



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15956.720025/2011-72
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-002.160 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 14 de janeiro de 2021
Recorrente R. G. SERTAL COMÉRCIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2007

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos.

DILIGÊNCIA.

Tendo em vista o princípio da concentração da defesa pela via estreita de dilação que rege o processo administrativo fiscal, a manifestação de inconformidade, cuja apresentação regular instaura a fase litigiosa no procedimento, deve conter todas as matérias litigiosas e instruída com os elementos de prova em que se justificar, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais. A lei prevê meios instrutórios amplos para que o julgador venha formar sua livre convicção motivada na apreciação do conjunto probatório mediante determinação de diligências quando entender necessárias com a finalidade de corrigir erros de fato e suprir lacunas probatórias.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO. INTERPOSTA PESSOA.

A exclusão do Simples Federal dá-se de ofício mediante ato declaratório quando a pessoa jurídica optante incorrer na sua constituição por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios, circunstância esta evidenciada pelo acervo fático-probatório.

EFEITO DA EXCLUSÃO.

A exclusão do Simples Federal surte efeito a partir, inclusive, do mês da ocorrência do fato, quando a Recorrente fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, nos termos expressamente contidos na legislação tributária.

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)

Carmen Ferreira Saraiva – Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes e Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça.

Relatório

Ato Declaratório Executivo

A Recorrente optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples Federal foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/RPO/SP n.º 75, de 27.04.2011, com efeitos a partir de 01.01.2007, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados, e-fl. 7023:

1- A exclusão da empresa R G SERTAL COM E PREST DE SERVIÇOS LTDA-EPP, CNPJ 04.201.053/0001-21, situada na Rua Amadeu Bonato, n. 129, sala-01, Distrito Industrial - Sertãozinho/SP, do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples, de que trata a Lei n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996, por constituição da pessoa jurídica através de interpostas pessoas.

2- A exclusão surtirá efeito no período de 01/01/2007 a 30/06/2007.

3 - Poderá a empresa, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência deste ADE, manifestar-se por escrito, sua inconformidade relativamente ao procedimento acima, ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto, protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, nos termos do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972.

Manifestação de Inconformidade e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a manifestação de inconformidade. Está registrado no Acórdão da 2ª Turma DRJ/SP1/SP n.º 16-56.523, de 27.03.2014, e-fls. 7085-7109:

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

Ano-calendário: 2007

EXCLUSÃO DO SIMPLES. INTERPOSTA PESSOA. EFEITOS.

Correta a exclusão do Simples motivada pela interposição de pessoas, que é um negócio simulado, na qual a realidade fática é modificada artificialmente, com o intuito de usufruir indevidamente os benefícios do regime simplificado de tributação.

A simulação pode configurar-se quando as circunstâncias e evidências indicam a coexistência de empresas sendo uma com regime tributário favorecido, perseguindo a mesma atividade econômica, com utilização dos mesmos meios de produção e de empregados, implicando em gestão empresarial atípica.

A exclusão da sistemática simplificada de tributação, quando ficar comprovada a utilização de interpostas pessoas na constituição e no funcionamento de pessoa jurídica, produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorrida. [...]

APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE.

Os documentos que fundamentam contestação a ato de exclusão devem ser apresentados juntamente com a defesa administrativa.

DILIGÊNCIA. PERÍCIA. DESCABIMENTO.

Incabível o pedido de realização de diligência e perícia, pois o presente litígio se resolve com o direito e os fatos comprovados por documentos já constantes dos autos.

NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade do Ato de Exclusão exarado pelo órgão de competência originária quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Comprovados nos autos que a contribuinte foi regularmente cientificada das razões que conduziram à emissão do ato de exclusão, exaustivamente documentadas e esclarecidas no curso do procedimento fiscal, não há que se arguir cerceamento de defesa.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Recurso Voluntário

Notificada em 17.04.2014, e-fl. 7116, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 21.05.2014, e-fls. 7133-7153, esclarecendo que a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito, aduz que:

II. DO DIREITO

II. 1 PRELIMINARMENTE

II. 1.1 DA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DA INFRAÇÃO, INCLUSIVE QUANTO AO SUPOSTO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

7. Conforme destacado alhures, a suposta infração está calcada na premissa de que os empregados que firmaram contratos de trabalho com a Recorrente seriam, efetivamente, empregados da R.G. Sertal Indústria. Com efeito, a Recorrente teria sido constituída, por interpostas pessoas, com a finalidade de reduzir o pagamento de encargos previdenciários pela R.G. Sertal Indústria. [...]

12. Ocorre que, EM MOMENTO ALGUM, restou comprovado pela fiscalização tributária, conforme lhe competia, justamente que a Recorrente teria sido constituída pela R.G. Sertal Indústria, por interpostas pessoas, única e exclusivamente, com a finalidade de redução de encargos previdenciários. [...]

14. Como a questão envolve relações trabalhistas, caberia ao Fisco o ônus de provar o suposto vínculo empregatício existente entre os empregados da Recorrente e a R.G. Sertal Indústria. Ou seja, a fiscalização deveria ter colacionado documentos hábeis a comprovar que os funcionários da Recorrente, na verdade, prestavam serviços para a R.G. Sertal Indústria com pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade, nos termos do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho ("CLT"), o que não ocorreu no caso dos presentes autos, a rigor.

15. Tal elemento é de suma importância para o coerente deslinde do feito, uma vez que, na ausência de qualquer um desses pressupostos, inexistente a relação de emprego, qual seja justamente o fundamento empreendido pela D. Representação Fiscal para fins de declaração de exclusão da Recorrente do SIMPLES Federal.

16. Ora, uma vez não comprovados os fatos que tornariam ilícita a conduta da Recorrente, não há como prosperar a declaração de exclusão do SIMPLES Federal, sob pena de nulidade absoluta por vício quanto à motivação do ato administrativo.

17. Portanto, tendo em vista a ausência de comprovação da ocorrência da infração, de rigor a reforma do acórdão de primeiro grau, para que seja anulado o ato administrativo que declarou a exclusão da Recorrente do SIMPLES Federal. [...]

20. Uma vez não cabalmente comprovado pelo Fisco que a Recorrente teria sido constituída através de interpostas pessoas, tampouco que o débito fiscal estaria inscrito na Dívida Ativa da União ou no âmbito do Instituto Nacional de Seguridade Social, também sob esse aspecto, de rigor a reforma do v. acórdão de primeiro grau, para que seja anulada a declaração de exclusão da Recorrente do SIMPLES Federal.

II.2 MÉRITO

II.2.1 DA INSUFICIÊNCIA DAS ALEGAÇÕES DO FISCO PARA FINS DE DECLARAR A EXCLUSÃO DA RECORRENTE DO SIMPLES FEDERAL

21. O v. acórdão recorrido julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade, mantendo-se o Ato Executivo que declarou a exclusão da Recorrente do SIMPLES Federal, nos termos da seguinte conclusão: [...]

22. Oportunamente, a Recorrente pede vénia para elencar, de forma pontuada, as aludidas circunstâncias de fato indicadas pelo Fisco, as quais fundamentaram o decisum de primeira instância, a saber:

- constituição da Recorrente pela atual sócia gerente, Sra. Sueli Azevedo Gomides, em conjunto com atuais sócios da R.G. Sertal Indústria, Srs. Antônio Roberto Gomides e Eduardo Machado Gomides, que posteriormente retiraram-se do quadro societário da Recorrente com a entrada do sócio Rafael Azevedo Gomides, sendo evidenciado o laço de parentesco entre essas pessoas;

- a semelhança do objeto social entre as referidas empresas;

- a discrepância entre a receita bruta e a massa salarial de cada empresa;

- a nomeação de uma mesma pessoa para representar as duas empresas perante a fiscalização e o fato de uma mesma pessoa ter recebido as intimações fiscais enviadas via postal;

- um dos sócios da R.G. Sertal Indústria ter representado a Recorrente, como preposto, em reclamações trabalhistas;

- o controle de ponto dos empregados da Recorrente seria realizado pela R.G. Sertal Indústria;

- os empregados da Recorrente executariam habitualmente serviços sob o comando da R.G. Sertal Indústria;

- vários empregados teriam firmado contratos de trabalho, tanto com a Recorrente, quanto com a R.G. Sertal Indústria;

- as funções exercidas pelos empregados da Recorrente seriam as mesmas da R.G. Sertal Indústria;

- o mesmo escritório de contabilidade atenderia ambas empresas, inclusive no que se refere à elaboração de folhas de pagamentos e demais documentos trabalhistas;

- não existiriam lançamentos de despesas pela Recorrente;
- nos anos de 2007 e 2008, Recorrente teria prestado serviços apenas à R.G. Sertal Indústria;
- existiriam pagamentos por cheques efetuados pela R.G. Sertal Indústria para trabalhadores registrados pela Recorrente;
- o ambiente de trabalho seria o mesmo para os empregados das duas empresas e vestiriam o mesmo uniforme;
- no sítio RG Sertal 20 Anos na internet não haveria distinção entre as duas empresas; e
- haveria subordinação hierárquica dos trabalhadores da Recorrente aos empregadores da R.G. Sertal Indústria.

23. Apesar disso, fato é que tais alegações não são hábeis e suficientes a suportar a acusação de que a Recorrente teria sido constituída, por interpostas pessoas, de modo que os funcionários da Recorrente seriam, na verdade, empregados da R.G. Sertal Indústria. [...]

25. Em relação ao fato da constituição da Recorrente ter sido realizada com a participação de sócios da R.G. Sertal Indústria, que possuem laços de parentesco com os sócios da Recorrente, tal fato em nada contribui para se demonstrar que a Recorrente teria sido constituída por interpostas pessoas. Mas, pelo contrário, demonstra que se trata de empresa familiar que, na constituição, contou com a participação de sócios da R.G. Sertal Indústria.

26. Ora, se a Recorrente tivesse sido constituída por interpostas pessoas com finalidades ilícitas, em hipótese alguma, os sócios da R.G. Sertal Indústria teriam participado da constituição da Recorrente, sendo certo que jamais contaria com sócios familiares dos sócios da R.G. Sertal Indústria. É evidente que, se a intenção da R.G. Sertal Indústria fosse constituir empresa por interpostas pessoas, a Recorrente teria sido constituída por terceiros que não possuíssem qualquer vínculo com a R.G. Sertal Indústria, adotaria razão social diversa, que em nada remetesse à R.G. Sertal Indústria, bem como se instalaria em local totalmente diverso, o que não ocorre no caso destes autos.

27. Há fortes laços entre as duas empresas, seja pelo relacionamento comercial, seja pelo parentesco existente entre os sócios. Mas, a partir disso, concluir-se que a Recorrente foi constituída, por interpostas pessoas, com finalidades ilícitas, é um verdadeiro absurdo!

28. A semelhança quanto ao objeto social também não se presta a confirmar a alegação de que a Recorrente teria sido constituída através de interpostas pessoas. Ainda que os objetos sociais fossem idênticos, indaga-se: em que medida isso comprovaria a alegada constituição por meio de interpostas pessoas? A resposta é simples e direta: NENHUMA!

29. A semelhança entre os objetos sociais se referem apenas ao ramo da economia em que as empresas atuam, qual seja, o setor sucroalcooleiro, tal como praticamente a totalidade das empresas estabelecidas no Município de Sertãozinho.

30. Porém, há uma diferença fundamental entre as empresas. Enquanto a Recorrente é, essencialmente, uma prestadora de serviços de manutenção de equipamentos, a R.G. Sertal Indústria se dedica à industrialização e ao comércio de equipamentos.

31. De igual modo, no que tange à suposta disparidade entre a receita bruta e a massa salarial, além de não comprovada por qualquer documento idôneo juntado no processo, em nada se presta para demonstrar a alegada constituição da Recorrente, por interpostas pessoas, com a finalidade de redução ilícita de encargos previdenciários.

32. Ademais, também não se presta a suportar a acusação o fato de ter sido nomeada uma mesma procuradora para atendimento da fiscalização, bem como de uma mesma pessoa ter recebido as intimações fiscais enviadas via postal. Sim, pois, como a fiscalização abarcou ambas as empresas, bem como são atendidas pelo mesmo escritório de contabilidade, nada mais funcional que fosse designada uma pessoa para atender às solicitações do Sr. Auditor Fiscal. Na mesma linha, o fato de uma mesma pessoa ter recebido as intimações fiscais encaminhadas via postal, de forma alguma constitui um ilícito tributário.

33. Ambas se tratam de providências de cunho meramente administrativo, notadamente organizacional, que jamais tem o condão de suportar a acusação fiscal imputada à Recorrente e à R.G. Sertal Indústria.

34. O fato de um dos sócios da R.G. Sertal Indústria ter comparecido em audiências trabalhistas movidas contra a Recorrente também não depõe a favor da absurda alegação e conclusão do Fisco, uma vez que inexistente relação lógica entre fato e conclusão, levando-se em conta que tal fato se deveu aos laços familiares existentes entre a sócia gerente da Recorrente e um dos sócios gerentes da R.G. Sertal Indústria, como já salientado, o que, de forma alguma, constitui um ilícito.

35. Quanto à alegação de que o controle de ponto dos empregados da Recorrente seria realizado pela R.G. Sertal Indústria, não se passa de mais uma ilação não comprovada da fiscalização, pois calcada tão somente na suposição de que os funcionários da Recorrente supostamente atenderiam aos interesses da R.G. Sertal Indústria, sem qualquer embasamento em prova.

36. O mesmo se diga em relação à alegação de que os empregados da Recorrente executariam habitualmente os serviços sob o comando da R.G. Sertal Indústria, porque não passa de mera suposição, sequer amparada em documentação.

37. A alegação de que vários empregados teriam firmado contratos de trabalho tanto com a Recorrente quanto com a R.G. Sertal Indústria também em nada se presta a suportar a autuação fiscal. Ora, por atuarem no mesmo setor da economia (ramo sucroalcooleiro), é comum que funcionários que trabalharam durante um período em uma empresa, venham a trabalhar, posteriormente, em outra empresa do setor.

38. De igual modo, descabida a alegação de que as funções exercidas pelos empregados de ambas as empresas seriam idênticas, uma vez que, conforme apontado, a Recorrente é, essencialmente, uma prestadora de serviços, enquanto a R.G. Sertal Indústria se dedica à industrialização e ao comércio.

39. Ainda, não merece prosperar a alegação de que não existiriam lançamentos de despesas em nome da Recorrente nos anos de 2007 e 2008, já que houve expressiva despesa com salários e encargos trabalhistas, sendo que, tão somente, por, à época, haver certo compartilhamento de estrutura física, o que não é vedado por lei, era a R.G. Sertal Indústria quem arcava com as despesas de água, luz, telefone, dentre outras.

40. Além disso, no que se refere à alegação de que, nos anos de 2007 e 2008, a Recorrente teria prestado serviços apenas à R.G. Sertal Indústria, o que também sequer foi comprovado pelo Fisco, tal fato nada teria de ilícito e nem permitiria a conclusão de que a Recorrente seria constituída por interpostas pessoas. De todo

modo, os documentos anexos (notas fiscais) comprovam que a Recorrente prestou serviços a terceiros sim, e não apenas à R.G. Sertal Indústria. [...]

43. Em relação ao fato de que o ambiente de trabalho seria o mesmo para os trabalhadores de ambas as empresas e vestiriam o mesmo uniforme, além de não comprovada, não procede. Fato é que, quando se trata de serviços prestados pela Recorrente à R.G. Sertal Indústria, esses são executados no estabelecimento dessa última, até em razão da maior facilidade de deslocamento da mão de obra, do que dos equipamentos. Todavia, quando se trata de serviços prestados à terceiros, os empregados da Recorrente se deslocam normalmente aos estabelecimentos desses clientes - na maioria, usinas produtoras de açúcar e álcool - para a prestação dos serviços de manutenção.

44. Assim, não é verdadeiro que haja um compartilhamento perene do mesmo ambiente de trabalho, sendo que a padronização de uniformes é natural, quando os serviços são prestados no estabelecimento da R.G. Sertal Indústria, tal como se procede em qualquer outra empresa, em especial quanto aos equipamentos de proteção individual. Inobstante, tal circunstância em nada confirma o absurdo entendimento de que a Recorrente teria sido constituída por interpostas pessoas.

45. Por fim, o fato do site RG Sertal 20 anos não individualizar a Recorrente da R.G. Sertal Indústria também em nada contribui para a discussão aqui travada, uma vez que se refere exclusivamente à R.G. Sertal Indústria, já que a Recorrente se encontra constituída há pouco mais de 10 (dez) anos. [...]

47. Vale destacar que não há como se exigir da Recorrente a comprovação de que não cometeu qualquer infração à legislação, sob pena de impor a produção de prova negativa, o que é sobremaneira vedado pelo ordenamento jurídico.

48. Por isso, tendo em vista a ausência de comprovação de que a Recorrente teria sido constituída por meio de interpostas pessoas, bem como de vínculo empregatício supostamente existente entre os funcionários da Recorrente e a R.G. Sertal Indústria, do que também decorre a insuficiência das alegações do Fisco para suportar a acusação fiscal, impõe-se a reforma do v. acórdão de primeiro grau, para que seja cancelado o ato administrativo que declarou a exclusão da Recorrente do SIMPLES Federal.

II.2.2 DA IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL

49. Na remota hipótese de Vossas Senhorias entenderem pela superação dos argumentos e fundamentos de direito anteriormente expostos, o que se admite apenas para argumentar e em respeito ao princípio da eventualidade, ainda assim, não há como prosperar o v. acórdão de primeiro grau na parte em que determinou a retroação dos efeitos da declaração de exclusão do SIMPLES Federal à data de 01.01.2007, ou seja, a partir do próprio mês em que incorrida.

50. Isso porque, tal medida afronta o princípio da irretroatividade tributária insculpido no artigo 150, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal de 1988. [...]

52. Com efeito, em casos análogos, foi decidido que a exclusão do SIMPLES Federal gera efeitos somente a partir do mês subsequente ao Ato Declaratório Executivo, vedando-se a retroação, justamente sob pena de ofensa ao princípio da irretroatividade.

53. Portanto, mesmo que Vossas Senhorias entendam pela manutenção da declaração de exclusão da Recorrente do SIMPLES Federal, o que se alega apenas para argumentar, ao menos, seja reformado o v. acórdão recorrido, de modo que os efeitos sejam produzidos a partir do mês subsequente à expedição do Ato Declaratório

Executivo em questão e não a partir do próprio mês em que incorrida, sob pena de violação do princípio constitucional da irretroatividade tributária.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

No que concerne ao pedido conclui que:

III. DO PEDIDO

54. Por todo o exposto, requer o provimento integral do presente Recurso Voluntário, de modo que, reformando-se o v. acórdão recorrido, seja decretada a nulidade do Ato Declaratório Executivo em questão, com o consequente cancelamento da declaração de exclusão da Recorrente do SIMPLES Federal, arquivando-se o processo administrativo federal n.º 15956.720025/2011-72, nos termos das preliminares e/ou das razões de mérito expostas alhures.

55. Subsidiariamente, ao menos, requer a reforma do v. acórdão para fins de determinar que a declaração de exclusão da Recorrente do SIMPLES Federal produza efeitos apenas a partir do mês subsequente à data de expedição do Ato Declaratório Executivo em questão, não a partir do próprio mês em que incorrida, sob pena de violação do princípio constitucional da irretroatividade tributária.

56. Outrossim, protesta pela realização de sustentação oral, bem como pela posterior juntada de documentos.

57. Por fim, requer que todas as intimações, publicações e notificações dos atos processuais referentes ao presente feito sejam efetuadas exclusivamente em nome do Dr. Domingos Assad Stocco, inscrito na OAB/SP n.º 79.539, sob pena de nulidade do ato de comunicação, conforme disposto no Tomo I, Capítulo IV, item 62, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça Paulista e já decidido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n.º 225.459-GO, relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, datado de 16.09.2004).

55. Subsidiariamente, ao menos, requer a reforma do v. acórdão para fins de determinar que a declaração de exclusão da Recorrente do SIMPLES Federal produza efeitos apenas a partir do mês subsequente à data de expedição do Ato Declaratório Executivo em questão, não a partir do próprio mês em que incorrida, sob pena de violação do princípio constitucional da irretroatividade tributária.

56. Outrossim, protesta pela realização de sustentação oral, bem como pela posterior juntada de documentos.

57. Por fim, requer que todas as intimações, publicações e notificações dos atos processuais referentes ao presente feito sejam efetuadas exclusivamente em nome do Dr. Domingos Assad Stocco, inscrito na OAB/SP n.º 79.539, sob pena de nulidade do ato de comunicação, conforme disposto no Tomo I, Capítulo IV, item 62, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça Paulista e já decidido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n.º 225.459-GO, relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, datado de 16.09.2004).

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento.

Notificação

A Recorrente requer que seja notificada no endereço de seu representante legal.

A previsão legal é de que o sujeito passivo seja intimado validamente no domicílio tributário por ele eleito (incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 127 do Código Tributário Nacional e art. 23 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972). Nesse sentido, a Súmula CARF nº 110, que é de aplicação obrigatória, determina que "no processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo", (art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF).

Sustentação Oral

A Recorrente solicita sustentação oral.

O Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, prevê:

Art. 58. Anunciado o julgamento de cada recurso, o presidente dará a palavra, sucessivamente: [...]

II - ao recorrente ou ao seu representante legal para, se desejar, fazer sustentação oral por 15 (quinze) minutos, prorrogáveis por, no máximo, 15 (quinze) minutos, a critério do presidente;

III - à parte adversa ou ao seu representante legal para, se desejar, fazer sustentação oral por 15 (quinze) minutos, prorrogáveis por, no máximo, 15 (quinze) minutos, a critério do presidente;

No sítio institucional constam os formulários eletrônicos e todas as informações necessárias ao exercício da sustentação oral especificados na "Carta de Serviços CARF". Nesse sentido, a Recorrente deve observar a forma, o tempo e o local previstos nas normas regulamentares para alcançar este desiderato.

Nulidade do Ato Declaratório de Exclusão e da Decisão de Primeira Instância

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos.

O Ato Declaratório de Exclusão foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente, inclusive com base no princípio da persuasão racional previsto no art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. A Recorrente foi regularmente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos. Ademais

os atos administrativos estão motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos.

O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foi regularmente analisado pela autoridade de primeira instância (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 6º da Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

As autoridades fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

Ainda sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão em Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791292/PE, que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, de acordo com o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015:

O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Neste sentido, devem ser enfrentados “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489 do Código de Processo Civil). Por conseguinte, o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Assim, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. A proposição afirmada pela Recorrente, desse modo, não pode ser ratificada.

Diligência

A Recorrente solicita a realização de todos os meios de prova.

Sobre a matéria, vale esclarecer que no presente caso se aplicam as disposições do processo administrativo fiscal que estabelecem que a peça de defesa deve ser formalizada por escrito com inserção de todas as teses de defesa e instruída com os todos documentos em que se fundamentar. Opera-se a preclusão do direito de a Recorrente praticar este ato e apresentar novas razões em outro momento processual, salvo a ocorrência de quaisquer das circunstâncias ali previstas, tais como fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos, nos termos do art. 15, art. 16, art. 17 e art. 29 do

Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, que determinam critérios de aplicação do princípio da verdade material.

Assim, tendo em vista o princípio da concentração da defesa pela via estreita de dilação que rege o processo administrativo fiscal, a manifestação de inconformidade, cuja apresentação regular instaura a fase litigiosa no procedimento, deve conter todas as matérias litigiosas e instruída com os elementos de prova em que se justificar, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais. A lei prevê os meios instrutórios em direito admitidos para que o julgador venha formar sua livre convicção motivada na apreciação do conjunto probatório mediante determinação de diligências quando entender necessárias com a finalidade de corrigir erros de fato e suprir lacunas probatórias.

As autoridades administrativa e julgadora de primeira instância analisaram detidamente todos os elementos constantes nos registros internos da RFB e aqueles colacionados em sede de manifestação de inconformidade. Embora lhe fossem oferecidas várias oportunidades no curso do processo, a Recorrente não apresentou a comprovação inequívoca de quaisquer fatos que tenham correlação com as situações excepcionadas pela legislação de regência.

A realização desse meio probante é prescindível, uma vez que os elementos produzidos por meios lícitos constantes nos autos são suficientes para a solução do litígio e formação do livre convencimento motivado do julgador, conforme o princípio da persuasão racional. A justificativa arguida pela Recorrente, por essa razão, não se comprova.

Exclusão do Simples Federal - Interposição de Pessoas

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal).

A Lei n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996, que vigorou até 30.06.2007, dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte e institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples Federal.

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irrevogável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos que conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto

na regra de competência do agente (art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

A exclusão é feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. Verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória no caso de incorrer em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente. A pessoa jurídica excluída do Simples Federal sujeita-se, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

A Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, prevê:

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses: [...]

IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual;

tem-se que: Conforme o Vocabulário Jurídico Tesouro do Supremo Tribunal Federal (STF)

Interposta Pessoa [...]

1. Pessoa que age em nome de outra, utilizando nome próprio. Também conhecida como testa-de-ferro ou presta-nome.

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, determina:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

A Lei nº 4.502, de 30 de dezembro de 1964, prescreve:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Infere-se que o instituto da interposição de pessoas trata-se de simulação de natureza subjetiva relativa.

Está registrado na Representação Fiscal, e-fls. 02-17, cujos fundamentos de fato e direito amparados no conjunto probatório de e-fls. 20-7016, são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art.

57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015):

1- CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1 Em atendimento aos Mandados de Procedimentos Fiscais – MPF0810900-2010-01241-6 R G SERTAL INDUSTRIA E COMERCIO Ltda. e MPF 08.1.09.00-2010-01240-8 R G SERTAL COM E PREST DE SERVIÇOS LTDA.-EPP foi possível constatar a ocorrência de fatos que determinam a Exclusão de Ofício do SIMPLES, da empresa R G SERTAL COM E PREST DE SERVIÇOS LTDA.-EPP.

1.2- A empresa optou pelo enquadramento no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições – SIMPLES conforme banco de dados da SRFB do ano calendário 2000 até 30/06/2007 e SIMPLES NACIONAL a partir de 01/07/2007.

1.3- As fiscalizações realizadas nas empresas R G SERTAL INDUSTRIA E COMERCIO Ltda. e R G SERTAL COM E PREST DE SERVIÇOS LTDA-EPP, confirmam que esta empresa, foi constituída através de interpostas pessoas com a finalidade de reduzir os encargos previdenciários da empresa R G SERTAL INDUSTRIA E COMERCIO Ltda. O local da sede está determinado dentro de propriedade desta, os sócios da R G SERTAL INDUSTRIA E COMERCIO Ltda. tem poder de mando sobre a outra empresa, tendo sido constatada a utilização de empregados com alternâncias de registros entre as mesmas e com as mesmas atividades/funções, bem como outras situações a seguir demonstradas.

1.4- Tendo em vista a similaridade dos nomes das empresas e buscando facilitar o entendimento do presente relatório a empresa RG SERTAL COMERCIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA. EPP doravante será chamada de empresa no SIMPLES e a empresa RG SERTAL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA. de Autuada.

2. DA CONSTITUIÇÃO DAS EMPRESAS E DO OBJETO SOCIAL.

A Autuada foi constituída em 02/05/1989 com endereço à rua Casimiro Abreu, n.º 175, Ribeirão Preto/SP e posteriormente alterou o endereço comercial para rua Amadeu Bonato, Distrito Industrial, n.º129, Sertãozinho/SP.

A empresa no SIMPLES veio a ser criada posteriormente, em 01/12/2000 no mesmo endereço, ou seja, rua Amadeu Bonato, Distrito Industrial, n.º129, sala 01, Sertãozinho/SP, ficando as duas dentro do mesmo imóvel que é de propriedade da outra empresa.

Importante destacar, que a empresa Autuada desde o início das suas atividades optou pelo regime tributário do Lucro Presumido e a partir do ano calendário 1997 passou a Lucro Real. Quanto à outra sempre foi optante do SIMPLES.

O contrato social e respectivas alterações da Autuada noticiam que os Srs. Antonio Roberto Gomides e seu irmão Eustáquio Gomides da Silva a constituíram, sendo o primeiro sócio administrador até hoje e o outro até 01/08/1993. Desta data até 01/06/1995 o Sr. Eustáquio Gomides da Silva participou como sócio cotista e se retirou da sociedade. Cumpre salientar, que no período compreendido entre 21/07/1989 e 01/09/1992 o Sr. Waldemar Antonio Manfrim Junior compôs o quadro societário como sócio gerente. Em 01/06/1995, o então sócio cotista, Sr. Eustáquio Gomides da Silva, foi substituído pelo Sr. Eduardo Machado Gomides, o qual é sobrinho do Sr. Antonio Roberto Gomides e também sócio administrador até o momento (ver anexo D).

Quanto à empresa no SIMPLES, o contrato social e alterações seguintes apontam a Sra. Sueli Azevedo Gomides como sócia administradora até a presente data

e seu marido, Sr. Antonio Roberto Gomides e o sobrinho Sr. Eduardo Machado Gomides como sócios cotistas até 01/09/2003. Nesta data também foi admitido como sócio cotista, o Sr. Rafael Azevedo Gomides que é filho da sócia administradora Sra. Sueli Azevedo Gomides e do sócio administrador da Autuada, Sr. Antonio Roberto Gomides.

O Objeto Social declarado pela Autuada é a exploração do ramo de INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS E COMPONENTES PARA USINAS DE AÇUCAR, DESTILARIA DE ALCOOL, ENGENHO DE PINGA E ASSISTÊNCIA TÉCNICA e o da empresa no SIMPLES é o COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS, COMPONENTES PARA USINAS DE AÇUCAR, DESTILARIA DE ALCOOL, ENGENHO DE PINGA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE REPARAÇÃO EM GERAL. Todavia, tanto uma quanto a outra empresa têm como atividade preponderante a Manutenção e reparação de máquinas e equipamentos para uso geral não especificados anteriormente, isto é, identidade e objetivos.

Os fatos acima mencionados comprovam com muita clareza, que estamos de frente de duas empresas compostas por familiares, tendo em vista que o sócio administrador de uma empresa (Sr. Antonio Roberto Gomides) é casado com a sócia administradora da outra empresa (Sra. Sueli Azevedo Gomides), tendo como sócios cotistas e/ou administrador, irmão, filho e sobrinho, isto é, uma grande família cujo dirigente maior é o pai Sr. Antonio Roberto Gomides o qual participou da criação da Autuada, com as responsabilidades de um sócio gerente, assim como juntamente com sua esposa e seu sobrinho criou a empresa do SIMPLES, participando como cotista até 01/09/2003.

Por conseguinte, restou provado a identidade na administração de ambas as empresas já que o Sr. Antonio Roberto Gomides de 01/12/2000 até 01/09/2003 foi Sócio Gerente/Administrador da Autuada e Sócio Cotista da empresa no SIMPLES, e que o Sr. Eduardo Machado Gomides é Sócio Administrador da Autuada desde 01/06/1995 e tendo sido também Sócio Cotista de 01/12/2000 até 01/09/2003 da empresa no SIMPLES (ver Anexo I).

3- DAS PROVAS QUE CONFIRMAM QUE TODOS OS EMPREGADOS DA EMPRESA NO SIMPLES TRABALHAVAM PARA ATENDER AOS MANDAMENTOS E INTERESSES ECONÔMICOS DA Autuada.

Em virtude das evidências anunciadas pela estrutura supra descoberta, iniciamos um metódico processo de investigação documental para poder confirmar a possibilidade da empresa do SIMPLES ter sido criada com o fim específico de utilizar seus trabalhadores para atender aos interesses econômicos perseguidos pela Autuada e diminuir o pagamento das contribuições previdenciárias, tendo em vista que as empresas enquadradas no SIMPLES estão obrigadas apenas em reter e recolher a parte do Segurado.

3.1- DA DESMENSURADA E DISCREPANTE RELAÇÃO ENTRE RECEITA BRUTA E A DESPESA COM A MASSA SALARIAL DECLARADA EM GFIP. [...]

Consoante se depreende facilmente do quadro acima, a empresa no SIMPLES nos anos calendários 2007 e 2008 conseguiu façanha digna de destaque, porque mesmo com uma despesa de massa salarial, no ano calendário 2007, 453,30% maior que a receita bruta auferida e no ano calendário 2008 com despesa de massa salarial 284,9% também maior que a receita bruta, conseguiu pagar os salários de todos os seus empregados e teoricamente manteve-se em funcionamento.

Não menos bizarra é a relação massa salarial x receita bruta da Autuada que necessitou de despesa ínfima de salários para atingir as receitas brutas dos anos calendários 2007 e 2008.

Destarte, ficou demonstrado matematicamente que a empresa no SIMPLES sequer auferiu recursos para pagar a folha de pagamento, evidenciando ainda mais dependência e a subordinação à empresa Autuada.

3.2- DOS RECEBIMENTOS DOS TERMOS DE INÍCIO DE PROCEDIMENTO FISCAL E TERMOS DE INTIMAÇÕES REMETIDOS PELO CORREIO E DA INDICAÇÃO DO FUNCIONÁRIO QUE REPRESENTARIA AS EMPRESAS PERANTE O FISCO FEDERAL.

No dia 11 de agosto último, remetemos por via postal (anexo II) 02 (dois) Termos de Início de Procedimento Fiscal, sendo um para a Autuada e outro para a empresa no SIMPLES. Não obstante serem empresas supostamente diferentes, cada uma com seu endereço, os Termos de Início de Procedimento Fiscal, os quais intimavam empresas distintas, foram recebidos em 12/08/2010 pela Sra. Flávia Maria Favaro, que é registrada desde 10/02/2003 na empresa no SIMPLES e contratada como recepcionista desta, não figurando nos quadros da Autuada. Tal fato já deixa visível que o serviço de Recepção das duas empresas é o mesmo e quem está incumbida deste atendimento é uma empregada cuja empresa está no SIMPLES e que trabalha também sob o mandamento da Autuada (ver anexo II).

Importa relevar, que todos os Termos remetidos por via postal, seja para uma ou outra empresa sempre foram recepcionados pela mesma empregada, Sra. Flávia Maria Favaro. A seguir mostramos os Termos e os respectivos avisos de recebimentos: [...]

Além desta flagrante prova que demonstra que os trabalhadores registrados na empresa no SIMPLES laboravam de acordo com os interesses e as ordens da Autuada, as duas empresas se incumbiram de reforçar ainda mais as suspeitas da Fiscalização sobre esta situação ao nomearem como procuradora (ver anexo III Procurações) para representá-las perante a Fiscalização a empregada Sandra Andréia Guidugli atualmente registrada na empresa no SIMPLES.

Tal nomeação é mais uma prova incontestável que também os trabalhadores administrativos da área de recursos humanos da empresa no SIMPLES são utilizados pela Autuada, pois estas foram intimadas a indicar um funcionário para representá-las perante a Fiscalização, ou seja, alguém com conhecimento de cada uma delas, e indicaram a mesma trabalhadora, acabando por confessar por escrito que a empregada Sandra Andréia Guidugli estava a par dos assuntos trabalhistas e previdenciários das mesmas e em plenas condições de prestar os esclarecimentos necessários.

3.3- DA ATUAÇÃO DOS SÓCIOS ADMINISTRADORES DA AUTUADA, Srs. ANTÔNIO ROBERTO GOMIDES E EDUARDO MACHADO GOMIDES, NAS AÇÕES TRABALHISTAS DA RG SERTAL COM E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA. EPP.

Em pesquisa realizada na 1ª e 2ª VARAS DO TRABALHO DE SERTÃOZINHO/SP, constatamos que haviam sido distribuídas 18 (dezoito) Reclamatórias Trabalhistas contra a empresa no SIMPLES e apenas 7 (sete) contra a Autuada, com a participação dos mesmos advogados, Drs. Alexandre Luis Baratela e João Alexandre Pulici, os quais atuavam nas ações intentadas contra qualquer uma das duas empresas. Sendo que na ação proc. nº 01670/2007 da 2ª Vara, o Dr. Alexandre Luis Baratela atuou como advogado das 02 (duas). Em todas as reclamações, as Varas Trabalhistas de Sertãozinho/SP notificaram as reclamadas no mesmo endereço e sempre compareceram a todas audiências.

Das ações trabalhistas distribuídas contra a empresa no SIMPLES, o Sr. Antonio Roberto Gomides atuou como sócio em 13 (treze), preposto em outras 05 (cinco) audiências e firmou acordos. O Sr. Eduardo Machado Gomides participou em 01 (uma) audiência trabalhista e a Sra. Sueli A. Gomides, que era e é a única sócia com poderes reais para representar a no SIMPLES perante a Justiça Trabalhista, teve participação somente em uma ação trabalhista, comparecendo e fazendo acordo (ver anexos IV e V Intimações, Audiências, Acordos e Cartas de Preposição). Além disso, vimos que na quase totalidade das ações contra a empresa no SIMPLES, quando era discutido a jornada de trabalho, foram juntadas inúmeras folhas de ponto cujos documentos em seu título continham em destaque o nome da Autuada e seu CNPJ 60.627.312/0001-51, o que comprova claramente que os empregados eram registrados na empresa do SIMPLES e tinham o ponto controlado pela Autuada (ver anexos VI a IX Folhas de Ponto, Cópias de Cheques Assinados pelo Sr. Antonio Roberto Gomides e Petição Inicial).

Ademais, como não bastasse essa diversidade de provas que reforçam que a Autuada, através de seu sócio maior, Sr. Antonio Roberto Gomides, usava com habitualidade todos os empregados da empresa no SIMPLES, encontramos cópias de inúmeros cheques da Autuada, assinados pelo Sr. Antonio Roberto Gomides para pagamento de salários dos empregados registrados na empresa do SIMPLES, juntados nos processos trabalhistas, os quais encontram-se nos anexos VI a IX Folhas de Ponto, Cópias de Cheques Assinados pelo Sr. Antonio Roberto Gomides e Petição Inicial.

É importante salientar, que pelo não recolhimento das contribuições previdenciárias de 02 (dois) acordos firmados pelo Sr. Antonio Roberto Gomides, foram expedidos 02 (dois) Mandados de Citação, Penhora e Avaliação, de nºs 077/2009 e 461/2008 em desfavor da empresa no SIMPLES, que foram recebidos e assinados pelo Sr. Antonio Roberto Gomides, na condição de Representante da empresa (ver anexo X Mandados).

Outrossim, vale ainda apontar o que aconteceu na ação trabalhista de nº 01/2006 da 2ª Vara Trabalhista de Sertãozinho/SP movida contra a empresa no SIMPLES, na qual o Sr. Antonio Roberto Gomides atuou como sócio e teve o mérito julgado procedente em parte. Pois bem, inconformada a empresa interpôs recurso ordinário, que não foi ao menos analisado, tendo em vista a Decisão nº 031721/2007, onde por unanimidade os Juízes da colenda 11ª câmara (6ª Turma) do TRT 15ª Região não consideraram o Recurso por Defeito de representatividade (art. 38 do CPC), em virtude da procuração não ter sido outorgada pela sócia de direito, Sra. Sueli Aparecida Azevedo Gomides, prova que se está no anexo XI Recurso Não Considerado.

Por último, faltava relatar o que se sucedeu no desenrolar da ação trabalhista nº 1670/2007 da 2ª Vara Trabalhista de Sertãozinho/SP que foi proposta contra a Autuada e incluída na lide, como sucessora a empresa no SIMPLES. Nesse caso, o Sr. Antonio Roberto Gomides compareceu como sócio da Autuada, a Sra. Sueli Azevedo Gomides participou como sócia da empresa no SIMPLES, e na audiência do dia 15/09/2009 compareceu apenas o Sr. Antonio Roberto Gomides atuando ao mesmo tempo como sócio da Autuada e preposto da empresa no SIMPLES e firmou acordo no processo (ver anexo XII Proc. nº 1670/2007).

Torna-se irrefragável que o Sr. Antonio Roberto Gomides também comandava os empregados da empresa no SIMPLES, porque comparecia às audiências por ser o dono de fato da mesma, sendo a única pessoa habilitada para comparecer às Varas Trabalhistas como sócio ou preposto da mesma para prestar os esclarecimentos devidos ao Juízo Trabalhista e com poderes de firmar acordos.

3.4- DO CONTROLE DO PONTO DOS EMPREGADOS REGISTRADOS NA EMPRESA NO SIMPLES, REALIZADO PELA AUTUADA.

Em 22/03/2011 intimamos as duas empresas a apresentarem os registros de pontos em meio papel ou digital relativo ao ano calendário 2007. No dia 24 do mesmo mês, a empresa no SIMPLES compareceu com o documento em meio digital (ver anexos XIX a XXII Folha de Ponto Jan a Dez de 2007), o qual foi devidamente autenticado e entregue mediante recibo de entrega de arquivos digitais(ver anexo XIII Recibo Digital). No dia 31 do mesmo mês compareceu a Autuada sem o documento solicitado e apresentou explicação por escrito (ver anexo XIV Resposta da Empresa),informando que o arquivo digital entregue no dia 24/03/2011 continha os cartões de ponto de funcionários agregados na empresa no SIMPLES e aproveitou para aduzir que a Autuada não possuía cartões de ponto.

Fica evidente a confusão administrativa que impera entre as duas empresas, pois na realidade é a empresa no SIMPLES que não possuía os registros de ponto em separado, contrariando a explicação existente no documento entregue à fiscalização (ver anexo XIV).

Em função disto ficou claro e provado, que todos os empregados registrados na empresa do SIMPLES tinham os seus registros de pontos controlados pela Autuada, isto é, os trabalhadores estavam apenas registrados na empresa no SIMPLES para diminuir a carga tributária, porque trabalhavam de fato para a Autuada.

Abaixo apontamos, mês a mês os únicos 35 (trinta e cinco) empregados que constam nas folhas de ponto de 2007 (ver anexos XIX a XXII Folha de Ponto Jan a Dez/2007) e que eram registrados na RG SERTAL IND. E COM LTDA., a saber: [...]

3.5- DA IDENTIDADE DE FUNÇÕES DOS TRABALHADORES DAS DUAS EMPRESAS.

Outro ponto que merece destaque na relação e identidade entre as referidas empresas é que das 17 (dezessete) funções existentes na Autuada a empresa no SIMPLES tem quase todas, haja vista que possui diversos empregados exercendo 15(quinze) delas como denuncia o quadro comparativo(ver anexo Comparativo das Funções) . A análise do aludido quadro comparativo não deixa dúvidas da identidade das atividades na busca do objetivo econômico das mesmas.

3.6- DOS EMPREGADOS QUE TRABALHARAM NAS DUAS EMPRESAS.

Mediante análise nos documentos e declarações entregues pelas empresas encontramos inúmeros empregados que tiveram contratos trabalhistas com as duas empresas. A seguir demonstramos: [...]

3.7- DA CONTABILIDADE DAS DUAS EMPRESAS

Ao analisar a contabilidade das duas empresas, separadamente ou conjuntamente, verificamos diversos indícios e fatos contundentes os quais sinalizam que a empresa no SIMPLES está sendo utilizada para registrar os funcionários da Autuada , ou seja, unicamente para não recolher à parte da Empresa (20%), RAT (3% e 1%) e Outras Entidade (5,8%) sobre o total das remunerações dos funcionários registrados na empresa no SIMPLES, como demonstraremos.

A empresa no SIMPLES possui lançamentos feitos na sua contabilidade de receitas auferidas somente de prestação de serviços, mesmo constando também no objeto social principal COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS, COMPONENTES PARA USINAS DE AÇÚCAR, DESTILARIA DE ÁLCOOL e ENGENHO DE PINGA. As despesas registradas na contabilidade derivam quase que totalmente da folha de pagamento de salários e respectivos encargos trabalhistas, ou seja, não

possuindo registros contábeis de despesas com material de escritório (lápiz, caneta, papel, e outros), material de limpeza (alvejante, vassoura, rodo, e outros), fotocópias, cartorárias, postal, alimentação, conservação de maquinários, ferramentas e etc. Outrossim não foram encontrados lançamentos referentes às despesas de energia elétrica, água e esgoto, telefone, aluguel do local onde alega ser seu domicílio fiscal, das quais são inerentes a qualquer atividade comercial e/ou de serviço (ver anexos RG IND E COM Despesas 2007, RG IND E COM Despesas 2008, RG SERTAL SERVS Contas Despesas Sem Natureza Salarial Movimentadas 2008 e RG SERTALSERVS Contas de Despesas Sem Movimentação 2007-2008).

Vale salientar, também, que em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 03 , o sócia, Sra. Sueli A. Azevedo Gomides, declarou que a sua empresa não possuía contas de luz e água, bem como registro de propriedade do imóvel, contrato de locação ou sublocação do seu endereço comercial do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica da Receita Federal do Brasil (ver anexo XIV Resposta da Sócia). Em consulta ao site da telefônica não foram encontradas linhas de telefone em nome da empresa no SIMPLES, como também somente foram exibidas à Fiscalização contas em nome da Autuada (ver anexo XVI Contas Telefônicas).

Inexistem lançamentos relativos às contas do ativo permanente da empresa no SIMPLES, ou seja, não possui máquinas, acessórios, móveis e utensílios, computadores, ferramentas, linhas telefônicas, instalações elétricas e aparelhos celulares (ver anexo Comparação Ativo Permanente).

Ao contrário, a Autuada apresenta lançamentos contábeis que noticiam um ativo permanente movimentado com máquinas, computadores e periféricos, aparelhos celulares, linhas telefônicas, ferramentas, móveis e utensílios. Ademais, acusa em sua contabilidade, despesas com água e esgoto, bens de curta duração, combustíveis e lubrificantes, conservação de maquinário, consertos e reparos, conservação de veículos, despesas com comunicações, com veículos, xerox, energia elétrica, material de consumo, locação de bens, material de limpeza, utensílios diversos e uniformes (anexos RG Ind.e Com. Despesas 2007 e RG Ind. e Com Despesas 2008).

Portanto, sem a existência de qualquer tipo de ativo permanente e sequer aluguel de maquinários e ferramentas, a conta Caixa com saldo credor (grifo nosso), bem como sem as despesas essenciais à existência de qualquer empresa, a RG SERTAL COM E PREST DE SERVS LTDA.-EPP não pode ser considerada uma empresa independente!! *In casu*, claro torna-se depreender a autonomia econômica da Autuada e a visível dependência da empresa no SIMPLES.

3.8-DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DA RG SERTAL COM E PREST DE SERVS LTDA.-EPP

De acordo com as receitas lançadas na conta 31100100003(ver anexo RG Sertal Servs. LTDA.-EPP RECEITAS 2007-2008) a empresa prestou serviços apenas para a Autuada, nos anos de 2007 e 2008, os quais eram repassados como Reempreita de Serviços, conforme mostram as notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela empresa no SIMPLES (ver anexo XVII) .

Esta prestação de serviços exclusiva para a Autuada é mais uma das muitas provas juntadas, que ratificam a dependência total da empresa no SIMPLES com relação a Autuada.

3.9- DOS HONORÁRIOS CONTÁBEIS, DA GFIP E DAS FOLHAS DE PAGAMENTO

A contabilidade, a elaboração e remessa das GFIP, e as Folhas de Pagamento das duas empresas ficaram a cargo do escritório contábil ORTEC ORGANIZAÇÃO

TECNICA CONTÁBIL. Sendo a contabilidade elaborada pelo contabilista Sr. José Augusto Viel, TC CRC:1SP086480/0-3, o qual assinou os livros contábeis das duas empresas(ver anexos RG Sertal Servs LTDA.-EPP Diário 2007-2008, RG Sertal IND E COM DRE e Termos de Abertura e Encerramento 2007-2008), ficando o pagamento de todos os serviços por conta da Autuada, que promoveu os lançamentos na conta 41100100003(Hon. Contábeis), que se encontram demonstrados e comprovados nos anexos Lançamentos Honorários Contábeis e Recibos dos Honorários Contábeis.

Tal fato comprova inequivocamente que a Autuada não só tem total comando sobre a RG SERTAL COM E PREST DE SERVS LTDA-EPP como também assumia inclusive as despesas relativas aos honorários do contabilista.

3.10- DAS INSTALAÇÕES DAS EMPRESAS, UNIFORMES E DO SÍTIO NA INTERNET.

Em diligência, acompanhado do Chefe da Equipe Fiscal 01, Sr. Luis Cláudio Pereira estivemos nos endereços declarados pelas duas empresas no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas da Receita Federal do Brasil, ou seja, rua Amadeu Bonato, nº129 e nº:129-sala 01, Distrito Industrial, Sertãozinho/SP, e confirmamos o que toda a documentação já vinha denunciando.

De início fomos atendidos pela recepcionista registrada na empresa no SIMPLES, Sra. Flávia Maria Favaro, que comunicou a nossa presença ao sócio Sr. Antonio Roberto Gomides e nos solicitou que o aguardássemos.

Antes da chegada do sócio verificamos que a empregada Sra. Flávia Maria Favaro vestia um uniforme escrito RG Sertal no lado esquerdo do peito e atendia indiscriminadamente aos interesses das duas empresas, recebendo e fazendo ligações telefônicas para as mesmas, recepcionando as correspondências e ao público de um modo geral.

O Sr. Antonio Roberto Gomides nos conduziu pelas instalações da empresa e de plano notamos que todos os empregados das duas empresas trabalhavam com uniformes idênticos ostentando a logomarca da RG SERTAL bordada no lado esquerdo do peito, no mesmo ambiente de trabalho, que era composto por um galpão e prédio administrativo na rua Amadeu Bonato, nº129 e em frente, do outro lado da rua por outros dois galpões, onde trabalhavam, com os mesmos uniformes empregados registrados na RG SERTAL IND E COM LTDA e na RG SERTAL COM E PREST DE SERVS LTDAEPP e todos eles, inclusive o sócio Sr. Antonio Roberto Gomides com crachá para identificação e controle de frequência constando o nome da empresa no SIMPLES pendurados nas camisas, usando o mesmo marcador de ponto, os mesmos refeitórios, os mesmos banheiros e sob a mesma administração. Em seguida solicitamos vários crachás aleatoriamente e pedimos ao Sócio que nos mostrou a empresa, que explicasse por escrito, o nome, a função e a empresa que os trabalhadores dos crachás selecionados pertenciam. Muito embora todos os crachás estivessem com o nome da empresa no SIMPLES, a explicação firmada pelo Sr. Antonio Roberto Gomides declara que 2 (dois) dos 7 (sete) empregados, que portavam o documento de identificação em nome da RG SERTAL COM E PREST DE SERV LTDA. eram na realidade empregados da Autuada (ver anexo XV Crachás e Informação Firmada pelo Sócio).

Segundo palavras do sócio que nos mostrou todas instalações de 100% das atividades lá executadas, o setor de industrialização representava apenas 15% e o restante por serviços de manutenção.

Finalmente, procuramos saber aonde e como eram as instalações da empresa no SIMPLES, cujo endereço é rua Amadeu Bonato 129, sala 01 e constatamos que se

tratava de um ambiente com 10 m², dentro do departamento administrativo da Autuada e separado por 2 (duas) paredes de vidro ou seja um biombo, aonde se encontrava a sócia Sra. Sueli Azevedo Gomides No sítio RG SERTAL 20 ANOS não há distinção entre as empresas(ver anexo Sitio RG Sertal) e no menu contato são indicadas as pessoas a serem contatadas para fins comerciais, aonde constam nomes que são registrados na Autuada ou na empresa no SIMPLES, trabalhadores adiante mencionados: [...]

Com uma rápida passada d'olhos no quadro acima, torna-se fácil ver que até no sítio existe uma prevalência de empregados ocupando cargos estratégicos registrados na empresa no SIMPLES, o que prova ainda mais que os trabalhadores têm apenas as suas carteiras de trabalho vinculadas na mesma, mas trabalham de fato para a Autuada.

4. DA SUBORDINAÇÃO HIERÁRQUICA

Por derradeiro, mais uma vez merece registro o controle de frequência efetuado pela Autuada, administrado e arquivado em suas dependências juntamente com os empregados da R G SERTAL COM E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.-EPP. Referido fato caracteriza a subordinação hierárquica dos trabalhadores da empresa no SIMPLES aos empregadores da Autuada.

A subordinação deve ser entendida como “sob as ordens do empregador”, ou seja, prestação de labor com exclusividade, SUJEIÇÃO A HORÁRIO, submissão a ordens do empregador, mediante fiscalização hierárquica e/ou jurídica e sujeito ao poder disciplinar e/ou diretivo de quem o contratou. Na lição de Sérgio Pinto Martins, “Subordinação é o estado de sujeição em que se coloca o emprego em relação ao empregador, aguardando ou executando suas ordens”.

5. DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE SOBRE A FORMA .

Um breve resumo dos tópicos acima relatados nos permite relatar o seguinte:

- A R.G. Sertal Com.e Prestação de Serviços Ltda EPP foi criada posteriormente, em 01/12/2000 no mesmo endereço;
- A R.G. Sertal Indústria e Com. Ltda. desde o início das suas atividades optou pelo regime tributário do Lucro Presumido e a partir do ano calendário 1997 passou a Lucro Real. Quanto à R.G. Sertal Com. e Prestação de Serviços Ltda. EPP sempre foi optante do SIMPLES;
- O sócio Sr. Antonio Roberto Gomides participou da criação da R G SERTAL IND. E COM. LTDA., com as responsabilidades de um sócio gerente , assim como juntamente com sua esposa e seu sobrinho criou a empresa R G SERTAL COM E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.-EPP , participando como cotista até 01/09/2003;
- Sr. Antonio Roberto Gomides de 01/12/2000 até 01/09/2003 foi Sócio Gerente/Administrador da R G SERTAL IND. E COM. LTDA. e Sócio Cotista da outra empresa, e que o Sr. Eduardo Machado Gomides é Sócio Administrador da R G SERTAL IND. E COM. LTDA. desde 01/06/1995 e foi também Sócio Cotista de 01/12/2000 até 01/09/2003 da empresa RG SERTAL COM. E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA. EPP.
- A RG SERTAL COM. E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.-EPP nos anos calendários 2007 declarou um despesa de massa salarial 453,30% maior que a receita bruta auferida e em 2008 teve despesa de massa salarial 284,9% maior que a receita bruta declarada

- A empresa R G SERTAL IND E COM LTDA., apesar do custo quase inexistente com empregados no ano de 2007 e muito baixo em 2008, obteve uma Receita Bruta Operacional de R\$20.533.554,64 (ano 2007) e de R\$28.306.175,15 (ano 2008)
- As 2 (duas) empresas nomearam como procuradora para representá-las perante a Fiscalização a mesma pessoa, ou seja, a empregada Sandra Andréia Guidugli atualmente registrada na RG SERTAL COM. E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.-EPP;
- Os Termos remetidos por via postal, seja para uma ou outra empresa sempre foram recepcionados pela mesma empregada, Sra. Flávia Maria Favaro;
- Das ações trabalhistas distribuídas contra a empresa RG SERTAL COM. E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.-EPP, o Sr. Antonio Roberto Gomides atuou como sócio em 13(treze), preposto em outras 05(cinco) audiências e firmou acordos;
- Os empregados da empresa R G SERTAL COM E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.-EPP executam habitualmente seus serviços sob o comando da empresa R G SERTAL COM E IND LTDA. e no mesmo ambiente de trabalho;
- Vários empregados firmaram contratos de trabalho tanto com a R G SERTAL COM E IND LTDA. como com a R G SERTAL COM E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.-EPP;
- As funções exercidas pelos empregados da R G SERTAL COM E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.-EPP são as mesmas da R G SERTAL COM E IND LTDA.;
- A folhas de pagamentos e demais documentos trabalhistas da R G SERTAL COM E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.-EPP e da R G SERTAL COM E IND LTDA. são elaborados pelo mesmo Escritório Contábil e empregados administrativos da empresa;
- O Contador que assina a contabilidade da R G SERTAL COM E IND LTDA. é o mesmo da R G SERTAL COM E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.-EPP;
- Não existem lançamentos referentes às despesas na contabilidade da empresa R G SERTAL COM E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.-EPP, isto é, de energia elétrica, água e esgoto, telefone, aluguel do local onde alega ser seu domicílio fiscal, as quais são inerentes a qualquer atividade comercial e/ou de serviço;
- A empresa prestou serviços apenas para a RG SERTAL IND E COM LTDA, nos anos de 2007 e 2008, os quais eram repassados como Reempreita de Serviços, conforme mostram as notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela RG SERTAL COM E PREST DE SERVS LTDA-EPP;
- Existem pagamentos por cheques, efetuados pela RG SERTAL IND E COM LTDA para trabalhadores registrados na empresa RG SERTAL COM E PREST DE SERVS LTDA-EPP
- O ambiente de trabalho é o mesmo para os empregados das duas empresas e todos usam uniformes iguais;
- No sítio RG SERTAL 20 ANOS não há distinção entre as empresas(ver anexo Sítio RG Sertal) e no menu contato são indicadas as pessoas a serem procuradas para fins comerciais, aonde constam nomes que são registrados na RG SERTAL IND E COM LTDA. ou na empresa RG SERTAL COM E PREST DE SERVS LTDA.-EPP;

- O registro de controle de frequência dos trabalhadores da R G SERTAL COM E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.-EPP é feito pela R G SERTAL COM E IND LTDA. ;

- A Subordinação hierárquica dos trabalhadores da empresa R G SERTAL COM E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA-EPP aos empregadores da R G SERTAL COM E IND LTDA ;

Os fatos supra descritos evidenciam uma situação fática completamente divergente da situação jurídica. Por meio dos mesmos podemos concluir que a empresa R G SERTAL COM E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.-EPP, empresa optante pelo SIMPLES, foi constituída pela EMPRESA R G SERTAL COM E IND LTDA. para contratar e utilizar empregados com redução dos encargos previdenciários.

Nas relações trabalhistas deve prevalecer a situação fática e não a incorretamente formalizada: o denominado princípio da primazia da realidade sobre a forma. Por esse princípio a realidade fática prevalece sobre qualquer instrumento formal utilizado para documentar o contrato, pois as circunstâncias e o cotidiano na relação empregatícia podem ser diversa daquilo que ficou documentado, podendo por isso gerar mais obrigações e direitos entre as partes. A essência do ato jurídico é o fato e não a forma.

Em virtude de tudo aqui relatado e comprovado, bem como o fundamento acima citado foram considerados os vínculos empregatícios dos funcionários da empresa R G SERTAL COM E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.-EPP diretamente com a empresa R G SERTAL COM E IND LTDA. Essa decisão tem igual fundamento nos artigos 9º e 444 da Consolidação das Leis do Trabalho abaixo descritas:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Pela leitura dos artigos supra obtemos também a fundamentação legal para desconsiderar o vínculo empregatício dos funcionários da empresa R G SERTAL COM E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA-EPP , uma vez que o mesmo foi instituído com o intuito exclusivo de não recolher as contribuições sociais destinadas à Seguridade Social incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados.

É Fundamental destacar, que face o previsto no artigo 33 da Lei nº 8.212/91, compete à Secretaria da Receita Federal do Brasil o planejamento, a execução, cobrança e recolhimento das contribuições previdenciárias. E no exercício da atividade fiscalizatória, incumbe a este órgão averiguar a ocorrência de fatos geradores, com a prerrogativa não só de interpretar a norma jurídica, mas também de proceder ao enquadramento dos segurados na condição estabelecida no artigo 12, I da Lei nº 8.212/91, aplicando a legislação tributária pertinente.

O artigo 142 do Código Tributário Nacional dispõe, *in verbis*: [...]

Portanto, é inerente à atividade fiscal a correta identificação do fato gerador e da base de cálculo da obrigação tributária, identificando, ainda, o sujeito passivo da obrigação respectiva, devendo ater-se mais à realidade dos fatos do que aos aspectos formais dos negócios jurídicos, apresentados pelo contribuinte.

No caso em tela, a Autuada usou meios aparentes para ocultar o desejado, motivo pelo qual tornou-se mister a desqualificação do negócio aparente, buscando a realidade subjacente e cobrando o tributo efetivamente devido.

Luciano Amaro, em sua obra “Direito Tributário Brasileiro”, 14ª edição, São Paulo, Saraiva, 2008, pg 238 reconhece a validade dos atos praticados pela autoridade fiscal na presente autuação:

“O que se permite à autoridade fiscal nada mais é do que, ao identificar a desconformidade entre os atos ou negócios efetivamente praticados (situação jurídica real) e os atos ou negócios retratados formalmente (situação jurídica aparente), desconsiderar a aparência em prol da realidade.”

Em face do exposto, ficou provada e devidamente fundamentado o vínculo empregatício entre a AUTUADA E OS TRABALHADORES DA EMPRESA R G SERTAL COM E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA-EPP .

Tendo em vista a constituição de empresa por interpostas pessoas esta fiscalização representa a V.S, a fim de que se proceda à exclusão de ofício do contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições – SIMPLES, na condição de Empresa de Pequeno Porte [...].

6 - Da Proposta

Proponho que o Chefe da Fiscalização encaminhe esta Representação ao Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto, a fim de que a empresa acima identificada seja desenquadrada do SIMPLES, na condição de Empresa de Pequeno Porte, com efeitos a partir de 01/01/2007.

A partir dos fundamentos de fato e de direito na Representação Fiscal de e-fls. 02-17, acompanhada do acervo fático-probatório robusto de e-fls. 20-7016, a Recorrente foi corretamente excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/RPO/SP nº 75, de 27.04.2011, e-fl. 7023:

1- A exclusão da empresa R G SERTAL COM E PREST DE SERVIÇOS LTDA-EPP , CNPJ 04.201.053/0001-21, situada na Rua Amadeu Bonato, n. 129, sala-01, Distrito Industrial - Sertãozinho/SP, do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples, de que trata a Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, por constituição da pessoa jurídica através de interpostas pessoas.

Por conseguinte, o Ato Declaratório Executivo DRF/RPO/SP nº 75, de 27.04.2011, e-fl. 7023, deve ser mantido, que a exclusão do Simples Federal dá-se de ofício mediante ato declaratório quando a Recorrente optante incorreu na sua constituição por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios, circunstância esta evidenciada pelo acervo fático-probatório.

Declaração de Concordância

Consta no Acórdão da 2ª Turma DRJ/SP1/SP nº 16-56.523, de 27.03.2014, e-fls. 7085-7109, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015):

I Preliminares.

I 1 Diligência, perícia e juntada de documentos.

9. A recorrente protesta pela produção de todos os meios de provas em direito admitidos, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da CF/1988, tais como pela realização de novas diligências, juntada de novos documentos, prova pericial, testemunhal, com o intuito de comprovar os fatos articulados na defesa.

10. Sobre este pedido cabe examinar o que dispõem os artigos 15, 16 e 18 do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972: [...]

11. A prova documental, conforme se lê no caput do artigo 15 do Decreto nº 70.235/1972, deve ser apresentada juntamente com a defesa, a menos que fique demonstrada a ocorrência de uma das hipóteses elencadas no § 4º do artigo 16. A verificação da ocorrência de uma destas hipóteses somente é possível com o exame do caso concreto, a saber: a juntada intempestiva de documentos nos termos do § 5º do mesmo artigo 16. Assim, não cabe a este órgão julgador se manifestar, acolhendo ou indeferindo juntada de documentos que ainda não ocorreu.

12. Quanto à diligência e perícia, para que estas sejam deferidas, devem atender os requisitos previstos no inciso IV do artigo 16 do Decreto nº 70.235/1972, requisitos estes não atendidos pela defendente, razão suficiente para que sejam consideradas não formuladas conforme § 1º do mesmo artigo 16. Também não há motivo para determina-las de ofício por serem prescindíveis nos termos do artigo 18 do Decreto nº 70.235/1972, pois, conforme exposto no exame do mérito do ato de exclusão, o presente litígio se resolve com o direito e os fatos comprovados por documentos já constantes dos autos.

I 2 - Cerceamento de defesa e nulidade.

13. Preliminarmente, cabe ressaltar que é improcedente a preliminar de nulidade e cerceamento de defesa do ato de exclusão fiscal arguida pela recorrente, porquanto assim estatuem os artigos 59 e 60 do Decreto n.º 70.235, de 1972 (Processo Administrativo Fiscal – PAF). [...]

12. Do exame do dispositivo supra extrai-se que, no tocante ao ato de exclusão, só pode haver nulidade se o ato for praticado por agente incompetente (inciso I), uma vez que a hipótese do inciso II do mesmo artigo, relativa a cerceamento do direito de defesa, alcança apenas os despachos e decisões, quando proferidos com inobservância do contraditório e da ampla defesa.

13. Não se evidencia nos autos a ocorrência da hipótese mencionada, tendo em vista que o ato emanou de autoridade competente (Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil ocupante do cargo de Delegado da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto/SP).

14. Quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões cometidas no auto de infração 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.

15. Não se evidencia nos autos a ocorrência de quaisquer das hipóteses mencionadas, tendo em vista que a descrição dos fatos é clara e precisa, não comportando qualquer dúvida quanto aos fatos imputados, bastando ler a Representação para Exclusão do Simples Federal, consultar os Anexos e os quadros comparativos para se ter presente as circunstâncias que envolveram a emissão do ADE.

16. Registre-se que todos os documentos produzidos no curso do procedimento fiscal são idôneos, coletados pela fiscalização tributária dentre os documentos disponibilizados pela própria empresa e em pesquisas realizadas, em estrita consonância com as normas atinentes ao Processo Administrativo Fiscal (P.A.F).

17. Quanto à questão específica de que não teria sido demonstrada a constituição da defendente por interpostas pessoa, o tópico será esclarecido em detalhes na análise do mérito.

18. Portanto, não houve, enfatize-se, qualquer cerceamento de defesa da interessada, e não há como prosperar a veiculada tese de nulidade, uma vez que o auto de infração foi lavrado por pessoa competente e está perfeito do ponto de vista formal, consoante as disposições legais do artigo 10 do Decreto n.º 70.235/1972, e lavrado em conformidade com o artigo 142 do Código Tributário Nacional (CTN).

I 3 - Doutrina e Jurisprudência.

19. Ainda em sede de preliminar, torna-se importante observar que a doutrina e a jurisprudência citadas pela recorrente, em processos dos quais não tenha participado ou que não apresentem eficácia erga omnes, servem apenas de reforço aos seus argumentos, não vinculando a Administração àquelas interpretações, vez que não têm eficácia normativa (art. 100 do CTN).

II – Mérito.

20. O Ato Declaratório Executivo n.º 75/2011 foi emitido para excluir a contribuinte do Simples Federal, com fulcro no art. 14, inciso IV, da Lei n.º 9.317/1996: [...]

21. A questão posta em litígio, portanto, resume-se a verificar se a fiscalização documentou os autos com elementos suficientes a amparar o ato de exclusão que se discute.

22. Antes de adentrar no exame do conjunto probatório, cabe mencionar que em relação à terminologia técnica, observou-se na legislação tributária o surgimento do termo “interposta pessoa” em substituição à expressão de sentido figurado “laranja”, que é descrito no dicionário da língua portuguesa Houaiss e Villar como “indivíduo, nem sempre ingênuo, cujo nome é utilizado por outro na prática de diversas formas de fraudes financeiras ou comerciais, com a finalidade de escapar do Fisco ou aplicar dinheiro de origem ilícita; testa-de-ferro”.

23. Na formação de sociedades comerciais, hodiernamente, não é incomum encontrarmos interposição de pessoas, sempre com vistas a esconder o verdadeiro interessado no negócio. A interposta pessoa é instituída nos contratos, com ou sem o seu conhecimento, sobrevivendo o abuso negocial proposital. Ou seja, terceiras pessoas são inseridas na sociedade como pseudo sujeitos das relações jurídicas, em prol de benefícios ilícitos em favor do titular oculto, que faz o aproveitamento econômico do negócio. Trata-se de negócio simulado, ou seja há operações com a aparência de legalidade, que são forjadas para esconder a realidade dos fatos.

24. O autuante conduziu fiscalização nas empresas R. G. Sertal Indústria e Comércio Ltda. (optante pelo Lucro Real e denominada Autuada informe-se que as Contribuições Previdenciárias foram lançadas em Auto de Infração no processo 15956.720024/2011-28) e R. G. Sertal Comércio e Prestação de Serviços Ltda.-EPP (optante do Simples Federal desde a sua constituição em 01/12/2000 até 30/06/2007 e denominada empresa no Simples), e reuniu elementos que constituem prova robusta de que R. G. Serviços foi constituída por meio de interpostas pessoas com a finalidade de reduzir os encargos previdenciários da contribuinte R. G. Sertal Indústria:

I - Constituição das empresas e objeto social.

24.1. A Autuada foi constituída em 02/05/1989, estando localizada à Rua Amadeu Bonato n.º 129, Distrito Industrial, Sertãozinho/SP, ao passo que a empresa no Simples, criada em 01/12/2000, encontra-se no mesmo endereço, precisamente à Rua

Amadeu Bonato n.º 129, sala 01, Distrito Industrial, Sertãozinho/SP, estando as duas empresas instaladas no mesmo imóvel, que é de propriedade da Autuada.

24.2. O Quadro Societário (Anexo I) da Autuada registra como sócios os irmãos Antonio Roberto Gomides e Eustáquio Gomides da Silva, sendo este último excluído em 27/06/1995 e substituído pelo sócio Eduardo Machado Gomides, sobrinho do Sr. Antonio Roberto Gomides. Na empresa no Simples, compõem o Quadro Societário o Sr. Antonio Roberto Gomides, sua esposa, Sra. Sueli Aparecida Azevedo Gomides e seu sobrinho, Sr. Eduardo Machado Gomides, que após alteração efetivada em 03/02/2004, restou constituído pela Sra. Sueli Aparecida Azevedo Gomides e pelo Sr. Rafael Azevedo Gomides, filho da Sra. Sueli Aparecida Azevedo Gomides e do Sr. Antonio Roberto Gomides.

24.3. O objeto social declarado pela Autuada é a exploração do ramo de indústria e comércio de equipamentos e componentes para usinas de açúcar, destilarias de álcool, engenho de pinga e assistência técnica, e o da empresa no Simples comércio de equipamentos, componentes para usinas de açúcar, destilaria de álcool, engenho de pinga e prestação de serviços de reparação em geral. Entretanto, ambas têm como atividade preponderante a Manutenção e Reparação de Máquinas e Equipamentos, ou seja, há identidade de objetivos.

II - Provas que confirmam que todos os funcionários da empresa no Simples Federal trabalhavam para atender os mandamentos e interesse econômicos da Autuada.

II - 1 - Desmesurada e discrepante relação entre Receita Bruta e Despesa com Massa Salarial declarada em GFIP.

24.4. A empresa no Simples, no ano-calendário 2007, apresentou despesa com massa salarial 453,30% maior que a receita bruta auferida, tendo tal relação atingido 284,90% no ano-calendário 2008. Contrariamente, tais parâmetros alcançaram 1,08% e 3,34% para a Autuada.

EMPRESA	ANO CALENDÁRIO	RECEITA BRUTA	MASSA GFIP	% GFIP X RB
RG SERTAL IND. E COM LTDA.	2007	20.533.554,64	222.105,76	1,08%
RG SERTAL COM E PREST SERV LTDA. EPP	2007	473.785,00	2.147.705,37	453,30%
RG SERTAL IND. E COM LTDA.	2008	28.306.175,15	947.447,49	3,34%
RG SERTAL COM E PREST SERV LTDA. EPP	2008	844.090,00	2.404.755,64	284,9%

II - 2 - Recebimentos dos Termos de Intimação Fiscal e indicação da funcionária com poderes para representação junto à RFB.

24.5. Todos os Termos de Intimação Fiscal enviados para a Autuada e para a empresa no Simples foram recebidos pela Sra. Flávia Maria Favaro, registrada como funcionária na empresa no Simples e contratada como recepcionista, não figurando nos quadros da Autuada. Tal fato já deixa visível que o serviço de Recepção das duas empresas é o mesmo, incumbência de uma funcionária da empresa no Simples e que trabalha também sob o mandamento da Autuada (Anexo II).

24.6. Além desta flagrante prova que demonstra que os trabalhadores registrados na empresa no Simples laboravam de acordo com os interesses e as ordens da Autuada, as duas empresas reforçaram ainda mais as suspeitas ao nomearem como Procuradora (Anexo III) para representa-las perante a Fiscalização a funcionária Sandra Andréia Guidugli, atualmente registrada na empresa no Simples.

II 3 – Atuação dos sócios da Autuada, Srs. Antonio Roberto Gomides e Eduardo Machado Gomides, nas ações trabalhistas da empresa no Simples.

24.7. Das ações trabalhistas distribuídas contra a empresa no Simples, o Sr. Antonio Roberto Gomides atuou como sócio em treze, preposto em outras cinco audiências, e firmou acordos. O Sr. Eduardo Machado Gomides (sócio da Autuada) participou em uma audiência trabalhista e a Sra. Sueli A. Gomides, que era e é a única sócia com poderes para representar a empresa no Simples perante a Justiça Trabalhista, teve participação somente em uma ação trabalhista (Anexos IV e V).

24.8. Na quase totalidade das ações contra a empresa no Simples, a discussão da jornada de trabalho era amparada por Folhas de Ponto que continham, em destaque, o nome da Autuada e seu CNPJ, o que comprova claramente que os empregados eram registrados na empresa no Simples e tinham o ponto controlado pela Autuada (Anexos VI a IX).

24.9. Foram encontradas cópias de inúmeros cheques da Autuada, assinados pelo Sr. Antonio Roberto Gomides, para pagamento de salários de funcionários registrados na empresa no Simples e juntados nos processos trabalhistas (Anexos VI a IX).

24.10. Pelo não recolhimento das contribuições previdenciárias de dois acordos firmados pelo Sr. Antonio Roberto Gomides, foram expedidos dois Mandados de Citação, Penhora e Avaliação, em desfavor da empresa no Simples, que foram recebidos e assinados pelo Sr. Antonio Roberto Gomides, na condição de Representante da empresa.

24.11. Em ação trabalhista que tramitou na 2ª Vara Trabalhista de Sertãozinho/SP, movida contra a empresa no Simples, na qual o Sr. Antonio Roberto Gomides atuou como sócio, a empresa interpôs recurso, que não foi sequer analisado, por defeito de representatividade, em virtude da procuração não ter sido outorgada pela sócia de direito, Sra. Sueli Aparecida Azevedo Gomides (Anexo XI).

24.12. Na retrocitada Vara Trabalhista foi proposta ação contra a Autuada e incluída na lide, como sucessora, a empresa no Simples. O Sr. Antonio Roberto Gomides compareceu como sócio da Autuada, a Sra. Sueli Azevedo Gomides como sócia da empresa no Simples, sendo que na audiência ocorrida em 15/09/2009 compareceu apenas o Sr. Antonio Roberto Gomides, que atuou ao mesmo tempo como sócio da Autuada e preposto da empresa no Simples, tendo afirmado acordo no processo (Anexo XII).

II - 4 – Controle de Ponto dos funcionários da empresa no Simples realizado pela Autuada.

24.13. Como resultado de intimação para que as duas empresas apresentassem os registros de ponto relativos ao ano-calendário 2007, somente a empresa no Simples os disponibilizou, que foram gerados pela Autuada, com seu respectivo CNPJ (Anexos XIX a XXII). Posteriormente, compareceu a Autuada na RFB sem o documento solicitado, tendo apresentado declaração escrita (Anexo XIV) de que os arquivos entregues continham informações de seus funcionários agregados na empresa no Simples, e consignou que a Autuada não possuía cartões de ponto.

24.14. Tornou-se evidente a confusão administrativa que impera entre as duas empresas, pois na realidade é a empresa no Simples que não possuía os registros de ponto em separado, contrariando a explicação existente no documento entregue à fiscalização (Anexo XIV). Ficou claro e provado que todos os funcionários registrados na empresa no Simples tinham os seus registros de ponto controlados pela Autuada,

isto é, os trabalhadores estavam apenas registrados na empresa no Simples para diminuir a carga tributária, mas de fato trabalhavam para a Autuada.

II – 5 – Identidade de funções dos trabalhadores nas duas empresas.

24.15. Há identidade de funções entre as duas empresas, posto que a empresa no Simples apresenta quase todas as dezessete funções existentes na Autuada, o que não deixa dúvidas acerca do mesmo objetivo econômico.

II – 6 – Empregados que trabalharam nas duas empresas.

24.16. Mediante análise nos documentos e declarações entregues pelas empresas constatou-se que inúmeros empregados tiveram contratos de trabalho com as duas empresas.

II – 7 – Contabilidade das duas empresas.

24.17. Análise da contabilidade das duas empresas revelou diversos indícios e fatos contundentes que sinalizam que a empresa no Simples foi utilizada para registrar os funcionários da Autuada, ou seja, unicamente para não recolher a parcela da empresa junto à Previdência (20%), RAT (3% e 1%) e Outras Entidades (5,8%) sobre o total das remunerações dos funcionários.

24.18. A empresa no Simples possui lançamentos em sua contabilidade de receitas auferidas somente de prestação de serviços, mesmo constando também em seu objeto social comércio de equipamentos, componentes para usinas de açúcar, destilaria de álcool e engenho de pinga. No plano das despesas, os lançamentos derivam quase que totalmente da folha de pagamento de salários e respectivos encargos trabalhistas, não possuindo registros contábeis de despesas com material de escritório, material de limpeza, fotocópias, cartorárias, postal, alimentação, conservação de maquinários, ferramentas, etc. Igualmente, não foram encontrados lançamentos de despesas de energia elétrica, água e esgoto, telefone, aluguel do local onde alega ser seu domicílio fiscal, que são inerentes a qualquer atividade comercial e/ou de serviço (Anexos às fls. 6954 a 7013).

24.19. Em resposta a Termo de Intimação Fiscal, a sócia da empresa no Simples, Sra. Sueli Azevedo Gomides, declarou que a empresa não possuía contas de luz e água, bem como registro de propriedade do imóvel, contrato de locação ou sublocação do seu endereço comercial consignado no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica da Receita Federal do Brasil (Anexo XIV). Em consulta ao sítio da Telefônica na internet não foram encontradas linhas de telefone em nome da empresa, sendo exibidas à Fiscalização somente contas em nome da Autuada (Anexo XVI).

24.20. Inexistem lançamentos relativos às contas do ativo permanente da empresa no Simples, ou seja, não possui máquinas, acessórios, móveis e utensílios, computadores, ferramentas, linhas telefônicas, instalações elétricas e aparelhos celulares (Anexo Comparação Ativo Permanente). Ao contrário, a Autuada apresenta lançamentos que noticiam um ativo permanente, e outros, de despesas com água e esgoto, bens de curta duração, combustíveis e lubrificantes, conservação de maquinário, consertos e reparos, conservação de veículos, despesas com comunicações, com veículos, xerox, energia elétrica, material de consumo, locação de bens, material de limpeza, utensílios diversos e uniformes (Anexos fls. 6952 a 7013).

II – 8 – Prestação de serviços.

24.21. De acordo com os lançamentos de receitas (Anexo – fl. 7013) a empresa no Simples prestou serviços apenas para a Autuada nos anos 2007 e 2008, os quais eram repassados como reempreita de Serviços, conforme mostram as Notas Fiscais

(Anexo XVII), o que ratifica a total dependência total da empresa no Simples com relação a Autuada.

II – 9 – Honorários Contábeis, GFIP e Folhas de Pagamento.

24.22. A contabilidade, elaboração e remessa das GFIP e Folhas de Pagamento das duas empresas ficaram a cargo do mesmo escritório contábil, sendo os Livros Contábeis assinados pelo mesmo contabilista (Anexos às fls. 6952 a 7013), ficando o pagamento de todos os serviços por conta da Autuada, que promoveu os lançamentos na conta Honorários Contábeis (fls. 6952/7013).

II – 10 – Instalações das empresas, uniformes e sítio na internet.

24.23. Diligência conduzida nos endereços declarados pelas duas empresas no Cadastro CNPJ, ou seja, rua Amadeu Bonato n.º 129 e n.º 129 sala 01, Distrito Industrial, Sertãozinho/SP, confirmou o que toda a documentação já vinha denunciando.

24.24. Recepcionista registrada na empresa no Simples vestia uniforme com o logotipo RG Sertal e atendia indiscriminadamente aos interesses das duas empresas, recebendo e fazendo ligações telefônicas, recepcionando correspondências e público de um modo geral.

24.25. O Sr. Antonio Roberto Gomides conduziu os Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (ARFRB) pelas instalações da empresa, tendo a fiscalização notado que todos os empregados das duas empresas trabalhavam com uniformes idênticos, com a logomarca RG Sertal, no mesmo ambiente de trabalho.

24.26. Todos os funcionários, inclusive o sócio Sr. Antonio Roberto Gomides exibiam crachá de identificação e controle de frequência, com registro do nome da empresa no Simples, com uso do mesmo marcador de ponto, os mesmos refeitórios, e sob a mesma administração.

24.27. Solicitados vários crachás, requereuse ao Sr. Antonio Roberto Gomides que esclarecesse, por escrito, o nome, a função e a empresa dos selecionados. Embora todos os crachás consignassem o nome da empresa no Simples, registrou o retrocitado sócio que dois dos sete empregados eram na realidade funcionários da Autuada (Anexo XV).

24.28. Asseverou o Sr. Antonio Roberto Gomides que dentre as atividades executadas, o setor de industrialização representava apenas 15%, sendo o restante representado por serviços de manutenção.

24.29. Constatou-se que as instalações da empresa no Simples, com endereço à Rua Amadeu Bonato n.º 129, sala 01, são constituídas por um ambiente com 10 m², dentro do departamento administrativo da Autuada, no qual se encontrava a sócia, Sra. Sueli Azevedo Gomides.

24.30. No sítio da Autuada não há distinção entre as empresas (Anexo – fls. 7014/7016), e no menu Contato são indicadas as pessoas registrados na Autuada ou na empresa no Simples, existindo uma prevalência de empregados ocupando cargos estratégicos registrados na empresa no Simples, reforçando o fato de que os trabalhadores têm apenas as suas carteiras de trabalho vinculadas a esta empresa, mas trabalham de fato para a Autuada.

III – Subordinação hierárquica.

24.31. O controle de frequência efetuado pela Autuada, administrado e arquivado em suas dependências juntamente com os empregados da empresa no

Simples, caracteriza a subordinação hierárquica dos trabalhadores da empresa no Simples aos empregadores da Autuada.

25. O quadro que emerge dos autos permite definir com clareza que a empresa no Simples não apresenta autonomia, nos seus diversos matizes, em relação à Autuada.

26. A empresa no Simples foi constituída no mesmo endereço, mesmo imóvel (de propriedade da Autuada), não possui contas de luz e água, registro de propriedade do imóvel, contrato de locação ou sublocação do seu endereço comercial, bem como linhas de telefone. Inexistem lançamentos contábeis relativos às suas contas de ativo permanente.

27. No plano das despesas, os lançamentos derivam quase que totalmente da folha de pagamento de salários e respectivos encargos trabalhistas, não possuindo registros contábeis de despesas usuais a qualquer empreendimento econômico de natureza industrial e comercial. Quanto às receitas, os lançamentos demonstram que prestou serviços apenas para a Autuada. Assim, apresentou relação entre Massa Salarial e Receita Bruta de 453,30% e 284,90% para os anos-calendário 2007 e 2008.

28. Os registros de ponto foram inteiramente gerados pela Autuada, comprovando que os funcionários estavam efetivamente vinculados a esta empresa, fato corroborado pelo recebimento de Termos de Intimação Fiscal enviados à Autuada por funcionária registrada na empresa no Simples, nomeação de mesma Procuradora para ambas as empresas (funcionária da empresa no Simples) e documentos acostados em ações trabalhistas da empresa no Simples, amparados por Folhas de Ponto com nome da Autuada e seu CNPJ.

29. Diligência conduzida no local revelou uso de uniforme comum por todos os funcionários, com mesmo crachá de identificação (com o nome da empresa no Simples), num único ambiente de trabalho e sob a mesma administração.

30. Há identidade de objetivos expressos no objeto social de ambas as empresas, fato constatado em diligência.

31. No plano do comando da empresa no Simples surge, incontestemente, a figura do Sr. Antonio Roberto Gomides (responsável legal e sócio-administrador da Autuada), que atuou em diversas ações trabalhistas como sócio e preposto, inclusive firmando acordos e assinando cheques para pagamento de funcionários registrados na empresa no Simples, conforme documentos anexados em ações trabalhistas.

32. O retrocitado sócio inclusive recebeu os AFRFB em diligência pelas instalações comuns das empresas, portando crachá de identificação com registro do nome da empresa no Simples.

33. Os fatos acima comprovam que as duas empresas são compostas por familiares, cujo dirigente principal é o Sr. Antonio Roberto Gomides, restando comprovada a identidade na administração da Autuada e da empresa no Simples Federal.

34. Destarte, ficou demonstrado que a empresa no Simples sequer auferiu recursos para pagar a folha de pagamento, evidenciando ainda mais a dependência e a subordinação à contribuinte Autuada, que inclusive foi responsável pelo pagamento dos serviços de contabilidade prestados por contabilista à empresa no Simples e contabilizou a despesas em sua conta de Honorário Contábeis.

35. Tendo em vista a inexistência de qualquer tipo de ativo permanente, sequer aluguel de maquinários e ferramentas, a conta Caixa com saldo credor, bem como ausência de despesas essenciais à existência de qualquer empresa, a empresa no

Simples não pode ser considerada uma empresa independente, restando evidente a autonomia econômica da Autuada e a visível dependência da empresa no Simples.

36. Como bem menciona a Representação Fiscal para Exclusão os fatos descritos evidenciam uma situação fática completamente divergente da situação jurídica, podendo-se concluir que a empresa no Simples foi constituída pela Autuada para contratar e utilizar empregados com redução dos encargos previdenciários. Nas relações trabalhistas deve prevalecer a situação fática e não a incorretamente formalizada: o denominado princípio da primazia da realidade sobre a forma. Por esse princípio a realidade fática prevalece sobre qualquer instrumento formal utilizado para documentar o contrato, pois as circunstâncias e o cotidiano na relação empregatícia podem ser diversos daquilo que ficou documentado, podendo por isso gerar mais obrigações e direitos entre as partes. A essência do ato jurídico é o fato e não a forma.

37. Inconcebível que a Autuada, para reduzir encargos trabalhistas, desonere irregularmente a sua produção, ao franquear suas próprias máquinas, imóveis e demais instalações, utilizando-se de parentes do Sr. Antonio Roberto Gomides, para configurar autonomia administrativa, com o único intuito de evadir-se de obrigações tributárias, mediante a simulação de atividade empresarial autônoma.

38. Ficou evidenciado, no caso sob exame, um arranjo negocial, um caminho indireto, simulado, com o intuito de obter economia fiscal.

39. O conjunto probatório relatado pela fiscalização ancorado em elementos e evidências robustas, não de forma isolada, mas dentro de um contexto abrangente, atinente à disposição empresarial atípica, à unicidade dos meios produtivos, da localização física, do relacionamento com os empregados, leva à convicção de que a realidade fática essencial das atividades realizadas pelas empresas foi modificada artificialmente, com o intuito de usufruir indevidamente os benefícios do sistema de tributação do Simples Federal.

40. E, nesse propósito, a validade inerente da constituição formal da pessoa jurídica da empresa considerada interposta foi burlada, em sua essência, a partir do arranjo circunstancial concebido pela justaposição física e operacional desta empresa. Tal situação fática permitiu à fiscalização o enquadramento no artigo 14, inciso IV, da Lei nº 9.317/1996 acima transcrita.

41. Portanto, com lastro nas circunstâncias fáticas constadas e, no suporte jurídico pertinente, a auditoria fiscal logrou demonstrar que o artifício apontado teve como propósito oferecer validade jurídica e formal a uma disposição negocial exclusivamente concebida e destinada a obter vantagens fiscais indevidas, enquadrando-se na hipótese prevista para a exclusão do Simples Federal.

42. Assim, pertinente a emissão do Ato Declaratório Executivo nº 75/2011, para excluir a contribuinte do Simples Federal, estando o mesmo em perfeita consonância com a legislação de regência da matéria. [...]

44. Na defesa apresentada a recorrente afirma que diversas circunstâncias apontadas pela fiscalização acerca de sua constituição por interposta pessoa não foram comprovadas, além de não serem aptas a amparar tal conclusão.

45. Assevera que o fato de sua constituição ter sido realizada com a participação dos atuais sócios da RG Sertal Indústria e Comércio Ltda, que possuem laços de parentesco com os atuais sócios da recorrente, em nada contribui para demonstrar que a defendente teria sido constituída por interpostas pessoas, tendo apenas o significado de demonstrar que se trata de uma empresa familiar. Acrescenta que caso a requerente tivesse efetivamente sido constituída por interpostas pessoas, a mesma teria sido constituída por terceiros que não possuíssem quaisquer vínculos com a RG Sertal

Indústria e Comércio Ltda., adotaria razão social diversa, que em nada remetesse à empresa RG Sertal Indústria e Comércio Ltda., bem como se instalaria em local distinto.

46. Esclareça-se que a relação de parentesco entre os sócios da RG Sertal Indústria e da R G Sertal Serviços é apenas um indicativo de sua unicidade empresarial. O conjunto probatório reunido pela fiscalização, formado por outros e diversos quesitos (exaustivamente acima relatado e esclarecido), não isoladamente considerados, é que permitem concluir pela constituição da R G Sertal Serviços por interposta pessoa, esta materializada na figura da R G Indústria.

47. Pugna a requerente que a semelhança do objeto social das empresas também não se presta a confirmar a alegação da constituição da recorrente por interposta pessoa, e acrescenta que há uma diferença fundamental entre as duas empresas, porquanto a requerente é essencialmente uma prestadora de serviços de manutenção de equipamentos, enquanto a empresa RG Sertal Indústria e Comércio Ltda. dedica-se à industrialização e ao comércio de equipamentos do setor sucroalcooleiro.

48. Neste quesito, basta enfatizar que em diligência às instalações comuns das empresas, o Sr. Antonio Roberto Gomides declarou à fiscalização que dentre atividades executadas, o setor de industrialização representava apenas 15%, sendo o restante representado por serviços de manutenção.

49. Nas alegações seguintes, a recorrente postula questões relacionadas à relação Receita Bruta/Massa Salarial, nomeação de mesma Procuradora, recebimento de intimações pela mesma pessoa, utilização de mesmo escritório de contabilidade, comparecimento de sócios da RG Indústria em audiências trabalhistas da RG Serviços, controle de ponto, subordinação dos funcionários da RG Serviços ao comando da RG Indústria, funcionários com contrato de trabalho com ambas as empresas, identidade de funções, pagamentos da RG Indústria a funcionários da RG Serviços, ambiente de trabalho comum e sítio na internet.

50. Neste elenco de tópicos a requerente postula, para alguns, que não há comprovação documental nos autos que os corrobore, e para todos, que não constituem evidência de que ela foi constituída por interpostas pessoas.

51. No que se relaciona ao amparo documental, todas as constatações da fiscalização estão descritas nos Anexos e folhas acima indicadas. Quanto ao fato de não corroborarem o fato da constituição da defendente por interpostas pessoas, os parágrafos anteriores já exauriram definitivamente a questão.

52. A requerente também afirma que as Notas Fiscais anexas (juntou documentos às fls. 7059 a 7063) comprovam que a ela presta serviços a terceiros, e não apenas à empresa RG Sertal Indústria e Comércio Ltda.

52. Neste quesito a fiscalização afirmou que de acordo com os lançamentos de receitas (Anexo – fl. 7013) a empresa no Simples prestou serviços apenas para a Autuada nos anos 2007 e 2008, os quais eram repassados como reempreita de Serviços, conforme mostram as Notas Fiscais (Anexo XVII). As Notas Fiscais colacionadas pela interessada foram emitidas em 2011 e não se prestam a descaracterizar o que restou constatado pelo autuante.

53. Por fim, a contribuinte requer que toda e qualquer intimação seja realizada na pessoa de seus procuradores, com endereço à Rua Francisco Riccioni nº 360, Ribeirão Preto/SP, sob pena de nulidade.

54. O artigo 23 do Decreto nº 70.235/1972, abaixo transcrito, disciplina integralmente a matéria. Seus incisos I, II e III configuram as modalidades de intimação, atribuindo ao Fisco a discricionariedade de escolher qualquer uma delas.

Nesse sentido, o § 3º estipula que os meios de intimação previstos nos incisos do caput do artigo 23 não estão sujeitos a ordem de preferência: [...]

55. O inciso II, do citado artigo 23, determina que as intimações por via postal ou por qualquer outro meio sejam feitas com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, sendo este definido no parágrafo 4º do mesmo dispositivo legal, no qual não se enquadra o endereço requerido. Portanto, não sendo a intimação feita pessoalmente ou por meio eletrônico em endereço atribuído pela Administração e autorizado pelo sujeito passivo, não é possível a intimação em endereço diverso daquele por ele fornecido para fins cadastrais.

56. Em consonância com o exposto, voto por julgar improcedente a manifestação de inconformidade da recorrente.

Assim sendo, o Acórdão da 2ª Turma DRJ/SP1/SP n.º 16-56.523, de 27.03.2014, e-fls. 7085-710, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária..

Efeito da Exclusão do Simples Federal

A Recorrente discorda do efeito do procedimento fiscal.

A Lei n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996, prevê:

15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito: [...]

V - a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.

Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

A exclusão do Simples Federal surte efeito a partir, inclusive, do mês da ocorrência do fato, quando a Recorrente fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, nos termos expressamente contidos na legislação tributária. Esta consequência decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional).

Declaração de Concordância

Consta no Acórdão da 2ª Turma DRJ/SP1/SP n.º 16-56.523, de 27.03.2014, e-fls. 7085-7109, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015):

43. Os efeitos da exclusão retroagiram para 01/01/2007, nos termos do art. 15, inciso V, da Lei n.º 9.317/1996, em razão de a infração ao disposto na citada lei ter ocorrido desde o início da período avaliado: [...]

Logo, o Ato Declaratório Executivo DRF/RPO/SP n.º 75, de 27.04.2011, e-fl. 7023, deve ser mantido, em virtude de lei, fato corroborado acertadamente no Acórdão da 2ª Turma DRJ/SP1/SP n.º 16-56.523, de 27.03.2014, e-fls. 7085-7109 .

Ônus da Prova

Vale esclarecer que a norma específica que trata do processo administrativo fiscal estabelece que a impugnação, cuja apresentação regular instaura a fase litigiosa no procedimento, deve conter todas as alegações e instruída com os elementos de prova que as

justificam, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais (art. 15, art. 16, art. 17 e art. 29 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972). Tendo em vista o princípio da concentração da defesa pela via estreita de dilação probatória que o rege, cabe a Recorrente o ônus da prova de seus argumentos com a finalidade de alterar do ato administrativo, já que a atuação da autoridade julgadora limita-se ao controle da sua legalidade, por expressa previsão legislativa (art. 145 do Código Tributário Nacional).

Jurisprudência e Doutrina

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional).

Inconstitucionalidade de Lei

Atinente aos princípios constitucionais, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade (art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF n.º 2).

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este procedimento está de acordo com o princípio da legalidade ao qual o agente público está vinculado em razão da obrigatoriedade da aplicação da lei de ofício (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de julho de 2015).

Dispositivo

Em assim sucedendo, voto em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva