



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

Processo n° 13971.001736/2009-14
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1003-000.286 – Turma Extraordinária / 3ª Turma**
Sessão de 04 de dezembro de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL
Recorrente STATUS BIKE INDUSTRIA E COMERCIO DE BICICLETAS LTDA/
OUTRO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 23/07/2004 a 30/07/2007

AUSÊNCIA DE PROVAS E FUNDAMENTOS DA EXISTÊNCIA DE PESSOA JURÍDICA FORMADA POR INTERPOSTAS PESSOAS. OS SÓCIOS-GERENTES CONSTANTES NO CONTRATO SOCIAL ERAM OS VERDADEIROS ADMINISTRADORES.

Não restou comprovado na auditoria fiscal que as contribuintes eram formadas por interpostas pessoas. Os gerentes/administradores das Recorrentes, de acordo com as informações extraídas dos autos, eram as pessoas legalmente constituídas para gerir o negócio

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada no recurso e, no mérito, em dar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Presidente

(assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Sérgio Abelson, Bárbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 07-29.876, de 20 de setembro de 2012, da 6ª Turma da DRJ/FNS, que negou provimento à manifestação de inconformidade apresentada pelo contribuinte.

Em fiscalização realizada na empresa contribuinte, o auditor fiscal responsável concluiu que:

• o Sr. Volmir Filippi, sócio (1,5%) da empresa STATUS BIKE no período de 06/07/2001 a 26/06/2006 e o Sr. Gilberto Giareton, sócio (5%) da empresa FREE ACTION de 23/07/2004 a 22/03/2006, eram apenas interpostas pessoas na sociedade das referidas empresas, cujos verdadeiros donos eram a Sra. Fernanda Schulz e seu pai, Sr. Carmo Schulz, bem como o Sr. Amilton César Schimidt, sócio (5%) da empresa STATUS BIKE no período de 26/06/2006 a 01/02/2008, era apenas uma interposta pessoa na sociedade, cujos verdadeiros donos eram o Sr. Vanderlei Schappo e sua esposa a Sra. Fernanda Schulz;

• as empresas STATUS BIKE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BICICLETAS LTDA e FREE ATCION MONTADORA DE BICICLETAS LTDA constituíram-se em um Grupo Econômico DE DIREITO a partir de 01/02/08 e constituíam-se em um Grupo Econômico DE FATO no período de 23/07/04 a 01/02/08, sendo que a existência de duas empresas com personalidades jurídicas distintas neste período, mas sob o mesmo comando e direção e com a participação de interpostas pessoas que não os verdadeiros donos, objetivava dividir o faturamento, a fim de evitar ultrapassar o limite de exclusão e, com isso, manterem, INDEVIDAMENTE, os benefícios da opção pelo SIMPLES. Dessa forma, são atingidas pelo instituto da solidariedade determinado conforme legislação vigente, citada abaixo.

Através do Ato Declaratório de nº 54, de 04 de maio de 2009, a empresa Recorrente STATUS BIKE foi excluída do Simples por constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas (art. 14, IV, da Lei nº 9.317/1996 e art. 23, IV da IN SRF 608/06)) e por não preencher os requisitos impostos pelo art. 9º, incisos II, IX, XVII da Lei 9.317/96. A exclusão de que trata esse Ato Declaratório produz efeitos retroativos ao período de 23/07/2004 a 30/06/2007 (fls. 136).

Através do Ato Declaratório de nº 51, de 04 de maio de 2009, a empresa Recorrente FREE ACTION MONTADORA DE BICICLETAS LTDA foi excluída do Simples por constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas (art. 14, IV, da Lei nº 9.317/1996 e art. 23, IV da IN SRF 608/06)) e por não preencher os requisitos impostos pelo art. 9º, incisos II, IX, XVII da Lei 9.317/96. A exclusão de que trata esse Ato Declaratório produz efeitos retroativos ao período de 23/07/2004 a 30/06/2007 (fls. 137).

Contra esses Atos Declaratórios, as Recorrentes (STATUS BIKE E FREEACTION) apresentaram manifestação de inconformidade. Por concordar com a descrição

inserida no Relatório da DRJ e por economia processual, transcrevo abaixo o resumo constante na r. decisão:

As empresas acima citadas, devidamente intimadas, apresentaram manifestação de inconformidade (fls. 185 a 214 e fls. 245 a 277), alegando, em breve síntese, que: ao contrário do que afirmou o ilustre Auditor Fiscal, os fatos narrados, de modo algum, são capazes de demonstrar a confusão administrativa e econômica alegada; como se verá a seguir não há que se falar em grupo econômico, e, muito menos, em constituição societária por interpostas pessoas:

- como comprovam os contratos sociais, a Impugnante foi criada em 27 de janeiro de 1994 pelos sócios Gilberto e Orestes Giaretton, tendo por objeto social o "Comércio Varejista de Bicicletas, Máquinas de Costura e suas respectivas peças, e a prestação de serviços de conserto de bicicletas e máquinas de costura, e a representação comercial em geral", sendo sua sede localizada na Rua Brasília, nº 107 — D, bairro Jardim Itália, na cidade de Chapecó (SC);

- posteriormente, em 06 de julho de 2001, ingressaram no quadro societário da Impugnante os sócios Fernanda Schulz (99%) e Volmir Filippi (1%), que adquiriram as cotas de Gilberto e Orestes Giaretton. Nesse momento, Vanderley Schappo, que, à época, não era casado com a sócia Fernanda, exercia outras atividades, especialmente a representação comercial, à qual deu continuidade durante muitos anos ainda;

- a associação de Fernanda a Volmir Filippi se deu em razão do seu conhecimento técnico, já que, desde a fundação da Impugnante, laborou o mesmo como funcionário da empresa, auxiliando com presteza e dedicação seus antigos sócios, com quem muito havia aprendido.

- assim sendo, a existência de vínculo empregatício em período compatível com a sua participação no quadro societário da empresa não infere as conclusões do ilustre Auditor Fiscal, porquanto se trata de decisão administrativa, que apenas corrobora a inexistência de qualquer simulação praticada pela Impugnante.

- a empresa FREE ACTION foi constituída no dia 23/07/2004, por Carmo Schulz, metalúrgico com anos de experiência, que, vislumbrando novas oportunidades no mercado já explorado pela sua filha Fernanda, percebeu a existência de um nicho a ser desenvolvido; enquanto a Impugnante se focava na comercialização de bicicletas e suas peças para consumidores finais, Carmo aliouse ao antigo sócio daquela empresa, Gilberto Giaretton, que tinha anos de experiência no ramo, criando a empresa FREE ACTION, com o fim exclusivo de realizar a montagem de bicicletas para venda (industrialização) às redes varejistas.

- conforme contrato social, a empresa FREE ACTION possuía endereço totalmente distinto da Impugnante na cidade de

Chapecó, tendo sua sede, inicialmente, na rua Lisboa, nº 709D, bairro Líder. Embora tenham ocorrido mudanças de endereço dentro da cidade de Chapecó, ambas as empresas permaneceram em locais distintos durante todo o período em que estiveram sediadas na cidade de Chapecó.

- o fato dos recibos de aluguel do galpão alugado pela FREE ACTION estarem em nome de Vanderley Schappo, marido de Fernanda, de modo algum, prova a formação de grupo econômico, inclusive, porque, à época, o mesmo não tinha qualquer relação com as duas empresas, exercendo, como já se disse, a atividade de representante comercial; destaca-se que Vanderley Schappo já estava há vários anos na cidade de Chapecó e, em razão de contatos pessoais, foi a pessoa que intermediou a contratação do aluguel, cujos recibos de pagamento, apenas por algum equívoco da imobiliária, acabaram saindo em seu nome; os pagamentos sempre foram realizados pela FREE ACTION, que foi a empresa que, efetivamente, alugou o galpão para desenvolver suas atividades, fatos que, em momento algum, foram negados pelo próprio Auditor Fiscal.

- a alegação de que a empresa FREE ACTION foi criada, por interpostas pessoas, com o fim, único e exclusivo, de "dividir faturamento", para possibilitar a permanência da Impugnante no SIMPLES, é, portanto, totalmente inverídica e desassociada da realidade.

- no ano de 2005, com a mudança de domicílio das empresas retrocitadas para Blumenau, enquanto a impugnante, nas mãos de Carmo e Amilton, se dedicava ao desenvolvimento de suas atividades no ramo da industrialização de quadros para bicicletas e venda de peças no mercado varejista, a empresa FREE ACTION, administrada por Fernanda e Vanderley, se engajava no empreendimento realizado em parceria com a empresa "Mormaii", se tornando a fabricante exclusiva da marca no Brasil, para o ramo de bicicletas; aliás, já no final de 2006, a empresa FREE ACTION ultrapassa o limite do SIMPLES, passando a ser tributada com base no Lucro Real, o que apenas vem a corroborar a total superficialidade do argumento de que a sua criação se deu com o objetivo de afastar a tributação mais onerosa.

- portanto, é totalmente absurda conclusão de que se trataria de grupo econômico tendo em vista que as empresas mudaram sua sede "para o mesmo endereço", o que não é verdade, já que se trata de galpões distintos e totalmente desvinculados, onde eram realizadas as atividades de forma autônoma e independente; a mudança de endereço para Blumenau e as alterações ocorridas nos quadros societários da Impugnante e da empresa FREE ACTION são totalmente justificadas pelos rumos econômico e operacional tomados por cada uma delas, notadamente distintos e desvinculados.

- nenhuma das alegações do nobre Auditor Fiscal mostra-se capaz de desvincular a administração das empresas de seus respectivos sócios; observa-se que não há sequer indícios de que qualquer das pessoas citadas tenha sido diretamente responsável pela administração das duas empresas ao mesmo tempo.

- a autonomia financeira das empresas subsiste independentemente da existência dos contratos de empréstimo, posto que permanece inquestionável a separação dos custos operacionais das empresas, os quais, jamais, se confundiram ou se misturaram.

- há que se falar em grupo econômico somente a partir de fevereiro de 2008, quando Vanderley e Fernanda tornaram-se os únicos sócios das duas empresas, em razão do agravamento da doença de Carmo, que não tinha mais condições de exercer as funções administrativas que lhe competiam.

- o ato administrativo em questão é ilegal, posto que, além da falta de motivação pauta-se em presunções não permitidas pela legislação pátria e totalmente rechaçadas pelo princípio da verdade material; pois, ainda que alguns fatos pudessem consistir em possíveis indícios quanto às conclusões perpetradas pelo nobre Auditor Fiscal, o ato administrativo de exclusão da Impugnante do SIMPLES, baseado em meras presunções ou, melhor, especulações, sob hipótese alguma, poderia ter se realizado sem a prova material da efetiva formação do alegado grupo econômico e constituição societária por interpostas pessoas.

- não se pode esquecer que a escrituração contábil apresentada pelo contribuinte faz lhe prova a favor. A contabilidade de ambas as empresas demonstra a efetiva autonomia administrativa, financeira e societária existente entre as mesmas, sendo que todos os empréstimos efetuados entre as empresas e seus sócios foram devidamente lançados. Não se pode assim, admitir a desconsideração de tais registros contábeis, para que se proceda a irregular exclusão da Impugnante do SIMPLES.

Por fim, ante o exposto, as empresas arroladas acima requerem: a nulidade dos Atos Declaratórios Executivos nº 51 e 54, de 2009, na medida em que restou cabalmente demonstrada a sua ilegitimidade; a produção de qualquer prova em Direito admitida, inclusive a prova testemunhal; bem como a juntada, no prazo de 30 (trinta) dias, dos documentos cuja obtenção não foi possível até a data de vencimento do prazo para protocolo da presente, inclusive pela dificuldade de acesso.

Por maioria de votos, através do acórdão de nº 07-29.876, de 20 de setembro de 2009, a manifestação de inconformidade apresentada pelas contribuintes foram julgadas improcedentes, visto ter sido reconhecido que a empresa STATUS BIKE e FREE ACTION: se utilizaram de pessoa jurídica composta por interpostas pessoas em seu quadro social, restando configurada a situação descrita no Ato Executivo nº 54 e nº 51, ambos de 04 de maio de 2009. Acórdão dispensado de ementa.

Inconformada com o julgamento, as Recorrentes (STATUS BIKE E FREEACTION) apresentaram recursos voluntários, reiterando os termos da manifestação de inconformidade e acrescentaram, preliminarmente, o pedido de nulidade do julgado da DRJ, em razão de cerceamento do direito de defesa, visto ter indeferido prova testemunhal e não analisado as declarações colacionadas aos autos, como também indeferiu o pedido de juntada posterior de documentos.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Bárbara Santos Guedes, Relatora

Os Recursos Voluntários são tempestivos, visto que atendem o prazo regulamentar estabelecido pelo Decreto 70.235/1972, art. 33. Portanto, o mesmo atendem aos requisitos de admissibilidade, pelo que, conheço dos recursos.

O cerne do litígio é a exclusão das Recorrentes do Simples Federal por supostamente ter incorrido em situação excludente prevista no art. 14, inciso IV, da Lei nº 9.317, de 1996 e art. 23, IV da IN SFR nº 608/2006, com efeitos retroativos ao período de 23/07/2004 a 30/06/2007, nos termos dos ADE nº 54 e nº 51, ambos de 04 de maio de 2009.

Ao processo objeto desta lide está apenso o processo de nº 13971.001738/2009-03, cujo objeto é a exclusão da Recorrente STATUS BIKE do Simples Nacional. Em razão da conexão entre as ações, as mesmas serão julgadas conjuntamente.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA:

Preliminarmente, as Recorrentes requereram a nulidade do julgamento de primeira instância, realizado pela DRJ/FNS, em razão de cerceamento do direito de defesa, isso porque o Relator da r. decisão indeferiu a produção de prova testemunhal e não analisou as declarações colacionadas aos autos. Ademais, aduz igualmente que seu pedido de juntada posterior de documentos foi indeferido.

Sobre a matéria, vale esclarecer que no presente caso se aplicam as disposições do processo administrativo fiscal. Logo, o momento da apresentação da prova, sua ausência na instauração da fase litigiosa e o ônus probatório de quem alega os fatos constitutivos de seu direito possuem regramentos nos artigos 14 a 17, do Decreto nº 70.235, de 1972 (PAF), que regulamenta o processo administrativo fiscal no âmbito federal, e do artigo 373, da Lei nº 13.115/2015

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

[...]

Art. 16. A impugnação mencionará:

; III os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Assim, no caso em tela, o efeito legal da omissão do Sujeito Passivo em trazer na manifestação de inconformidade e/ou antes da decisão de primeiro grau todos os documentos hábeis a comprovar suas alegações é a preclusão, impossibilidade de o fazer em outro momento.

As Recorrentes não apontaram quaisquer motivos que justificassem a concessão do prazo requerido, apenas apontado a impossibilidade de apresentá-los, mas sem indicar qualquer motivo de força maior. O simples fato de não possuir os documentos, não é motivo suficiente para dilação do prazo, especialmente porque, a rigor, todas as provas e documentos são das próprias empresas.

Quanto à produção de prova testemunhal, conforme já mencionado no acórdão da DRJ, no rito do processo administrativo fiscal não existe previsão legal para audiência de instrução, na qual seriam ouvidas testemunhas ou apresentados depoimentos pessoais. No entanto, as declarações escritas podem ser apresentadas.

Contudo, nego a preliminar de nulidade porque o acórdão da DRJ apenas negou a produção de provas e destacou a impossibilidade de produção de prova testemunhal. Não há no acórdão a rejeição das declarações escritas acostadas. A convicção do julgador pode não ter sido influenciada pelas declarações colacionadas, porém ele não as rejeitou na decisão.

Considerando o acima exposto, não acolho a preliminar de nulidade da decisão da DRJ.

DO MÉRITO

Quanto aos fatos que levaram à exclusão das Recorrentes do Simples, conclui-se:

1. A empresa STATUS BIKE foi constituída em janeiro de 1994, pelos sócios Gilberto Giaretton e Orestes Giaretton. Até a alteração contratual que incluiu a Sra. Fernanda Schulz (98,5%) e Volmir Filippi (1,5%) como sócios (06/07/2001);

2. O Sr. Gilberto Giaretton foi sócio gerente da empresa da sua constituição (janeiro de 1994) até 06/07/2001. Não há qualquer informação na auditoria acerca desse período;

3. O Sr. Volmir Filippi era empregado da STATUS BIKE e continuou trabalhando como empregado mesmo após torna-se sócio (entre 01/12/1994 até 22/03/2006). A gerência era de responsabilidade da Sra. Fernanda Schulz.

A existência de vínculo empregatício é permitida pela legislação trabalhista para casos semelhantes, onde a participação societária não permita destaque especialmente nas decisões da sociedade. Vide julgados abaixo:

SÓCIO-EMPREGADO- POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Se o trabalhador demonstrar que, embora sócio da empresa, mantinha com a mesma outra relação caracterizada pelos requisitos constantes do artigo 3º da CLT é possível o reconhecimento do vínculo empregatício, eis que a pessoa do sócio é distinta da pessoa da sociedade. (TRT-15 - Recurso Ordinário 28760/2003 SP. Data da publicação: 26/09/2003).

RELAÇÃO DE EMPREGO. EMPREGADO SÓCIO COTISTA. Em qualquer tipo de sociedade, o sócio pode ser empregado, posto que a sociedade tem personalidade jurídica própria. Entretanto para que isso ocorra, é necessário que o sócio não possua cota parte que lhe assegure posição de destaque na sociedade nem tenha participação intensa na gestão. Em resumo, sob as limitações acima expostas, é possível a coexistência do contrato de trabalho com a qualidade de acionista ou sócio-cotista. In casu, verifica-se que o reclamante possui apenas 2% das cotas da sociedade e estão caracterizados todos os elementos da relação empregatícia (RO 30000-92.2004.5.22.0102, Rel. Desembargador Francisco Meton Marques de Lima, TRT da 22ª Região, julgado em 22/11/2005).

RELAÇÃO DE EMPREGO -SÓCIO-EMPREGADO- Demonstrando a prova que o ingresso da reclamante na sociedade como sócia quotista minoritária, ocorreu em época bem anterior àquela em que fora dada baixa na sua CTPS, coexistindo o vínculo e a participação societária, forçoso se torna reconhecer a relação de emprego pelo período posterior, se incontroversa a continuidade da prestação laboral, nas mesmas condições. Essa coexistência é perfeitamente admissível, quando a sociedade é de responsabilidade limitada e os seus estatutos não conferem ao sócio o exercício de atividades sociais de administração, diretoria ou gerência, reservando-as exclusivamente ao sócio majoritário. (TRT - 3 Recurso Ordinário 64387. Data da publicação 05/02/1988)

No presente caso, o Sr. Volmir Filippi possuía 1,5% das cotas sociais e não participava da administração da empresa.

4. Em 23/07/04, é constituída a empresa FREE ATCION pelo Sr. Carmo Schulz (95%), pai da Sra. Fernanda Schulz, e pelo Sr. Gilberto Giaretton (5%), ex-sócio de

22/01/1994 a 06/07/2001 e ex-empregado da empresa STATUS BIKE (de 01/03/2002 até 14/08/2004), sendo que a partir de então, ingressa como sócio e simultaneamente como empregado da empresa FREE ATCION de 16/08/2004 até 31/03/2006, quando as empresas se transferem para o mesmo endereço em Blumenau/SC.

3. O fiscal aponta em sua análise, que o aluguel da sede da empresa FREE ATCION, desde 31/01/05 até 06/02/06, quando de sua transferência para Blumenau/SC, era pago ao Sr. Vanderlei Schappo, marido da Sra. Fernanda Schulz, e que, posteriormente, em 22/03/06, ingressa como sócio (90%) da referida empresa e, em 01/02/08, como sócio (50%) da empresa STATUS BIKE.

Destaca-se que o período objeto deste processo é o compreendido entre 23/07/2004 a 30/06/2007. Não há informações da fiscalização acerca dos responsáveis pelo pagamento dos alugueis anteriores à transferência das empresas para Blumenau.

Contudo, segundo informações da auditoria e dos contratos sociais acostados, bem como das informações das Recorrentes no recurso voluntário, as empresas possuíam endereços distintos até sua mudança para Blumenau em 22/03/2006.

As procurações colacionadas, as quais serão mais a frente analisadas, são todas posteriores a março de 2016.

Conclui-se, pela documentação e informações dos autos que, de 23/07/2004 a 22/03/2006, as empresas possuíam endereços distintos e não existiam procurações entre eles, que levassem a crer que uma empresa comandava a outra ou que possuíam gerentes em comum.

4. O fiscal aponta no relatório que a FREE ACTION teria sido criada em 23/07/2004 com o objetivo de evitar que a STATUS BIKE, já em 2004, ultrapassasse o limite legal para permanecer no Simples, contudo não aponta os documentos ou os fatos que o levaram a essa conclusão, tendo considerado tal questão em razão do valor do faturamento bruto da empresa STATUS BIKE em 2004.

5. Em 22/03/06, retiram-se os sócios Volmir Filippi (1,5%) e Gilberto Giareton (5%) das empresas STATUS BIKE e FREE ATCION, respectivamente. A Sra. Fernanda Schulz se transfere de sócia (98,5%) da empresa STATUS BIKE para sócia (10%) da empresa FREE ATCION e seu pai Sr. Carmo Schulz faz o inverso, se transfere de sócio (90%) da empresa FREE ATCION para sócio (95%) da empresa STATUS BIKE.

6. A auditoria destaca que, em 22/03/06, ingressam: o Sr. Vanderlei Schappo, marido da Sra. Fernanda Schulz como sócio (90%) na empresa FREE ATCION e como procurador da empresa STATUS BIKE; e o Sr. Amilton César Schmidt como sócio (5%) na empresa STATUS BIKE e como procurador da empresa FREE ACTION.

É importante registrar que procurações constantes nas fls. de 126 a 135 não concedem poderes de gestão aos outorgados, mas apenas representação bancária, com a permissão de movimentar as contas da empresa.

Embora a auditoria aponte as pessoas como procuradores, as procurações acostadas não concedem poderes de gestão da empresa, não podem tomar qualquer decisão

administrativa, mas apenas efetuar a representação nas instituições bancárias Assim mesmo, isso ocorreu a partir de março de 2006, data da primeira procuração acostada aos autos.

7. A fiscalização destacou que, em 01/02/08, retiram-se os sócios Sr. Amilton César Schimidt (5%) e Sr. Carmo Schulz(95%) da empresa STATUS BIKE e ingressam, o Sr. Vanderlei Schappo (50%) e sua esposa Sra. Fernanda Schulz(50%), assumindo, a partir de então, como GRUPO ECONÔMICO DE DIREITO (que na realidade já o era DE FATO) as empresas STATUS BIKE e FREE ATCION, tendo em vista que a empresa STATUS BIKE, no ano de 2008, havia sido excluída do SIMPLES (ultrapassara o limite de faturamento em 2007) e a empresa FREE ATCION já era tributada pelo LUCRO REAL desde o segundo semestre do ano de 2006;

8. Nas análises de interligação administrativa das empresas, o fiscal destaca que o Sr. Gilberto Giaretton, mesmo após sair da sociedade da STATUS BIKE continuou atuando na administração.

Em recurso voluntário, as Recorrentes destacam que ele assinou alguns recebimentos de mercadorias que haviam sido solicitadas quando ele ainda fazia parte do quadro social da STATUS BIKE, como também a assinatura dele em termos de rescisão de contrato de trabalho se deu em razão de equívoco do contador.

9. Que durante a licença maternidade da Sra. Fernanda Schulz, a administração foi realizada por Maristela Deon Kerstik.

A procuração concedida à Sra. Maristela era apenas para atuação perante instituições bancárias, não era para gerência da empresa, não concedia amplos poderes de gestão.

Antes e depois da licença maternidade, já que não existe prova em contrário nos autos, conclui-se que a administração era realizada pela Sra. Fernanda Schulz.

10. O relatório reconhece a administração simultânea de Amilton Schimidt e Lauro Antônio da Silva Fagundes, em razão de agendamentos em bancos e pagamento e pela procurações outorgadas, contudo, como já declinado, as procurações concedem poderes para movimentação bancária, não concedem poderes de gestão geral da empresa. Pelos mesmos motivos, reconhece a participação administrativa do Sr. Vanderlei Schappo na STATUS BIKE.

11. O fiscal verificou a existência de lançamentos contábeis referentes a empréstimos realizados através de contratos particulares de mútuo, conforme abaixo:

- injeção pessoal de capital da Sra. Fernanda Schulz (sócia da empresa STATUS BIKE) no período inicial de operação da empresa FREE ACTION, bem como através da empresa STATUS BIKE no decorrer do ano 2005;

- injeção pessoal de capital do Sr. Vanderlei Schappo (marido da Sra. Fernanda Schulz) e através da empresa Vanderlei Schappo Representações Ltda, CNPJ 03.042.627/0001-01, na empresa FREE ACTION no final do ano de 2005 e começo de 2006,

- ressalte-se que: os saldos dos "empréstimos", referidos acima, foram quase que integralmente utilizados para aumento de capital quando do ingresso formal do Sr.

Vanderlei Schappo e de sua esposa, Sra. Fernanda Schulz, como sócios da empresa FREE ACTION em 22/03/06;

- injeção de capital na empresa STATUS BIKE pelo Sr. Vanderlei Schappo através da empresa Vanderlei Schappo Representações Ltda, CNPJ 03.042.627/0001-01, no começo da ano de 2006;

Em que pese os empréstimos realizados, todos foram lançados na contabilidade da empresa e pagos através de aumentos de capital e compra de cotas sociais, sendo assim não enxergo ilegalidade nessas ações.

12. Quanto ao faturamento, a auditoria concluiu que a FREE ACTION foi constituída para dividir o faturamento com a STATUS BIKE, evitando que fosse ultrapassado o limite legal estabelecido no art. 2º da Lei 9.317/1996, mantendo as duas empresas no Simples indevidamente.

A auditoria não esclarece se, a partir da constituição da FREE ACTION a empresa STATUS BIKE parou de emitir notas fiscais no ano de 2004, fato que justificaria a conclusão quanto à criação daquela para manter a STATUS BIKE no Simples.

13. A auditoria não menciona nada a respeito dos funcionários, não informa se havia uma identificação clara em relação aos trabalhadores das empresas, se usavam ou não crachá de identificação, ou se sabiam reconhecer quem eram seus empregadores.

Em manifestação de inconformidade, a empresa colaciona aos autos declarações escritas de funcionários, que, embora se trate de prova produzida unilateralmente, sem reconhecimento das respectivas assinaturas, o ponto em comum de todas é de que o fiscal conversou com essas pessoas e isso não foi incluído no relatório fiscal final.

14. Também não restou evidenciado na auditoria se as empresas compartilhavam equipamentos, também não restou demonstrado ter havido confusão patrimonial entre as empresas.

Algumas contas das empresas como aluguel e telefone em algum período estava no nome de esposo da Fernanda Schulz ou ex-sócio, respectivamente, mas isso por si só não induz a uma confusão patrimonial.

Entendo haver dois momentos na empresa. Um na qual elas estavam em Chapecó - de 23/07/2004 a 22/03/2006-, cuja auditoria não trouxe muitos elementos que levassem a crer tratar-se de uma única empresa com administração comum, na qual pessoas não sócias estivessem a frente da empresa, e outro, a partir da mudança para Blumenau em 22/03/2006, no qual a configuração de unicidade começa a tomar forma, mas ainda assim, aparentemente, a administração era exercida por aqueles destacados nos contratos sociais.

No segundo semestre de 2006, a empresa FREE ACTION requereu sua exclusão do Simples por ultrapassar o limite de faturamento estabelecido na legislação.

Considerando as provas colhidas na fiscalização entendo não ter havido a constituição de pessoa jurídica sob a égide de falsidade ideológica, ato simulado de constituição de empresa.

Os gerentes/administradores das Recorrentes, de fato, de acordo com as informações extraídas dos autos, parece ser que sempre foram as pessoas legalmente constituídas para gerir o negócio, qual seja, o seus sócios gerentes, não se configurando, por conseguinte, a existência de pessoa interposta.

E como se sabe, o sentido da expressão "interpostas pessoas" dado pelos dispositivos legais é o de denominar aqueles que não são os verdadeiros sócios ou acionistas da empresa, mas sim forjados nos documentos das empresas, por aqueles que realmente administram as mesmas e detém o poder.

Entende-se como grupo econômico consiste num conjunto de sociedades empresariais, juridicamente independentes, que coordenam suas atuações em prol de objetivos em comum. Sua principal característica é a existência de uma sociedade controladora que prevalece sobre as demais, no entanto tal característica não restou comprovada nos autos.

A união das empresas sobre uma mesma administração só restou comprovada a partir de 01/02/2008, quando ocorreu a alteração contratual alterando os sócios e administradores para a Sra. Fernanda Shulz e o Sr. Vanderlei Schappo.

Deste modo, os ADE objetos do presente processo não atendem os dispositivos legais infringidos, visto que a fundamentação legal que lhe deu arrimo, inciso IV, do art. 14 da Lei 9.317/96, não condiz com a realidade fática trazida aos autos.

Isto posto, conheço do recurso, rejeito a preliminar suscitada e, no mérito, dou provimento para cancelar os ADE de nºs 54 e 51, ambos de 04 de maio de 2009.

(assinado digitalmente)

Bárbara Santos Guedes