



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

Processo n° 10920.721153/2016-31
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1301-002.968 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de abril de 2018
Matéria EXCLUSÃO SIMPLES.
Recorrente CERTA SERVIÇOS CONTÁBEIS SOCIEDADE SIMPLES - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

SÓCIO. ADMINISTRADOR DE FATO. EMPRESAS DO SIMPLES NACIONAL.

A participação no capital, de fato, de pessoa física sócia de outra empresa beneficiária do regime diferenciado e/ou a existência de sócio administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos e o excesso de receita bruta acumulada desde o mês de janeiro/2012, início do período sob fiscalização, caracteriza hipótese de exclusão do SIMPLES NACIONAL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar argüida, e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Júnior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Breno do Carmo Moreira Vieira (suplente

convocado em substituição ao Conselheiro Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro), Ângelo Antunes Nunes (suplente convocado para manter paridade do colegiado), Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Leonam Rocha de Medeiros (suplente convocado em substituição à Conselheira Bianca Felícia Rothschild) e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Ausentes justificadamente os Conselheiros Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro e Bianca Felícia Rothschild.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão nº 07-39.441, proferido pela 3ª Turma da DRJ/FNS, que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, a seguir transcrito:

Trata o presente processo de Manifestação de Inconformidade contra a exclusão da Interessada do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01 de fevereiro de 2012, conforme consta nos atos administrativos que precederam a exclusão (Relatório Fiscal e Despacho Decisório SAORT nº 237/2016) e no próprio ato de exclusão, o Ato Declaratório Executivo DRF/JOI nº 18, de 10 de maio de 2016.

Segundo o referido Ato:

Art. 1º Excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES Nacional – a pessoa jurídica CERTA SERVIÇOS CONTÁBEIS S/S - EPP, CNPJ nº02.587.242/0001-59, por PARTICIPAR DE SEU CAPITAL PESSOA FÍSICA SÓCIA DE OUTRA EMPRESA BENEFICIÁRIA DO REGIME JURÍDICO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006, E POSSUIR SÓCIO ADMINISTRADOR DE OUTRA PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS, SENDO QUE A RECEITA BRUTA GLOBAL AUFERIDA EXTRAPOLA O LIMITE ESTABELECIDO, sendo vedada sua permanência naquele regime diferenciado nos termos do § 2º do inciso I do artigo 2º, dos incisos I, IV e VI do artigo 15, dos itens 1 e 2 da alínea “c” do inciso II do artigo 73 e do inciso I do artigo 76 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Art. 2º A exclusão surtirá efeito a partir de 1º de fevereiro de 2012 conforme disposto no item 2 da alínea “c” do inciso II do artigo 73 da Lei Complementar no 123/2006.

O ato de exclusão da Interessada do Simples Nacional foi formalizado em função de Representação Fiscal para Exclusão de Ofício do Simples Nacional (acostado em Relatório Fiscal, no processo) que apontou as causas originárias da exclusão.

A seguir, excertos desta Representação:

Em procedimentos fiscais realizados nas empresas ACTTIVITÁ SERVIÇOS CONTÁBEIS – SOCIEDADE SIMPLES EPP (ACTTIVITÁ), CNPJ 00.099.906/0001-05, e CERTA SERVIÇOS CONTÁBEIS – SOCIEDADE SIMPLES EPP (CERTA), CNPJ 02.587.242/0001-59, constatou-se que:

a-) a ACTTIVITÁ e a CERTA constituem grupo econômico de fato, pois estão sob o mesmo controle e administração dos irmãos JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA e JOÃO CARLOS DE OLIVEIRA, combinam esforços, compartilham recursos materiais e humanos para prestar os mesmos serviços contábeis e afins, e, incorrem, entre elas, em confusão patrimonial;

b-) ambas são optantes pelo Simples Nacional (Lei Complementar nº 123/2006) desde 01/01/2009, data da vigência das alterações da Lei Complementar nº 128/2008, com as opções realizadas em 23/01/2009, e;

c-) em todos os exercícios o faturamento combinado das empresas ultrapassam os limites fixados para o Simples Nacional.

2. A seguir, os fatos e fundamentos que embasam estas afirmações:

3. DO ENCERRAMENTO FORMAL DAS PARTICIPAÇÕES CRUZADAS DOS SÓCIOS NAS EMPRESAS VISANDO OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL.

3.1. Examinando-se os contratos sociais e alterações contratuais posteriores das empresas ACTTIVITÁ e CERTA, verifica-se que:

3.1.1. Tanto a ACTTIVITÁ, constituída em 10/05/1994, quanto a CERTA, constituída em 18/05/1998, tinham os mesmos sócios originais, os irmãos JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA e JOÃO CARLOS DE OLIVEIRA, o primeiro detendo parcela majoritária das cotas das empresas e os dois com poderes de administração;

3.1.2. Em alterações posteriores estas sociedades de irmãos são formalmente desfeitas. Com efeito, na CERTA, com a 1ª alteração contratual em 15/12/2003, o sócio JOSÉ CARLOS se retira da sociedade, substituído por 2 novas sócias, sendo que o sócio original remanescente JOÃO CARLOS passa a ser majoritário. Na ACTTIVITÁ, com a 5ª alteração contratual ocorrida em 19/01/2009, quem se retira é o sócio JOÃO CARLOS, substituído por nova sócia com participação irrisória de 242 cotas de um total de 55.000 cotas (de R\$ 1,00), equivalente e 0,44% do total, cabendo ao sócio original remanescente, JOSÉ CARLOS, o restante;

3.1.3. Ambas têm por objeto a PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONTÁBEIS E AFINS.

3.2. Com a edição da LC nº 128/2008, a partir 01/01/2009 os escritórios contábeis optantes pelo SIMPLES NACIONAL passam a usufruir da tributação do ANEXO III da LC nº 123/2006.

3.3. Conforme consulta ao portal do SIMPLES NACIONAL, no dia 23/01/2009 as empresas ACTTIVITÁ e CERTA, até então optantes pelo Lucro Presumido, fazem opção pelo SIMPLES NACIONAL a partir do exercício 2009.

3.4. O que merece destaque aqui é o fato dos eventos do item 3.1.2 (fim das participações cruzadas dos sócios nas empresas) ter permitido a elas a opção pelo SIMPLES NACIONAL, sendo que o descruzamento na ACTTIVITÁ se deu na mesma época da opção pelo SIMPLES NACIONAL, em 19/01/2009 e 23/01/2009, respectivamente.

3.5. Com efeito, sem esta manobra formal as empresas ACTTIVITÁ e CERTA não poderiam aderir ao SIMPLES NACIONAL, pois encontrariam as vedações dos itens III e V do § 4º do artigo 3º da LC 123/2006, visto que o faturamento combinado das empresas, de R\$ 2.914.124,84 em 2008, superava os limites do regime simplificado. Consequentemente não poderiam usufruir da tributação do ANEXO III da LC nº 123/2006, com alterações trazidas pela LC nº 128/2008.

4. DA CARACTERIZAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO DE FATO.

4.1. Examinando-se os documentos contábeis das empresas ACTTIVITÁ e CERTA, verifica-se que o fim das participações cruzadas dos sócios irmãos nestas empresas em 2009 e 2003 foi meramente formal, visando a adesão ao SIMPLES NACIONAL, pois, de fato, as empresas continuavam integrando o mesmo grupo econômico, com administração comum, combinação de esforços, compartilhamento de recursos e ocorrência de confusão patrimonial. A seguir, os elementos que levam a esta constatação:

4.2. AS EMPRESAS FUNCIONAM EM SALAS DO SÓCIO MAJORITÁRIO DA ACTTIVITÁ.

4.2.1. Conforme instrumentos societários, a ACTTIVITÁ está estabelecida nas salas 1701, 1703, 1705, 1707 e 1708 do edifício DEVILLE, localizado à Rua Dona Francisca, nº 260, Bairro Centro, Joinville, SC. A CERTA está nas salas 1201, 1205, 1207 e 1209 do mesmo edifício. Pois bem, conforme informações das Declarações do Imposto de Renda da Pessoa Física - DIRPFs 2011/2012 e seguintes de JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, ele é o proprietário de todas as salas ocupadas pelas empresas ACTTIVITÁ e CERTA.

4.2.2. A ACTTIVITÁ pagas os aluguéis ao proprietário JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, conforme

contratos de locação e Declarações do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - DIRFs. Já a CERTA, conforme contratos de locação, movimento contábil e DIRFs, paga os aluguéis à BENIGNA BUSSOLO DE OLIVEIRA, cônjuge do proprietário das salas.

4.2.3. Este fato das empresas ocuparem salas de propriedade do sócio majoritário da ACTTIVITÁ, isoladamente, não caracteriza formação de grupo econômico. Entretanto, isso serve para reforçar os fatos expostos a seguir.

4.2.4. O exposto neste tópico foi extraído de cópias dos contratos sociais e alterações (anexos II e XII), contratos de locação (anexos III e XIII), livros razão da CERTA (anexo XIX), DIRPFs do proprietário e DIRFs.

4.3. CLIENTES COMUNS.

4.3.1. Selecionando-se os registros de serviços prestados pelas empresas ACTTIVITÁ e CERTA com valores acima de R\$ 2.999,99, no período 01/2012 a 09/2015, chega-se a 13 clientes, que são responsáveis por 60,4% do faturamento auferido pelas empresas (R\$ 12.707.225,68 de R\$ 21.035.953,67).

4.3.2. Pois bem, o que se constata é que a maioria destes clientes (8 de 13) tomaram serviços de ambas as empresas em questão, seja de forma simultânea ou sequencial.

4.3.3. À guisa de exemplos temos: a tomadora ATHLETIC WAY, que no período 01/2012 a 04/2014 contratou apenas a ACTTIVITÁ, nos períodos 05/2014 a 06/2014 e 03/2015 a 08/2015 contratou ambas em todos os meses e, nos períodos 07/2014 a 02/2015 e 09/2015, apenas a CERTA; a N CORREIA, que no período 02/2012 a 06/2014 contratou apenas a ACTTIVITÁ, nos meses 01/2015 e 05/2015 contratou ambas as empresas e, nos períodos 07/2014 a 12/2014 e 02/2015 a 05/2015, apenas a CERTA; a SICTELL, que nos períodos 01/2014 a 05/2014 e 03/2015 a 09/2015 contratou apenas a ACTTIVITÁ e, no período 06/2014 a 02/2015 contratou em todos os meses ambas as empresas, e; a UNIVERSAL FITNESS, que no período de 01/2012 a 07/2013 contratou apenas a ACTTIVITÁ, nos períodos 08/2013 a 08/2014 e 12/2014 a 08/2015 contratou ambas as empresas em todos os meses e, nos períodos de 09/2014 a 11/2014 e 09/2015, apenas a CERTA.

4.3.4. O fato dos clientes contratarem ambas as empresas para serviços de contabilidade, em especial as situações incomuns de contratações concomitantes num certo período, indica que os clientes consideram ACTTIVITÁ e CERTA um empreendimento em comum.

4.3.5. Tais informações foram extraídas dos livros de registro de serviços prestados das empresas ACTTIVITÁ e CERTA e estão

demonstradas na planilha “Relação de NFE de Serviços Prestados com Valores > R\$ 2.999” (anexo X).

4.4. GASTOS COM PROPAGANDA E PUBLICIDADE APENAS NA ACTTIVITÁ.

4.4.1. No período 01/2012 a 09/2015 a ACTTIVITÁ registrou, segundo seu movimento contábil, as seguintes despesas com propaganda e publicidade:

[...]

4.4.2. A CERTA, no mesmo período de 01/2012 a 09/2015, não registrou um único centavo de gasto desta natureza.

4.4.3. Trata-se de um elemento a indicar combinação de esforços e compartilhamento de recursos posto que apenas uma das empresas desembolsa recursos para se promover e atrair clientes que, como exposto no tópico anterior contratam serviços contábeis de ambas as empresas.

4.4.4. As informações foram extraídas dos livros razões (anexos IX e XIX) e livros diários com balancetes analíticos (anexos VIII e XVIII).

4.5. SERVIÇOS DE CONFECÇÃO DE LIVROS CONTÁBEIS SEM CONTRAPARTIDA.

4.5.1. As capas dos livros diários e razões da CERTA, de 2012, 2013 e 2014 (nºs 15, 16 e 17) trazem pré-impressos, no canto inferior direito, os dizeres “ACTTIVITÁ Contabilidade”. Isto indica que a confecção dos livros contábeis da CERTA dos períodos 2012, 2013 e 2014 foi realizada pela ACTTIVITÁ ou à sua ordem. Ocorre que no movimento contábil da CERTA não há qualquer despesa afim com serviços de terceiros, nem há a respectiva receita no movimento contábil da ACTTIVITÁ, indicando que estes serviços foram prestados sem a contrapartida.

4.5.2. O fato de uma empresa (ACTTIVITÁ) prestar serviços de confecção de livros contábeis à outra (CERTA) sem a devida remuneração indica combinação de esforços, compartilhamento de recursos e confusão patrimonial, elementos que caracterizam um grupo econômico.

4.5.3. Cópias dos livros diários com balancetes analíticos e razões da CERTA, incluindo as capas (anexos VXIII e XIX), corroboram o exposto aqui.

4.6. COMPARTILHAMENTO DE PROFISSIONAL CONTÁBIL SEM CONTRAPARTIDA.

4.6.1. Verifica-se que todos os livros diários e razões, do período 01/2012 a 09/2015, tanto da ACTTIVITÁ quanto da CERTA, são assinados, na condição de profissional contábil responsável, pelo Técnico Contábil ANDRÉ GIOVANE TAVARES, CRC 1SC 030538/O-3.

4.6.2. Conforme instrumentos societários, ANDRÉ GIOVANE TAVARES é sócio minoritário e administrador da ACTTIVITÁ desde 27/05/2009 (data da 6ª alteração contratual). De outro lado, ANDRÉ GIOVANE TAVARES, neste período, não teve qualquer vínculo, seja de emprego, de prestação de serviços autônomos ou societário, com a CERTA.

4.6.3. Não se verificou, também, nos movimentos contábeis da ACTTIVITÁ e CERTA, qualquer prestação de serviços contábeis e afins entre elas (conforme já exposto no tópico anterior).

4.6.4. O fato do profissional pertencente aos quadros da ACTTIVITÁ como sócio administrador prestar serviços profissionais à CERTA indica que as empresas compartilham esta mão-de-obra, apontando existência do grupo econômico. Já o fato de não haver registro da contrapartida pelos serviços prestados caracteriza confusão patrimonial, reforçando os elos do grupo econômico.

4.7. COMPARTILHAMENTO DE RECURSOS NO PREPARO E ENTREGA DAS DIRFS.

4.7.1. Consultando-se as DIRFs da ACTTIVITÁ e da CERTA, dos períodos 2011/2012 a 2014/2015, disponíveis no sistema, verifica-se os seguintes dados do “responsável pelo preenchimento da declaração”:

4.7.1.1. DIRFs da ACTTIVITÁ e da CERTA de 2011/2012 e 2012/2013:

<i>Informações do responsável pelo preenchimento da declaração</i>	
<i>CPF</i>	<i>628.250.639-00</i>
<i>Nome</i>	<i>JOÃO CARLOS DE OLIVEIRA</i>
<i>DDD/Telefone/Ramal</i>	<i>(47) 3121-3641</i>
<i>Fax</i>	<i>0000-0000</i>
<i>Correio eletrônico</i>	<i>ACTTIVITA@TERRA.COM.BR</i>

4.7.1.2. DIRFs da ACTTIVITÁ 2013/2014 e da CERTA de 2014/2015

<i>Informações do responsável pelo preenchimento da declaração</i>	
<i>CPF</i>	<i>948.871.959-15</i>
<i>Nome</i>	<i>ANDRÉ GIOVANE TAVARES</i>
<i>DDD/Telefone/Ramal</i>	<i>(47) 3121-3620</i>
<i>Fax</i>	<i>0000-0000</i>
<i>Correio eletrônico</i>	<i>ACTTIVITA@TERRA.COM.BR</i>

4.7.1.3. DIRF de CERTA de 2013/2014:

<i>Informações do responsável pelo preenchimento da declaração</i>	
<i>CPF</i>	<i>948.871.959-15</i>
<i>Nome</i>	<i>ANDRÉ GIOVANE TAVARES</i>
<i>DDD/Telefone/Ramal</i>	<i>(47) 3121-3662</i>
<i>Fax</i>	<i>0000-0000</i>
<i>Correio eletrônico</i>	<i>CONTABIL3@ACTTIVITA.COM.BR</i>

4.7.2. Estes dados indicam que as DIRFs dos 4 períodos (2011/2012 a 2014/2015) das empresas ACTTIVITÁ e CERTA foram preenchidas e enviadas a partir da estrutura da ACTTIVITÁ, conforme apontam os telefones e correios eletrônicos. Já a pessoa responsável pelo preenchimento, no 1º e 2º períodos (2011/2012 e 2012/2013) foi JOÃO CARLOS DE OLIVEIRA, tanto da ACTTIVITÁ quanto da CERTA e, nos 3º e 4º períodos, foi ANDRÉ GIOVANE TAVARES, também das 2 empresas.

4.7.3. Pois bem, JOÃO CARLOS DE OLIVEIRA, após o fim das participações cruzadas exposto no tópico 3 (em 19/01/2009), manteve vínculo formal apenas com a CERTA, como seu sócio e administrador, sem qualquer vínculo (de emprego, de prestação de serviços autônomos ou societário) com a ACTTIVITÁ. Já ANDRÉ GIOVANE TAVARES, conforme exposto tópico 4.6, tem vínculo apenas com a ACTTIVITÁ, como sócio minoritário e administrador, sem qualquer vínculo (de emprego, de prestação de serviços autônomos ou societário) com a CERTA.

4.7.4. Como já exposto nos tópicos 4.5 e 4.6, não há nos livros contábeis da ACTTIVITÁ e da CERTA qualquer registro de receita/despesa por prestação/tomada de serviços contábeis e afins entre elas.

4.7.5. O fato de se utilizar a estrutura da ACTTIVITÁ para preparo e entrega das DIRFs da CERTA indica compartilhamento de estrutura administrativa. Já os fatos de se apontar o sócio administrador da CERTA com pessoa responsável pelo preenchimento das DIRFs da ACTTIVITÁ entregues em 2012 e 2013, e, o sócio administrador da ACTTIVITÁ como pessoa responsável pelo preenchimento das DIRFs da CERTA entregues em 2014 e 2015, indicam compartilhamento de mão-de-obra.

4.7.6. Este compartilhamento de estrutura administrativa e de mão-de-obra implica ocorrência de grupo econômico. O fato de não se registrar a contraprestação pelo uso dos recursos compartilhados caracteriza confusão patrimonial, reforçando os laços do grupo econômico.

4.7.7. Cópias das telas “Consulta única/Informações do responsável pelo preenchimento da declaração” das DIRFs (anexos VI e XVI), contratos sociais e alterações posteriores (anexos II e XII), telas CNIS/Vínculos de JOÃO CARLOS e ANDRÉ GIOVANE (anexo XX) e livros diários incluindo balancetes analíticos e razões (anexos VIII, IX, XVIII e XIX) são bases do exposto.

4.8. COMPARTILHAMENTO DE RECURSOS NO PREPARO E ENTREGA DAS GFIPS.

4.8.1. Consultando-se as Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social -GFIPs das empresas ACTTIVITÁ e da CERTA, disponíveis no sistema, relativas às competências 01/2012 a 09/2015, obtêm-se, na tela “Informações de “remessa / Responsável”:

<i>INFORMAÇÕES DO RESPONSÁVEL</i>	
<i>Tipo/Inscrição do Responsável</i>	<i>CNPJ / 99906000105</i>
<i>Nome do Responsável</i>	<i>ACTTIVITA SERVIÇOS CONTÁBEIS S</i>
<i>Nome do Contato</i>	<i>CÁTIA VASCONCELLOS</i>
<i>Logradouro</i>	<i>RUA DONA FRANCISCA 260</i>
<i>Bairro</i>	<i>CENTRO</i>
<i>Cidade</i>	<i>JOINVILLE</i>
<i>E-mail</i>	<i>ACTTIVITA@TERRA.COM.BR</i>
<i>UF</i>	<i>SC</i>
<i>QEP</i>	<i>89.201-250</i>
<i>Telefone de Contato</i>	<i>(47) 3121-3641</i>

4.8.2. Destas informações se infere que todas as GFIPs do período 01/2012 a 09/2015, tanto da ACTTIVITÁ quanto da CERTA, foram preparadas e entregues pela estrutura da ACTTIVITÁ, conforme 1ª, 2ª, 7ª e 10ª linhas acima, sempre tendo como contato “CÁTIA VASCONCELLOS”.

4.8.3. Pois bem, consultando-se o sistema CNIS/Vínculos verifica-se que CÁTIA ROSANE HAMMAN VASCONCELOS foi/é empregada da ACTTIVITÁ nos períodos de 01/11/2000 a 14/05/2002, 02/12/2002 a 21/07/2004, 05/01/2005 a 18/07/2006, 01/02/2007 a 10/08/2014 e 29/10/2015 em diante, e, foi empregada da CERTA no período 01/09/2014 a 25/10/2015.

4.8.4. Não há nos livros contábeis da ACTTIVITÁ e da CERTA qualquer registro de receita/despesa por prestação/tomada de serviços contábeis e afins, inclusive de RH, entre elas.

4.8.5. O fato de se utilizar a estrutura da ACTTIVITÁ para elaboração/entrega das GFIPs da CERTA (considerando que isto é uma atividade afim ao seu objeto social) aponta para a ocorrência de grupo econômico face a combinação de esforços e compartilhamento da estrutura. A omissão de contrapartida pelo recurso compartilhado implica confusão patrimonial, reforçando os laços entre as empresas do grupo econômico.

4.8.6. Já o fato da pessoa CÁTIA ROSANE HAMMAN VASCONCELOS (empregada registrada na CERTA no período 01/09/2014 a 25/10/2015, e na ACTTIVITÁ antes e depois deste período), constar como “Nome de Contato” em todas as GFIPs da ACTTIVITÁ e da CERTA indica compartilhamento de mão-

de-obra entre as empresas, corroborando as teses expostas no parágrafo anterior.

4.8.7. O exposto se baseia em cópias das telas “Informações de remessa/Responsável” de GFIPs das empresas (anexos VII e XVII, por amostragem), tela CNIS/Vínculos de CÁTIA ROSANE (anexo XX) e livros (anexo XX) e livros diários incluindo balancetes analíticos e razões (anexos VIII, IX, XVIII e XIX).

4.9. TESTEMUNHA E MODELO ÚNICO DOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

[...]

4.10. DA CONCLUSÃO ACERCA DO GRUPO ECONÔMICO DE FATO.

4.10.1. Diante do exposto, conclui-se que as empresas ACTTIVITÁ e CERTA constituem um grupo econômico de fato, pois estão sob o mesmo controle e administração dos irmãos JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA e JOÃO CARLOS DE OLIVEIRA, combinam esforços, compartilham recursos materiais e humanos para prestar os mesmos serviços contábeis e afins, e, incorrem, entre elas, em confusão patrimonial.

4.10.2. Estas empresas, em alterações contratuais em 15/12/2003 e 19/01/2009, eliminaram formalmente os vínculos entre elas com o encerramento das participações cruzadas dos sócios irmãos. Entretanto, verificações fiscais indicam que elas continuaram operando como antes.

4.10.3. Tal constatação decorre dos seguintes fatos, tomados em conjunto : a) mesmo ramo de atuação – serviços contábeis; b) ocupação por ambas de salas comerciais de um único proprietário, que é sócio majoritário da ACTTIVITÁ; c) a maioria dos grandes clientes são comuns às duas empresas; d) gastos com propaganda e publicidade a cargo de apenas uma das empresas –ACTTIVITÁ, indicando que ambas usufruem destes gastos; e) compartilhamento de serviços de confecção de livros contábeis, sem contrapartida; f) compartilhamento de profissional contábil, sem contrapartida; g) compartilhamento de recursos para preparo e entrega de DIRFs, sem contrapartida; h) compartilhamento de recursos para preparo e entrega de GFIPs, sem contrapartida, e; i) testemunha e modelo único dos contratos de prestação de serviços.

4.10.4. Este modo de atuação em grupo econômico, em especial a confusão patrimonial pelo compartilhamento de recursos materiais e humanos sem a devida contrapartida, só é possível se a administração for comum e a propriedade também, ou seja, das mesmas pessoas. Só desse modo é plausível que uma empresa preste serviços para outra sem exigir remuneração ou que ceda sua estrutura e/ou mão-de-obra para outra sem esta exigência.

[...]

6. DA CONCLUSÃO DESTA REPRESENTAÇÃO

6.1. Encerra-se esta representação concluindo que os irmãos JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA e JOÃO CARLOS DE OLIVEIRA são os proprietários comuns e administradores de fato das empresas ACTTIVITÁ e CERTA, mesmo após as alterações contratuais (em 15/12/2003 na CERTA e em 19/01/2009 na ACTTIVITÁ) que encerraram esta situação. Estas alterações formais não refletiram no quadro fático (conforme conclusão do subtópico 4.9) e tiveram apenas o intuito driblar as vedações à opção pelo SIMPLES NACIONAL, visto que o faturamento combinado das empresas foi, conforme tópico 5, em todos os períodos, superior aos limites do regime simplificado.

6.2. Com efeito, desde 01/01/2009 ambas as empresas são optantes pelo SIMPLES NACIONAL (LC 123/2006, com alterações da LC 128/2008).

6.3. Os indícios destas irregularidades vêm desde a época da opção pelo SIMPLES NACIONAL, entretanto, conforme anexos, foram provados a partir do período inicial da fiscalização (01/01/2012).

6.4. Logo, a ACTTIVITÁ e a CERTA se enquadram nas vedações dos itens III e V do § 4º do artigo 3º da LC nº 123/2006, sendo irregular sua opção e permanência no SIMPLES NACIONAL. Havendo omissão das empresas em comunicar suas exclusões obrigatórias (inciso II do artigo 30 da LC nº 123/2006), sujeitam elas à exclusão de ofício com base no inciso I do artigo 29 da LC nº 123/2006, com efeitos a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva (inciso II do artigo 31 da LC nº 123/2006).

6.5. Em face do exposto PROPONHO o encaminhamento da presente Representação à Seção de Orientação e Análise Tributária – SAORT da DRF de JOINVILLE/SC, para que seja determinada a exclusão do contribuinte CERTA SERVIÇOS CONTÁBEIS – SOCIEDADE SIMPLES EPP, CNPJ 02.587.242/0001-59, do SIMPLES NACIONAL, com efeitos a partir de 01/02/2012.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Inconformada com o ato de exclusão, a Interessada apresentou sua Manifestação de Inconfornidade, que ora se resume:

- que o Ato Declaratório n. 18 exclui a recorrente do Simples e para tanto justificou tal medida em dispositivo legal SEM CONSONÂNCIA COM A REALIDADE DOS FATOS; transcreve o art.10 do decreto 70.235/72 para concluir que o ato administrativo não atendeu ao requisito legal do inciso IV deste artigo (a disposição legal infringida);

- discorre sobre a definição de grupo econômico encontrada na Lei das S/A; que a existência de grupo econômico não foi

comprovado, já que o resultado da fiscalização apontou apenas para “indícios” e não PROVAS CONCRETAS;

- que não há confusão societária nas empresas, já que cada uma tem seus sócios individuais e independentes;

*- o fato de um irmão **alugar** salas comerciais para uso da empresa de outro irmão e pagar aluguel por isso não pode ser considerado elemento de convicção de que exista grupo econômico;*

*- não se pode concluir assim, também, só pelo fato de ambas as empresas prestarem serviços contábeis para **clientes comuns**, que houve o devido pagamento para as duas empresas;*

*- **Serviços de Confeção de Livros Contábeis***

*- **Compartilhamento de Profissional Contábil***

*- **Compartilhamento de Recursos no Preparo e Entrega das DIRF'S***

*- **Compartilhamento de Recursos no Preparo e Entrega de GFIPS***

*- que estes quatro tópicos combinados entre si revelam a realidade das empresas que realizam **permuta**, com o objetivo de minimizar custos operacionais e financeiros; que a permuta realizada entre as empresas são de mesmo valor, não havendo perdas nem ganhos, apenas empate, o que também não gera qualquer tipo de tributação;*

*- impugna também a pretensão da fiscalização em querer o **efeito retroativo da exclusão**, gerando efeitos nos exercícios de 2012, 2013, 2014, 2015 e 2016; que tal efeito só poderia ocorrer após a emissão do Ato Declaratório, que só teve ciência em 31/05/2016; que o art.146 do CTN veda tal efeito retroativo;*

- desta forma, o disposto no artigo 15, II da Lei 9.316/96, que prevê a exclusão do SIMPLES surtirá efeito a partir do mês subsequente ao em que incorrida a situação excludente, não se aplica a este caso, já que o contribuinte não atende aos requisitos a partir de determinado marco temporal, não estabelecendo, assim, nova situação e, portanto, não cabendo o reconhecimento retroativo das diferenças de recolhimento de tributos, bem como os efeitos previstos no ordenamento jurídico;

Na seqüência, foi proferido o acórdão recorrido, pela 3ª Turma da DRJ/FNS, com o seguinte ementário:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2012

Sócio. Administrador de Fato. Empresas do Simples Nacional.

A participação no capital, de fato, de pessoa física sócia de outra empresa beneficiária do regime diferenciado e/ou a existência de sócio administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos e o excesso de receita bruta acumulada desde o mês de janeiro/2012, início do período sob fiscalização, caracteriza hipótese de exclusão do SIMPLES NACIONAL.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Após intimado (fls. 585), a empresa autuada apresenta, tempestivamente, seu Recurso Voluntário, pugnando pelo provimento, onde apresenta argumentos que serão a seguir analisados.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Relator.

O recurso apresentado pela autuada é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/1972. Portanto, dele conheço.

Como relatado, através do Ato Declaratório Executivo nº 18, de 10 de maio de 2016, a recorrente foi excluída do regime simplificado de pagamentos de tributos denominado de Simples Nacional, com efeito a partir de 1º de fevereiro de 2012.

A acusação fiscal é de que a empresa recorrente e a Acttivity constituem uma só empreendimento, sob o mesmo controle e administração dos irmãos José Carlos de Oliveira e João Carlos de Oliveira, que combinam esforços, compartilham recursos materiais e humanos para prestar os mesmos serviços contábeis e afins, e, incorrem, entre elas, em confusão patrimonial. Pontua a fiscalização que ambas são optantes pelo Simples Nacional (LC 123/2006) desde 01/01/2009, data da vigência da LC nº 128/2008, com as opções realizadas em 23/01/2009, e que em todos os exercícios o faturamento combinado das empresas ultrapassam os limites fixados para o Simples Nacional.

A fiscalização reuniu os seguintes elementos fáticos:

- 1) Participação cruzada dos sócios na Acttivity e da Certa, que foram somente formalmente encerradas em 2003 e 2009, visando somente a opção pelo Simples;
- 2) O sócio majoritário da Acttivity é proprietário de todas as salas ocupadas pela Acttivity e certa;
- 3) As empresas possuem clientes comuns com contratações concomitantes;
- 4) Somente a empresa Acttivity tem gastos com propaganda;

5) Os livros diário e razão da Certa de 2012 a 2014 trazem pré-impreso, no canto inferior direito, os dizeres "Activitá Contabilidade";

6) Os livros diário e razão do período de 01/02 a 09/2015 da Certa são assinados pelo sócio minoritário e administrador da Activitá;

7) O responsável pela entrega da DIRF de ambas as empresas do período 2011/2012 e 2012/2013 é o sócio majoritário da Certa; no período 2013/2014 da Activitá e dos períodos 2013/2014, 2014/2015 da Certa, é o sócio minoritário da Activitá, e que os telefones e emails informados apontam que as DIRFS foram preenchidas e enviadas a partir da estrutura da Activitá (email: activita@terra.com.br e contabil3@activita.com.br);

8) As GFIS de ambas empresas sempre tiveram como responsável Cátia Vasconcelos, que é empregada da Activitá, mas no período de 01/09/2014 a 25/10/2015 foi empregada da Certa, e;

9) Ambas empresas possuem o mesmo modelo de contrato de prestação de serviços e as mesmas testemunhas assinam.

Em sede de recurso, alega o contribuinte, preliminarmente, ilegalidade do ato de exclusão por inexistir no referido ato a correta disposição legal infringida e a penalidade dela decorrente e, no mérito, suscita inexistir provas concretas da existência de uma só empresa ou grupo econômico de fato, refutando cada um dos pontos apontados na fiscalização, pugnando ainda pela irretroatividade do ato de exclusão.

Em que pese suas ponderações, entendo que não lhe assiste razão.

Quanto à preliminar suscitada, de fato, a fundamentação legal contida no Ato de exclusão faz referência aos artigos da Lei Complementar 123/2006, quando, na realidade, os artigo (todos) pertencem à Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011.

De certo que o Ato de exclusão deveria conter os dispositivos da referida Lei Complementar, porém, penso que tal equívoco não pode macular o procedimento fiscal que concluiu pela exclusão da recorrente no Simples Nacional, vez que toda a situação constatada pela fiscalização foi minuciosamente **descrita** na Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional (e-fls. 2 a 12), bem como no Despacho Decisório SAORT nº 237/2016 (e-fls. 496 a 499).

*REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA EXCLUSÃO DE OFÍCIO
DO SIMPLES NACIONAL*

Sr. Chefe da Seção de Fiscalização,

1. Em procedimentos fiscais realizados nas empresas ACTTIVITÁ SERVIÇOS CONTÁBEIS – SOCIEDADE SIMPLES EPP (ACTTIVITÁ), CNPJ 00.099.906/0001-05, e CERTA SERVIÇOS CONTÁBEIS – SOCIEDADE SIMPLES EPP (CERTA), CNPJ 02.587.242/0001-59, constatou-se que:

a-) a ACTTIVITÁ e a CERTA constituem grupo econômico de fato, pois estão sob o mesmo controle e administração dos irmãos JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA e JOÃO CARLOS DE OLIVEIRA, combinam esforços, compartilham recursos

materiais e humanos para prestar os mesmos serviços contábeis e afins, e, incorrem, entre elas, em confusão patrimonial;

b-) ambas são optantes pelo Simples Nacional (Lei Complementar nº 123/2006) desde 01/01/2009, data da vigência das alterações da Lei Complementar nº 128/2008, com as opções realizadas em 23/01/2009, e;

c-) em todos os exercícios o faturamento combinado das empresas ultrapassam os limites fixados para o Simples Nacional.

2. A seguir, os fatos e fundamentos que embasam estas afirmações:

(...)

6. DA CONCLUSÃO DESTA REPRESENTAÇÃO

6.1. Encerra-se esta representação concluindo que os irmãos JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA e JOÃO CARLOS DE OLIVEIRA são os proprietários comuns e administradores de fato das empresas ACTTIVITÁ e CERTA, mesmo após as alterações contratuais (em 15/12/2003 na CERTA e em 19/01/2009 na ACTTIVITÁ) que encerraram esta situação. Estas alterações formais não refletiram no quadro fático (conforme conclusão do subtópico 4.9) e tiveram apenas o intuito driblar as vedações à opção pelo SIMPLES NACIONAL, visto que o faturamento combinado das empresas foi, conforme tópico 5, em todos os períodos, superior aos limites do regime simplificado.

6.2. Com efeito, desde 01/01/2009 ambas as empresas são optantes pelo SIMPLES NACIONAL (LC 123/2006, com alterações da LC 128/2008).

6.3. Os indícios destas irregularidades vêm desde a época da opção pelo SIMPLES NACIONAL, entretanto, conforme anexos, foram provados a partir do período inicial da fiscalização (01/01/2012).

6.4. Logo, a ACTTIVITÁ e a CERTA se enquadram nas vedações dos itens III e V do § 4º do artigo 3º da LC nº 123/2006, sendo irregular sua opção e permanência no SIMPLES NACIONAL.

Havendo omissão das empresas em comunicar suas exclusões obrigatórias (inciso II do artigo 30 da LC nº 123/2006), sujeitam elas à exclusão de ofício com base no inciso I do artigo 29 da LC nº 123/2006, com efeitos a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva (inciso II do artigo 31 da LC nº 123/2006).

6.5. Em face do exposto PROPONHO o encaminhamento da presente Representação à Seção de Orientação e Análise Tributária – SAORT da DRF de JOINVILLE/SC, para que seja determinada a exclusão do contribuinte CERTA SERVIÇOS CONTÁBEIS – SOCIEDADE SIMPLES EPP, CNPJ

02.587.242/0001-59, do SIMPLES NACIONAL, com efeitos a partir de 01/02/2012.

DESPACHO DECISÓRIO SAORT Nº 237/2016

EMENTA – Grupo Econômico. Pessoa Física Participante do Capital é Sócia de Outra Empresa Optante pelo SIMPLES Nacional. Sócio ou Titular Administrador de Pessoa Jurídica com Fins Lucrativos. Excesso de Receita Bruta. Falta de Comunicação de Exclusão Obrigatória. Exclusão de Ofício do SIMPLES Nacional.

Possuir como participante do Capital Social, pessoa física sócia de outra empresa beneficiária do tratamento diferenciado da Lei Complementar nº 123/2006, Sócio ou Titular administrador de pessoa jurídica com fins lucrativos, e auferir receita bruta global em valor superior ao limite legalmente estabelecido configura hipótese de impedimento à opção e de obrigatoriedade de exclusão do regime diferenciado do SIMPLES Nacional por comunicação da empresa, com efeitos a partir do mês subsequente ao da ocorrência da situação de vedação. Não efetuada a exclusão por comunicação cabe procedimento de ofício. (§ 2º e alíneas “a” e “b” do inciso I do artigo 2º, incisos I, IV e VI do artigo 15, item 2 da alínea “c” do inciso II do artigo 73, e inciso I do artigo 76 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011).

(...)

FUNDAMENTAÇÃO

Configura-se, conforme dados coletados, a participação no capital de pessoa física sócia de outra empresa beneficiária do regime diferenciado, a existência de sócio administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos e o excesso de receita bruta acumulada desde o mês de janeiro/2012, início do período sob fiscalização, o que caracteriza hipótese de exclusão do SIMPLES Nacional desde o mês subsequente ao de sua ocorrência, ou seja, 1º de FEVEREIRO de 2012, estendendo-se a proibição de nova opção pelos exercícios de 2013, 2014, 2015 e 2016 com base na receita bruta auferida pelo Grupo Econômico.

Para efetivar essa exclusão, determina o § 1º do artigo 75 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, que será expedido termo de exclusão pelo ente federativo que iniciar o processo de exclusão de ofício.

DECISÃO

Em face do exposto, com base na documentação anexada ao presente processo e considerando a legislação que rege a matéria (Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011), conclui-se pela ocorrência de infração à legislação por PARTICIPAR DE SEU CAPITAL PESSOA FÍSICA SÓCIA DE OUTRA EMPRESA BENEFICIÁRIA DO REGIME JURÍDICO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 2006, ALÉM DE POSSUIR SÓCIO ADMINISTRADOR DE OUTRA PESSOA JURÍDICA

COM FINS LUCRATIVOS, SENDO QUE A RECEITA BRUTA GLOBAL AUFERIDA EXTRAPOLA O LIMITE ESTABELECIDO o que, por consequência, exige que se EXCLUA DE OFÍCIO A EMPRESA da sistemática de arrecadação do SIMPLES Nacional com efeitos contados a partir de 1º DE FEVEREIRO de 2012.

ENCAMINHE-SE ao Delegado da Receita Federal do Brasil em Joinville para proceder a emissão do Ato Declaratório Executivo de Exclusão.

POSTERIORMENTE CIENTIFIQUE-SE a contribuinte mediante entrega de uma via do ADE de exclusão acompanhado deste Despacho Decisório e da Representação Fiscal motivadora do procedimento.

Desta decisão, cabe manifestação de inconformidade à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência deste despacho.

A recorrente tomou a devida ciência destes atos administrativos, que a excluiu de ofício do Simples Nacional e, ao defender-se, abordou questões pontuais motivadoras de sua exclusão, demonstrando que compreendeu os motivos ensejadores de culminou com a exclusão, inexistindo, portanto, prejuízo em seu direito de defesa.

Logo, afasto a preliminar alegada.

Quanto ao mérito, vê-se que a legislação do Simples Nacional (LC nº 123/2006, art. 3, §4º, inciso III e V) veda expressamente a opção pelo Simples por pessoa jurídica que:

- 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.

- cujo sócio ou titular participe seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo.

Com efeito, a fiscalização apresentou diversos elementos convergentes que demonstram que *Activitá* e a *Certa* constituem uma só empresa ou grupo econômico de fato, sob o mesmo controle e administração dos irmãos José Carlos de Oliveira e João Carlos de Oliveira. Assim, embora **por uma questão formal** o sócio da outra empresa (de seu irmão) não pertença ao quadro societário da recorrente, **de fato** fazia ele parte da administração.

Segundo os fatos relatados pela fiscalização, os citados irmãos eram sócios administradores de ambas as empresas, quando estas eram constituídas sob as regras de tributação do Lucro Presumido. Posteriormente, desfizeram este vínculo societário ao ingressarem no regime de tributação simplificado do Simples Nacional, onde permaneceram com o mesmo objeto social de antes (prestação de serviços contábeis).

A autoridade fiscal afirma que esta separação societária (que denomina de fim das participações cruzadas dos sócios nas empresas) foi feita apenas formalmente, o que lhes permitiram fazer a opção pelo Simples Nacional, pois “*sem esta manobra formal*”, as referidas empresas não poderiam aderir a este sistema simplificado, uma vez que o faturamento de ambas, somados, ultrapassaria o limite legal para permanência neste regime. Destaca a autoridade fiscal que “*em todos os exercícios o faturamento combinado das empresas ultrapassam os limites fixados para o Simples Nacional.*”

Embora argumente a recorrente que o referido grupo econômico nunca existiu, e de que inexistiu prova nos autos de que: i) as pessoas jurídicas compõem uma mesma unidade empresarial; ii) o quadro societário seja comum ou com os mesmos dirigentes e; iii) a personalidade jurídica e o patrimônio de cada uma esteja unido por um interesse econômico; inclusive, afirmando como inverídicas as informações apontadas pela fiscalização por estar em descompasso com a definição de grupo econômico prevista na Instrução Normativa nº 971/2009, suas alegações não se coadunam com as provas existentes nos autos, mormente quando se constata: 1) a existência de gastos com propaganda e publicidade a cargo de uma só empresa; 2) confecção de livros contábeis das empresas por apenas uma delas; que as empresas dos irmãos prestavam serviços contábeis a clientes comuns e, em diversas ocasiões, em um mesmo período, etc.

Quanto a este último elemento de prova, ressalte-se que na significativa amostragem realizada pela autoridade fiscal, em cerca de 13 (treze) clientes responsáveis por cerca de 60,40% do faturamento de ambas as empresas, o fato revelador é que “*a maioria destes clientes (8 de 13) tomaram serviços de ambas as empresas em questão, seja de forma simultânea ou seqüencial*”. (item 4.3.2 da Representação Fiscal para Exclusão de Ofício do Simples Nacional).

Acresça-se ainda a constatação fiscal de que os livros contábeis (Diário e Razão) das duas empresas eram assinadas pelo Sr. André Giovane Tavares, sócio minoritário e administrador da Activitá, sem que este senhor fosse remunerado pelos serviços prestados à Certa, o que vem a reforçar a conclusão fiscal de que se tratava de uma única empresa.

Desta forma, penso restar demonstrado que as empresas em questão formam **um único empreendimento, divididas apenas no papel**, vez que, **se assim não fosse, não poderiam ter optado pelo Simples Nacional**.

Por fim, no que pertine aos efeitos da exclusão, compartilho com o entendimento da DRJ, de que tais efeitos encontram-se estabelecidos na LC 123/2006, cujos dispositivos legais pertinentes foram citados pela autoridade autuante:

Art.31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

[...]

II. na hipótese do inciso II do caput do art.30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva;

Art.30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou dar-se-á:

[...]

Processo nº 10920.721153/2016-31
Acórdão n.º **1301-002.968**

S1-C3T1
Fl. 687

II. obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar, ou

[...]

Logo, acertada a conclusão da autoridade fiscal ao determinar que seu Ato de exclusão surtirá efeito a partir de 1º de fevereiro de 2012.

Isso posto, voto por rejeitar a preliminar alegada e no mérito por negar provimento ao recurso, mantendo a exclusão efetuada de ofício e consignada no Ato Declaratório Executivo DRJ/JOI nº 18, de 10 de maio de 2016.

(assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza