



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11065.720157/2020-79
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1001-002.716 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária
Sessão de 6 de outubro de 2022
Recorrente MYEMP LOCAÇÃO COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2015

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES ADUZIDAS EM MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. SUPOSTA OMISSÃO. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. ALEGAÇÕES GENÉRICAS DO RECORRENTE. DESCABIMENTO.

Rejeita-se a preliminar de cerceamento de direito de defesa quando a Recorrente sequer indica, precisamente, as alegações de fato e de direito contidas em sua Manifestação de Inconformidade supostamente não enfrentadas pela decisão recorrida.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2015

INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL. CABIMENTO.

A constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas é fundamento hábil à sua exclusão de ofício do Simples Nacional, nos termos do inciso IV do art. 29 da Lei Complementar nº 123, 14 de dezembro de 2006.

SIMULAÇÃO. INDUÇÃO OU MANUTENÇÃO DA FISCALIZAÇÃO EM ERRO. IMPEDIMENTO DE NOVA ADESÃO POR DEZ ANOS. APLICABILIDADE.

A simulação tendente a induzir ou a manter a fiscalização em erro é circunstância que enseja a aplicação do § 2º do art. 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006, ficando a pessoa jurídica impedida de aderir ao Simples Nacional pelos 10 (dez) anos subsequentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Fernando Beltcher da Silva – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Fernando Beltcher da Silva (Presidente), José Roberto Adelino da Silva e Sidnei de Sousa Pereira.

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário manejado contra o Acórdão 16-096.340, da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo (SP), que decidiu pela improcedência da Manifestação de Inconformidade do sujeito passivo.

Na origem, a Autoridade Fiscal excluía de ofício a Recorrente do Simples Nacional, com fundamento no artigo 29, inciso IV e parágrafos 1º e 2º, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, produzindo, o ato de exclusão, efeitos a partir de 1º de janeiro de 2015, por entender restar configurada a interposição de pessoas na constituição da optante pelo regime simplificado. O objetivo do suposto esquema seria a obtenção de vantagem tributária pela pessoa jurídica CARMAC REVENDA E LOCAÇÃO DE MÁQUINAS E VEÍCULOS LTDA, ao utilizar-se de segurados empregados formalmente vinculados à Recorrente, evadindo-se, portanto, da tributação devida no que se refere às contribuições previdenciárias.

A Autoridade Fiscal valera-se das seguintes provas e indícios: (i) funcionamento de ambas (CARMAC e MYEMP) no mesmo estabelecimento, sem qualquer anexo ou divisão interna perceptível; (ii) quadros societários de ambas são compostos e comandados por pessoas componentes do mesmo grupo familiar, sendo os sócios da CARMAC genitores dos sócios da MYEMP; (iii) identidade de objetos sociais; (iv) disparidade entre o considerável quadro de colaboradores da optante pelo Simples (MYEMP) e o reduzido quadro da CARMAC (pessoa jurídica de porte avantajado); (v) receita bruta declarada pela Recorrente no limiar do patamar de vedação para adesão ao Simples Nacional (pouco abaixo dos R\$ 3.600.000,00), enquanto sua massa salarial atingira, no triênio 2015-2017, entre 63,18% e 111,19% do seu faturamento; (vi) de outra banda, a massa salarial da CARMAC sequer alcançara 1/3 (um terço) da massa salarial da MYEMP, representando meros 1,72% a 5,34% do faturamento da primeira naquele triênio; (vii) apesar do volume de compras efetuadas pela CARMAC girar em torno de 40 (quarenta) vezes os das aquisições da MYEMP, apenas a optante pelo Simples Nacional fizera formal uso de profissional dedicado a tal atividade; (viii) inexistência de contratos de prestação de serviços entre a MYEMP e grandes sociedades empresárias, em que pese as observações a tal título assinaladas em notas fiscais emitidas pela optante pelo Simples Nacional; (ix) CARMAC possuía 57 (cinquenta e sete) veículos, enquanto a MYEMP, apenas 1 (um); (x) despesas operacionais da MYEMP superaram sua receita bruta; (xi) MYEMP não reconhecia contabilmente qualquer despesa de alugueis e de energia elétrica; (xii) CARMAC suportara despesas de viagem de funcionários da MYEMP; e (xiii) logo após a constituição da MYEMP, em 4 de maio de 2009, foram outorgados os mais amplos poderes de sua administração e representação ao Sr. AILTON JOAQUIM DOS SANTOS (titular da CARMAC e pai dos cotistas da MYEMP).

Concluía, aquela Autoridade, pela flagrante ausência de separação e de independência entre a MYEMP e a CARMAC “como unidades econômicas e empresariais, ficando evidente a existência de uma como mero órgão da outra”, não se admitindo “fracionar,

conforme a conveniência, as obrigações tributárias decorrentes de fatos geradores praticados no mesmo lugar, através da mera constituição formal de outra pessoa jurídica”.

Em razão da simulação de autonomia das partes, dada a segmentação artificial das atividades, do faturamento e do emprego da mão-de-obra, a Autoridade Fiscal pronunciara-se, também, pelo impedimento da MYEMP em novamente aderir ao regime simplificado pelos 10 (dez) anos-calendários subsequentes.

Foi juntada ao processo cópia do Auto de Infração de contribuições previdenciárias lavrado contra a CARMAR, objeto do processo administrativo fiscal (“PAF”) nº 11065.720152/2020-46, tendo sido incluída no polo passivo, por solidariedade, a Recorrente. Aguarda-se pela distribuição do PAF em referência no âmbito da 2ª Seção de Julgamento, deste Conselho.

Em sua defesa inaugural, MYEMP sustentou inexistir interposição de pessoas, que sua constituição seguiu os ditames legais vigentes e ser legítima a terceirização. Exalta o princípio da livre iniciativa e alegou, ainda, que o ônus probatório da simulação é da Administração Tributária.

O colegiado **a quo**, ao se debruçar sobre o caso, julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade por não ter a Recorrente se imbuído de seu mister de apresentar comprovação em contrário ao constatado pela Autoridade Fiscal, resumindo-se, a pessoa jurídica, a teses de livre iniciativa, da legitimidade da fragmentação de atividades e da terceirização de serviços. O Acórdão foi assim ementado:

Assunto: Simples Nacional

Exercício: 2015

PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. INSURGÊNCIA. POSSIBILIDADE.

É direito do contribuinte se insurgir contra Ato Declaratório Executivo que declare sua exclusão de ofício do regime tributário simplificado e favorecido. O exercício de tal direito, verdadeira consubstanciação da ampla defesa, de maneira tempestiva, deve ser exercido no sentido da apresentação de provas de efeitos modificativos, impeditivos ou extintivos dos fatos imputados e provados pelo Fisco.

Em sede de Recurso Voluntário, a Recorrente repisa, **ipsis litteris**, o conteúdo da Manifestação de Inconformidade, adicionando, apenas, que a decisão recorrida ter-lhe-ia cerceado o direito de defesa, por não ter havido exame de todos os questionamentos, “como registrado às fls. 12 do voto”, e que não há impedimento para que pessoas físicas possam integrar quadro societário de empresas estabelecidas no mesmo endereço e desenvolvam atividades similares.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Fernando Beltcher da Silva, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e reúne os demais requisitos para sua admissibilidade. Portanto, dele conheço.

Preliminarmente, é de se rejeitar a alegação de cerceamento do direito de defesa, posto que a Recorrente sequer se dignou a indicar os argumentos supostamente ignorados pela decisão recorrida. Competiria à Recorrente apontá-los precisamente, nos termos dos artigos 16, inciso III, e 17 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

A decisão de primeira instância apreciou as questões em litígio e não merece qualquer reparo. Transcrevem-se excertos do voto condutor da decisão **a quo**, que abordou à exaustão os argumentos trazidos pela Recorrente em sua Manifestação de Inconformidade:

Explícitas as razões pelas quais o Fisco entendeu que não poderia o contribuinte continuar a fruir as vantagens do regime tributário favorecido, o que se espera como contraposição a tais constatações era a explicação do sujeito passivo dos porquês de seu agir.

Pois bem, perquirindo a peça de insurgência não se observa tais explicações.

Ao reverso, em uma peça de 18 páginas, o que se verifica é a longa transcrição de uma decisão do STF sobre terceirização de mão-de-obra (folhas 156/167) - que em nada auxilia o contribuinte a afastar a simulação consubstanciada na interposição fraudulenta de uma empresa no gozo de vantagem tributária – e mais a transcrição de julgado do CARF que versa justamente sobre a descaracterização de empresa.

A análise dos argumentos da manifestante nos permite afirmar que a real insurgência se dá somente nos pontos abaixo reproduzidos:

Inexistência de pessoas interpostas

Transcrevo tudo o que consta sobre o ponto (fls. 154):

“Há que se deixar clara a inexistência de interpostas pessoas para constituição de empresa, uma vez a mesma foi constituída dentro dos ditames da legalidade, com o arquivamento de seus atos perante o Registro do Comércio, o que publiciza-os, e até mesmo propiciou a instauração do procedimento fiscalizatório.”

Ora, o fato da empresa estar regularmente constituída em nada afeta a simulação imputada, ao reverso, é uma necessidade para ocorrência de uma simulação a existência de um negocio jurídico regular para que se encubra o negócio que se pretende esconder, no caso a contratação de mão de obra sem o recolhimento das contribuições previdenciárias devidas.

Manifestação improcedente quanto a este ponto.

Prosseguindo em seu inconformismo o manifestante alega (mesmas folhas 154):

Continuando o exame do relatório fiscal deve-se atentar para o seguinte ponto:

“Essa alegada simulação teria o propósito principal de evadir as contribuições previdenciárias patronais e de outras Entidades e Fundos, denominados de terceiros, utilizando a maior parte da mão de obra registrada nesta empresa optante pelo SIMPLES NACIONAL”.

A Administração Tributária não pode supor, por ser dela o ônus da prova.

A doutrina e a jurisprudência se revelam claras neste sentido, devendo para tanto ser examinada lição de Odete Medauar, vazada nos seguintes termos:

“O princípio da verdade material ou verdade real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos como tais se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos.

Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos”.

Ora, o que mais se verifica no presente processo é a juntada de prova pelo Fisco sobre a simulação perpetrada.

O despacho decisório contém mais de 12 páginas de situações comprovadas da ocorrência da simulação. Reproduzo somente os itens do mencionado despacho, ressaltando que todos estão suficientemente explicitados e comprovados (fls. 5):

3. DOS FATOS VERIFICADOS

A) DOMICÍLIOS FISCAIS

Apesar de apresentarem em seus documentos constitutivos e fiscais, domicílios fiscais diversos, o que se tem verdadeiramente, é um único estabelecimento e um único domicílio fiscal, com endereço na AV GETULIO VARGAS 2441 Bairro Vicentina São Leopoldo- RS, pois trata-se de um prédio único sem anexo e sem divisão interna perceptível. Mesmo o endereço anterior era de fato no mesmo local, apenas teria acesso pela rua dos fundos, tendo inclusive a ligação da energia elétrica em nome da CARMAK no endereço da MYEMP.

Corroboram a tese de mesmo domicílio fiscal o recebimento do Termo de Início de Ação Fiscal (TIPF) da CARMAK pela funcionária da MYEMP, Patrícia Fontoura, bem como o Termo de Intimação Fiscal Nº 1 recebido também pela funcionária (Deise) registrada na MYEMP.

As empresas em resposta à intimação ambas informaram que não possuem contrato de locação de imóvel nem recibos de pagamentos.

(...)

B) OBJETIVOS SOCIAIS

As duas empresas possuem mesma atividade segundo registro no CNAE principal e muito semelhantes nos contratos sociais e principalmente pelas atividades dos segurados.

C) COMPOSIÇÃO SOCIETÁRIA

Através dos dados extraídos dos contratos sociais e consulta ao cadastro de pessoas físicas e jurídicas (sistemas da RFB/INSS – CPF/CNPJ), verifica-se que as empresas são **compostas e comandadas por pessoas ligadas por laços familiares**, sendo os sócios da CARMAK pais dos sócios da MYEMP.

D) FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELOS TRABALHADORES (AMOSTRAGEM)

Neste item se verificam muitas discrepâncias, começando pelo número de segurados da empresa MYEMP em relação a CARMAC principalmente levando em conta as suas receitas brutas (ver item seguinte). Mas o que mais se sobressai é que a "pequena MYEMP" possui 6 escriturários para um da "grande" CARMAC nos anos de 2015 e 2016. Em 2017 esta proporção é de 8 para 1; Dois (2) Auxiliares de contabilidade em 2015 e 2016 e três (3) em 2017 para zero da CARMAC; MYEMP tem contador, profissional de recursos humanos, técnico em segurança do trabalho, compradores, recepcionistas e a CARMAC não.

A seguir transcrevemos resumo, um mês por ano, com as atividades e número de segurados em cada empresa:

(...)

Pelas funções exercidas pela maioria dos empregados nas duas empresas, corroboramos aquilo que descrevemos anteriormente, no item B), onde afirmamos, que os objetivos de atuação das empresas são praticamente os mesmos.

E) RECEITAS BRUTAS

Neste item temos outro fato interessante, onde fica claro as discrepâncias entre mão de obra registrada em cada empresa e faturamento. Notamos que a **Receita Bruta declarada** está em todos os anos próxima do limite de exclusão, mas com indícios de irregularidades pois só sua massa salarial na GFIP em 2017 (**3.854.115,32**) superou os R\$ 3.600.000,00 que é o limite máximo para permanecer no SIMPLES NACIONAL e sua Receita Bruta declarada foi de 3.506.184,80 (percentual GFIP/RB = 111,19%), enquanto a CARMAC teve massa salarial de R\$ 1.212.322,19 e Receita Bruta de R\$ **23.628.608,56** (percentual GFIP/RB = 5,34%). O valor da massa salarial GFIP se refere apenas às remunerações que são base de cálculo para a Previdência, então consultando a conta 3.3.2.01 DESPESAS COM PESSOAL, que inclui outras despesas como vale transporte, despesas com alimentação, etc., temos o total de **R\$ 4.804.161,46**. **Cópia dos** balancetes fazem parte deste processo.

(...)

F) VEICULOS REGISTRADOS RENAVAN

A CARMAC possui cinquenta e sete (57) veículos registrados no RENAVAN enquanto a MYEMP tem apenas um (1), conforme tabela abaixo.

(...)

G) DESPESAS OPERACIONAIS

Como já vimos anteriormente no item "E" acima as DESPESAS OPERACIONAIS estão acima do valor da RECEITA BRUTA.

Não são contabilizadas as despesas de aluguel, por exemplo.

Também não são contabilizadas despesas com energia elétrica.

A tomadora CARMAC suporta as despesas de viagem dos funcionários da MYEMP, conforme contabilidade da CARMAC. Apresentamos a seguir resumo com os nomes dos segurados e valores dos adiantamentos no exercício de 2016. Na contabilidade da MYEMP não consta nenhum valor na conta 3.3.3.02.018 – DESPESAS DE VIAGEM em 2016.

(...)"

Cediço a ampla demonstração, pelo Fisco, de provas e indícios de prova da simulação ocorrida.

Ao reverso, sem nenhuma comprovação a (...) alegação do sujeito passivo de que a simulação não foi comprovada.

Importa realçar que tal comprovação - longe de ser considerada prova negativa, prova diabólica - seria facilmente produzida, caso fosse possível, com a juntada de elementos que corroborassem a existência e a finalidade da manifestante e sua independência em relação à Carmak.

Assim, forçoso reconhecer a improcedência da manifestação também nesse ponto.

Depois da já mencionada longa reprodução do acórdão do STF sobre a terceirização, a peça de insurgência apresenta seu último argumento (fls. 169):

*“No último parágrafo do relatório fiscal, o auditor autuante **julga o processo**, antes de seu exame pela Delegacia de Julgamentos, podendo ser comprovado pelos seguintes registros:*

Em decorrência dos fatos apurados, é aplicável o artigo 29, inciso IV, parágrafos 1º e 2º, da Lei Complementar nº 123, pela constituição de empresa por interpostas pessoas com utilização de artifício ou ardil que induza a Fiscalização em erro, com o fim de reduzir tributo.

*Em consequência a empresa é excluída de ofício do Simples Nacional com efeitos a partir do mês de janeiro de 2015, e com **impedimento de nova opção nos 10(dez) anos-calendário seguintes**. Decido pela emissão de AD (Ato Declaratório Executivo) com encaminhamento são SEORT para publicação, registro e andamento.”*

Não se observa o julgamento mencionado pelo sujeito passivo.

O que se constata é que a Autoridade Competente, verificando que a conduta do contribuinte contraria a legislação aplicável, aplica a sanção legalmente prevista e cientifica o sujeito passivo de tal ato, para que ele, querendo, o conteste, como de fato ocorreu.

Assim, a manifestação de inconformidade tempestivamente apresentada, e aqui examinada, instaurou o contencioso administrativo, para que – com garantia de ampla defesa e do contraditório – o controle de legalidade do ato declaratório executivo que excluiu o contribuinte do regime tributário favorecido seja exercido.

Necessário, portanto, reconhecer a improcedência da manifestação de inconformidade também nesse ponto.

Nada mais há a examinar na peça de insurgência, além de todo o dito.

Logo, declara-se a preclusão de outras questões nos termos do Decreto nº 70.235/72.

Os últimos três parágrafos da decisão recorrida (que são os únicos da fundamentação contida à fl. 12 do Acórdão), aqui transcritos, deixam evidente que todos os questionamentos da Recorrente foram abordados, sendo consideradas preclusas outras matérias

não expressamente trazidas ao contencioso. Precluía, também, o direito de apresentar documentação comprobatória que viesse a confrontar as afirmações e constatações da Autoridade Fiscal (arts. 16, § 4º, e 17 do Decreto nº 70.235, de 1972).

A acusação fiscal é grave e carregada dos elementos de prova pertinentes, não havendo a mínima comprovação em contrário por parte da Recorrente, quer em sede de Manifestação de Inconformidade, quer no âmbito do corrente Recurso.

Assim, confirmo e adoto os fundamentos do Acórdão recorrido como razões de decidir, forte no artigo 57, § 3º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015.

No mais, é de se ressaltar que a constatação de que a Recorrente e a CARMAK operam no mesmo estabelecimento, desenvolvendo atividades similares, é um indício que se soma aos demais elementos alimentados nos autos, perfazendo um conjunto probatório robusto, harmônico, convergente e hábil a levar o julgador à certeza quanto à veracidade dos fatos imputados à Recorrente pela Autoridade Fiscal.

Pelo exposto, voto por rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, por negar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Beltcher da Silva