várias empresas, por supostamente integrarem uma única entidade, aproveitando-se assim dos benefícios do SIMPLES impropriamente.

Pela clareza na descrição fática e a complexidade do caso, colaciono a seguir o relatório proferido conforme o Acórdão nº 06-31.108 da 2ª Turma da DRJ/CTA constante às fls. 471/473, que de forma sintética, mas completa, dispõe sobre a integralidade dos procedimentos até aqueles termos:

*O presente processo trata dos seguintes atos a serem analisados:*

*a) manifestação de inconformidade ao conteúdo do Ato Declaratório Executivo nº 102 (11.270), de 01/12/2010, que determinou a exclusão da contribuinte ao Simples Federal, desde 01/01/2006; b) a manifestação de inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo nº 101, de 01/12/2010, que excluiu a contribuinte do Simples Nacional, desde 01/07/2007; c) a impugnação aos autos de infração lavrados na sistemática do Simples, relativos aos fatos geradores ocorridos no ano calendário de 2005 e; a impugnação aos autos de infração lavrados pela sistemática do Lucro Arbitrado, para os fatos geradores ocorridos entre 01/2006 e 06/2007 e, pelo Lucro Presumido para os fatos geradores ocorridos entre 07/2007 e 12/2008.*

*2. As folhas 396-399 Termo de Sujeição Passiva Solidária emitido contra Metais Rainha Ltda, CNPJ 05.904.633/0001-48 e Jair Longhi EPP, CNPJ 01.754.562/0001-93, ao argumento de que as três empresas constituem um grupo econômico, que ocupam o mesmo espaço físico, que teriam sido constituídas separadamente apenas para pulverizar a receita e assim usufruir a benesse fiscal, cujo objeto social é a fabricação, comércio atacadista e varejista, importação e exportação de metais sanitários, e cuja gestão está sob a responsabilidade dos senhores Jair Longhi, Marcelo Adriano Longhi e Marco Fábio Triz Longhi.*

***Do Ato Declaratório Executivo nº 102, de 01/12/2010***

***Do Ato Declaratório Executivo nº 101, de 01/12/2010***

*3. O ADE nº 102, de 01/12/2010 foi expedido em face da Representação Fiscal de fls. 01-24, onde restou comprovado que a soma da receita bruta auferida pelo grupo em análise, foi superior àquele permitido pela legislação de regência do Simples Federal. A fundamentação para a emissão do ato foi afronta ao disposto no artigo 2º, inciso II e artigo 9º, inciso II, da Lei nº 9.317, de 1996, com efeitos a partir de 01/01/2006.*

*4. Já o ADE nº 101 de 01/12/2010, foi emitido em face da mesma Representação Fiscal de fls 01-24, sob o mesmo argumento que o ato anteriormente mencionado, tendo como fundamento legal*

*infração ao inciso II do artigo 3º, da Lei Complementar nº 123, de 2006, combinado com o artigo 12, inciso II da Resolução CGSN nº 4, de 30/05/2007 e artigo 5º, inciso IX e 6º, inciso VII ambos da Resolução nº 15 de 23/07/2007*

*5. Cientificada, a interessada apresentou manifestação de inconformidade, fls. 430-434, onde afirma que foi excluída do Simples, por suposta afronta ao disposto no inciso II do artigo 9º da Lei nº 9.317 de 1996 sem que tal infração tenha restado materializada e comprovada nos autos; que os atos administrativos ferem princípios constitucionais consagrados como o tratamento favorecido previsto no inciso IX do artigo 170 e o artigo 179 da Carta Magna; que a exclusão é arbitrária, devendo ser reformada.*

*6. Prossegue afirmando que o legislador quis proteger as pequenas empresas para que pudessem se desenvolver e competir com igualdade de condições, estabelecendo para tanto uma série de vantagens, a fim de que estas empresas possam se manter em funcionamento. Sustenta que no caso em análise a Receita Federal excluiu a contribuinte do Simples, sem respeitar a legislação pertinente à matéria, bem como contrariando princípios constitucionais basilares; que a autoridade fiscal lavrou o auto de infração decorrente da ação fiscal juntamente com o ato de exclusão, sem observar o disposto no artigo 15, inciso IV e § 3º da Lei nº 9.317 de 1996, que assegura o contraditório e a ampla defesa; que o processo administrativo é regido pela Lei nº 9.784, de 1999 que, em seu art. 2º estabelece que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

*7. Entende que não foi observado o disposto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal e que, diante disso, sua exclusão ao Simples só é cabível quando há infração materializada à legislação tributária e que a simples lavratura do auto de infração não caracteriza infração materializada com liquidez e certeza do crédito tributário a favor do erário. Assim, quer que o processo administrativo tributário que suspende o crédito tributário deverá, também, anular os ADE nº 104/2010 e nº 103/2010, uma vez que não restou materializada a infração objeto da exclusão, respeitado o princípio do contraditório e a ampla defesa. Pede a nulidade da decisão prolatada em relação aos ADE, até o término do processo administrativo que originou a suposta infração, dando-lhe oportunidade de comprovar sua regularidade fiscal para continuar apta ao regime simplificado.*

***Do auto de infração do Simples Federal - ano calendário 2005***

*8. Em decorrência de ação fiscal levada a efeito foi lavrado o auto de infração de fls. 290-324, para exigir o crédito tributário de R\$ 132,47 de IRPJ-Simples (fl.294), R\$ 132,47 de PIS-Simples (fl.299), R\$ 1.018,99 de CSLL-Simples (fl.304), R\$ 2.038,00 de COFINS-Simples (fl.309), R\$ 509,50 de IPI-Simples (fl.314); R\$ 2.180,65 de INSS-Simples (fl.319).*

9. O enquadramento legal das exigências ficou assim estabelecido:

a) para o IRPJ, art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995, art. 2º incisos I e II, § 2º, 3º, § 1º alínea "a". 5º. 7º, § 1º, 18 da Lei nº 9.317, de 1996, art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998, e art. 186, 188 e 199 do RIR/99, aprovado pelo Decreto nº 3.000 de 1999;

b) para o PIS, o art. 3º. "b" da Lei Complementar nº 07, de 07 de julho de 1970, combinado com o art. 1º, parágrafo único da Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 1973, art. 2º, inciso I, art. 3º e 9º da Medida Provisória nº 1.249, de 1995 e suas reedições, o § 2º do art. 2º, alínea "b" do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º e art. 18 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998;

c) para a Contribuição Social, o art. 1º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988; o § 2º do art. 2º, alínea "c." do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º e art. 18 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998;

d) para a Cofins, o art. 1º e 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991; art. 5º, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998;

e) Para o IPI, artigos 2º, § 2º, 3º, § 1º alínea "c". 5º § 2º. 7º. § 1º, e 18 da Lei nº 9.317, de 1996. artigo 3º da Lei nº 9.732, de 1998 e artigos 2º, 3º, 34, 35, 122 e 127 do RIPI de 2002 e;

f) para a Contribuição ao INSS, o § 2º do art. 2º alínea "I" do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, e art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998.

10. A multa de ofício foi calculada à razão de 75% e está amparada no art. 44, inciso I, ambos da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 combinado com o art. 19 da Lei nº 9.317, de 1996.

11. A infração imputada a contribuinte foi. depósitos bancários não escriturados.

**Dos autos de infração pelo Lucro Arbitrado - fatos geradores ocorridos entre 01/2006 e 12/2008 - IRPJ e CSLL**

12. Em face da exclusão da contribuinte ao Simples, na seqüência foram lavrados os autos de infração relativos aos fatos geradores ocorridos nos anos calendário de 2006, 2007 e 2008, fls. 325-393, onde se exige o crédito tributário de R\$ 93.026,85 de IRPJ (fl.333) e, R\$ 65.673,76 de CSLL (fl.349).

13. O suporte legal para a exigência dos tributos obedece ao seguinte:

a) IRPJ - artigos 27, inciso I e 42 da Lei nº 9.430, de 1996 e artigos 530, inciso II, 532 e 537 do RIR/99;

b) CSLL - artigo 2º e da Lei nº 7.689, de 1988, art. 20 da Lei nº 9.249, de 1995, art. 29 da Lei nº 9.430 de 1996 e artigo 37 da Lei nº 10.637, de 30/12/2002.

14. Aqui, estão sendo imputadas as seguintes infrações: depósitos bancários de origem não comprovada e, omissão de receitas.

**Do auto de infração para a exigência da Cofins e do PIS – anos calendário 2006, 2007 e 2008**

15. As fls. 360, o auto de infração para exigir a Cofins relativa aos anos calendário de 2006, 2007 e 2008, no importe de R\$ 182.237,53 (fl.370), ao amparo do disposto nos artigos 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524, de 17/12/2002.

16. Por fim, às fls.377-393, o auto de infração do PIS, onde se exige R\$ 40.881,85 (fl.387), tendo como base legal os artigos 1º e 3º da Lei Complementar nº 7 de 07/09/1970 e artigos 2º, inciso I alínea "a" e parágrafo único 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524, de 17/12/2002.

17. Nos dois casos a infração apontada é a falta ou insuficiência de recolhimento das contribuições.

18. Cientificado de todos os autos em 20/12/2010, apresentou, por meio de procurador legalmente habilitado, instrumento de mandato à fl. 424, impugnação ao feito (fls.40-423), 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 esta 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 lavratura 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.

19. Prossegue desenvolvendo todo um arrazoadado acerca do depósito recursal e arrolamento de bens para requerer que a presente impugnação e demais recursos que por ventura vierem a ser necessários, deveram ser recepcionados, sem a realização do depósito recursal prévio, tendo em vista os atuais entendimentos da Suprema Corte e da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

20. 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.



21. Sustenta que, como se não bastasse enquadrar as empresas no mesmo grupo econômico, a autoridade fiscal achou por bem somar o faturamento de todas elas, de forma a encontrar um 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.

22. 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.

23. 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 Metais 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 do crédito tributário o montante de R\$ 2.520.000,00 correspondentes aos empréstimos realizados.

24. 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 de a empresa Metais Rainha ter assinado contratos de rescisão trabalhista e avisos de férias de funcionários da empresa Jair Longui, "o 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.

25. 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.*

*26. 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.*

*27. 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.*

*28. 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 de 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.*

*29. 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.*

*30. 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.*

*31. 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 seqüência, 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) sejam declarados nulos os Atos Declaratório Executivo nº 104 e 103, ambos de 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.*

*32. Instruem a defesa, a procuração de fls. 424 e cópia da Alteração e Consolidação do Contrato Social da Metais Longhi Ltda, registrado em 17/09/2010.*

Naquela oportunidade, diante dos diversos assuntos suscitados, entendeu a DRJ pela improcedência total da impugnação, conforme seguinte Ementa às fls. 469/471:

*ASSUNTO: NORMAS 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. EXCLUSÃO. EFEITO SUSPENSIVO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. NECESSIDADE DE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. DESCABIMENTO. ART.*

*151, III DO CTN. APLICABILIDADE LIMITADA À EXIGÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.*

*No âmbito do processo administrativo, o efeito suspensivo não se presume, isto é, deve estar expresso em lei. o que impede à DRJ receber a manifestação de inconformidade contra ato de exclusão do Simples no efeito suspensivo, descabendo recorrer ao art. 151, III do CTN, que cuida tão somente de suspensão da exigibilidade de crédito tributário.*

*ART. 179 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TRATAMENTO FAVORECIDO. LEI nº 9.317/96.*

*O art. 9º, inciso X, III, 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: 2005*

*EXCLUSÃO AO SIMPLES. 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.*

*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.*

*ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL*

*Data do fato gerador: 01/07/2007*

*LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À EXCLUSÃO DO SIMPLES.*

*Para os fatos ocorridos a partir de 01/07/2007, aplica-se à exclusão do Simples Nacional os dispositivos da Lei Complementar nº 123, de 2006, que instituiu as normas gerais da sistemática e revogou a Lei nº 9.317, de 1996.*

*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. 9 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. '*

*EXCLUSÃO AO SIMPLES. 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.*

*ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL*

*Ano-calendário: 2005*

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

*E 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 de ofício 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*

Inconformada, apresentou Recurso Voluntário às fls. 494/510, requerendo o acolhimento da preliminar de nulidade do ADE nº 100, cancelando-se a exclusão do SIMPLES da Recorrente, ou quando menos, o afastamento da “acusação” de formação de entidade única, assim como a exclusão da multa de 75%.

É o relato do essencial.

## **Voto**

Conselheiro Marciel Eder Costa

O recurso é tempestivo e preenche aos requisitos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

Verifico que, a Recorrente discorre acerca do Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 100 e, preliminarmente, pede pela nulidade do referido ato.

Ora, o presente processo discorre sobre os Atos Declaratórios Executivos emitidos em face de Metais Longhi Ltda, quais sejam, o ADE nº 101 e o ADE nº 102.

Portanto, não tomo conhecimento da preliminar suscitada nesta sede recursal.

### **DA NULIDADE**

Considerando que a intenção de suscitar preliminarmente o ADE nº 100 referia-se aos ADE nº 101 e 102 ora em análise e, no intuito de não restar dúvida acerca da análise de toda a linha de defesa suscitada, de forma a contemplar o princípio da verdade real e em atenção aos princípios da ampla defesa e do contraditório, verifico e atesto que, tais Atos Declaratórios constantes do presente processo, não estão locupletados pela nulidade suscitada, senão vejamos.

A Recorrente alega que os ADE tiveram motivação equivocada em sua expedição, visto que a fundamentação do inciso II, do art. 9º, da Lei nº 9.317/96 – que limita para a sociedade optante pelo SIMPLES a receita bruta anual – não ficou demonstrada para a pessoa jurídica individualmente considerada, merecendo portanto, a nulidade.

Ocorre que esta não é a interpretação deste julgador.

O procedimento de representação fiscal que culminou na expedição dos referidos Atos Declaratórios Executivos, teve como motivação a fraude à legislação tributária. Por isso, seu fundo está no Código Civil, em seu art. 166:

*Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:*

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

Autenticado digitalmente em 22/08/2012 por MARCIEL EDER COSTA, Assinado digitalmente em 22/08/2012 p

or MARCIEL EDER COSTA, Assinado digitalmente em 24/08/2012 por ESTER MARQUES LINS DE SOUSA

Impresso em 28/08/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA



[...]

*VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;*

[...]

Ora, se a criação das três sociedades empresárias tiveram por objeto o intuito de “fraudar a lei” tributária, no sentido de permitir a todas se beneficiarem do programa simplificado de pagamento de impostos e contribuições, é “nula” sua formação individual e seus efeitos.

Desta forma, sendo nula a individualização da personalidade jurídica individualmente considerada, está correta a interpretação da autoridade fiscal, ao descaracterizar a individualização e, diante da caracterização de uma única entidade, somar o faturamento de todas e aplicar-lhe a mesma tributação, que somada, verifica-se ter ultrapassado os limites legalmente estabelecidos para opção pelo SIMPLES nos anos-calendários em epígrafe.

Portanto, está correto o entendimento da DRJ/CTA, que apurando através de verificação fiscal referida fraude e comprovando a existência de fato de uma única entidade que se beneficia individualmente do regime simplificado, aprova a expedição de Ato Declaratório Executivo tendente a oficializar a exclusão ora reclamada, realizada através da descaracterização da pessoa jurídica individualmente considerada, a constatação de que superara o limite máximo de faturamento permitida para essa modalidade de tributação.

É de se ressaltar neste caso, que a nulidade das entidades individualmente consideradas, não torna nulo todo o negócio jurídico, continuando válido aquilo que se tentou dissimular, a saber, o benefício na tributação, como continua o Código Civil:

*Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.*

*§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:*

*I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;*

[...]

Repise-se que a própria Lei estabelece que o procedimento tendente a excluir as sociedades do SIMPLES, se dará através de Ato Declaratório:

*Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeitos:*

[...]

*§3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.*

Portanto, o Ato expedido e a fundamentação utilizada está de acordo com o entendimento legal, pela interpretação da legislação tributária, tendo assim validade em todos os seus termos, conforme discorrer-se-á a seguir na análise das demais questões de mérito.

#### DA ENTIDADE INDIVIDUALMENTE CONSIDERADA

Inicialmente neste tópico, imperioso ressaltar que é equivocada a expressão “formação de grupo econômico” nos autos desse processo, utilizados por vezes pela fiscalização e por vezes pelo contribuinte, em matéria recursal.

Ora, no ilustre entendimento de José Augusto Rodrigues Pinto (pg. 153), sob a ótica do direito do trabalho mas, perfeitamente pertinente ao caso, grupo econômico é a formação de “um grupo de empresas, cada qual mantendo direção própria para a sua atividade, mas todas sujeitas à coordenação geral, em sentido econômico, da controladora do capital social.”

Ressalte-se que não é fraude, nem constitui crime a “formação de grupo econômico”, motivo pelo qual, sua constatação é meramente um fato econômico, sem quaisquer prejuízos à fiscalização. Não fosse assim, tal expressão não estaria expressa na legislação pátria, como constante no art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91.

Porém, diante dos fatos narrados na Representação Fiscal, evidencia-se o claro intuito do contribuinte de fraudar a lei, visando conseguir um benefício tributário que não lhe seria próprio, diante da constatação de diversos fatores que denotam de fato, a existência de uma única entidade individual, senão vejamos.

A Recorrente em seu recurso defende que o fato de um dos sócios de duas empresas assinar contratos e rescisões trabalhistas de todas elas (três), não teria relevância suficiente para demonstração de que este administra todas as empresas, capaz de caracterizar uma única entidade e que, no máximo poderia ser o ato declarado nulo para fins trabalhistas.

Segue ainda, discorrendo que as operações financeiras com transferências de recursos não se tratam de receita, e mesmo que informalmente, destaca se tratarem de empréstimos. Que, a localização das empresas é distinta, pelo endereçamento postal demonstrado nos próprios autos, e que o fato de utilizarem o mesmo contador e o mesmo advogado não indica serem uma empresa só, mas antes, empresas autônomas e independentes.

Ocorre que a narração superficial procedida pela Recorrente não comprova em contrário o substrato probatório colacionado pela autoridade fiscal. Afinal, a Recorrente não comprova suas alegações mediante documentos que elidiriam possível caracterização.

Neste sentido, dispõe o Código Civil:

*Art. 333. O ônus da prova incumbe:*

*[...]*

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

Ademais, verifico do relatório de Representação fiscal e seus anexos, indícios e provas claras de que a existência autônoma das pessoas jurídicas fiscalizadas, servia para permitir “fraude” da lei, e a adesão ao programa simplificado que pertence exclusivamente aos micro e pequenos empresários, era um subterfúgio à pessoa jurídica com o fim de se beneficiar fiscalmente, fora, porém, do que permite a Lei.

É relevante mencionar, entre diversos pontos apontados nesse documento, que o quadro societário das três empresas e as provas de fls. 116/123 demonstram que todas eram administradas por uma mesma pessoa.

Aliado a isso, a localização das “três” empresas dentro de um mesmo complexo (cinco galpões) claramente visualizáveis pelas imagens juntadas nos autos; o fato de haver um único acesso a todos eles; o fato do contador das três empresas estar registrado como funcionário em uma delas, mas responder por todas; o fato de as três empresas possuírem movimentações financeiras entre si, conforme substrato de fls. 08/12 nas condições societárias demonstradas, sem explicações e demonstrações claras dessas transações; o fato de terem ocorridos “empréstimos” sem quitação entre as empresas; o fato de ter um único “sítio na internet” que informa estar na área que abrange as outras duas empresas, consideradas “virtuais”; o fato de que o quadro de pessoal e as linhas de produção são as mesmas, demonstram claramente se tratar de uma única entidade de fato, motivo pelo qual, sua definição nestes termos está correta.

Ressalta-se que em nenhum momento, a Recorrente demonstrou provas em contrário, nem sequer trouxe explicações e demonstrações que suficientemente combatessem a aludida caracterização de única entidade.

Portanto, mantenho a respectiva caracterização de uma única entidade, convencido de que esta se mostra evidenciada *in casu*, conforme substrato probatório colacionado a este processo.

#### DA OMISSÃO DE RECEITAS

A Recorrente alega não ter incorrido em omissão de rendimentos provenientes de depósitos bancários, que serviam como subterfúgio para escapar dos juros bancários “altíssimos” praticados.

Ora, novamente a Recorrente não comprova o alegado, por demonstrar então demonstrações e explicações dos valores “emprestados”, sua origem, seu destino e seu retorno. Não demonstra lançamentos contábeis e documentos que comprovam sua alegação.

Assim, também não prospera o recurso interposto nesta parte, ficando carente de comprovação dos fatos alegados, resultando convincente o trazido pela fiscalização nos autos, para comprovar não só a omissão de receitas, mas também a caracterização de entidade única, nesta parte.

#### DA MULTA DE 75%

A multa de ofício é a medida tributária, tendente a punir o contribuinte desidioso por infração à legislação, servindo não como medida de restituição de patrimônio do ente tributante, mas como forma de impedir os contribuintes a procederem com erros e fraudes à legislação tributária.

Assim, o objeto da multa não conduz a efeito de confisco, de que trata o art.

150, IV da CF/88, visto que multa não é tributo.

Ademais, o percentual de multa é estabelecido por lei e portanto, como medida aprovada pelo Congresso Nacional, é medida emanada do povo. Neste sentido, vale colacionar o disposto na Lei nº 9.430/96 que estabelece a presente exação:

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:*

*I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;*

*[...]*

*§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos [arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964](#), independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.*

*[...]*

Portanto, nesta parte também não prospera o intento da Recorrente, tendo a multa de 75% a previsão legal supracitada, da qual não pode a autoridade se desvencilhar de aplicar, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do Código Tributário Nacional:

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

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

Nesta parte, a manutenção da multa de 75% é a medida própria como forma de punição pela infração à legislação tributária, sendo sobretudo, imposição legal.

## CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto no sentido NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo a validade dos ADE 101 e 102 que exclui a Recorrente do SIMPLES e do SIMPLES NACIONAL e também manter o lançamento do crédito fiscal apurado em decorrência da exclusão, com aplicação da multa de ofício de 75%.

É como voto.

*(documento assinado digitalmente)*

Marciel Eder Costa - Relator

CÓPIA