



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10920.721152/2011-82
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-003.632 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de junho de 2019
Recorrente J B SERVIÇOS DE LAVAÇÃO, TINGIMENTO E ACABAMENTO EM ARTIGOS TÊXTEIS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES)

Período de apuração: 01/01/2007 a 30/06/2007

PROVAS INDICIÁRIAS - ANÁLISE CONJUNTA - PROVA CONCRETA

A produção de provas indiciárias, isoladamente consideradas, é improfícua; sua análise conjunta e concatenada, todavia, quando substanciais, convola-as em provas efetivas da prática dos atos investigados no processo administrativo.

GRUPO ECONÔMICO. CARACTERIZAÇÃO.

Verificada a comunhão societária, de estabelecimento, bem como a unicidade de comando das empresas componentes do grupo por administradores vinculados por laços familiares, configura-se, de fato, a existência do grupo econômico.

EXCLUSÃO. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO.

Exclui-se a pessoa jurídica do Simples quando praticar reiteradamente infração à legislação tributária.

EXCLUSÃO. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS.

Exclui-se a pessoa jurídica do Simples quando constituída por interpostas pessoas, que não sejam os seus verdadeiros sócios ou acionistas; ou titular, no caso de empresário individual.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em afastar a preliminar de nulidade e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente), Paulo Henrique Silva Figueiredo, Marcelo José Luz de Macedo (Suplente convocado), Ricardo Marozzi Gregório, Rogério Aparecido Gil, Maria Lúcia Miceli, Flávio Machado Vilhena Dias e Gustavo Guimarães da Fonseca.

Relatório

Cuidam os autos de procedimento de exclusão do recorrente do Simples Federal, previsto na Lei 9.317/96, motivado pela pretensa ocorrência das hipóteses contempladas no art. 14, incisos IV e V da predita norma legal, concretizada mediante ADE de nº 117/2011 (e-fls. 34), lastreado, por sua vez, no Termo de Representação de e-fls. 2 a 12 e no Despacho Decisório de e-fls. 30 e 31.

Pelo que se extrai do citado Termo de Representação, a D. Auditoria Fazendária, em processo de fiscalização realizado junto à recorrente, teria identificado a formação de um grupo econômico de fato constituído pela insurgente, J B Serviços, e pelas empresas PINGO NATURAL PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA, CNPJ 03.251.455/000178 e LAVANDERIA E TINTURARIA EDUARDO LTDA, CNPJ 79.398.616/000112.

As duas primeiras empresas estariam sujeitas ao recolhimento dos tributos federais segundo o regime preconizado pela já mencionada Lei 9.317/96, ao passo que a Lavanderia e Tinturaria Eduardo recolhia as suas obrigações tributárias com base no Lucro Real.

Resumidamente, em aprofundada investigação realizada pela Autoridade Fiscal, identificou-se a ocorrência de três situações que, a seu ver, demonstrariam a existência de interposição de pessoas (inciso IV do já aludido art. 14) e a prática reiterada de infração à legislação tributária (mormente pela efetivação de planejamento ilícito tendente à divisão de receitas entre as empresas e o deslocamento de mão de obra para as pessoas optantes pelo Simples, reduzindo-se, pois, o montante a ser recolhido a título de CPP - Contribuição Previdenciária Patronal). De acordo com as informações constantes do predito termo:

a) as três empresas ocupariam um mesmo endereço comercial (Rua Argentina nº 47) sendo que, pelos atos constitutivos da recorrente, a sua sede ocuparia apenas uma sala (201) do galpão havido no predito endereço que, outrossim, se encontrava anexo ao Galpão ocupado pela empresa Tinturaria Eduardo (onde seriam desenvolvidas todas as atividades produtivas do grupo), e era, segundo informações obtidas *in loco*, utilizada como refeitório das três empresas;

b) mesmo que ocupando apenas uma sala do estabelecimento sito à Rua Argentina, a recorrente tinha, pelo que se deduz de seus registros, a concentração da maior parte da mão-de-obra do grupo (46 funcionários), enquanto que a Pingo e a Tinturaria, somadas, abarcavam apenas 10 funcionários. Mais que isso, por meio de entrevistas realizadas junto aos funcionários das empresas, constatou-se que os empregados registrados na recorrente desenvolviam atividades nas demais empresas (v. quadro de e-fl. 10);

c) constatou, mais ainda, o que chamou de "suprimentos atípicos de numerários", evidenciado pelo registro de empréstimos diversos em valores não condizentes com os

montantes apontados em contratos de mútuo apresentados, sem liquidação na data de vencimento e sem amortização; esta situação se repete tanto pela contratação de empréstimos junto a terceiros, como pela realização da contratação de valores pela recorrente junto às outras duas empresas investigadas;

d) por fim, reforça a conclusão de interdependência entre as empresas tendo em conta as participações societárias identificadas a partir dos atos constitutivos das empresas, cujos sócios mantêm entre si, sempre, relação de parentesco, tendo identificado, em determinados momentos (e-fls. 11 e 12) a troca de posições societárias entre eles e, ainda, a ocupação de emprego em determinada empresa por sócio de outra.

A vista destes fatos, propôs a exclusão da recorrente, com efeitos retroativos, para o período compreendido entre 01 de janeiro de 2007 à 30 de junho deste mesmo ano.

Cientificada do despacho decisório, a empresa opôs a sua manifestação de inconformidade por meio da qual deduziu, em apertada síntese, os seguintes argumentos:

a) inicialmente sustenta que a mão-de-obra registrada na empresa não era incompatível com o seu objeto social e a atividade econômica por ela desenvolvida; acusa, noutro giro, a inconsistência das considerações fiscais concernentes aos indícios firmados a partir da comparação entre as massas salariais (funcionários alocados nas três empresas) e as receitas percebidas por cada qual, sustentando não se tratar de prova técnica suficiente, nem mesmo, para indiciar uma eventual omissão de receitas;

b) aduz, de outro turno, que os empréstimos contraídos com terceiros em nada contribui com a tese fiscal e que, de outra sorte, os valores pactuados com a empresa Pingo e com a Tinturaria seriam irrisórios e, outrossim, lícitos;

c) afirma que a troca de ativos entre a insurgente e a empresa Tinturaria, ainda que de fato tenha ocorrido, não é suficientemente representativa a fim de demonstrar a unicidade dos negócios, alegando, ainda, não haver, no feito, qualquer prova de que as empresas tenham assumido obrigações devidas umas pelas outras, reprisando a assertiva de se tratarem de empresas financeiramente autônomas;

d) em relação a identidade de endereços, afirma que desde 1999 se encontra estabelecida na Rua Argentina, inicialmente, sem número (o número 47 teria sido incluído por força de "atualização realizada pelo Município de Jaraguá) e que possui em seu ativo imobilizado o registro de máquinas e equipamentos que demonstrariam a sua capacidade operacional;

e) reforça a tese de sua autonomia financeira e operacional a partir do fato de prestar serviços à diversa outras empresas;

f) justamente pela autonomia alhures mencionada, considera regular a constituição de empresas cujos sócios detêm relação de parentesco;

g) conclui esta parte da sua peça de defesa sustentando não haver provas de uma pretensa simulação mormente se considerando o desenvolvimento de atividades distintas pelas três empresas e, mais, que a empresa PINGO detinha outro endereço no interregno

compreendido entre 2008 e 2010 e que, não obstante ter ocupado o imóvel da Rua Argentina este imóvel, no ano de 2007, tinha função operacional (nos seus dizeres, em 2007 "*a realidade era outra, isto é, onde hoje há um refeitório, havia um galpão industrial*").

Passo seguinte aponta para o desrespeito ao princípio da verdade material e, ainda, critica o fato da fiscalização não ter trazido aos autos a "redução a termo" dos relatos mencionados ao longo de sua representação.

Ao fim, argui a nulidade do ADE por vício de motivação, ainda que semelhante alegação se calque, em verdade, na falta de comprovação dos fatos declinados na Representação Fiscal.

Instada se pronunciar sobre o caso, a DRJ de Fortaleza houve por bem julgar improcedente a manifestação de inconformidade oposta pelos fundamentos sumarizados na ementa abaixo reproduzida:

GRUPO ECONÔMICO. CARACTERIZAÇÃO.

Verificada a comunhão societária, de estabelecimento, bem como a unicidade de comando das empresas componentes do grupo por administradores vinculados por laços familiares, configura-se, de fato, a existência do grupo econômico.

EXCLUSÃO. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO.

Exclui-se a pessoa jurídica do Simples quando praticar reiteradamente infração à legislação tributária.

EXCLUSÃO. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS.

Exclui-se a pessoa jurídica do Simples quando constituída por interpostas pessoas, que não sejam os seus verdadeiros sócios ou acionistas; ou titular, no caso de empresário individual.

A empresa foi intimada do resultado do julgamento acima em 19 de março de 2014 (e-fl. 487), tendo interposto seu recurso voluntário em 17 de abril do mesmo ano (e-fl. 533), por meio do qual, além de reprisar, ainda que de forma mais detida, os argumentos deduzidos em sua "impugnação", traz notícias sobre a obtenção de provimento jurisdicional em que o TRF/4ª Região teria confirmado sentença que teria declarado nulo ato da Receita Federal de baixa, de ofício, de seu CNPJ.

Pelo que expôs, o predito provimento jurisdicional teria considerado demonstrada a capacidade operacional do contribuinte, mormente a luz da constatação da existência de patrimônio próprio e autonomia econômico-financeira.

Acrescenta, ao fim, preliminar de nulidade de vício de fundamentação, desta feita (e, portanto, diferentemente do alegado em sua manifestação de inconformidade), ante a ausência de declinação, pela autoridade fiscal, dos atos infracionais pretensamente praticados pela empresa, suficientes à tipificação da hipótese preconizada pelo art. 14, V, da Lei 9.317/96.

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche todos os requisitos de admissibilidade, pelo que, dele, tomo conhecimento.

I - Da preliminar de nulidade por pretensão vício de fundamentação do ADE.

Me permitam, aqui, inverter a ordem da análise dos argumentos deduzidos pelo recorrente já que esta preliminar foi apresentada ao final da peça recursal; de fato, procedimentalmente, seria mais lógico e correta a sua apreciação antes de qualquer juízo de mérito, dada a sua prejudicialidade mesmo que, apenas, parcial (ainda que acolhida, não prejudicaria a eficácia do ato, porquanto lastreado em dois dispositivos da Lei 9.317/96).

Pois bem. Em suma, sustenta o insurgente que a D. Autoridade Administrativa não teria declinado os atos considerados ilícitos, reiteradamente praticados, tendentes à tipificação da hipótese de exclusão preconizada pelo inciso V do art. 14 da já alardeada Lei 9.317.

E, a par do meu entendimento sobre a teoria dos motivos determinantes e de minha rigidez quanto a observância estrita dos requisitos (elementos) de validade dos atos administrativos, o fato é que a alegação do contribuinte não se sustenta; a leitura, mesmo que rasa, dos motivos declinados pela D. Autoridade Fiscal da conta da inteireza e retidão do ato ora combatido, bastando, para tanto, atentar-se para o seguinte trecho do termo de representação juntado à e-fls. 2 a 12, mormente em seu parágrafo 25. Veja-se:

25. Conclui-se que a representada incorreu em prática reiterada de infrações à legislação tributária consubstanciada na criação e manutenção pró-forma de mais de uma empresa dentro da mesma planta industrial, para o exercício de mesma atividade empresarial (lavanderia e tinturaria de artigos têxteis), e omitindo receitas de forma a manter-se fraudulentamente nos limites de receita bruta impostos pela legislação do SIMPLES FEDERAL (Lei nº 9.317/96), durante o período de 01/2007 a 06/2007.

Verdade seja dita, os mesmos motivos de fato trazidos pela D. Fiscalização para justificar a exclusão com espeque no inciso IV do aludido artigo são replicados para fundamentar o ato a luz dos preceitos do inciso V... certo ou errado, os motivos de fato e de direito em que se embasou o Agente Fiscal foram devidamente expostos e mantém, diferentemente do que alega o contribuinte, coerência lógica entre si.

A vista do exposto, é de se afastar a preliminar suscitada.

II - Do mérito.

II.1 - Os limites da coisa julgada verificada a partir do julgamento da ação autuada sob o nº 5001235-49.2012.404.7209/SC e julgada, definitivamente, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região - TRF/4ª Região.

De antemão se faz imperioso analisar a extensão do julgado proferido nos autos descritos no título deste subtópico, justamente para se verificar se, como faz querer crer o recorrente, estaria o caso jungido aos efeitos de eventual coisa julgada material.

Vale lembrar aqui o que já o disse em outros julgamentos realizados por esta turma, destacando-se, em especial, o acórdão de nº 1302-003.356, publicado em 27 de fevereiro do ano corrente, cujo ementa cito a seguir:

PROCESSUAL - PRECLUSÃO CONSUMATIVA - INOVAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR APÓS A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO VOLUNTÁRIO FORA DAS HIPÓTESES DO ART. 16, § 4º, DO DECRETO 70.235 - IMPOSSIBILIDADE.

O pedido deve ser compreendido, e limitado, pela causa de pedir efetivamente deduzida pelo contribuinte na primeira oportunidade legalmente prevista, conforme previsão contida no art. 17 do Decreto 70.235, somente se autorizando a inovar dentro das situações expressamente autorizadas pelo art. 16 do mesmo diploma processual administrativo.

Com efeito, como defendi no processo acima, o "mérito" da demanda nada mais seria que a própria lide que, por sua vez, aproveitando-nos dos ensinamentos de Celso Agrícola Barbi, ao invocar as definições propostas por Cernelutti, define-a pelo conflito intersubjetivo qualificado por uma pretensão resistida ou, como precisava Liebman, também lembrado pelo processualista mineiro, pela contraposição de pedidos deduzidos pelas partes¹. O pedido, pois, delimita o próprio mérito da causa, e isto, diga-se, não desafia maiores questionamentos.

O problema é que o pedido não pode ser compreendido, em toda a sua extensão, sem se considerar a própria causa de pedir, pena de se fugir ao conhecimento de seus próprios limites. A propósito, chamo a atenção aos dizeres de Nelson Nery Jr., abaixo citados:

(...) por pedido deve ser entendido o conjunto formulado pela causa (ou *causae petendi*) e o pedido em sentido estrito. A decisão do juiz fica vinculada à causa de pedir e ao pedido².

Daí as conclusões de Arruda Alvim, segundo o qual será *extra petita* a decisão "*conquanto atendendo o pedido, tal ocorra por outra causa de pedir (...)*"³. Aliás este autor complementa e justifica esta última assertiva com os seguintes argumentos:

Isto porque, conforme tivemos oportunidade de salientar, embora a causa petendi não integre o pedido, ela o identifica. Assim, se o autor faz o pedido x baseado na causa de pedir x1, e se o juiz conceder o 'mesmo' pedido x pela causa de pedir y, não estará, na verdade, concedendo o mesmo pedido. Assim tem entendido nossa jurisprudência maciçamente.⁴

Em linhas gerais, o pedido é qualificado, delimitado e compreendido a partir da causa de pedir; por consentâneo, a causa de pedir compõe, também, a lide, enquanto elemento, justamente, de compreensão dos limites das pretensões porventura deduzidas; nesta esteira, as decisões proferidas abarcam, não só o pedido, mas o elemento que lhe é qualificador - a causa de

¹ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, v. I, 9ª ed., Belo Horizonte: Forense, 1994, p. 319

² JR., Nelson Nery. Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 583, nota 2 ao art. 128.

³ ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 658.

⁴ ALVIM, Arruda. Op. loc. cit.

pedir. Daí a assente Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ter pacificado o entendimento de que a coisa julgada opera seus efeitos **também em relação ao antecedente lógico do dispositivo da sentença (o próprio libelo)**:

1. É assente nesta Corte Superior que "conquanto seja de sabença que o que faz coisa julgada material é o dispositivo da sentença, faz-se mister ressaltar que o pedido e a causa de pedir, tal qual expressos na petição inicial e adotados na fundamentação do decurso, integram a res judicata, uma vez que atuam como delimitadores do conteúdo e da extensão da parte dispositiva da sentença (REsp 795.724/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 1º/3/2007, DJ 15/03/2007) ⁵.

Em outras palavras, as causas de pedir consideradas em eventual sentença judicial também fazem coisa julgada, tornando-se imperativa a sua observância por este Colegiado, acaso existam elementos colidentes entre eventual julgado judicial e o processo administrativo.

No caso concreto, vejam bem, primeiramente, e até para se afastar uma apressada conclusão acerca de eventual concomitância entre este feito e aquele que tramitou perante o Juízo Federal de Jaraguá do Sul, importa esclarecer que a ação então proposta tinha por objeto a declaração de nulidade de Ato Declaratório Executivo expedido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil por meio do qual ter-se-ia promovido a baixa de ofício do CNPJ da empresa recorrente... ou seja, não há, aqui, nenhuma coincidência entre os pedidos contidos no predito procedimento judicial e aqueles apostos neste feito.

Ainda assim, há, inegavelmente, pontos de convergência entre os dois feitos, valendo destacar, imediatamente, que a empresa obteve êxito em sua demanda judicial, cujo acórdão que lhe foi favorável transitou livremente em julgado (v. andamento processual extraído do endereço eletrônico do TRF/4ª Região ⁶).

Tal como descrito no relatório que precede este voto, o ADE ora discutido restara calcado em dois fundamentos distintos, a saber:

a) "*a unicidade do negócio empresarial*";

b) "*a unicidade do controle*".

O primeiro fundamento, diga-se, subdividi-se em quatro constatações divisadas pela Autoridade Fiscal:

a) a identidade material de endereços (a recorrente e a empresa Pingo ocupariam o mesmo imóvel, sendo que a contribuinte ocuparia apenas uma sala do predito imóvel, ao passo que a empresa Tinturaria estaria estabelecida em galpão anexo ao estabelecimento sede das duas outras empresas);

⁵ AgInt no AREsp 1267129/AM, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 07/05/2019 e publicado no DJe de 15/05/2019.

⁶

https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=FuWA&hdnRefId=13bf9bd0ad6779d1e27ec7df4f06e160&selForma=NU&txtValor=5001235-49.2012.404.7209&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras

b) incongruência entre a massa salarial das entidades e a as respectivas receitas (indiciando uma possível inexistência de autonomia operacional);

c) a existência de pactuação de contratos de comodato e mútuo entre a recorrente e terceiros e entre aquela e as demais empresas descritas no relatório fiscal, além da existência da troca de ativos e passivos entre o contribuinte e a empresa Tinturaria Eduardo (apontando para a ausência de autonomia econômico-financeira);

d) o uso de mão-de-obra pertencente a uma empresa para a execução de tarefas nas outras (revelando a confusão negocial então noticiada).

O segundo fundamento lastreia-se, exclusivamente, na análise das estruturas societárias e na relação de parentesco entre os sócios de cada uma das empresas, havendo notícias de trocas de controle (ex-sócios da Tinturaria passaram a ocupar a administração das outras empresas a partir de 1997 e 1999 - v. descrição contida na e-fl. 11 e 12).

Como se deduz da sentença juntada pela recorrente, a Autoridade Judicial considerou demonstrada **a existência de fato do contribuinte**, como se extrai da seguinte passagem abaixo reproduzida (e-fl. 526):

Nesse sentido, entendo que a autora demonstrou perante a autoridade fazendária e neste Juízo que dispõe de patrimônio e capacidade operacional para a realização de seu objeto (fls. 55-63 do doc. PROCADM11). É oportuno, sob esse aspecto, citar, ainda, as notas fiscais de saída/entrada dos anos de 2007 a 2011 (docs. PROCADM12 a PROCADM16); o demonstrativo do ano de 2012 (parcial) do balanço patrimonial (OUT30); e a licença ambiental concedida pela FATMA à autora neste ano (OUT36).

Se assim permanecesse o julgado acima, todos os argumentos deduzidos pela D. Fiscalização, inclusive pelas considerações prefaciais apresentadas no início deste subtópico, cairiam por terra e, nesta senda, o primeiro fundamento contido no Termo de Representação soçobria.

Nada obstante, observa-se naquele feito a prolação de um acórdão de embargos declaratórios, opostos ao acórdão do TRF/4ª Região (cujo exame foi determinado pelo STJ e, curiosamente, omitido pelo Recorrente), que havia mantido, *in totum*, a decisão de 1º grau nos autos da ação anteriormente mencionada. E os citados declaratórios foram acolhidos, ainda que sem efeitos infringentes, para aclarar o seguinte ponto, tratado no voto a seguir reproduzido:

A natureza reparadora dos embargos de declaração só permite a sua oposição contra sentença ou acórdão acoimado de obscuridade ou contradição, bem como nos casos de omissão do Juiz ou Tribunal, conforme prescrito no artigo 535 do CPC, ou, ainda, para correção de erro material no julgado.

In casu, a embargante afirma que o acórdão quedou-se omissivo no que tange acerca da alegação segundo a qual foi constatada a existência de três empresas que eram uma na verdade, o que seria um subterfúgio para a utilização das facilidades do SIMPLES.

Em conformidade com a determinação do STJ, passo a suprir tal omissão.

Tenho que tal alegação não pode ser acatada de pronto pois, em que pese haja indicativos nesse sentido, consubstanciados nas provas colhidas pela ré em pesquisa de campo realizada no local de funcionamento da autora, também foram trazidos aos autos

elementos em sentido contrário, como bem destacou o julgador singular no excerto abaixo transcrito:

Nesse sentido, entendo que a autora demonstrou perante a autoridade fazendária e neste Juízo que dispõe de patrimônio e capacidade operacional para a realização de seu objeto (fls. 55-63 do doc. PROCADM11). É oportuno, sob esse aspecto, citar, ainda, as notas fiscais de saída/entrada dos anos de 2007 a 2011 (docs. PROCADM12 a PROCADM16); o demonstrativo do ano de 2012 (parcial) do balanço patrimonial (OUT30); e a licença ambiental concedida pela FATMA à autora neste ano (OUT36).

Ora, nesse contexto tenho que não se pode afirmar a inexistência de fato da autora, tampouco que ela componha uma única empresa, como quer a União.

Nada obstante tais considerações, cabe reiterar o asseverado no decisum ad quem:

'(...) eventuais irregularidades detectadas no transcorrer do processo fiscal, retratadas nos respectivos autos de infração, não foram objeto de pronunciamento de mérito pela sentença, que ressaltou de forma expressa que 'a questão posta nestes autos diz respeito tão somente à verificação da existência de fato da empresa autora e da legalidade do ato de baixa de sua inscrição no CNPJ (...).'

Ante o exposto, voto por **acolher em parte os embargos de declaração.**⁷

Notem, que os elementos utilizados pelo Juiz de primeiro grau para formar o seu convencimento foram, tão só, as notas fiscais emitidas pela empresa e a existência, comprovada apenas documentalmente, de máquinas e equipamentos. A decisão, diga-se, textualmente, não enfrenta os problemas discutidos no Relatório Fiscal, em especial, a ausência de capacidade operacional a partir, v.g., da ausência de um espaço físico compatível com o exercício da atividade econômica.

Também não se observa no aresto qualquer tipo de menção concernente ao problema do controle, alegadamente, unificado das empresas e, por certo, não se manifesta (e portanto, não faz operar coisa julgada) sobre o problema das trocas de ativos e da formalização de contratos de mútuo perante terceiros, sem vencimento, sem liquidação e sem descrição do *modus* concernente a forma de quitação. Também não se vê nas decisões quaisquer considerações acerca do indício formado a partir da incongruência apontada quando da comparação entre "massa salarial" x "receita bruta", exposto no curso do relatório apresentado neste feito.

E, assim o sendo, vale reprisar o que foi firmado no acórdão dos embargos anteriormente mencionados: *"eventuais irregularidades detectadas no transcorrer do processo fiscal, retratadas nos respectivos autos de infração, não foram objeto de pronunciamento de mérito pela sentença"*.

Não há, na espécie, coisa julgada material a obstar a análise dos fatos e fundamentos trazidos pela Fiscalização... e, agora, é justamente o que passo a fazer.

⁷ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5001235-49.2012.404.7209/SC, extraído do sítio do TRF/4ª Região à https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50012354920124047209&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=2143cb0991c9ba9ad0d4053b478bf785&txtPalavraGerada=FZzf&txtChave=&numPagina=1, acessado em 28/05/2019.

II.2 - A análise dos fundamentos da Representação Fiscal.

Não se vê, realmente, nada nos apontamentos fiscais concernentes às movimentações financeiras, realizadas a partir do creditamento de numerários oriundos de contratos de mútuo firmados, até segunda ordem, com terceiros, que, isoladamente, indicie a sustentada unicidade dos negócios a fim de caracterizar a hipótese de exclusão contemplada pelo art. 14, inciso V, da Lei 9.317/96... se tais contratos detêm particularidades que chamam a atenção, especialmente, pelo desapego formal, ou, outrossim, a ausência de provas de sua liquidação causam estranheza, como, apropriadamente afirmado pelo recorrente, semelhantes constatações poderiam, quando muito, levantar suspeitas sobre fraudes tendentes à concretização de uma omissão de receitas...

O mesmo se pode dizer em relação às movimentações realizadas entre as três empresas (transferências de ativos e passivos e empréstimos), mesmo que os respectivos montantes, ao menos em relação aos contratos de mútuo, diferentemente do que sustenta o contribuinte, não sejam tão irrelevantes, bastando, para tanto, atentar-se para os quadros contidos no Termo de Representação e cujas informações não foram refutadas pela empresa.

Apenas a título de empréstimos devidos à Lavanderia Eduardo, v.g., tem-se valores que superam a marca de 430 mil reais, sem liquidação e sem previsão para pagamento. Estar-se-ia, quando muito, diante de um indício preocupante, diga-se... mas não de uma prova inequívoca, a se considerar, insista-se, **isoladamente**, este elemento.

Já a assertiva de que as movimentações em contas de ativos e passivos seriam prova da gestão financeira única, menos ainda se sustenta, reprise-se, mais uma vez, se tomada de forma apartada dos demais fatos constatados no feito; basta, para tanto, ver-se que o total de valores pagos pela Lavanderia Eduardo no período fiscalizado (2007 a 2010), alçam o valor de parcos R\$ 268.061,41; no mesmo período, a empresa faturou contra a empresa PINGO, o montante de R\$ 299.844,10, apurado partir do débito registrado em conta de ativo concernente a este última empresa, decorrente, como se infere da planilha de e-fl. 10, de prestação de serviços de industrialização por encomenda.

Estariamos falando, pois, de um valor total recebido nos anos fiscalizados de pouco menos de R\$ 570.000,00; no mesmo período, a recorrente informou uma receita bruta que alçou um montante aproximado de 4.680.000,00... mesmo que consideremos os empréstimos tomados junto às outras duas empresas (430 mil da Lavanderia Eduardo e 109 mil, mutuados com a PINGO⁸), a relação percentual entre os dois valores é de pouco mais de 25%⁹. Ainda que tais movimentações, repise-se, causem espécie, principalmente os empréstimos, nada mais temos, aqui, que indícios de prática de algum ato ilícito que não, propriamente (ou *ab initio*), a confusão entre as empresas.

Diferentemente, contudo, dos fatos acima, que, individualizadamente, não demonstram as premissas do Ato de Exclusão, o ponto a seguir destacado no Relatório Fiscal, cujo teor transcrevo abaixo, revela outra realidade:

⁸ Conforme planilha de e-fl. 9.

⁹ Relação entre o total de receitas e o total somado de valores recebidos pela recorrente das empresas Lavanderia e Pingo (incluindo-se os negócios registrados nas contas de ativos e passivos e os empréstimos).

20. Em visita que realizamos às instalações físicas dessas empresas, constatamos que toda a atividade produtiva ocorre no galpão da Rua Rudolfo Hufenuessler nº 346 que é sede da empresa LAVANDERIA E TINTURARIA EDUARDO LTDA.

Este é o pondo nodal de toda a celeuma; esta constatação, não impugnada pelo recorrente, é que esviscera o "planejamento" ilícito engendrado pelas empresas, mormente quando consideramos que o endereço da contribuinte, a partir do ano de 2007, indicado pela cláusula 5ª da 5ª Alteração Contratual (juntada à e-fls. 20 a 24) fixou-se na Rua Argentina, nº 47, **sala 201**...

Lembrem-se que na ação judicial noticiada pelo contribuinte, a autoridade julgadora considerou materialmente existente a empresa tão só a partir da constatação, **documental**, de autonomia operacional, demonstrada a partir dos registros contábeis e notas fiscais, dos quais constariam registros de máquinas e equipamentos e da execução de atividades econômicas perante terceiros. Como, contudo, poderia a entidade desenvolver atividades 3 operar máquinas e equipamentos necessários ao desenvolvimento de seu objeto social a partir de **uma sala** localizada em imóvel que, como assumido pelo próprio insurgente, era utilizado, em grande parte, como refeitório comunitário, disponibilizado aos funcionários das três empresas?

Outrossim, a planilha elaborada à e-fl. 11 dá conta de que, de um total de 56 funcionários distribuídos entre as três empresas, 46 estavam registrados na JB. O que se tem, *in casu*, é uma empresa que detém maquinário e equipamento necessários ao desenvolvimento de atividade de "SERVIÇOS DE ALVEJAMENTO, TINGIMENTO, TORÇÃO E ACABAMENTO EM FIOS, TECIDOS E ARTIGOS TÊXTEIS, INCLUSIVE CONFECÇÃO" (cláusula II da 4ª Alteração Contratual juntada à e-fls. 13 e ss) e que, de outro turno, presta ou prestou serviços, inclusive à Pingo, de "industrialização por conta e ordem de terceiros", com o uso de 46 funcionários para tanto, a partir de uma sala...

A assertiva transcrita anteriormente (de que atividade produtiva é desenvolvida no galpão de titularidade da Lavanderia), insista-se, não foi refutada pela recorrente; mais que isso, a empresa sustenta, em suas razões de apelo, que "*o nº 47, onde, também, funciona o refeitório de funcionários, é a sede da empresa Pingo Natural a partir de 2011 (...)*" que, dado o seu objeto atual "*não necessita mais de um galpão industrial*". Contraditoriamente, todavia, assevera mais abaixo que, *verbis*:

31. Cabe destacar aqui que a Recorrente, conforme compra (sic) o seu Balanço Patrimonial encerrado em 31/12/2010, bem como as notas fiscais anexas, possui em seu ativo imobilizado o registro de máquinas e equipamentos próprios, assim como o direito de uso dos mesmos, os quais são utilizados em sua atividade-fim, realizada no galpão S/N da Rua Argentina.

Peço aos meus pares especial atenção às notas fiscais juntadas pelo contribuinte e mencionadas no trecho acima reproduzido. As primeiras notas, juntadas à e-fls 103 a 105, descrevem a venda de "secadoras de 50kg" à insurgente, recebidas .no endereço "Rua Argentina, nº 47, **sala 201**"... Vejam que não há descrição de uma galpão, como endereço de entrega... há, somente, a menção, a uma sala que, pretensamente, deveria comportar as preditas secadora, as quais, como se extrai da descrição extraída da *internet*¹⁰, pesam 480 kg e possuem dimensões de

¹⁰ <http://www.smsmaquinas.com.br/project/secadora-sms-50kg/>: acessado em 29/05/2019.

1,80m de altura x 1,25m de largura x 1,20m de profundidade, e, ainda, 46 pessoas trabalhando ao mesmo tempo.

Agora, a pedra de toque sobre o assunto é verificada nas Notas Fiscais juntadas à e-fls. 106 a 250, que dão conta da entrega de mercadorias adquiridas pela recorrente **no endereço da Lavanderia Eduardo**, sito à Rua Rudolfo Hufenussler, nº 346¹¹. As ditas mercadorias, diga-se, em sua maioria, são produtos químicos, possivelmente utilizados no processo industrial que, como já dito, frisado e reprisado e, mais importante, não contestado, era realizado no galpão da Lavanderia Eduardo.

E, a partir das incongruências ora apontadas, diga-se, passam a fazer todo sentido as críticas aventadas pela Fiscalização, representadas pelos quadros comparativos de e-fls. 4 e 5, afeitos ao confronto "massa salarial x receita bruta"... até então, tais quadros revelariam meros indícios; quando somados às provas analisadas acima, sobre a impossibilidade material da recorrente de exercer a sua atividade econômica a partir de uma sala, tornam-se verdades irrefutáveis; a produção industrial, no caso, era toda ela realizada pela Lavanderia, quem, de fato, recebia os insumos respectivos e utilizava-se da mão de obra, apenas formalmente registrada na insurgente (assertiva deduzida a partir da impossibilidade material de se espremer 46 pessoas numa sala - lembrando que o restante do galpão sito à Rua Argentina era utilizado como refeitório e não como espaço industrial).

Acresça-se ao que foi dito acima, os fatos descritos no acórdão recorrido que deixam, ainda mais, clara a existência meramente formal da recorrente, frise-se, atestada a partir de fatos distintos daqueles considerados pela Autoridade Judicial, nos autos da ação ordinária abordada no tópico anterior:

24. Além do imóvel situado na Rua Rudolfo Hufenussler, nº 346, onde funciona a administração e indústria, **a Lavanderia e Tinturaria possui outros imóveis, entre eles um situado na mesma quadra, voltado para a Rua Argentina nº 47**, onde funciona atualmente o refeitório dos empregados do grupo. Sucede que neste endereço teria sede a JB Serviços, conforme contrato social. Apurou-se, no entanto, em visita ao local, que o imóvel não comporta nenhuma "estrutura industrial própria", servindo apenas de "estrutura de apoio aos negócios do grupo", **ao passo que toda a atividade produtiva do grupo ocorre no galpão situado na Rua Rudolfo Hufenussler, nº 346, sede da Lavanderia e Tinturaria**. A Rua Argentina, nº 47, também passou a figurar, no contrato social, como a sede da Pingo Natural, a partir de 10.03.2011. Como se vê, a JB Serviços e a Pingo Natural não possuem estrutura predial própria, comercial ou industrial, para realizar a atividade a que se predispõem nos seus respectivos contratos sociais.

E, a tais inferências, some-se, ainda, as seguintes ponderações:

a) as empresas JB e Pingo foram criadas, respectivamente, em 22 de setembro de 1997 (vide preâmbulo da alteração contratual de e-fls. 13 a 19) e 10 de junho de 1999, curiosamente, um e três anos após a instituição do Simples pela Lei 9.317/96, com objetivos sociais abarcados pelo objeto descrito no contrato social da Lavanderia Eduardo (e-fls 348 a 390);

¹¹ V. notas fiscais de e-fls. 107, 109, 110, 112, 119, 122, 123, 124, 170, 171, 173, 174, 175, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 203, 204, 206, 207, 208, 211, 248, 249 e 250.

b) as três empresas eram controladas por pessoas vinculadas por grau de parentesco, tendo ocorrido sucessivas transferências, entre elas, dos respectivos controles (v. relato de fl. 11) e, ainda, a contratação de um dos sócios como empregado de empresa da qual não participava, societariamente.

Vale a insistência: cada uma dos argumentos trazidos pela Fiscalização, considerados individualizadamente, revelam, de fato, apenas indícios da prática dos atos tratados, particularmente, pelo art. 14, inciso IV, da Lei 9.317... quando, todavia, apreciados conjuntamente, os ditos indícios assumem o caráter de prova efetiva, e não presumida, e até aqui, a par da bem estruturada defesa apresentada, não refutada.

O que se vê é que a recorrente foi criada formalmente apenas, e tão somente, para acomodar os empregados utilizados no processo produtivo, todo ele, realizado no Galpão localizado na Rua Rudolfo Hufenussler, nº 346 e, assim, gozar dos benefícios preconizados pela Lei 9.317/96, constando de seu quadro societário familiares dos proprietário da empresa industrial, que, de sua sorte, ali estariam apenas para viabilizar a opção pelo regime simplificado, restando evidenciada a hipótese preconizada pelo art. 14, inciso IV e, consentaneamente, porque reiterado no tempo esta prática, do inciso V da já citada Lei 9.317.

E, por fim, ainda que para o Poder Judiciário as notas fiscais emitidas pela JB à terceiros possa comprovar a sua autonomia econômica, a toda evidência, consideradas as premissas fáticas demonstradas ao longo deste voto, tais documentos seriam, inclusive, ideologicamente falsos, já que, para além de quaisquer ilações adicionais, os preditos serviços, se prestados, o foram pela Lavanderia Eduardo, ainda que faturados pela recorrente.

III - Conclusões.

A luz do exposto, voto por afastar a preliminar de nulidade e, no mérito, por NEGAR PROVIMENTO ao RECURSO VOLUNTÁRIO.

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca