



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.004392/2008-14
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1001-002.005 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária**
Sessão de 06 de agosto de 2020
Recorrente HS IND COM PEÇAS P/ BICICLETAS LTA EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2004

SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO. INTERPOSTAS PESSOAS.

A pessoa jurídica que é constituída por interpostas pessoas, encobrindo quem são os verdadeiros sócios, não tem o direito de permanecer inscrita no regime do Simples Federal.

SIMPLES. GRUPO ECONÔMICO DE FATO.

Considera-se a existência de grupo econômico de fato quando duas ou mais empresas encontram-se sob a direção, o controle ou a administração de uma delas. Na constatação fática da existência de grupo econômico é cabível a verificação do cumprimento ou descumprimento das condições de participação no sistema tributário simplificado em relação à totalidade das empresas do grupo, em virtude da solidariedade legal que se estabelece entre elas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Abelson – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Abelson (Presidente), José Roberto Adelino da Silva, Andréa Machado Millan e André Severo Chaves.

Fl. 2 do Acórdão n.º 1001-002.005 - 1ª Sejul/1ª Turma Extraordinária
Processo n.º 13971.004392/2008-14

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão de primeira instância (folhas 258/267) que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada contra o Ato Declaratório Executivo n.º 50, de 21 de outubro de 2008, da DRF Blumenau – SC (folha 134), o qual determinou a exclusão da empresa do Simples Federal a partir de 01/01/2004, com fundamento na disposição contida no inciso IV do art. 14 e no inciso II do art. 9º da Lei n.º 9.317/96, tendo em vista sua constituição através de interpostas pessoas.

Transcreve-se a seguir o relatório do acórdão *a quo*, que bem retrata os fatos e alegações em análise:

Trata o presente processo de exclusão da empresa HS Indústria e Comércio de Peças para Bicycletas Ltda. EPP do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples).

O processo em pauta originou-se de representação administrativa formulada por auditor-fiscal da Delegacia da Receita Federal em Blumenau/SC contra a empresa HS Indústria e Comércio de Peças para Bicycletas Ltda (...) [folhas 02/12].

Na dita representação consta que, em auditoria-fiscal desenvolvida nas empresas HS Ind. e Com. de Peças p/ Bicycletas Ltda. e Wester Indústria e Comércio Ltda., ficou constatada a presença de subterfúgios utilizados com intuito de afastar a incidência de contribuições previdenciárias, por meio de opção indevida pelo Sistema Integrado de Pagamento de Imposto e Contribuições (SIMPLES), no período de 01/2004 a 12/2005, que consistiram em simular a criação de pessoa jurídica incluindo em seu quadro societário interpostas pessoas físicas.

Os fatos que levaram o agente fiscal a chegar a tal conclusão foram os seguintes:

Segundo conta o auditor-fiscal, a atual HS foi fundada em 1996, sendo-lhe atribuída a razão social Ferramental Schreiber Ltda. e possuindo como sócios o casal Horst Schreiber e Cecília Novaes Schreiber.

O Sr. Horst, sócio fundador da Ferramental, também constituiu, em 1997, juntamente com o Sr. Laurentino Wehrmeister, a empresa Wester Indústria e Comércio Ltda.

Após alterações promovidas nos contratos sociais de ambas as empresas, em 1999, a razão social da Ferramental foi alterada para Werber Indústria e Comércio Ltda. e o seu quadro social passou a ser composto pelas esposas dos sócios da empresa Wester. Segundo o fiscal, este foi o marco inicial do surgimento do grupo econômico.

Em 2002, a Werber mudou novamente sua razão social para Wester Plásticos Ltda. Além disso, saíram da sociedade as duas sócias, ingressando uma filha de cada casal. As duas empresas também mudam o endereço de suas sedes para a Rua Gustavo Zimmermann, 9.807, galpões A e B. Observa o auditor que as duas empresas utilizavam a marca Wester em seus produtos.

Em 2006, segundo o agente fazendário, as sociedades separaram-se de fato, ficando cada família com uma empresa, em endereços distintos.

Em conformidade com a representação fiscal, os objetivos sociais das duas sociedades são semelhantes e se completam, desde 1999 a 2006, contemplando a fabricação de artefatos de borracha e plástico para bicicletas e motocicletas, metalurgia e outros; o endereço das duas empresas no período citado era o mesmo; e o imóvel onde servia de sede para a empresa pertencia à Wester, porém jamais houve pagamento de aluguel por parte da atual HS.

Aponta o agente fiscal para a discrepância entre o percentual de gastos de pessoal nas duas empresas em relação aos seus faturamentos. Em 2004 e 2005, por exemplo, a Wester Plásticos obteve receita de R\$ 1.003.321,00 e R\$ 919.606,00 ante R\$ 4.009.354,00 e 6.432.684,00 da Wester Indústria. Todavia, as despesas com folha de pagamento da Wester Plásticos, nos respectivos anos, ficaram bem acima daquelas verificadas na Wester Indústria: R\$ 248.554,00 e R\$ 517.549,00 contra R\$ 155.813,00 e R\$ 193.361,00.

Já em 2006 e 2007, a Wester Plásticos, com um número de colaboradores semelhante ao de 2004 e 2005, faturou na faixa de R\$ 2.300.000,00, enquanto que a Wester Indústria manteve seu faturamento na casa aproximada dos R\$ 6.000.000,00, contudo o número de funcionários saltou para 44, em 2006, e 65, em 2007.

Relata ainda o agente fiscal que, em 2004 e 2005, a Wester Plásticos não possuía nenhum móvel nem equipamento de informática registrados no Ativo Imobilizado. O galpão onde estavam abrigadas as duas empresas estava incorporado ao patrimônio da Wester Indústria. Somente a partir de 2006 é que o patrimônio da Wester Plásticos veio a aumentar.

Foi verificado que houve registro na contabilidade da Wester Plásticos de despesas com energia elétrica somente nos meses de 01 e 03/2004 e 05/2005. Além disso, não aparece contabilização de pagamento de fornecimento de água, comissões sobre vendas, material de limpeza, material de expediente e outros, os quais eram suportados pela Wester Indústria Ltda.

Assinala ainda, o auditor, que o contrato firmado entre a Unimed e a Wester Indústria envolvia também os colaboradores da Wester Plásticos.

A gestão administrativo-financeira era feita de forma única por Laurentino Wehrmeister e Horst Schreiber. Todos os produtos desenvolvidos pelas duas empresas continham a marca Wester, bem como o atendimento, a administração, a produção, a execução, o marketing, a embalagem dos produtos, o uniforme dos funcionários eram realizados em nome da Wester.

Cita o fiscal ainda o processo trabalhista RT 2466/2008, que tramitou na 3ª vara do Trabalho, do qual a fiscalizada é ré, em que o próprio advogado desta esclarece que as empresas formavam um grupo econômico.

Concluiu o auditor-fiscal que a então Wester Plásticos não poderia se beneficiar do sistema simplificado de tributação, vez que foi criada nas dependências da Wester Indústria e por esta foi administrada para registrar a maior parte dos empregados e, desse modo, se eximir do pagamento de contribuições previdenciárias e outros tributos. Trata-se, na sua ótica, o presente caso, de criação simulada de pessoa jurídica por interpostas pessoas físicas.

A Representação Administrativa foi acatada pelo Delegado da Receita Federal do Brasil em Blumenau, que comandou a expedição do Ato Declaratório Executivo n.º 50 (...) [folha 134], de 21 de outubro de 2008, excluindo do Sistema Integrado de

Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES) a empresa HS Indústria e Comércio de Peças para Bicycletas Ltda. EPP, por constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas (art. 14, inciso IV, da Lei 9.317/96, e art. 23, inciso IV da IN SRF 608/06) e, também, conseqüentemente, por incidir na vedação imposta pelo artigo 9º, inciso II da Lei nº 9.317/96, com efeitos retroativos a 01/01/2004.

Inconformada com o despacho decisório que a excluiu Simples, a HS apresentou manifestação de inconformidade (...) [folhas 136/147], apresentando, em síntese, as seguintes razões:

Argumenta que a legislação não impede que familiares sejam sócios de uma empresa ou componham sociedades separadamente, assim como não existe presunção de que empresas que têm ou tiveram sócios em comum formam grupo econômico.

Assinala que as questões societárias levantadas pelo auditor não demonstram que a direção, controle ou administração da HS estivessem sob a responsabilidade da Wester e que não há indícios de que os sócios não exerceram atos de gerência sobre as respectivas sociedades das quais participavam.

Assegura que os atos das diversas áreas da empresa eram realizados pelas empresas de forma individualizada e que a contabilidade, as contas-bancárias, bem como o endereço, separados por bloco, eram distintos.

Garante que o fato de o objeto social das empresas envolvidas serem semelhantes também não serve de fundamento para concluir que uma empresa controlava a outra.

Quanto à utilização da marca Wester por ambas sociedades, entende que esse fato não indica a existência de grupo econômico. Segundo a impugnante, as marcas podem ser objeto de comércio, e, assim, é possível a cessão desta a outras empresas.

Com relação ao prédio onde se localizava, afirma que era objeto de comodato efetuado pela Wester.

Em se tratando das disparidades entre relação folha de pagamento e faturamento, justifica o fenômeno em virtude de a Wester terceirizar a produção para a HS. Sendo assim, a HS precisava de um número maior de funcionários para executar as encomendas, enquanto que a Wester, como consequência da industrialização de seus produtos por terceiros, não precisava de possuir um quadro de funcionários tão considerável.

Respeitante ao fato de a Wester ter elevado o número de trabalhadores em 2007, explica que se deve à industrialização de produtos que antes não eram fabricados.

Pondera que os prejuízos que teve em 2004 e 2005 foram econômicos e não financeiros. Dessa forma, para saldar suas dívidas utilizou capital próprio, bem como esclarece que os compromissos tinham como vencimento o ano seguinte. Neste tocante, sustenta que o auditor não provou que houve ingressos de valores e que estes foram oriundos da Wester.

Confirma que o imóvel em que executava suas atividades pertencia à Wester e que as máquinas e equipamentos de produção, segundo relatado pelo fiscal, estavam devidamente registrados na contabilidade. Já o computador era de propriedade do sócio. A água era extraída de poço artesiano. No que toca à energia elétrica, garante

que existe um termo de compromisso firmado entre as duas empresas que tem como objeto o estabelecimento de responsabilidades gerais para a utilização da subestação compartilhada, construída para a transformação e o fornecimento de energia elétrica.

No que se refere às comissões citadas, assevera que não houve o pagamento destas durante os anos de 2004 e 2005.

Ratifica a informação de que o contrato entabulado entre a Unimed e a Wester também abrangia os colaboradores da HS, todavia alega que isso ocorreu em razão de que os montantes seriam descontados dos próprios e que o expediente adotado acarretaria uma diminuição de valores.

Relativamente ao processo trabalhista aludido pelo agente fiscal, defende que o advogado da ré não afirmou em nenhum momento a existência de grupo econômico.

Assegura que os trabalhadores trabalhavam para as empresas onde estavam registrados e que não há prova em contrário.

De acordo com a defendente não há simulação, pois todas as situações previstas em documentos jurídicos correspondem à realidade fática.

Traz à baila julgado do Conselho de Contribuintes (atualmente Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) que decidiu pela inexistência de simulação em processo sob sua alçada, excerto doutrinário a respeito do assunto, bem como decisão do TRF acerca do instituto da solidariedade, concluindo, ao final, pela impossibilidade de o auditor-fiscal de desconsiderar os atos jurídicos realizados pela impugnante.

Por fim, persevera no sentido de que não se ultrapassou a receita permitida em lei para se manter no Simples e de que os sócios da impugnante sempre foram aqueles consignados no contrato social da sociedade empresária.

É o relatório.

Ciência do acórdão DRJ em 10/04/2012 (folha 279). Recurso voluntário apresentado em 08/05/2012 (folha 280).

A recorrente, às folhas 280/291, repete *ipsis litteris* suas alegações anteriores.

É o relatório.

Fl. 6 do Acórdão n.º 1001-002.005 - 1ª Sejul/1ª Turma Extraordinária
Processo n.º 13971.004392/2008-14

Voto

Conselheiro Sérgio Abelson, Relator

O recurso voluntário é tempestivo, portanto dele conheço.

As alegações da recorrente, apresentadas na manifestação de inconformidade e repetidas no recurso voluntário, já foram minuciosamente e precisamente analisadas no acórdão recorrido, cujo voto transcrevo, adotando seus argumentos como minhas razões de decidir:

No que toca à alegação de que a legislação não impede que familiares sejam sócios de uma empresa ou componham sociedades separadamente, tem-se que, efetivamente, esta proibição não existe, todavia cabe assinalar que não há nos documentos lavrados pelo fiscal nenhuma afirmação nesse sentido. Este fato foi mencionado pelo auditor no sentido de se constituir em mais um indício dentre outros de que a sociedade empresária HS Indústria e Comércio de Peças para Bicicletas Ltda. EPP foi constituída por interpostas pessoas.

As mudanças promovidas no quadro social da atual HS caracterizam –se como forte indicativo de que os sócios relacionados no seu contrato social não são as verdadeiras pessoas que assumem o risco do negócio e que dele retiram os benefícios que lhe são próprios.

Percebe-se que os sócios da Wester Indústria sempre tiveram a precaução de manter, formalmente, como sócios pessoas intimamente ligadas a eles, invariavelmente pessoas da família: esposas e filhas, o que facilitaria o controle da HS por eles e diminuiria o risco de serem logrados, comparando-se com o fato de que se fossem colocadas na empresa pessoas estranhas, ou que não mantivesse com os Srs. Horst e Laurentino um vínculo mais forte.

Atos praticados pela Wester Indústria forçam-me a concluir que o pacto entre as duas sociedades vão bem mais além do que uma simples parceria comercial. O uso a título gratuito do imóvel onde se localizava a sede da HS, cuja propriedade era da Wester Indústria, a inclusão de funcionários da HS no contrato de prestação de serviços médico-hospitalares realizado entre Wester Indústria e a Unimed e o pagamento de energia elétrica e outras despesas em prol da HS são exemplos que sustentam tal afirmação.

Sabe-se que o interesse maior de uma sociedade empresária na exploração de atividade econômica é o de auferir lucros. Contudo, praticando atos como os descritos acima, ela iria de encontro aos seus próprios interesses, o motivo de sua instituição, dado que ao emprestar o imóvel a outra empresa, ou quitar despesas que não lhe pertence, ou faz com que ela deixe de obter receitas ou aumente suas despesas, repercutindo diretamente no resultado econômico da pessoa jurídica de um determinado exercício financeiro.

Então, a partir do que foi exposto, caberia indagar a respeito da real razão de a Wester Indústria fornecer estes auxílios à HS. A Resposta mais plausível de ser aceita é a de que isto é feito porque, na verdade, as duas empresas de fato pertenciam aos mesmos sócios, os quais utilizaram o nome de pessoas de sua confiança para usufruir dos benefícios decorrentes da inscrição da HS no Simples.

Não é crível que uma empresa pratique expedientes que caminham contra seu próprio motivo de existir.

E as evidências de que isso aconteceu vão mais adiante. Além do galpão que servia de sede à HS, que se localizava ao lado da sede da Wester Indústria, os objetivos sociais eram muito semelhantes. Ou seja, a Wester emprestava o galpão à HS a título gratuito, que produzia os mesmos produtos que a primeira. Isto significa que a Wester disponibilizava um imóvel a uma potencial concorrente direta sua. Situação que causa, no mínimo, estranheza.

No que toca às disparidades entre faturamento e despesas de pessoal entre as duas empresas, em que o percentual folha/faturamento é muito maior na HS, explica a impugnante que se deve à terceirização de sua produção para HS. Ora, mais uma vez uma situação inusitada. A Wester que se dedica a fabricação de peças para bicicletas repassa as suas encomendas à terceira empresa, deixando de realizar a sua atividade principal.

Já a utilização da logomarca Wester pela HS, é mais um indício de que há uma forte ligação entre as empresas, uma vez que a detentora da marca deixa à disposição da HS o uso do sinal que serve para distinguir os produtos de sua empresa. Fazendo isto, em tese, estaria colocando em risco o conceito de seus produtos frente aos seus fornecedores e consumidores, já que qualquer queda na qualidade das mercadorias produzidas pela HS abalaria toda a marca, não havendo distinção de quem os produziram.

Em relação à energia elétrica, em que pese a impugnante ter trazido aos autos termo de compromisso relativo às responsabilidades para utilização de subestação compartilhada para a transformação e o fornecimento de energia elétrica, na contabilidade da empresa HS deveria haver, pelo menos, registro na conta “Energia Elétrica” dos gastos realizados com tal subestação nos meses em que foi utilizada (06/2004 em diante). Já nos meses de 01 a 04/2004, período em que não vigorava ainda referido termo, deveria ter sido lançados os pagamentos à fornecedora de energia, o que não foi feito, o que sugere para o pagamento destas despesas pela Wester Indústria.

Além da energia elétrica, também se verificou, os baixos valores, registrados na HS, nos anos de 2004 e 2005, referentes a outras despesas como material de expediente (R\$ 142,00 e R\$ 0,00) e material de limpeza (R\$ 457,20 e R\$ 280,00), sobretudo quando se compara com os números apresentados pela Wester Indústria, cuja contabilidade retrata as importâncias de R\$ 6.010,10 e R\$ 10.164,73 para material de expediente e R\$ 3.013,44 e R\$ 11.397,64 para material de limpeza, nos mesmos anos. Isso, ao meu ver, denota, novamente, uma assunção de despesas da HS por parte da Wester.

Respeitante à ausência de empréstimos para cobrir os prejuízos sofridos de 2004 e 2005, entendo que não necessariamente teria a HS que obter empréstimos, pois pode haver compromissos assumidos para o exercício seguinte, bem como pode haver despesas que não comprometem as finanças da empresa. Faltou aqui uma melhor demonstração por parte da auditoria de que houve pagamentos de valores sem haver saldo financeiro para tanto.

Embora alegue a impugnante que o computador que era utilizado na HS pertencia ao sócio, penso que uma empresa que fatura na faixa de R\$ 1.000.000,00 anual e que possui 33 e 65 empregados em 2004 e 2005, respectivamente, precisaria

de bem mais bem móvel que um computador para gerenciar toda a produção, as vendas e toda a parte administrativa. Teria que possuir, ao menos, mesas, cadeiras, armários, balcão para recepção, impressoras, aparelho de fax e outros tantos.

Quanto à inserção de trabalhadores da HS no contrato realizado com a Unimed, verifico que é mais uma evidência de que a HS foi criada para atender os interesses da Wester Indústria. Nesse caso houve uma mistura de despesas das duas empresas, uma vez que nas notas fiscais emitidas estão incluídos os valores dos planos de todos os funcionários. Outro dado a ser destacado é que a impugnante não comprovou que todos os valores relativos aos colaboradores da HS foram reembolsados pela HS ou pelos funcionários.

Em se tratando da ação trabalhista arrolada pelo auditor-fiscal, nesta está registrado que a Wester Indústria foi dividida em 31/12/2005, havendo a retirada do sócio Horst Schreiber, com a criação de uma nova empresa por aquele, denominada HS Indústria e Comércio de Peças para Bicicletas Ltda. EPP. Note-se que a HS não foi criada naquele momento. Esta já existia desde 1996, quando tinha como razão social Ferramental Schreiber Ltda. Deve ser observado também que no quadro social da HS sempre figuraram pessoas intimamente ligadas às duas famílias detentoras da Wester Indústria.

Ao registrar que a Wester Indústria foi dividida, os advogados da sociedade, ao meu ver, tratam as duas empresas como se fosse uma só, ficando a Wester Indústria para o sócio Laurentino Wehrmeister e a HS para o sócio Horst Schreiber.

Impede-me assinalar que na presente fiscalização não houve a caracterização de segurados empregados de uma empresa como sendo da outra, apenas abordou-se a questão da constituição de empresa por interposta pessoa e questões relativas à composição societária, perquirindo-se a respeito de diversas outras situações constatadas nas sociedades com o fito de se chegar a convicção de que as suspeitas levantadas pela fiscalização de fato eram fundadas.

Ficando, pois, constatado que a HS foi constituída por pessoas que não refletiam ser os verdadeiros sócios, agiu corretamente o agente fiscal em deixar de considerar o que formalmente estava estabelecido no contrato social e levar em conta quem realmente tiravam proveito da atividade desenvolvida pela HS: Laurentino Wehrmeister e Horst Schreiber. Não há como deixar de reconhecer a prerrogativa que possui a autoridade administrativa de desconsiderar atos e negócios jurídicos eivados de vícios, sendo tal poder da própria essência da atividade fiscalizadora, que não pode ficar adstrita aos aspectos formais dos atos e fatos.

A questão gravita, antes da análise de qualquer permissivo legal, em torno dos princípios do Direito. Destaca-se o da prevalência da substância sobre a forma, em atenção ao qual deve a autoridade fiscalizadora, em cada situação analisada, avaliar a correspondência entre o fato concreto e a forma com a qual o mesmo se apresenta, prevalecendo, em caso de discordância entre ambos, o primeiro (fato concreto).

As pessoas físicas e jurídicas possuem liberdade para conduzir seus próprios negócios da maneira que se lhe apresentem mais vantajosas. No entanto, esta liberdade não vai além dos limites traçados pelo ordenamento jurídico. E é justamente na quebra da legalidade que deve a fiscalização se pautar quando atribui a condição de sócio a pessoas diversas daquelas que traziam esta qualidade, à luz das formalidades com as quais se revestem os atos e negócios jurídicos praticados.

Portanto, deve ficar bem claro que não cabe ao agente fiscalizador impor aos fiscalizados uma vedação ao exercício do direito de livre condução de seus negócios, mas lhe compete apurar a ocorrência de eventuais situações de ilicitude, as quais devem ser devidamente levadas em consideração quando da aplicação da legislação tributária.

Pois bem, após tratar dos principais tópicos isoladamente, faço uma leitura conjunta de todos os temas abordados, dado que os fatos analisados isoladamente, às vezes, não fornecem uma visão abrangente da situação, mas quando abordados de forma concatenada com os demais elementos, podem desvendar toda uma trama engendrada com a finalidade de burlar o fisco para se beneficiar de uma situação simulada.

A HS, na verdade, foi criada pelo Sr. Horst Schreiber Ltda, em 1997. No ano seguinte, institui a Wester Indústria juntamente com o Sr. Laurentino Wehrmeister. Em 1999, ingressa na HS a esposa do Sr. Laurentino e sai o Sr. Horst. A HS fica composta pelas esposas dos sócios da Wester Indústria. Em 2002, retiram-se da sociedade as esposas e ingressam uma filha de cada casal. Percebam-se que, mesmo com diversas alterações no que se refere à composição societária, a HS sempre esteve controlada pela famílias Schreiber e Wehrmeister.

A HS foi repassada para as esposas e filhas dos sócios da Wester Indústria não para explorar um ramo de atividade diverso desta, mas para executar as mesmas atividades, ou seja, a HS foi transferida para as citadas pessoas para concorrer com Wester no ramo de fabricação de peças para bicicletas, o que é, no mínimo, enigmático.

E mais: além de concorrer diretamente com a Wester na fabricação dos mesmos produtos, ainda pôde se utilizar da logomarca Wester nas mercadorias que produziam. Também nem precisaram ter gastos com instalações, já que foi disponibilizado gratuitamente um galpão ao lado da sede da Wester. As despesas com energia elétrica também foram baixas, uma vez que as despesas com a utilização da subestação de energia era suportado pela empresa vizinha, ao que concluo, bem como as despesas com materiais de limpeza e de expediente.

Assim, foi-se desenvolvendo a atividade da HS, dispensada de alguns gastos, que certamente deixariam de compor o custo de produtos que fabricavam, podendo, em tese, praticar preços de venda mais baixo do que a Wester Indústria.

Nesse ritmo e por meio desta parceria, que, em princípio, somente se beneficiava a HS, esta sociedade faturou, em 2004 e 2005, cerca de R\$ 1.000.000,00 em cada exercício.

Todavia, ainda não possuía imóvel próprio, dependendo de empréstimo de galpão por parte da Wester Indústria, tampouco possuía registrados nos seus livros contábeis bens móveis compatíveis com o porte que alcançou e com a estrutura que a quantidade de operações que realizava demandava, a fim de amparar um setor de vendas, de compras, administrativo e de produção.

Os seus trabalhadores eram beneficiados por um plano de saúde contratado pela sociedade do Sr. Laurentino e do Sr. Horst. Em ação trabalhista impetrada contra a Wester Indústria, o próprio advogado da requerida deixou subentendido que a Wester e a HS formavam uma só empresa, ou seja, no meu entender, exerciam suas atividades

visando retribuir o capital investido pelos Srs. Horst Schreiber e Laurentino Wehrmeister, formalmente efetivado na Wester e de forma ocultada na HS.

Não há lógica nenhuma na concessão de tantos benefícios a outra empresa que, teoricamente, é sua concorrente, se os valores investidos não fossem revertidos para quem patrocinou a criação e continua financiando a continuidade da empresa. Isso iria contra a própria natureza de uma sociedade, que estaria alimentando a expansão de uma empresa que, potencialmente, poderia restringi-la ou eliminá-la do mercado.

Portanto, por tudo que foi exposto, pelos elementos trazidos ao processo, pela conexão dos fatos relatados pela fiscalização, concluo que, de fato, os sócios da HS são os mesmos da Wester Indústria, que eram quem verdadeiramente se beneficiaram da atividade econômica explorada pela HS, conforme explicado pelo auditor-fiscal.

Tese que também se constituiu razão da exclusão dão conta da vinculação da empresa excluída acima identificada com a Wester Indústria

Tem sido cada vez mais freqüente a constatação da existência de empresas controladas direta ou indiretamente pela(s) mesma(s) pessoa(s), sem que estejam formalmente revestidas da condição do grupo econômico. Estes são os que se podem denominar grupos econômicos de fato.

Sobre grupo econômico, a vigente Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009, assim se reporta:

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.

Para a caracterização e identificação de grupo econômico de fato, importa investigar a situação real (verificação dos vínculos entre as empresas e das circunstâncias em que se constituíram e realizam suas atividades) de maneira a caracterizar a gestão comum assim entendida como a direção, ou o controle, ou a administração por parte de uma delas.

Foi o que fez a autoridade fiscal no presente caso, materializada na representação fiscal que propôs a exclusão do contribuinte do Simples, pela constatação das ocorrências fáticas ali narradas que levaram à convicção de que se trata, efetivamente, de um grupo econômico em que o contribuinte se encontra sob a gestão administrativa e financeira de outra empresa, dita principal.

Assim, identificada a existência de grupo econômico de qualquer natureza, seus integrantes são solidariamente responsáveis pelos tributos que deixou de recolher, com a devida e expressa autorização do CTN, em face das disposições do seu art.124, I, veja-se:

Lei nº 5.172/66

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

Diante da situação fática identificada na contribuinte representada e considerando-se a existência do grupo econômico de fato, sucedem-se as infrações que a excluíram do regime tributário simplificado, com fulcro nos seguintes fundamentos, dispostos naqueles Atos:

SIMPLES FEDERAL – Lei n.º 9.317/96

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

II – na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais); (Redação dada pela Medida Provisória n.º 2.189-49, de 2001)

Conforme acima demonstrado, não há como deixar de prestigiar o ADE que excluiu o contribuinte, seja tomando isoladamente as infrações, seja tomando-as em conjunto pela constatação da existência de grupo econômico de fato, somando-se os faturamentos das empresas envolvidas, para fins de aferição da extrapolação do limite permitido.

Como se vê, os elementos trazidos pela fiscalização, em conjunto, reforçam a percepção de que a existência autônoma da recorrente não se revela efetiva pelos fatos, não se vislumbrando outra razão para a separação formal entre as empresas que não reduzir a incidência de tributos, constituindo provas indiretas, as quais são típicas da constatação deste tipo de arranjo simulatório, no qual as operações se revestem de aparente legalidade, mas apresentam conexões que conduzem a um resultado que a norma busca evitar. Fica caracterizada, portanto, a constituição da empresa através de interpostas pessoas, tendo em vista todas as circunstâncias apontadas.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Abelson