



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10580.724207/2018-81
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-002.585 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 10 de agosto de 2021
Recorrente L&A CONTABILIDADE LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Período de apuração: 01/01/2014 a 30/12/2015

ADE. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não procedem as arguições de nulidade quando não se vislumbram nos autos quaisquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972. As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos.

LIMITES DA LIDE. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. MATÉRIA FORA DO LITÍGIO.

No processo administrativo fiscal está em discussão, unicamente, a exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS.

Correta a exclusão do Simples motivada pela comprovação do excesso do limite legal da receita bruta, decorrente da constituição de grupo econômico.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DEVIDA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE PORTEIRO ATRAVÉS DE CESSÃO DE MÃO DE OBRA. ATIVIDADE VEDADA.

A atividade de prestação de serviços de porteiro, através de cessão de mão de obra, é atividade vedada para ingresso no Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Barbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Carlos Alberto Benatti Marcon, Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 09-69.243, de 17 de janeiro de 2019, da 5ª Turma da DRJ/JFA, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade da Recorrente, mantendo sua exclusão do Simples Nacional.

Inicialmente, vale destacar que houve presente processo de Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional emitida em 27/07//2018, decorrente do procedimentos de fiscalização nº 0510100.2018.00103 e diligência prévia nº 0510100.2017.00701, em relação à Recorrente, período 01/2014 a 12/2015, quando foi constatada a incidência em hipótese de exclusão do Simples Nacional.

Desta maneira, tendo em vista a situação irregular Recorrente, incursa em situações de exclusão do Simples Nacional, previstas nos arts. 3º, II, e §§ 4º, III, e 6º, e 29, I, da LC nº 123/2006 e com fulcro nas disposições do art. 3º, §§ 4º, III, e 6º, art. 17, XII, art. 28, caput, art. 29, I, e §§ 3º e 5º, art.30, II, e § 1º, II, art. 31, II, e art. 33, da mesma Lei, e da Resolução/CGSN nº 94, a fiscalização formalizou referido processo administrativo de exclusão do Simples Nacional, que culminou na expedição do Ato Declaratório Executivo DRF/SDR/SEFIS nº 06, de 27 de julho de 2018, com efeitos a partir de 01/01/2014, reproduzido adiante:

Ato Declaratório Executivo DRF/SDR/SEFIS nº6, de 27 de julho de 2018

Declara excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, o contribuinte que menciona.

A AUDITORA-FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso da competência delegada que lhe confere o artigo 1º da Portaria DRF/SDR nº 60, de 20 de maio de 2015, publicada no DOU de 21 de maio de 2015, nos termos do disposto no art. 33 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e considerando o disposto nos artigos 17, XII, 28, 29, I, e 30, II, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, com suas alterações posteriores, declara:

Art. 1º. Excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), a partir de 01/01/2014, o contribuinte a seguir identificado, consoante o apurado no processo nº 10580.724207/2018-81, pela ocorrência da situação excludente indicada abaixo:

Data da opção pelo Simples Nacional: 02/08/2010

Nome Empresarial: L&A CONTABILIDADE LTDA.

CNPJ: 12.314.189/0001-76 Data da Situação excludente: falta de comunicação de exclusão obrigatória.

Competência da ocorrência: 12/2013

Fundamentação Legal: Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 29,1.

Outras situações excludentes: receita bruta global excedeu o limite legal em 31/12/2014, com efeitos a partir de 01/01/2015, com fundamentação e efeitos previstos na Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 3º, § 4º, III, e § 6º.

Art. 2º. A exclusão do Simples Nacional surtirá os efeitos previstos no artigo 31, II, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e suas alterações posteriores.

Art. 3º. Poderá o contribuinte, dentro do prazo de trinta dias, contados a partir da data do recebimento deste Ato, manifestar sua inconformidade, por escrito, nos termos do Decreto nº 70.235, de 07 de março de 1972, e suas alterações posteriores, dirigida à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Art. 4º. Não havendo manifestação no prazo previsto no artigo anterior, a exclusão do Simples tornar-se-á definitiva.

Feitas tais explicações iniciais, reproduzo o relatório da decisão de piso em complemento ao que já foi dito:

“(…) No caso, foi verificada a existência de grupo econômico DE FATO formado pelas empresas L&A CONTABILIDADE LTDA, CNPJ 12.314.189/0001-76, LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL, CNPJ 97.535.594/0001-77, e NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA, CNPJ 15.138.216/0001-95, com atuação conjunta, todas optantes pelo SIMPLES NACIONAL, sendo a atividade exercida por duas das empresas participantes cessão de mão de obra.

Informa o Auditor que sujeito passivo L&A CONTABILIDADE LTDA incidiu em situação excludente ao deixar de realizar comunicação obrigatória do exercício de atividades vedadas aos optantes do SIMPLES Nacional, tendo em vista a realização de cessão de mão de obra em serviços de portaria e zeladoria, manutenção predial (elétrica, hidráulica, pintura, etc), apoio administrativo, auxiliar administrativo, e administrador de condomínio pelas empresas LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL e NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA, com as quais forma grupo econômico de fato, sendo 12/2013 o mês em que ficou perfeitamente caracterizado o início de parte dessas atividades impeditivas (competência 12/2013) – fundamentação nos arts. 17, XII, 28, 29, I, e 30, II, da LC nº 123/2006.

Sustentando a existência de grupo econômico o Auditor relata que os srs. Lucas Silva Carvalho e Alexandre Silva Carvalho, sócios da empresa L&A CONTABILIDADE LTDA, eram também sócios das pessoas jurídicas empresariais NOTUS GESTÃO INSTRUTÓRIA e LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL LTDA, à época do período fiscalizado.

Pelo demonstrativo constante do item 48 do Relatório Fiscal, registra o Auditor que até 05/2015 as três empresas, - L&A CONTABILIDADE LTDA NOTUS GESTÃO INSTRUTÓRIA e LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL LTDA; todas optantes do SIMPLES Nacional à época, tinham, formalmente, dois sócios comuns, ou sejam, os irmãos Lucas Carvalho e Alexandre Carvalho.

Como situação excludente nas empresas participantes do grupo econômico por meio da análise das informações de notas fiscais, GFIPs (CBO), folhas de pagamento, contratos de serviços e/ou contabilidade comprovam que foram disponibilizados serviços de portaria, de manutenção predial, apoio administrativo e administrador de condomínio pelas empresas LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL e NOTUS GESTÃO INSTRUTÓRIA, casos em que a cessão de mão de obra constitui atividade vedada à opção, conforme disposto na LC nº 123/2006.

Outro fundamento foi que a empresa L&A CONTABILIDADE LTDA está incurso em mais uma situação excludente do regime tributário do SIMPLES Nacional, prevista no art. 3º, §§ 4º, III, e 6º, da LC nº 123/2006, visto que os srs. Lucas Carvalho e Alexandre Carvalho eram também sócios das empresas LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL e NOTUS GESTÃO INSTRUTÓRIA e as três empresas, todas optantes do SIMPLES, juntas extrapolaram o limite previsto no art. 3º, II, da LC nº 123/2006, de R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais), no Exercício 2014.

Os dados das empresas LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL e NOTUS GESTÃO INSTRUTÓRIA foram extraídos de DEFIS e DAS dos AC 2014 e 2015, de notas fiscais emitidas ou de contabilidade, mediante diligência fiscal de nº 0510100.2017.00702 (LAJ Segurança Patrimonial) e fiscalização nº 0510100.2017.00153 (NOTUS).

Na oportunidade registra o Auditor que as empresas NOTUS GESTÃO INSTRUTÓRIA e LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL foram excluídas do SIMPLES por comunicação do sujeito passivo apenas a partir de 01/01/2016 quando ambas extrapolaram, individualmente, o limite de receita bruta no AC 2015; no entanto, a exclusão da empresa NOTUS, por exemplo, deveria produzir efeitos já a partir de 01/12/2015, em atendimento à regra do art. 31, V, a, da LC nº 123/2006.

Sobre a caracterização do Grupo econômico, dos fatos narrados pelo Auditor destaque: (...)

Prossegue o Auditor com a narração detalhada das diligências relacionados com os sócios, onde realizou entrevistas e coletou documentos, comprovando a participação na administração das empresas.

Esclarece, ainda, o Auditor que comprovou a existência de Vínculos de titulares e sócios atuais com empresas do grupo e incompatibilidade de rendimentos, bem como a existência de compartilhamento de endereços entre as empresas.

Registra que as empresas NOTUS Gestão Instrutória e NTS Serviços funcionaram no mesmo endereço no período 17/04/12 a 31/05/14, no bairro do Comércio, em Salvador/BA, e, atualmente, ambas funcionam também no mesmo endereço, no edifício REFRAN, em Lauro de Freitas/BA, desde 28/06/16; já as empresas LAJ Segurança Patrimonial e L&A Contabilidade LTDA, no período 13/05/14 a 27/08/15, funcionaram no mesmo endereço, no bairro Itapuã/Jardim Plakaford, em Salvador.

Destaca que não foram apresentados comprovantes de pagamentos de despesas com aluguel, água, energia elétrica e telefone no exercício 2014 e não há registros desses tipos de despesas no Diário nº 02 (Exercício 2014) da empresa LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL. Já a contabilidade do Exercício 2015 não foi apresentada pelo sujeito passivo. Apenas a empresa L&A CONTABILIDADE LTDA possui nos livros contábeis registros de pagamentos de despesas com aluguel e telefone, e com outras despesas diversas, como material de escritório, combustíveis, manutenção de máquinas/equipamentos, fardamentos e uniformes, estacionamento, jornais e revistas, licenciamento de sistema contábil, porém não foram identificados lançamentos de despesas com água e energia elétrica.

Diz que há indícios de inexistência de estrutura administrativa na empresa LAJ SEGURANÇA, pois até 10/2014 constam em GFIP apenas empregados nas funções “porteiros e vigias (cbo 5174)” ou “vigilantes e guardas de segurança (cbo 5173)” e só a partir de 11/2014 passaram a constar um ou dois empregados nas funções “assistentes e auxiliares administrativos (cbo 4110)”; não há registros de contratação de serviços de terceiros.

Por fim o auditor registra que serão lançados os valores relativos ao custeio da seguridade social e das outras entidades e fundos, anteriormente dispensados do recolhimento, em razão da opção do SIMPLES.

De acordo com recebimento registrado às fls. 48 dos autos, a empresa foi cientificada do Ato de Exclusão, mediante entrega pessoal ao representante legal da empresa em 08/08/2018 e conforme Termo de Juntada de fls. 707, oferece a Manifestação de Inconformidade em 07/09/2018, acostada às fls. 709/746, onde protesta pela tempestividade da contestação, resume os fatos apresentados pela Fiscalização, pede a nulidade do ato administrativo, sob o argumento de que “*a Impugnante NÃO violou os dispositivos apontados, tampouco praticou as condutas que lhes foram atribuídas, principalmente pela INEXISTÊNCIA de grupo econômico entre as sociedades arroladas*” e, ainda que o ato foi “*desarrazoadamente emanado e em desconformidade com os preceitos legais e constitucionais aplicáveis a espécie, por configurar MERAS PRESUNÇÕES TRIBUTÁRIAS, FICÇÕES LEGAIS E ARBITRAMENTOS TRIBUTÁRIOS, referente ao processo de nº 10580.724207/2018-81, no tocante a exclusão do Simples Nacional, entre outros procedimentos administrativo-punitivo tributário, para que se faça a verdadeira e lidima justiça*”.

Pede a nulidade por imprecisão da capitulação legal, gerando cerceamento do contraditório e ampla defesa. Alega que a autoridade fiscal omitiu a fundamentação legal em que baseou a imposição tributária, bem como omitiu a descrição da matéria tributável, impedindo o direito de discutir a legalidade da exação. Limitou-se, tão somente, a anexar relação confusa, genérica e imprecisa da legislação que rege as contribuições previdenciárias, não correlacionando os dispositivos com a matéria tributária glosada.

Transcreve o art. 10 do Decreto 70.235/1972, cita doutrinadores sobre a motivação dos atos e decisões administrativas sobre o tema.

No mérito, sobre o encaminhamento de GFIP diz que:

(...)

32. Por uma infinidade de razões, inclusive esse conflito de legislações, milhares de sociedades empresárias (e profissionais que lhes prestam serviços) deixaram de enviar as GFIP’S mensalmente, especialmente nos casos em que não era necessário gerar guia de FGTS, e durante muitos anos os órgãos fiscalizadores se omitiram em relação a este fato, levando todos ao entendimento de que realmente se tratava de uma opção oferecida pela lei, podendo o contribuinte escolher a forma que melhor lhe conviesse.

Reclama que as multas aplicadas foram fixadas em valores exorbitantes e tem efeito confiscatório.

Prossegue a peça de contestação discorrendo sobre questões relativas aos processos de lançamento das contribuições previdenciárias e sociais, no caso, a ilegalidade das contribuições destinadas aos terceiros, no caso, INCRA, SEBRAE, a inexistência da responsabilidade solidária dos sócios.

Aduz sobre a inexistência da formação de grupo econômico e destaca que o seu planejamento tributário é legal e não abusivo como considerado pela fiscalização, que fundamentou o entendimento em presunções.

Diz *in verbis*:

“117. Posto isso, além da responsabilidade tributária solidária NÃO decorrer exclusivamente da demonstração da formação de grupo econômico como fato isolado, já que este se revela pela exigência de características sólidas E NÃO SIMPLES ILAÇÕES DA AGENTE AUTUANTE, DEMANDA TAMBÉM A COMPROVAÇÃO DE PRÁTICA CONJUNTA DO FATO GERADOR, porquanto a compreensão desses limites contribuem para um cenário de maior segurança jurídica não apenas em torno do presente caso, mas, especialmente, para o ambiente de negócios jurídicos em todo território nacional (AgRg no AREsp 852.074/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 19/05/2016”.

Reclama da falta de procedimento prévio visando a auto regulamentação das empresas e pede a redução das penalidades, em face da sua condição de empresa de pequeno porte.

Alega o efeito suspensivo dos processos frente a apresentação de impugnação e por fim, protesta por todos os meios de prova em direito admitidas, notadamente: documental, expedição de ofícios, vistorias e perícias, juntada de novos documentos e demais provas, o que desde já requer, e tudo o mais que se fizer necessário ao deslinde do presente processo administrativo-fiscal.

Por sua vez, a 5ª Turma da DRJ/JFA julgou improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo a exclusão da Recorrente do Simples Nacional, conforme se depreende da ementa abaixo:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Período de apuração: 01/01/2014 a 30/12/2015

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Comprovados nos autos que a contribuinte foi regularmente cientificada do ato de exclusão, e igualmente da Representação para Exclusão, na qual foram exaustivamente documentadas e esclarecidas as razões que ampararam a exclusão, não há que se falar em cerceamento de defesa.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS.

Correta a exclusão do Simples motivada pela comprovação do excesso do limite legal da receita bruta, decorrente da constituição de grupo econômico.

PROVA. APRESENTAÇÃO. PRECLUSÃO TEMPORAL.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada, a Recorrente apresentou o recurso voluntário esclarecendo que a peça atende aos pressupostos de admissibilidade e discorreu sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge, aduzindo, praticamente, os mesmos argumentos já expostos em primeiro grau, nos seguintes termos:

“(…)

III - RAZÕES PARA A REFORMA DA DECISÃO ADMINISTRATIVA RECORRIDA (...)

19. A priori o entendimento da Relatora *a quo* em julgar improcedente os pedidos na presente impugnação, não encontra respaldo no cimo do Ordenamento Jurídico Positivo, Lei das Leis (CRFB/88) - princípio da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, verdade real, moralidade, contraditório, ampla defesa, segurança jurídica e interesse público, bem como vozes autorizadas em doutrina e jurisprudência pátria, senão vejamos:

20. Publicado o resultado da impugnação, para surpresa da Recorrente, este saiu como julgada improcedente, pois não foram suficientes para modificar o lançamento, sem, contudo, a Relatora PROVAR concretamente que o incumprimento dos deveres instrumentais apresenta alguma movimentação de origem ilícita, estando no campo das meras SUPOSIÇÕES E PRESUNÇÕES DE ALGUMA ILICITUDE - O QUE SE TRADUZ COMO VERDADEIRO MEIO INDIRETO E VIOLENTO PARA FORÇAR O PAGAMENTO DOS TRIBUTOS. (...)

22. Ao contrário do que equaciona o equivocado relatório de julgamento, não foram cumpridas e atendidas, rigorosamente, as determinações do art. 5º, inc. LV, da CRFB/88 c/c os arts. 124, inc. 1,135, inc. III do CTN, Súmula 430 do STJ, bem como da LC 123/2006, arts. 34, §3º, 38-B, inc. II, 39, 40 e 55 (caput), §8º, merecendo TOTAL REJEIÇÃO AS INCONSISTENTES ALEGAÇÕES, pulverizada neste Pronunciamento.

23. Destarte, restou configurado a desarrazoabilidade em considerar improcedente os pedidos na peça impugnatória - cuja primeira instância negou a pretensão de rechaçar a conduta tipificada penal/tributária a Recorrente, vez que o fato jurígeno tributário NÃO ocorreu, ou que, se ocorrido, não tem a identificação com o fato tipificado pela lei, *id est*, asseveramos que a verificação do fato imponible não foi corretamente feita pela autoridade fiscal, por força de que a obrigação não tem as características que lhe foram atribuídas pelo lançamento, bem como o montante da obrigação exigida deve ser menor porque as pessoas jurídicas apontadas na r. Decisão NÃO caracteriza grupo econômico, conforme entendimento abalizado em doutrina e sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

24. Em suma, na hipótese em tela, é incontornável a ILLEGALIDADE DO ATO de improcedência da peça impugnatória, objeto da súmula demanda, uma vez que despidido da AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO, PUBLICIDADE, MOTIVAÇÃO E RAZOABILIDADE, válidas, suficientes e capazes de justificá-los, impondo-se, assim, o pretendido exercício de controle Administrativo (CARF) da sua LEGALIDADE, meta essencial da demanda proposta.

3.1 - INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS-GERENTES E ADMINISTRADORES

25. O caput do art. 135 do Código Tributário Nacional prescreve que: "são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos".

26. Assim, a regra gizada no mencionado artigo, limita taxativamente o alcance para a imputação da responsabilização do sócio administrador perante os processos administrativos fiscais, determinando prova do EXCESSO de poderes ou INFRAÇÃO a lei, contrato social ou estatutos.

27. Importa destacar que é muito comum o fisco requerer o redirecionamento dos processos administrativos fiscais (PAF) em detrimento dos integrantes dos órgãos administrativos em virtude do INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, OU SOB UMA CERTA PRESUNÇÃO DE QUE CARACTERIZA GRUPO ECONÔMICO, já que teria extrapolado a receita prevista no art. 3º, inc. II da LC 123/06, de R\$ 3.600.000,00 -, o que incorre na lide atacada, visto que deve ser considerada a receita bruta individualmente de cada pessoa jurídica elencada, portanto, não extrapola o valor permitido por lei à época e nem hodiernamente - cuja valor foi alterado para R\$ 4.800.000,00 (Quatro milhões e oitocentos mil reais).

28. Ademais, para se caracterizar responsabilidade solidária em MATÉRIA TRIBUTÁRIA entre duas ou mais empresas pertencentes ao mesmo conglomerado financeiro é imprescindível que ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato imponible, sendo irrelevante a mera participação no resultado dos eventuais lucros auferidos pela outra empresa coligada ou do mesmo grupo econômico, portanto, há que se considerar, necessariamente, que são pessoas jurídicas distintas, com endereço, objeto social, capital social etc (REsp 834044/RS e REsp 884845/SC). (...)

30. Dessa forma, a simples presunção de que o inadimplemento da obrigação tributária é motivo plausível a justificar a inclusão dos sócios administradores no polo passivo dos procedimentos fiscais, AFRONTA os limites da própria redação do artigo 135 do CTN.(...)

32. Os representantes legais, como diretores ou gerentes NÃO respondem PESSOALMENTE por dívidas contraídas em nome da sociedade, porém, respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente em virtude de EXCESSO de mandato e pelos atos praticados com violação ao estatuto ou contrato, desde que comprovado o DOLO OU A FRAUDE.

33. A obrigação do recolhimento do tributo devido pelas sociedades é da pessoa jurídica individualmente, doravante designada L&A CONTABILIDADE LTDA. E NÃO DOS SÓCIOS ADMINISTRADORES. UMA VEZ QUE COM ELES NÃO SE CONFUNDEM. Bem se vê que nas sociedades anônimas a responsabilidade dos sócios, participantes ou acionistas, limita-se ao montante das ações por eles subscritas ou adquiridas, conforme inc. I e II do art. 158 da Lei 6.404/76. O mesmo ocorre nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, o que se aplica, outrossim, a sociedade LTDA.

34. Como vemos, a ilegalidade do ato se torna ainda mais cristalina ao verificar-se o teor da SÚMULA 430 DO STJ- O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.

35. Destarte, os sócios, diretores, gerentes ou representantes da sociedade, somente são responsáveis por substituição, *id est*, pelos créditos decorrentes de atos ou fatos MACULADOS DE EXCESSO DE PODERES, o que inócorre na lide impugnada. (...)

38. Desse modo, não há provas robustas e incontestas trazidas nos PAF'S de quaisquer indícios de prática de atos previstos no aludido artigo 135 do CTN e nem fraude a LC 123/2006, portanto, não há falar em relação obrigacional jurídico-tributária dos sócios administradores, implicando, por conseguinte, em ilegitimidade passiva *ad causam* para figurar no polo passivo dos processos administrativos fiscais (PAF'S), da L&A CONTABILIDADE LTDA, LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL EIRELI & NOTUS GESTÃO INSTRUTÓRIA EIRELI, LOGO, NÃO HÁ FALAR EM GRUPO ECONÔMICO ENTRE AS PESSOAS JURÍDICAS ELENCADAS.

39. As hipóteses de responsabilidade tributária prevista no artigo 135 do CTN não se fundam no mero inadimplemento da sociedade, mas na CONDUTA DOLOSA OU CULPOSA, especificamente apontada pelo legislador, por parte do gestor da pessoa jurídica.

40. Por outro lado, aliado com a alegação do inadimplemento da obrigação tributária, o sujeito ativo, quando não localiza o devedor [pessoa jurídica], parte para a PRESUNÇÃO da suposta dissolução irregular da sociedade. Essa simples alegação, não possui amparo no ordenamento jurídico, posto que a matéria que regula dissolução de sociedade é eminentemente de direito privado e o seu conceito não pode ser ESGARÇADO pela relatora e auditora fiscal [Antonieta Pires Sampaio Frauches], POR SUPOSIÇÕES. OU PRESUNÇÕES, inobstante o malabarismo dialético e aparente fundamentação jurídica da r. Decisão. (...)

3.2 GRUPO ECONÔMICO - NÃO CONFIGURAÇÃO DO REQUISITO E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO LEGAL

48. Totalmente improcedente a alegação da existência de grupo econômico referente ao período fiscalizado, formado em tese pelas três empresas, haja vista que os objetos sociais e atividades econômicas são totalmente distintos, logo, não evidencia interesse em comum que constituam fato impositivo das contribuições previdenciárias e nem atos contrários a lei. (...)

59. Destarte, podemos agora inferir, sem sinal de dúvida, que, além de ser falho o uso do art. 124, inc. I, do CTN e a Lei nº 8.212/91, art. 30, inc. IX, para haver a responsabilidade de grupo econômico É NECESSÁRIA A REAL PARTICIPAÇÃO DE CADA UMA DAS EMPRESAS NO FATO GERADOR EM SI. NÃO APENAS O INTERESSE ECONÔMICO, portanto, haveria, em tese, uma responsabilidade individuada de cada pessoa jurídica elencada e NÃO a mera caracterização de grupo econômico como uma unidade.(...)

3.3 DO EFEITO CONFISCATÓRIO DA MULTA COMINADA

62. Nas notificações fiscais de lançamento de débitos, a zelosa fiscalização cominou ilegalmente uma pesada multa pelo pretenso incumprimento das obrigações tributárias.(...)

64. TEM, POIS, A SANÇÃO TRIBUTÁRIA, ESSA FINALIDADE, MAS SÓ ESSA. A MULTA FISCAL NÃO PODE SER UTILIZADA COM INTUITO ARRECADATÓRIO. VALENDO-SE COMO TRIBUTO DISFARÇADO. (...)

67. Demonstrada a inequívoca lisura do procedimento adotado pela Recorrente, requer-se, a plena desconstituição da multa atribuída, eis que não se vislumbra caracterizada qualquer infração cometida. (...)

72. Mesmo que assim não se entenda, a multa cominada, ainda que prevista em legislação específica, tal como no presente caso, assume o caráter nitidamente confiscatório, conclusão que se chega pela análise da Jurisprudência e Doutrina, desrespeitando o PRINCÍPIO DO NÃO-CONFISCO, previsto na Constituição Federal.

3.4 DA FISCALIZAÇÃO ORIENTADORA

73. Nos casos em que o contribuinte for enquadrado na condição de Micro Empresa ou Empresa de Pequeno Porte para os efeitos aplicação da Lei Complementar 123/06, cabe destacar que a referida lei prevê, em seu art. 55, *caput*, que a fiscalização deve ser prioritariamente orientadora, determinando inclusive, nos parágrafos primeiro e quinto, o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração nos casos de descumprimento de obrigação acessória. (...)

77. Outrossim, a LC 155/16, ao acrescentar o §3º ao artigo 34 da LC 123/06, inovou positivamente ao ensejar que as administrações tributárias utilizem procedimento de NOTIFICAÇÃO.

78. Posto isso, é possível realizar procedimentos orientadores ensejando a correção de equívocos e o pagamento de diferenças devidas antes de se dar início a ação fiscal individual contra as empresas. Isso aproxima a fiscalização tributária dos empreendedores e melhora o relacionamento entre ambos.

3.5 DOS VALORES REDUZIDOS DE PENALIDADES ÀS MPE

79. Além da questão da vedação ao confisco (CF, art. 150, inc.IV), caso a empresa seja optante pelo Simples Nacional poderá pleitear também a redução de 50% do valor da multa com base no art. 38-B, inc. II, da Lei Complementar nº 123/2006, que determina essa redução das multas aplicadas em razão de falta de prestação ou à INCORREÇÃO NO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS sempre que a legislação que estabelece a obrigação não prever valores específicos e mais favoráveis às empresas optantes pelo Simples.

80. Diante do exposto, como a Lei 8.212/91 não prevê qualquer penalidade reduzida para as empresas optantes pelo Simples Nacional, há de se contestar e requerer também a redução com base na Lei Complementar.

3.6. DA CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO

81. Conforme estabelece o art. 151, inc. III, do CTN, o órgão julgador poderá, a requerimento do Recorrente, atribuir o efeito suspensivo ao presente recurso quando se COMPROVAR a relevância de seus fundamentos e o prosseguimento do contencioso administrativo acarretar um dano de difícil ou incerta reparação ao mesmo, visando garantir a regularidade da empresa, para todos os fins, mantendo-a no tratamento jurídico diferenciado e favorecido do Simples Nacional, previsto na Constituição Federal, art. 179 c/c a Lei Complementar 123/2006, COM DATA RETROATIVA DESDE 01.01.2014. ENQUANTO PERDURAR A FASE LITIGIOSA DO PROCEDIMENTO FISCAL. (...)

IV - DOS PEDIDOS

87. Diante das razões expostas requer-se a total procedência dos pedidos formulados no presente Recurso Voluntário, reformando-se a decisão administrativa recorrida para o fim de anular o lançamento impugnado e declarar-se extinto o crédito tributário, nos termos do artigo 156, IX, do Código Tributário Nacional, bem como qualquer responsabilidade civil e penal/tributária por parte dos sócios administradores [Súmula 430 do STJ c/c o art. 1.024,1.025 do CC), pelas razões exaustivamente expostas.

88. Que reconheça o efeito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário, enquanto perdure a fase litigiosa do procedimento fiscal, plasmado no art. 151, inc. III, do CTN, visando garantir a regularidade da empresa, para todos os fins, mantendo-a no tratamento jurídico diferenciado e favorecido do Simples Nacional, previsto na Constituição Federal, art. 179 c/c a Lei Complementar 123/2006, com data retroativa desde 01.01.2014.”

É o relatório.

Voto

Conselheira Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Relatora.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento.

Da delimitação da lide

Nos presentes autos a discussão limita-se à discussão quanto à exclusão da Recorrente do Simples Nacional, com fulcro no Ato Declaratório Executivo DRF/SDR/SEFIS nº6, de 27 de julho de 2018.

Faço essa ressalva, pois a Recorrente, em sua peça recursal, alega questões relativas à inexistência de responsabilidade dos sócios gerentes e administradores, aplicação da Súmula 430 do STJ, efeito confiscatório da multa aplicada. Contudo, tais pontos não são objeto deste processo, mas sim dos Processos nº 10580.724429/2018-01 e 10580.724278/2018-83 e neles serão apreciados.

Preliminarmente

Consoante já relatado, o presente processo versa acerca da exclusão da Recorrente do Simples Nacional, com base em representação fiscal que motivou a emissão do mencionado Ato Declaratório de exclusão, em razão da ocorrência de situações excludentes do sistema simplificado de tributação, qual seja, em síntese, o excesso do limite legal de receita bruta em decorrência da constatação de grupo econômico de fato, com fundamentação e efeitos previstos na Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, art. 3º, § 4º, III, e § 6º e 29 inciso I.

A decisão recorrida manteve a dita exclusão e a Recorrente em seu recurso voluntário, aduz a questão da nulidade da decisão de primeira instância em razão de ofensa aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, verdade real, moralidade, ampla defesa, segurança jurídica e interesse público. A Recorrente, ainda, que a falta de apreciação de argumentos expendidos na peça impugnatória, acarreta a nulidade da decisão recorrida.

Contudo, entendo não assistir razão à Recorrente, não havendo nulidade nem do ADE e tampouco da decisão proferida pela DRJ. Explique-se.

O Ato Declaratório de Exclusão foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. Assim, demonstrou-se pertinente a emissão do Ato Declaratório Executivo para excluir Recorrente do Simples Nacional, estando o mesmo em perfeita consonância com a legislação de regência da matéria.

Ademais, no caso dos autos, restou perfeitamente esclarecido na Representação que os benefícios da sistemática simplificada de tributação estão em desacordo com a legislação, em face da concretização da apuração de receita bruta superior ao limite máximo permitido e formação de grupo econômico de fato.

Em tempo, o enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foi regularmente analisado pela autoridade de primeira instância (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 6º da Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

Por outro lado, no tocante à decisão de primeira instância, em meu sentir, há motivação de forma explícita, clara e congruente, inclusive com base no princípio da persuasão racional previsto no art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. A Recorrente foi regularmente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

Outrossim, as garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos. Ademais os atos administrativos estão motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos.

Portanto, ao contrário do que alega a Recorrente o procedimento fiscal do qual resultou a exclusão não acarretou ofensa ao devido processo legal, ao contraditório ou à ampla defesa, bem como a qualquer um dos princípios mencionados em sede recursal.

Desta feita, as autoridades fiscais e julgadoras agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei nº

8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

Ainda sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão em Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791292/PE, que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, de acordo com o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015:

O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Neste sentido, devem ser enfrentados “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489 do Código de Processo Civil). Por conseguinte, o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Assim, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

Constata-se, pois, que as formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. A proposição afirmada pela Recorrente, desse modo, não pode ser ratificada.

Neste cenário, a decisão de piso não merece reforma e deve ser mantida. Assim, não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, adota-se a trecho da decisão recorrida (§ 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 – RICARF) em complemento ao que já foi dito por mim neste voto:

“(…)

Pelos termos da peça de contestação acima relatada vê-se que sobre a exclusão do SIMPLES a solicitante diz estar o processo eivado de vício de nulidade, alega cerceamento de defesa porque a autoridade fiscal omitiu a fundamentação legal em que baseou a imposição tributária, bem como omitiu a descrição da matéria tributável, impedindo o direito de discutir a legalidade da exação, aduz que não violou os dispositivos apontados, tão pouco praticou as condutas que lhe foram atribuídas e que no seu caso não existe grupo econômico e por fim, que a conclusão da fiscalização está baseada em presunções.

Acerca da nulidade estatuem os arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 1972, *in verbis*:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.”

Como se vê, de acordo com o art. 59, I, supra, só se pode cogitar de declaração de nulidade de ADE - que se insere na categoria de ato ou termo, quando esse ato for lavrado por pessoa incompetente (art. 59, I). Descabe, por conseguinte, a alegação de nulidade quando não existirem atos insanáveis e quando a autoridade autuante observou os devidos procedimentos fiscais, previstos na legislação tributária, nos termos do art. 142 do CTN.

Segundo a melhor doutrina processualística, em atenção ao princípio da instrumentalidade das formas, não cabe declarar nulidade sem que a parte demonstre o efetivo prejuízo sofrido. A reclamação de que o defeito vicia, macula e dificulta todo e qualquer procedimento no sentido de verificar a legalidade do procedimento e a regularidade da exclusão, é totalmente vazia de conteúdo, uma vez que a impugnante sequer cogita de apontar em que medida se sentiu prejudicada em sua defesa. A forma como foi produzida a contestação, aliás, acaba por afastar sua tese, uma vez que foi feita com desenvoltura e de forma articulada.

Destarte, ao contrário do que alega o sujeito passivo, o procedimento fiscal do qual resultou a exclusão não acarretou ofensa ao devido processo legal, ao contraditório ou à ampla defesa.

Registre-se que a alegação contrária ao lançamento fiscal, sem prova inequívoca não é suficiente para desconstituir os feitos fiscais, cabendo ao contribuinte o ônus de provar suas alegações, conforme preceitua a Lei 9.784/1999:

Art. 36. *Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.*

No caso dos autos, restou perfeitamente esclarecido na Representação que os benefícios da sistemática simplificada de tributação estão em desacordo com a legislação, em face da concretização da apuração de receita bruta superior ao limite máximo permitido e formação de grupo econômico de fato.

Contestando a alegação de que a desconconsideração das relações empresariais foi baseada em presunção, conjecturas e conclusões subjetivas da autoridade lançadora, cabe recorrer aos ensinamentos de Maria Rita Ferragut sobre presunções (Presunções no Direito Tributário, São Paulo: Dialética, 2001, p. 91):

A Administração tem o dever-poder de cumprir certas finalidades, sendo-lhe obrigatória essa tarefa para a realização do interesse da coletividade, indicado na Constituição e nas leis. Consequência dessa premissa é a indisponibilidade do interesse público.

A utilização das presunções para a instituição de tributos é uma forma de atender ao interesse público, já que essas regras são passíveis de evitar que atos que importem evasões fiscais deixem de provocar as consequências jurídicas que lhe seriam próprias não fosse o ilícito. É, nesse sentido, instrumento que o direito coloca à disposição da fiscalização, para que obrigações tributárias não deixem de ser instauradas em virtude da prática de atos ilícitos pelo contribuinte, tendentes a acobertar a ocorrência do fato típico.

Por isso, ainda que a prova direta deva ser privilegiada, a indireta pode e deve ser sempre produzida (desde que, insistimos, corretamente) para garantir-se a preservação de interesses públicos relevantes, tais como a arrecadação de tributos. Sendo indisponível o interesse perseguido de ofício pela Administração, a supremacia do interesse público sobre o do particular conduz à busca da verdade material, que muitas vezes só pode ser alcançada mediante o emprego de presunções.

Portanto, o interesse público está acima do interesse particular e nessa direção atuou corretamente a Auditoria Fiscal, como agente da Administração.

Dentro dessa perspectiva, o objeto da tributação será o negócio jurídico causal, e não necessariamente o negócio jurídico formal, principalmente quando a forma adotada não reflete a causa de sua utilização.(...)

Assim, pertinente a emissão do Ato Declaratório Executivo para excluir a contribuinte do Simples Nacional, estando o mesmo em perfeita consonância com a legislação de regência da matéria.

No mérito

Da configuração de grupo econômico de fato

A Recorrente tem como objeto social “a prestação de serviços, de atividade contábil, os registros contábeis das transações comerciais de empresas de outras entidades, a elaboração do balanço anual de empresas, a preparação de declarações de imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas, as atividades de assessoria e representação (não jurídicas) exercidas ante a administração tributária em nome de seus clientes”, conforme cláusula quarta do Contrato Social e da alteração nº 01.

Em decorrência dos Procedimentos de fiscalização nº 0510100.2018.00103 e diligência prévia nº 0510100.2017.00701, relativos à Recorrente, período 01/2014 a 12/2015, foi constatada a incidência em situações de exclusão Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, conforme já mencionado.

Concluiu-se, pois, pela existência de grupo econômico de fato formado Recorrente e pelas seguintes pessoas jurídicas: LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL, CNPJ 97.535.594/0001-77, e NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA, CNPJ 5.138.216/0001-95, pelos seguintes argumentos:

a) As empresas em questão, todas optantes pelo Simples Nacional, à época do período fiscalizado, pelo demonstrativo constante do item 48 do Relatório Fiscal, tinham, formalmente, dois sócios comuns, ou sejam, os irmãos Lucas Carvalho e Alexandro Carvalho e, de acordo com diligências relacionada, ficou comprovada a participação de tais sócios na administração das empresas, conforme quadros extraídos da Representação Fiscal (e-fls. 23 e seguintes):

SÓCIO	L & A Contabilidade LTDA, CNPJ 12.314.189/0001-76	LAJ Segurança Patrimonial EIRELI, CNPJ 97.535.594/0001-77	NOTUS GESTÃO Instrutoria EIRELI,
Lucas Silva Carvalho	Sócio-administrador desde 07/07/2010 (constituição – 50% do CS)	Sócio-administrador de 12/07/2011 (constituição – 34% do CS) a 19/05/2015 (retirada)	Sócio-administrador, de 29/02/2012 (constituição – 33,3% do CS) a 09/03/2015 (retirada)
Alexandro Silva Carvalho	Sócio - desde 07/07/2010 (constituição – 50% do CS)	Sócio, de 12/07/2011 (constituição – 33% do CS) a 19/05/2015 (retirada)	Sócio, de 29/02/2012 (constituição – 33,3% do CS) a 09/03/2015, (retirada)

SÓCIO	L & A Contabilidade LTDA, CNPJ 12.314.189/0001-76	LAJ Segurança Patrimonial EIRELI, CNPJ 97.535.594/0001-77	NOTUS GESTÃO Instrutoria EIRELI,
José Henrique dos Santos Sousa		Sócio, de 12/07/2011 (constituição – 33% do CS) a 19/05/2015 Sócio-administrador, de 19/05/2015 a 28/08/2015 (retirada)	
Cristiane da Conceição Duarte Obs: Cônjuge/companheira do sr. Alexandro Silva Carvalho		Sócia-administradora, de 28/08/2015 a 05/07/2016 Titular da EIRELI a partir de 05/07/2016	
Ronaldo Antonio dos Santos			Sócio-administrador, de 29/02/2012 (constituição – 33,3% do CS) a 01/06/2014 (retirada)
Alessandro de Santana Silva			Sócio-administrador, de 09/03/2015 (JUCEB), com 100% do CS. Passa a Titular com a transformação em EIRELI, em 10/08/2015 (registro JUCEB da 5ª alteração)

b) Identificou-se também a assinatura de Lucas Carvalho em vários cheques da conta de titularidade da empresa junto ao Banco Bradesco, emitidos nos meses de abril a dezembro/2015, quando, formalmente, ele não mais participava do quadro societário da empresa NOTUS. Não houve, portanto, qualquer alteração do cartão de autógrafos junto à instituição financeira após a retirada, havendo indícios suficientes para afirmar que os dois sócios da Recorrente simularam suas retiradas dos quadros de duas das empresas de forma a descaracterizar a situação de exclusão e poder continuar a gozar dos benefícios do regime simplificado;

c) Demonstrou-se que os supostos ex-sócios continuaram a participar das atividades e da gestão das empresas, por vias diversas, inclusive, como procuradores com amplos, gerais e ilimitados poderes, e ainda a atuação de empregado concomitantemente em mais de uma empresa do grupo, bem como que, ao longo do período de funcionamento, verificou-se que as empresas atuaram em atividades semelhantes ou complementares, muitas vezes de forma concomitante;

e) Ficou comprovada a existência de vínculos de titulares e sócios atuais com empresas do grupo e incompatibilidade de rendimentos, bem como a existência de compartilhamento de endereços entre as empresas. as empresas NOTUS Gestão Instrutória e NTS Serviços funcionaram no mesmo endereço no período 17/04/12 a 31/05/14, no bairro do Comércio, em Salvador/BA, e, atualmente, ambas funcionavam também no mesmo endereço, no edifício REFRAN, em Lauro de Freitas/BA, desde 28/06/16; já as empresas LAJ Segurança Patrimonial e L&A Contabilidade LTDA, ora Recorrente, no período 13/05/14 a 27/08/15, funcionaram no mesmo endereço, no bairro Itapuã/Jardim Plakaford, em Salvador;

f) Apenas a Recorrente possui nos livros contábeis registros de pagamentos de despesas com aluguel e telefone, e com outras despesas diversas, como material de escritório, combustíveis, manutenção de máquinas/equipamentos, fardamentos e uniformes, estacionamento, jornais e revistas, licenciamento de sistema contábil, porém não foram identificados lançamentos de despesas com água e energia elétrica;

g) Tudo indica que a inexistência de estrutura administrativa na empresa LAJ SEGURANÇA, pois até 10/2014 constam em GFIP apenas empregados nas funções “porteiros e vigias (cbo 5174)” ou “vigilantes e guardas de segurança (cbo 5173)” e só a partir de 11/2014 passaram a constar um ou dois empregados nas funções “assistentes e auxiliares administrativos (cbo 4110)”; não há registros de contratação de serviços de terceiros.

Desta forma, concordo com tais conclusões e entendo estar caracterizado a formação de grupo econômico de fato no caso sob análise. Sobre a formação de grupo econômico, o Parecer Normativo Cosit/RFB, nº 04, de 10 de dezembro de 2018, esclarece que caracteriza-se o grupo econômico de fato quando duas ou mais empresas estão sobre a direção, o controle ou a administração de uma delas, ou seja, a direção e/ou operacionalização de todas as pessoas jurídicas é única:

Grupo econômico irregular

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

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

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

Na mesma linha, este Tribunal tem entendido que “caracteriza-se o grupo econômico de fato quando duas ou mais empresas estão sobre a direção, o controle ou a administração de uma delas (Acórdão nº 1301-003.013), como bem restou demonstrado a ocorrência destes autos.

Ademais, aplicando-se como luva ao caso examinado, cita-se, de forma exemplificativa, entendimento do Poder Judiciário a respeito:

“(…) Constitui grupo econômico de fato a existência de duas empresas com identidade de sócios, ainda que em alternância de períodos, objetos sociais diretamente relacionados, com a utilização de mesmo endereço e telefone.(…) – (TRT 4 – AP 00007386720105040303, Data de Julgamento: 15/03/2012, 2ª Turma.)

Destarte, complemento os fundamentos do meu voto com aqueles de fato e de direito expostos pela autoridade administrativa, na Representação Fiscal, às e-fls. 30 e seguintes

“(…) 59. Os irmãos Lucas Carvalho e Alexandro Carvalho, ambos sócios das três empresas até 03/2015, são contadores. Uma das empresas, a L&A CONTABILIDADE, atua nos serviços de contabilidade (CNAE 6920601). A empresa LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL, atualmente, presta serviços nas áreas de vigilância e segurança privada e monitoramento de sistemas de segurança eletrônico (CNAE 8011101 e 8020001), enquanto que a empresa NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA tem atividades diversas sendo a principal a de serviços combinados para apoio a edifícios (CNAE 8111700);

59.1. Ao longo do período de funcionamento, verificamos que as empresas atuaram em atividades semelhantes ou complementares, muitas vezes de forma concomitante. Ocorreu, por exemplo, com as empresas NOTUS GESTÃO e L&A CONTABILIDADE, até 15/07/2014, em que ambas tinham dentre as atividades econômicas a prestação de serviços contábeis. A partir de 15/07/14 tais serviços passaram a constar apenas do objeto social da L&A CONTABILIDADE;

59.2. A atividade “serviços combinados de apoio a edifícios” passou a constar do objeto social da empresa NOTUS GESTÃO a partir de 06/2014, logo após ser excluída do objeto social da empresa LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL, em 13/05/2014, que passou a ter em seu objeto serviços de vigilância e segurança privada e monitoramento de sistemas de segurança eletrônico, exclusivamente;

59.3. As atividades “construção de edifícios” e “instalação e manutenção elétrica” também constavam, de forma concomitante, dos objetos das empresas NOTUS GESTÃO e LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL até 13/05/2014;

59.4. Já a empresa NTS SERVIÇOS tem em seu objeto social, a partir de 28/06/16, apenas as atividades “serviços combinados para apoio a edifícios” e “gestão e administração da propriedade imobiliária” e ambas constam do objeto social da empresa NOTUS GESTÃO desde 2014;

59.5. É interessante observar que as denominações sociais das empresas L&A e LAJ representam as iniciais dos nomes dos sócios, ou seja, Lucas e Alexandro, no caso da L&A CONTABILIDADE, e Lucas, Alexandro e José, no caso da LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL.

60. É importante mencionar também que o INSTITUTO DE GESTÃO E HUMANIZAÇÃO/ IGH, através de suas unidades, é contratante de serviços de todas as empresas sendo o maior tomador do grupo. Vejamos alguns exemplos no período fiscalizado, conforme contabilidade, notas fiscais, GFIPs, folhas de pagamento e contratos obtidos no site da instituição, anexos ao processo:

60.1. IGH/ unidade Hospital de Casimiro de Abreu/RJ: serviços de limpeza/higienização prestados pela NOTUS Gestão, no período 12/2014 a 12/2015; serviços de portaria e/ou vigilância prestados pela LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL, de 01/2014 a 12/2015; serviços de contabilidade, folha de pagamento e instrutoria prestados pela L&A CONTABILIDADE, em 01 e 04 a 12/2014;

60.2. IGH/ UPA do Hospital Roberto Santos, em Salvador: serviços de limpeza/higienização prestados pela NOTUS Gestão, no período 11/2014 a 12/2015; serviços de portaria e/ou vigilância prestados pela LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL, de 09/2014 a 12/2015; serviços de contabilidade, folha de pagamento e instrutoria prestados pela L&A CONTABILIDADE, de 10 a 12/2014;

60.3. IGH / unidades HMI, HUAPA e MNSL, em Goiânia: serviços de manutenção predial prestados pela NOTUS Gestão, no período 01/2014 a 05/2015; serviços de contabilidade, folha de pagamento e instrutoria prestados pela L&A CONTABILIDADE, de 01 a 12/2014; e serviços de vigilância patrimonial prestados pela LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL, de 06 a 11/2015;

60.4. Ressalta-se que os serviços prestados pela L&A CONTABILIDADE só estão indicados até 12/2014 visto que a fiscalização só analisou as notas fiscais da empresa do exercício 2014, o que não significa que não continuaram em 2015.

61. Através da alteração contratual registrada na JUCEB em 09/03/2015 (protocolo de 06/03/15) os sócios Lucas Carvalho e Alexandro Carvalho retiraram-se, formalmente, do quadro societário da empresa NOTUSCONT INSTRUTORIA E GESTÃO. A alteração contratual está com data de assinatura retroativa em relação ao registro na JUCEB, ou seja, data de 13/08/2014;

61.1. A mesma alteração contratual registra a admissão do sr. Arissandro de Santana Silva no quadro societário. Figurou como sócio único de 09/03 a 10/08/2015 quando passou a Titular com a transformação da sociedade limitada em EIRELI (5ª alteração contratual);

61.2. Ressalta-se que, quando das retiradas, os sócios Alexandro Carvalho e Lucas Carvalho cederam todas as cotas do capital social ao novo sócio, sr. Arissandro Silva, mas a alteração contratual não menciona a que título se deu a cessão, se gratuita ou onerosa (cláusulas segunda e terceira).

62. Através da 5ª alteração contratual, datada de 19/05/2015, os sócios Lucas Carvalho e Alexandro Carvalho retiraram-se formalmente do quadro societário da empresa LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL LTDA;

62.1. Ressalta-se que, quando das retiradas, os sócios Alexandro Carvalho e Lucas Carvalho transferiram todas as cotas do capital social ao sócio remanescente, sr. José Henrique dos Santos Sousa, conforme cláusula segunda, mediante venda com quitação.

63. O sr. José Henrique dos Santos Sousa, porém, só permaneceu no quadro societário da empresa LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL LTDA até 28/08/15, conforme 6ª alteração contratual. A mesma alteração admitiu as sras. Cristiane da Conceição Duarte, cônjuge/companheira do sr. Alexandro Carvalho, conforme sua DIRPF, e Nadja dos Santos Sousa, irmã do sr. José Henrique Sousa;

63.1. Desde o ingresso no quadro societário a sra. Cristiane Duarte exerceu a gerência da sociedade e, a partir de 05/07/16, passou a Titular após transformação da limitada em EIRELI;

63.2. Verificamos que algumas alterações contratuais foram arquivadas na JUCEB por meio do sr. Alexandre Carvalho, mesmo após a sua retirada formal do quadro societário, a exemplo da alteração de transformação em EIRELI, datada de 22/02/16 e registrada na JUCEB em 05/07/16, e da 10ª alteração, datada de 14/03/17 e arquivada na JUCEB em 21/03/17. Nos pedidos de viabilidade, de 22/06/16 e 10/03/17, respectivamente, constam o nome e CPF do sr. Alexandre Carvalho como interessado;

63.3. Como se observa, foi mais uma movimentação de nomes no quadro societário porém o grupo familiar continuou na gerência das empresas.

Continuidade de participação efetiva dos sócios nas atividades gerenciais apesar das retiradas formais / empregado de uma empresa atuando como preposto de outra / ocorrência de procuração com amplos e ilimitados poderes de administração

64. Durante a ação fiscal na NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA ficou evidenciada a continuidade efetiva do sócio-administrador, sr. Lucas Carvalho, nas atividades dessa empresa apesar da sua retirada formal do quadro societário;

64.1. Essa situação começou a evidenciar-se já a partir da primeira visita à sede da empresa, no município de Lauro de Freitas, no dia 08/03/2017. A fiscalização dirigiu-se ao local, sem comunicação prévia, para dar ciência do início do procedimento. Essa circunstância permitiu presenciar o funcionamento normal da empresa e de sua logística real, dificultando simulações ou distorções.

65. Já na recepção do edifício empresarial REFRAN, onde está instalada a empresa, um fato despertou a atenção. Como procedimento padrão, o porteiro perguntou qual empresa/pessoa estávamos procurando. Quando informamos a empresa NOTUS e o sócio Arissandro Silva o porteiro mencionou não ser o sr. Arissandro sócio da empresa, referindo-se a “Ari”, mas sim funcionário da limpeza/faxina;

65.1. Naquele mesmo momento o porteiro mencionou que o “dono” da empresa acabava de chegar, apontando para o veículo do sr. Lucas que adentrava o estacionamento.

66. Outra situação peculiar foi observada na recepção do estabelecimento da empresa quando procuramos pelo sr. Arissandro Silva. Notamos certo espanto ou desconhecimento por parte da recepcionista de que seria o Arissandro o titular da empresa.

67. A recepcionista pediu que aguardássemos pois o sócio estava chegando ao local e se dirigiu a uma outra sala. Quando retornou informou que o sr. Lucas atenderia a fiscalização. Ressaltamos, porém, que precisávamos falar apenas com o representante legal do sujeito passivo e ela respondeu que o sr. Lucas era um dos sócios.

68. Dessa forma, fomos inicialmente atendidos pelo Sr. Lucas Carvalho, que informou ser consultor da empresa e que o sr. Arissandro estava em viagem. O sr. Lucas demonstrou total conhecimento das atividades e da situação atual da pessoa jurídica, prestou informações e fez alguns questionamentos sobre a fiscalização. Ficou também evidente que ele ocupa permanentemente as instalações da empresa, possui sala e mesa, utiliza desktop, telefone, e recebeu, inclusive, algumas ligações no telefone fixo.

69. Questionado se possuía mandato de procuração com poderes de representação da pessoa jurídica o sr. Lucas respondeu que não. Providenciou, então, a presença da sra. Jaciara Soares Argolo, empregada e supervisora de pessoal, para ciência do Termo de Início do Procedimento Fiscal. Tal circunstância ficou consignada no referido Termo (ausência do representante legal);

69.1. Convém registrar que a sra. Jaciara Soares Argolo consta como empregada da empresa L&A Contabilidade LTDA, de 07/11/11 a 13/03/15, na função “escriturários em geral e assistentes administrativos” (cbo 4110).

70. Ficou perfeitamente evidente na visita que o sr. Lucas Carvalho possui amplo conhecimento e domínio das atividades da empresa e que os empregados atendem aos seus comandos sem questionamentos mesmo inexistindo qualquer mandato de representação. Portanto, os indícios apontam que não se trata de simples consultor.

71. Após a ciência do TIPF a fiscalização tentou, por várias vezes, fazer contato com o sr. Arissandro Silva, que nunca se encontrava na sede da empresa. A telefonista acabava sempre transferindo as ligações ao sr. Lucas Carvalho, sempre presente.

72. O sr. Lucas sempre ligava para a fiscalização para tirar dúvidas sobre os documentos solicitados e compareceu sozinho à sede da Receita Federal para apresentar os primeiros documentos.

73. A fiscalização comunicou ao sr. Lucas que, devido ao sigilo fiscal, o mesmo não poderia acompanhar o procedimento fiscal pois não tinha vínculo formal com a empresa e nem mandato de procuração outorgando-lhe poderes para tal fim. A partir do comunicado da fiscalização foi constituído procurador o sr. Sidnei Duarte Figliuolo Junior, com poderes para acompanhar o procedimento fiscal;

73.1. O sr. Sidnei Figliuolo Junior é sócio da empresa DECONT Serviços de Contabilidade LTDA, que tem sede no mesmo endereço da empresa L&A Contabilidade LTDA, diferenciando-se apenas por uma divisão “C” na numeração da sala (10-C), e foi responsável pelas transmissões das ECF do AC 2016 (Escrituração Contábil Fiscal) das empresas NOTUS Gestão Instrutória e LAJ Segurança Patrimonial, em 22/07/17;

73.2. Ressalta-se, porém, que, conforme imagens anexas com dados da ECF 2016, foram informados endereços eletrônicos e telefone da empresa L&A CONTABILIDADE, a saber, lucas@leaconsultoria.com.br e la.controle@gmail.com, e o número 71 3285-0578.

74. Embora munido de procuração, de início o sr. Sidnei demonstrou não ter grande conhecimento sobre a empresa e sempre que a fiscalização solicitou informações e/ou esclarecimentos mencionou que iria conversar com o sr. Lucas Carvalho.

75. Ficou evidente que o sr. Lucas optou por não deixar registros da sua relação atual com a empresa NOTUS ao passar procuração para que outra pessoa acompanhasse a fiscalização. Inclusive, em um dos CD-R entregues pelo contribuinte, contendo documentos solicitados, consta um recibo emitido pelo SVA (sistema validador e autenticador) com o nome do sr. Lucas nos campos “nome do responsável/preposto” e “responsável técnico pela geração do arquivo” mas que não chegou a ser assinado tendo sido emitido outro documento com os dados do sr. Sidnei, indício de que houve dúvidas sobre a conveniência ou não de que o mesmo figurasse como procurador revelando o vínculo ainda existente. O documento não assinado tem nome de arquivo “Recibo Manad NOTUS - período 2014 E 2015” e pode ser visualizado no recibo SVA, emitido em 23/08/17.

76. Formalmente, os srs. Lucas Carvalho e Alexandro Carvalho retiraram-se do quadro societário da empresa NOTUSCONT GESTÃO INSTRUTORIA LTDA em 09/03/2015 (data de registro da alteração contratual na JUCEB). Não obstante, até a competência 09/2015 o sr. Lucas Carvalho continuou constando em folha de pagamento e GFIP, percebendo o mesmo pró-labore em decorrência do cargo de “Diretor - Sócio administrador”, que sempre exerceu desde a constituição da sociedade limitada.

77. Identificamos também a assinatura do sr. Lucas Carvalho em vários cheques da conta de titularidade da empresa junto ao Banco Bradesco, emitidos nos meses de abril a dezembro/2015, quando, formalmente, ele não mais participava do quadro societário da empresa NOTUS. Não houve, portanto, qualquer alteração do cartão de autógrafos junto a instituição financeira após a retirada.

78. Ressaltamos a inexistência de procurações outorgando poderes a terceiros junto às instituições financeiras em que a pessoa jurídica NOTUS GESTÃO mantém conta corrente bancária, conforme informações prestadas pelos bancos em relação ao período fiscalizado (2014 e 2015). Dessa forma, não houve qualquer alteração cadastral junto às instituições financeiras imediatamente após a alteração contratual que formalizou as retiradas dos sócios mencionados.

79. Ressalta-se ainda que a pessoa jurídica realizou acertos nos cadastros junto às instituições financeiras nas quais possui conta corrente bancária em 09 e 10/2017 (após a solicitação de extratos bancários pela fiscalização), meses de início de diligências vinculadas ao procedimento fiscal objetivando a obtenção de informações e esclarecimentos dos srs. Lucas Carvalho e Arissandro Silva;

79.1. Tudo indica que apenas a partir dessas últimas atualizações o sr. Arissandro Silva passou a constar como representante da pessoa jurídica e de cartão de autógrafos, após exclusões dos srs. Lucas Carvalho e Alexandro Carvalho dos registros.

80. Encontramos também assinaturas do sr. Lucas Carvalho como empregador/preposto em termos de rescisão de contrato de trabalho em alguns meses após a sua retirada do quadro societário, portanto, não houve alteração da rotina que existia quando ele constava formalmente como sócio-administrador;

80.1. Convém mencionar que a fiscalização solicitou que fossem apresentadas as procurações outorgando poderes de representação do sujeito passivo no período 01/01/2014 a 08/03/2017, caso existissem, conforme item 3 (três) do TIPF, e nenhum documento foi apresentado pela empresa NOTUS.

81. A fiscalização identificou também uma prática que é bastante usual em casos de planejamento tributário abusivo: a utilização de instrumento de procuração conferindo amplos poderes de administração a pessoas físicas que, formalmente, deixam de integrar o quadro societário da pessoa jurídica.

82. No presente caso, identificamos uma procuração pública que tem como OUTORGANTE a empresa LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL, lavrada no Cartório de Registro Civil com Funções Notariais do Distrito de Abrantes, em 14/01/2016, com prazo de validade indeterminado. Abordaremos as suas características a seguir:

82.1. Através do instrumento público a pessoa jurídica nomeia e constitui como bastantes procuradores os três sócios que se retiraram do quadro societário em 2015, a saber, os srs. Lucas Carvalho, Alexandro Carvalho e José Henrique dos Santos Sousa;

82.2. O instrumento de procuração conferiu aos três ex-sócios, igualmente, “amplos, gerais e ilimitados poderes para gerir e administrar a referida empresa”, inclusive poderes de representação em órgãos públicos, repartições públicas e instituições diversas, a exemplo de Junta Comercial, Justiça do Trabalho, INSS, bancos ou instituições bancárias, SERASA, SPC, prefeituras e Receita Federal;

82.3. Alguns desses poderes, conforme certidão lavrada pelo cartório: admitir e demitir empregados; representação perante os estabelecimentos bancários para abrir, movimentar e encerrar contas bancárias, emitir e endossar cheques, requisitar saldos, extratos e talões de cheques; constituir e destituir advogados; assinar contratos e distratos de qualquer natureza; depositar e retirar importâncias; receber citações; pagar indenizações, encargos fiscais, prestações vencidas e parcelar débitos; dar e aceitar quitação; requerer a extinção da empresa; etc.

83. Verificamos ainda a existência de empregado registrado em uma das empresas atuando como preposto de uma outra empresa do grupo, conforme detalhado a seguir:

83.1. A ocorrência foi identificada no termo de rescisão do contrato do empregado Robson de Jesus dos Santos com a empresa NOTUS GESTÃO, datado de 27/09/2016, em Lauro de Freitas/BA. O documento tem a assinatura da sra. Eveline Barros Cordeiro no campo “150 Assinatura do Empregador ou Preposto”;

83.2. A sra. Eveline Cordeiro consta como empregada da empresa LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL no período 01/11/2014 a 03/03/2018, na função Auxiliar Administrativo (CBO 4110), conforme GFIPs do período;

83.3. Para verificação anexamos também o termo de rescisão do contrato do empregado Joilson Pereira de Souza com a empresa LAJ, datado de 14/12/2016, em Salvador/BA, assinado pela mesma empregada. Esse termo foi encontrado em meio aos documentos apresentados pela empresa NOTUS GESTÃO;

83.4. Ressalta-se que até 31/10/2014 a sra. Eveline Cordeiro constou como empregada na empresa NOTUS GESTÃO, na função Auxiliar Administrativo (CBO 4110), conforme GFIPs e folhas de pagamento.

84. Dos fatos narrados demonstra-se que os supostos ex-sócios continuaram a participar das atividades e da gerência das empresas, por vias diversas, inclusive como procuradores com amplos, gerais e ilimitados poderes, e ainda a atuação de empregado concomitantemente em mais de uma empresa do grupo.”

Nesta senda, em conclusão, reputo correta a caracterização do grupo econômico irregular, a partir de todos os pressupostos fáticos apontados pela fiscalização e mantenho a decisão de piso, bem como as consequências desta constatação conforme a seguir exposto.

Da apuração de receita bruta global em montante superior ao limite máximo permitido pela LC nº 123/2006 considerando a formação de grupo econômico

Como visto, no caso em exame, a auditoria fiscal apontou um extenso rol de elementos que nos levaram concluir pela configuração do grupo econômico de fato, ante a nítida relação de coordenação dos entes empresariais envolvidos, suficiente para caracterizar a unidade de interesses e a afinidade de objetivos, hipótese em que não há prevalência formal de uma empresa sobre a outra, mas conjugação de interesses com vistas à ampliação da credibilidade e dos negócios.

E uma vez caracterizada ocorrência de grupo econômico de fato, o que por si só, não seria causa excludente do Simples Nacional, deve-se considerar que a Recorrente e as empresas LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL e NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA juntas extrapolaram o limite previsto no art. 3º, II, da LC nº 123/2006, de R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais), no ano-calendário de 2014, tendo, assim, a Recorrente incorrido na situação excludente do regime tributário do SIMPLES Nacional, prevista no art. 3º, §§ 4º, III, e 6º, da LC nº 123/2006, *in verbis*:

LC nº 123/2006 Art. 3º.

(...)

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica: (...)

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; (...)

§ 6º Na hipótese de a microempresa ou empresa de pequeno porte incorrer em alguma das situações previstas nos incisos do § 4º, será excluída do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, bem como do regime de que trata o art. 12, com efeitos a partir do mês seguinte ao que incorrida a situação impeditiva.

A respeito, assim constou no Relatório Fiscal de e-fls. 24 e seguintes, cuja argumentação acato para fundamentar meu voto:

49. “(...) até 05/2015 as três empresas, todas optantes do SIMPLES Nacional à época, tinham, formalmente, dois sócios comuns, ou sejam, os irmãos Lucas Carvalho e Alexandro Carvalho. Vejamos, a seguir, informações sobre a situação de opção pelo SIMPLES e as receitas brutas dessas empresas:

Sujeito passivo	* Receita bruta declarada R\$	Situação SIMPLES Nacional
NOTUSCONT Instrutoria e Gestão	335.549,58	Optante de 29/02/2012 a 31/12/2015 - exclusão por comunicação do contribuinte a partir de 01/01/2016 (excesso de receita bruta – 20%)
TOTAL	767.759,02	

* DAS/ PGDAS

Sujeito passivo	* Receita bruta declarada R\$	Situação SIMPLES Nacional
L&A Contabilidade LTDA	432.209,44	Optante desde 02/08/2010
LAJ Segurança Patrimonial	0	Optante de 01/01/2013 a 31/12/2015 – exclusão por comunicação do contribuinte a partir de 01/01/2016 (excesso de receita bruta)

AC 2014

Sujeito passivo	* Receita bruta declarada R\$	Receita bruta apurada na fiscalização (notas fiscais emitidas) R\$	Situação SIMPLES Nacional
L&A Contabilidade LTDA	1.323.875,63	1.323.873,83	Optante desde 02/08/2010
LAJ Segurança Patrimonial	785.525,44	785.775,54	Optante de 01/01/2013 a 31/12/2015 – exclusão por comunicação do contribuinte a partir de 01/01/2016 (excesso de receita bruta)
NOTUSCONT Instrutoria e Gestão	1.520.990,47	1.563.985,63	Optante de 29/02/2012 a 31/12/2015 - exclusão por comunicação do contribuinte a partir de 01/01/2016 (excesso de receita bruta – 20%)
TOTAL 1	3.630.391,54	3.673.635,00	

Receita de serviços prestados ao condomínio residencial Varandas do Costa Azul – sem emissão de nota fiscal – NOTUS GESTÃO		212.357,32	
--	--	------------	--

Estimativa de receita de serviços prestados aos condomínios Dois de Julho, Sky, Morada Real e Village Coral – NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA		1.028.017,65	
Estimativa de receita de prestação de serviços da empresa LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL, no período 01 a 07/2014 (notas fiscais não apresentadas)		286.000,00	
TOTAL 2		5.200.010,00	

* DAS/ PGDAS
AC 2015

Sujeito passivo	* Receita bruta declarada R\$	Receita bruta apurada na fiscalização (notas fiscais emitidas/ contabilidade) R\$	Situação SIMPLES Nacional
L&A Contabilidade LTDA	1.890.972,67	1.890.972,67	Optante desde 02/08/2010
LAJ Segurança Patrimonial	3.806.622,50	Não apresentou contabilidade	Optante de 01/01/2013 a 31/12/2015 – exclusão por comunicação do contribuinte a partir de 01/01/2016 (excesso de receita bruta)
NOTUS GESTÃO Instrutoria	3.694.115,27	5.137.377,10	Optante de 29/02/2012 a 31/12/2015 - exclusão por comunicação do contribuinte a partir de 01/01/2016 (excesso de receita bruta – 20%)
TOTAL 1	9.391.710,44		

+			
Receita de serviços prestados ao condomínio residencial Varandas do Costa Azul – sem emissão de nota fiscal – NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA		276.405,40	
TOTAL 2			

(...)

51. Ressalta-se que o excesso de receita bruta do AC 2014 pode ter sido ainda superior ao que está demonstrado nos quadros anteriores (item 49) visto que as receitas auferidas com os serviços prestados pela empresa NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA aos condomínios residenciais Dois de Julho, Sky, Morada Real e Village Coral, para os quais não houve emissão de notas fiscais pela empresa, estão estimados com base na massa salarial existente nas folhas de pagamento, conforme cálculos na planilha do Anexo I. No caso do condomínio residencial Varandas do Costa Azul, foi considerada em campo específico a receita aproximada decorrente dos serviços prestados com base em “faturas” por ele apresentadas em diligência, embora também não tenham sido emitidas as respectivas notas fiscais.

52. O excesso de receita bruta do grupo no AC 2014 é ainda maior se considerarmos a receita da empresa LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL do período 01 a 08/2014, tendo em vista que não há informações em DAS (Declaração de Arrecadação do SIMPLES Nacional) e não foram apresentadas as notas fiscais emitidas nessas competências, conforme solicitado nos Termos de Intimação Fiscal nº 01 e 02 da Diligência nº 0510100.2017.00702, e no Termo de Início do Procedimento Fiscal (TIPF) nº 0510100.2018.00104;

52.1. A empresa começou a emitir notas fiscais eletrônicas da Prefeitura de Salvador a partir de 02/09/2014, referentes aos serviços prestados na competência 08/2014, em decorrência do novo domicílio no município. O extrato do SIMPLES Nacional também só apresenta receita declarada nas competências 09 a 12/2014 e os valores declarados são compatíveis com as notas fiscais eletrônicas do período;

52.2. Os fatos que evidenciam que a empresa teve receita de serviços nos meses 01 a 08/2014 já foram minuciados nos itens 11 a 14;

52.3. Considerando que a remuneração da mão de obra utilizada na prestação de serviços corresponda, no mínimo, a 40% (quarenta por cento) do valor do serviço na nota fiscal, consoante critério geral de aferição indireta previsto na IN RFB nº 971/2009, art. 450, I, estima-se receita bruta de, pelo menos, R\$ 286.000,00, no período 01 a 07/2014, com base na massa salarial em GFIP e na contabilidade;

52.4. Ressalta-se que em parte do Exercício 2014 a empresa estava ainda localizada no município de Camaçari (RMS) e, provavelmente, não estava obrigada a emitir nota fiscal eletrônica. Na contabilidade e no extrato do SIMPLES Nacional só constam as receitas a partir das notas fiscais eletrônicas/Prefeitura Municipal de Salvador.

53. Os dados das empresas LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL e NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA foram extraídos de DEFIS e DAS dos AC 2014 e 2015, de notas fiscais emitidas ou de contabilidade, mediante diligência fiscal de nº 0510100.2017.00702 (LAJ Segurança Patrimonial) e fiscalização nº 0510100.2017.00153 (NOTUS).

54. Convém mencionar que as empresas NOTUS GESTÃO INSTRUTORIA e LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL foram excluídas do SIMPLES por comunicação do sujeito passivo apenas a partir de 01/01/2016 quando ambas extrapolaram, individualmente, o limite de receita bruta no AC 2015;

54.1. Ressalta-se, porém, que, considerando-se esse critério individual, a exclusão da empresa NOTUS, por exemplo, deveria produzir efeitos já a partir de 01/12/2015, em atendimento à regra do art. 31, V, a, da LC nº 123/2006;

54.2. Todas as empresas fizeram opção pela apuração de imposto pelo regime de competência, conforme informado nas DEFIS (Declarações de Informações Socioeconômicas e Fiscais).

55. A exclusão do SIMPLES, de ofício, em virtude da caracterização da situação impeditiva prevista no art. 3º, § 4º, III, da LC nº 123/2006 produz efeitos a partir do mês seguinte ao que incorridas, conforme § 6º do mesmo artigo da Lei. Considerando que a receita bruta global extrapolou o limite no Exercício 2014 (12/2014) a exclusão produz efeitos a partir de 01/01/2015.”

Portanto, que fique claro: uma vez constatada, como realmente se demonstrou nestes autos, a existência de grupo econômico de fato, devem as receitas brutas globais das empresas envolvidas serem somadas e, se identificado que a soma ultrapassa o limite legal para permanecer o Simples Nacional, deve a Recorrente sim ser excluída do regime de tributação simplificado.

Neste contexto, restou perfeitamente esclarecido que os benefícios da sistemática simplificada de tributação, no que tange à Recorrente, estão em desacordo com a legislação, face da concretização da apuração de receita bruta superior ao limite máximo permitido e formação de grupo econômico de fato.

Da cessão de mão-de-obra: serviços de portaria

Ademais, está claro nos autos, verificada a existência de grupo econômico de fato, que a Recorrente realizava a prestação de serviços com cessão de mão de obra, atividade vedada para a opção pelo Simples Nacional, nos termos do art. 17, XII, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte:

(...)

XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra;

Pela a análise das informações de notas fiscais, GFIPs (CBO), folhas de pagamento, contratos de serviços e/ou contabilidade comprovam que foram também disponibilizados serviços de portaria, com fulcro nos fundamentos expostos no Relatório Fiscal de Exclusão do Simples (às e-fls. 2-46), os quais adoto como minhas razões de decidir, pelas pessoas jurídicas LAJ SEGURANÇA PATRIMONIAL e NOTUS GESTÃO INSTRUTÓRIA, casos em que, conforme já mencionado, a cessão de mão de obra¹ constitui atividade vedada à opção ao regime simplificado de tributação.

Neste sentido, já decidi:

¹ Convém ressaltar que os únicos serviços com cessão de mão de obra que permitem opção pelo SIMPLES Nacional são limpeza/manutenção e vigilância, todos enquadrados no Anexo IV, conforme art. 18, §§ 5º-C e 5º-H da LC nº 123/2006.

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. EXCLUSÃO. SIMPLES NACIONAL. COMPETÊNCIA. As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos. Ademais, competência para exclusão do Simples Nacional é da Receita Federal do Brasil, sendo realizada por seus Auditores-Fiscais, que exercem função essencial, típica e exclusiva de Estado, investidos na condição de autoridade pública federal responsável pela Administração Tributária e Aduaneira da União. SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. ATIVIDADE IMPEDITIVA. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. A empresa não logrou êxito em comprovar que não exerce os serviços identificados pela fiscalização, a fim de demonstrar o cumprimento dos requisitos para sua manutenção no Simples Nacional. **CESSÃO DE MÃO DE OBRA. SERVIÇOS DE PORTARIA. A pessoa jurídica que realize cessão ou locação de mão-de-obra não pode recolher tributos na forma do Simples Nacional. A exclusão produz efeitos a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva. Os serviços de portaria e de zeladoria, porque não se confundem com vigilância, limpeza ou conservação e são prestados mediante cessão de mão-de-obra, são vedados aos optantes pelo Simples Nacional.** (Grifei) – (Acórdão nº 1003-002.394, Relatora: Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Data da Sessão: 13/05/2021).

Ainda que assim não o fosse, destaque-se que basta a comprovação de uma causa vedada à opção/manutenção pelo Simples Nacional para o contribuinte seja excluído de tal regime de tributação. E no caso já está demonstrado que a Recorrente, em decorrência do grupo econômico de fato, ultrapassou o limite de receita bruta global no AC 2014 (até 20%), conforme circunstâncias aqui já relatadas, a partir de 01/01/2015, ou seja, do mês seguinte ao que incorrida a situação impeditiva (arts. 3º, II, e §§ 4º, III, e 6º).

Dos efeitos da exclusão

No tocante aos efeitos, como se observa, há concorrência de situações excludentes com produção de efeitos em períodos diversos. Assim, para fins de definição do início da produção dos efeitos, será considerada a situação excludente que ocorreu primeiro. A exclusão tem fundamentação no art. 29, I, da LC nº 123/2006, e efeitos previstos no artigo 31, II, da mesma lei, portanto, a partir de 01/01/2014, nos termos do Ato Declaratório Executivo DRF/SDR/SEFIS nº 06, de 27 de julho de 2018.

Demais alegações

Por fim, as demais alegações constantes da peça recursal serão apreciadas nos processos equivalentes de constituição do crédito tributário de cobrança da contribuição previdenciária e de terceiros.

Atinente aos princípios constitucionais, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade (art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF nº 2).

Conclusão

Ante o exposto, oriento meu no voto no sentido de manter a exclusão da Recorrente do Simples Nacional, nos termos do Ato Declaratório Executivo DRF/SDR/SEFIS nº 06, de 27 de julho de 2018, negando provimento ao recurso sob análise.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça