

ARBITRAMENTO DO LUCRO - CUSTOS E DESPESAS

No regime de tributação pelo lucro arbitrado, o lucro é determinado pela aplicação, sobre a receita bruta, dos percentuais fixados em lei, não havendo de se cogitar da consideração de custos e despesas, já contemplados nos percentuais aplicáveis por atividade.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. SIMPLES - PIS - COFINS — CSLL.

Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2006, 2007, 2008

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SÓCIOS ADMINISTRADORES.

A responsabilidade tributária de que trata o art. 135 do CTN é também atribuída aos administradores e mandatários da sociedade, independentemente de sua condição de sócios ou não, desde que comprovado que tenham exorbitado de suas atribuições estatutárias ou dos limites legais e que dos atos assim praticados tenham resultado obrigações tributárias. No caso concreto, ao restar comprovado que a pessoa física indicada como responsável solidário praticou atos de gestão mercantil e financeira com excesso de poder ou infração a lei, deve ser mantida a responsabilidade

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Os membros da Turma acordam, por unanimidade, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Conselheiro Relator.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto de Souza Junior, Valmir Sandri, Waldir Veiga Rocha, Paulo Jakson da Silva Lucas, Carlos Augusto de Andrade Jenier e Diniz Raposo e Silva.

8.212, no § 4º do artigo 31 elenca outras hipóteses de retenção da contribuição previdenciária, a exemplo dos serviços de limpeza e conservação que são as atividades que executa, conforme previsão contratual; que a contratante, para não ficar exposta ao fisco, optou por reter o tributo, embora indevidamente; que a retenção não poderia ser efetuada em nenhuma hipótese, posto ser optante pelo Simples; que o STJ já pacificou as controvérsias que existiam a esse respeito, conforme julgado que transcreve. Assim, no seu entender, inexistente fundamento a sustentar sua exclusão ao benefício.

7. Rechaça a hipótese de prestar serviços que requeiram profissional habilitado uma vez que os serviços de manutenção e conservação de locomotivas nada mais são do que serviços de mecânico, não havendo necessidade de formação universitária: que a Lei nº 10.964, de 2004 já pacificou o tema; que presta serviços de manutenção e reparos de veículos pesados, enquadrando-se perfeitamente na hipótese do inciso I do artigo 4º da mencionada lei, acima transcrita; os fundamentos a amparar o ato de exclusão não se aplicam ao caso, porque não podem se sobrepor à lei.

8. Quanto à participação do sócio Jose Carlos Schade em outras empresas, com participação superior a 10% do capital social alega que tal fato não pode servir de argumento à sua exclusão ao Simples; que contraria o disposto no artigo 179 da Constituição Federal e o artigo 1º da Lei nº 9.317 de 1996: que a Constituição delimitou os campos de atuação da lei, limitando os seus poderes à definição do conceito; que ao estabelecer as hipóteses de vedação ao Simples (leia-se o art. 9º da norma), o legislador foi além e introduziu impedimentos que estão em descompasso com as disposições constitucionais; que essa restrição, feita pela lei, não foi autorizada pela Constituição e, portanto, é inconstitucional.

9. Ainda nesta esteira, faz uma análise sobre a exegese do artigo 9º inciso IX para afirmar que não cabe a soma das receitas brutas das empresas para fins de exclusão ao Simples, uma vez que o sócio não participaria de outra empresa com mais de 10% do capital social.

10. Contesta a data a partir da qual o ato de exclusão deve gerar efeitos, posto que a norma que determina a retroação dos efeitos a partir do mês subsequente ao da ocorrência da situação impeditiva, somente vigeu a partir de 14/10/2005, não abrangendo, por conseguinte, períodos anteriores.

11. Alega ter havido preterição ao seu direito de defesa em face de não ter havido qualquer ciência ou solicitação de informações ou esclarecimentos, em flagrante ofensa à Constituição e à Lei nº 9.784, de 1999, razão pela qual pede que o ADE seja anulado.

12. Ao final requer a nulidade do ato de exclusão pelas razões já expostas e pede a produção de provas. Juntou os documentos de fls. 331-336. A fl. 357 consta o substabelecimento da defesa aos novos patronos da causa, ocorrido em 23/02/2010.

Do lançamento por arbitramento AC 2006 a 2008

13. Conforme consta do Termo de Verificação da Ação Fiscal de fls. 108-124, em face do exercício das atividades vedadas de locação de mão de obra e prestação de serviços que dependem de profissional legalmente habilitado, bem como ante o fato de o sócio Jose Carlos Schade ser sócio de outras empresas em montante superior a 10% do capital social conjugado ao fato de que a receita bruta destas empresas ter ultrapassado o limite estabelecido na legislação do Simples, ele foi excluído do Simples a partir de 01/08/2005, por meio do ADE nº 289. Dando continuidade à ação impetrada contra a impugnante a autoridade fiscal constatou que em relação aos anos calendário de 2006 a 2008 ocorreu omissão de receitas, tendo

sido lavrados os autos de infração de fls. 49-107, formalizados com base no arbitramento, ao amparo do disposto no inciso III do artigo 530 do RIR/99.

14. Como já mencionado anteriormente estão sendo exigidos créditos no importe de R\$ 500.660,52 de imposto de renda pessoa jurídica; R\$ 19.477,93 de contribuição ao PIS, R\$ 136.029,85 de CSLL, e, R\$ 89.491,06 de contribuição à COFINS, além de multa de ofício e juros.

15. A infração imputada é omissão de receitas de prestação de serviços gerais, conforme minuciosamente descrito no relatório fiscal de fls.108-124.

16. O enquadramento legal das exigências ficou assim estabelecido:

a) para o IRPJ, os artigos 5 3 2 c 537 do RIR/99;

b) para o PIS, o art. 1º e 3º, da Lei Complementar nº 07, de 07 de julho de 1970, art. 24, § 2º da lei nº 9.249, de 1995 e art. 2º, inciso I, alínea "a" e parágrafo único, art. 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524, de 2002;

c) para a Cofins, o art. 2º, inciso 11, e parágrafo único, art. 3º, 10, 22, 5 L e 91 do Decreto nº 4.524, de 2002 e;

d) para a Contribuição Social, o art. 22 da Lei nº 10.684, de 2003 e art. 37 da Lei nº 10.637, de 2002.

17. A multa de ofício, para todos os casos, foi de 75% e está amparada no art. 44, inciso I da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488, de 15/06/2007.

18. Às fls. 199-202, consta o Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 1, que designou as empresas Schade Manutenção Mecânica Ltda ME, CNPJ 05.242.075/0001-00, SPR Manutenção de Veículos Ferroviários Ltda, CNPJ 05.673.216/0001-31, J R S Manutenção Mecânica Ltda ME, CNPJ 05.863.502/0001-60, Locomaq Manutenção de Veículos Ferroviários Ltda, CNPJ 06.014.394/0001-13 e, All Manutenção Mecânica Ltda, CNPJ 08.937.381/0001-41, como responsáveis solidários pelo crédito que ora se analisa e, ainda, foi emitido o Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 2 em nome de Jose Carlos Schade, CPF 450.552.979-72. fls. 203-205, titulando-o como responsável solidário pelo crédito em questão.

19. Na impugnação de fls.252-264, alega a nulidade dos autos de infração, uma vez que eles afrontariam o disposto no art. 3º, caput e § 1º, alínea "a" da Lei nº 9.317, de 1996, que determina que as pessoas optantes pelo Simples ficarão sujeitas ao pagamento mensal unificado dos impostos e contribuições; que não foi respeitada a opção feita, nem as normas que regulam a matéria; que não se alegue a existência de norma infra legal autorizando o lançamento isolado para os procedimentos de ofício e, mesmo que exista, falta-lhe fundamento de validade, visto inexistir lei que lhe dê suporte e, portanto, deve ser cancelada a exigência.

20. Naquilo que intitula mérito, diz ser ilegal a exigência relativa ao IRPJ, uma vez que não lhe foi possibilitado optar sobre qual regime de tributação a ser adotado; que dado o extravio de livros e documentos a RFB deveria primeiro perquirir a respeito da opção que pretendia e, ato contínuo, abrir prazo razoável para que pudesse reconstituir a escrita e não somente intimá-lo e reintimá-lo a apresentar os registros, quando já estava ciente de seu extravio.

21. Afirma que para encontrar o lucro arbitrado, foi aplicado o percentual de 38,4% sobre a receita bruta da pessoa jurídica, porém as despesas com a folha de pagamento, os encargos trabalhistas e sociais e os tributos, sem levar em conta as demais despesas existente, são suficientes para demonstrar que a rentabilidade da requerente está longe do que pretende o fisco. Prossegue alegando que "evidente que nenhuma sociedade empresária, ainda mais trabalhando nas condições em que opera a autuada, obtém lucro no percentual utilizado pela RFB para apurar base de cálculo. Ainda mais no caso presente, onde a requerente presta serviços para uma única contratante, que controla a lucratividade e permite a obtenção de lucro em limite apenas suficiente para a sobrevivência dos sócios e seus familiares.

22. Defende que o arbitramento é medida extrema e não pode ser aplicado ao caso, quando a rentabilidade está muito aquém daquela adotada para cobrar tributos; que em face do vulto da exação, a RFB deixou de tributar a renda conforme determina a legislação e passou a tributar o patrimônio da pessoa jurídica e de seus sócios; que a reconstituição da escrita que está sendo feita demonstrará essa assertiva e, assim, o lançamento não pode prosperar e deve ser cancelado.

23. Contesta a afirmação do fisco de que efetuou pagamento de despesas dos sócios, bem como pagou bens por eles adquiridos ao argumento de que essa prática é adotada pela grande maioria das sociedades empresárias, não havendo qualquer ilegalidade nisso; que é comum as pessoas jurídicas pagarem despesas de seus sócios ou a aquisição de bens para os mesmos, escriturando os pagamentos nas contas correntes dos sócios ou pagando tais despesas por conta de lucros acumulados, gerados pela atividade empresarial.

24. Afirma, ainda, que inexistente ilegalidade no que tange ao empréstimo de valores por transferências entre pessoas jurídicas pois, como afirmou a autoridade fiscal, as empresas tomadoras e fornecedoras dos empréstimos pertencem a pessoas da mesma família, portanto é salutar e demonstra união familiar o fato de se socorrerem mutuamente nos momentos de dificuldade e que a recomposição da escrita demonstrará que tais atos (o pagamento de despesas dos sócios, bem como a aquisição de bens a eles destinados e as eventuais transferências de recursos) encontram respaldo na escrituração mercantil e nas receitas licitamente auferidas, não podendo prosperar o arbitramento.

25. Entende que a tributação das receitas omitidas deve obedecer a opção exercida, ou seja, segundo as normas do próprio Simples, portanto, considerando que sua exclusão foi indevida a RFB deve limitar-se a cobrar os tributos com base na legislação do Simples e não pelo arbitramento e, se esse não for o entendimento, que se faça refletir na exação impugnada todos os tributos retidos na fonte e/ou recolhidos tempestivamente. Por essa razão, dado o vício insanável, a exação deve ser cancelada, porque indevida.

26. Por extensão declara serem ilegais as exigências da Contribuição Social sobre o Lucro, da COFINS e do PIS, devendo ser subtraído dos autos os tributos retidos na fonte e/ou recolhidos pela autuada.

27. Contesta o Termo de Responsabilidade Solidária direcionado às demais pessoas jurídicas que foram excluídas ao Simples, bem como o Termo de Responsabilidade dirigido a Jose Carlos Schade, pelas razões já apresentadas, uma vez que inexistente a alegada má fé ou dolo, posto que as sociedades empresárias foram legalmente constituídas e os sócios pessoas físicas, estão devidamente inscritos no CPF e, além disso, porque a constituição de mais de uma pessoa jurídica com o mesmo sócio não ofende as normas legais e não autoriza presumir tratar-se de procedimento visando fraudar o fisco.

28. Ao final, requer: i) que os autos de infração somente sejam julgados após a análise da manifestação de inconformidade contra o ato de exclusão; ii) que sejam

canceladas as exações ou, que sejam parcialmente cancelados em função da nova data de exclusão, em razão da constituição do crédito não ter sido efetuado em obediência à legislação do Simples; iii) ou que sejam canceladas no todo ou em parte as exigências, com base nos demais fundamentos da impugnação; iv) que sejam subtraídos da exigência todos os tributos retidos na fonte e/ou recolhidos tempestivamente, os quais estão sendo conferidos pela impugnante; v) que sejam revogados ou cancelados os Termos de Sujeição Passiva Solidária; vi) que lhe seja estendido os demais efeitos benéficos previstos nas normas de regência e que eventualmente não tenham sido objeto de pedido específico e, por fim, vii) que seja permitido apresentar no futuro todas as demais espécies de provas admitidas em direito.”

A autoridade julgadora de primeira instância decidiu a matéria por meio de Acórdão DRJ/CTA 06-30.071, de 27/01/2011, (fls. 295 e ss), considerando a impugnação procedente em parte, tendo sido lavrada a seguinte ementa:

Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2005

LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. OPÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

A cessão de mão-de-obra definida como a colocação à disposição da tomadora do serviço, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, veda, também, a adesão ao SIMPLES.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. SERVIÇO DE MANUTENÇÃO EM VAGÕES, LOCOMOTIVAS E TRENS. EXECUÇÃO DE FORMA ESPECÍFICA. COMPLEXIDADE. EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. INCOMPATIBILIDADE COM O SIMPLES.

Os serviços de manutenção em vagões, locomotivas e trens, quando prestados de forma específica, de acordo com especificações e necessidades do cliente, envolvendo alguma complexidade, exigem qualificação técnica, tornando-os incompatíveis com o regime privilegiado do Simples.

ART. 179 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TRATAMENTO FAVORECIDO LEI nº 9.317/1996.

O art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/1996, é norma infraconstitucional que vem ofertar, justamente, eficácia jurídica ao que consignado no art. 179, in fine, da Constituição, que é norma constitucional de eficácia limitada.

OPÇÃO. REVISÃO. EXCLUSÃO COM EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE.

A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte sujeito a condições e passível de fiscalização posterior. A exclusão com efeitos retroativos, quando verificado que o contribuinte incluiu-se indevidamente no sistema, e admitida pela legislação.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. EFEITOS. TERMO INICIAL DE VIGÊNCIA.

A data em que o ato de exclusão gera seus efeitos é determinada pela legislação que rege a matéria.

ARGUIÇÃO DE NULIDADE. FALTA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DE EXCLUSÃO.

Se a motivação do Ato de Exclusão e os demais elementos apontados na Representação Fiscal, que originou o referido Ato, permitem ao contribuinte o pleno conhecimento das razões que levaram à sua exclusão do Simples, permitindo detalhada defesa de mérito, é de se afastar a preliminar de nulidade.

FASE DE FISCALIZAÇÃO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. INAPLICABILIDADE.

Na fase inquisitória, por inexistir formalmente imputação de responsabilidade pela prática de ato ilícito, não se cogita de ampla defesa, nem de contraditório, que ficam postergados para o momento da impugnação, quando aos contribuintes se assegura o direito de alegar toda matéria de defesa que lhes parecer cabível.

DOCTRINA. ENTENDIMENTO DOMINANTE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. VINCULAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.

A autoridade julgadora administrativa não se encontra vinculada ao entendimento dos Tribunais Superiores, pois, não faz parte da legislação tributária de que fala o art. 96 do Código Tributário Nacional, desde que não se traduzam em súmula vinculante nos termos da Emenda Constitucional nº 45, DOU de 31/12/2004.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SÓCIO/ ADMINISTRADOR.

A impugnação deve mencionar a qualificação do impugnante. Não cabe, em sede de julgamento, apreciar oposição à imputação de responsabilidade solidária, na medida em que a pessoa jurídica não detém legitimidade, e nem interesse, para tanto.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS DO GRUPO.

Resta confirmada a responsabilidade solidária quando se demonstra o interesse comum das pessoas jurídicas arroladas como tal, nas situações que ensejaram os fatos geradores.

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

LUCRO ARBITRADO. ESCRITURAÇÃO FISCAL AUSÊNCIA.

O lucro deve ser arbitrado pela autoridade administrativa sempre que o sujeito passivo deixar de apresentar, quando intimado no curso de uma ação fiscal, seus livros contábeis e demais documentos da escrituração fiscal exigidos.

LUCRO ARBITRADO. EXCLUSÃO AO SIMPLES.

A pessoa jurídica excluída do Simples sujeitar-se-á, à partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. É cabível o arbitramento do lucro quando não atendidos os pressupostos legais para a tributação pela sistemática do lucro real ou presumido.

LUCRO ARBITRADO - COEFICIENTE - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

O percentual a ser aplicado sobre a receita bruta para apuração da base de cálculo do Imposto de Renda das pessoas jurídicas tributadas pelo lucro arbitrado, no caso da prestação de serviços gerais ou locação de bens, é de 32%, acrescido de 20%.

JUNTADA POSTERIOR DE PROVAS. INDEFERIMENTO DO PEDIDO.

Resta precluso o direito de apresentação de documentação probatória após a impugnação, salvo no caso da ocorrência de uma das hipóteses previstas no § 4º do artigo 16 de Decreto nº 70.235/1972.

É o relatório. Passo ao voto

Documento assinado digitalmente em 08/02/2012 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA

Autenticado digitalmente em 13/02/2012 por PAULO JAKSON DA SILVA LUCAS, Assinado digitalmente em 13/

02/2012 por PAULO JAKSON DA SILVA LUCAS, Assinado digitalmente em 13/02/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA

JUNIOR

Impresso em 28/02/2012 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA

Voto

Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas

O recurso voluntário é tempestivo e assente em lei. Dele conheço.

Inicialmente, cumpre ressaltar, que de forma geral, a ora recorrente (LACI MANUTENÇÃO MECÂNICA LTDA, CNPJ: 07.494.082/0001-17) repete os argumentos trazidos na impugnação, tanto com relação a exclusão do Simples Federal como em relação às exigências do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS (lucro arbitrado).

I EXCLUSÃO DO SIMPLES

Em primeiro lugar apreciaremos a contenda relativa a exclusão do Simples Federal pelo ADE 289, de 23/11/2009.

Gira a lide em torno da exclusão da contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, de que trata a Lei nº 9.317/1996. Consta do Ato Declaratório Executivo de fl. 40 que o fundamento legal para a exclusão foram os incisos IX, XII, “f” e XIII, todos do art. 9º do mesmo diploma legal, *verbis*:

Art. 9º. Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

IX - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art.2º.;

XII - que realize operações relativas a:

f) prestação de serviço de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão de obra ;

XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida (Vide Lei 10.034, de 24/ 10/2000).

Em seu recurso (e antes, na peça impugnatória), a interessada alega em preliminar que, “O procedimento adotado pela Fazenda Nacional para excluir o contribuinte do Simples Federal está contaminado por defeito insanável, haja vista a evidente preterição do direito de defesa nos procedimentos administrativos que antecederam a formalização da exclusão, visto que a exclusão transcorreu sem que o contribuinte fosse cientificado de

qualquer ato a respeito. Não consta em nenhuma das folhas do processo (fls. 01 a 47) qualquer ciência ou solicitação de informações ou esclarecimento antes da edição do ADE 289/2009, em evidente ofensa ao sagrado princípio do direito de defesa, cuja preterição macula de nulidade os atos praticados”, cita o art. 5º. da CF e Lei 9.784/1999.”

Ao meu ver, andou bem a autoridade julgadora de primeira instancia assentando em seu voto que:

“Com efeito, o artigo 14 da referida Lei n° 9.317/1996, conferiu à autoridade fiscal competência para excluir de ofício o contribuinte que, obrigado a requerer a sua exclusão do sistema pelo fato de não reunir condições de nele permanecer não o fizer, e o § 3º do artigo 15 da mesma Lei garantiu o direito à ampla defesa. Não há, portanto, previsão na Lei para que antes da exclusão do Simples o contribuinte deva ser intimado para exercer, se quiser, direito de defesa.

E nem poderia ser diferente, pois a Constituição Federal garante direito de ampla defesa no processo administrativo, porém este somente se instaura depois da edição de determinado ato com efeitos jurídicos, no caso, a edição do ato declaratório que excluiu a contribuinte do Simples e, por consequência, a obrigou a se submeter a nova regra de tributação.

Não houve, portanto, no presente processo, preterição ao direito de defesa, visto que a contribuinte foi regularmente notificada da exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples através de Ato Declaratório Executivo com sua motivação claramente identificada.”

Vê-se, portanto, que no caso não houve ofensa ao princípio do contraditório, pois os comandos constitucionais e do Processo Administrativo Fiscal (PAF) correlatos encontram-se sob estrita observância, tendo sido assegurados ao contribuinte o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa conforme se atesta pelos vastos argumentos de sua defesa.

Ainda com relação a exclusão e quanto ao mérito, esclareça-se que a DRJ afastou a hipótese impeditiva relacionada no inciso IX do artigo 9º da Lei nº 9.317 de 1996, (participação com de 10% do capital de outra empresa), posto que esta só se materializou no ano calendário de 2005 e, só poderia gerar efeitos a partir de 2006.

Por outro lado, restaram materializadas as hipóteses de afronta ao disposto no inciso XII. alínea "f" (Locação de Mão de Obra) e inciso XIII (prestação de serviços que dependa de habilitação profissão), ambos inseridos no mesmo artigo 9º da Lei, o que dá suporte à exclusão preconizada no ADE ora analisado.

Neste ponto, argüi a recorrente em primeiro plano que *“O fato da sociedade empresária contratante dos serviços reter o percentual de onze por cento (11%) sobre o valor das notas fiscais que pagou, a título de antecipação de contribuição previdenciária, não autoriza, em absoluto, presumir que a requerente exerceu referida atividade, ou seja, a atividade de locação de mão-de-obra. O que houve, isso sim, por um lado, foi o excesso de zelo da contratante ao reter as contribuições, excesso esse contra o qual o contratado não tem poder para se rebelar, uma vez que, como bem observou a própria Fazenda, a contratante é o único cliente que o contribuinte possui, evento esse que não permitem em absoluto chegar à conclusão que a Fazenda chegou. Ao que parece a contratante, para não ficar exposta ao fisco, optou por reter o tributo, embora indevidamente. A recorrente, por seu turno, não se opôs ao desconto porque o compensa com as contribuições sociais devidas sobre a folha de salários de seus empregados.*

Após análise dos contratos e de centenas de notas fiscais (de número. 01, relativa ao mês de fevereiro de 2006 ao número 547, relativa ao mês de dezembro de 2008), as quais encontram-se relacionadas no Anexo 2 (fls. 125 a 134), restou caracterizada a cessão/locação de mão-de-obra, nos termos definidos pelo art. 31, § 3º, da Lei n.º 8.212/91, isto porque pelo "Contrato de Prestação de Serviços" realizado entre a contribuinte (contratada) e a contratante houve a colocação de funcionários da contratada à disposição da contratante nas dependências que esta determinar e a prestação de serviços contínuos e constam em todas as notas fiscais a retenção de onze por cento do seu valor bruto nos exatos termos do art. 31 da Lei 8.212/1991, acima transcrito.

Por outro lado, além da forçosa exclusão com base no inciso XII, "f" o inciso XIII, do mesmo art. 9º, Lei 9.317/1996, também mencionado no Ato Declaratório, enseja a vedação à opção ao Simples de empresas que trabalham ou prestam serviços de natureza profissional.

As Leis nº 10.964 e 11.051, ambas de 2004, excetuaram alguns serviços da restrição contida no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/1996, com efeitos retroativos à data da opção pelo Simples. Ao contrário do que afirma a recorrente, dentre esses serviços, não consta aquele por ela desempenhado. Afirma, ainda, a recorrente que *“os serviços de manutenção ou conservação de locomotiva nada mais são do que serviços de mecânico”*.

Consta às fls. 10 dos autos do presente processo o documento “Anexo I – Escopo Básico” que expressamente discrimina tais serviços, a seguir transcrevo:

“Escopo básico para prestação de serviços de manutenção de locomotivas.

Escopo de serviços para locomotivas:

Premissa básica:

- Executar manutenção preventiva e corretiva de acordo com o designado pelo Líder de Manutenção da ALL ou substituto indicado pela CONTRATANTE e em conformidade com os procedimentos operacionais e as normas de segurança interna do local.

Manutenção preventiva

Inspeções preventivas executada conforme programação apresentada pela ALL à CONTRATADA e conforme procedimentos operacionais da CONTRATANTE.

Manutenção corretiva

- Inspeções corretivas executada conforme programação apresentada pela ALL à CONTRATADA e conforme procedimentos operacionais da CONTRATANTE.

Escopo de serviços para vagões.

Premissa básica:

Executar manutenção preventiva e corretiva de acordo com o designado pelo Líder de Manutenção da ALL ou substituto indicado pela contratante e em conformidade com os procedimentos operacionais e as normas de segurança interna do local.

Manutenção preventiva

• Revisão do tipo R.A. (Revisão Anual) e M.C (Manutenção Corretiva): executadas anualmente conforme programação diária apresentada pela ALL à CONTRATADA e conforme procedimentos operacionais da contratante.

Revistamento

• Executar conforme procedimento operacional e fluxograma existente.

Abastecimento

• Executar serviços de abastecimento de combustível , lubrificantes , água e areia , também , as atividades relacionadas com o abastecimento em si , as inspeções de abastecimento e o controle dos abastecimentos.”

Ao meu ver e ao contrário do decidido em primeira instancia, não resta comprovado, no caso, tratar-se de prestação de serviços de profissão cujo exercício depende de habilitação profissional, nos termos do inciso XIII, art. 9º. da Lei 9.317/1996.

De qualquer forma, mantenho a exclusão da interessada do Simples nos termos do inciso XII, “f” do art. 9º. da Lei 9.317, de 1996 (locação de mão de obra).

Outro ponto relativo ao Ato Declaratório Executivo de Exclusão, diz respeito à data a partir da qual se processarão seus efeitos, sustenta a recorrente a falta de base legal para a exclusão retroativa a 01/08/2005. Também aqui não lhe assiste razão, à vista dos seguintes artigos da Lei nº 9.317/1996, confira-se:

Art. 12. A exclusão do SIMPLES será feita mediante comunicação pela pessoa jurídica ou de ofício.

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

[...]

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

[...]

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

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

[...]

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

[...]

II - a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIX do

art. 9º; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001) (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

Posteriormente, a Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005 trouxe algumas modificações a esse respeito conforme a seguir:

"Art. 33. Os arts. 2º. e 15 da Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996. passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 15. ...

II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei;

VI - a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência do ato declaratório de exclusão, nos casos dos incisos XI e XVI do caput do art. 9º desta Lei. ...

A situação excludente constatada pelo Fisco foi incorrida desde a data de sua constituição em 14 de julho de 2005, os efeitos da exclusão devem se fazer a partir do mês subsequente, ou seja, a partir de 1º de agosto de 2005, tal como consta do Ato Declaratório Executivo, em correta aplicação da lei.

Desta forma, o ato administrativo de exclusão deve ser declarado procedente em relação à hipótese impeditiva de locação de mão de obra e seus efeitos legais devem prevalecer a partir da data de 01/08/2005.

DA TRIBUTAÇÃO DAS EMPRESAS OPTANTES PELO SIMPLES

Neste ponto a recorrente repete as argumentações iniciais de que a autoridade fiscal teria violado o disposto no artigo 187 do RIR, de 1996, o qual estabelece o recolhimento unificado dos tributos e contribuições para os optantes pelo Simples, visto que foi lavrado um auto de infração para cada tributo.

Ao meu ver, andou bem a autoridade *a quo*, ao afirmar na decisão recorrida, que o dispositivo invocado em nenhum momento estabelece que em caso de lançamento de ofício, pela sistemática do Simples, os valores a serem exigidos tenham que constar de um mesmo auto de infração, até porque, cada tributo possui base legal distinta. Para melhor demonstrar a improcedência da alegação, reproduz-se o artigo 9º, do Decreto nº 70.235, de 1972, que rege o processo administrativo fiscal e que estabelece:

"Art.9º. A exigência do crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação d o ilícito . (Redação dada pelo art. 1º. da Lei n." 8.748/1993).

§ 1º. Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o caput deste artigo, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova.

Na situação presente importa esclarecer que a autuação foi realizada mediante o arbitramento do lucro uma vez que a contribuinte foi excluída do benefício do Simples, portanto, foi correta a lavratura de um auto de infração para cada tributo.

DO ARBITRAMENTO

É certo que uma vez excluída definitivamente do SIMPLES, na esfera administrativa, aplicar-se-lhe-ão as regras de tributação comuns às demais empresas, quais sejam, lucro real, presumido ou arbitrado.

Nesse sentido, não tendo a recorrente apresentado os livros contábeis e fiscais que permitiriam afastar-lhe o arbitramento do lucro em detrimento das outras formas de tributação, entendo que a decisão recorrida não merece reparo, razão pela qual há que ser mantido o lançamento para o IRPJ e seus reflexos dada a íntima relação de causa e efeito.

Merece destacar excertos da decisão recorrida, os quais concordo e adoto para decidir:

“O autuado questionou, inicialmente, a motivação para o arbitramento do lucro.

Aqui cabe fazer um parêntese para esclarecer que na condição de optante pelo Simples ou pelo Lucro Presumido, o contribuinte estava dispensado de manter escrituração comercial desde que mantivesse Livro Caixa, onde deveria estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive a bancária, bem como manter todos os documentos e demais papeis que serviriam de base para esta escrituração.

A impugnante foi intimada diversas vezes a apresentar o Livro Caixa ou o Diário, porém nada apresentou, ou melhor, informou não ter localizado nenhum dos documentos solicitados (fl.136). Assim, diante disso, por ausência total de escrituração contábil e, diante da exclusão das empresas ao Simples, o regime de tributação adotado em todo o período auditado foi o Lucro Arbitrado, com base no disposto no artigo 47, inciso III da Lei nº 8.981, de 1995.

Assim, para arbitrar o lucro do contribuinte a autoridade fiscal somou todos os valores faturados em Notas Fiscais de Prestação de Serviços, que é sua atividade, para chegar à Receita Bruta, conforme discriminado às fls. 125-134.

Nessas circunstâncias, cumpre salientar que a falta dos livros comerciais e fiscais ou do livro Caixa é causa suficiente para o arbitramento do lucro, consoante determinado no art. 530, III do RIR/1999, base legal do lançamento.

Pois bem, o próprio impugnante afirma na peça de defesa que foi intimado e reintimado a apresentar seus registros, quando a autoridade fiscal já sabia que os mesmos haviam sido extraviados.

O lucro arbitrado, assim como o regime do Simples, o lucro real ou o lucro presumido, representam modalidades de apuração da base de cálculo do imposto de renda. A legislação ordinária prevê as pressupostas condições que determinam a possibilidade de opção por algum desses regimes tributários.

Assim, a legislação estabeleceu certas situações em que o lucro da empresa pode ser arbitrado. Em última instância, a apresentação da Documentação é imprescindível para comprovação das condições para a opção. Não feita a

comprovação, descabendo o enquadramento da empresa no regime do Simples, e faltando a documentação que permitia a apuração do lucro presumido ou real, cabe o arbitramento, aplicando-se a disposição dos arts. 530, inciso I, 531, 532, 537 e 926 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99).

Como se vê, segundo a letra da lei, o arbitramento não é uma penalidade, e sim a única consequência possível a uma situação consumada, que é a exclusão do Simples e o descumprimento dos requisitos para enquadramento no regime tanto do lucro real quanto do lucro presumido.

Segundo o RIR/1999, arts. 532 e 535, o lucro arbitrado será apurado mediante a aplicação de percentuais sobre a receita bruta quando conhecida, segundo a natureza da atividade econômica explorada. Compreende-se no conceito de receita bruta o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia. Da receita bruta não se exclui o ICMS e devem ser excluídas as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos e os impostos não cumulativos cobrados destacadamente do comprador dos quais o vendedor ou prestador é mero depositário.

Quanto a este ponto, os Autos de Infração estão corretos, não cabendo razão ao impugnante.

Em relação ao percentual exigido, cumpre o disposto no art. 532 do RIR/1999, preceitua que o lucro arbitrado das pessoas jurídicas, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos, acrescidos de 20%.

É bom lembrar que, de acordo com o art. 845, II do RIR/1999, far-se-á o lançamento de ofício abandonando-se as parcelas que não tiverem sido esclarecidas e fixando os rendimentos tributáveis de acordo com as informações de que se dispuser, quando os esclarecimentos deixarem de ser prestados, forem recusados ou não forem satisfatórios.

Quanto à base de cálculo do IRPJ e da CSLL para as empresas optantes do regime de tributação com base no lucro presumido ou sujeitas ao arbitramento do lucro, podem ser destacadas as seguintes normas, que fixam os percentuais devidos em relação às atividades especificadas:

Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995

Art. 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 5.951, de 20 de janeiro de 1995.

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de:

I- um inteiro e seis décimos por cento, para a atividade de revenda, para consumo, de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural;

II - dezesseis por cento:

a) para a atividade de prestação de serviços de transporte, exceto o de carga, para o qual se aplicará o percentual previsto no caput deste artigo;

*participa administram contratos de serviços distintos, executados em locais diversos. Nesse sentido, observem-se os contratos de serviços juntados pela própria Fazenda aos autos, como segue: i) Contrato de Prestação de Serviços nº GS 4600001970, contratada **Locomaq Manutenção de Veículos Ferroviários Ltda.**, objeto — Serviço de Lavagem de Locomotivas no Posto de Abastecimento Iguaçu, cuja cópia segue em anexo; ii) Contrato de Prestação de Serviços GS 4600002533/2006, contratada **Laci Manutenção Mecânica Ltda.**, objeto - Serviço Lavagem de Vagões Pátio Maringá (fls. 06); iii) Contrato de Prestação de Serviços, contratada **SPR Manutenção de Veículos Ferroviários Ltda.**, objeto - Execução de Serviços de manutenção de Locomotivas e Vagões nas Instalações da América Latina Logística do Brasil S / A — ALL, cuja cópia também segue em anexo.*

Constata-se, pelo exposto, que o fato de José Carlos ter participado de outras sociedades empresárias e possuir como sócios a esposa e parentes, não viola a legislação. No mesmo diapasão, o pagamento de despesas pessoais, a eventual aquisição de bens e a transferência de recursos entre as pessoas jurídicas das quais participa, não transgride normas postas. Além disso, a ocorrência de tais fatos não permite a responsabilização pessoal do sócio e nem das pessoas jurídicas das quais participa, entre si, por tributos exigidos de ofício.”

Do voto combatido cumpre transcrever pontos necessários para firmar convicção, a saber:

“Conforme já relatado no item dos fatos apurados no curso da ação fiscal, os quais estão minuciosamente descritos no Relatório Fiscal dos autos de infração, fls. 49-107, a autoridade fiscal constatou que em 2002, foi criada a empresa Schade Manutenção Mecânica Ltda, para realizar serviços relacionados diretamente com a manutenção e reparação de veículos ferroviários e ferrovias, sendo que o administrador José Carlos Schade detinha 50% do capital social.

Pois bem, com a crescente demanda de serviços e, para não precisar abdicar dos benefícios concedidos pelo Simples, o sócio José Carlos Schade optou por abrir novas empresas, de forma a poder pulverizar a receita auferida e, à princípio, não exceder o limite de receita bruta permitida para a sistemática. Cuidou, também, de manter a sua participação em cada uma das novas empresas, abaixo de 10% do capital social e, para tanto, utilizou como sócios diversos parentes como o cônjuge, os irmãos e outros.

Quando do início da ação fiscal, as empresas possuíam domicílio fiscal em endereços diversos e, a partir de então, os cadastros foram alterados de forma a que a administração do Grupo Schade, hoje, se encontra em um único endereço.”

Aqui, cabe ressaltar, que constatei no Relatório Fiscal dos Autos de Infração (fls.108 e ss) que as pessoas jurídicas constantes do termo de responsabilidade, abaixo relacionadas, encontravam-se perante a RFB domiciliadas na Rua do Canário nº 158, Jardim Ana Rosa, Colombo-PR. Em visita ao local, a autoridade fiscal constatou que tratava-se apenas de uma residência familiar. O morador informou que estava autorizado a receber correspondências das empresas e forneceu o telefone do sócio-administrador, José Carlos Schade. Após contato telefônico com este, marcou-se reunião na sede de fato das empresas para iniciar o procedimento fiscal.

SPR Manutenção de Veículos Ferroviários Ltda

IRS Manutenção Mecânica Ltda ME

Locomaq Manutenção de Veículos Ferroviários Ltda

Schade Manutenção Mecânica Ltda

All Manutenção Mecânica Ltda.

Volto, então, a trechos do voto recorrido:

Assim, ante tudo o que já foi exposto é de se repisar no fato de que restou comprovada a existência de um pool de empresas denominado pela autoridade fiscal como Grupo Schade, as quais estão sediadas à Rua Raymundo Nina Rodrigues nº 536, Cajuru, Curitiba/PR.

Comprovou-se, ainda, a intensa ligação entre as empresas, levando-se a concluir que se trata de uma única empresa atuando sob seis CNPJ diferentes, sendo que a definição da empresa que seria responsável por determinada contratação de trabalhador ou, pela execução de determinado serviço, ocorria de forma a poder manipular o valor do faturamento, de forma que elas pudessem permanecer ao abrigo dos benefícios do Simples.

Entre 2004 e 2008, foram mais de R\$ 4.000.000,00 transferidos de forma irregular, em mais de 500 transações, o que demonstra a relevância e habitualidade dessa prática. A título de exemplo, a empresa Locomaq recebeu cerca de R\$ 300.000,00 das outras pessoas jurídicas no período, enquanto que foi debitada em cerca de R\$ 1.600.000,00, o que demonstra a confusão patrimonial existente entre elas.

Portanto, ante a confusão patrimonial e financeira existente entre as diversas pessoas jurídicas do grupo, que atuavam como se fosse uma única entidade, restou caracterizada a intenção de burlar a ação do fisco a assim permitir que elas usufruissem os benefícios do Simples demonstrando o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Desta forma, reputam-se solidárias todas as empresas do Grupo Schade em relação aos autos de infração ora analisados, tendo como amparo legal o previsto no inciso I do artigo 124 do Código tributário Nacional.

Do termo de responsabilidade direcionado a José Carlos Schade

Ao sócio administrador restou imputada a responsabilidade prevista no inciso III do artigo 135 do Código Tributário Nacional, qual seja a responsabilidade resultante dos atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

No caso sob análise, percebe-se a criação de novas pessoas jurídicas unicamente para usufruir os benefícios permitidos aos optantes pelo Simples, uma vez que a receita bruta era pulverizada entre as pessoas jurídicas, o que lhes permitia permanecer na sistemática. Restou caracterizada, ainda, a opção irregular pelo Simples, de vez que todas as pessoas jurídicas exerciam atividade impeditiva ao Simples, por necessitarem de profissional legalmente habilitado e, por fazerem locação de mão de obra para a empresa ALL do Brasil S/A.

Ocorre que no tocante aos questionamentos indiretamente dirigidos à imputação de responsabilidade solidária ao sócio da pessoa jurídica, e consistentes no pedido de seu afastamento do pólo passivo da relação tributária, esclareça-se imprópria é a pretensão de, em nome da pessoa jurídica, questionar tal matéria.

Isto porque, dentre os requisitos da impugnação contidos no art. 16 do Decreto 70.235/72, consta, expressamente, como inciso II, a necessária menção à qualificação do impugnante:

Art. 16. A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Também do Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, extrai-se que para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade (art. 3º.) e, mais: que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei (art. 6º).

*Desse modo, em caso de pluralidade de sujeitos no pólo passivo do lançamento tributário, cada qual poderá defender-se **em nome próprio** da exigência fiscal assim constituída, quer pessoalmente quer por meio de representante regularmente constituído nos autos, por competente instrumento de mandato.*

E, no presente caso, somente se verifica nos autos procuração outorgada pela pessoa jurídica atuada ao advogado subscritor das peças de defesa de fls. 226-246 e 252-264, apresentadas nos termos seguintes:

***LACI MANUTENÇÃO MECÂNICA LTDA.** pessoa jurídica de direito privado e de pequeno porte, com sede à Rua Raimundo Nina Rdrigues nº 536, bairro Cajuru, na cidade de Curitiba, Estado do Paraná. CEP 82.920-010, inscrita no CNPJ sob nº 07.494.082/0001-17. neste ato representada por seu procurador que abaixo assina, conforme procuração anexa, **inconformado com a exação relativa aos tributos denominados IRPJ, CSLL, COFINS e PIS/PASEP** objeto dos presentes autos vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, tempestivamente.*

De outro lado, verifica-se que o lançamento foi formalizado simultaneamente com a atribuição de solidariedade ao sócio inicialmente mencionado, por meio de Termos próprio, cientificado ao responsável (fl. 352).

Ademais, a discordância da pessoa jurídica quanto à atribuição de responsabilidade ao sócio além de traduzir a existência, à época dos fatos, de interesse econômico comum entre eles, mostra-se, ao mesmo tempo, incompatível com os interesses da própria pessoa jurídica em ver liquidado, pelo responsável, o crédito tributário lançado.

De toda forma, não cabe, em sede de julgamento, apreciar oposição à imputação de responsabilidade ao sócio da pessoa jurídica, na medida em que esta não detém legitimidade, e nem interesse, para tanto. Assim, nesta parte, não se conhece da impugnação.

Portanto, ante a falta de impugnação própria contra o Termo de Sujeição Passiva Solidária é de se declarar definitiva a imputação feita ao sócio José Carlos Schade, CPF 450.552.979-72.

Resumo do quanto decidido em primeira instância:

a) Julgar procedente em parte a impugnação contra os autos de infração, para manter a exigência de R\$ 449.004,87 de IRPJ, R\$ 89.408,37 de Cofins, R\$

19.477,93 a título de PIS e R \$ 136.029,85 de CSLL, acrescidos de multa de ofício (75%) e encargos legais;

b) Declarar definitiva a imputação de responsabilidade solidária ao sócio José Carlos Schade, CPF 450.552.979-72 e, julgar procedente a imputação de responsabilidade às empresas SPR Manutenção de Veículos Ferroviários Ltda, CNPJ 05.673.216/0001-31, J R S Manutenção Mecânica Ltda ME, CNPJ 05.863.502/0001-60, Locomaq Manutenção de Veículos Ferroviários Ltda, CNPJ 06.014.394/0001-13, Schade Manutenção Mecânica Ltda, CNPJ 05.242.075/0001-00 e, All Manutenção Mecânica Ltda, CNPJ 08.9B7.381/0001-41.

Entendo que o relatório fiscal é claro e contundente quanto à participação das pessoas arroladas nos termos de sujeição passiva, ou na administração direta da pessoa jurídica, ou na cumplicidade quanto as irregularidades apontadas. Além do mais, entendo, também, que a constituição do crédito tributário envolve a identificação do sujeito passivo de forma ampla e este pode ser tanto o sujeito passivo direto (contribuinte ou substituto) quanto o sujeito passivo indireto ou responsáveis, *ex vi* arts. 121 c/c 128:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I. contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

*II. responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de **disposição expressa de lei**.*

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação. (grifos nosso).

Ao meu ver agiu corretamente o Fisco que, com base nos elementos de que dispunha e nos fatos que apurou, trazer para o pólo passivo da relação jurídico-tributária as pessoas jurídica e a pessoa física do sócio José Carlos Schade os quais considerou responsáveis tributários.

Quanto à legitimidade para intervir no processo, entendo, igualmente se aplicar ao contribuinte e ao responsável. Para tanto e, por não tratar especificamente do assunto o Decreto nº 70.235/1972, considero plenamente aplicáveis as disposições dos arts. 9º e 58 da Lei nº 9.784/1999:

Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:

I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;

II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

Art. 58. Têm legitimidade para interpor recurso administrativo:

I - os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo;

II - aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida;

[...]

No caso, ressalto, que somente a pessoa jurídica LACI MANUTENÇÃO MECÂNICA LTDA (CNPJ: 07.494.082/0001-17), relacionada no momento do lançamento no polo passivo da obrigação jurídico-tributária na qualidade de contribuinte (CTN, art. 121, I), é que apresentou recurso voluntário.

Pelo exposto, mantenho a responsabilidade tributária atribuída ao Sr. José Carlos Schade, CPF 450.552.979-72.

Por tais fundamentos, afasto as preliminares de nulidades suscitadas, mantenho a exclusão do Simples, a responsabilidade tributária imputado à pessoa física do sócio José Carlos Schade e, no mérito, nego provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Paulo Jakson da Silva Lucas - Relator