



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

Processo n° 11516.723075/2015-63
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1001-000.679 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 05 de julho de 2018
Matéria Simples Nacional
Recorrente WGN REPRESENTACOES EIRELI - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011

EXCESSO DE RECEITA BRUTA.

Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar n° 123, de 2006, a pessoa jurídica cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite legalmente estabelecido para opção pelo referido sistema.

Constatado que a administração da pessoa jurídica foi transferida para a figura de administrador, que administra todas as empresas de um mesmo grupo, com características de grupo de fato, atuando como *longa manus* de todas elas, como sócio administrador, ainda que de direito não conste dos quadros societários, é possível que sejam somadas as receitas brutas do grupo para fins de apuração do limite legal de opção.

PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.

A prática reiterada de infração à legislação tributária, caracterizada pela omissão de receitas e o excesso de receita bruta são causas de exclusão da pessoa jurídica do Simples Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(Assinado Digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Lizandro Rodrigues de Sousa (presidente), Edgar Bragança Bazhuni, José Roberto Adelino da Silva e Eduardo Morgado Rodrigues.

Relatório

Trata-se de Ato Declaratório Executivo DRF/FNS no 290, de 11 de novembro de 2015, que excluiu o contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), com efeitos a partir de 01/01/2011 (e-fl. 555), "por ter sido constatada prática reiterada de infração e excesso de receita do grupo econômico sob unicidade administrativa, fatos que importam a exclusão de ofício do Simples Nacional, com fundamento nos artigos 3º, § 4º, inciso V, e 29, incisos V, da Lei Complementar nº 123/2006...". O ADE fixou os efeitos a partir 01/01/2011, e vedou a opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário seguintes, nos termos do art. 29, § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006.

Os fatores que inicialmente indicaram as empresas componentes do grupo formado (e-fls. 02/26) pela Recorrente e por Nacale Comércio de Tecidos e Confecções Ltda EPP, Empório Duhomem Industria, Comércio e Serviços Ltda – EPP, KCS Confecções Ltda. EPP, Tubarão Confecções Ltda. ME, Calegari Comércio de Decorações Ltda. EPP, Eduardo Decorações Ltda. EPP, Costaesmeraldino Confecções Eireli EPP e New Modas Comércio de Confecções Ltda. ME incidiam no disposto no artigo 3º, § 4º, inciso V da Lei Complementar nº 123/2006 foi a existência de procurações públicas (e-fls. 66/139 e 140/163), emitidas por todas as empresas envolvidas, outorgando totais poderes de administradores (inclusive de movimentação bancária) aos senhores Evaldo Nandi Calegari, Márcia Calegari, Raquel Martins Farias e Rafael Nandi Calegari (pai, irmã, esposa e filho).

Mas o conjunto de elementos colhidos e descritos na Representação para Exclusão do Simples Nacional (e-fls. 02/26) mostraram que as empresas citadas formavam também grupo econômico de fato, valendo-se de unicidade gerencial e confusão patrimonial e financeira, o que reforçou a subsunção das optantes pelo Simples Nacional na hipótese legal de exclusão. Por bem descrever o litígio reproduzo a seguir o Relatório da decisão recorrida:

Relatório

1. DO ATO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL _____

Trata-se de manifestação de inconformidade apresentada pela empresa acima identificada contra exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, mediante o Ato Declaratório Executivo nº DRF/FNS nº 290, de 11 de novembro de 2015, emitido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Florianópolis (SC).

A exclusão teve por base os fatos apurados na Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional de 28/10/2015, onde foi constatada a prática reiterada de infração e excesso de receita do grupo econômico sob unicidade administrativa, fatos que importam na exclusão de ofício do Simples Nacional, com

fundamento nos artigos 3º, §4º, inciso V, e 29, incisos V, da Lei Complementar nº 123/2006.

Os efeitos da exclusão, de acordo com o art. 2º do citado ADE, operaram-se retroativamente a 01/01/2011, sendo vedada a opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário seguintes, nos termos do art. 29, § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006.

Consoante a Representação Administrativa que ampara o ato de exclusão, além do sujeito passivo acima identificado, a auditoria fiscal abrangeu as seguintes pessoas jurídicas, que, de acordo com a fiscalização, compõem, juntamente com a J. R. Dandolini Artigos do Vestuário Ltda., um grupo econômico de fato:

- › *Nacale Comércio de Tecidos e Confeccões Ltda. EPP- CNPJ: 85.192.441/0001-95*
- › *Empório Duhomem Ind, Com e Serviços Ltda. – EPP - CNPJ: 07.648.246/0001-13*
- › *Tubarão Confeccões Ltda. ME. -CNPJ: 05.304.238/0001-24*
- › *Calegari Comércio de Decorações Ltda. EPP. - CNPJ: 09.018.294/0001-53*
- › *Eduardo Decorações Ltda. EPP. - CNPJ: 03.300.622/0001-23*
- › *Costaesmeraldino Confeccões Eireli EPP - CNPJ: 00.276.114/0001-69*
- › *KCS Confeccões Ltda. EPP - CNPJ: 06.280.835/0001-29*
- › *New Modas Comércio de Confeccões Ltda. - CNPJ: 08.757.789/0001-31*

Relata a autoridade autuante que referidas empresas mantêm estreitas relações negociais, figurando, como administradora, a família Nandi Calegari, através dos senhores Evaldo Nandi Calegari e Rafael Nandi Calegari e das senhoras Márcia Calegari e Raquel Martins Farias, valendo-se de unicidade gerencial e confusão patrimonial e financeira, para a obtenção dos resultados desejados.

De acordo com o Fisco, a unicidade gerencial restou claramente comprovada à vista das procurações públicas por meio das quais todas as empresas do grupo delegam poderes para os senhores Evaldo Nandi Calegari e Rafael Nandi Calegari e para as senhoras Márcia Calegari e Raquel Martins Farias.

Segundo a fiscalização essas pessoas compõem o núcleo familiar NANDI CALEGARI que, por força de contrato social ou por delegação de poderes através de procuração, é quem realmente detém o poder, caracterizando a unicidade gerencial, visto que todas as empresas do grupo são geridas por essas pessoas, e sempre que surge uma nova empresa participante do grupo ou sempre que, por alteração contratual, um novo administrador é nomeado, de uma empresa já existente, ato contínuo, é passado o poder de comando, por procuração, aos senhores e/ou senhoras acima citados.

Já a confusão patrimonial, segundo a autoridade autuante, se dá na medida que as empresas componentes do grupo econômico, utilizam-se, em conjunto, de bens que não fazem parte de seu

patrimônio, como é o caso da utilização de domínios eletrônicos da rede mundial de computadores e de marcas e logotipos, assim como de programas de otimização de vendas, como é o caso do programa denominado "clube maiores lojas", além da utilização, em comum, de recursos humanos, visto que as empresas utilizam trabalhos de empregados, uma das outras, sem qualquer apropriação dos custos destes empregados, ou, ainda, utilizam trabalhadores que prestam serviços a todas as empresas sendo contratados por apenas uma delas.

Em resumo, as empresas do grupo econômico colocam à disposição das outras empresas envolvidas, seu patrimônio material e humano, não se importando com as formalidades legais ou consequência_fiscais/tributárias, demonstrando que se trata, sem qualquer sombra de dívida de um agrupamento de empresas, de cunho familiar, na busca de usufruir, de maneira ilegal, dos benefícios concedidos pela Lei Complementar n° 123 de 14 de dezembro de 2006 (Lei do Simples Nacional).

Quanto à confusão financeira, relata o Fisco ser esta uma consequência da unicidade gerencial e da confusão patrimonial, pois as empresas envolvidas, ao deixarem de remunerar trabalhadores de outras empresas do grupo, ao executarem trabalhos de supervisão, chefia de recursos humanos, etc., estão transferindo às outras empresas onde o trabalhador está legalmente registrado, todo o ônus financeiro. Logo, tanto na utilização de mão de obra de empregado sem a devida remuneração, por parte de empresas do grupo econômico, quanto na remuneração do empregado prestador de serviços, por parte da empresa que o emprega legalmente, comete-se confusão financeira. Ou seja, a empresa que registra o empregado e o remunera cria um custo de mão de obra utilizada em serviço que não lhe foi prestado, pagando salários que deveriam ser pagos pelas empresas tomadoras, ou beneficiadas pelo serviço, situações estas que implicam uma confusão financeira, característica de grupos econômicos de fato, cujo controle de custos, dado a sua informalidade, é deveras trabalhoso e quase sempre não executado.

Prossegue relatando a fiscalização que, uma vez caracterizada a formação de grupo econômico de fato e considerando que a situação foi comprovada documentalmente durante o período de 2009 a 2015, foram somadas as receitas brutas das empresas envolvidas e constatado que o total da receita bruta global ultrapassa o limite de que trata o inciso II do caput do artigo 3° da Lei Complementar n° 123, de 2006, conforme demonstrado na tabela abaixo, o que enquadra a empresa fiscalizada, na situação prevista no parágrafo 9° do artigo 3° desta mesma Lei:

Nome da empresa	Receita Bruta em 2010	Receita Bruta em 2011	Receita Bruta em 2012	Receita Bruta em 2013	Receita Bruta em 2014
KCS Confeções Ltda. EPP	992.618,66	1.015.611,12	1.030.842,44	1.776.148,48	1.621.059,87
Empório Duhomcm Ind. Com. C Serv. Ltda. EPP	647.363,33	891.928,44	1.163.084,82	1.724.037,35	1.712.756,03
Tubarão Confeções Ltda ME	1.369.555,67	2.473.272,67	2.120.345,48	2.831.383,68	2.664.144,61
Calegari Comercio de Decorações Ltda EPP	1.246.922,71	2.281.556,80	1.870.327,24	2.977.059,43	3.025.129,75
Costaesmrcaldino Eireli Confeções EPP	488.297,86	193.235,50	0,00	23.286,70	35.527,35
Nacale Com. De Tecidos e Confeções Ltda.	501.159,17	347.678,46	0,00	0,00	0,00
JR Dandolini Artigos do Vestuário Ltda. ME	694.100,86	536.783,12	743.327,64	605.806,20	957.604,77
Eduardo Decorações Ltda. EPP	118.289,03	149.066,77	0,00	223.134,89	315.341,24
New Modas	777.319,73	1.134.448,16	1.301.905,80	1.757.196,78	1.926.851,80
Total da Receita Bruta Anual do Grupo Econômico	6.835.627,02	9.023.581,04	8.229.833,42	11.918.053,51	12.258.415,42

Esclarece a autoridade representante, que para os exercícios em que a empresa se declara optante do Simples Nacional, o valor da receita bruta anual foi considerado como sendo o valor declarado pela própria empresa na Declaração Anual do Simples Nacional (DASN) e para os períodos em que a empresa não é optante do Simples Nacional, o valor da receita bruta anual foi considerado o valor declarado pela empresa na Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ).

A autoridade fiscal, em vista desses fatos, propôs a exclusão do Simples Nacional pelo cometimento das infrações descritas acima, enquadrando-se na hipótese de exclusão de ofício descrita no parágrafo 9º do artigo 3º da Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, sujeitando a empresa à exclusão a partir de 01/01/2011.

Alertou, ainda, que uma vez que as situações constatadas e relatadas ocorreram de modo contínuo, em todos os meses do período de 01/2009 a 12/2014, a contagem do prazo previsto no parágrafo 1º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006, deve iniciar tanto na competência 01/2011 como na competência 01/2015.

2. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE _____

Cientificada do Ato de Exclusão do Simples Nacional, a empresa J. R. Dandolini Artigos do Vestuário Ltda. apresentou manifestação de inconformidade, expondo suas razões de fato e de direito, a seguir resumidas.

Alega, preliminarmente, que nos termos do art. 75, §3º, da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional n.º 94, de 2011, a impugnação ao termo de exclusão do Simples Nacional obsta a realização do lançamento e a exclusão do regime diferenciado, tendo ainda o contribuinte o direito de obter certidão positiva de tributos com efeitos de negativa, a teor do disposto no art. 206 do Código Tributário Nacional.

No ponto, aduz ainda que a impugnação possui o condão de sustar, mesmo que provisoriamente, a exigibilidade do crédito, inibindo assim, o Poder Público de inscrever a dívida e socorrer-se do Judiciário para cobrá-la coativamente.

Quanto ao mérito, contesta a imputação de que compõe grupo econômico com as empresas citadas no Relatório Fiscal ao argumento de que, de acordo com a Consolidação das Leis Trabalhistas e bem assim, nos termos dos artigos 494 e 495 da IN RFB n.º 971, de 2009, a constituição de grupo econômico de fato pode ser definida quando duas ou mais empresas estão sob a direção, controle ou administração de outra, compondo, assim, grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, ao passo que, no caso dos autos, não se verifica o requisito essencial para o reconhecimento da existência do grupo econômico, que é a relação de subordinação entre uma empresa principal e as demais empresas do grupo.

Em outro plano, alega que eventual parentesco entre os sócios das respectivas empresas não possui o condão de estabelecer relação de grupo econômico entre as empresas, mesmo porque as disposições legais e normativas citadas nada dizem a esse respeito.

Sustenta ser pacífico que para a configuração de grupo econômico não basta a demonstração da unidade de comando na pessoa de um sócio ou administrador, pois, o que se exige é a subordinação empresarial que, no caso dos autos, não restou demonstrada.

Alega que, acerca desse mesmo tema, o Tribunal Superior do Trabalho, em decisão unânime e transitada em julgado (Processo n.º 191700-17.2007.5.15.0054), entendeu que a mera existência de sócios em comum e de relação de coordenação entre elas não constitui elemento suficiente para caracterização de grupo econômico, com base, inclusive, em decisão da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, ao passo que, no caso presente, a autoridade autuante não indicou qual seria a empresa principal do grupo, ou seja, a unidade de controle e suas subordinadas.

Ademais disso, argumenta que, no caso vertente, as empresas relacionadas pela autoridade autuante não constituem "grupo composto por coordenação", este também definido como uma espécie de "grupo econômico", haja vista que todas as empresas citadas se encontram estabelecidas em endereços diversos, possuindo sede e administração próprias, além do que não há qualquer relação entre as empresas em questão, uma vez que prestam atividades diversas e as exercem de maneira totalmente independentes entre si.

Reitera que, em razão do exposto, não há falar em grupo econômico por subordinação, eis que não há hierarquia ou de laços de direção entre as empresas que autorize a responsabilidade solidária, e sequer pode-se falar em grupo composto por coordenação, uma vez que as empresas possuem sede própria, administração independente e ramos de atividades diferenciados, não possuindo quaisquer dos requisitos que poderiam lhes reconhecer como um grupo econômico.

Dado este quadro, alega que não assiste razão ao órgão fiscalizador para excluir a empresa requerente do regime SIMPLES NACIONAL, mormente porque não restaram

preenchidos os requisitos ensejadores da configuração de grupo econômico ou empresarial e, conseqüentemente, não há que se falar em lançamento fiscal das exações as quais a empresa não se submeteu espontaneamente em razão do regime diferenciado no qual se enquadrou.

Requer, ao final, o acolhimento da manifestação de inconformidade, com a reconsideração do ADE, bem como seja declarada a insubsistência do lançamento efetuado, e a suspensão do crédito tributário nas esferas Federal, Estadual e Municipal, durante o processamento da impugnação.

A decisão de primeira instância (Acórdão nº 07-39.567 - 5ª Turma da DRJ/FNS, e-fls. 606/625) julgou as Manifestações de Inconformidade improcedente, entendendo, em resumo, que os fatos enquadram-se na hipótese de exclusão consignada no 3º, § 4º, inciso V, e 29, incisos V, da Lei Complementar nº 123/2006 e confirmando os efeitos a partir 01/01/2011 e a vedação de nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário seguintes, nos termos do art. 29, § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006. Isto porque as referidas empresas constituem grupo econômico de fato sob unicidade administrativa, e, assim consideradas, o somatório da receita bruta do grupo extrapolou o limite legal de permanência no Simples Nacional, tendo a impugnante usufruído indevidamente da tributação favorecida do Simples Nacional. Confirmou que a impugnação do ato de exclusão obsta a sua efetividade, todavia, sendo mantida a exclusão, deverão ser observados os efeitos fixados no ADE.

Cientificada da decisão de primeira instância em 24/05/2017 (e-fl. 644) a Interessada interpôs recurso voluntário, protocolado em 19/06/2017 (e-fl. 690), em aduz:

O Decreto nº 70.235/72, (que regula o PAF) determina que o RECURSO VOLUNTÁRIO suspende a exigibilidade do crédito tributário; e suspende a fluência do prazo prescricional para propositura da execução fiscal.

O procedimento fiscal está eivado de vícios formais, razão pela qual deve ser anulado.

Ressalta-se que durante a fiscalização a autoridade autuante em nenhum momento solicitou documentos que seriam úteis e favoráveis ao contribuinte, e apenas enxergou o que lhe era conveniente, o que reforçava a sua tese e não a verdade dos fatos. - Basta notar que não desqualificou a contabilidade, e sequer desconsiderou a personalidade jurídica de cada empresa.

Também, de forma flagrante, violou o que está previsto no Código Tributário Nacional, relativo ao prazo de fiscalização (início e prazo máximo).

2.5 A autoridade fiscal não obedeceu ao que está previsto na legislação, não individualizou o procedimento para cada empresa, e assim agindo, partiu do princípio (equivocado) de que estava diante de grupo econômico, e sempre tentando provar a sua tese, e portanto, deixou de ser imparcial.

2.6 Também sequer colheu assinatura dos contribuintes de forma individualizada, e por isso deve ser anulado o procedimento.

2.7 - Deixou de solicitar documentos importantes e que provariam que sua tese (de grupo econômico) estava equivocada, e tudo em flagrante violação ao CTN, artigo 197.

2.8 - E atuando deste modo, deixou de considerar os acordos comerciais e de rateios entre as empresas, que certamente deixaria evidente NÃO SE TRATAR DE GRUPO ECONÔMICO.

2.9 - O fiscal deveria descaracterizar o imposto de renda das pessoas físicas e jurídicas, sequer provou que ocorreu confusão patrimonial ou financeira entre estas.

2.10 Ademais, na composição societária, vale ressaltar, os sócios não são os mesmos e é indispensável que se respeite a personalidade jurídica de cada empresa.

2.11 Evidencia-se que sendo, os sócios distintos, não há confusão de entidades, pois não se vislumbra qualquer movimentação financeira entre os mesmos.

2.12 Neste sentido, a movimentação bancária sempre esteve disponível e tampouco a autoridade fiscal a solicitou para verificar ou mesmo demonstrar que houve a confusão das entidades. E repisa-se, em momento algum ocorreu a confusão destas.

2.13 Com efeito, única e exclusivamente, com a finalidade de reduzir custos, as empresas, realizam algumas parcerias, como por exemplo, em publicidade. E realizam contratos previstos no Código Civil, e que de forma alguma, podem ser interpretados, como celebrado entre empresas do mesmo grupo.

2.14 - Melhor sorte não assiste também no que diz respeito às presunções da autoridade fiscal relativamente a dependência entre as empresas, haja vista que em momento algum restou comprovado dependência que possa levar à conclusão de que exista, efetivamente, o controle de uma, para com as outras e, vice e versa, que seja suficientemente ensejadora da caracterização do grupo econômico, ora presumido.

2.15 Impende salientar que, os sócios das pessoas jurídicas, são pessoas físicas distintas, com capacidade contributiva e econômica diversa e em momento algum, realizaram operações financeiras, que afetem a personalidade jurídica dessas empresas, logo, em momento algum, criaram confusão contábil que justificasse as conclusões absurdas da autoridade fiscal.

2.16 Por sua vez, todo o resultado da empresa, quando distribuído, encontra-se refletido nas Declarações de Ajustes de IRPF, (dos respectivos sócios, de cada pessoa jurídica).

2.17 E finalmente, note-se que a autoridade fiscal não encontrou nenhuma operação de crédito ou dívida, suficientes para demonstrar a relação de grupo econômico, por ela presumido.

3 - DO MÉRITO

3.1 - Como o dito anteriormente, não poderia o fiscal, partindo de sua tese de grupo econômico, sem, contudo, individualizar o procedimento de fiscalização para cada empresa, e se realmente acreditou estar diante de um grupo, deveria desconsiderar a personalidade jurídica de cada uma.

3.2 Outro ponto, relativo à caracterização do grupo econômico, o CARF, até mesmo em caso de participação societária não considerou tratar-se de grupo econômico, conforme a ementa abaixo...

3.2 Importante ressaltar que em momento algum ficou provado o comando único capaz de caracterizar o grupo econômico, tampouco se constatou a formação de caixa único.

3.4 A relação entre a recorrente e a autoridade fiscal, se dá na medida em que o mesmo tem a autoridade para retificar o lançamento, e ou mediante ato vinculado promover novo lançamento.

3.5 É evidente que a Magna Carta não deu a autoridade fiscal uma carta em branco, esse exercício de competência se faz mediante ato administrativo, vinculado e motivado. Não basta a vontade da autoridade para lançar é necessário que a conduta esta prevista em norma hipotética.

3.6 Logo o que se assiste na intenção da autoridade fiscal, e mantida pelo julgador é realizar o arbitramento, sem base legal que o sustente.

3.7 - A produção de prova poderia inclusive ser realizada pelo julgador, ainda que a legislação que regula o processo o permita:

(...)

3.8 - Como se percebe a sede de arrecadar é bem maior do que construir a verdade dos fatos, pelos meios legais previstos nos textos, a tal ponto de se desprezar toda e qualquer construção de meio probante previsto em lei.

3.9 - A obrigação tributária não nasce da presunção ficcional, onde se pretende transladar a obrigação quando a mesma possui como nexos causal, o fato de ser o mesmo despachante. Somente a Lei pode isso fazer, é o que se conclui na leitura do Código Tributário Nacional:

3.10 - O exercício da fiscalização, é antes de mais nada, um exercício de competência legal, logo a ação fiscal é um direito-dever, do agente público, é evidente que isso não é uma carta branca, mas muitas vezes a autoridade acaba por construir alguma arbitrariedade, sempre com o pretexto de seguir o que é melhor para fiscalização.

(...)

Em nome da eficiência, o agente fiscal não pode se distanciar também da razoabilidade, do ato administrativo, sob pena de viciar o lançamento.

(...)

À vista de todo o exposto, demonstrada que a ação fiscal merece ser anulada, por vícios formais do procedimento fiscal, espera e requer /a recorrente seja acolhido o presente recurso para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado, com a reforma da decisão atacada e a manutenção/retorno da recorrente ao SIMPLES NACIONAL.

Os outros componentes do mesmo grupo econômico (segundo a Representação de e-fls. 02/26) também foram intimados do teor do Acórdão nº 07-39.567 - 5ª Turma da DRJ/FNS, e-fls. 606/626, e apresentaram recursos voluntários com o mesmo teor da recorrente (e-fls. 692/849).

Voto

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa - Relator

O recurso ao CARF é tempestivo, e portanto dele conheço.

Trata-se de Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 290, de 11 de novembro de 2015, que excluiu a Recorrente do Simples Nacional a contar de 01/01/2011, motivado pela constatação de excesso de receita através da formação de grupo de fato com outras empresas, sob unicidade administrativa, hipótese de exclusão prevista e regulada no artigos 3º, §4º, inciso V, e 29, incisos V, da Lei Complementar nº 123/2006.

A princípio cabe rejeitar a sugestão da Recorrente de que há nulidade no procedimento, tendo-se em vista que não se evidenciou nos autos a ocorrência da hipótese dos artigos 59 e 60 do Decreto n.º 70.235, de 06/03/1972. Ou seja, não houve cerceamento do direito de defesa, tendo-se em vista que as fases do contencioso foram todas cumpridas, razão pela qual o próprio contribuinte trouxe à discussão todos os argumentos de defesa. Mesmo antes de apresentar a manifestação de inconformidade, quando ainda não havia litígio e contencioso, e a fiscalização ainda estava em curso, a empresa ora recorrente foi intimada de forma individualizada a apresentar sua escrita contábil e fiscal, conforme Termo de Início de Fiscalização de 03/07/2015 (e-fls. 45/46) e Termo de Intimação de 01/09/2015 (e-fls. 47/48). Cientificada do ADE em 11/11/2015 teve a oportunidade de apresentar todos os documentos adicionais que julgasse suficientes para afastar a imputação contidas nestes autos. Desta forma, repito, não houve cerceamento do direito de defesa.

Adianto que a Representação para Exclusão do Simples Nacional é resultado da fiscalização sobre contribuições previdenciárias tendo-se em vista que estes tributos são costumeiramente inadimplidos através do uso indevido da adesão ao Simples, como se comprovou nestes autos. Desta forma não vislumbro conteúdo arrecadatório ou desproporcional do procedimento, como afirma a Recorrente, mas cumprimento do dever legal, como previsto no art. 142 do CTN. Adianto também que não se versou nesta Representação citada sobre "*desconsideração de pessoa jurídica*", como sugere a Recorrente, mas sobre a exclusão da pessoa jurídica Recorrente do regime simplificado citado.

É claro que sendo a apuração concernente a averiguação de formação de grupo de fato por diversas empresas sob unicidade administrativa, as diligências nestas outras tornaram-se indispensável, como se deu.

Determina o art. 196 do CTN que a legislação aplicável fixará prazo máximo para a conclusão da fiscalização. Neste sentido o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, que delimita a fiscalização, segundo a Portaria RFB nº 1.687/2014, terá o prazo máximo de validade de 120 (cento e vinte) dias, sendo que a prorrogação deste prazo poderá ser efetuada pela autoridade outorgante, tantas vezes quantas necessárias, segundo a mesma norma. Desta forma, e considerando-se as datas das intimações acima, não houve excesso de prazo, como sugeriu a Recorrente.

Determina ainda o art. 196, parágrafo único, que os termos devam ser, preferencialmente, lavrados num dos livros obrigatórios do fiscalizado. Na impossibilidade, prevê supletivamente o CTN que o termo seja lavrado em papel separado (como se deu), notificando -se o fiscalizado, mediante entrega de cópia. Esta exigência de formalização dos diversos atos recebe detalhamento no art. 7º do Dec. 70.235/72.

Protesta a Recorrente pela suspensão da exigibilidade do crédito tributário e da fluência do prazo prescricional para propositura da execução fiscal. A respeito do litígio destes autos, nos termos do §3º do art. 75 da Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional (RCGSN) nº 94, de 29 de novembro de 2011, a impugnação do ato de exclusão do Simples Nacional tem efeito suspensivo, com as ressalvas do art. 76.

Os fatores que inicialmente indicaram que as empresas (componentes do grupo formado por Nacale Comércio de Tecidos e Confecções Ltda EPP, Empório Duhomem Industria, Comércio e Serviços Ltda – EPP, KCS Confecções Ltda. EPP, Tubarão Confecções Ltda. ME, Calegari Comércio de Decorações Ltda. EPP, Eduardo Decorações Ltda. EPP, Costaesmeraldino Confecções Eireli EPP e New Modas Comércio de Confecções Ltda. ME) incidiam no disposto no artigo 3º, § 4º, inciso V da Lei Complementar nº 123/2006 foi a existência de procurações públicas, emitidas por todas as empresas envolvidas, outorgando totais poderes de administradores aos senhores Evaldo Nandi Calegari, Márcia Calegari, Raquel Martins Farias e Rafael Nandi Calegari (pai, irmã, esposa e filho).

Mas o conjunto de elementos colhidos e descritos na Representação para Exclusão do Simples Nacional (e-fls. 02/26) mostraram que as empresas citadas formavam efetivamente grupo de fato, valendo-se de unicidade gerencial e confusão patrimonial e financeira, o que reforçou a subsunção na hipótese de exclusão das optantes pelo Simples Nacional (artigos 3º, §4º, inciso V, e 29, incisos V, da Lei Complementar nº 123/2006). Neste mesmo sentido decidiu a decisão de piso, razão pela qual pedimos vênias para reproduzir as razões correspondentes descritas naquela:

Ao final dos trabalhos de fiscalização, concluiu a autoridade representante que as referidas empresas constituem grupo econômico de fato, e, assim consideradas, o somatório da receita bruta do grupo extrapolou o limite legal de permanência no Simples Nacional, tendo usufruído indevidamente da tributação favorecida do Simples Nacional.

Tocante ao grupo econômico de fato, ressalte-se que não existe previsão legal de exclusão do Simples em decorrência de tal caracterização. Todavia, analisados os fatos expostos na

representação fiscal, caracterizadores dessa situação jurídica, tem-se que estão interrelacionados com a infração verificada na empresa e são ensejadores da exclusão do Simples, devido à extrapolação do limite da receita bruta anual do grupo econômico a partir de 01/01/2011, uma vez que a administração da empresa J. R. Dandolini Artigos do Vestuário Ltda., assim como as demais empresas do grupo, foi transferida pelos seus sócios administradores para os Srs. Evaldo Nandi Calegari, Rafael Nandi Calegari e Márcia Calegari (quadro IA da representação fiscal). Referidas pessoas (outorgados), consideradas longa manus dos sócios de direito da representada, figuram como administradores de algumas ou de todas as demais empresas do grupo, verificando-se a concentração gerencial com relação às integrantes do grupo.

No quadro societário abaixo, verificam-se as participações na societárias na excluída (Quadro 2A da representação):

(...)

Em que pese a fiscalização não ter concluído que a referida empresa era constituída por sócios tidos como “laranjas”, tem-se que ao transferir o poder de gerência (longa manus) para pessoa(s) que já figura(m) como administrador(a) de outras empresas do grupo, e, ainda, pelo fato de que algum dos sócios também foi ou figura como sócio ou administrador de outras empresas do grupo, restou caracterizada a infração ao art. § 4º, inciso V, do art. 3º e no inciso V e § 1º do art. 29, todos da citada Lei Complementar n.º 123, de 2006.

Uma vez demonstrado que se trata de um grupo econômico de fato, a unificação das receitas é imprescindível e, no caso em comento, os valores apurados ultrapassam o limite estabelecido pela legislação do Simples Nacional, conforme dispõe a Lei Complementar n.º 123, de 2006.

No tocante ao grupo econômico, conforme relatoriado, a fiscalização objetivou demonstrar que a empresa manifestante e as demais envolvidas, que se auto intitulam integrantes do Grupo NANDI, na realidade formam um grupo econômico familiar, estando divididas para fins de obter uma tributação mais benéfica, mas que, fundamentalmente, dispõem de mesma organização gerencial, ressaltando-se que as empresas exercem a mesma atividade ou atividades correlatas, quais sejam, o comércio varejista de artigos de tapeçaria, cortina e persianas, o comércio varejista de tecidos, o comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios e o comércio varejista de artigos de cama, mesa e banho.

De fato, o grupo econômico familiar está evidenciado pela farta juntada de documentação pela autoridade fiscal competente, que indica a unidade de direção ou controle, com objetivos finais idênticos ou assemelhados de todos os entes agrupados.

Destarte, para a caracterização e identificação de "grupo econômico, importa investigar a situação real (verificação dos vínculos entre as empresas e das circunstâncias em que se constituíram ou realizam suas atividades) e não apenas a

situação meramente formal (de estarem ou não constituídas como "grupo econômico" da forma da Lei nº 6.404/76).

A definição de grupo econômico é conceito amplo e traz consigo as implicações inerentes ao direito civil/empresarial, tributário, dentre outros. Vejamos a seguir a similitude existente entre os dispositivos legais que definem "grupo econômico", na CLT - Art. 2º, §2º e nas normas gerais de tributação previdenciária - Instrução Normativa 971, de 2009 da Receita Federal do Brasil - Art 494:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§1º Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§2º- Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Art 494. Caracteriza-se grupo econômico quando 2 (duas) ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica.

(...)

Destarte, o conceito expresso na CLT, em face da evolução nas relações empresariais no mundo globalizado, tem sido interpretado de maneira mais ampla, e já não é visto de forma rígida, admitindo-se os chamados grupos econômicos por subordinação, conforme demonstrado pela jurisprudência abaixo:

GRUPO ECONÔMICO POR COORDENAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. Segundo interpretação progressiva do art. 2º, parágrafo 2º, da CLT, o grupo econômico se caracteriza não só pela relação de subordinação, que leva em conta a direção, o controle ou administração entre as empresas, mas também pela relação de coordenação em que as empresa atuam, horizontalmente, participando de empreendimentos de interesses comuns. A existência de sócios comuns e a atuação conjunta das empresas no mercado econômico caracterizam grupo econômico por coordenação, o que atrai a responsabilidade solidária

pelos débitos trabalhistas. (TRT-2 - AP: 01399008120065020074 SP 01399008120065020074 A20, Relator: IVANI CONTINI BRAMANTE, Data de Julgamento: 10/02/2015, 4ª TURMA, Data de Publicação: 27/02/2015)

AGRAVO DE PETIÇÃO. GRUPO ECONÔMICO POR COORDENAÇÃO. Revelando-se incontestado o fato de que as empresas possuem relação de coordenação entre si, com identidade de sócios, mesma área de atuação e mesmo ramo de atividade explorado, imperioso reconhecer-se a constituição de grupo econômico entre a agravante e as reclamadas, uma vez que se trata de reunião de empresas regidas por uma unidade de objetivos. Correta a responsabilidade solidária imposta pelo juízo a quo. Agravo de petição improvido. (TRT-1 - AP: 00783006020095010081 RJ, Relator: Roberto Norris, Data de Julgamento: 14/10/2014, Quinta Turma, Data de Publicação: 28/10/2014)

GRUPO ECONÔMICO. POR COORDENAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. Diante das novas formas de organização empresarial a concentração de empresas pode assumir os mais variados aspectos. Segundo interpretação progressiva do art. 2º, parágrafo 2º, da CLT, o grupo econômico se caracteriza não só pela relação de subordinação, que leva em conta a direção, o controle ou administração entre as empresas, mas também pela relação de coordenação em que as empresas atuam, horizontalmente, participando de empreendimentos de interesses comuns. A existência de sócios comuns e o entrelaçamento de interesses econômicos entre as empresas evidenciam a atuação conjunta das empresas no mercado econômico, elementos de existência de grupo econômico por coordenação, o que atrai a responsabilidade solidária pelos débitos trabalhistas. A formação e existência do grupo econômico no segmento do transporte coletivo é fato público e notório e, somado aos elementos contidos nos autos autoriza o acolhimento da tese obreira devendo a execução ser direcionada em face da "Metra - Sistemas Metropolitano de Transportes Ltda", empresa solvente e pertencente ao Grupo Econômico. Agravo provido. (TRT-2 - AP: 00633003320055020016 SP 00633003320055020016 A20, Relator: IVANI CONTINI BRAMANTE, Data de Julgamento: 12/05/2015, 4ª TURMA, Data de Publicação: 22/05/2015)

EXECUÇÃO. GRUPO ECONÔMICO. ART. 2º, §2º DA CLT. PRESSUPOSTOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. No contexto da vocação juslaborista, a configuração de grupo econômico refoge aos pressupostos da legislação comercial. Sob aquele enfoque, suficiente a ligação empresarial fundada na concentração da atividade empreendedora em idêntico empreendimento, seu controle e gestão atribuídos a um dos sócios comuns, ou seja, um elo de interligação e coordenação interempresarial, tendo em vista a consecução de finalidades comuns e correlatas,

independentemente da personalidade jurídica atribuída. Inocorrendo demonstração inequívoca da figura elencada no art. 2º, § 2º consolidado, não há que se aventar de grupo econômico. (TRT da 12ª Região, AP 02705-2003-007-12-00-1, Sexta Câmara, Relatora Ligia Maria Teixeira Gouvêa, TRTSC/DOE de 13/05/2011)

GRUPO ECONÔMICO. REQUISITOS PREENCHIDOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Para a caracterização de grupo econômico, exige-se a simples relação de coordenação entre as empresas, mediante a informalidade do Direito do Trabalho, sendo desnecessária a vinculação formal societária entre as empresas, já que se busca a garantia da solvabilidade dos créditos trabalhistas, dada a sua natureza alimentar, primando pela dignidade da pessoa humana e pelo valor social do trabalho, assegurados constitucionalmente. Do conjunto probatório existente nos autos, restou caracterizado, de forma evidente, que as rés foram beneficiárias da força de trabalho do reclamante, bem como a existência de laços de integração e coordenação nas atividades desenvolvidas pelas mesmas, atraindo o reconhecimento do grupo econômico para fins justrabalhistas, embora não configurado pelas regras do direito empresarial, impondo-se a responsabilização solidária de todas as reclamadas, com base no artigo 2º, § 2º, da CLT, assim como do artigo 942 do Código Civil Brasileiro de 2002. (TRT da 6ª Região, RO 0001156-12.2010.5.06.0121, Segunda Turma, Relatora Dione Nunes Furtado da Silva, Sessão de 01/06/2011)

No presente caso, os fatos apurados pela fiscalização apontam para o elo empresarial, a integração entre as empresas e a concentração da atividade empresarial num mesmo empreendimento, e, contrariamente ao alegado pelo contribuinte, verifica-se a existência de um grupo econômico de fato.

*Dentre as provas que demonstram que a **J. R. Dandolini Artigos do Vestuário Ltda.** e as demais empresas investigadas compõem grupo econômico de fato, deve-se destacar as seguintes:*

I – A existência de procurações obtidas junto ao 1º Tabelionato de Notas e protestos de Tubarão-SC, que outorgam poderes de total gerência e administração (Quadro Quadro IA da representação, cópias anexadas Doc. 17), aos Senhores Evaldo Nandi Calegari e Rafael Nandi Calegari e as Senhoras Márcia Calegari e Raquel Martins Farias. Referidas pessoas, além de serem contratualmente, os titulares de uma ou mais empresas do grupo, são também procuradores, com todos os poderes para gerir e administrar as demais empresas componentes do mesmo grupo, caracterizando a existência de grupo econômico de fato, com unicidade gerencial e poder de decisão centralizado.

II – A existência de procurações obtidas junto ao 1º Tabelionato de Notas e protestos de Tubarão-SC (Quadro 1B da manifestação, cópias anexas Doc. 18), que delegam poderes de gerenciamento financeiro às pessoas do Sr. Rafael Nandi Calegari e Senhoras Raquel Martins Farias e Márcia Calegari.

III – Com base nos documentos acima, verifica-se que a gerência administrativa e financeira das empresas componentes do grupo econômico fica a cargo do grupo familiar composto pelo Senhor Evaldo Nandi Calegari, sua esposa a Senhora Raquel Martins Farias, seu filho o Senhor Rafael Nandi Calegari e sua irmã a Senhora Márcia Calegari.

- Evaldo Nandi Calegari: Atuou como administrador, conforme contratos sociais e alterações, na empresa Eduardo Decorações Ltda. EPP nos períodos de 08/1999 a 11/2000 e 08/2005 a 05/2010:

(...)

- Rafael Nandi Calegari: Atuou como administrador, conforme contratos sociais e alterações, na empresa Eduardo Decorações Ltda. EPP nos períodos de 02/2001 a 08/2005 e 10/2011 a 01/2013 e na empresa Empório Duhomem Ind. Com. e Serviços Ltda. EPP no período de 07/2006 a 02/2008:

(...)

- Raquel Martins Farias: Atua como administradora, conforme contrato social e alterações, na empresa New Modas Com. De Confec. Ltda. ME desde 05/2007:

(...)

- Márcia Calegari: Atuou como administradora, conforme contratos sociais e alterações, na empresa Nacale Com. de Tec. e Confec. Ltda. EPP, no período de 10/1991 a 03/2005, na Empresa CostaEsmeraldino Confecções Eireli EPP nos períodos de 06/1998 a 08/1999 e 07/2010 a 09/2015, na empresa JR Dandolini Artigos do Vest. Ltda. ME desde 04/2013 e na empresa Tubarão Confecções Ltda. EPP desde 12/2011:

(...)

Como se observa acima, em algum momento da existência do grupo econômico ora analisado, o Senhor Rafael Nandi Calegari, a Senhora Raquel Martins Farias e a Senhora Márcia Calegari fizeram parte da sociedade de uma das empresas do grupo econômico, como sócios administradores, o que, segundo a fiscalização:

“denota o forte vínculo existente entre as empresas que compõem o grupo econômico, uma vez que os mesmos, gerenciam financeiramente, com total poder de movimentação de contas bancárias, empresas das quais não fizeram e nem fazem parte do quadro social”.

A delegação de total poder de gerenciamento e administração, por procuração pública, aos senhores Evaldo Nandi Calegari e Rafael Nandi Calegari, e a

maneira como são distribuídos, também por procuração pública, os cargos de gerenciamento financeiro, com total poder de movimentação das contas bancárias, ao senhor Rafael Nandi Calegari e às senhoras Raquel Martins Farias e Márcia Calegari, demonstra o claro objetivo de criação de um grupo de empresas, no intuito de obter melhores resultados econômico-financeiros. Esta união entre as empresas com objetivos sociais iguais ou correlatos, caracteriza a existência de grupo econômico de fato com unicidade gerencial e comando centralizado. - Dos documentos apresentados pelas empresas abrangidas pela auditoria (item 4.2.)”

VI – a coordenação entre as empresas também é evidenciada nos quadros elaborados pela fiscalização, constantes das fls. 16 e 17 da Representação, de cuja análise extraiu a fiscalização que (doc. 39):

(...)

Percebe-se, a partir da análise do resumo da movimentação contratual e do Quadro 2A- Titulação Societária, que a família Nandi Calegari, sempre esteve a frente do comando das empresas abrangidas por esta auditoria. Este comando era oficializado por contrato social devidamente registrado na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina, porém a partir dos anos 2007 e 2008, com surgimento de novas empresas, novos membros da família eram incluídos nas administrações, o poder, então, passou a se concentrar em quatro membros da família, quais sejam, os Senhores Evaldo Nandi Calegari e Rafael Nandi Calegari e as Senhoras Márcia Calegari e Raquel Martins Farias. Forma-se assim, o grupo familiar que comanda, até os dias atuais o grupo econômico de fato, de cunho familiar, composto pelo senhor Evaldo Nandi Calegari, juntamente com sua irmã, a senhora Márcia Calegari, seu filho o senhor Rafael Nandi Calegari e sua esposa Senhora Raquel Martins Farias.

Quanto ao poder de comando, este é oficializado por contrato social e/ou delegação por procuração aos membros da família Nandi Calegari:

ADMINISTRADOR	EMPRESA ADMINISTRADA	PERÍODO	DOCUMENTO LEGAL
Márcia Calegari	Nacale Com. de Tecidos e Confec. Ltda. EPP	10/1991 a 03/2005	Contraio Social/Alteração
Márcia Calegari	Cosiacsmrcaldino Confecções Eircli EPP	06/1998 a 08/1999-07/2010 a	Contraio Social/Alteração
Márcia Calegari	JR Dandolini Artigos do Vestuário Ltda. ME	04/2013 a....	Procuração
Márcia Calegari	Tubarão Confecções Ltda. ME	12/2013 a....	Procuração
Raquel Marlins Farias	New Modas Comercio de Confec. Ltda. ME	05/2007 a....	Contraio Soe ia 1/A Iteração
Raquel Marlins Farias	Eduardo Decorações Ltda. EPP	04/2013 a....	Procuração
Rafael Nandi Calegari	Empório Duhomcm Ind. Com. e Serv. Ltda. EPP	07/2006 a 02/2008	Contraio Social/A Iteração
Rafael Nandi Calegari	Empório Duhomcm Ind. Com. e Serv. Ltda. EPP	04/2011 a	Procuração
Rafael Nandi Calegari	Eduardo Decorações Ltda. EPP	02/2001 a 08/2005-10/2011 a 01/2013	Contraio Social/A Iteração
Rafael Nandi Calegari	Eduardo Decorações Ltda. EPP	03/2011 a	Procuração
Rafael Nandi Calegari	Calegari Com. De Decorações Ltda. EPP	03/2011 a	Procuração
Rafael Nandi Calegari	KCS Confecções Ltda. EPP	03/2011 a	Procuração
Rafael Nandi Calegari	Nacale Com. de Tecidos e Confec. Ltda. EPP	11/2010 a	Procuração
Rafael Nandi Calegari	New Modas Comercio de Confec. Ltda. ME	05/2007 a....	Procuração
Rafael Nandi Calegari	JR Dandolini Artigos do Vestuário Ltda. ME	03/2011 a	Procuração
Rafael Nandi Calegari	Tubarão Confecções Ltda. ME	04/2011 a	Procuração
Rafael Nandi Calegari	Cosiacsmrcaldino Confecções Eircli EPP	04/2011 a	Procuração
Hvaldci Nandi Calegari	Eduardo Decorações Ltda. EPP	08/1999 a 11/2000-08/2005 a 05/2010	Contraio Social/A Iteração
Hvaldci Nandi Calegari	Eduardo Decorações Ltda. EPP	03/2011 a	Procuração
Hvaldci Nandi Calegari	Calegari Com. De Decorações Ltda.	08/2008 a....	Procuração
Evaldo Nandi Calegari	Cosiacsmrcaldino Confecções Eircli EPP	08/2008 a....	Procuração
Evaldo Nandi Calegari	Empório Duhomcm Ind. Com. e Serv. Ltda. EPP	08/2008 a....	Procuração
Evaldo Nandi Calegari	KCS Confecções Ltda. EPP	08/2008 a....	Procuração
Evaldo Nandi Calegari	Nacale Com. de Tecidos e Confec. Ltda. EPP	03/2011 a....	Procuração
Evaldo Nandi Calegari	New Modas Comercio de Confec. Ltda. ME	08/2008 a....	Procuração
Evaldo Nandi Calegari	JR Dandolini Artigos do Vestuário Ltda. ME	03/2011 a....	Procuração
Evaldo Nandi Calegari	Tubarão Confecções Ltda. ME	04/2011 a....	Procuração

VII. As Notas Fiscais de Entrada de Mercadorias (Doc 40) analisadas por amostragem evidenciam o recebimento de mercadorias por um mesmo responsável (Wagner de Souza Nunes). Também foram localizadas Notas fiscais de compra de material e equipamentos, que identificam o responsável pela compra como administrador do grupo Nandi.

VIII. – Nos contratos de Abertura de Conta-corrente (Doc. 41) firmados entre a empresa Nacale Com. de Tecidos e Confecções Ltda. e o Banco do Brasil S/A e a Caixa Econômica Federal, a empresa atesta sua participação no grupo econômico de fato aqui caracterizado, ao declarar na ficha de abertura de contas que seu nome de fantasia é “Casa Nandi”, sendo esta uma das marcas utilizadas pelos componentes do referido grupo econômico.

IX. Constatação, junto ao Ofício de Registros das Pessoas Naturais e Interdições e Tutelas das Pessoas Jurídicas e de Títulos e Documentos da Comarca de Tubarão/SC (Item 4.3), de Regulamento do Programa de Relacionamento Clube Maiores Lojas (Doc. 29), que trata da criação de um programa de fidelidade, para clientes em compra em lojas que pertencem ao grupo de empresas que constituem o grupo econômico de fato, que foi assinado em rubricado pelo senhor Rafael Nandi Calegari, representando todas as empresas componentes do grupo econômico.

X. Na documentação pelo Sindicato dos Comerciantes de Tubarão- SC, em atendimento à fiscalização (Ofício DRF/FNS nº 111 de 31/08/2015), qual seja, documentos referentes à homologação de rescisões de contratos de trabalhos, cartas de

prepostos emitidas pelas empresas envolvidas na auditoria do grupo econômico, e correspondências das empresas, verifica-se que empregados administrativos de uma empresa componente do grupo são utilizados indistintamente, por duas ou mais empresas, sendo identificados como prepostos de duas ou mais empresas, chefes de RH do Grupo Nandi, ou Supervisores do Grupo Nandi.

Quanto aos Termos de Rescisão do Contrato de Trabalho, referentes a exempregados das empresas KCS Confecções Ltda., Empório Duhomem Ltda., Tubarão Confecções Ltda. ME, Calegari Com. Dec. Ltda. EPP, Cosia esmeraldino Ltda., Nacale Com. Confec Ltda. e J.R Dandolini Ltda., em diversos meses dos anos de 2010 e 2011, constatou-se que foram assinados pelas senhoras Karla Konig Leal e Priscila Ramos Marcos, as quais foram nomeadas representantes, através de carta de preposto, por todas as empresas componentes do grupo econômico.

Nas cartas com solicitação de abertura especial de horário, as empresas do grupo Nandi informam a realização de “feirões de venda”, sendo todas assinadas pelo Sr. José Roberto Dandolini, sócio gerente, à época, de outra empresa do grupo, denominada Tubarão Confecções Ltda. ME, que ao assinar as correspondências se identifica como supervisor do Grupo Nandi, representando todas as empresas.

Pelas referidas correspondências, a fiscalização também constatou que desde o ano de 2009, todas as empresas do grupo, fazem uso das marcas NANDI, EMPÓRIO DUHOMEM e LOJÃO VITÓRIA:

(...)

Analisadas cópias de emails enviados pelo Grupo Nandi, comunicando a execução de feirões (doc 35) ao Sindicato dos Comerciantes, observa-se que o remetente dos emails, datados de 23 de março de 2009 e 24 de julho de 2009, é o senhor José Roberto Dandolini, identificado ao pé dos e-mails como Supervisor do Grupo Nandi, utilizando um endereço de e-mail corporativo do Grupo Nandi (dandolini@casanandi.com.br), sendo que este era sócio gerente, à época, de outra empresa do Grupo Nandi, denominada Tubarão Confecções Ltda. ME.

XI. Cópias parciais de processos trabalhistas obtidos junto à Justiça do Trabalho de Tubarão-SC (Doc. 36), também corroboram com a tese de que as empresas compõem grupo econômico de fato:

(...)

VI. Além dessas provas, vieram aos autos documentação e informações obtidas através da rede mundial de computadores, com a verificação de páginas iniciais de sites na internet e informações relacionadas com as empresas abrangidas pela auditoria; Perfis de pessoas físicas relacionadas com as empresas abrangidas pela auditoria, Informações através do “Whois” (Protocolo para consulta sobre

domínios (sites) na internet): d) Registro de Marcas – INPI Instituto Nacional de Propriedade Industrial, que reforçam a conclusão de que as empresas investigadas se identificam como um grupo econômico (fls. 22 da representação fiscal).

*Com efeito, a análise conjunta das provas e constatações discriminadas acima não deixa dúvidas de que a **J. R. Dandolini Artigos do Vestuário Ltda** e as demais empresas investigadas compõem grupo econômico de fato, visto que além de serem subordinadas à pessoas da mesma família (no caso, integrantes da família Nandi), atuam de forma integrada e coordenada.*

*Claramente, constituição de diversas empresas por parte da família Nandi permitiu que a **J. R. Dandolini Artigos do Vestuário Ltda.** mantivesse seu faturamento anual dentro do limite estabelecido pela Lei Complementar nº 123, de 2006, e, dessa forma, deixou de arcar com o encargo previdenciário patronal incidente sobre a remuneração paga aos segurados que lhe prestam serviço, causando prejuízo a Fazenda Pública.*

O manifestante, por sua vez, não faz qualquer demonstração que infirme as conclusões expostas na Representação Administrativa que ensejou o Ato Declaratório Executivo de exclusão do Simples.

Alega que não se verificou o requisito essencial para o reconhecimento do grupo econômico, qual seja, a subordinação entre uma empresa principal e as demais do grupo e que o eventual grau de parentesco entre sócios das respectivas empresas não tem o condão de estabelecer o grupo econômico.

Não se nega que a dinâmica das relações do comércio e a competitividade do mercado exigem que as empresas reduzam custos. Contudo, no caso em lide, o conjunto probatório relatado pela fiscalização ancorado em elementos e evidências robustas, dentro de um contexto abrangente, evidencia uma disposição empresarial atípica, com centralização de gestão, de direção dos negócios, e o próprio relacionamento com o público externo, levam à convicção de que referidas empresas têm apenas aparência de unidades autônomas, mas que na realidade existe entre elas uma confusão patrimonial, vinculação gerencial e coincidência de administradores, verificando-se a subordinação.

O manifestante também sustenta que as empresas fiscalizadas são pessoas jurídicas distintas e independentes uma das outras. Embora a tese de defesa objetive comprovar a regularidade na atividade das empresas envolvidas, temos que o contorno de normalidade da atuação das mesmas não se sobrepõe à verdade material restabelecida pelo lançamento.

Outrossim, não há que se falar, no presente caso, em desrespeito ao princípio da entidade ou, ainda, de desconsideração de qualquer uma dessas empresas. O fato das empresas constituírem grupo econômico de fato não afasta a personalidade jurídica dessas empresas, todavia, traz efeitos ao campo da responsabilidade tributária.

A manifestante também alega que o simples fato de as empresas serem constituídas por parentes não se constitui em elemento de

prova suficiente para caracterizar o grupo econômico. Com efeito, os elementos de prova e constatações da representação fiscal, se forem analisados individualmente como fez o manifestante em sua defesa, podem até conferir aparente distinção no desenvolvimento das atividades das duas empresas, no entanto, quando apreciados em conjunto, demonstram que se trata empresas subordinadas a uma única administração.

Como visto, restou amplamente demonstrado que todas as empresas do grupo são administradas, por força de contratos sociais ou procurações, por pessoas vinculadas à família Nandi. Assim, no caso presente, contrariamente ao que pretende a contribuinte, a relação de parentesco se constitui em um forte elemento de prova a favor do Fisco. O grupo, inclusive, se identifica para o público externo como Grupo Nandi. Além disso, lembre-se que prepostos registrados em uma das empresas, representam outras empresas componentes do grupo nas homologações de rescisões trabalhistas e aviso prévio, demonstrando a centralização dos recursos humanos. Cite-se, ainda, que o grupo encaminha correspondências para diversos órgãos, assinadas por representante/supervisor do Grupo Nandi. Todos esses fatos reforçam a tese da existência de um grupo econômico familiar.

E, restando caracterizado que a forma jurídica adotada não reflete o fato concreto, o Fisco encontra-se autorizado “a determinar os efeitos tributários decorrentes do negócio realmente realizado, no lugar daqueles que seriam produzidos pelo negócio retratado na forma simulada pelas partes” (Amaro, Luciano, ob. cit., p. 233/234)

Portanto, diante das circunstâncias evidenciadas na representação administrativa e em razão da primazia da verdade material sobre a formal, a infração apurada está respaldada pelo conjunto probatório constante dos autos, porquanto a realidade subjacente demonstra a existência de grupo econômico de fato entre a J. R. Dandolini Artigos do Vestuário Ltda e as empresas Nacale Comércio de Tecidos e Confecções Ltda. EPP-CNPJ: 85.192.441/0001-95, Empório Duhomem Indústria, Comércio e Serviços Ltda. – EPP - CNPJ: 07.648.246/0001-13, J. R. Dandolini Artigos do Vestuário Ltda. ME - CNPJ: 08.691.163/0001- 70, Tubarão Confecções Ltda. ME. -CNPJ: 05.304.238/0001-24. Calegari Comércio de Decorações Ltda. EPP (CNPJ: 09.018.294/0001-53), Costaesmeraldino Confecções Eireli EPP (CNPJ nº CNPJ: 00.276.114/0001-69) e KCS Confecções Ltda. EPP (CNPJ: 06.280.835/0001- 29).

Verifica-se, ainda, que o sócio ou titular da manifestante é administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica integrante do grupo, havendo a extrapolação da receita bruta global para fins de permanência no Simples Nacional.

Por fim, também observa, no caso presente, a prática reiterada de infração à legislação tributária, hipótese legal de exclusão do simples, caracterizada pela omissão de receitas e o excesso de

receita bruta, causas de exclusão da pessoa jurídica do Simples Nacional.

Por fim, prevê o §1º do art. 29 que nas hipóteses previstas nos incisos II a X do *caput* 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. No caso discutido nestes autos há subsunção dos fatos a dois incisos do art. 29 (*I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória e V - tiver sido constatada prática reiterada de infração*), razão pela qual confirmamos o impedimento de adesão para os três anos posteriores. Adicione-se que as autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

Pelo exposto, voto por rejeitar a preliminar de cerceamento do direito de defesa e no mérito negar provimento ao recurso.

(Assinado Digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa