



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

| | |
|--------------------|--|
| Processo nº | 10920.721915/2016-08 |
| Recurso nº | Voluntário |
| Acórdão nº | 1301-002.970 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária |
| Sessão de | 11 de abril de 2018 |
| Matéria | EXCLUSÃO SIMPLES. AUTO DE INFRAÇÃO |
| Recorrente | CERTA SERVIÇOS CONTÁBEIS SOCIEDADE SIMPLES - EPP |
| Recorrida | FAZENDA NACIONAL |

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015

PROCEDIMENTO FISCAL. OBSERVÂNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

O atendimento aos preceitos da legislação do processo administrativo tributário, com a observância do contraditório, afasta a hipótese de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa.

Assim, não provada violação das disposições contidas no art. 142 do CTN, nem dos arts. 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade quer do lançamento, quer do procedimento fiscal que lhe deu origem.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015

ATO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. MATÉRIA PRECLUSA.

Havendo decisão em outro processo administrativo em que foi mantida a exclusão do Simples, não há como se manifestar sobre a matéria.

ARBITRAMENTO DO LUCRO.

Sujeita-se ao arbitramento do lucro, nos termos do que prevê o art. 530, inciso III, do RIR, o contribuinte que, após intimado, não apresenta livros contábeis e fiscais necessários à apuração do IRPJ/CSLL pelo lucro real.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015

RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. TERCEIRO. ART.124, I DO CTN. CONFIGURAÇÃO.

Mantém-se a empresa citada como responsável solidária no polo passivo da obrigação tributária quando resta comprovada a existência de interesse comum

de que trata o art.124 do CTN, decorrente do liame inequívoco presente nas atividades desempenhadas pelas empresas envolvidas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares argüidas, e, no mérito, negar provimento aos recursos voluntários.

(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 07-39.442, proferido pela 3^a Turma da DRJ/FNS, que, por unanimidade de votos, julgou improcedente as impugnações apresentadas, mantendo o crédito tributário exigido e a atribuição da responsabilidade solidária.

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

Por meio dos Autos de Infração às folhas 03 a 132, foram exigidas da contribuinte acima qualificada as importâncias de R\$ 668.999,44 a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, de R\$ 188.708,91 de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, de R\$ 78.266,47 a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e de R\$ 13.212,41 a título de Contribuição para o PIS/Pasep, acrescidas

de multa de ofício de 75% e encargos legais devidos à época do pagamento, referentes a fatos geradores trimestrais ocorridos nos anos calendário de 2012, 2013, 2014 e 2015, sob as regras do Lucro Arbitrado.

Em consulta à “Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is)”, verifica-se que a autuação se deu em razão de:

“Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte, notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e termo(s) de intimação em anexo, deixou de apresentá-los.”

Enquadramento legal: art.530, inciso III do RIR/99

RECEITAS DA ATIVIDADE

INFRAÇÃO: RECEITA BRUTA MENSAL NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS LEGALMENTE REGULAMENTADOS

Arbitramento do lucro realizado com base receita bruta mensal na prestação de serviços profissionais legalmente regulamentados, conforme relatório fiscal em anexo.

[...]

DEMONSTRATIVO DE RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS

Demais Responsáveis Tributários

Nome Empresarial: ACTTIVITA SERVIÇOS CONTÁBEIS SOCIEDADE SIMPLES – EPP

Responsabilidade Tributária

Responsabilidade Solidária de Fato

Motivação

Conforme narrado em detalhes no relatório de representação para exclusão do simples nacional (tópico 4) e no relatório fiscal dos lançamentos (tópico 5), as pessoas jurídicas ACTTIVITÁ e CERTA formam um grupo econômico de fato.

Enquadramento Legal

A partir de 01/01/2000

Art.124, inciso I, da Lei nº 5.172/66

De se transcrever o Relatório Fiscal (fls.620 a 639)

RELATÓRIO FISCAL

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Nº
10920.721.915/2016-08

TDPF Nº 0920200-2015-00385-6

(LANÇAMENTO DE OFÍCIO DE IRPJ, CSLL, COFINS e PIS/PASEP EM FACE DA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL)

2. DO PROCEDIMENTO FISCAL

2.1. Trata-se de Procedimento Fiscal de nº 0920200.2015.00385-6, instaurado pelo AFRFB JORGE KENJI HIRATA, MATRICULA SIPE 00881257, em face do sujeito passivo já identificado, tendo por objetos as verificações da regularidade da opção pelo SIMPLES NACIONAL (LC nº 123/2006) e, do correto cumprimento de obrigações tributárias relativas às Contribuições Sociais Previdenciárias da empresa/empregador do período 01/2012 a 09/2015.

2.2. No dia 10/12/2015 o sujeito passivo foi cientificado de seu início mediante entrega do Termo de Início de Procedimento Fiscal via postal. No mesmo TIPF o sujeito passivo é intimado a prestar esclarecimentos e apresentar cópias de documentos relativos ao objeto do procedimento.

2.3. Em 04/01/2016 o sujeito passivo entregou pedido de prorrogação de prazo de 30 dias para atendimento do TIPF. No dia 03/02/2016 são prestados os esclarecimentos e apresentados os livros e documentos do TIPF.

2.4. Para esclarecimentos adicionais, em 26/02/2016 o sujeito passivo foi intimado via postal do TIF nº 01.

2.5. No dia 04/04/2016 são prestados os esclarecimentos do TIF nº 01.

2.6. Em 31/05/2016 o sujeito passivo teve ciência via postal do ADE nº 18, de 10/05/2016, que declara a exclusão do SIMPLES NACIONAL.

2.7. Em decorrência da exclusão do SIMPLES NACIONAL, o procedimento fiscal em tela foi ampliado para abranger o IRPJ, CSLL, COFINS e PIS/PASEP, todos do período 01/01/2012 a 31/12/2015.

2.8. No dia 03/06/2016 o sujeito passivo foi intimado via postal do TIF nº 02 para, face o exposto acima (nos parágrafos 2.6 e 2.7), ter ciência do procedimento da apuração dos impostos e contribuições federais aplicáveis às pessoas jurídicas em geral; fazer a opção pelo regime de tributação do IRPJ/CSLL, e; se for o caso, apresentar o LALUR, ECF e os livros contábeis.

2.9. Na resposta ao TIF nº 02, o sujeito passivo articula questões relativas ao trâmite do processo que trata da exclusão do SIMPLES NACIONAL, não atendendo ao TIF nº 02 no mérito.

2.10. O TIF nº 03, entregue via postal em 13/06/2016, reitera o exposto no TIF nº02, advertindo o sujeito passivo das implicações do não atendimento.

2.11. Em 16/06/2016, conforme consulta ao site do TRF4/SJSC, o sujeito passivo impetrou mandado de segurança nº 5008535-47.2016.4.04.7201/SC, pedindo o cancelamento dos TIFs nº 02 e 03 e a declaração de nulidade dos atos, alegando que o processo de exclusão do Simples Nacional está em prazo de recurso com efeito suspensivo. Na liminar o MM Juiz determinou: ao impetrado que: (i) não considere a opção referida no TIF nº 02 como confissão da exclusão do Simples; (ii) abstenha-se de oferecer resistência ao ADE DRFJOI nº 18/2016, e; (iii) abstenha-se de lançar os impostos e contribuições referidos nos TIFs sem registrar a suspensão da exigibilidade enquanto discutida administrativamente a exclusão do Simples Nacional, e; à impetrante, para que cumpra tempestivamente a opção que lhe foi dada (no TIF nº 02).

2.12. Pois bem, considerando-se as determinações da liminar e o vencimento do prazo do TIF nº 03 sem manifestação do sujeito passivo, em 27/06/2016 foi lavrado o Termo de Constatação nº 01, com a seguinte conclusão: “*E. Isto posto: (i) registro que os lançamentos fiscais serão formalizados em consonância com as determinações da liminar, e; (ii) constato que, vencido o prazo fixado no TIF nº 03, em 21/06/2016, o Sujeito Passivo não fez a opção pelo regime de tributação no IRPJ/CSLL, nem apresentou os livros da contabilidade e o LALUR / ECF, necessários à apuração do IRPJ/CSLL pelo lucro real, desta forma incorrendo na hipótese do artigo 530 e 532 do RIR.*”

3. DA OCORRÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO DE FATO, DA OPÇÃO E PERMANÊNCIA IRREGULARES NO SIMPLES NACIONAL E DA EXCLUSÃO DE OFÍCIO DESTE REGIME.

3.1. A CERTA é uma sociedade simples constituída em 18/05/1998 que tem por objeto a prestação de serviços de contabilidade e afins. Conforme consulta ao Portal do SIMPLES NACIONAL, ela é optante por este regime desde 01/01/2009.

3.2. O presente procedimento fiscal, e outro, concomitante, junto ao contribuinte ACTTIVITÁ (identificado no início, no quadro Q2), concluiu pela existência de grupo econômico de fato entre a CERTA e ACTTIVITÁ, e por irregularidades na adesão e permanência da CERTA e ACTTIVITÁ no SIMPLES NACIONAL.

3.3. Com efeito, restou constatado que os contribuintes formam um grupo econômico de fato, pois combinam esforços e atuam de forma coordenada visando maior eficiência em suas atividades, sob direção e administração comuns. Verificou-se, inclusive, confusão patrimonial entre ambas. O relatório e documentos juntados ao processo mencionado a seguir (no parágrafo 3.5) demonstram em detalhes o aqui exposto.

3.4. Como, em todos os períodos examinados, o faturamento combinado ultrapassa os limites do SIMPLES NACIONAL, a opção e permanência destes contribuintes neste regime são irregulares.

3.5. Diante destes fatos, foi lavrada representação fiscal propondo a exclusão de ofício da CERTA do SIMPLES NACIONAL, cujo processo, de nº 10920.721.153-2016/31, foi encaminhado ao setor competente da DRFJOI para apreciação e decisão.

3.6. Em 10/05/2016 foi expedido o ADE DRFJOI nº 18/2016 declarando a exclusão do contribuinte do regime do SIMPLES NACIONAL, com efeito a partir de 01/02/2012. Em 31/05/2016 o contribuinte teve ciência deste ADE via postal.

4. DA CONSTITUIÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS

4.1. Consoante o artigo 32 da LC nº 123/2006, as ME ou as EPP excluídas do SIMPLES NACIONAL sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. O §2º deste artigo dispõe que sujeito passivo poderá optar pelo recolhimento do IRPJ e da CSLL na forma do lucro presumido, lucro real trimestral ou anual.

4.2. Pois bem, em face da exclusão do SIMPLES NACIONAL com efeitos desde 01/02/2012, procede-se ao lançamento de ofício do IRPJ, CSLL, COFINS e PIS/PASEP, relativos ao período 01/02/2012 a 31/12/2015, conforme discriminado a seguir:

4.3. DOS CRÉDITOS LANÇADOS

4.3.1. Foram lançados créditos tributários abaixo:

4.3.1.1. IRPJ, dos trimestres 1º/2012 a 4º/2015 (o primeiro abrangendo apenas os meses 02 e 03), apurado por arbitramento com base em receita conhecida em face da renúncia do sujeito passivo em optar por regime de tributação do IRPJ/CSLL que lhe convém, combinado com a não apresentação / reapresentação dos livros contábeis e do LALUR/ECF (conforme mencionado nos parágrafos 2.8 a 2.12);

4.3.1.2. CSLL, dos trimestres 1º/2012 a 4º/2015 (o primeiro abrangendo apenas os meses 02 e 03), apurada por arbitramento com base em receita conhecida em face da renúncia do sujeito passivo em optar por regime de tributação do IRPJ/CSLL que lhe convém, combinado com a não apresentação / reapresentação dos livros contábeis e do LALUR/ECF (conforme mencionado nos parágrafos 2.8 a 2.12);

4.3.1.3. COFINS, dos meses 02/2012 a 12/2015, na modalidade de incidência cumulativa em razão das receitas preponderantes originarem de prestação de serviços de contabilidade e do arbitramento do lucro líquido;

4.3.1.4. Contribuição para o PIS/PASEP, dos meses 02/2012 a 12/2015, na modalidade de incidência cumulativa em razão das receitas preponderantes originarem de prestação de serviços de contabilidade e do arbitramento do lucro líquido.

4.4. DAS BASES DE CÁLCULO E ALÍQUOTAS

4.4.1. As bases de cálculo do IRPJ e da CSLL compõem-se dos lucros líquidos trimestrais arbitrados em função das receitas conhecidas, auferidas com a prestação de serviços de contabilidade e afins, à razão de 38,4% para o primeiro de 32% para a segunda.

4.4.2. As bases de cálculo da COFINS e da Contribuição para o PIS/PASEP compõem-se das receitas mensais conhecidas, auferidas com a prestação de serviços de contabilidade e afins.

4.4.3. As receitas conhecidas foram obtidas das declarações ao SIMPLES NACIONAL (DAS de 01/02/2012 a 31/12/2015), dos balancetes encartados em livros diários registrados (de 01/02/2012 a 31/12/2014) e respectivos razões, dos balancetes em livro diário sem registro (01/01/2015 a 30/09/2015) e respectivo razão, e dos livros de registro de serviços (01/02/2012 a 30/09/2015). Os livros foram apresentados no início do procedimento fiscal (conforme TIPF) e não reapresentados nos TIFs nºs 02 e 03.

4.4.4. As alíquotas aplicadas são de: 15% para o IRPJ, mais o adicional de 10% sobre o lucro trimestral que excede a R\$ 60.000,00; 9% para a CSLL; 3% para a COFINS, e; 0,65% para a Contribuição para o PIS/PASEP.

4.5. DAS DEDUÇÕES

4.5.1. O IRPJ, CSLL, COFINS e Contribuição para o PIS/PASEP contidos no imposto único do SIMPLES NACIONAL, declarados em DAS e recolhidos, foram deduzidos na apuração dos tributos ora lançados.

4.6. DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

4.6.1. Os lançamentos estão fundamentados nos dispositivos legais mencionados neste Relatório Fiscal, nos demonstrativos dos AI e nos demais elementos que compõe o PAF. A seguir, a síntese da fundamentação legal:

4.6.2. Regime de apuração de tributos federais em razão de exclusão do SIMPLES NACIONAL com efeito retroativo:

Artigo 32 da LC nº 123/2006;

4.6.3. Arbitramento do lucro líquido por não atendimento aos TIFs nºs 02 e 03 (e à liminar):

Artigos 530, III e 532 do RIR;

[...]

4.7. DA MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA

4.7.1. Em cumprimento à liminar no mandado de segurança nº 5008535-47.2016. 4.04.7201/SC (já mencionado neste relatório nos parágrafos 2.11 e 2.12), registro que: (i) a opção referida nos TIFs nº 02 e 03 não implica anuênciam com a exclusão do Simples Nacional; (ii) não há óbice ao exercício de defesa do ADE nº 18/2016, e; (iii) os créditos tributários lançados estão suspensos com base no artigo 151, IV, do CTN enquanto o ato de exclusão do Simples Nacional estiver sendo discutido administrativamente.

4.7.2. Cumpre observar que, independente de medida judicial, as impugnações, manifestações de inconformidade e os recursos do sujeito passivo no processo administrativo tributário também suspendem a exigibilidade do crédito tributário com base no artigo 151, III, do CTN. In casu, as exigibilidades dos lançamentos dependem de decisão definitiva, tanto do processo de exclusão do SIMPLES NACIONAL como do próprio processo de lançamentos dos créditos.

4.8. DOS DEMONSTRATIVOS

4.8.1. Os demonstrativos detalhados, por período de apuração, por tributo, contendo as bases de cálculo, as alíquotas dos tributos, as deduções, os valores dos tributos, os juros de mora, as multas de ofício e os enquadramentos legais constam nos tópicos “Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal”; ”Demonstrativo de Apuração”, e; ”Demonstrativo de Multa e Juros de Mora” dos Autos de Infração “IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA”, “CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO”, “CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL”, e “CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP”; e da planilha auxiliar ”Demonstrativo de Bases e Créditos de Tributos Federais face à Exclusão do Simples Nacional”.

5. DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO GRUPO ECONÔMICO

5.1. Conforme já mencionado neste relatório, as pessoas jurídicas CERTA e ACTTIVITÁ formam um grupo econômico de fato. Os fatos e fundamentos estão narrados em detalhes no tópico 4 do relatório fiscal do processo que trata da exclusão do SIMPLES NACIONAL (PAF nº 10920.721.153/2016-31), reproduzido a seguir:

[...]

6. DOS PAF INICIADOS NO PROCEDIMENTO FISCAL.

6.1. No procedimento fiscal em tela tiveram início os PAFs nº 10920.721.153-2016/31, que trata da exclusão de ofício do SIMPLES NACIONAL; nº 10920.721.598/2016-11, que trata do lançamento de ofício das contribuições sobre a folha destinadas aos terceiros, e; nº 10920.721.915/2016-08, que trata dos lançamentos de ofício do IRPJ, CSLL, COFINS e PIS/PASEP.

6.2. Como os AI foram lavrados em consequência da exclusão do SIMPLES NACIONAL, os processos de lançamentos tramitarão apensados ao primeiro.

[...]

DAS IMPUGNAÇÕES

A Interessada e a Responsável Solidária apresentaram suas impugnações.

Da Impugnação da Interessada, em resumo:

*Inicialmente, que obteve **liminar** em mandado de segurança para ver respeitado seu direito de defesa, ou seja, que não lhe fosse feito exigências tributárias sem o julgamento de sua exclusão do Simples Nacional. Que a autoridade teria desrespeitado tal decisão judicial, pois ainda durante o prazo recursal de defesa contra a exclusão, houve o lançamento de tributos. Requer a **nulidade** do procedimento fiscal.*

Praticamente toda sua impugnação está voltada para argumentos dirigidos contra a sua exclusão do Simples Nacional, os quais deixo aqui de relatar por força do que será decidido no presente Voto.

Da Impugnação da Responsável Solidária, em resumo:

Trata de impugnação idêntica a da Interessada.

Em suas palavras:

Justificar desde já que a impugnante na condição de Responsável Solidária de Fato pelo Crédito tributário, condição que lhe foi atribuída pela fiscalização, obriga-se a manter grande parte das razões da impugnação feita pela empresa Certa, já que os documentos e argumentos utilizados pela administração tributária foram exatamente os mesmos.

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

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015

Procedimento Fiscal. Observância. Processo Administrativo Fiscal.

O atendimento aos preceitos da legislação do processo administrativo tributário, com a observância do contraditório, afasta a hipótese de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa.

Assim, não provada violação das disposições contidas no art. 142 do CTN, nem dos arts. 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72,

não há que se falar em nulidade quer do lançamento, quer do procedimento fiscal que lhe deu origem.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015

*Responsável Tributário. Terceiro. Art.124, I do CTN.
Configuração.*

Mantém-se a empresa citada como responsável solidária no polo passivo da obrigação tributária quando resta comprovada a existência de interesse comum de que trata o art.124 do CTN, decorrente do liame inequívoco presente nas atividades desempenhadas pelas empresas envolvidas, em virtude de atuação complementar e existência de vinculação gerencial.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Após intimados (fls. 731 e 736), tanto o contribuinte como o responsável tributário apresentam, tempestivamente, seus Recursos Voluntários, pugnando por provimento, onde apresentam argumentos que serão a seguir analisados.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Relator.

Os recursos apresentados são tempestivos e reúnem os demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/1972. Portanto, deles conheço.

Registre-se, de início, que os recursos apresentados são bastante semelhantes, o que me permite analisá-los em conjunto, destacando, conforme o caso, alegações específicas.

Aduz a recorrente, em preliminar, que a decisão recorrida deixou de enfrentar itens indicados em sua impugnação, sob o argumento de que tais situações foram tratadas em outro processo, que discute sua exclusão ao regime simplificado denominado de Simples Nacional, violando, em sua ótica, o devido processo legal e a ampla defesa, o que reduz a nulidade do Ato. aponta ainda nulidade dos lançamentos realizados com base no lucro arbitrado, uma vez que formalizados antes do julgamento das impugnações referentes aos lançamentos realizados no regime do Simples.

Equivoca-se a Recorrente, pois, de fato, a controvérsia existente nestes autos não deve ser confundida com a discutida nos autos do processo nº 10920.721153/2016-31, inexistindo assim cerceamento de defesa, já que os argumentos ventilados naqueles autos foram lá analisados.

Não cabe aqui rediscutir questões relacionadas ao Ato de exclusão do Simples, vez que todas elas devem ser apreciadas naqueles autos, como de fato o foram, cujo julgamento, ocorrido nesta mesma sessão de julgamento, foi em desfavor da recorrente, mantendo sua exclusão no Simples.

Também não há que se falar que houve "*atropelo do devido processo legal desde a imposição do auto de infração*", ao suscitar que a fiscalização não deveria ter lavrado o presente auto enquanto fluía prazo legal de impugnação ao citado Ato de exclusão.

Não há qualquer norma que veicule efeito suspensivo às manifestações de inconformidade contra exclusões do Simples, muito menos exigência de decisão condenatória definitiva, no âmbito daquele processo administrativo, para efetuar o lançamento de ofício por outra forma de apuração do lucro. Ao contrário, constatada infração à legislação, deve o AFRFB lavrar o respectivo auto de infração, pois, a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, consoante dispõe o CTN. Além disto, é evidente que, nestas circunstâncias, se impõe a lavratura do auto de infração, pois não pode ficar a Fazenda à mercê do transcurso do prazo decadencial.

Considere-se ainda que as impugnações apresentadas suspenderam os efeitos da exclusão, bem como a exigibilidade dos créditos tributários constituídos, de sorte que não há, portanto, também nesta seara, qualquer prejuízo ao recorrente, uma vez que tanto a sua exclusão quanto as exigências tributárias somente surtirão efeitos concretos após a decisão administrativa irrecorrível a ser proferida neste Conselho.

Nesse sentido é o enunciado 77 da Súmula CARF:

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.

Portanto, ao contrário do que alegou o contribuinte, foi plenamente assegurado seu direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, motivo pelo qual afastam-se as preliminares de nulidade arguidas neste sentido.

Quanto ao mérito, alega-se "inexistência de grupo econômico" e se insurge, alternativamente contra o arbitramento.

Com referência à alegação de inexistência de grupo econômico, esse argumento foi utilizado e devidamente apreciado nos autos do processo nº 10920.721153/2016-31, que discute o Ato de exclusão do Simples. Assim, me reporto aos fundamentos e a conclusão da decisão lá proferida, a seguir transcrita:

Quanto ao mérito, vê-se que a legislação do Simples Nacional (LC nº 123/2006, art. 3, §4º, inciso III e V) vedava 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 Acttivitá 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 inexiste 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, afirmado 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 Acttivitá, 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.

Quanto à forma de tributação adotada, registre-se que o contribuinte e o coobrigado não impugnaram esta parte do lançamento quando do protocolo de suas respectivas impugnações, o que conduz ao entendimento de que encontra-se preclusa a discussão sobre a forma de tributação adotada para exigir os tributos lançados no presente processo.

Ainda que se supere essa questão, melhor sorte não há à pretensão recursal. Veja-se o que dispõe o artigo 32 da Lei Complementar nº 123 de 2006, *verbis*:

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Uma vez que o contribuinte, no curso do procedimento fiscalizatório, foi intimado a fazer opção pelo regime de tributação do IRPJ/CSLL e apresentar documentos, e não atendeu, ou seja, nem fez a opção pelo regime de tributação do IRPJ/CSLL, e nem apresentou livros contábeis e fiscais necessários à apuração do IRPJ/CSLL pelo lucro real, foi lavrado submetido de ofício, acertadamente, ao lucro arbitrado, nos termos do que prevê o art. 530 e 532 do RIR.

Da Responsabilidade Solidária

As situações apontadas pela autoridade fiscal que resultaram a exclusão da interessada do Simples Nacional, também valem para caracterizar a empresa Acttivitá como responsável solidária pelo crédito tributário constituído, nos termos do art. 124, I, do CTN, a seguir transcreto:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Não há dúvida de que no processo em apenso de exclusão do Simples Nacional, restou evidenciado que o destino das empresas encontrava-se nas mãos dos dois

irmãos, formando **um único empreendimento, dividido apenas no papel**, configurando-se assim, interesse comum, na acepção jurídica.

No caso, restou demonstrado que as duas pessoas jurídicas realizaram conjuntamente o "fato gerador" do tributo, e nessa condição assumiram a condição direta de contribuinte. Penso que caracteriza-se situação de solidariedade tributária quando dois sujeitos de direito, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, em conjunto, de maneira formal ou informal, praticam conduta que caracteriza fato gerador de obrigação tributária.

Neste sentido, transcrevo fragmentos do voto-condutor proferido no Acórdão n. 1402-001.188:

A solidariedade, que não se confunde com responsabilidade de terceiros, decorre das situações previstas no artigo 124, I e II, do CTN, sendo que o interesse comum de que trata o inciso I não se confunde com as situações contidas no inciso II em que a lei pode atribuir a terceiro a condição de sujeito passivo solidário.

As hipóteses previstas no artigo 124, I, do CTN (interesse comum), tratam da solidariedade de quem tem qualidade para ser contribuinte direto ou sujeito passivo da obrigação tributária (devedor originário art. 121, I). Ex. IPTU entre coproprietários;

(...)

A solidariedade de que trata o artigo 124, incisos I e II, não está relacionada a atos ilícitos e se aplica a quem tem a qualidade para ser sujeito passivo da obrigação tributária

(...)

A situação prevista no artigo 124, I, não pode ser confundida com as situações de que trata o artigo 135 do CTN. Nos casos em que o terceiro passa a ser co-responsável pelo crédito tributário tem-se a incidência de duas normas autônomas, uma aplicável em relação ao contribuinte, aquele que pratica o fato gerador (art. 121, I) e outra em relação ao terceiro que não participa da relação jurídica tributária, mas que, por violação de determinados deveres, pode vir a ser chamado a responder pela obrigação. (RE 562.726/PR, j. 03/11/2010, sob a forma do artigo 543B, do CPC).

(....)

Outro detalhe que se deve ter presente é que o terceiro ou o sócio é responsável não por ser sócio ou por constar do contrato social que exerce a gerência, mas por praticar ato que caracteriza infração descrita em Lei.

Desta forma, correta a inclusão da empresa Acttivitá Serviços Contábeis Sociedade Simples - EPP, no pólo passivo das exigências fiscais reclamadas nestes autos, a teor do que dispõe o art. 124, I do CTN.

Conclusão

Isso posto, voto por rejeitar as preliminares alegadas e no mérito por negar provimento aos recursos voluntários.

(assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza