



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 11080.721888/2012-33  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** **1001-002.566 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária**  
**Sessão de** 02 de setembro de 2021  
**Recorrente** WEB MOLAS LTDA  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2007

**SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO.**

Comprovada em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou não, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificadas nos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento, cabe a exclusão da pessoa jurídica do regime do Simples Nacional.

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.

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Abelson – Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Abelson (Presidente), José Roberto Adelino da Silva e Thiago Dayan da Luz Barros.

**Relatório**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão de nº 01-27.700, da 2ª Turma da DRJ/BEL que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada Ato Declaratório Executivo DRF/POA Nº 012/2012, de 16 de fevereiro de 2012, que excluiu a ora recorrente do regime do Simples Nacional em virtude da prática reiterada de infração à legislação tributária, conforme disposto no inciso V do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, com efeitos a partir de 01/07/2007, impedida a opção pelos próximos 3 (três) anos-calendário.

Reproduzo, com a devida vênia, o relatório, contido na Representação Fiscal (fls. 05 a 14):

a) Que o presente relatório tem por objetivo demonstrar os fatos e atos constatados em diligência na empresa acima identificada, visando fundamentar o ATO DE EXCLUSÃO do SIMPLES, conforme será demonstrado por haver praticado reiteradamente infração à legislação tributária;

b) Que a empresa tem como atividade econômica “industrialização, comercialização, importação e exportação de máquinas, aparelhos e equipamentos industriais, inclusive suas partes e peças”, conforme cláusula terceira da alteração contratual nº 04, de 09.04.2004. O início de atividades se deu em 23.04.1999.

c) Que os sócios são as seguintes pessoas:

Sócios	CPF	Início de atividades	Quant. Cotas
Marli Sulzbach	886.927.790-91	09/01/2002	19.000
Carla Daniela Sulzbach	012.264.670-32	18/12/2003	1.000

d) Que conforme cadastro da RFB o contribuinte optou pelo Simples Federal em 01/01/2004 e ao SIMPLES NACIONAL desde 01/01/2007.

e) Que a diligência da empresa foi determinada através do MPF1010100201100504, que tal procedimento foi instaurado para dar subsídio à ação fiscal desenvolvida na empresa MOLAS WEBER LTDA – CNPJ 02.803.516/000108, que a ação fiscal teve início em 25/05/2011, com a ciência do sujeito passivo, no Termo de Início assinado pelo Sr. Carlos Antonio Thiesen – Gerente Financeiro da empresa acima e abrangeu o período de julho/2006 a dezembro/2008;

f) Que a ação fiscal teve como objeto a averiguação do seguinte fato: Três empresas estabelecidas no mesmo endereço estariam sendo utilizadas para operar uma só atividade em um só estabelecimento, sob o comando de uma mesma administração, para poder usufruir da tributação favorecida, disponibilizada às empresas optantes pelo SIMPLES. Que as empresas em questão, além de MOLAS WEBER LTDA, com regime de tributação pelo Lucro Presumido, objeto deste Auto, são: WEB MOLAS LTDA – CNPJ nº 03.142.298/000162 e MERCOTEC INDÚSTRIA DE MOLAS LTDA, CNPJ nº 03.710.622/000100, estas últimas optantes pelo SIMPLES;

g) Que o faturamento da empresa Molas Weber é compatível com o objeto social da empresa (Receita Bruta em 2008 foi de R\$ 10.518.296,61), mas é incompatível com a massa salarial, visto que a empresa apresentava apenas 2 vínculos empregatícios no ano de 2007, passando a 4 no último trimestre de 2008, constatação feita após cruzamentos entre Folha de Pagamento e GFIP X RAIS X DIRF'S, enquanto que as outras duas empresas possuem pouca receita para muita mão-de-obra, verificada através da análise da DIRPJ;

h) Que foram apresentados os Livros Diários nºs 04 a 06, do período de janeiro de 2006 a dezembro de 2008, autenticados na Junta Comercial. Apresentou também MANAD arquivos digitais da folha de pagamento e da contabilidade, passado pelo SVA com o código de identificação geral do arquivo, gerados em 10.06.2011, e recebidos pelo Auditor em 14/06/2011;

i) Que no exame da Contabilidade da WEB MOLAS LTDA foram identificados diversos lançamentos contábeis que infringem a legislação tributária, a saber:

- Há lançamentos na conta Despesas Diversas para Carlos Antonio Thiesen, gerente financeiro das empresas MERCOTEC IND. DE MOLAS LTDA 901/10/2003) e das MOLAS WEBER LTDA (01/10/2005), sem vínculo algum com a WEB MOLAS LTDA. Que também há nesta mesma conta pagamentos para João Rogério da Silva, funcionário da MERCOTEC IND. DE MOLAS LTDA, com vínculo desde 01/06/2000;

j) Que no exame da Contabilidade da empresa Molas Weber Ltda verificou-se que existem lançamentos contábeis de pagamentos de despesas realizados por funcionários da WEB MOLAS LTA (Mauro Antonio Leonardi – admitido em 17/10/2005 e Elena Feiten Muller – admitida em 01/05/2006), com lançamentos na conta Despesas de Venda em 15.02.2008, no valor de R\$ 5.100,00; na conta Despesas com Cursos e Congressos há lançamentos no dia 15/08/2008, no valor de R\$ 75,00, em nome de Thiago Gonçalves Pereira, com admissão em 15/02/2002; na conta Cursos e Treinamentos há pagamentos para Bruno Muniz Paim; na conta Despesas Diversas há vários lançamentos para Odilon Rocha Borges (admitido em 01.06.2006);

k) Que no exame da Contabilidade da empresa MERCOTEC INÚSTRIA DE MOLAS LTDA, verificou o seguinte:

- Na conta Rescisões a Pagar 210520020026491 há o pagamento da rescisão de Zaída Helena no dia 31/07/2008, no valor de R\$ 3.262,42, sendo que a empregada está na Folha de pagamento e GFIP de Molas Weber Ltda, na conta Despesas Diversas tem lançamento para Selmo Francisco de Farias, funcionário de Molas Weber Ltda, admitido em 03/05/2005;

- Na conta Viagens e Estadias há vários lançamentos para funcionários da Web Molas Ltda: Mauro Antonio Leonardi – admitido em 17/10/2005, que há lançamentos na conta Comissões, em nome do funcionário Odilon Rocha Borges, admitido em 01/06/2006 e na conta Despesas Diversas lançamentos para Vladimir Azevedo, funcionário desde 19/03/2007;

l) Que o desenvolvimento das atividades das empresas Mercotec Ind. De Molas Ltda e WEB Molas Ltda é realizado pela utilização de bens (maquinário) constantes no Ativo Permanente de Molas Weber Ltda, que analisando os balancetes das três empresas, foi encontrado bens (Máquinas e Equipamentos/Veículos e Móveis e Utensílios) apenas na empresa Molas Weber Ltda, que não foi constatada a existência de contrato de locação/cessão/leasing destes bens entre as empresas, que esta situação caracteriza presunção de omissão de receita, conforme art. 34 da LC nº 123/2006, e transcreveu o artigo citado;

m) A seguir, apresentou Demonstração dos Balancetes contábeis das três empresas, onde se registra a grande divergência de valores nas contas referentes a salários:

Empresa	Desp.Pessoal	Salários	Pro-Labore	P. Social	FGTS
Mercotec	1.119.483,90	716.790,32	13.157,17	45.834,59	99.458,83
Web Molas	936.188,83	621.515,77	13.153,40	55.723,09	65.690,67
Molas Weber	244.521,37	99.961,59	51.179,89	52.091,25	9.526,58

n) Que em relação à conta FORNECEDORES , também existe grande divergência:

Empresa	Saldo Inicial	Débito	Crédito	Saldo Final
Molas Weber	771.722,76	7.333.666,92	6.682.077,93	120.133,77
Mercotec	12.831,94	217.783,18	209.944,64	4.993,40
Web Molas	3.167,72	85.812,09	88.920,68	6.276,31

o) Demonstrou o quadro de contas de resultado, das despesas operacionais, das três empresas citadas e em seguida relacionou que no Balanço Patrimonial da WEB MOLAS LTDA, os valores do Ativo Não Circulante Imobilizado, constaram:

Bens adquiridos através de Consórcio	- 9.979,59
Automóveis	- 25.053,32
Total	- 35.032,91

p) Que no Balanço Patrimonial da MERCOTEC INDÚSTRIA DE MOLAS LTDA, os valores do Ativo Não Circulante Imobilizado, consta:

Bens adquiridos através de Consórcio - 8.050,52

q) Que no Balanço Patrimonial da MOLAS WEBER LTDA, os valores do Ativo Não Circulante Imobilizado, consta:

Máquinas e Equipamentos	4.328.089,97
Equipamentos de Informática	29.831,27
Bens Adquiridos através de Consórcio	5.389,42
Móveis e Utensílios	41.967,72
Automóveis	146.600,00
Total	4.551.878,20;

r) Que também existem pagamentos a pessoas físicas – contribuintes individuais – cujo pagamento não consta de folha de pagamento, tampouco em GFIP, somente na contabilidade, razões em anexo, pois a omissão em Folha de Pagamento, também caracteriza omissão de receita, conforme art. 34 item XII, da LC nº 123, e transcreveu o inciso citado;

s) Em seguida informou alguns dados relevantes da empresa Molas Weber Ltda e Mercotec Indústria de Molas Ltda, para se referir que a administração de toda atividade desenvolvida no local, está sob a responsabilidade das famílias Weber e Sulzbach, facilmente comprovada pela consulta ao Cadastro na Receita Federal do Brasil e elaborou o quadro de sócios das três empresas citadas, que as empresas exploram a mesma atividade, conforme cláusula terceira dos seus contratos sociais, que transcreveu;

t) Que a empresa iniciou suas atividades no mesmo endereço da empresa MOLAS WEBER LTDA, enquadrada no CNAE 29157, fabricação de outros produtos de metal não especificados anteriormente, portanto similar a da MOLAS WEBER LTDA e MERCOTEC INDÚSTRIA DE MOLAS LTDA. Que os segurados empregados da empresa MOLAS WEBER LTDA, foram transferidos para essa nova empresa entre os meses de outubro e dezembro de 2000, e elaborou um quadro com o nome dos funcionários para demonstrar a transição dos mesmos.

u) Que a empresa conforme demonstrado anteriormente, efetuou lançamentos contábeis que infringem à legislação tributária, que tal fato acarreta a exclusão de ofício do SIMPLES NACIONAL, e transcreveu o art. 14 e incisos I a VII da LC 123/2006.

Inconformada apresentou Manifestação de Inconformidade, protocolada na data de 16/03/2012, através de seu bastante procurador, conforme Instrumento de Procuração, fl n.º 169, com as seguintes argumentações, em resumo, em seu favor, fls 163 a 168:

a) Que entende que os fatos descritos no processo de representação fiscal não caracterizam a circunstância descrita no inciso V, do art. 29, da LC 123/2006, razão pela qual entende que o ADE deve ser anulado;

b) Que segundo o processo de representação penal, a empresa incorreu em circunstâncias que se caracterizam como infração à legislação tributária, que para facilitar a análise na presente manifestação de inconformidade, tais circunstâncias serão apresentadas na mesma ordem em que foram apresentadas no processo de representação fiscal;

c) Que a descrição dos fatos tem início no final da página 4 da representação fiscal onde se lê: “No exame da contabilidade foram identificados diversos lançamentos contábeis que infringem à legislação tributária a seguir transcritos;

d) Que em seguida, sob o título CONTABILIDADE WEB MOLAS LTDA, são feitas referências quanto à existência de lançamentos contábeis que registram pagamentos a título de despesas diversas feitos a Carlos Antonio Thiesen e João Rogério da Silva, os quais, segundo o relatório são funcionários da empresa MERCOTEC, que tais fatos não constituem irregularidade, uma vez que não há norma proibindo tais pagamentos;

e) Que segundo o processo de representação, as atividades desenvolvidas pela WEB MOLAS são feitas com a utilização de bens (maquinário) constantes do ativo permanente da empresa MOLAS WEBER LTDA, conforme o relatório “tal situação caracteriza presunção de omissão de receita” conforme art. 34 da LC 123/2006, que tal situação não se caracteriza como infração às normas da legislação tributária, principalmente porque não há norma legal determinando que o empréstimo de maquinário constitua presunção de omissão de receitas, que o art. 34 citado dispõe que se aplica às micro e pequenas empresas todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional, refere-se, portanto, à aplicação de presunções legais, ou seja, expressamente previstos em lei, que não há na legislação pátria uma tal presunção legal até porque o fato de uma empresa tomar de empréstimo o uso de máquinas não tem relação de pertinência com o ato de auferir renda;

f) Que em seguida o relatório apresenta quadros comparando as despesas realizadas pela impugnante com as despesas realizadas pelas empresas MERCOTEC LTDA e MOLAS WEBER LTDA, que neste ponto, o relatório compara as diferentes realidades sem mencionar expressamente a existência de infração em decorrência da diferença entre as contas das referidas empresas;

g) Que a letra “f” apresenta um quadro comparativo dos sócios da empresas WEB MOLAS LTDA; MERCOTEC IND. DE MOLAS LTDA E MOLAS WEBER LTDA, referindo-se ao fato de que os sócios das empresas são parentes, a fiscalização

pretende sugerir que tal circunstância constitui infração à legislação tributária, que também aqui, não há que se falar em infração à legislação tributária, que a administração da impugnante está sob a responsabilidade da sua sócia administradora Sra. Marli Sulzbach, a quem compete representar a sociedade nos termos do contrato social, que por outro lado, a legislação tributária não proíbe que parentes integrem uma empresa na condição de sócios, que também não há na legislação brasileira regra proibindo uma pessoa de ser empresário só porque outra pessoa seu parente já o é;

g) Que segundo a letra “f” do relatório, as três empresas fizeram alterações contratuais na mesma data, sendo que as três possuem o mesmo objeto social, repete-se o que já foi mencionado anteriormente, tal circunstância não é ilegal, no âmbito de qualquer área do direito brasileiro, muito menos no âmbito da legislação tributária;

h) Que por fim, o relatório refere-se à transferência de empregados entre os meses de outubro a dezembro do ano 2000, que não obstante a transferência de empregados não caracterizar infração, cumpre observar que, conforme menciona o relatório, tais fatos ocorreram no ano de 2000, portanto há mais de 10 anos, por consequência não devem ser considerados para os fins do previsto no inciso V, do artigo 29, da LC n.º 123/2006, que no passado a empresa passou por graves circunstâncias provocadas por razões de ordem financeira e administrativa, que, no entanto, levar em consideração tais fatos, ocorridos há mais de 5 anos, para impor uma penalidade à recorrente, não corresponde à lógica de um Estado de Direito que pugna por segurança jurídica, que não só a legislação tributária, como também a legislação administrativa federal (Lei n.º 9.784/99) impõem prazo decadencial de 5 anos, portanto os fatos que ocorreram há mais de 5 anos não devem ser considerados para os fins pretendidos pelo ADE DRF/POA n.º 12/2012;

i) Que em síntese, o procedimento de representação fiscal relata fatos, qualificando-os como fatos que infringem à legislação tributária, como foi demonstrado, tal adjetivação não encontra respaldo em normas jurídicas, que por outro lado, por meio dos fatos narrados, a administração fazendária pretende fazer crer que “a empresa recorrente estaria sendo utilizada para operar uma só atividade, em um só estabelecimento, sob o comando de uma mesma administração, para poder usufruir da tributação favorecida”, no entanto, da análise dos fatos descritos no processo de representação fiscal não é possível concluir neste sentido, muito menos no sentido de que a empresa recorrente tenha incorrido na chamada “prática reiterada de infração à legislação tributária”;

j) Que o ato que é objeto da presente manifestação de inconformidade foi exarado em 17.02.2012, que na ocasião não só a Resolução que lhe dá suporte (Resolução CGSN n.º 15, de 23 de julho de 2007 havia sido revogada, como também a LC n.º 123 havia sido modificada por meio da LC n.º 139/2011, com vigência a partir de 01.01.2012, que dentre outras modificações, a LC n.º 139 inseriu o parágrafo 6º, no art. 29, da LC n.º 123, que tal dispositivo estabelece critérios que determinam o que deve ser considerado como “prática reiterada de infração à legislação tributária” e transcreveu:

§ 6º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas “d”, “j” e “k” do inciso IV do caput (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 29, parágrafo 9º)

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

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

k) Que no presente caso, os fatos relatados no processo de representação fiscal nº 11080.721.888/201233 não atendem aos requisitos determinados pelo inciso I, § 6º, do art. 29 da LC 123, que o processo não identifica fatos que se caracterizam como prática reiterada de infração à legislação tributária nos exatos termos conceituados pelo § 6º, inciso I, do art. 29, da LC 123/2006, logo, a exclusão da recorrente do SIMPLES NACIONAL não encontra conformidade no direito;

l) Que cumpre lembrar que além da conformidade com o direito, os atos administrativos estão submetidos ao dever de motivação, que motivar não é simplesmente apontar o texto da lei, eis que a isso se dá o nome de fundamentação legal, que na motivação se exige muito mais do que a mera fundamentação legal, porquanto há “(...) a obrigatoriedade de que sejam explicitados tanto o fundamento normativo quanto o fundamento fático da decisão, enunciando-se, sempre que necessário, as razões técnicas e jurídicas que servem de calço ao ato conclusivo, de molde a poder-se avaliar a procedência jurídica e racional perante o caso concreto”;

m) Finalmente requereu a acolhida da Manifestação de Inconformidade anulando o referido ato.

A DRJ, decidiu que, com base no Relatório que constituiu a Representação Fiscal assim como os documentos acostados ao processo verificou-se a nítida intenção da empresa ter sido constituída para subtrair dos cofres públicos a obrigatoriedade de recolhimento das Contribuições Sociais devidos por outra empresa que em virtude do faturamento alcançado não poderia ser tributada pelo SIMPLES NACIONAL, em substituição ao SIMPLES FEDERAL, que trata de tributação mais favorecida que se destina às microempresas e empresas de pequeno porte.

Argumenta ainda que, de tudo que foi relatado, caracteriza a prática da infração à legislação tributária, o mesmo endereço, uso dos mesmos equipamentos e administração comum das empresas, mas, que o que mais denota a prática da infração é o comparativo entre o faturamento e as despesas com salários dos empregados das três empresas envolvidas, já acima transcrito.

Por fim, conclui que:

O fato dos segurados empregados terem sido transferidos no ano 2000, da empresa MOLAS WEBER LTDA, para a interessada neste processo, não significa dizer que não tenha perdurado o cometimento da infração à legislação tributária e que haja impedimento ao alcance da LC nº 123/2006, mesmo que o ADE tenha sido editado em 16 de fevereiro de 2012, e ainda, que não tenha ocorrido a prática reiterada da infração, pois em se tratando da tributação mensal do SIMPLES NACIONAL, a prática realizada em todos os meses sequencialmente, caracterizou a prática reiterada.

A recorrente foi cientificada em 03/04/2014 (fl.196) e apresentou o seu Recurso Voluntário (RV), em 02/05/2014 (fl.208).

Em seu RV, a recorrente apresenta uma preliminar onde argui a ausência de motivação do ADE 12/2012 e questiona:

No entanto, quais foram os dispositivos legais que a Recorrente infringiu de "forma reiterada"? Qual o conceito de "prática reiterada" que foi adotado pelo agente fazendário? Ou melhor, por se tratar de conceito vago, com base em qual dispositivo legal a Administração se socorreu para entender que a contribuinte realizou prática reiterada à legislação tributária?

...

Cumprir lembrar, como já fora feito quando da interposição da Manifestação de Inconformidade, que além da conformidade com o direito, os atos administrativos estão submetidos ao dever de motivação. E, motivar não é simplesmente apontar o texto da lei, eis que a isso se dá o nome de fundamentação legal. Para a motivação se exige muito mais do que a mera fundamentação legal, porquanto há a obrigatoriedade de que sejam explicitados tanto o fundamento normativo quanto o fundamento fático da decisão, enunciando-se, sempre que necessário, as razões técnicas e jurídicas que servem de calço ao ato conclusivo, de molde a poder-se avaliar a procedência jurídica e racional perante o caso concreto.

Cita uma decisão do CARF e apresenta uma segunda preliminar de mérito quanto à decadência quanto aos fatos imputados pela administração no ano de 2000. Afirma que objetivando obter *uma justificativa para enquadrar a Recorrente como praticante reiterada de atos que infringem a legislação tributária, a Administração Pública apontou o fato de, no ano 2000, a empresa Molas Weber ter transferido parte de seus funcionários à Recorrente, para se beneficiar de tributação privilegiada. Ou seja, transcorridos mais de dez anos do evento (de transferência dos funcionários), a autoridade fiscal apontou essa como uma das razões para sua interpretação.*

Alega que a transferência de empregados não caracteriza infração e os fatos ocorreram há mais de dez anos e não deveriam ser considerados para os fins previstos no inciso V, do artigo 29, da LC 123/2006. E afirma que:

Não só a legislação tributária, como também a legislação administrativa federal (Lei 9784/99) impõem prazo decadencial de 5 anos; portanto, os fatos ocorridos há mais de cinco anos não devem ser considerados para os fins pretendidos pelo Ato Declaratório Executivo DRF/POA N° 12/2012; devendo, dessa forma, ser afastada essa como uma das causas que justifiquem o conceito de "prática reiterada" pretendida pela Autoridade Fazendária os fatos ocorridos no ano de 2000.

A seguir, questiona o conceito de prática reiterada e da ausência de ilegalidade dos atos da recorrente. Conforme transcrevo:

No presente caso, os fatos relatados no processo de representação fiscal n° 1.080.721.888/2012-33 não atenderam aos requisitos determinados no parágrafo 6o, artigo 29, da LC 123. Isso porque o processo não identificou quais os fatos que se caracterizaram como prática reiterada de infração a legislação tributária nos exatos termos da legislação acima.

A decisão recorrida, por sua vez, aponta o "uso dos mesmos maquinários e administração das empresas" como causa para sustentar que os atos da Recorrente se caracterizaram como violação reiterada da legislação tributária. Entretanto, conforme

dito acima a prática da Recorrente não se enquadra na hipótese prevista no parágrafo 6o, ao artigo 29, da LC 123.

Nesse sentido, a fim de demonstrar a ausência de prática reiterada de infração à legislação tributária, há que se destacar a inconsistência das alegações da Autoridade Fazendária, de forma pormenorizada, como se fará a seguir:

a) Quanto aos lançamentos contábeis: à fl. 4 da representação fiscal há menção de que "no exame da contabilidade foram identificados diversos lançamentos contábeis, que infringem a legislação tributária, a seguir transcritos:". Isso, em função de que na contabilidade da Recorrente havia a presença de lançamentos contábeis que registravam pagamentos a título de despesas diversas feitas a Carlos Antonio Thiesen a João Rogério da Silva, os quais, segundo o relatório são funcionários da empresa Mercotec. Conforme dito, anteriormente, tais fatos não constituem irregularidade, uma vez que não há norma proibindo tais pagamentos:

b) Quanto à utilização de maquinários pertencentes ao ativo da empresa Molas Weber Ltda: nos termos do relatório fiscal, a utilização de máquinas pertencentes a outra empresa caracteriza presunção de omissão de receita, nos termos do art. 34, da LC n.º 123. Ora, não há qualquer norma legal que disponha que o empréstimo de maquinário constitua presunção de omissão de receitas. O artigo 34 da LC 123 dispõe que se aplica às micro e pequenas empresas todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional. Refere-se, portanto a aplicação de presunções legais, ou seja, expressamente previstas em lei. E, não há na legislação pátria a referida presunção legal; até porque o fato de uma empresa tomar de empréstimo o uso de máquinas não tem relação de pertinência com o ato de auferir receita;

c) Quanto à administração da empresa Recorrente: À letra "f", o Relatório fiscal, apresentou um quadro comparativo dos sócios das empresas Web Molas Ltda; Mercotec Ind. de Molas Ltda e Molas Weber Ltda. Há referência de que os sócios das empresas são parentes; e, sugere-se que tal circunstância constitui infração à legislação tributária. Também aqui, não há que se falar em infração à legislação tributária. A administração da empresa Web Molas está sob a responsabilidade da sua sócia administradora, Marli Sulzbach, a quem compete representar a sociedade nos termos do contrato social. Por outro lado, a legislação tributária não proíbe que parentes integrem uma empresa na condição de sócios. Também não há na legislação brasileira regra proibindo uma pessoa de ser empresário só porque outra pessoa seu parente já o é;

d) Sobre as alterações do contrato social da empresa Recorrente em data similar a de outras duas empresas: Segundo a letra "f", do relatório, "as três empresas fizeram alterações contratuais na mesma data. Sendo que as três possuem o mesmo objeto social.". Assim como em outras alegações similares já enfrentadas acima, tal circunstância não é ilegal no âmbito de qualquer área do direito brasileiro, muito menos no que tange à legislação tributária;

e) Quanto à transferência dos empregados da empresa Molas Weber entre os meses de outubro e dezembro de 2000: a matéria já foi enfrentada em sede de preliminar quanto à decadência e da impossibilidade de revisão de um exercício fiscal ocorrido há mais de 10 anos, para fins de fundamentar a edição do Ato Declaratório Executivo DRF/POA N.º 12/2012.

O procedimento de representação fiscal relata fatos, os qualificando como prática de infração à legislação tributária, não encontrando respaldo em nenhuma jurídica. Logo, a exclusão da recorrente do SIMPLES NACIONAL não se encontra em conformidade com o direito.

Cita jurisprudência do CARF e conclui:

Ou seja, para que seja considerada "prática reiterada" é necessário que se demonstre que o contribuinte em diversas oportunidades tenha violado a legislação tributária, o que não ocorreu no caso em exame.

Destarte, seja em razão da falta de demonstração por parte da autoridade fazendária de que a Recorrente tenha se enquadrado nos termos do parágrafo 6º, ao artigo 29, da LC 123, seja em razão da posição da jurisprudência do CARF há que ser anulado o Ato Declaratório DRF/POA n.º 12/2012.

Em julgamento, realizado em 13 de janeiro de 2021, o processo foi convertido em diligência, à Unidade de Origem, conforme a Resolução n.º **1001-000.444**, para que esta anexasse os autos de infração lavrados e que indicasse a data da ciência de cada um deles, conforme a Resolução n.º **1001-000.444**.

Trata-se, portanto de retorno de diligência.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, previstos no Decreto 70.235/72, portanto, dele eu conheço.

Em relação à preliminar de ausência de motivação do ADE 12/2012, a recorrente alega que:

No entanto, quais foram os dispositivos legais que a Recorrente infringiu de "forma reiterada"? Qual o conceito de "prática reiterada" que foi adotado pelo agente fazendário? Ou melhor, por se tratar de conceito vago, com base em qual dispositivo legal a Administração se socorreu para entender que a contribuinte realizou prática reiterada à legislação tributária?

...

Cumprе lembrar, como já fora feito quando da interposição da Manifestação de Inconformidade, que além da conformidade com o direito, os atos administrativos estão submetidos ao dever de motivação. E, motivar não é simplesmente apontar o texto da lei, eis que a isso se dá o nome de fundamentação legal. Para a motivação se exige muito mais do que a mera fundamentação legal, porquanto há a obrigatoriedade de que sejam explicitados tanto o fundamento normativo quanto o fundamento fático da decisão, enunciando-se, sempre que necessário, as razões técnicas e jurídicas que

servem de calço ao ato conclusivo, de molde a poder-se avaliar a procedência jurídica e racional perante o caso concreto.

Inicialmente, cabe mencionar que o procedimento fiscal visou as contribuições previdenciárias, relativas ao período de apuração de 07/2006 a 12/2008, inclusive o 13º salários, consoante o Termo de Início de Procedimento Fiscal (fl. 47).

Encerrado o procedimento, foi então lavrado o termo de Representação Fiscal para Exclusão do Simples (fls. 3 a 13), nele o agente descreve que o procedimento foi instaurado para dar subsídio à ação fiscal desenvolvida na empresa Molas Weber Ltda.

O fato, objeto da averiguação, foi que há três empresas estabelecidas no mesmo endereço, utilizadas para uma única atividade, sob o comando de uma mesma administração. Isto para poder usufruir da tributação favorecida pelo Simples, sendo que a Molas Weber LTDA é tributada pelo lucro presumido enquanto que as outras duas a recorrente e a Mercotec Indústria de Molas LTDA são optantes pelo Simples.

A documentação anexada mostra que a constituição das empresas teve como objetivo a distribuição da receita bruta entre as três de forma a obter uma tributação mais favorável. Isto porque, as empresas utilizam um mesmo endereço, os mesmos equipamentos e ainda acabam por efetuar lançamentos contábeis relativos a pagamentos de despesas de funcionários (umas das outras).

Portanto, esta seria a motivação questionada pela recorrente. A fiscalização descreve a contabilização de pagamentos a funcionários de outras empresas e a utilização comum dos equipamentos como sendo caracterizadoras de omissão de receita e apenas indica o artigo 34, da LC 123/2006:

Art. 34. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.

Ainda, menciona existirem pagamentos a pessoas físicas – contribuintes individuais – que não constam da folha-de-pagamentos, tampouco na GFIP, somente na contabilidade (sic) e afirma que a omissão em folha-de-pagamentos caracteriza, também, a omissão de receita, conforme art. 34, item XII, da LC 123/2006.

De fato, não existe o item XII, ao art. 34, existe o item XII ao artigo 29, da própria LC 123/2006:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

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

Mesmo assim, esta não foi a base da fundamentação legal para a exclusão da recorrente do regime, esta foi o inciso V, ao art. 29, da LC 123/2006:

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

Ao final, a conclusão do agente foi:

### EXCLUSÃO DO SIMPLES

A empresa conforme demonstrado anteriormente, efetuou lançamentos contábeis que infringem à legislação tributária.

Tal fato acarreta a exclusão de ofício do SIMPLES NACIONAL

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

II- embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada, bem assim pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Sistema Tributário Nacional); grifo nosso

III - resistência à fiscalização, caracterizada pela negativa de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde se desenvolvam as atividades da pessoa jurídica ou se encontrem bens de sua posse ou propriedade;

IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual;

**V - prática reiterada de infração à legislação tributária (grifo nosso).**

VI - comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

VII - incidência em crimes contra a ordem tributária, com decisão definitiva.

O momento da exclusão do SIMPLES será 01/01/2012 e é definido no art. 15 da mesma Lei: Art. 15. Alterado pelo art. 3º da Lei n.º 9.732/98

A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

V - a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.

Diante do exposto, propomos a exclusão do contribuinte do sistema SIMPLES a partir do ano-calendário 2007.

A fiscalização, como se pode observar, tratou os fatos apontados como omissão de receita.

A recorrente, também, alegou a decadência:

Não só a legislação tributária, como também a legislação administrativa federal (Lei 9784/99) impõem prazo decadencial de 5 anos; portanto, os fatos ocorridos há mais de cinco anos não devem ser considerados para os fins pretendidos pelo Ato Declaratório Executivo DRF/POA N.º 12/2012; devendo, dessa forma, ser afastada

essa como uma das causas que justifiquem o conceito de "prática reiterada" pretendida pela Autoridade Fazendária os fatos ocorridos no ano de 2000.

Os fatos foram narrados pela fiscalização para indicar que, na realidade, foi utilizado um artifício para se beneficiar do tratamento privilegiado do Simples. A decadência, no caso, não se opera posto não tratar-se de lançamento e sim de exclusão do regime e os motivos foram outros conforme já amplamente comentado.

Por último, a recorrente também alegou o conceito de prática reiterada e rebateu os argumentos indicados na representação fiscal. Conclui que:

O procedimento de representação fiscal relata fatos, os qualificando como prática de infração à legislação tributária, não encontrando respaldo em nenhuma norma jurídica. Logo, a exclusão da recorrente do SIMPLES NACIONAL não se encontra em conformidade com o direito.

Cita jurisprudência administrativa (CARF e antigo Conselho de Contribuintes) no sentido de ter que haver a prova cabal da prática reiterada de infrações (omissão de receitas).

Sobre a questão do que seria prática reiterada da infração, peço a devida vênia para reproduzir (novamente) a norma (parágrafo 9º, ao art. 29, da LC 123/2006):

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

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

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

A referida norma entrou em vigor em 11/11/2011, data da publicação da LC 139/2011, portanto, anteriormente à emissão do ADE (06/02/2012).

Em resposta à resolução, a Unidade de Origem anexou os autos de infração e o seguinte relatório (fl.227):

PROCESSO Nº 11080.721888/2012-33

RECURSO VOLUNTÁRIO

RESOLUÇÃO Nº 1001-000.444 – 1ª SEÇÃO DE JULGAMENTO/ 1ª TURMA  
EXTRAORDINÁRIA

SESSÃO 13 DE JANEIRO DE 2021

ASSUNTO SIMPLES NACIONAL

RECORRENTE WEB MOLAS LTDA

INTERESSADO FAZENDA NACIONAL

Em diligência anexamos ao processo cópia dos autos de infração lavrados solicitados, conforme descrito, indicando a data de ciência de cada um deles, bem como o número do processos.

Informamos que através do Termo de Encerramento de Procedimento Fiscal – TEPF, relativo ao MPF n.º 10100100.2011.00501, foram lavrados em 23/02/2012 os Autos de Infração conforme processo COMPROT N.º 11080-721530/2012-19, todos **com ciência em 24/02/2012**: (grifei)

AI – Auto de Infração DEBCAD 37.342.977-0

AI – Auto de Infração DEBCAD 37.342.978-9

AI – Auto de Infração DEBCAD 37.342.972-0

Verifica-se, através dos autos de infração, que a recorrente cometeu as infrações reiteradas vezes, no período de julho de 2006 a dezembro de 2008 e que tomou ciência dos autos de infração em 24/02/2012, ficando mais que caracterizadas as infrações, das quais a recorrente foi regularmente cientificada.

Consequentemente, rejeito as preliminares suscitadas e, no mérito, nego provimento ao Recurso Voluntário, mantendo a exclusão da recorrente do regime do Simples Nacional.

(documento assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva