



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.004393/2008-51
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1001-002.006 – 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: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

SIMPLES NACIONAL. 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 Nacional.

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 rejeitar a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, 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 1001-002.006 - 1ª Sejul/1ª Turma Extraordinária
Processo n.º 13971.004393/2008-51

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão de primeira instância (folhas 227/234) que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada contra o Ato Declaratório Executivo n.º 51, de 21 de outubro de 2008, da DRF Blumenau – SC (folha 127), o qual determinou a exclusão da empresa do Simples Nacional a partir de 01/10/2007, com fundamento na disposição contida no art. 3º, § 4º, inciso IV da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 (e artigo 3º, inc. II, § 1º, IV da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional n.º 15, de 23 de julho/2007) e, conseqüentemente, por incidir na vedação do art. 3º, inciso II da Lei Complementar n.º 123/2006, tendo em vista que o sócio participa com mais de 10% do capital de outra empresa (considerada inapta durante a ação fiscal conjunta) não beneficiada pela referida lei complementar e a receita global ultrapassa o limite estabelecido em seu citado art. 3º, II.

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 Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

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. EPP (...) [folhas 02/10].

Na dita representação consta que, em auditoria-fiscal desenvolvida nas empresas HS Ind. e Com. de Peças p/ Bicycletas Ltda. e CNS Ind. e Com. De Artefatos de Borracha Ltda., ficou constatada a presença de subterfúgios utilizados com intuito de afastar a incidência de contribuições previdenciárias, por meio de opção indevida pelo Simples Nacional, a partir de 01/07/2007, que consistiram em constituir a empresa CNS Ltda. Inserindo no seu quadro societário interpostas pessoas físicas que não detinham o poder de comando da sociedade, acobertando os verdadeiros instituidores e dirigentes.

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

Relata o auditor-fiscal que até o início de 2006 a HS formou grupo econômico com a empresa Wester Ind. E Com. Ltda e que, após a desintegração das duas sociedades, a HS manteve-se inscrita no Simples.

Sucedeu que, em 16/05/2007, foi criada a sociedade CNS Ind. e Com. de Artefatos de Borracha Ltda., apresentando como sócios-administradores Fernando Proenço Zucatto e Bruno Eduardo Muller, ambos registrados como empregados na HS até 04/2007, sendo que o primeiro era namorado da filha do Sr. Horst Schreiber, Caroline Novaes Schreiber, sócia da HS juntamente com o Sr. Horst.

Na segunda alteração societária, retira-se o sócio Bruno Eduardo Muller, retornando ao antigo emprego na HS, e ingressa Cecília Novaes Schreiber (CNS) (esposa de Horst Schreiber), que se encontrava registrada como empregada na HS, passando a ser formalmente administradora da empresa.

Em conformidade com a representação fiscal, a HS e a CNS têm o mesmo objeto social.

Em diligência realizada nas sedes das empresas, verificou que elas se localizam em galpões dispostos um ao lado do outro, com uma passagem entre eles.

Evidenciou-se também que perto de 100% das instalações da CNS servem de depósito de produtos da HS e de garagem de veículos da família (schreiber), bem como estão situadas três prensas da HS, cujos operadores são empregados desta.

Descreve ainda o fiscal, que o local onde serviria de atendimento da CNS compõe-se de uma pequena sala sem nenhuma estrutura administrativa, e que, nas três vezes em que foi procurada, a sócia Cecília não estava presente.

Expõe também que no contrato de locação do imóvel consta como fiadores os próprios donos do negócio: o Sr. Horst Schreiber e Cecília Novaes Schreiber.

Aponta o agente fiscal para dois fatores que se constituíram as razões para a constituição da CNS, quais sejam: (a) o aumento da produção por parte da HS, que chegava à cifra de R\$ 2.400.000,00 (limite para permanência no Simples), e (b) o fato de, com a criação do Simples Nacional, as empresas clientes da HS, sobretudo as de maior porte, não poderem mais se creditar do ICMS, ISS, IPI, PIS e COFINS, relativos as operações de compra e venda de seus produtos, o que dificultava a venda de seus produtos para as citadas empresas.

O faturamento em 2006, consoante descreve o auditor, chegou a R\$ 2,398 milhões e, em 2007, a R\$ 2.394 milhões. Neste ano, o faturamento de dezembro foi de apenas R\$ 1.326,00 contra despesas de pessoal da ordem de R\$ 65.000,00. Além disso, sem empregado registrado e sem despesa administrativa nenhuma, a CNS vendeu, somente de 07 a 12/2007, mais de 1/3 do que vendeu a HS no ano inteiro.

Em se tratando dos custos e despesas necessários ao desenvolvimento de suas atividades, o fiscal relata que, nos livros contábeis da sociedade, não se constatou nenhum lançamento referente a estes gastos. Verificou que, apesar de ter faturado R\$ 839.000,00 em 2007, a CNS não teve registro de aquisição de mercadoria. Até 07/2008, houve apenas uma remessa de material para industrialização para a HS, no valor de R\$ 71.277,27, porém obteve receita de vendas de 01 a 07/2008 no montante de R\$ 605.000,00.

Relata a auditoria que, além desta representação, também foi formalizada outra visando a declaração de inaptidão da CNS, em virtude da constatação de que ela não existe de fato, sendo constituída unicamente com a finalidade de se obter vantagens indevidas quanto ao pagamento de tributos e contribuições.

A Representação Administrativa foi acatada pelo Delegado da Receita Federal do Brasil em Blumenau, que comandou a expedição do Ato Declaratório Executivo n.º 51, de 21 de outubro de 2008, excluindo do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a empresa HS Indústria e Comércio de Peças para Bicletas Ltda. EPP, tendo em vista que o sócio participa com mais de 10% do capital de outra empresa e a receita global ultrapassa o limite estabelecido, conforme art. 3º, 4º, inciso IV da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 (e artigo 3º, inc. II, § 1º, IV, da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional n.º 15, de 23 de julho de 2007) e, conseqüentemente, por incidir na vedação do art. 3º, II, da LC n.º 123/2006, com efeitos retroativos a 01/10/2007.

Inconformada com o despacho decisório que a excluiu Simples, a HS apresentou manifestação de inconformidade (...) [folhas 129/136], 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 os endereços, embora no mesmo prédio, eram separados com divisões físicas. Aduz também que o fato de os produtos estarem estocados no imóvel da CNS não representa que há grupo econômico.

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

Explica que a HS, inclusive, industrializava produtos para a CNS, o que é uma faculdade conferida pela legislação.

Quanto à utilização da marca Wester por ambas as 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.

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 244). Recurso voluntário apresentado em 08/05/2012 (folha 245).

A recorrente, às folhas 245/252, repete *ipsis litteris* suas alegações anteriores.

É o relatório.

Fl. 5 do Acórdão n.º 1001-002.006 - 1ª Sejul/1ª Turma Extraordinária
Processo n.º 13971.004393/2008-51

Voto

Conselheiro Sérgio Abelson, Relator

O recurso voluntário é tempestivo, portanto dele conheço.

Inicialmente, é imperioso registrar que há incorreção na fundamentação legal do ADE em questão, a seguir reproduzido:

125
R

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

9ª Região Fiscal
Delegacia da Receita Federal do Brasil em Blumenau/SC

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 51, de 21 de outubro de 2008

Exclui pessoas jurídicas do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BLUMENAU/SC, usando de suas atribuições e de acordo com o que consta no art. 29, inciso IV da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, bem como artigo 4º, § 1º e artigo 5º, inciso I da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) nº 15, de 23 de julho, resolve:

Art. 1º - Excluir, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, a pessoa jurídica **HS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PEÇAS PARA BICICLETAS LTDA EPP**, CNPJ 01.235.317/0001-70 (e PROCESSO: 13971.004393/2008-51), tendo em vista que o sócio participa com mais de 10% do capital de outra empresa (considerada inapta durante a ação fiscal conjunta) não beneficiada por esta lei complementar e a receita global ultrapassa o limite estabelecido, conforme art. 3º, § 4º, inciso IV da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (e artigo 3º, inc. II, § 1º, IV da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional nº 15, de 23 de julho/2007) e, conseqüentemente, por incidir na vedação do art. 3º, inciso II da Lei Complementar nº 123/2006.

Art. 2º - A exclusão de que trata este Ato Declaratório produz efeitos retroativos a 01/10/2007, nos termos do inciso IV do art. 6º da Resolução CGSN nº 15/2007, podendo ser apresentada manifestação de inconformidade no prazo de 30 dias a partir da data da ciência do contribuinte, conforme determina o art. 15 do Decreto 70.235/72.

Edison José Santana da Cruz

Recebi copia deste ato juntamente com a representação e anexos

04-11-08 *[Assinatura]*
SÓCIO GERENTE

Documento nato-digital

O ADE em questão traz fundamento na disposição contida no art. 3º, § 4º, inciso IV da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (e artigo 3º, inc. II, § 1º, IV da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional nº 15, de 23 de julho/2007) e, conseqüentemente, por incidir na vedação do art. 3º, inciso II da Lei Complementar nº 123/2006, tendo em vista que o sócio participa com mais de 10% do capital de outra empresa (considerada

inapta durante a ação fiscal conjunta) não beneficiada pela referida lei complementar e a receita global ultrapassa o limite estabelecido em seu citado art. 3º, II.

No entanto, a fundamentação legal para a referida exclusão se encontra informada na Representação Fiscal às folhas 02/10, da qual é reproduzido a seguir o trecho que a estampa:

II – FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006

“Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

§ 4º Não se inclui no regime diferenciado e favorecido previsto nesta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

V – cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo.”

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

IV – a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;”

“Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

II – obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar;”

“Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

II – na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva;”

Observa-se que o sócio-gerente da contribuinte registra no próprio corpo da cópia do ADE já reproduzida que recebeu cópia do Ato “*juntamente com a Representação e anexos*”. Observa-se, ainda, que a contribuinte se defende, na manifestação de inconformidade e no

recurso voluntário, de forma minuciosa e precisa, contra os fatos e fundamentos constantes da referida Representação, bem como do referido ADE.

Desta forma, considero que tal incorreção foi sanada sem resultar em prejuízo para o sujeito passivo, por não ter ensejado qualquer preterição do direito de defesa, na forma dos art. 59, II e 60 do Decreto n.º 70.235/72, a seguir transcritos:

Art. 59. São nulos:

(...)

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Portanto, em sede preliminar, não tendo ocorrido preterição do direito de defesa, entendo não haver que se falar em nulidade.

As alegações da recorrente, apresentadas na manifestação de inconformidade e repetidas no recurso voluntário, já foram minuciosa 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 o Sr. Horst também era sócio da CNS.

As mudanças promovidas no quadro social da atual CNS caracterizam-se como forte indicativo de que os sócios da HS eram os mesmos sócios da CNS, que assumem o risco do negócio e que dele tiram os benefícios que lhe são próprios.

Percebe-se que os sócios da HS sempre tiveram a precaução de manter, formalmente, como sócios da CNS pessoas intimamente ligadas a eles, geralmente pessoas da família, o que facilitaria o controle da CNS e diminuiria o risco de ser logrado, comparando-se com o fato de que se fossem colocadas na empresa pessoas estranhas, ou que não mantivesse com os sócios da HS um vínculo mais forte.

Atos praticados pela CNS 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 CNS para depósito de produtos e equipamentos da HS e para garagem de veículos da família Schreiber, a passagem entre uma empresa e outra, ligando-as, e ausência de despesas, inclusive com empregados, em sua contabilidade, no ano de 2007, 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 CNS conceder citados favores. A Resposta mais plausível de ser aceita é a de que isto é feito porque, na verdade, os sócios da HS também são os mesmos da CNS, que não inserem os seus nomes no contrato social desta empresa com a finalidade de não comprometer a inscrição da HS no Simples.

Além das evidências já citadas, o objetivos sociais também eram muito semelhantes, não havia empregados registrados na CNS, o Sr. Horst e esposa serviram de fiadores para locação de imóvel onde se localiza a sede da empresa, as duas empresas utilizavam em seus produtos a mesma marca “Wester”. Desse modo, a CNS e a HS ajudavam-se mutuamente, embora possuíssem objetivos sociais semelhantes, ou seja, embora serem potencialmente empresas concorrentes, os atos praticados eram voltados no sentido de colaboração entre as empresas.

Outros fatores a serem destacados (e difícil de aceitar) é que a CNS não possuía nenhum empregado registrado, nem despesas com água, luz, telefone nem bens registrados no Ativo Imobilizado da empresa. Isso, ao meu ver, é mais um forte indício de que os empregados estavam registrados na HS e as despesas eram suportadas por esta, bem como os equipamentos que a CNS utilizava era de propriedade da HS. No entanto, a empresa faturou, em 2007 e 2008, perto de R\$ 1.500.000,00.

Relata o auditor que a CNS, em 2007, não só não possuía capacidade produtiva, como também não terceirizou a produção nem adquiriu nenhuma mercadoria faturada em seu nome.

Já a utilização da logomarca Wester pela HS e CNS, é mais um indício de que há uma forte ligação entre as empresas, uma vez que o uso do sinal que serve para distinguir os produtos de uma empresa fica à disposição das duas sociedades indistintamente.

Ficando, pois, constatado que os sócios da HS eram de fato os sócios da CNS, 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 CNS. 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 CNS, na verdade, foi criada em 1997, tendo como sócios um ex-empregado da HS e outra pessoa ligada à família Schreiber (namorado da filha do casal). Em 1998, retira-se da sociedade o citado ex-empregado da HS e ingressa a esposa do Sr. Horst. Percebam-se que, mesmo com as alterações no que se refere à composição societária, a CNS sempre esteve controlada, direta ou indiretamente, pela família Schreiber.

A CNS foi instituída para executar as mesmas atividades da HS, o que, caso não fossem gerenciadas pela mesma pessoa, concluiria que eram concorrentes diretas, podendo se utilizar da mesma logomarca Wester nas mercadorias que produziam.

A CNS faturou em dois anos de atividade perto de R\$ 1.500.000,00 mesmo sem ter empregados registrados em sua folha de pagamento e sem ter gastos necessários ao seu andamento, como energia elétrica, água e outros. Houve até um longo período em que a contabilidade não registra compra de matérias-primas. Essa situação levou-me a crer que esses gastos eram suportados pela HS, revelando o controle da HS sobre a CNS.

Assim, foi-se desenvolvendo a atividade da CNS, 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 HS.

Nesse ritmo e por meio desta parceria, que, em princípio, beneficiava consideravelmente a CNS, esta sociedade faturou, em 2007 e 2008, cerca de R\$ 1.500.000,00.

Todavia, ainda não possuía ainda uma estrutura capaz de atender as vultosas operações que realizava. Era amplamente dependente da HS.

Nesse contexto, não haveria lógica nenhuma na concessão de tantos benefícios a outra empresa que, teoricamente, seria 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 também são, de fato, sócios da CNS, que são quem verdadeiramente se beneficiam da atividade econômica explorada pela CNS, conforme explicado pelo auditor-fiscal.

Tese que também se constituiu razão da exclusão dá conta da vinculação da empresa excluída acima identificada com a CNS.

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 n.º 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 a CNS 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 n.º 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, dentre eles:

SIMPLES NACIONAL – Lei Complementar n.º 123/2006/96

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de

2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

(...)

II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

Conforme acima demonstrado, não há como deixar de prestigiar os ADEs 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 da 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, preliminarmente, rejeitar nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Abelson