



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10166.724039/2013-18
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2301-006.617 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de novembro de 2019
Recorrente CONSTRUTORA ARTEC S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 30/06/2008

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. MULTAS. PRÊMIOS. CARTÃO DE PREMIAÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

Para afastar a natureza de pagamentos constatados como sendo verba salarial pela fiscalização, efetuados mediante cartão de premiação, cabe à Contribuinte a comprovação de que a referida autuação não tem caráter salarial, devendo, assim, a recorrente efetuar os respectivos recolhimentos das contribuições previdenciárias devidas.

RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS. ART. 135 DO CTN. ADMINISTRADOR DE FATO. EXCESSO DE PODERES, INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO.

Nos termos do art. 135 do CTN, responde pelos tributos devidos pela pessoa jurídica extinta o administrador de fato, por atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, o que resta caracterizado pela comprovação dos autos.

GRUPO ECONÔMICO DE FATO.

A possibilidade da responsabilização tributária por solidariedade entre integrantes de um "grupo econômico", seja ela "de direito" ou "de fato" tem fundamento nos incisos I e II do artigo 124 do Código Tributário Nacional (por expressa determinação legal), que nos leva ao inciso IX do artigo 30 da Lei 8.212/1991, nos casos em que se constata a "confusão patrimonial" e econômica (interesse comum no fato gerador).

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. MULTAS. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. RETROATIVIDADE BENIGNA. SÚMULA CARF N.º 119.

Nos termos da Súmula CARF n.º 119, para as multas por descumprimento de obrigação principal e por descumprimento de obrigação acessória pela falta de declaração em GFIP, associadas e exigidas em lançamentos de ofício referentes a fatos geradores anteriores à vigência da Medida Provisória n.º 449, de 2008, convertida na Lei n.º 11.941, de 2009, a retroatividade benigna deve ser aferida mediante a comparação entre a soma das penalidades pelo descumprimento das obrigações principal e acessória, aplicáveis à época dos fatos geradores, com a multa de ofício de 75%, prevista no art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

João Maurício Vital - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Wesley Rocha - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Antônio Sávio Nastureles, Wesley Rocha, Cleber Ferreira Nunes Leite, Marcelo Freitas de Souza Costa, Sheila Aires Cartaxo Gomes, Juliana Marteli Fais Feriato, Fernanda Melo Leal e João Mauricio Vital (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela CONSTRUTORA ARTEC S/A., contra o Acórdão de Julgamento proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro I -RJ 14ª Turma da DRJ/RJ1), que julgou improcedente a impugnação e manteve as demais disposições do crédito tributário lançado.

O Acórdão recorrido assim dispõe:

“O presente processo foi identificado no sistema COMPROT pelo número 10166.724039/2013-18, e refere-se aos autos de infração identificados pelos DEBCAD 37.173.9284, no valor de R\$ 66.427,78, e respectivos acréscimos legais e DEBCAD 37.173.9292, no valor de R\$ 5.188,35, e respectivos acréscimos legais.

2. O relatório fiscal foi juntado às fls. 25/59 dos autos.

3. O relatório engloba as contribuições apuradas na ação fiscal e cobradas em diversos autos de infração. As contribuições cobradas neste auto de infração referem-se as contribuições patronais e de segurados contribuintes individuais (não declaradas em GFIP) incidentes sobre o pagamento de remunerações indiretas aos sócios mediante aumento e redução do capital social e mediante o pagamento de mútuos simulados.

4. A Auditoria responsabilizou as seguintes empresas que fariam parte do Grupo Econômico LACERDAPAR:

Gama Consultoria Financeira e Participações Ltda – CNPJ: 02.180.034/000130;

RCC Empreendimentos e Participações Ltda – CNPJ: 10.445.595/000142;

Brasília Empresa de Segurança S/A – CNPJ: 02.730.521/000120;

Explora Participações em Tecnologia e Sistema de Informação Ltda –ME – CNPJ: 10.483.781/000176;

Sanart Construção e Comércio S/A – 96.198.874/000174.

5. A responsabilização dessas empresas foi assim justificada pela Auditoria:

19. No caso em comento, a fiscalização se viu obrigada a considerar as empresas abaixo como integrantes do mesmo grupo econômico (GRUPO LACERDAPAR).

Além de a contabilidade da ARTEC evidenciar a relação entre as empresas desse conglomerado, constam ao ANEXO 20 documentos que comprovam a existência do grupo econômico em tela. Nesse anexo é possível verificar, dentre outras situações, similaridades no quadro societário dessas empresas, a existência de sociedades controladas, que empresas estão localizadas num mesmo endereço comercial, que domínios dessas sociedades na internet possuem os mesmos representantes e que empresas admitem a existência desse grupo econômico.

6. Foram também responsabilizados pelo crédito fiscal os seguintes sócios da ARTEC:

Eugenio César Alves Lacerda – CPF: 244.243.58100;

Mauro César Alves Lacerda – CPF: 099.203.40197; Paulo

César Nogueira Lacerda – CPF: 121.617.30100.

7. Sobre a responsabilização dos sócios a Auditoria teceu as seguintes informações: *20. Cumpre mencionar, conforme descrito no decorrer deste relatório, que os sócios da ARTEC, além de serem beneficiários diretos de pagamentos descritos nesse relatório, consentiram com as práticas adotadas para remunerá-los indiretamente.*

8. A Auditoria informa ter constatado a existência de lançamentos que indicam fraudes perpetradas pela Autuada, e assinala as datas onde constam, na contabilidade da empresa autuada, saldos credores na conta “caixa” (ver item 27 do relatório fiscal).

9. Informa a Auditoria que a ARTEC foi intimada a apresentar documentação relativa ao contrato por ela firmado com a empresa Freecard Marketing de Incentivo Ltda. Dentre os documentos solicitados incluem-se:

contratos de prestação de serviço e respectivos anexos e renovações; notas fiscais emitidas pela prestadora dos serviços; relação discriminada dos beneficiários relativos às notas fiscais/faturas emitidas pela FREECARD.

10. A Auditoria informa que a análise da documentação apresentada resultou na conclusão de que a ARTEC contratou a FREECARD para “premiar” trabalhadores indicados pela própria ARTEC.

11. A ARTEC foi intimada a apresentar a relação dos beneficiários do contrato com a FREECARD, tendo respondido à Fiscalização que tendo em vista o período fiscalizado e o fato de se tratar de registro paralelo ao que tem a obrigação legal de manter, não possuía a relação de beneficiários solicitada. Também não foi apresentado o anexo ao contrato firmado com a FREECARD.

12. Diante da falta de apresentação dos documentos solicitados foi lavrado auto de infração por descumprimento de obrigação acessória, e efetuada diligência junto à FREECARD para coletar informações relacionadas ao contrato firmado com a ARTEC (os documentos obtidos constam dos anexos 14 a 19).

13. Assevera a Auditoria que da análise dos documentos entregues pela FREECARD foi possível constatar que a ARTEC foi utilizada para intermediar o pagamento de remunerações a trabalhadores que prestaram serviços à ARTEC. Aduz a Auditoria que tais documentos dispõem claramente que, por indicação da própria ARTEC seus Diretores e Assessores Comerciais seriam premiados de acordo com critérios relacionados a desempenho, esforço e produtividade.

14. Ressalta a Auditoria que a FREECARD além de ter apresentado a relação discriminada dos pagamentos efetuados a trabalhadores que prestaram serviços à ARTEC e receberam por intermédio da FREECARD, também forneceu à Fiscalização os seguintes documentos: comprovantes dos depósitos bancários efetuados diretamente nas contas desses trabalhadores (anexos 18 e 19) e correios eletrônicos enviados pela ARTEC à FREECARD discriminando os beneficiários dos pagamentos.

15. Informa a Auditoria que desde o ano de 2000 os trabalhadores da ARTEC eram remunerados pela FREECARD, sendo que a maior parte desses pagamentos foi contabilizada em contas genéricas que não indicam a natureza dos pagamentos efetuados, como, por exemplo, as contas 2.1.01002.0008/DIVERSOS e 6.3.01.001.0017/SERVIÇOS PRESTADOSPJ.

Apesar disso, alguns lançamentos contábeis da ARTEC comprovam que esses pagamentos estão relacionados à premiação dos trabalhadores, tendo sido efetuados na conta 6.3.01001.0021 (PREMIAÇÃO).

16. Ressalta a Auditoria que os valores pagos à FREECARD pela ARTEC, contabilizadas nas contas acima citadas, não se confundem com outros valores já contabilizados pela ARTEC em contas relativas a créditos, pró labore ou distribuições de lucro.

17. A ARTEC não registrou os pagamentos em questão em suas folhas de pagamento, nem declarou os mesmos em GFIP, assim como não recolheu as contribuições sociais incidentes sobre os mesmos.

18. Ressalta a Auditoria que o pagamento de prêmios e similares está sujeito à incidência de contribuições previdenciárias. Os beneficiários dos pagamentos efetuados pela ARTEC estão discriminados no anexo 25.

19. Concluiu a Auditoria que a Autuada utilizou pessoa jurídica interposta para remunerar de forma indireta seus trabalhadores, notadamente seus sócios, e burlar as legislações trabalhista e tributária.

20. Em atenção ao disposto no artigo 106 do Código Tributário Nacional, a Auditoria comparou as penalidades fixadas pela legislação anterior à Medida Provisória 449/2008 e pela legislação posterior à entrada em vigor da referida MP, para a hipótese de falta de recolhimento das contribuições devidas e da concomitante falta de declaração em GFIP dessas mesmas contribuições. Foi aplicada a legislação mais benéfica para o Contribuinte”.

Em seu Recurso Voluntário a empresa alega, em síntese, o seguinte:

- Inexistência de Grupo Econômico, uma vez que não teria ocorrido os elementos caracterizadores desse instituto.

- Inexistência do fato gerador das contribuições sociais previdenciárias sobre o pagamento de cartão prêmio aos trabalhadores vinculados à recorrente, por meio da empresa FREECARD, conforme justifica em seu recurso.

- Pede aplicação da multa mais benéfica.

Voto

Conselheiro Wesley Rocha, Relator.

O Recurso Voluntário apresentado é tempestivo, bem como é de competência desse colegiado.

Inexistem preliminares arguidas no recurso.

Quanto ao mérito, a autuação se dá em razão de que a recorrente teria utilizado terceira empresa para remuneração sob a rubrica de premiação a seus funcionários, efetuando pagamentos à empresa FREECARD não só a título de prestação de serviços, mas em razão de programa de estímulo de produtividade ou mesmo de desempenho de funcionários, estipulando

remunerações indiretas aos sócios mediante aumento e redução do capital social e mediante o pagamento de mútuos simulados.

As contribuições patronais destinadas à Seguridade Social estão descritas nos incisos I, II e III do art. 22, da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, *in verbis*:

“Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26/11/99).

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11/12/98)

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços; (Inciso acrescentado pela Lei nº 9.876, de 26/11/99)”.

As contribuições do segurado empregado destinadas à Seguridade Social estão descritas no art. 20, da citada Lei:

“Art. 20. A contribuição do empregado, inclusive o doméstico, e a do trabalhador

avulso é calculada mediante a aplicação da correspondente alíquota sobre o seu salário-de-contribuição mensal, de forma não cumulativa, observado o disposto no art. 28, de acordo com a seguinte tabela: (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.4.95):

(...)

O artigo 29, inciso I, da lei supracitada, com redação dada pela Lei nº. 9.528, de 10 de dezembro de 1997, assim define salário-de-contribuição:

Art. 28 – Entende-se por **salário-de-contribuição**:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;

Conforme já demonstrado acima, o art. 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91, estabelece como hipótese de incidência da contribuição social por parte da empresa o total das

remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados que lhe prestem serviços, qualquer que seja a sua forma.

Apesar da recorrente alegar que poderia nunca ocorrer o pagamento da rubrica prêmio aos funcionários, essa não obrou comprovar por meio de documentos idôneos suas alegações. Ademais, a contribuinte não apresentou os documentos que poderiam dar lastro à informação de pagamento do prêmio de maneira não eventual.

Cumpra registrar que, a mera denominação de "prêmio" do pagamento da verba paga aos empregados da recorrente, não dá o condão de afastar a natureza da verba tida como salarial, e nem para atrair a aplicação do já citado art. 28, § 9, "e", "7", da Lei 8.212/91, em sua peça recursal.

Nesse sentido a jurisprudência desse Egrégio Conselho:

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/03/1997 A 31/12/2002 AUSÊNCIA DE LANÇAMENTO EM TÍTULOS PRÓPRIOS DA CONTABILIDADE. PRÊMIOS, MULTA. TODA EMPRESA É OBRIGADA A LANÇAR, EM TÍTULOS PRÓPRIOS DA CONTABILIDADE, DE FORMA DISCRIMINADA, OS FATOS GERADORES DE TODAS AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AS VERBAS PAGAS ATRAVÉS DE CARTÕES DE PREMIAÇÕES INTEGRAM O SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO POR FORÇA DO ART. 28 DA LEI Nº 8.212/91, SENDO CORRETO O AUTO DE INFRAÇÃO QUE CONSIDEROU A OMISSÃO DOS VALORES CORRESPONDENTES AOS BENEFÍCIOS PAGOS AOS SEGURADOS EMPREGADOS. A NÃO CORREÇÃO DA FALTA IMPEDE A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE ATENUAÇÃO DA MULTA. RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO MANTIDO. VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS PRESENTES AUTOS. ACORDAM OS MEMBROS DA 3ª CÂMARA / 1ª TURMA ORDINÁRIA DA SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, REJEITAR AS PRELIMINARES SUSCITADAS C, NO MÉRITO, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO(A) RELATOR(A). Sendo, portanto, remuneração, competia à recorrente recolher as contribuições previdenciárias devidas. (Acórdão nº 230101392 do Processo 10980009628200712).

As razões que conduziram o voto do Acórdão n.º 2301-002.724, do processo 17546.001284/2007-71, de 18 de abril de 2012, são de espelhos semelhantes ao presente caso, tendo em vista as mesmas causas e fatos que ensejaram o presente lançamento fiscal, e que ratificam o entendimento aqui esposado, conforme se conclui abaixo:

"No mérito, argui a recorrente que os pagamentos efetuados aos seus empregados, mediante cartão de premiação fornecido pela empresa Sim Incentive Marketing Ltda, não se subsumem ao conceito de remuneração, tampouco de gratificação ajustada.

Como se extrai desses autos a ora recorrente efetuava pagamentos à empresa acima não só a título de prestação de serviços, mas em razão de programa de estímulo de produtividade ou mesmo de desempenho de funcionários. Ora, programas de estímulo a produtividade está inequivocamente ligado à produção da empresa contratante, ou melhor, à atuação dos seus trabalhadores.

Por certo que, pela sistemática envolvida entre a autuada e a empresa citada, cabia a essa última, por meio de cartões de incentivo, premiar os trabalhadores da autuada. É nesse sentido que laborou a presente atuação. Verificando a fiscalização tratar-se de remuneração paga, nos termos do artigo 22, inciso III, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, lançou as contribuições previdenciárias devidas.

Não há dúvidas, portanto, da incidência do citado artigo cuja redação é a seguinte:

Por fim, a DRJ de origem constatou o seguinte:

“(…)

34. Pela leitura do contrato firmado pela ARTEC com a FREECARD é possível verificar na fl. 441 que do mesmo consta que o objetivo final da contratante é reconhecer àqueles por ela indicados, com base em critérios de desempenho, esforço e produtividade, com a utilização de produtos e serviços de marketing de incentivo desenvolvidos pela FREECARD.

35. Como visto, os trabalhadores indicados pela ARTEC, eram premiados, em razão da sua colaboração para o “atingimento das metas propostas pela empresa” (ver cláusula 2, item II, na fl. 442).

36. Em vista do exposto, está plenamente caracterizado que a Impugnante premiava os trabalhadores que, a seu ver, contribuíram, com sua atuação individual, para a melhoria da produção da empresa.

(…)

39. Na hipótese sob exame, não se pode dizer que não existe uma expectativa de reiteração do pagamento dos prêmios, já que **sempre que satisfeitas as condições estabelecidas para a premiação** os trabalhadores farão jus ao recebimento do prêmio.

(…)

40. Examinando o documento de fl. 675/676 (Programa de Incentivo – Qualidade Empresarial ARTEC) verifica-se que foram estabelecidas condições para o recebimento da premiação: meta financeira global de lucro líquido (receita – despesas) e qualidade de venda: avaliação feita pela Diretoria atribuindo nota de 00 a 10 para os critérios: agilidade no processo de preparação; rentabilidade do contrato e menor margem de erro”.

Como se vê, programas de estímulo à produtividade está inequivocamente ligado à produção da empresa contratante, ou melhor, à atuação dos seus trabalhadores. Nesse ponto levantado, não obrou a recorrente afastar as constatações da fiscalização, tampouco, apontar casos concretos da não eventualidade nas suas alegações.

DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS E DA CARATERIZAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO

Foi imputada a responsabilidade dos sócios da empresa recorrente, diante da caracterização dos seguintes dispositivos:

- Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. (CTN)

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

- Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Art. 30.(…)

IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei;

- Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999.

Art. 222. As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza, bem como os produtores rurais integrantes do consórcio simplificado de que trata o art. 200-A, respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes do disposto neste Regulamento. (Redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 2001)”.

Pende sob a recorrente a seguinte acusação:

“19. No caso em comento, a fiscalização se viu obrigada a considerar as empresas abaixo como integrantes do mesmo grupo econômico (GRUPO LACERDAPAR). Além de a contabilidade da ARTEC evidenciar a relação entre empresas desse conglomerado, constam do ANEXO 20 documentos que comprovam a existência do grupo econômico em tela. Nesse anexo é possível verificar, dentre outras situações, similaridades no quadro societário dessas empresas, a existência de sociedades controladas, que empresas estão localizadas num mesmo endereço comercial, que domínios dessas sociedades na internet possuem os mesmos representantes e que empresas admitem a existência desse grupo econômico.

• **Grupo Econômico LACERDAPAR:**

EMPRESA	CNPJ
CONSTRUTORA ARTEC S/A	00.086.165/0001-28
GAMA CONSULTORIA FINANCEIRA E PARTICIPAÇÕES LTDA.	02.180.034/0001-30
RCC EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.	10.445.595/0001-42
BRASILIA EMPRESA DE SEGURANCA S/A	02.730.521/0001-20
EXPLORA PARTICIPACOES EM TECNOLOGIA E SISTEMA DE INFORMACAO LTDA-ME	10.483.781/0001-76
SANART CONSTRUCAO E COMERCIO S/A	96.198.874/0001-74

20. Cumpre mencionar, conforme descrito no decorrer deste relatório, que os sócios da ARTEC, além de serem beneficiários diretos de pagamentos descritos nesse relatório, consentiram com as práticas adotadas para remunerá-los indiretamente.

21. Nesse contexto, a fiscalização também se viu obrigada a caracterizar a sujeição passiva solidária dos seguintes sócios/administradores:

NOME	CPF
EUGENIO CESAR ALVES LACERDA	244.243.581-00
MAURO DESAR ALVES LACERDA	099.203.401-97
PAULO CESAR NOGUEIRA LACERDA	121.617.301-00

Sob os fatos constatados no anexo 20, pouco discorre a recorrente, a não ser que não teriam os sócios agidos de forma contrária à Lei, e, tampouco, haveria a ocorrência de grupo econômico.

Ocorre que foi constatada pela fiscalização a retirada irregular de lucros da sociedade, sem a devida tributação, beneficiando assim todos os sócios ora arrolados, e as empresas apontadas como grupo econômico possuem de fato ligações entre si, e que continha um arcabouço para beneficiar o grupo econômico nas suas operações.

Há, portanto, acusação de simulação no presente auto de infração, com o intuito de beneficiar-se do não recolhimento de tributos devidos.

Cumpre esclarecer que quando há a constatação de uma simulação, existe a *distribuição do ônus da prova*. Nesse sentido, é o que diz o disposto no artigo 9º do Decreto 70.235/72, *in verbis*:

“Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada

tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e **demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito**". Grifou-se.

Em que pese o ônus da prova dos fatos constitutivos do direito ser do interessado nos fatos ocorridos, percebe-se com o dispositivo acima citado, que o legislador quis que nos casos de penalidades ou ilícitos houvesse uma espécie de "distribuição do ônus da prova", a fim de que a fiscalização tivesse também que suportar o encargo de provar com elementos indispensáveis à comprovação do ilícito ocorrido.

No caso dos autos, verifico que o fisco realizou o procedimento de provar a irregularidade praticada de forma ampla e a recorrente não obrou afastar as constatações feitas pela fiscalização.

Assim, mantenho a solidariedade passiva dos sócios administradores e a de grupo econômico.

DA APLICAÇÃO DE MULTA MAIS BENÉFICA

Pede a recorrente a comparação de legislações para aplicação de multa mais benéfica.

A nova Súmula CARF nº 119 determina, assim dispõe:

"No caso de multas por descumprimento de obrigação principal e por descumprimento de obrigação acessória pela falta de declaração em GFIP, associadas e exigidas em lançamentos de ofício referentes a fatos geradores anteriores à vigência da Medida Provisória nº 449, de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 2009, **a retroatividade benigna deve ser aferida mediante a comparação entre a soma das penalidades pelo descumprimento das obrigações principal e acessória, aplicáveis à época dos fatos geradores, com a multa de ofício de 75%, prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996**".

Com isso, o novo mandamento põe fim à discussão da multa e retroatividade benigna, sendo, portanto, aplicada ao presente caso.

CONCLUSÃO

Nessas circunstâncias, voto por conhecer do recurso voluntário para NEGAR PROVIMENTO, mantendo-se as disposições do crédito fiscal, bem como para aplicar a Súmula CARF nº 119.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Wesley Rocha

Fl. 10 do Acórdão n.º 2301-006.617 - 2ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 10166.724039/2013-18