



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10920.721826/2013-19
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-010.236 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de agosto de 2023
Recorrente NOSSA SENHORA DE FATIMA EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2008 a 31/12/2008

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Consolidada a exclusão do SIMPLES, estabelecida em procedimento próprio, são devidas as contribuições patronais previdenciárias e para Terceiros, a contar da data em que surtiram os efeitos desta exclusão, sendo imprópria a discussão relativa à matéria em lançamento de crédito previdenciário. Incide contribuição para as outras entidades (Salário Educação, INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE) sobre os valores pagos aos segurados empregados que prestam serviços a empresa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento aos recursos.

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gleison Pimenta Sousa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Gleison Pimenta Sousa(Relator), Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Leonam Rocha de Medeiros, Christiano Rocha Pinheiro, Eduardo Augusto Marcondes de Freitas, Martin da Silva Gesto e Sonia de Queiroz Accioly(Presidente).

Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado para constituir crédito referente a Contribuições Sociais Previdenciárias (contribuição patronal). Tendo a DRJ negado provimento à Impugnação, a Contribuinte interpôs o Recurso Voluntário ora levado a julgamento.

Em 04/07/2013 foram formalizados os autos de infração DEBCAD n.º 37.343.343-3 (fls. 102/112) e n.º 37.343.344-1 (fls. 113/121). O Relatório Fiscal consta das fls. 8/101.

Em 10/07/2013, a Contribuinte foi intimada (fl. 959) de um novo Relatório Fiscal, agora de diligência (fl. 960), referente ao período de 06/2008 a 05/2013.

Enfim, a Contribuinte protocolou Impugnação em 07/08/2013 (fls. 1.032/1.047), referente ao presente processo, decorrente dos DEBCAD n.º 37.343.343-3 e 37.343.344-1. Em 22/08/2013, juntou aos autos cópia da Manifestação de Inconformidade protocolada no processo administrativo fiscal n.º 10920.721560/2013-04 (fls. 1.065/1.080). Foram protocoladas ainda as Impugnações por parte dos Responsáveis Solidários.

Analisando as impugnações, a DRJ proferiu o acórdão n.º 14-51.699, de 14/07/2014 (fls. 1.325/1.378), que manteve o lançamento e restou assim ementado:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2008 a 31/12/2008

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL EQUIVOCADA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

A semelhança do direito penal e do direito processual penal, não se vislumbra nulidade no Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional que, motivado de fato corretamente, apresenta enquadramento legal errado, tendo o contribuinte o perfeito conhecimento dos fatos que lhes são imputados, defendendo-se deles.

SIMPLES NACIONAL. INTERPOSIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA.

EXCLUSÃO. CABIMENTO.

É cabível a exclusão do contribuinte do Simples Nacional quando constatado que a pessoa jurídica optante do referido regime foi utilizada como interposta pessoa por grupo econômico, com o objetivo deste de se subtrair à incidência da legislação tributária.

Entende-se como pessoa jurídica interposta aquela que, apesar da sua existência distinta no plano formal-jurídico, na realidade, se constitui como mero departamento de outras empresas formadoras de grupo econômico.

Não se vislumbra autonomia administrativa, operacional e financeira na empresa que, agindo sob a condição de interposta pessoa, tem sua administração e suas operações, incluindo-se controle de faturamento, negócios, contas bancárias, mão-de-obra e todos os atos inerentes ao exercício da atividade empresária, em constante ingerência por parte de pessoas físicas sócias-administradoras de outras empresas constituintes de grupo econômico.

PROCESSO ADMINISTRATIVO. PERÍCIA. NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

É passível de indeferimento o pedido de perícia quando o mesmo não atende os requisitos previstos no artigo 16, inciso IV do Decreto nº 70.235/72.

PERÍCIA EM MENSAGENS ELETRÔNICAS. IMPERTINÊNCIA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICIÁRIOS DE FALSIDADE.

Ausente elementos indiciários de que as mensagens eletrônicas sejam falsas não há que se falar em perícia nos computadores do contribuinte. Ademais, perícia que visa a veracidade de instrumentos de prova datados de mais de 5 anos releva-se impertinente.

PROVA. OITIVA DE TESTEMUNHA. FATOS JÁ PROVADOS POR DOCUMENTOS.

Descabe falar-se em oitiva de testemunha ou depoimento pessoal quando os fatos a serem provados já contam com farto conjunto probatório documental carreado aos autos.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. GRUPO ECONÔMICO. INTERESSE COMUM NO FATO GERADOR. OCORRÊNCIA.

A legislação previdenciária estabelece textualmente a responsabilidade solidária entre empresas integrantes do mesmo grupo econômico, relativamente aos fatos geradores por elas praticados.

A verificação do interesse comum dos integrantes do grupo econômico, embora dispensada pela Lei nº 8.212/91, é verificada a partir dos elementos constantes dos autos, onde se demonstra a constante ingerência das empresas integrantes do grupo econômico sobre a administração da pessoa jurídica constituída como empresa interposta, praticamente, no plano formal, dos fatos geradores.

Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido" - fls. 1.325/1.326

Por descrever de forma clara e objetiva a lide objeto do lançamento, bem como o trâmite processual anterior, transcrevo também partes do voto do eminente relator do processo principal:

Trata-se de processo administrativo abrangendo lançamento de créditos tributários devidos pelo contribuinte, consubstanciados em contribuições devidas pela empresa à Seguridade Social, incidente sobre a remuneração de segurados empregados e contribuintes individuais, bem assim, o adicional de financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa e riscos ambientais do trabalho, incidente sobre a remuneração de segurados empregados (Auto de Infração DEBCAD nº 37.343.343-3), bem assim, contribuições devidas aos Terceiros FNDE Salário Educação, INCRA, SESC, SESI, SEBRAE (Auto de Infração DEBCAD nº 37.343.344-1), incidentes sobre remuneração de segurados empregados, não declaradas, ou declaradas a menor, na Guia de Recolhimento ao FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP, no período compreendido pelas competências 06 a 12/2008.

O lançamento se fundamenta na exclusão do contribuinte acima identificado do regime do Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, pelo fato do mesmo ter sido constituído como pessoa interposta, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/JOI nº 36, de 20 de junho de 2013. Referido ADE foi editado em face da Representação Administrativa de fls. 28/89, datada de 07/06/2013 (autos do processo administrativo nº 10920.721560/2013-04).

Os fatos apresentados pela fiscalização estão demonstrados em documentos juntados a processo de reclamação trabalhista nº 0005589-73.2010.5.12.0030, tramitada pela 4ª Vara do Trabalho de Joinville-SC, movida pelo Sr. Max Wellington Correa em face do

contribuinte e outros. Tal processo rendeu ensejo a representação formulada ao Ministério Público do Trabalho, do qual resultou o Ofício OF/MPT/PRT12/PTM Joinville/nº 49.918/2012, referente ao inquérito civil nº 372/2010. O MPT solicitou providências pertinentes, considerando a notícia de que o reclamante da ação trabalhista constituiu, como testa-de-ferro, pessoa jurídica para secção formal da atividade econômica do grupo com o objetivo de enquadramento da pessoa jurídica, como EPP para utilização do Simples, em aparente fraude tributária.

A fiscalização, em seu Relatório Fiscal de fls. 08/101, reproduzindo os argumentos já trazidos aos autos do processo administrativo nº 10920.721560/2013-04 (exclusão do Simples Nacional), aduz, em apertada síntese, os seguintes argumentos com vistas à exclusão do contribuinte.

a) Formação de grupo econômico entre as empresas:

NOSSA SENHORA DE FÁTIMA - INDÚSTRIA, COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA (CNPJ/MF sob nº 48.657.027/0001-88): Rua Rosa Belmiro Ramos, nº 250, no bairro Pinheiros, em Valinhos - SP;

NOSSA SENHORA DE FÁTIMA - INDÚSTRIA, COMÉRCIO LTDA.-EPP (CNPJ/MF sob nº 04.861.413/0001-11): Rua Dona Francisca, nº 6.105-B, no Distrito Industrial, em Joinville - SC;

NOSSA SENHORA DE FÁTIMA TRANSPORTES LTDA (CNPJ/MF sob nº 59.425.561/0001-85): Rua Clark, nº 250, no bairro Fazenda Morro das Pedras, em Valinhos - SP;

NOSSA SENHORA DE FÁTIMA CENTRO DE DESTROCA LTDA (CNPJ/MF sob nº 01.684.138/0001-10): Rodovia Roberto Moreira, Km 03, PLN 10, no bairro Betel, em Paulínia - SP;

NOSSA SENHORA DE FÁTIMA SERVIÇOS DE EMBALAGENS LTDA (CNPJ/MF sob nº 50.048.875/0001-31): Rua Rosa Belmiro Ramos, nº 250-A, no bairro Pinheiros, em Valinhos - SP;

NOSSA SENHORA DE FÁTIMA ARMAZENS GERAIS VALINHOS LTDA (CNPJ/MF sob nº 01.709.618/0001-98): Rodovia dos Agricultores, n.º157, no bairro Capuava, em Jundiaí - SP;

NOSSA SENHORA DE FÁTIMA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA (CNPJ/MF sob nº 50.063.965/0001-00): Rua Clark, nº 250, no bairro Fazenda Morro das Pedras, em Valinhos - SP; e, CLICHERLUX IND. E COM. DE CLICHÊS E MATRIZES LTDA: Av. Independência, 907 - Jardim Planalto, Valinhos - SP.

b) Existência de interposta pessoa - relação havida entre o contribuinte e a empresa constituída pelo autor da RT (Max Wellington Correa):

b.1) fatos narrados na petição inicial da RT:

O reclamante foi admitido em 01/06/1993, pela primeira reclamada, na função de gerente de filial, com salário inicial de CR\$ 20.000,00 (vinte milhões de cruzeiros).

Em 08 de novembro de 2003 foi "demitido" sem justa causa, pois a ré compeliu-o a, anteriormente, constituir juntamente com o Sr. Fabrício Parreiras Aricó, filho do controlador e administrador do grupo NSF a empresa "N.S.F.Industria e Comércio Ltda", em 20/11/2001, sendo o autor titular apenas de 2% do capital social e que iniciou as atividades no final do ano de 2003 (após aprovação do cadastrado de fornecedor nos clientes), cujo objetivo do grupo NSF era reduzir os encargos sociais e fiscais sobre a remuneração dos gerentes e obter vantagens fiscais com a criação de empresa de pequeno porte.

O que antes era uma filial (mesma razão social) transformou-se em nova empresa, com todas as vantagens previstas em lei às pequenas de pequeno porte e a redução dos encargos da gerência.

Por sua vez, logo no início das operações da empresa NSF EPP (segunda reclamada) o Sr. Antônio Carlos Aricó, determinou que os "sócios" desta nova empresa, dentre eles o autor, outorgassem procuração pública com totais poderes de gestão e administração a Sra. Fabiana Parreiras Aricó Pires Barbosa, diretora da primeira reclamada e ao sr. Fabiano Machado, contador e sócio da primeira ré.

Da mesma forma, anualmente os "sócios" da segunda ré eram compelidos a outorgar procuração pública para que o Sr. Cleiton Ricardo Iziquiel Nieto, diretor da primeira ré, movimentasse, exclusivamente, todas as contas bancárias da empresa, que foram abertas e movimentadas exclusivamente na cidade de Valinhos, em São Paulo.

Resta claro, portanto, que a empresa NSF Industria e Comércio Ltda foi criada apenas para fraudar a aplicação do texto consolidado e mascarar autêntica relação de emprego com o reclamante, pois este não detinha nenhum poder de gestão e administração, continuando apenas a exercer a função de gerente de filial para a primeira reclamada, como acontecia antes da demissão forjada em 08/11/2003.

Já em 2004 teve elevada para 20% sua participação no capital social, mas continuava em vigor a procuração antes outorgada à Sra. Fabiana com amplos poderes de gestão e administração da firma NSF Industria e Comércio Ltda e anualmente era outorgada procuração específica ao diretor da primeira ré (Cleiton) para a movimentação das contas bancárias.

A mesma situação repetiu-se em 2005, quando ingressou na sociedade outro gerente, sr. Adeilton, que também não tinha poderes de gestão e administração, sendo as quotas distribuídas em 50% para cada um dos "sócios".

Em 06 de outubro de 2009 o autor foi desligado do grupo Nossa Senhora de Fátima Embalagens, por iniciativa da empresa, quando foi obrigado a transferir sua participação no capital social a Sra. Joziane de Oliveira Lourenço, e como era de se esperar, nada recebeu pela "venda" de sua participação no capital social e tampouco os haveres rescisórios e indenizatórios que lhe eram devidos.

Ocorre que as reclamadas integram o "Grupo NSF", sendo que muitas estão situadas no mesmo endereço e todas possuem comunhão de interesses, administração concentrada na pessoa de Antônio Carlos Aricó, similaridade de objetos sociais, sócios comuns pertencentes ao mesmo grupo familiar e empresarial, configurando assim grupo econômico de que trata o parágrafo 2º do art. 2º da CLT, acarretando sua solidariedade pelo pagamento dos direitos trabalhistas de seus empregados, mormente no caso de insolvência da principal empresa, NSF EMBALAGENS, que fechou a filial em Joinville.

Ademais, o autor prestou serviços de gerência para as duas primeiras reclamadas, que funcionavam no mesmo endereço e utilizavam a mesma estrutura empresarial, havendo identidade dos empregados, clientes, fornecedores.

Portanto, caracterizado o grupo econômico entre as rés, devem ser estas condenadas solidariamente ao pagamento dos direitos trabalhistas a serem reconhecidas ao autor na presente lide. (grifos suprimidos)

b.2) Outros fatos narrados na petição inicial

Como dito no tópico anterior, em 08/11/2003, a primeira reclamada o demitiu quando exercia a função de gerente e este passou a ser "sócio" da recém criada NSF Comércio de Embalagens Ltda - EPP, sem nenhum poder de gestão e administração, pois outorgou

procuração pública com totais poderes de gestão e administração, assim como em relação à movimentação bancária aos diretores da primeira reclamada, sendo que todas as contas eram mantidas em instituições financeiras sediadas em Valinhos - SP, que é cidade sede da primeira reclamada.

Todavia, o reclamante continuou exercendo a função de gerente de filial, laborando para a primeira reclamada, sem registro em CTPS, da qual recebia salário fixo em conta corrente e comissões extrafolha, sem qualquer autonomia, pois era subordinado aos diretores da primeira ré, cuja constituição da firma NSF Industria e Comércio Ltda se constitui em nulidade absoluta, nos termos do art. 9º da CLT, eis que pretendeu mascarar autêntica relação de emprego.

No caso, não obstante a transformação do reclamante após a sua pseudodispensa em sócio de nova empresa, integrante do grupo NSF, este continuou exercendo as mesmas atividades que executava anteriormente, com total subordinação jurídica e econômica à primeira reclamada, não detendo nenhum poder de gestão e administração, apenas cumprindo sua função de gerente de filial, de forma pessoal e habitual, cujos riscos da atividade econômica pertenciam à primeira reclamada, sendo a segunda apenas considerada uma filial da primeira.

Com efeito, cumpria horário pré-determinado pela primeira reclamada e sujeitava-se às ordens da empregadora, sofrendo advertências e punições, ou seja, era subordinado jurídica e economicamente à primeira reclamada, que lhe fornecia todos os meios para o exercício de sua atividade, bem como trabalhava com pessoalidade, habitualidade e onerosidade.

No-lo a demonstrar a procuração pública com outorga de totais poderes para administrar e gerir a empresa da qual era sócio cotista em favor de uma das diretoras da primeira reclamada e a outorga de procuração pública para movimentar as contas da empresa, contrair empréstimos, dar e receber quitação, efetuar depósitos e aplicações, descontar cheques, etc, em favor do diretor da primeira reclamada, Sr. Cleiton, que era renovada a cada 12 meses por exigência dos bancos.

Ainda, a empresa NOSSA SENHORA DE FÁTIMA - INDÚSTRIA, COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA locou o galpão onde funcionava anteriormente à segunda demandada, em 02/02/2002, da qual o reclamante foi sócio, com área de 1050 metros quadrados, pelo preço de R\$ 150,00 mensais, ou seja, totalmente irrisório e que jamais foram pagos, revelando que a segunda ré era apenas uma filial da primeira demandada.

De sua banda, a remuneração do autor era definida pelo sócio Antônio Carlos Aricó, assim como a participação do reclamante nos resultados obtidos pelas duas primeiras reclamadas, a título de comissões, conforme comprovam os documentos anexos, anotados pelo próprio Antônio Carlos Aricó.

Também partia do controlador do grupo todas as diretrizes administrativas da segunda reclamada, conforme revelam os documentos anexos, também preenchidos pela indigitada pessoa.

Finalmente, a subordinação jurídica e econômica da primeira reclamada e do administrador Antônio Carlos Aricó, vem comprovado indubitavelmente nas diversas mensagens enviada/recebidas do sócio administrador e controlador do grupo NSF, através das quais demonstra-se o controle e o seu comando sobre as atividades do autor e sobre a segunda reclamada, cujos trechos mais importantes, de algumas das mensagens, pede-se vênia para transcrevê-los: (grifos suprimidos)

Omiss(...)

Em relação ao desfecho do processo de reclamatória trabalhista nº 0005589-73.2010.5.12.0030, tramitada pela 4ª Vara do Trabalho de Joinville-SC, movida pelo

Sr. Max Wellington Correa em face do contribuinte e outros, a fiscalização assim se manifesta:

e) Acordo Celebrado na RT: Foi homologado acordo entre as partes onde está expresso que "As Reclamadas signatárias, solidariamente, pagarão ao Reclamante a importância líquida de R\$ 275.000,00 (duzentos e setenta e cinco mil reais), mediante depósito ... " em conta bancária lá mencionada, num total de 21 parcelas. A primeira parcela no valor de R\$ 100.000,00, quitada no dia 26/03/2012, e as demais parcelas subsequentes (20), no valor de R\$ 8.750,00, já quitadas ou em quitação, mensalmente, no período iniciado na data de 26/04/2012 (segunda parcela) até 26/11/2013 (última parcela).

No referido acordo, datada de 09/03/2012, ver cópia escaneada e anexada a esta Representação, folhas 913 a 916 da RT, assinam o mesmo as oito empresas mencionadas na Petição Inicial, da 1ª Ré à 8ª Ré.

A partir das informações constantes da DIRPJ e DIRF, a fiscalização conclui pela centralização do setor fiscal na partir da cidade de Valinhos - SP.

Em relação à contabilidade apresentada, a fiscalização informa ter localizado conta contábil do passivo, nº 2105001, denominada de "EMPRÉSTIMOS -EMPRESA DO GRUPO", dela fazendo parte três sub-contas: a) conta contábil nº 21050010001, denominada de NSFIND.COM.EMBALAGENS LTDA (1ª Ré); b) conta contábil nº 21050010002, denominada de NSF CENTRO DE DESTROCA LTDA (4ª Ré); e, c) conta contábil nº 21050010003, denominada de NSF EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA (7ª Ré). Assim, a julgar pela denominação da conta agrupadora, a questão relacionada à formação de grupo econômico é normalmente reconhecida pelo contribuinte, tomando empréstimo de tais empresas. A seguir, a fiscalização faz um comparativo entre o percentual de faturamento da representada e o valor da sua mão-de-obra direta, de forma a demonstrar a necessidade na contratação de empréstimos de empresas integrantes do grupo econômico, de forma que o elevado percentual de custo da mão-de-obra torna inviável a sobrevivência da empresa sem o aporte constante de recursos provenientes de outras empresas do grupo econômico.

Traz considerações sobre contrato de comodato de bem imóvel, firmado em 20/11/2001, e comodato de grampeador e pregador, firmados em 02/06/2003, 01/10/2003 e 01/04/2005.

E conclui:

2.5 - Conclusão: Como se observa, à julgar pelo que foi apresentado do subitem "2.1" ao subitem "2.4", só foi possível, à Representada, optar pelo SIMPLES Nacional em virtude, em tese, de SIMULAÇÃO realizada no sentido de ocultar/camuflar os reais participantes da composição societária da mesma. Mesmo porque, formal ou informalmente, dependendo da época, tais participantes compunham/compõem o quadro societário de outras empresas formadoras do Grupo NSF, certamente com percentuais de cotas, individuais, quando formal o vínculo, acima de 10% do Capital Social. Empresas estas cujos faturamentos anuais também suplantavam/suplantam, em muito, os limites máximos exigidos pela Lei Complementar nº 123/2006, conforme período. Tal SIMULAÇÃO só foi possível também em virtude da utilização de interpostas pessoas, uma delas, o Autor da RT, o Sr. Max Wellington Correa .

Pois, como se observa nas denúncias apresentadas na RT, transcritas em parte nesta Representação, o Autor, junto com o outro "sócio" (Adeilton), não passavam de subordinados, devidamente remunerados, que cumpriam ordens oriundas dos sócios administradores do Grupo NSF, principalmente de seu coordenador e administrador Mor, o Sr. Antônio Carlos Aricó. Muito embora tenha-se realizado acordo, na RT, assinado por todos os reclamados, onde não se levou a termo tal solicitação, constata-se a existência de todos os pré requisitos relacionados vínculo empregatício, conforme previsto no Inciso I, Artigo 12 da Lei 8.212/91. Mesmo porque, os serviços do Autor da

RT, não eram prestados apenas para a Representada, 2ª Ré, mas também para a Filial da 1ª Ré, com a qual, a partir de 09/11/2003, passou a não haver mais vínculo formal. Sendo esta considerada, pelo mesmo, como a empresa a qual ocorria, de fato, o vínculo informal camuflado. Junto às folhas 08 (Verso) e 09, o próprio Autor, da RT, através de seu advogado, apela para a existência de vínculo empregatício fazendo uso do Artigo 3º da CLT, utilizando-se para tanto, inclusive, de doutrina e jurisprudência.

E ainda, a PROCURAÇÃO outorgada dando amplos poderes, para gerir e administrar a Representada, à duas pessoas diretamente ligadas ao Grupo NSF; as PROCURAÇÕES anuais outorgadas para as movimentações bancárias (2 bancos), inclusive de forma a permitir que tais bancos estivessem próximos à empresa (Matriz) ligada ao Grupo NSF; os Documentos apensados, junto as folhas 124 e 131 da RT, onde, respectivamente, (fl. 124) aparece o Sr. Antônio Carlos Aricó, coordenador e administrador do Grupo NSF, determinando a respeito de contratação de funcionário, transferência e limites de gastos com FP, (fl. 131) e definindo o valor e a forma da remuneração a serem pagas ao Autor da RT; os diversos e-mails apresentados, tanto os contidos na Petição Inicial, folhas 04 a 08 (incluindo Versos), como os juntados às folhas 136 a 173, etc. Tudo a demonstrar que os "sócios" administradores, formalmente constituídos, pouco ou nada tinham de poder de gestão e administração sobre a Representada. Ou seja, a SIMULAÇÃO foi realizada apenas no sentido de permitir o ingresso, da Representada, no SIMPLES Nacional, com o objetivo de reduzir o pagamento de impostos, taxas e contribuições a nível federal, estadual e municipal.

Em vista disto, houve a edição do Ato Declaratório de Exclusão DRF/JOI nº 36, de 20/06/2013, com ciência ao contribuinte em 10/07/2013, tendo sido lavrados os Autos e Infração em 04/07/2013, após, portanto, a edição do ADE.

Ainda, a fiscalização sustenta que o contexto apresentado nos autos demonstra a ocorrência de simulação entre as empresas integrantes do grupo econômico Nossa Senhora de Fátima e a N.S.F. Indústria e Comércio Ltda EPP, com o objetivo de se subtrair à legislação tributária, de forma que as empresas integrantes do grupo econômico se beneficiaram indevidamente do regime tributário usufruído pela empresa integrante do Simples Nacional. Esta motivação ensejou a qualificação da multa de ofício aplicada após a competência 11/2008, inclusive, data em que restou aplicável o artigo 44 da Lei nº 9.430/96 às contribuições previdenciárias, por força do artigo 35-A da Lei nº 8.212/91, incluído pela Lei nº 11.941/2009 (fruto da conversão da Medida Provisória nº 449/08).

O lançamento abrange os seguintes levantamentos:

Levantamento: F1 - FP NAO DECLARADA EM GFIP SE: Referente à remuneração de segurado empregado - SE apurada, por competência. Acarretando o levantamento de contribuição da empresa não informada em GFIP , aplicando-se Multa de 24,00%, anterior à MP 449/2008, especificamente neste caso, na competência 11/2008;

Levantamento: F11 - FP NAO DECLARADA EM GFIP SE: Referente à remuneração de segurado empregado - SE apurada, por competência. Acarretando o levantamento de contribuição da empresa não informada em GFIP , aplicando-se Multa de 75,00%, posterior à MP 449/2008, especificamente neste caso, até a competência 10/2008;

Levantamento: F12 - FP NAO DECLARADA EM GFIP SE: Referente à remuneração de segurado empregado - SE apurada, por competência. Acarretando o levantamento de contribuição da empresa não informada em GFIP , aplicando-se Multa de 150,00%, posterior à MP 449/2008, especificamente neste caso, nas competências posteriores a 11/2008;

Levantamento: F2 - FP NAO DECLARADA EM GFIP CI: Referente à remuneração de contribuinte individual - CI (Administrador/Autônomo) apurada, por competência.

Acarretando o levantamento de contribuição da empresa não informada em GFIP, aplicando-se Multa de 24,00%, anterior à MP 449/2008, na competência 11/2008;

Levantamento: F21 - FP NAO DECLARADA EM GFIP CI: Referente à remuneração de contribuinte individual - CI (Administrador/Autônomo) apurada, por competência. Acarretando o levantamento de contribuição da empresa não informada em GFIP, aplicando-se Multa de 75,00%, posterior à MP 449/2008, até a competência 10/2008;

Levantamento: F22 - FP NAO DECLARADA EM GFIP CI: Referente à remuneração de contribuinte individual - CI (Administrador/Autônomo) apurada, por competência. Acarretando o levantamento de contribuição da empresa não informada em GFIP, aplicando-se Multa de 150,00%, posterior à MP 449/2008, nas competências posteriores a 11/2008.

Em virtude dos fatos narrados no Relatório Fiscal, às fls. 1.251/1.307 consta os Termos de Sujeição Passiva Solidária relativos às empresas integrantes do grupo econômico, bem assim, os comprovantes de intimação real ou presumida dos responsáveis solidários:

Razão Social CNPJ

Nossa Senhora de Fátima Ind. E Com. De Embalagens Ltda 48.657.027/0001-88

Nossa Senhora de Fátima Transportes Ltda 59.425.561/0001-85

Nossa Senhora de Fátima Centro de Destroca Ltda 01.684.138/0001-10

Nossa Senhora de Fátima Serviços de Embalagem Ltda 50.048.875/0001-31

Nossa Senhora de Fátima Armazéns Gerais Valinhos Ltda 01.709.618/0001-98

Nossa Senhora de Fátima Empreendimentos Imobiliários Ltda 50.063.965/0001-00

CLICHERLUX Ind. E Com. de Clichês e Matrizes Ltda 54.498.902/0001-29

Magnus Cort Indústria de Clichês Ltda 45.830.510/0001-24

Clicheria Clicherlux do Paraná Ltda 73.297.947/0001-80

O contribuinte, irresignado com o lançamento, comparece aos autos apresentando seu instrumento de impugnação de fls. 1032/1047, alegando em apertada síntese:

DA FUNÇÃO SOCIAL DA AUTUADA

1. A impugnante é empresa que preza pelos direitos comerciais e dos trabalhadores, que cumpre com o fim principal de qualquer atividade empresarial, que é o fim social, gerando empregos para muitas mães e pais de família, em alguns momentos enfrentando dificuldades no mercado industrial e empresarial.

DOS FATOS

2. As autuações devem ser suspensas, considerando que os valores são indevidos e/ou suspensos, com base na impugnação apresentada no processo nº 10920.721560/2013-04. Esclarece que recolheu todos os tributos devidos de acordo com o regime especial do Simples Nacional, nada devendo ao Fisco.

A seguir, a impugnante reproduz todos os argumentos já apresentados nos autos do processo nº 10920.721560/2013-04, objetivando a sua manutenção no Simples Nacional pelo período de 2007 a 2012. Assim, devido à identidade de argumentos, reproduzo as razões já articuladas dos autos de exclusão do Simples Nacional.

DOS TERMOS DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE APRESENTADA FACE A DECLARAÇÃO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL JUNTO A R.F.B. DE JULGAMENTO

A Manifestante tomou ciência em 10/07/2013, do Ato Declaratório Executivo nº 36, de 20/06/2013, que declarou a sua exclusão do Simples Nacional com alegação de que a Manifestante foi criada por interpostas pessoas para redução de tributos de outras empresas.

A declaração de sua exclusão no regime do Simples Nacional se fundamentou em Reclamação Trabalhista apresentada na Justiça do Trabalho pelo ex-sócio da Manifestante, Sr. Max Wellington Correa e com base nos documentos apresentados através da fiscalização da Receita Federal -RFB. Alegou a RFB, que pelos fatos narrados na Reclamação trabalhista citada acima e pela análise dos documentos juntados ao processo nº 10920.721560/2013-04, ficou convencida da existência de criação da Manifestante por interpostas pessoas, por um grupo econômico, através de simulação, por testa-de-ferro, com a verificação de fraude tributária para reduzir encargos fiscais, favorecendo terceiras pessoas jurídicas.

DA REALIDADE DOS FATOS

DO FUNDAMENTO NA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA APRESENTADA PELO EX-SÓCIO MAX WELLINGTON CORREA

A Receita Federal entende que há existência de grupo econômico entre a Manifestante (NSF - EPP) e outras empresas citadas na fiscalização que gerou a declaração de exclusão do Simples Nacional, dizendo que esta Manifestante, pela pessoa do Sr. Antônio Carlos Aricó (sócio de outras empresas), era administrada. Diz o Fisco que a empresa Manifestante fora constituída pelo ex-funcionário de empresa de grupo econômico que administra a Manifestante desde o início, com sociedade iniciada com o Sr. Fabrício (filho do administrador das empresas do grupo econômico - Sr. Antônio Carlos Aricó) e teve como escopo a redução de encargos fiscais da empresa do grupo econômico (Nossa Senhora de Fátima Indústria). Todas as alegações são uma série de inverdades, de modo que a Manifestante impugna expressamente todas as alegações e os documentos juntados pela RFB.

Além de partir de premissas inverídicas, por ter sido induzida em erro pelo ex-sócio da Manifestante, a RFB confunde as personalidades jurídicas distintas de cada qual das empresas descritas na fiscalização, que mantinham relacionamentos estritamente comerciais entre as pessoas jurídicas envolvidas e a Manifestante.

A RFB afirma que se fundamenta para o Ato de Exclusão do Simples Nacional, em ação trabalhista apresentada pelo ex-sócio da Manifestante, Sr. Max Wellington Correa contra a Manifestante e outras empresas, onde aquele alega que foi compelido a constituir nova empresa com outra pessoa, tentando incutir

ao Juízo da Justiça do Trabalho a falsa idéia de que era um Simples empregado, e que fora utilizado como modalidade de fraude pela Manifestante, através de um de seus vários sócios (Antônio Carlos Aricó), dito como administrador de todas as envolvidas.

O que ocorreu é que o envolvido pela RFB nesta fiscalização, Sr. Antônio Carlos Aricó, que é sócio de várias empresas que formam um grupo econômico, inclusive demonstrado no próprio site este grupo de empresas (site citado pelo próprio fisco), é grande empresário do ramo de embalagens e outros seguimentos e apoiou seu ex-empregado e seu próprio filho para que constituísse seu próprio negócio.

Isto ocorreu quando a principal cliente da empresa Nossa Senhora de Fátima Indústria (onde o Sr. Antônio Carlos é sócio), lhes ofereceu um contrato para fornecimento de relês, sendo que este segmento não faz parte do ramo de embalagens e não interessou ao Sr. Antônio Carlos e a Nossa Senhora de Fátima Indústria de Embalagens. Porém, o filho do Sr. Antônio Carlos (Fabrício) e o funcionário de confiança da época (Max) demonstraram interesse em criar sua própria empresa para produção dos relês, com total apoio do Sr. Antônio Carlos, que cedeu um de seus galpões anexo, porém, individual, a sua empresa Nossa Senhora de Fátima Indústria de Embalagens, sendo que, autorizou que seu filho e seu sócio Max, utilizassem as iniciais NSF como nome da empresa.

10. O alegado ex-sócio que ajuizou a Reclamação Trabalhista, ação esta que fundamentou quase que a integralidade da fiscalização e que gerou o ato de exclusão do Simples Nacional, visando galgar maior ascensão profissional, e até mesmo pretendendo maiores rendimentos pessoais, informou à empresa em que era empregado que pretendia também ter sua própria empresa, salientando que já possuía uma anteriormente, com interesse no contrato oferecido pela cliente da Nossa Senhora de Fátima Indústria.

11. Constituiu, assim, de fato, com o Sr. Fabiano, filho de Antônio Carlos Aricó, a empresa Manifestante e após constituir a sua própria empresa (NSF - EPP), o Sr. Max manteve estreitos laços de parceria com a empresa do Sr. Antônio Carlos Aricó, porém puramente comercial. O Sr. Max, ex-funcionário de empresa do grupo do Sr. Antônio Carlos Aricó (Nossa Senhora de Fátima Indústria de Embalagens), jamais foi "utilizado" para reduzir encargos legais.

A Manifestante sempre teve sua autonomia, clientela própria, personalidade jurídica distinta das empresas do Sr. Antônio Carlos Aricó, e, seguramente, outra realidade empresarial, de modo que quando o Sr. Max instituiu sua empresa, passou a atuar em benefício único dela, sendo certo que esta condição seguramente ficará demonstrada nos autos. As empresas do grupo econômico do Sr. Antônio Carlos Aricó não possuem qualquer relação que não seja meramente de parceria comercial com a Manifestante. As empresas administradas pelo Sr. Antônio Carlos Aricó, citadas na fiscalização, jamais se utilizaram da Manifestante como se fosse sua filial ou parte do grupo econômico, merecendo o total descrédito esta afirmativa a partir da própria análise do quadro societário de todas as empresas, sendo certo que os sócios antigos, sócios da Manifestante, sempre tiveram o poder de administração e mando para proceder da forma que quisessem.

Ora, como acreditar que o Sr. Antônio Carlos Aricó, uma pessoa estranha ao quadro societário da Manifestante, tenha se beneficiado da criação dela? Como acreditar que reduziu encargos fiscais se na Manifestante não possui qualquer *pro labore* a retirar, pois não é sócio? Como acreditar que utilizava a Manifestante, se os sócios proprietários tinham o poder legal para fazer o que quisessem de sua empresa.

Resta evidente que o Reclamante da citada Reclamação Trabalhista pretendeu de forma ardil se valer de umas poucas mensagens que junta, sob o argumento de que o referido Sr. Antônio Carlos Aricó o comandava de Valinhos (interior de São Paulo), mensagens que foram expressamente impugnadas e não reconhecidas pelas empresas do grupo Nossa Senhora de Fátima, no teor e na forma.

Verifica-se que em dezembro de 2012 a empresa Manifestante foi vendida para os sócios do grupo de empresas do Sr. Antônio Carlos Aricó (Grupo Nossa Senhora de Fátima), porque a Manifestante vinha perdendo alguns contratos de prestação de serviços e com o faturamento muito reduzido, fato que será demonstrado em tópico próprio.

O ex-sócio da Manifestante, Sr. Max, não estando contente com o valor recebido pelas quotas de sua empresa, após a sua retirada do contrato social, procurou os proprietários atuais da Manifestante com intuito de receber outros valores pela empresa, sendo que já havia dado plena quitação pela empresa na alteração do contrato social. Não vendo outra saída, para cobrar e receber mais pela venda de sua empresa, procurou a justiça do trabalho, sabendo que se envolvesse empresa de maior porte (empresas do Sr. Antônio Carlos Aricó, este que sempre o ajudou no mercado industrial e de prestação de serviços), conseguiria uma forma de lograr sucesso na busca de mais dinheiro.

17. Contudo, as mensagens lançadas nos e-mails juntados na ação trabalhista e na ação fiscal, indicam apenas uma relação puramente comercial e de apoio entre a Manifestante e as empresa do grupo onde o Sr. Antônio Carlos Aricó possui quotas, tanto é que, na minuta de acordo que anexa à manifestação, o ex-sócio Max, reconheceu que não houve a existência de vínculo empregatício.

18. Caso fossem aceitas como verdadeiras, todas as mensagens de e-mail trazidas aos autos, algumas até mesmo transcritas, trazem no máximo negociações puramente empresariais. O fervor dos negócios, ainda, jamais indica relação empregatícia, vez que nenhuma mensagem contém qualquer subordinação. Verifica-se nas próprias mensagens criadas pelo ex-sócio, Sr. Max, dizeres do Sr. Antônio Carlos para o Sr. Max, que se não melhorarem o desempenho da empresa de Joinville deverão se afastar da sociedade. Ocorre que a relação entre Sr. Antônio Carlos e Max, como já dito, se iniciou através de uma relação longa de vínculo empregatício, que se transformou posteriormente em relação comercial de apoio recíproco estritamente empresarial, cada qual com poder de gerir sua empresa, tanto é que, os sócios da Manifestante poderiam vender a empresa, alterar seu endereço, sua clientela, etc.

19. O fato acima se verifica também, quando o fisco demonstra e distorce que a Manifestante outorgava poderes para funcionários e ou sócio da empresa Nossa Senhora de Fátima Indústria de Embalagens para cuidar da parte

financeira e de RH, tentando apresentar uma ingerência por parte dos sócios da Manifestante - NSF - EPP. O que sempre ocorreu, como já dito, foi uma relação de recíproco apoio de consultoria e assessoria, sendo que a Manifestante utilizava a expertise da prestação de serviços do financeiro e RH terceirizados da Nossa Senhora de Fátima Indústria, tanto que é descrito pelo fisco que a Manifestante outorgava poderes para que lhes prestassem os serviços de RH e financeiro, sendo que, difícil acreditar que os sócios da Manifestante eram obrigados ou coagidos para tal procedimento.

20. Quando se verifica em mensagens que se os negócios em Joinville se tornar inviáveis serão obstados ou no caso de conversas onde se demonstram que há necessidade de melhora nos números, tais relatos se referem a empresa administrada pelo Sr. Antônio Carlos Aricó, e não a empresa Manifestante.

21. Quando se verifica que os funcionários da uma empresa poderiam ser contratados pela Manifestante, são relações puramente comerciais, sendo que haveria interesse de uma empresa contratar funcionários de outra empresa, sendo que seriam demitidos de uma e haveria interesse e necessidade da outra. Tanto é que o pedido para contatar os funcionários pela Manifestante fora evidenciado nos e-mails, que tal pedido surtiu do próprio sócio da Manifestante e de sua assessoria de RH, considerando que a NSF -EPP poderia contratar parte dos serviços prestados pela Nossa Senhora de Fátima Indústria junto ao cliente, sem qualquer ilegalidade, sendo que mantinham cliente em comum.

22. Não há ordens, não há pessoalidade, não há qualquer prova de onerosidade. Todas as mensagens indicam "cobranças comerciais", que existiam dos dois lados.

23. O ex-sócio da Manifestante, Sr. Max, na sua Reclamação Trabalhista somente junta aos autos as mensagens unilateralmente produzidas ou que se forçou a produzir, mas não traz a outra parte da moeda, a saber, as mesmas exigências suas para os seus parceiros comerciais, que incluíam mensagens não somente do Sr. Antônio Carlos Aricó, mas os outros sócios deste, que mantinham e mantêm interesses comerciais em Joinville.

24. A Manifestante sempre possuiu personalidade jurídica distinta de todas as demais empresas citadas pelo fisco, e *data maxima venia*, o simples fato de possuir sócios em comum, ou mesmo com relação à maioria o mesmo nome fantasia "Nossa Senhora de Fátima" não leva à caracterização de grupo empresarial com a Manifestante. Aliás, se houvesse alguém que em tese poderia se dizer prejudicado pela utilização do nome fantasia seriam as empresas em que o Sr. Antônio Carlos Aricó é sócio, e não a Manifestante do qual o citado Reclamante era sócio-fundador! Contudo, tal coincidência de nomes se deu por solicitação dos sócios fundadores da Manifestante, como visto, justifica-se tal coincidência de nomes porque um dos fundadores da Manifestante é filho do sócio das demais empresas citadas na fiscalização, Sr. Antônio Carlos Aricó.

25. As empresas citadas na fiscalização e o sócio Antônio Carlos Aricó, do Grupo econômico NOSSA SENHORA DE FÁTIMA, jamais administraram a Manifestante, mas se engendrou com a mesma uma parceria comercial simplesmente, com apoio comercial, assessoria comercial e consultoria (do dinamismo do mercado empresarial), após a Manifestante ser livremente

constituída por Max e Fabrício (filho do Sr. Antônio Carlos Aricó).

26. É inequívoco que, ao contrário, o Sr. Antônio Carlos Aricó não aumentou a lucratividade de suas empresas (ou reduziu encargos) ao apoiar seu ex-funcionário e seu filho em criar sua própria empresa, mas perdeu, na medida em que passou a possuir uma concorrente, de certa forma, a saber, a Manifestante, que não tinha o Sr. Antônio Carlos Aricó como pertencente ao quadro societário, foi criada por seus sócios com um contrato praticamente firmado com o mesmo cliente da empresa onde o Sr. Antônio Carlos era sócio e, posteriormente, chegou a prestar os mesmos serviços.

27. Como já explicitado, tal fato ocorreu porque a principal cliente da empresa do Sr. Antônio Carlos ofereceu um contrato de prestação de serviços para produção de relês, quando não foi de interesse do Sr. Antônio Carlos, considerando que se tratava de outro segmento, assim, seu ex-funcionário Max e o Sr. Fabrício tiveram interesse em criar a empresa Manifestante e seguir a vida empresarial, mantendo apenas o vínculo comercial com a empresa administrada pelo Sr. Antônio Carlos, fato que será melhor explanado em tópico próprio.

28. A "perda" pelo lado empresarial, contudo, compensaria pelo grande ganho de parceria comercial da empresa de sociedade do Sr. Antônio Carlos com a Manifestante na cidade de Joinville. Explica-se: os sócios fundadores possuíam estreitos laços de afetividade com todos os sócios da empresa de sociedade do Sr. Antônio Carlos, sendo o sócio da Manifestante o Sr. Max, um antigo e eficiente funcionário de mais de década, e o segundo sócio, um parente próximo do Sr. Antônio Carlos (seu filho). Ambos mostravam-se excelentes empresários do ramo, e caso obtivessem êxito na sociedade comercial recém-constituída, seguramente seria grande parceiro comercial da empresa de sociedade do Sr. Antônio Carlos, e grande aliado para constituir, quem sabe futuramente, excelentes parcerias com outros clientes.

29. A primeira parceria que se tem notícia foi com a EMBRACO (WHIRLPOOL S.A.). Esta empresa-cliente, em virtude da parceria com a Manifestante, teve interesse em locar um espaço desta empresa de sociedade do Sr. Antônio Carlos. Será que até a Embraco (multinacional) participou da propalada fraude? Claro que não!

30. Uma conduta empresarial de sucesso, também, não visa apenas rendimentos imediatos, mas uma construção sólida a garantir rendimentos sólidos futuros, através de parcerias saudáveis e de pessoas de confiança. O que se demonstra é que a empresa de sociedade do Sr. Antônio Carlos estabeleceu uma locação à empresa "Embraco" e comodato para a empresa Manifestante. Não se nega que os sócios da empresa Nossa Senhora de Fátima, empresa de sociedade do Sr. Antônio Carlos - seja na pessoa do Sr. Antônio Carlos Aricó ou qualquer outro dos outros sócios desta - trocavam mensagens com o sócio de sua parceira comercial, o Sr. Max ou o Sr. Adeilton. Contudo, jamais houve qualquer situação de grupo empresarial e relação empregatícia com a empresa Manifestante e ou seus sócios, restando veementemente impugnadas tais alegações.

31. No período compreendido, da constituição da sociedade da Manifestante em 2001 até o final do exercício de 2009, todas as receitas e faturamentos dessa empresa eram provenientes do Contrato de Industrialização por Terceiros (contrato de relê) entre NSF - EPP e a EMBRACO. Com a rescisão do contrato de relês, a partir de início de 2010 as receitas eram provenientes de Contrato "verbal" de Industrialização de Embalagens de Madeira entre NSF - EPP e Nossa Senhora de Fátima Indústria de Embalagens e logo após passou a fornecer diretamente da NSF - EPP para a EMBRACO.

32. O ex-sócio da Manifestante, Sr. Max, na reclamação trabalhista ajuizada contra sua própria empresa e as empresas de sociedade do Sr. Antônio Carlos, afirma que recebia desde o início do contrato, além de salário fixo, uma parcela comissional de em média R\$ 10.000,00 por mês, citando haver também uma participação nos resultados obtidos pelas duas empresas (Nossa Senhora de Fátima - como sócio o Sr. Antônio Carlos e NSF EPP - de sociedade do Sr. Max), com o verdadeiro intuito de se favorecer do judiciário laboral, sendo que deu quitação geral de sua empresa após a venda, com o devido registro do contrato social no órgão competente, constituindo negócio jurídico perfeito e acabado.

DA ELUCIDAÇÃO DO HISTÓRICO DA PARCERIA COMERCIAL ENTRE A MANIFESTANTE E O GRUPO NOSSA SENHORA DE FÁTIMA

A empresa Manifestante iniciada como NSF Indústria e Comercio Ltda - EPP, foi constituída pelo filho do Sr. Antônio Carlos Aricó, sócio da empresa Nossa Senhora de Fátima Indústria de Embalagens Ltda, Sr. Fabrício e pelo ex-funcionário desta, Sr. Max Welligton, tendo como objetivo atender ao Contrato de Fornecimento de Relês para a empresa multinacional EMBRACO, contrato esse oferecido à Nossa Senhora de Fátima Indústria e Comércio de Embalagens Ltda e que não foi de seu interesse atender, por não se tratar de embalagens.

A empresa NSF - EPP foi criada com a devida independência, porém, sempre que precisou contou com o apoio de sua parceira Nossa Senhora de Fátima Indústria de Embalagens, até porque, o sócio (da época da constituição) de uma e o sócio de outra são pai e filho, justificando o incentivo e a autorização que a Manifestante definisse seu nome como NSF.

35. A Manifestante desde seu início - 2002/2003 -apresentava excelentes resultados, no exercício de 2004 chegou a distribuir lucros aos sócios, em um único exercício fiscal, valor superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), mantendo bons resultados nos anos de 2005 a 2007. Nos exercícios de 2008 e 2009 a empresa Manifestante NSF - EPP ainda obteve bons resultados com lucro razoável.

36. Durante todos esses longos anos essa empresa Manifestante foi próspera e líquida, que em muitas oportunidades emprestou dinheiro para sua parceira Nossa Senhora de Fátima, quando das dificuldades de caixa da Nossa Senhora de Fátima Indústria e Comércio de Embalagens Ltda, conforme "Razão" contábil em anexo.

37. No final de 2009 por infelicidade, a Manifestante teve o Contrato de Fornecimentos de Relês descontinuado por sua cliente EMBRACO e da mesma forma no decorrer de 2010 começaram as dificuldades.

38. Como se pode notar, durante mais de oito anos a Manifestante NSF Indústria e Comércio Ltda. - EPP atendeu em segmento de relês para o mesmo cliente que a Nossa Senhora de Fátima Indústria e Comércio de Embalagens Ltda atendia em fornecimentos de embalagens de madeira, através de serviços com seguimentos diferentes com custo também diferentes. Durante mais de oito anos a NSF - EPP até emprestou dinheiro para a Nossa Senhora de Fátima Indústria de Embalagens; porém, após o exercício de 2010 sua situação financeira e comercial se complicou. Com a descontinuidade do contrato de relês, tentaram da mesma forma, através de Contrato de Fornecimento de Embalagens por Industrialização por Terceiros - fornecer embalagens para a Nossa Senhora de Fátima Indústria de Embalagens, para sobrevivência da empresa Manifestante e manutenção dos empregos de seus empregados. A partir de meados do ano de 2011 iniciaram o fornecimento de embalagens diretamente ao grupo Whirpool - Embraco - pela empresa Manifestante, justificando a contratação de empregados, porém, em função de escala e custo o negócio não se mostrou rentável, comprometendo ainda mais a saúde financeira e econômica da empresa N.S.F - Manifestante. No início de 2012 a situação já era insustentável e, desta vez, em razão dos longos anos de parceria e confiança, a Manifestante se via totalmente financiada pela Nossa Senhora de Fátima Indústria e Comércio de Embalagens Ltda, por diversos empréstimos, por isso, até, o Sr. Antônio Carlos em alguns momento se sentia incomodado com o desenvolvimento de sua parceira, que sempre lhe pedia empréstimos.

39. Com a preocupação social de não dispensar todo o efetivo e também de aproveitar boa parte da mão de obra em suas fabricações, no decorrer do ano de 2012 a empresa Nossa Senhora de Fátima Indústria e Comércio de Embalagens Ltda adquiriu as quotas sociais dos antigos sócios proprietários Ana Lúcia e Ana Luíza - esposa e filha do Sr. Adeilton - antigo proprietário dessa empresa e também antigo funcionário da empresa Nossa Senhora de Fátima.

40. Imediatamente, a empresa Nossa Senhora de Fátima Indústria e Comércio de Embalagens Ltda alterou o regime de tributação, solicitando a sua exclusão do Simples Nacional, por pertencer a um grupo de empresas. Foi registrada a alteração do contrato social junto as receitas Federal e Estadual e na JUCESC, onde constou o ato jurídico perfeito e acabado e constou total quitação na compra das quotas sociais.

DEMAIS ESCLARECIMENTOS RELEVANTES

41. A Reclamação trabalhista citada pelo fisco, onde consta como Reclamante o ex-sócio da Manifestante, Sr. Max Wellington Correa, também, onde a RFB toma como base fundamental a fiscalização e, por consequência, o ato administrativo que excluiu a Manifestante do Simples Nacional, foi expressamente impugnada pela Manifestante na Justiça do Trabalho, bem como, todos os documentos juntados pelo Reclamante, Sr. Max.

42. Os e-mails juntados pelo ex-sócio Max, foram expressamente impugnados e questionada sua veracidade pelas Reclamadas naquela ação, onde a defesa alegou que não reconhecia a autoria de tais documentos, e que foram criados unilateralmente pelo ex-sócio, para obter vantagem ilícita, sendo que, a Manifestante requer, desde já, seja determinada perícia para comprovar as suas alegações.

43. Outro fato importante, que se verifica na Reclamação trabalhista, tão utilizada pelo fisco, foi o seu próprio resultado. Resultou na homologação de acordo porque ex-sócio Sr. Max, incluiu diversas empresas do grupo Nossa Senhora de Fátima na ação trabalhista prejudicando-as comercialmente. No acordo homologado entre as partes na ação trabalhista o ex-sócio da Manifestante, Sr. Max Wellington Correa, reconheceu que não havia vínculo de emprego, conforme petição de acordo anexa. As empresas citada pelo Fisco e a empresa Manifestante, mantiveram sempre uma relação estreita de parceria comercial, de assessoria e consultoria empresarial recíproca, trocando conhecimentos e experiências.

Outra questão que deve se levada em conta, é que a Manifestante foi criada independente de outras empresas ou administradores para cumprir com o seu fim social, gerar empregos e girar a economia nacional, baseada no princípio constitucional fundamental da livre iniciativa e dos valores sociais do trabalho, artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal.

Verifica-se ainda, que o ex-sócio da Manifestante, Sr. Max, que ajuizou Reclamação Trabalhista contra a Manifestante onde juntou diversos documentos que foram utilizados pelo fisco, infringiu a segurança jurídica, considerando que assinou documento público (alteração do contrato social) onde declarou a quitação geral perante suas quotas e direitos face a sua retirada da sociedade da Manifestante, documento que fora devidamente registrado no órgão competente (Junta Comercial de Santa Catarina).

O negócio jurídico citado acima foi perfeito e acabado, tanto que o ex-sócio Sr. Max, na citada Reclamação trabalhista não alegou e ou comprovou que fora coagido para que se retirasse da sociedade e sequer foi declarada a nulidade da alteração do contrato social e, ainda, sequer foi reconhecido o vínculo de emprego no acordo homologado na justiça obreira, pelo contrário, foi declarado pelas partes perante o Juízo laboral que não houve o vínculo de emprego.

Desta forma, a Manifestante procura com base naquela Reclamação Trabalhista, onde na homologação do acordo/decisão judicial, foi reconhecido que não houve relação de emprego, e no ato perfeito da alteração do contrato social, demonstrar que está sendo violado e ou prejudicado o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, infringindo-se o artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Face a homologação do acordo trabalhista e o não reconhecimento do vínculo de emprego com a concordância do ex-sócio, verifica o reconhecimento implícito das impugnações das provas criadas pelo Reclamante, restando os documentos da ação trabalhista sem valor probatório.

A Manifestante esclarece ainda, que não há como se comparar a lucratividade das empresas citadas na fiscalização e a empresa Manifestante, como tenta fazer a RFB, considerando que são serviços diversos, com a utilização de equipamentos diversos e com custos e mão de obra diversas.

DO PEDIDO

50. Postula pelo reconhecimento da insubsistência e improcedência do Ato Declaratório que declarou a exclusão do SIMPLES Nacional. Requer realização

de perícia para comprovar que os e-mails apresentados pelo fisco não foram produzidos pela Manifestante e pelas empresas citadas pelo fisco, conforme alegado na defesa. Requer, ainda, a oitiva pessoal do Sr. Antônio Carlos Aricó, através de intimação, para esclarecer o funcionamento administrativo e comercial entre as empresas envolvidas e que eram independentes. Por fim, requer a suspensão da decisão de exclusão da Manifestante do regime do SIMPLES Nacional, até a decisão final do litígio em questão.

Em relação aos sujeitos passivos considerados como responsáveis solidários, os mesmos comparecem aos autos apresentando seus instrumentos de impugnação, Nossa Senhora de Fátima Ind. E Com. De Embalagens Ltda (fls. 1174/1178), Nossa Senhora de Fátima Transportes Ltda (fls. 1152/1161), Nossa Senhora de Fátima Centro de Destroca Ltda (fls. 1108/1117), Nossa Senhora de Fátima Serviços de Embalagem Ltda (fls. 1189/1193), Nossa Senhora de Fátima Armazéns Gerais Valinhos Ltda (fls. 1201/1205), Nossa Senhora de Fátima Empreendimentos Imobiliários Ltda (fls. 1131/1140), CLICHERLUX Ind. E Com. de Clichês e Matrizes Ltda (fls. 1083/1092), Magnus Cort Indústria de Clichês Ltda (fls. 1215/1210) e Clicheria Clicherlux do Paraná Ltda (fls. 1226/1230).

Em todos os casos acima, nenhum dos responsáveis solidários impugna o lançamento em si, ou mesmo o cabimento ou não da exclusão do contribuinte principal junto ao Simples Nacional, todos, sem qualquer exceção, trazem os mesmos argumentos, quais sejam:

DA NÃO RESPONSABILIDADE POR PARTICIPAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO

O mero interesse econômico no fato gerador, mesmo estando sob o mesmo controle e a mesma direção, não responsabiliza as demais formadoras do Grupo Econômico. Cita entendimentos do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Só há responsabilidade tributária solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico, quando ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, não bastando o mero interesse econômico na consecução de referida situação.

DA IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - COMPETÊNCIA DA PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL

As DRJ vêm apresentando o entendimento em seus julgamentos segundo o qual a identificação de responsável solidário pelo crédito tributário é de competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Nacional, órgão da administração pública encarregado de processos de execução fiscal. Cita julgados administrativos.

A identificação de responsáveis solidários pelo crédito tributário é de competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Nacional. Por tal motivo, assevera-se que não compete à fiscalização imputar a responsabilidade passiva solidária a terceiros pertencentes ao grupo econômico. Cita outros entendimentos administrativos.

A mera participação de uma empresa em grupo econômico não a configura como responsável solidária no âmbito tributário.

A boa-fé é presumida e a má-fé deve ser comprovada quanto às terceiras empresas.

7. Requerem a insubsistência dos Termos de Sujeição Passiva Solidária.

Intimadas em 18/08/2014 (fls. 1.381/1.384), exceto a Cliecheria Clichelux do Paraná, esta intimada por edital em 10/09/2014 (fl. 1.387), foram interpostos Recursos Voluntários em 08/09/2014, exceto NOSSA SENHORA DE FATIMA SERVIÇOS DE EMBALAGENS LTDA que apresentou recurso em 13/09/2014. Os recursos encontram-se nas fls.1391 a 1686.

Ocorre que ao apreciar o recurso voluntário a esta 2ª Turma ordinária determinou por intermédio da resolução n. 2202000.792 o sobrestamento dos presentes autos enquanto se aguardava o julgamento do processo principal nº 10920.721560/2013-04. O sobrestamento se deveu pela absoluta dependência do presente processo do julgamento do auto que determinou a exclusão do contribuinte do simples nacional.

Analisando os recursos voluntários apresentados noto que não há qualquer inovação nos argumentos apresentados no presente lançamento referente as Contribuições Sociais Previdenciárias e aquele referente a sua exclusão do simples nacional. Ademais acrescento que o contribuinte não se insurge especificamente contra as contribuições previdenciárias outrora lançadas e todos os recursos são similares.

Ao apreciar o processo de exclusão do simples nacional a 2ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento (acórdão 1302-005.640) manteve a exclusão em decisão assim ementada:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

NULIDADE. ERRO NO ENQUADRAMENTO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

O erro na citação do enquadramento legal de determinada infração não causa nulidade do Ato Declaratório Executivo quando através da descrição dos fatos é possível a pessoa jurídica compreender os fatos imputados e exercer seu direito de defesa.

AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PRÉVIA DA DATA DO JULGAMENTO NA DRJ PARA SUSTENTAÇÃO ORAL. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

Inexiste previsão, no âmbito do processo administrativo fiscal, para a realização de sustentação oral em sede de julgamento no âmbito da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento - DRJ.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. PESSOA JURÍDICA CONSTITUÍDA POR INTERPOSTAS PESSOAS.

Ficando caracterizada a constituição de pessoa jurídica mediante a utilização de interposta pessoa, deve ser mantida a exclusão da empresa do Simples Nacional.

Inconformado com a decisão, o contribuinte apresentou embargos de declaração e recurso especial que foram rejeitados conforme despachos de fls 1768/1780. A decisão acima transitou em julgado.

Juntados os documentos referentes ao julgamento do processo principal o processo foi sorteado para novo julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gleison Pimenta Sousa , Relator.

Os Recursos Voluntários foram apresentados dentro do prazo legal e atendem aos requisitos de admissibilidade, portanto, deles tomo conhecimento.

Analisando os recursos apresentados entendo que não há motivos para não acatar a decisão de exclusão já perpetrada pelo acórdão n. 1302-005.640. Há amplo arcabouço probatório que comprovam as irregularidades praticadas conforme bem demonstrou o relator do processo de exclusão e o relator da DRJ de origem . Ademais, não há qualquer argumento novo, não analisado quando do julgamento da exclusão.

Desse modo, adoto integralmente a decisão que determinou a exclusão do contribuinte do simples nacional como fundamento para decidir e **entendo correta a manutenção dos lançamentos também em relação a Contribuições Sociais Previdenciárias decorrentes da exclusão:**

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme art. 2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015.

Isto posto, conheço do Recurso Voluntário por ser tempestivo e por preencher os requisitos de admissibilidade.

Preliminar de Nulidade. Enquadramento legal errado. Fato motivado corretamente.

Neste ponto, a contribuinte reitera que teria ocorrido preterição do seu direito de defesa pelo fato de que estaria errado o enquadramento legal da exclusão do Simples Nacional no Ato Declaratório Executivo - ADE.

17) Com efeito, o Ato Declaratório em questão teve a sua fundamentação legal baseada no inciso VII, do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006, que justifica a exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional quando "comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho".

18) Ora, conforme constou na própria decisão recorrida, o inciso que deveria ser o utilizado como fundamentação legal para o referido Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional da recorrente seria o inciso IV, que prevê como motivo de exclusão quando a constituição da empresa optante pelo simples "... ocorrer por interpostas pessoas".

Esta questão foi tratada pelo relator do Acórdão da DRJ. Em atenção ao disposto no §3º do art. 57 do RICARF, e por concordar com seu teor, adoto as razões exaradas pelo Acórdão ora combatido.

DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO

Apesar do contribuinte ter quedado-se inerte quanto a este tema, este Relator vislumbra defeito no Ato Declaratório de Exclusão DRF/JOI nº 36, de 20/06/2013 (fl. 692). Com efeito, tanto a Representação Administrativa como o próprio ADE reconhecem que a situação motivadora da exclusão do contribuinte do Simples Nacional foi o fato do mesmo ter sido constituído como interposta pessoa jurídica com a finalidade de beneficiar outras pessoas jurídicas integrante de grupo econômico.

Eis a dicção do ADE:

Art. 1º Excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES Nacional - a pessoa jurídica NOSSA SENHORA DE FÁTIMA EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA.-EPP, CNPJ nº 04.861.413/0001-11, pela CONSTITUIÇÃO DA PESSOA JURÍDICA POR INTERPOSTAS PESSOAS sendo vedada sua opção por aquele regime diferenciado nos termos do inciso VII do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Ocorre que, ao consultar a Lei Complementar nº 123/2006, tem-se a seguinte redação dada ao artigo 29, incisos IV e VII:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional darse- á quando:

... omissis...

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas; ... omissis...

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

Portanto, resta claro que a motivação da exclusão (constituição de interposta pessoa) não se coaduna à situação prevista no inciso VII do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006, tal qual consta do ADE, mas sim, do inciso IV do mesmo artigo 29 do referido normativo.

Assim, num primeiro momento, poder-se-ia questionar sobre a hipótese de nulidade do ADE por erro na fundamentação legal, mesmo diante da omissão do contribuinte quanto a esta matéria preliminar. Contudo, assim não penso.

Em que pese a necessidade de todo ato administrativo conter o fundamento legal no qual está embasado, há que se ter em mente que o mesmo ato administrativo deve ter sua motivação explícita de acordo com a causa subjacente que lhe rende ensejo, ou seja, a motivação do ato deve ser adequada, pertinente e vinculada aos motivos de fato ensejadores da sua prática. No caso em tela, os motivos estão devidamente expostos nos autos, seja na Representação Administrativa, seja na decisão administrativa constante do Despacho Decisório de fls. 689/691 e no próprio ADE, ou seja: o contribuinte foi excluído do Simples Nacional pelo fato de ter sido constituído sob a forma de interposta pessoa jurídica em prol de grupo econômico.

Dessa forma, os fatos imputados ao sujeito passivo foram perfeitamente delineados nos autos e na motivação da decisão, bem assim, no ADE, havendo mera inadequação de fundamentação legal. Permito-me, neste ponto, fazer um paralelo ao direito processual penal, onde é cediço na doutrina e na jurisprudência que o acusado defende-se dos fatos narrados na inicial acusatória, não de sua capitulação legal, sendo certo que o juiz pode

atribuir a tais fatos definição jurídica diversa daquela constante da imputação típica, ainda que desta conduta sobrevenha a aplicação de pena mais grave, na forma do artigo 383 do CPP.

A situação teria desfecho diverso se houvesse falha ou carência da própria motivação do ato, isto é, se houvesse ausência total ou relativa dos fatos ensejadores da situação motivadora da exclusão do Simples Nacional. No caso, tal não houve, havendo mero erro na descrição do inciso em cuja vedação incorreu o contribuinte.

Ademais, veja-se que o contribuinte defendeu-se a contento de todos os fatos narrados, apresentando as razões pelas quais não entende ter havido interposição de pessoas, tampouco que a empresa N.S.F. Indústria e Comércio Ltda EPP tenha integrado o grupo econômico Nossa Senhora de Fátima.

Destarte, tenho como superado o erro de capitulação legal do ADE, tendo-se em vista não ter sido este erro suficiente a cercear o direito do contribuinte ao contraditório e à ampla defesa.

Em relação aos julgados trazidos à colação, estes aplicam-se ao caso em concreto, não se enquadrando ao caso em exame. Adicionalmente, não constituem normas complementares da legislação tributária e, tampouco, vinculam a Administração Tributária, pois inexistente lei que lhe confira a efetividade de caráter normativo, conforme exige o art. 100, II, do CTN.

Com efeito, como a atividade fiscal é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade, deverá a Autoridade Tributária e ao Julgador Administrativo, cumprir rigorosamente o que tiver sido determinado nos atos legais e normativos vigentes, não lhe sendo permitindo a utilização de discricionariedade, nem mesmo diante de opiniões divergentes da legislação, manifestadas por ilustres doutrinadores.

Portanto, não cabe determinar a nulidade do Ato Declaratório Executivo por enquadramento legal errado, quando o exercício do contraditório e da ampla defesa foi assegurado mediante a apresentação do recurso voluntário pela recorrente, que articulou perfeitamente a sua defesa, não demonstrando qualquer dúvida quanto aos motivos que levaram à exclusão da empresa do Simples Nacional.

Preliminar. Ausência de intimação prévia da data do julgamento na DRJ para sustentação oral. Inexistência de previsão legal.

A contribuinte, em seu recurso, alega que teria sido cerceada em seu direito de defesa, quando não foi intimada previamente do julgamento ocorrido na DRJ, de modo que pudesse fazer a sustentação oral de sua defesa.

No entanto, não há previsão legal para sustentação oral em sede da primeira instância de julgamento administrativo.

Trata-se de instrumento previsto apenas em sede de julgamento em segunda instância administrativa, perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, na forma do art. 58, inciso II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, podendo ser utilizado a critério do contribuinte.

A título de argumentação, o pedido de intimação prévia da data da sessão de julgamento ao patrono do recorrente para a realização de sustentação oral também não encontra amparo no RICARF. Entretanto, garante-se às partes a publicação da Pauta de Julgamento no Diário Oficial da União DOU com antecedência de 10 dias e no site da internet do CARF, na forma do art. 55, parágrafo único, do Anexo II, do RICARF. Cabe às partes ou seus patronos acompanhar tais publicações, podendo, então, na sessão de julgamento respectiva, efetuar a sustentação oral. Porém, repise-se, não há previsão para

prévia intimação aos patronos das partes da data da sessão de julgamento do recurso voluntário.

Portanto, inexistente previsão, no âmbito do processo administrativo fiscal, para a realização de sustentação oral em sede de julgamento no âmbito da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento - DRJ.

Mérito.

O litígio é decorrente do ato de exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/01/2007, em virtude de ter ficado caracterizada a constituição de pessoa jurídica mediante a utilização de interposta pessoa, previsto no inciso IV do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006, transcrito a seguir:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas; (...)

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos calendário seguintes.

§ 2º O prazo de que trata o § 1º deste artigo será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável segundo o regime especial previsto nesta Lei Complementar.

Conforme relatado, o Acórdão da DRJ concluiu pela manutenção da exclusão da empresa do Simples Nacional, com base nos seguintes pontos:

Portanto, à vista de tudo quanto exposto, entendo correta a exclusão do contribuinte junto ao Simples Nacional em face da manifesta interposição irregular de pessoa jurídica, tendo como provados os seguintes aspectos:

19) outorga de poderes em excesso, esvaziando-se a atividade empresária dos sócios titulares da pessoa jurídica (procurações com amplos poderes de administração à margem do contrato social a parentes do diretor do grupo econômico Nossa Senhora de Fátima);

20) constante relação de dependência econômica e operacional (busca por negócios, clientes, matéria prima e demais insumos);

21) constante participação ativa de vários sócios-administradores de empresas ligadas ao Grupo Nossa Senhora de Fátima na condução dos negócios do contribuinte;

22) uso do nome do grupo;

23) remuneração dos sócios da N.S.F. Indústria e Comércio Ltda EPP, não por retiradas pro labore, mas por regime de comissionamento, atrelado ao faturamento e à margem de lucro;

24) responsabilidade pelo custeio da folha de pagamento da N.S.F. Indústria e Comércio Ltda EPP pelo grupo econômico Nossa Senhora de Fátima

(transferência de funcionários do grupo econômico para a EPP, contratações diretas pela EPP para trabalhar em empresas do grupo econômico etc);

25) constantes ingerências nas práticas comerciais, pelo grupo econômico, nas operações desenvolvidas pela N.S.F. Indústria e Comércio Ltda EPP; e,

26) utilização da N.S.F. Indústria e Comércio Ltda EPP como mero departamento de produção do grupo econômico, assumindo contratos outrora pertencentes ao grupo, de forma a afastar a autonomia operacional e a independência de mercado.

Em seu recurso, os principais pontos discutidos pela contribuinte são:

a) Reclamação Trabalhista:

■1 que não teria ficado comprovado o vínculo empregatício entre as partes, tendo em vista que ação foi extinta sem que fosse reconhecido o vínculo empregatício entre as partes;

■2 que a sentença proferida na Reclamação Trabalhista nº 001015624.201.5.12.0016, com resolução de mérito, decidiu que o reclamante não se tratava de interposta pessoa, "ainda que se admita a existência de grupo econômico;

b) Grupo Econômico

■3 que não há ilícito na formação de grupos econômicos;

■4 que não é correto não afirmar que todos têm responsabilidade solidária pelos tributos de qualquer empresa do grupo, tendo em vista a autonomia das sociedades empresárias. Defende que não é autorizada a responsabilização de terceiras pessoas que não tomaram parte no fato gerador dos tributos, sem que haja fundamentação legal que a isso autorize. Cita doutrinadores e dispositivos da Constituição Federal;

■5 que aos particulares é dada a faculdade de organizar suas empresa, conforme melhor lhes convier;

■6 que "não há motivo para responsabilização de outras empresas (...), posto que inexistente dolo ou fraude, sendo irrelevante a simples conclusão de que haveria grupo econômico, até porque as outras pessoas jurídicas e outros sócios pertencentes não participaram dos fatos geradores".

Como as demais razões da contribuinte já foram tratadas no Acórdão da DRJ, novamente socorro-me do §3º do art. 57 do RICARF, e, adoto as razões exaradas pelo Acórdão ora combatido, por concordar com seu teor, completando-as ao final.

DA CONDIÇÃO DA EMPRESA NOSSA SENHORA DE FÁTIMA EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA - EPP

Inicialmente, convém firmar a premissa segundo a qual, esta empresa, vinculada ao CNPJ nº 04.861.413/0001-11, com endereço à Rua Dona Francisca, nº 6.105 - Galpão B - Distrito Industrial - Joinville - SC, foi aberta a partir da reunião de dois sócios, o Sr. Max Wellington Correa e o Sr. Fabrício Parreiras Aricó, em 08/11/2003. O primeiro era ex-empregado do grupo Nossa Senhora de Fátima; o segundo, descendente na linha direta em primeiro grau do Sr. Antônio Carlos Aricó, assumindo a razão social de N.S.F. Indústria e Comércio Ltda.

Como já visto, o contribuinte não contesta a existência de um grupo econômico, denominado grupo Nossa Senhora de Fátima. O que contesta é o fato de que a empresa excluída do Simples Nacional, Nossa Senhora de Fátima Embalagens Industriais Ltda-EPP, antiga N.S.F Indústria e Comércio Ltda, originariamente constituída pelos Srs. Max Wellington Correa e Fabrício Parreiras Aricó, integra este mesmo grupo econômico.

E o faz porque, à época dos fatos, a empresa N.S.F - Indústria e Comércio Ltda EPP ainda tinha como sócios somente as pessoas físicas que a fundaram, somente em momento posterior houve sucessivas alienações de quotas sociais a pessoas físicas já sócias do grupo econômico, culminando, em 01/08/2012, no poder de comando do Sr. Antônio Carlos Aricó, integrando formalmente o grupo econômico.

O contrato social de constituição da empresa N.S.F - Indústria e Comércio Ltda está acostado às fls. 251/255 dos autos, estando datado de 20/11/2001, apresentado a registro perante a Junta Comercial do Estado de Santa Catarina em 14/01/2002. Dispõe:

Cláusula Primeira - A sociedade girará sob a denominação social de N.S.F. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, com sede na cidade de Joinville, Estado de Santa Catarina, à Rua Dona Francisca, 6.005, Galpão B, Distrito Industrial, CEP 89.219-000, podendo criar, manter ou extinguir filiais, lojas, depósitos e escritório dentro e fora do território nacional, a critério dos sócios quotistas.

Cláusula Segunda - A sociedade tem por objeto social a industrialização de partes e componentes elétricos, consertos de partes e componentes elétricos, produção, desenvolvimento e conserto de recipientes industriais, industrialização sob encomenda para terceiros.

A composição do capital social afirma uma participação de cada sócio nos percentuais de 98% (noventa e oito por cento) e 2% (dois por cento), respectivamente, aos sócios Fabrício Parreiras Aricó e Max Wellington Corrêa.

No que tange à administração da sociedade, prevê:

Cláusula Quinta - A gerência e administração da sociedade será exercida pelos sócios em conjunto, que dividirão entre si encargos e atribuições, representando a ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente, respeitado sempre o limite da totalidade do capital social.

Parágrafo Primeiro - Os sócios-gerentes usarão da denominação social assinando em conjunto de duas assinaturas.

Parágrafo Segundo - É vedado aos sócios-gerentes o uso da denominação social em negócios alheios ao objeto social assim como a prática de atos a este não inerentes, caso em que serão os mesmos responsabilizados nos termos da lei civil.

Às fls. 256/261, consta a primeira alteração do contrato social e consequentemente a consolidação do mesmo, datada de 30/09/2003, onde os sócios resolvem alterar, dentre outras disposições, regras atinentes à administração da sociedade. Estabelece:

Cláusula 6a - Da Administração (...)

Parágrafo Primeiro: É permitido a designação de administradores não-sócios mediante aprovação de sócios que represente, no mínimo dois terços do capital social.

Parágrafo Segundo: A outorga de procuração, em nome da sociedade poderá ser feita desde que: a) contenha prazo determinado de vigência, exceto se para fins judiciais; b) que especifique os atos a serem praticados.

Esta alteração foi levada a registro perante a Junta Comercial do Estado de Santa Catarina em 09/01/2004.

Como se vê, a redação original do contrato social não permitia a delegação da função de administração da sociedade; ao revés, atribuía tal função aos sócios com exclusividade. Somente em setembro de 2003 (38 dias antes do desligamento do Sr. Max Wellington Correa da empresa) houve a possibilidade da outorga de poderes de administração a pessoa não-sócia.

Em 10/06/2005 houve 3ª Alteração contratual (registro na JUCESC em 15/02/2006), retirando-se da sociedade o Sr. Fabrício Parreiras Aricó, e ingressando o Sr. Adeilton Gomes Alexandre, permanecendo este e o Sr. Max Wellington Correa, cada qual, com 50% (cinquenta por cento) das cotas sociais.

No que diz respeito às procurações eis os elementos constantes dos autos:

Fls. 283/284, 02/10/2003

Outorgante: N.S.F. Indústria e Comércio Ltda

Sócios do outorgante: Fabrício Parreiras Aricó e Max Wellington Corrêa Outorgado: Fabiana Parreiras Aricó Pires Barbosa e Fabiano Machado. Poderes outorgados:

"mais amplos, gerais e ilimitados poderes para QUALQUER UM DELES OUTORGADOS SEMPRE EM CONJUNTO COM UM DOS SÓCIOS DA FIRMA OUTORGANTE, gerir e administrar a firma outorgante, tratando de todos os seus negócios, podendo transigir livremente em juízo ou fora dele; efetuar pagamentos e receber todas e quaisquer quantias em nome da sociedade, assinar recibos, dar e aceitar quitação; emitir, receber, assinar, endossar e descontar duplicatas; comprar e vender mercadorias, produtos e materiais da firma, convencionando e aceitando preços, condições, prazos, juros, multas e o que mais for preciso; assinar notas fiscais, contratos de fornecimentos com fornecedores; solicitar e promover prestação de serviços de quaisquer natureza; representá-la perante clientes; admitir e demitir empregados, fixando-lhes ordenados e comissões e assinando os competentes contratos de trabalho e todos os documentos necessários à rescisão dos mesmos, podendo inclusive, dar baixa, em carteiras profissionais, firmar termos, fazer acordos, inclusive trabalhistas; representá-la perante quaisquer bancos, estabelecimentos bancários e instituições financeiras, para o fim especial de movimentar contas correntes já existentes em nome da firma, ou ainda, abrir e movimentar outras quaisquer, podendo para tanto, emitir, endossar e assinar cheques, requerer e retirar talões de cheques, verificar saldos e retirar extratos das contas; autorizar aplicações financeiras em quaisquer de suas modalidades e promover resgates; depositar e sacar quaisquer importâncias; assinar recibos e dar quitação; autorizar débitos ou créditos nas contas; assinar borderô; depositar e levantar cauções; constituir advogados, atribuindo-lhes os poderes da cláusula "ad-judicia" para o foro em geral, perante qualquer Juízo, Instância ou Tribunal, podendo representá-la e defendê-la em processas e ações; acompanhar todos e quaisquer processos; representá-la nas audiências, praticando todos os atos que competem a ela, outorgante; requerer inquéritos e quaisquer medidas policiais; desistir, fazer acordos e composições amigáveis ou judiciais; defendê-la na Justiça do Trabalho em todos seus departamentos e instâncias, inclusive nas Juntas de Conciliação e Julgamento; fazer acordos, firmar termos e compromissos necessários; representá-la ainda, junto às repartições públicas e administrativas federais, estaduais e municipais e suas autarquias, e ainda, em outros quaisquer órgãos públicos, bem como o I.N.S.S., Receita Federal, Juntas Comerciais, Empresas de Correios, empresas concessionárias de serviços públicos em geral, Embaixadas, Consulados, Companhias e/ou Sociedades, especialmente de Correios e Telégrafos, Telecomunicações, Aéreas, Marítimas, Seguros, Prefeituras Municipais, Sindicatos, Clínicas, Hospitais e onde mais for preciso, tratando de todos os assuntos de interesse dela outorgante, firmando, aceitando e assinando contratos de quaisquer natureza e requerendo, promovendo, alegando, praticando e assinando o que se fizer

necessário, inclusive guias, requerimentos, declarações, termos, formulários, livros próprios e demais instrumentos; e enfim, praticar todos e quaisquer outros atos necessários à boa administração da firma."

Fl. 282, 23/02/2006

Outorgante: N.S.F. Indústria e Comércio Ltda -EPP

Sócios do outorgante: Adeilton Gomes de Alexandre e Max Wellington Corrêa

Outorgado: Cleiton Ricardo Iziqiel Nieto

Poderes outorgados:

"poderes para o fim especial de movimentar junto ao Banco Bradesco S/A, agência nº 3389, conta corrente nº 10.0040-3, na cidade Campinas, Estado de São Paulo e Banco Itaú S/A, agência nº 0028, conta corrente nº 30.917-7, na cidade de Valinhos, Estado de São Paulo, as contas correntes que forem abertas e mantidas em nome da OUTORGANTE, podendo efetuar depósitos e retiradas, solicitar saldo, obter extratos, requisitar talões de cheque, efetuar aplicações e investimentos, assinando tudo o que for preciso, emitir, endossar, assinar, aceitar, assinar e descontar cheques, recibos, contratos de câmbio, ordens de pagamento e demais documentos bancários, tratar de todos os seus assuntos, direitos e interesses relativos, dar e aceitar recibos e quitações receber correspondência em aludido, estabelecimento bancário requerer, promover, alegar e assinar tudo o que preciso for, juntar e desentranhar papéis e documentos, prestar declarações e esclarecimentos praticando, enfim todos os demais atos que forem necessários ao fiel cumprimento deste mandato, sendo vedado o substabelecimento. A presente tem validade por (12) doze meses a contar desta data. "

Fls. 278/279, 18/06/2007

Outorgante: N.S.F. Indústria e Comércio Ltda -EPP

Sócios do outorgante: Adeilton Gomes de Alexandre e Max Wellington Corrêa

Outorgado: Cleiton Ricardo Iziqiel Nieto Poderes outorgados: idem à anterior.

Fls. 276/277, 02/07/2008

Outorgante: N.S.F. Indústria e Comércio Ltda -EPP

Sócios do outorgante: Adeilton Gomes de Alexandre e Max Wellington Corrêa

Outorgado: Cleiton Ricardo Iziqiel Nieto Poderes outorgados: idem à anterior.

Fls. 274/275, 15/07/2009

Outorgante: N.S.F. Indústria e Comércio Ltda -EPP

Sócios do outorgante: Adeilton Gomes de Alexandre e Max Wellington Corrêa

Outorgado: Cleiton Ricardo Iziqiel Nieto Poderes outorgados: idem à anterior.

Pelo contexto dos instrumentos públicos de outorga de poderes verifica-se que já desde 02/10/2003, data da primeira procuração, a empresa N.S.F. Indústria e Comércio Ltda transferiu a totalidade dos poderes inerentes à sua administração a terceiros não-sócios.

Ainda, a mesma procuração condiciona a prática dos atos nela previstos à atuação conjunta de um dos sócios. Ora, resta evidente a completa ausência de autonomia da pessoa jurídica em relação à atuação dos seus sócios, ou, no mínimo, do sócio Max Wellington Corrêa. Explico.

É cediço que a lei permite que haja a outorga de poderes pela pessoa jurídica a pessoa não integrante do seu quadro social, pois isto decorre da necessidade de fazê-la presente

em atos e negócios jurídicos onde ou não seja possível os sócios comparecerem ou, ainda, pelas características do ato ou negócio, haja uma necessidade especial de atuação (ex: advogado). Contudo, o que houve na procuração de 2003 não foi a mera outorga de poderes, mas sim a delegação por completo da administração da sociedade. Veja-se que, pela dicção dos poderes outorgados, nada remanesce nas mãos dos sócios-administradores, nisto incluindo, representação ativa e passiva ampla em juízo e fora dele, administração de trabalhadores, movimentações bancárias em sentido amplo, assinaturas de contratos com terceiros, incluindo de fornecimento etc.

É dizer, os procuradores constituídos investiram-se na efetiva condição de administradores totais do sujeito passivo. A previsão na própria procuração de que "qualquer um deles outorgados sempre em conjunto com um dos sócios da firma outorgante" não afasta este entendimento. Isto porque, pela sinonímia do patronímico da outorgada, Sra. Fabiana Parreiras Aricó, em relação ao sócio Sr. Fabrício Parreiras Aricó, verifica-se claro laço de parentesco. Dessa maneira, resta evidente que a atuação conjunta da outorgada com um sócio da empresa necessariamente perfazia, no caso concreto, atuação dos dois parentes, de um lado, Fabiana, como mandatária, de outro, Fabrício como representativo do mandante. A atuação do Sr. Max Wellington Correa, neste contexto, acaba por ficar absolutamente enfraquecida, na medida em que desvirtua o contrato social que vigia até pouco tempo antes.

Efetivamente, a procuração foi datada de 02/10/2003. Nesta data, havia sido feita, pouco tempo antes, em 30/09/2003 (fls. 256/261), a primeira alteração do contrato social, onde os sócios resolvem alterar, dentre outras disposições, regras atinentes à administração da sociedade, assim asseverando:

Cláusula 6a - Da Administração (...)

Parágrafo Primeiro: É permitido a designação de administradores não-sócios mediante aprovação de sócios que represente, no mínimo dois terços do capital social.

Parágrafo Segundo: A outorga de procuração, em nome da sociedade poderá ser feita desde que: a) contenha prazo determinado de vigência, exceto se para fins judiciais; b) que especifique os atos a serem praticados.

Ou seja, a procuração, na verdade, não pretendeu a mera outorga de poderes, mas sim a constituição de administradores não-sócios. Outrossim, a procuração está em dissonância da letra "a" do parágrafo segundo da Cláusula 6a, pois não possui prazo de vigência. Ademais, a especificação dos atos a serem praticados, como pretende a letra "b" do parágrafo segundo da Cláusula 6a, pois a procuração em verdade, não especifica este ou aquele ato, mas abrange tudo quanto seja inerente à administração normal de uma sociedade empresária, de forma a configurar os "outorgados" como administradores de fato da empresa.

Por fim, a procuração, tal qual posta em seu conteúdo e finalidade, encontra dois problemas. O primeiro deles diz respeito à ausência de averbação e registro do seu teor junto ao registro do comércio, tal qual o ordena o artigo 1.012 do Código Civil de 2002, que assevera:

Art. 1.012. O administrador, nomeado por instrumento em separado, deve averbá-lo à margem da inscrição da sociedade, e, pelos atos que praticar, antes de requerer a averbação, responde pessoal e solidariamente com a sociedade.

O segundo, referente à extensão dos poderes, tal qual posto no artigo 1.018 do mesmo

Código Civil de 2002:

Art. 1.018. Ao administrador é vedado fazer-se substituir no exercício de suas funções, sendo-lhe facultado, nos limites de seus poderes, constituir mandatários da sociedade, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar.

Ora, mais uma vez reforço que a procuração não se limitou a constituir um mandatário para este ou aquele ato, mas sim em constituir administrador de fato, capaz de gerir a sociedade de forma ampla e irrestrita. Nesse sentido, a previsão de que a prática dos atos se daria na presença de um dos sócios deixa evidente a intenção de transformar a administração da empresa em uma gestão familiar, entre irmãos, excluindo-se a efetiva atuação empresária do Sr. Max Wellington Corrêa.

Em relação às procurações dos demais anos, embora somente prevejam a atuação dos mandatários em sede financeira, o que já é um fato absurdo, as mesmas não contém cláusula de revogação do mandato outrora firmado em 2003. Isto porque, a própria procuração de 2003 não faz menção a seu prazo de vigência, de forma que não havendo instrumento que demonstre a revogação ou renúncia do mandato outorgado, este permaneceu até a aquisição da empresa, no plano formal, pelo Grupo Nossa Senhora.

Especificamente sobre o tema, muito embora haja no cenário moderno várias formas de gestão empresarial, mediante a outorga de prerrogativas pelas empresas a terceiros para sua administração pontual e maximizada, decorre do censo comum que ninguém, em sã consciência, se sente seguro e confortável em permitir que outrem lhe administre as contas e recursos financeiros. Tal regime, em nosso direito pátrio, somente é admitido em caráter excepcional, na figura da chamada intervenção na empresa.

Ao longo de várias décadas de experiência profissional, este Relator jamais presenciou tamanha afronta à autonomia gerencial de uma empresa, permitindo-se que terceiros, sem motivo plausível, movimento, gerencie e enfim, faça tudo quanto entenda cabível nas contas bancárias de uma empresa em relação à qual não integra o quadro social.

Como o próprio contribuinte informa em seu instrumento de impugnação, o Sr. Max Wellington e o Sr. Fabrício Aricó são pessoas suficientemente capazes de gerenciar seus negócios, de forma que se torna desarrazoado a ingerência de terceiro, salvante a hipótese de administração de fato por outra empresa que veja na empresa constituída por eles uma forma de burla à legislação e economia de encargos e custos.

Sobre o tema, colaciono o seguinte julgado:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. TERCEIRO QUE, NA VERDADE, É ADMINISTRADOR DE FATO DA EMPRESA EXECUTADA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. DEFERIMENTO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA.

1. Apelação interposta em face de sentença que julgou improcedentes os embargos, ajuizados em decorrência de execução fiscal promovida pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), através de que o apelante impugnou a decisão que determinou o redirecionamento do feito executivo em seu desfavor, prolatada sob o

fundamento de ser o titular de fato da empresa executada.

2. O redirecionamento da execução fiscal (processo nº 0000609-40.2008.4.05.8402) para o apelante deveu-se à circunstância de o Juízo de origem tê-lo reconhecido proprietário/responsável de fato pela empresa executada, embora não a integre ou a tenha integrado, até porque foi constituída sob a forma de empresário individual.

3) A condenação de primeiro grau foi formada a partir de conclusão esposada em sentença prolatada nos autos da ação penal autuada sob nº 2007.84.02.000441- 0, já transitada em julgado - a que também se refere a decisão (fls. 188/183) proferida na execução fiscal embargada (processo nº 0000609- 40.2008.4.05.8402) -, onde foi constatado que o apelante utilizava-se de seus filhos "como 'laranjas' das empresas administradas por ele, com intuito de que tais empresas não fossem abertas em seu nome".

4) Esse cenário fático restou igualmente comprovado por este Colegiado no recente julgamento do AGTR nº 134358/RN (19/11/2013), originado de execução fiscal promovida contra Jurema Smith da Nóbrega Maia – ME (processo nº 0000126-34.2013.4.05.8402), empresária individual e esposa do apelante, onde também foi verificado que Aisa Lorena Smith Maia - ME, Jurema Smith da Nóbrega Maia - ME e Alysson Smith da Nóbrega Maia -EPP, embora possuíssem diferentes CNPJs, estavam instalados num mesmo endereço, conforme respectivos comprovantes de inscrição.

5. Os fatos evidenciam abuso na personalidade jurídica das citadas empresas, de modo a acobertar, de terceiros e do Fisco, aquele que, no plano da realidade, é o empresário, em situação que também denota, à luz do disposto nos arts. 132 e 133 do CTN (empregado por analogia apenas para a definição do instituto, uma vez que cuida o caso de multa de natureza administrativa), uma verdadeira

sucessão empresarial clandestina formada por pessoas que compõem um mesmo núcleo familiar, mas administrada, de fato, apenas pelo apelante.

(...) (TRF 5. 4a T. AC 1939620134058402. Rel. Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. J. 03/12/2013. DJ. 05/12/2013) (grifo nosso)

Em face dos demais elementos dos autos, em relação aos quais passo a apreciar, a gestão desenvolvida configura nítida administração de fato, capaz, desta forma, de abranger a empresa em questão (N.S.F. Indústria e Comércio Ltda EPP) em membro integrante do Grupo Nossa Senhora de Fátima.

Mas, não é só!

Em relação às mensagens eletrônicas, apesar do contribuinte afirmar que as impugna, seja aquelas acostadas aos autos da reclamatória trabalhista, seja nestes autos, sua alegação não encontra respaldo. Efetivamente, as mensagens eletrônicas trazem robusta convicção acerca da interposição de pessoas. Nesse sentido, permito-me transcrever algumas das mensagens que demonstram uma vinculação bastante atípica entre o Grupo Nossa Senhora de Fátima e a empresa N.S.F. Indústria e Comércio Ltda - EPP.

Memorando Interno (fl. 295), datado de 08/03/2000, subscrito por "AC Aricó" (Antônio Carlos Aricó), envio de Antonio Carlos Aricó para Max Correa, referente a "Dúvidas sobre participação de gerências - V/Correspondência de 18.02.00". Nesta mensagem vê-se, claramente, que o Sr. Max era tratado como efetivo gerente, antes mesmo da abertura da empresa N.S.F. Indústria e Comércio Ltda em 20/11/2001.

E-mail enviado em 06/12/2005 (fl. 296), às 17:15 hs, de Joziane (recursoshumanos@gruponsf.com.br) para "Max NSF", com o assunto "Pro-labore (6%)".

Nesta mensagem, Joziane pede desculpas aos Srs. Max e Adeilton, informando não ter pago o salário de novembro com o reajuste do dissídio, comprometendo-se a depositar, no dia seguinte, a diferença. Veja-se que a remetente da mensagem é pessoa integrante do RH do Grupo Nossa Senhora de Fátima e o destinatário também o é, pois é assim denominado.

Esta mensagem deixa nítida a vinculação existente entre a então empresa composta pelo Sr. Max e Adeilton, no sentido de que o Grupo Nossa Senhora de Fátima é quem realizava os pagamentos devidos à empresa N.S.F. Indústria e Comércio Ltda - EPP, ao contrário do que seria normal, onde os sócios receberiam seu pro labore em face do seu trabalho na empresa e da capacidade de pagamento desta. Tal não existiu, vez que os mesmos recebiam como gerentes, estando amparados por dissídios coletivos onde são fixados percentuais de reajuste e faixas de remuneração a segurados empregados do segmento industrial.

(...)

Já por estas mensagens transcritas vê-se que a utilização da pessoa jurídica N.S.F. Indústria e Comércio Ltda EPP não passou de expediente destinado à redução de encargos tributários sobre o processo de industrialização de matéria prima. Fica claro que as remessas de insumos são divididas por "área", no sentido de se privilegiar uma em detrimento da outra, para efeito de redução de custos tributários.

(...)

Por estas mensagens transcritas vê-se que a utilização da pessoa jurídica N.S.F Indústria e Comércio Ltda EPP não passou de expediente destinado à redução de encargos tributários sobre o processo de industrialização de matéria prima. Fica claro que as remessas de insumos são divididas por "área", no sentido de se privilegiar uma em detrimento da outra, para efeito de redução de custos tributários.

Outrossim, resta evidente que a afirmação do contribuinte no sentido de que o segmento de relês não lhe interessava e, por isto, auxiliou os Srs. Max Wellington Correa e Fabrício Parreiras Aricó, é uma absoluta inverdade. Como visto, o que pretendeu o contribuinte foi somente distribuir seus custos por fábrica, exonerando-se com tratamento mais favorecido conferido à EPP, dado o alto valor do contrato de fornecimento e os custos envolvidos. Segundo demonstração de apuração do resultado em 2002, juntada pelo próprio contribuinte, houve apuração de resultado devedor (negativo) à ordem de R\$ 23.921,69; já em 2003, resultado positivo (credor) de R\$ 469.399,16, ambas demonstrações subscritas pelo técnico em contabilidade Sr. Fabiano Machado (sócio-administrador da empresa Nossa Senhora de Fátima Armazéns Gerais Valinhos Ltda (CNPJ nº 01.709.618/0001-98).

O segmento de relê sempre lhe foi interessante, tanto assim que a industrialização relativa ao relê acabou por se confundir, em termos de matéria prima e contabilidade, com a própria produção de embalagens, demonstrando a equivalência de ambas as atividades.

São palavras do próprio diretor do Grupo Nossa Senhora de Fátima, Sr. Antonio Carlos Aricó, destinadas ao Sr. Max: "Segura essa, não abra o jogo, você é capaz", evidenciado que se tratava de expediente simulado, objetivando a redução de sua carga tributária e operacional de forma indevida, agindo por manifesta interposição de pessoas.

Ainda, veja-se que em 05/12/2005 o próprio Sr. Max solicita a representante do Grupo Embraco que altere os dados do contrato já em vigor, substituindo a empresa Nossa Senhora de Fátima Indústria e Comércio de Embalagens Ltda (CNPJ: 48.657.027/0003-40), uma empresa reconhecidamente pertencente ao Grupo Nossa Senhora de Fátima, para a empresa NSF Indústria e Comércio Ltda (CNPJ 04.861.413/0001-11), empresa esta excluída do Simples Nacional.

Ora, os fatos demonstram uma realidade absolutamente contrária àquela apresentada pelo contribuinte em seu instrumento de manifestação de inconformidade. A situação configura nítida má-fé processual, deduzindo o contribuinte argumentos diametralmente opostos à realidade.

(...)

Esta mensagem confirma o gerenciamento de fato que o Grupo Nossa Senhora de Fátima fez sobre a empresa supostamente constituída pelo Sr. Max e pelo Sr. Fabrício. O Sr. Cleiton, a que se refere a mensagem é o Sr. Cleiton Ricardo Iziquiel Niedo, justamente a pessoa física nomeada como mandatária da sociedade a partir da procuração da data de 23/02/2006.

(...)

Ainda, tem-se o documento juntado à fl. 290. Trata-se de relação de funcionários da empresa Nossa Senhora de Fátima Ind. Com. De Embalagens Ltda (CNPJ nº 48.657.027/0003-40), onde se tem os seguintes dizeres manuscritos:

1º Não contatar mais funcionários p/ NSF ICE5 contratar p/ EPP.

2º Aqueles funcionários que estiverem em contrato de experiência, no término transferir p/ EPP.

3º Incentivar transferência de funcionário de IC6 p/ EPP.

4º Manter folha de pagamento na IC no máximo de R\$ 10.000,00 ideal de (ilegível) 6.000,00.

Estes são os elementos que demonstram a real situação da empresa N.S.F. Indústria e Comércio Ltda EPP.

Assim, resta indubitado que os sucessivos procuradores nomeados pela N.S.F. Indústria e Comércio Ltda EPP nada mais são do que os representantes do Grupo Econômico Nossa Senhora de Fátima gerindo e administrando a indústria que, apesar de possuir personalidade jurídica própria, atuava como mero estabelecimento de produção do grupo econômico.

Ainda, é importante mencionar que muitas das pessoas que recebiam e enviavam mensagens, além do Sr. Antônio Carlos Aricó e dos próprios sócios da N.S.F Indústria e Comércio de Embalagens Ltda EPP, pertenciam a empresas do Grupo Nossa Senhora de Fátima.

Veja-se, a título de exemplo:

a) Os Srs. Marcos Aparecido Caetano e Bruno Nucci Parreiras foram sócios-administradores da empresa Nossa Senhora de Fátima Centro de Destroca Ltda (CNPJnº 01.684.138/0001-10), conforme instrumento de contrato social de fls. 333/340.

Dessa maneira, fica claro pelas mensagens um contexto de efetivo grupo econômico, na medida em que tudo quanto interessava ao Grupo Nossa Senhora de Fátima era objeto de comunicação a todos os administradores das empresas pertencentes ao grupo econômico, incluindo-se os sócios da empresa N.S.F Indústria e Comércio Ltda - EPP (Sr. Max Wellington Corrêa, Sr. Fabrício Parreiras Aricó e Sr. Adeilton Gomes de Alexandre).

O mesmo ocorre em relação à empresa integrante do grupo econômico Nossa Senhora de Fátima, Nossa Senhora de Fátima Armazéns Gerais Valinhos Ltda (CNPJ nº 01.709.618/0001-98), cujos sócios foram os Srs. Fabiano Machado, Fabrício Parreiras Aricó, e, novamente, os Srs. Marcos Aparecido Caetano e Bruno Nucci Parreiras (Contrato Social de fls. 357/362), todos sócios-administradores da pessoa jurídica.

E, por fim, mas não de forma exauriente, em relação à empresa Nossa Senhora de Fátima Empreendimentos Imobiliários Ltda (CNPJ nº 50.063.965/0001-00), em relação aos sócios-administradores Sr. Fabrício Parreiras Aricó e Sra. Fabiana Parreiras Aricó Pires Barbosa.

É dizer, noutras palavras, com a finalidade de redução de custos e da carga tributária, notadamente sobre a mão-de-obra empregada, adotou-se uma pessoa jurídica já existente, constituída, ao que tudo indica, premeditadamente com esta finalidade, cuja composição societária abrangeu um empregado de confiança e de notável experiência no grupo econômico, e, de outro lado, um filho do diretor do grupo.

A par disto, ao longo dos anos, ao invés de manter com ela efetivas e somente relações de parceria comercial, implementou-se um sistema de gerenciamento da pessoa jurídica pelo grupo econômico, de forma que a autonomia financeira, administrativa e operacional desta pessoa jurídica (N.S.F. Indústria e Comércio Ltda EPP) não existiu de fato, atuando como mero departamento descentralizado de produção do grupo econômico.

As várias pessoas físicas integrantes de várias empresas ligadas ao grupo econômico Nossa Senhora de Fátima, de fato, atuavam na condução dos negócios gerais do grupo, eram informadas das medidas adotadas e participavam ativamente da política econômica da empresa, abrangendo o próprio contribuinte (N.S.F. Indústria e Comércio Ltda EPP), razão pela qual, tenho como inequívoco que a empresa N.S.F. Indústria e Comércio Ltda EPP integrou de fato o grupo econômico Nossa Senhora de Fátima, servindo-se como interposta pessoa com a finalidade de redução de encargos tributários, por ser optante do Simples Nacional.

Por derradeiro, o acordo a que chegaram as partes no processo trabalhista não interfere na conclusão a que chega este Relator. Isto porque, mesmo contando com a chancela da Justiça do Trabalho, o acordo é nítido negócio jurídico processual no qual as partes transigem seus direitos disponíveis com a intenção de pôr fim à lide. Contudo, isto não afasta os efeitos tributários de um encadeamento de fatos perpetrados com vistas à sonegação tributária. É dizer, a situação da ação trabalhista realmente foi resolvida com o acordo a contento de ambas as partes, mas por si só, não tem relevância alguma quanto aos fatos ocorridos. A vingar entendimento contrário, um simples acordo, repito, ainda que sob a chancela do Poder Judiciário, ao qual se deve o máximo respeito, acabaria por resultar em manifesto prejuízo à arrecadação e à Administração Tributária, em grave afronta ao princípio da separação dos poderes.

O Poder Judiciário tem o dever constitucional de solucionar lides. Ao homologar acordo das partes, cumpre e exaure este papel. À fiscalização, função administrativa do Poder Executivo, dentre outras funções, cabe apurar as irregularidades cometidas pelos contribuintes, não podendo se ver obstada pela mera vontade das partes.

DA LIBERDADE NA ORDEM ECONÔMICA

A Constituição Federal de 1988 prevê, no seu artigo 1º, inciso IV, enquanto cânone fundamental à estruturação do Estado Brasileiro, a premissa dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, objetivando pautar todo o texto constitucional enquanto princípio regente do sistema positivado. Já no seu artigo 5º, inciso XIII, prevê a norma-direito do livre exercício da profissão. Em paralelo, no artigo 170, inciso VII, ao tratar da ordem econômica, dispões sobre a busca pelo pleno emprego e a titulação da propriedade privada enquanto princípios-instrumentos visando a dignidade da pessoa humana, dispondo, in verbis:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

... omissis ...

II - propriedade privada; ... omissis ...

VIII - busca do pleno emprego;

Como a doutrina reconhece, houve a formalização da chamada "Constituição Econômica", enquanto um plexo de normas e princípios voltados ao regramento do exercício da atividade econômica direta e indireta pelo Estado, bem assim, à busca da regulação no cenário econômico privado. Neste sentido, buscou-se harmonizar o princípio capitalista neoliberal à busca da função social da propriedade dos meios de produção (artigo 170, inciso III da Constituição Federal de 1988), valorizando, de igual forma, tanto a atividade econômica privada voltada ao lucro e à especulação, como a salvaguarda dos direitos sociais - nestes incluídos os direitos econômicos profissionais dos trabalhadores - e os direitos difusos e coletivos voltados à sociedade como um todo.

Portanto, utilizando-se de um processo exegético de interpretação harmônica da Constituição Federal de 1988, tem-se que é livre à iniciativa privada a busca pelas

melhores formas de condução de suas atividades, bem assim, o alcance do lucro, sem, contudo, esquecer do respeito aos direitos trabalhistas e às demais normas de proteção de outros interesses difusos e coletivos. A harmonização de tais princípios, quais sejam, atividade econômica privada e preservação dos direitos individuais, coletivos e difusos, consiste basicamente em se verificar o limite de atuação possível à atividade econômica sem que haja tangibilidade, afetação ou restrição a outro interesse válido, em relação ao qual a atividade econômica não possa atingir.

Assim, o exercício da atividade econômica é válido e regular enquanto não afetar de forma ilícita o legítimo interesse da sociedade e dos trabalhadores, porque isto implica abuso do poder econômico em detrimento da busca à sua função social. Ensina EROS ROBERTO GRAU (in A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: 12ª edição. Editora Melhoramentos, 2007, pg. 196/197), in litteris:

A dignidade da pessoa humana comparece, assim, na Constituição de 1988, duplamente: no art. 1º como princípio político constitucionalmente conformador (Canotilho); no art. 170, caput, como princípio constitucional impositivo (Canotilho) ou diretriz (Dworkin) - ou, ainda, direi eu, como norma-objetivo.

Nesta sua segunda consagração constitucional, a dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo - e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito - com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa - dessa política pública maior - tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição.

Ainda, assevera JOSÉ AFONSO DA SILVA (in Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1999, pg. 788):

Essas considerações complementam algumas idéias já lançadas, segundo as quais a iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica. (...)

Vê-se, portanto, que no plano teórico, o direito brasileiro não impede a terceirização ou sub-contratação de serviços, tomando estas modalidades de contratação como formas legítimas de redução de custos e otimização dos procedimentos de trabalho pela empresa. Ocorre, contudo, que mesmo nestes casos, assim como em todos os campos do direito, o exercício de modalidades de contratação encontra limites, senão pelas regras atinentes aos contratos, mas por normas de interesse público, explícitas ou implícitas.

Sobre a terceirização ilícita, nos ensina SÉRGIO PINTO MARTINS (in A Terceirização e o Direito do Trabalho. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. pg. 153):

Para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial, não podem existir elementos pertinentes à relação de emprego no trabalho do terceirizado, principalmente o elemento de subordinação. O terceirizante não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, não poderá haver controle de horário e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas realizado por intermédio de outras pessoas. Deve haver total autonomia do terceirizado, ou seja, independência, inclusive quanto a seus empregados. Na verdade, a terceirização implica a parceria entre empresas, com divisão de serviços e assunção de responsabilidades próprias de cada parte. Da mesma forma, os empregados da empresa terceirizada não deverão ter

nenhuma subordinação com a terceirizante, nem poderão estar sujeitos a seu poder de direção, caso contrário existirá vínculo de emprego. Aqui há que se distinguir entre a subordinação jurídica e a técnica, pois a subordinação jurídica se dá ordens e a técnica pode ficar evidenciada com o tomador, que dá as ordens técnicas de como pretende que o serviço seja realizado, principalmente quando nas dependências do tomador. Os prestadores de serviços da empresa terceirizada não estarão, porém, sujeitos a prova, pois, são especialistas no que irão fazer.

Se o serviço do trabalhador é essencial à atividade da empresa, pode a terceirização ser ilícita se provadas a subordinação e pessoalidade como o tomador dos serviços.

... omissis...

Algumas regras, contudo, podem ser enunciadas para se determinar a licitude da terceirização, como: (a) idoneidade econômica da terceirizada; (b) assunção dos riscos pela terceirizada; (c) especialização nos serviços a serem prestados; (d) direção dos serviços pela própria empresa terceirizada; (e) utilização do serviço, evitando-se a terceirização da atividade-fim; (f) necessidade extraordinária e temporária de serviços. (Grifo nosso)

Mais à frente, continua o ilustre doutrinador (idem, pg. 154):

Deve-se evitar a terceirização com pessoas físicas que exercem habitualmente suas atividades, inclusive ex-empregado que passar a trabalhar em sua residência, o que poderia da ensejo à existência de contrato de trabalho em domicílio (art. 6º da CLT), desde que presente a subordinação. (...) O próprio ex-funcionário da empresa não deve, de preferência, ser contratado para a prestação de serviços terceirizados, mesmo rotulando-o na empresa de autônomo, podendo tal rótulo ser aplicado se os serviços não forem prestados no próprio local de trabalho, não houver exclusividade, nem subordinação nos serviços prestados ao terceirizante. (...)

O terceirizado também não deveria ser contratado como microempresa ou como autônomo, hipóteses reveladoras da continuidade do vínculo empregatício se o terceirizado já trabalhou como empregado na empresa, principalmente se persistir o elemento subordinação. Os serviços prestados pelo terceirizado não devem ser feitos exclusivamente ao terceirizante, o que pode demonstrar certo grau de dependência do primeiro em relação ao segundo, caracterizando a subordinação. Descrição demasiada de como o terceiro manejará seu pessoal evidencia a subordinação ao terceirizante, porque o contratado seria controlado e não empresário-parceiro. (...) O fato de o empregado comprar as ferramentas de trabalho ou as máquinas do empregador também não irá descaracterizar o contrato de trabalho se persistir o elemento subordinação. Se a empresa determina como o serviço deve ser feito ao terceirizado, pode haver um indício de subordinação, já que o prestador vai receber ordens de o que e como fazer.

Em que pese as lições doutrinárias se referirem à terceirização, aplicam-se à interposição de pessoas, pois, neste caso, há apenas a fachada de uma empresa independente, de forma que a mesma não seja nada mais, nada menos, do que mero departamento administrativo da "empresa-mãe", provido por personalidade jurídica própria apenas com a finalidade de simular uma relação de independência.

Aliás, vem sendo recorrente a situação onde as empresas se valem das pessoas jurídicas pré-existentes ou em curso de criação, sob a modalidade de interpostas pessoas jurídicas que somente têm existência no plano formal, para se subtraírem à força da norma tributária e trabalhista. O recrudescimento da carga tributária e dos direitos trabalhistas, crises econômicas internas e internacionais, são fatores comumente invocados como motivo à utilização indevida e irregular do fenômeno da personificação.

É fato que o tratamento que vem sendo dado à contratação por interposta pessoa jurídica, enquanto forma de sonegação, deve ser censurado, pois revela nítido intuito de

se furtar às legislações do trabalho e previdenciária. Este mesmo Relator, tal qual os insígnies membros desta 16ª Turma de Julgamento, têm-se deparado frequentemente com esta questão, em julgamento de processos provenientes das mais variadas regiões do País.

Portanto, à vista de tudo quanto exposto, entendo correta a exclusão do contribuinte junto ao Simples Nacional em face da manifesta interposição irregular de pessoa jurídica, tendo como provados os seguintes aspectos:

outorga de poderes em excesso, esvaziando-se a atividade empresária dos sócios titulares da pessoa jurídica (procurações com amplos poderes de administração à margem do contrato social a parentes do diretor do grupo econômico Nossa Senhora de Fátima);

constante relação de dependência econômica e operacional (busca por negócios, clientes, matéria prima e demais insumos);

constante participação ativa de vários sócios-administradores de empresas ligadas ao Grupo Nossa Senhora de Fátima na condução dos negócios do contribuinte;

uso do nome do grupo;

remuneração dos sócios da N.S.F. Indústria e Comércio Ltda EPP, não por retiradas pro labore, mas por regime de comissionamento, atrelado ao faturamento e à margem de lucro;

responsabilidade pelo custeio da folha de pagamento da N.S.F. Indústria e Comércio Ltda EPP pelo grupo econômico Nossa Senhora de Fátima (transferência de funcionários do grupo econômico para a EPP, contratações diretas pela EPP para trabalhar em empresas do grupo econômico etc);

constantes ingerências nas práticas comerciais, pelo grupo econômico, nas operações desenvolvidas pela N.S.F. Indústria e Comércio Ltda EPP; e, 8) utilização da N.S.F. Indústria e Comércio Ltda EPP como mero departamento de produção do grupo econômico, assumindo contratos outrora pertencentes ao grupo, de forma a afastar a autonomia operacional e a independência de mercado.

(...)

Portanto, uma vez que ficou caracterizada a constituição de pessoa jurídica mediante a utilização de interposta pessoa, deve ser mantida a exclusão da empresa do Simples Nacional.

Conclusão

Diante do exposto, VOTO por rejeitar as preliminares alegadas e, no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário.

Pelo exposto, voto por conhecer dos recursos voluntários e, no mérito, em negar-lhes provimento.

E como voto.

(documento assinado digitalmente)

Gleison Pimenta Sousa

Fl. 38 do Acórdão n.º 2202-010.236 - 2ª Sejul/2ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10920.721826/2013-19