



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.725271/2017-34
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.821 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de outubro de 2021
Recorrente S.O.S. COMERCIO DE ALIMENTOS EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2013

GRUPO ECONÔMICO. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Tratando-se de grupo econômico formado por empresas que objetivam repartir o seu faturamento, pulverizando receitas, de modo a que algumas delas possam usufruir, ao mesmo tempo, da tributação privilegiada do Simples, reduzindo, desse modo, os valores a recolher a título de impostos e contribuições, inclusive previdenciárias, cabível a exclusão de todas elas desse regime de tributação, na forma da Lei Complementar nº 123, de 2016.

ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. RECURSO. EFEITOS.

A manifestação de inconformidade interposta, em âmbito federal, contra exclusão do Simples Nacional se enquadra no conceito de recurso administrativo, admissível pelas leis reguladoras do processo tributário administrativo. Contudo, na hipótese de confirmação da exclusão por decisão administrativa definitiva, a referida exclusão produzirá efeitos a partir do mês consignado no Ato Declaratório Executivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ricardo Marozzi Gregorio, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Andreia Lucia Machado Mourão, Flavio Machado Vilhena Dias, Cleucio Santos Nunes, Marcelo Cuba Netto, Fabiana Okchstein Kelbert e Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 1302-005.821 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11516.725271/2017-34

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por S.O.S. COMERCIO DE ALIMENTOS EIRELI contra acórdão que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada diante de sua exclusão do regime do SIMPLES NACIONAL promovida pela DRF/Florianópolis.

Em seu relatório, a decisão recorrida assim descreveu o caso:

O presente processo trata da exclusão da citada empresa do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos Pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), através Ato Declaratório Executivo DRF/FNS (ADE) nº 294, de 08 de dezembro de 2017.

Informa que na também foram fiscalizadas as empresas S.O.S Alimentos e Transportes Ltda, CNPJ: 05.037.980/0001-10 e Thales Eduardo Mercúrio Oderdenge Eireli - ME, CNPJ: 08.408.666/0001-95. As empresas foram incluídas na presente auditoria em razão de:

3.2.1. Ao serem recepcionados os Termos de Distribuição de Procedimento Fiscal, referentes aos contribuintes acima citados, foi realizada uma análise dos seus cadastros e restou evidenciado a estreita relação entre eles, e entre seus respectivos representantes legais, pelas seguintes razões:

- a) as empresas exercem a mesma atividade econômica;*
- b) há relação de parentesco entre os sócios administradores das empresas; e*
- c) os domicílios tributários são próximos e/ou coincidentes.*

A Autoridade Tributária informa que foram analisados os documentos das empresas S.O.S. Comércio de Alimentos Eireli-ME, S.O.S Alimentos e Transportes Ltda e Thales Eduardo Mercúrio Oderdenge Eireli - ME. Destaca que nenhuma das empresas justificou as contas contábeis "SÓCIOS - código 7129" e "EMPRÉSTIMOS PESSOAS LIGADAS - código 5118". Relata que Sr. Thales Fernando Schmitt Rodrigues Goulart, se apresentou como procurador das três empresas, assinando a entrega dos arquivos digitais.

Verificou ainda, a partir da análise de processos trabalhistas, que figuram como parte, uma ou mais pessoas jurídicas abrangidas pela auditoria.

O Auditor informa que constatou as irregularidades a seguir na fiscalizada que ensejou a exclusão do Simples Nacional:

- a) formação de grupo econômico de fato, com extrapolação dos limites de que trata o inciso II do caput do artigo 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;*
- b) utilização dissimulada dos recursos materiais e humanos, pelo grupo econômico, visando usufruir, de maneira ilegal, dos benefícios concedidos pela Lei Complementar nº 123, de 2006;*
- c) extrapolação do limite de que trata o inciso II do caput do artigo 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006; e,*
- d) houve omissão de receita, conforme artigo 34, combinado com o artigo 29, incisos II e V, ambos da Lei Complementar nº 123, de 2006.*

Na Representação Administrativa para a exclusão da empresa do Simples Nacional foram relatadas as diversas alterações contratuais das empresas Thales Eduardo

Mercúrio Oderdenge Eireli ME, S.O.S Alimentos e Transportes Ltda e S.O.S Comércio de Alimentos Eireli ME destacando o quadro societário a seguir:

EMPRESA-CNPJ-ABERTURA	TITULAÇÃO SOCIETÁRIA			
	Nome do sócio	Função	Período de atuação	Participação
Thales Eduardo Mercúrio Oderdenge EIRELI ME CNPJ 08.408.666/0001-95 Abertura em 30/10/2006	Thales Eduardo Mercúrio Oderdenge	Adm.	10/2006 a	100,00%
S.O.S Alimentos e Transportes Ltda. CNPJ nº 05.037.980/0001-1.0 Abertura em 01/05/2002	Arildo Luiz Oderdenge Daniele Beatriz Mercúrio Oderdenge Arildo Luiz Oderdenge Daniele Beatriz Mercúrio Oderdenge Daniele Beatriz Mercúrio Oderdenge Oderdenge Holding e Participações Ltda. Arildo Luiz Oderdenge	Adm. Cotista Adm. Cotista Cotista Cotista Adm.	05/2002 a 07/2004 05/2002 a 07/2004 07/2004 a 07/2009 07/2004 a 07/2009 07/2009 a 07/2009 a 07/2009 a	5,00% 95,00% 10,00% 90,00% 30,00% 70,00% Nomeado
S.O.S Comércio de Alimentos Eireli ME CNPJ 07.150.002/0001-05 Abertura em 03/01/2005	Leonita Scotti Arildo Luiz Oderdenge Leonita Scotti Arildo Luiz Oderdenge Leonita Scotti Thales Eduardo Mercúrio Oderdenge Leonita Scotti	Cotista Adm. Adm. Cotista Cotista Adm. Titular	01/2005 a 05/2007 01/2005 a 05/2007 05/2007 a 06/2008 05/2007 a 06/2008 06/2008 a 07/2015 06/2008 a 07/2015 07/2015	95,00% 3,00% 95,00% 5,00% 95,00% 3,00% 100,00%

Com base nas informações extraídas o Auditor Fiscal concluiu que:

Através do resumo da movimentação contratual e das informações constates do quadro acima, que a família Mercúrio Oderdenge, sempre esteve a frente do comando das pessoas jurídicas relacionadas na presente representação. Este comando é oficializado por contrato social devidamente registrado na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina. A centralização do comando das empresas do grupo econômico de fato, de cunho familiar, é exercido pelo senhor Arildo Luiz Oderdenge, através da empresa S.O.S Alimentos e Transportes Ltda., identificada pela auditoria como "empresa mãe" uma vez que é nesta empresa que se concentram todos os meios físicos essenciais para o funcionamento das outras duas pessoas jurídicas componentes do grupo. Esta centralização de comando é flagrante, pela supremacia econômico-financeira e patrimonial, como explicitaremos nos itens seguintes.

A Autoridade Tributária, com base nos documentos de caixa da empresa S.O.S Comércio de Alimentos Eireli ME apurou que:

b.1) Comprovantes de despesas da pessoa jurídica representada S.O.S Comércio de Alimentos Eireli ME

A pessoa jurídica S.O.S Comércio de Alimentos Eireli ME, doravante denominada S.O.S Comércio, em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 04, através de Protocolo de Entrega (Doc. 05) alegou não ter encontrado os documentos de caixa que serviram de base para os lançamentos contábeis, impossibilitando assim qualquer análise de sua contabilidade

A negativa de apresentação dos documentos de caixa, referentes aos exercícios de 2013 a 2015, incorre a pessoa jurídica representada, na situação descrita no inciso II do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006, sujeitando a sua exclusão do regime diferenciado a partir de 01/01/2013.

b.2) Comprovantes de despesas da pessoa jurídica S.O.S Alimentos e Transportes Ltda., pagas pela empresa Thales Eduardo Mercúrio Oderdenge Eireli ME (Doc. 19).

Ao serem avaliados os documentos de caixa apresentados ao fisco pela pessoa jurídica S.O.S Alimentos e Transportes Ltda., doravante denominada S.O.S Alimentos, constatou-se um elevado número de documentos - comprovantes de suas despesas - que foram pagos pela empresa Thales Eduardo. Tais pagamentos ocorreram de forma rotineira, via débito na conta corrente de titularidade da empresa Thales Eduardo.

Em todos os meses analisados foram constatados pagamentos de despesas nesta modalidade, ou seja, no período de 12/2012 a 12/2015 e, em virtude do elevado número de documentos, foram anexados a esta representação, somente alguns, por amostragem, referentes aos meses de 12/2012, 01/2013, 06/2013, 12/2013, 01/2014, 12/2014, 01/2015 e 12/2015.

b.3) Comprovantes de despesas da pessoa jurídica Thales Eduardo Mercúrio Oderdenge Eireli ME, as quais foram pagas pela empresa S.O.S Alimentos e Transportes Ltda. (Doc. 20)

Igualmente, aos serem analisados os documentos disponibilizados pela pessoa jurídica Thales Eduardo Mercúrio Oderdenge Eireli ME, doravante denominada Thales Eduardo, constatou-se um elevado número de comprovantes de suas despesas, que foram pagas pela S.O.S Alimentos e Transportes Ltda. Tais pagamentos de despesas são efetuados rotineiramente, através de débito na Conta Corrente nº 3350-1, Agência 2939, do Banco Bradesco S/A, de titularidade da empresa S.O.S Alimentos. Os pagamentos ocorreram em todos os meses do período de 01/2012 a 12/2013 e, dado o elevado número de documentos, foram anexados a este processo, somente alguns, por amostragem.

As irregularidades constatadas e documentalmente comprovadas, relatadas nas letras "b.2" e "b.3" acima, deixam claro a estreita relação entre estas duas empresas e leva a concluir, sem sombra de dúvidas, que ambas compõem grupo econômico de fato juntamente com a representada. Além do mais, isto comprova que não há qualquer controle contábil nos pagamentos destas despesas, configurando assim um completo desrespeito às normas contábeis, causando total confusão financeira e patrimonial entre as empresas envolvidas, evidenciando um enorme desrespeito ao princípio da entidade, o qual norteia a entidade da pessoa jurídica.

Durante a ação fiscal o Fiscal apurou ainda que várias rescisões de contrato de trabalho que evidenciam a confusão financeira e a unicidade administrativa, como nos casos a seguir relatados:

- Rescisões do Sr. Pedro Ivo Richter e da Sra. Eliane Nicolau S. Mariam empregados da empresa Thales Eduardo, entretanto nas rescisões consta o nome do senhor Arildo Luiz Oderdenge que é administrador da empresa S.O.S Alimentos;

- Rescisão do Sr. Gustavo Ferreira Demétrio empregado da empresa Thales Eduardo, na qual constata que o recolhimento do FGTS foi efetuado pela pessoa jurídica S.O.S Alimentos, da qual o senhor Arildo Luiz Oderdenge é o administrador;

- Rescisão do Sr. Dornélio José Schaschinisky da Rosa empregado da pessoa jurídica S.O.S Comércio de Alimentos Eireli ME, assinada pelo senhor Arildo Luiz Oderdenge, administrador da empresa S.O.S Alimentos, neste ato representa a empresa S.O.S Comércio. "A assinatura do senhor Arildo consta do Termo de Homologação de Rescisão e da Carta de Preposto, na qual nomeia o senhor Sérgio Murilo Borba para representar a empresa S.O.S Alimentos no processo rescisório acima referido."

- Rescisão do Sr. Valdemar Oderdenge na qual ele pede o desligamento da empresa S.O.S Comércio e é recepcionado pela empresa S.O.S Comércio; e quem o assina é o senhor Arildo Luiz Oderdenge. O senhor Arildo assina também o Termo de Quitação de Rescisão, em nome da S.O.S Comércio;

- Rescisão da Sra. Sirlei Malvina dos Santos Gasperin empregada da S.O.S Comércio, no campo EMPREGADOR o nome do senhor Arildo Luiz Oderdenge, administrador da empresa S.O.S Alimentos, e quem assina este termo, como preposto, é o senhor Ricardo Mendes Menezes, empregado da Thales Eduardo;

- Rescisão do Sr. Daniel Ávila Costa consta no termo de rescisão o nome do Senhor Arildo Luiz Oderdenge que é administrador da empresa S.O.S Alimento;

- Rescisão do Sr. Laumy da Silva Siqueira empregado da S.O.S Comércio, porém consta o nome do Senhor Arildo Luiz Oderdenge, administrador da S.O.S Alimentos e quem o assina é o senhor Sérgio Murilo Borba, empregado da Thales Eduardo. "O senhor Arildo Luiz Oderdenge assina o Aviso Prévio do Empregador, como representante da Thales Eduardo. Quem recolhe o FGTS Rescisório é a empresa Thales Eduardo".

Resumindo, o empregado demitido é da S.O.S Comércio, quem assina o Termo de Homologação é empregado da Thales Eduardo, quem assina o Aviso Prévio é o senhor Arildo, administrador da S.O.S Alimentos e quem recolhe o FGTS Rescisório é a empresa Thales Eduardo.

- Rescisão do Sr. Felipe Dias Braga empregado de S.O.S Alimentos, porém quem assina o Termo de Homologação de Rescisão de Contrato de Trabalho é o senhor Ricardo Mendes de Menezes, representando o senhor Arildo Luiz Oderdenge, administrador da S.O.S Alimentos.

O Auditor Fiscal destaca outras rescisões contratuais nas quais consta a assinatura do Senhor Felipe Dias Braga, na qualidade de representante da pessoa jurídica Thales Eduardo Mercúrio Oderdenge Eireli ME. De fato, o Senhor Felipe Dias Braga é preposto da empresa Thales Eduardo, apesar de ser empregado da empresa S.O.S Alimentos e Transportes Ltda.

Ressalta que esses " diversos documentos rescisórios analisados, constata-se novamente, a completa confusão patrimonial, administrativa e financeira, configurando assim, sem qualquer sombra de dúvidas, a existência de grupo econômico de fato.. (...)Em toda a documentação, referente a rescisões contratuais, percebe-se a estreita relação existente entre as três empresas abrangidas pela auditoria. Desta relação extrai-se situações que denotam uma confiança extrema entre as empresas envolvidas, confiança existente somente entre pessoas físicas e jurídicas que se juntam com o propósito de, através de atos administrativos e jurídicos, aumentarem receitas, diminuam custos, otimizarem resultados. O agrupamento de empresas com este propósito tem um nome: Grupo Econômico. E quando não oficializado juridicamente, não deixa de existir, mas subsiste de fato.

O Auditor Fiscal verificou a partir da folha de pagamento das três empresas que houve manipulação, agregando-os, em sua maioria, nas empresas componentes do grupo que são optantes do Simples Nacional, usufruindo ilegalmente da Lei nº 123, de 2006. Complementa:

Resta ainda comprovada a intenção de burlar a lei, na medida que se constata que a empresa-mãe S.O.S Alimentos, aloca às empresas filhotes, S.O.S Comércio e Thales Eduardo, os custos da mão de obra e seus encargos sociais, sem que estas tenham sequer condição material e logística para exercerem suas atividades. A empresa-mãe faz com as empresas-filhotes agreguem em suas folhas de pagamento empregados na área de transporte (motoristas e ajudantes de motoristas) e armazenamento (armazenistas e movimentadores de cargas), sem que estas sequer possuam ou aluguem veículos de cargas ou galpões que abriguem esta mão de obra específica. É óbvio que é a empresa-mãe que detém a propriedade dos veículos, conforme comprovado em sua contabilidade, e dos imóveis, na pessoa do seu administrador, Senhor Arildo Luiz Oderdenge, conforme comprovado nas escrituras fornecidas pelos Cartórios de Registro de Imóveis (Doc. 31).

Situação esta confortável e vantajosa, uma vez que as empresas filhotes, optantes do Simples Nacional, arcam com a folha de pagamento e usufruem dos benefícios da Lei Complementar nº123, de 2006, e a empresa-mãe utiliza a mão de obra dos empregados agregados às folhas das empresas-filhotes sem qualquer encargo.

QUADRO I - FOLHA DE PAGAMENTO X VEÍCULOS DE CARGA NO ATIVO IMOBILIZADO

Exercício	2013			2014			2015		
Elementos Analizados	S.O.S Alimentos	Thales Eduardo	S.O.S Comércio	S.O.S Alimentos	Thales Eduardo	S.O.S Comércio	S.O.S Alimentos	Thales Eduardo	S.O.S Comércio
Média Empregados Ativ de Motorista	3	17	7	0	35	8	0,3	45	4
Média de Veículos no Ativo Imobilizado	38	2	1	53	2	1	60	2	1
Valor da conta Veículos no Ativo Imobilizado (Em Reais mil)	5.167	542	257	7.311	542	257	7.764	542	257

O Auditor através do quadro demonstra que há um descompasso entre o número médio de empregados durante o ano e o número de veículos na empresa, destacando que não houve a contratação de terceiros para qualquer tipo de prestação de serviços de motorista na empresa S.O.S Alimentos, como também não houve contratação de aluguel de caminhões para as outras empresas. Conclui que "o agrupamento das empresas, com confusão financeira e patrimonial, com movimentação ardilosa de empregados entre as mesmas, para usufruir ilegalmente dos benefícios do Simples Nacional."

A Autoridade a partir da análise da escrituração contábil em meio digital, das três empresas verificou a manipulação das contas contábeis. Estas manipulações se dão nas contas de ativo imobilizado e contas de resultados, mais precisamente as receitas operacionais.

Exercício	2013			2014			2015		
Elementos Analisados	S.O.S Alimentos	Thales Eduardo	S.O.S Comércio	S.O.S Alimentos	Thales Eduardo	S.O.S Comércio	S.O.S Alimentos	Thales Eduardo	S.O.S Comércio
Valor da conta Veículos no Ativo Imobilizado (Em Reais mil)	5.167	542	257	7.311	542	257	7.764	542	257
Receita Operacional (Em Reais mil)	68.351	3.647	96	112.899	2.320	0	132.424	3.391	0
Média Empregados Ativ de Motorista	3	17	7	0	35	8	0,3	45	4

Afirma que o quadro apresenta divergência de informações, visto que o maior número de veículos indicaria a necessidade de um número maior de empregados, fato este que não ocorre nas empresas assinaladas.

O Auditor Fiscal ainda apresentou uma relação dos domicílios tributários das empresas e dos proprietários.

Empresa	Domicílios tributários	Período	Proprietário	Fontes
S O S Alimentos	Rua Antônio Schroeder, 91, Barreiros, S. José-SC	04/2002 a 07/2004	Arildo Luiz Oderdenge	Escritura Pública
	Rua Antônio Schroeder, 91, Fundos, Barreiros, São José-SC	07/2005 a 08/2005	Arildo Luiz Oderdenge	Escritura Pública
	Rua Antônio Schroeder, 93, Barreiros, São José-SC	08/2005 a 03/2008	Arildo Luiz Oderdenge	Escritura Pública
	Rua Antônio Schroeder, 95, Barreiros, São José-SC	03/2008 a 10/2013	Arildo Luiz Oderdenge	Escritura Pública
S.O.S Comércio	Rua Antônio Schroeder, 91, Barreiros, São José-SC	12/2004 a 08/2007	Arildo Luiz Oderdenge	Escritura Pública
	Rua Antônio Schroeder, 100, Barreiros, São José-SC	08/2007 a 10/2017	Arildo Luiz Oderdenge	Escritura Pública
Thales Eduardo	Rua Antônio Schroeder, 540, Barreiros, São José-SC	10/2006 a 07/2009	Arildo Luiz Oderdenge	Escritura Pública
	Rua Antônio Basil Schroeder, 100, Barreiros, São José-SC	07/2009 a 02/2016	Arildo Luiz Oderdenge	Escritura Pública

Constatou que "as três empresas auditadas estão estabelecidas em endereços cujos imóveis pertencem ao Senhor Arildo Luiz Oderdenge, o qual é administrador nomeado da S.O.S Alimentos, aqui identificada como a empresa controladora de fato.". Afirmando que, não se apurou contabilmente o pagamento de aluguéis, ou mesmo a verificou a existência de contrato de aluguel de imóvel, caracterizando dependência econômica e confusão patrimonial entre as empresas, evidenciando a formação de grupo econômico de fato.

Além disso, a Autoridade Tributária verificou nos Cartórios de Registros de Imóveis dos municípios de São José-SC que os imóveis pertencem ao Senhor Arildo Luiz Oderdenge e sua esposa Senhora Daniele Beatriz Mercúrio Oderdenge, sendo que a última é uma das sócias de uma das três empresas, a S.O.S Alimentos, caracterizada como a empresa-mãe, que controla o grupo, por submissão ao seu poderio econômico patrimonial.

A Autoridade Tributária analisou a empresa S.O.S Comércio de Alimentos Eireli ME e verificou que:

f.1) Enquadramento nos incisos II e IX do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006

...

Ao ser analisado o conteúdo dos arquivos digitais apresentados, constatou-se que a empresa, desde 2012, vem tendo prejuízos constantes, como apresentado nos quadros abaixo, por ano, demonstrando o valor dos recursos totais mensais e acumulados do ano, também assim demonstrada a despesa mensal e acumulada do ano, e o percentual do total da despesa em relação ao total dos recursos, sendo que este resultado significa o quanto foi utilizado dos recursos, na forma mensal e acumulado no ano.

Para a análise acima referida considerou-se como receita, todos os ingressos de recursos, ou seja, as Receitas Operacionais, as Receitas Não Operacionais e os Empréstimos e Financiamentos, e o quanto desses recursos foram utilizados para pagamento das despesas da empresa. Importante destacar que não foram considerados como recursos os aportes financeiros feitos através dos lançamentos efetuados a débito da conta "CAIXA" de código "51", a crédito das contas "SÓCIO" de código 7129, e "EMPRÉSTIMOS PESSOAS LIGADAS" de código "5118", os quais se referem a supostos empréstimos feitos à empresa por sócios, uma vez que tais lançamentos não têm qualquer comprovação documental, conforme declarado pela empresa, no protocolo de entrega de documentos (Doc. 05) quando da solicitação dos comprovantes, feita através do TIF nº 04 (Doc. 02). As repercussões legais e contábeis da nulidade destes lançamentos serão tratadas no item "f.2" a seguir.

...

Já nesse primeiro quadro (ano de 2013), observa-se que a empresa teve prejuízo de R\$ 334.524,71 e que ultrapassou em 323,23% o valor da receita total do ano, isto quer dizer, que teve um gasto contábil de R\$ 291.904,95 a mais que o valor da receita anual a qual importa em R\$ 90.308,67. Verifica-se também que durante todo o ano de 2013 o percentual de utilização dos ingressos de recursos acumulados para pagamento de despesas acumuladas ultrapassa em muito os 20%, sendo que no mês 01/2013 as despesas da empresa superaram em 243,19% o valor total dos ingressos de recursos.

A Lei Complementar 123, de 2006, em seu art. 29, inciso IX, determina a exclusão de ofício quando, na empresa optante pelo Simples Nacional, o valor das despesas pagas supera em 20% o valor dos ingressos de recursos no mesmo período, excluindo o ano de início de atividade, sendo que a atividade desta iniciou em 03/01/2005.

...

Agora no segundo quadro (ano de 2014), continuam os prejuízos acumulados e, no ano, apresentam o montante de R\$ 295.984,04, com um saldo acumulado em dois anos de R\$ 630.508,75. Percebe-se aqui que a empresa não auferiu nenhuma receita operacional, não cabendo qualquer análise de percentual de utilização da receita para cobrir despesas. Conclui-se então que a empresa utiliza os aportes financeiros através de um lançamento de supostos empréstimos de sócios, para cobrir o saldo de caixa que ficaria credor em todo o decorrer do exercício. É deste modo que a empresa-mãe, controladora do grupo econômico de fato, consegue manter empregados na folha de pagamento da empresa S.O.S Comércio, cujos custos deveriam ser seus, para usufruir, de maneira irregular, dos benefícios concedidos pela Lei Complementar nº 123, de 2006.

Neste caso, também, a empresa representada enquadra-se na situação prevista na Lei Complementar nº 123, de 2006, que em seu art. 29, inciso IX, determina a exclusão de ofício quando, na empresa optante pelo SIMPLES NACIONAL, o valor das despesas pagas supera em 20% o valor dos ingressos de recursos no mesmo período, excluindo o ano de início de atividade, sendo que a atividade desta iniciou em 03/01/2005.

...

Neste terceiro quadro (ano de 2015), apresentou mais um prejuízo de R\$ 227.599,70, totalizando um valor acumulado de R\$ 858.108,45 em três anos. Assim, como no ano de 2014, a empresa não auferiu receitas, repetindo-se a situação constatada em 2014, onde a empresa enquadra-se na situação prevista na Lei Complementar nº 123, de 2006, que em seu art. 29, inciso IX, determina a exclusão de ofício quando, na empresa optante pelo Simples Nacional, o valor das despesas pagas supera em 20% o valor dos ingressos de recursos no mesmo período, excluindo o ano de início de atividade, sendo que a atividade desta iniciou em 03/01/2005. Repete-se também a situação no que diz respeito aos aportes financeiros, ou seja, a empresa através de lançamentos contábeis, sem qualquer documentação comprobatória que sirva de base para tais lançamentos, debita a conta "CAIXA", em valores estritamente

necessários a sua regularização, para que não apresente saldo credor, debitando a conta "EMPRÉSTIMOS DE PESSOAS LIGADAS" código "5118". f.2) Enquadramento nos incisos II e V do art. 29 da Lei 123/2006.

A escrituração contábil da empresa contém lançamentos efetuados a crédito das contas "SÓCIO" de código "7129" e "EMPRÉSTIMOS PESSOAS LIGADAS" de código "5118", os quais se referem a supostos empréstimos feitos à empresa por sócios, e a débito da conta "CAIXA" de código "51". Os referidos lançamentos não têm qualquer comprovação documental, conforme declarado pela empresa quando da solicitação dos comprovantes, feita através do TIF nº 04 (Doc. 02) e foram realizados com o único intuito de suprir o saldo de caixa que, sem os valores lançados permanece CREDOR durante todo o período analisado (01/2013 a 12/2015).

Na planilha abaixo, estão demonstrados os saldos mensais credores no período analisado. Como exemplo, cita-se o saldo contábil apresentado na conta contábil "51- CAIXA", em 03/2013 que é de R\$ 1.246,78 devedor, mas, para obter este saldo, a empresa lançou em sua contabilidade o valor de R\$ 10.000,00, em 02/2013, e R\$ 22.000,00, em 03/2013, como empréstimos de sócios. Como já comentado, estes lançamentos não tem validade e ao serem expurgados estes valores o "CAIXA" apresenta saldo CREDOR, em 03/2013, ou seja, com valor NEGATIVO de R\$ 30.753,22. Este artifício foi utilizado sucessivamente por todo o período de 01/2013 a 12/2015. Conforme demonstrado nesta planilha, em 12/2013, o saldo credor acumulado da conta 51-CAIXA é de R\$ 291.844,01...

Deve-se salientar que este artifício vem sendo utilizado desde exercícios anteriores, e a conta contábil "SÓCIO", de código "7129", no exercício de 2013, apresenta um saldo credor de R\$3.281.631,64. Percebe-se que o uso abusivo desde artilhagem atravessa todo o período auditado e no exercício de 2015 a conta passa a ser chamada de "EMPRÉSTIMO PESSOAS LIGADAS" de código "5118", e termina o ano de 2015 com um saldo credor de R\$ 4.095.874,78.

Uma vez que o uso destas contas contábeis têm a finalidade única de evitar, formalmente que a conta CAIXA apresente saldos credores, ao expurgarmos os valores ali lançados, o saldo credor da conta "CAIXA" aumenta mês a mês.

Os lançamentos contábeis de Empréstimos de sócios (2013 e 2014) e Empréstimos de pessoas ligadas (2015), efetuados sem a documentação comprobatória, conforme escrituração contábil apresentada, estão discriminados nas cópias do Razão abaixo reproduzidas:

...

O art. 18 da Lei nº 9.317, de 1996 e o art. 34 da Lei Complementar nº 123, de 2006 que tratam de omissão de receita, determinam que as empresas optantes por estes regimes especiais, sujeitam-se a todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições, desta forma, o Decreto nº 3.000, de 1999 determina em seu art. 281, inciso I, a indicação de saldo de caixa credor como presunção de omissão de receita.

A empresa foi intimada através do TIF - Termo de Intimação Fiscal nº 04, (Doc. 02)), em 26/10/2017, a apresentar os documentos envolvendo os lançamentos na Conta Contábil "SÓCIOS - código 7129" e "EMPRÉSTIMOS PESSOAS LIGADAS - código 5118" e a prestar esclarecimentos, porém limitou-se a representada a responder que "Os documentos solicitados pela auditoria são 'partidas de caixa'", conforme declaração (Doc.05), ou seja, não prestou informações conclusivas e sequer apresentou documentos que dessem suporte a estes lançamentos na sua contabilidade.

Diante desse fato, resta caracterizada, por presunção, a omissão de receita da empresa pela não comprovação dos empréstimos de sócios e de empréstimos de pessoas ligadas, e ainda, pela não apresentação dos documentos que dariam suporte aos lançamentos contábeis relacionados no TIF nº 04, referentes às contas contábeis de código "7129- SÓCIOS" e "5118-EMPRÉSTIMOS PESSOAS LIGADAS", ocasionando assim, a exclusão de ofício, com base no art. 29, incisos II e V da Lei 123/2006.

O Auditor Fiscal apurou junto a Justiça do Trabalho de Santa Catarina, dados que corroboram com a caracterização de grupo econômico de fato, com comando único do Senhor Arildo Luiz Oderdenge, uma vez que o mesmo assina documentos rescisórios de

uma e de outra, além de constituir advogados para as três empresas em comum e celebração de acordo em audiência de conciliação, conforme quadro a seguir:

Documentos (cópia anexada)	Processo - Vara	Empresa reclamada	Informação extraída
Peça inicial; Procuções	RT 0000525-35.2017.5.12.0031 - 1ª Vara	Thales Eduardo Mercúrio Oderdengue Eireli ME e S.O.S Comércio de Alim. Eireli ME	As empresas não refutam a alegação de formação de grupo econômico; O mesmo Advogado defendendo as duas reclamadas; Peça única de defesa abrangendo as duas reclamadas;
Peça inicial; Peça de defesa	RT 0000408-72.2017.5.12.0054 - 3ª Vara	Thales Eduardo Mercúrio Oderdengue Eireli ME, Arildo Luiz Oderdengue e S.O.S Alim. E Transportes Ltda.	As empresas não refutam a alegação de formação de grupo econômico; O mesmo Advogado defendendo os três reclamados; Peça única de defesa abrangendo os dois reclamados;
Peça inicial; Termos de Rescisão; Termos de Homologações de Rescisão; Carta de Preposto; Demonstrativo de FGTS Rescisório; Comprovante de Transferência da conta corrente do Banco Itaú S/A; Avisos Prévios; Guia de Recolhimento do FGTS Rescisório; Ficha de Atualização da Carteira de Trabalho; Procuções;	RT 0001185-94.2015.5.12.0032 - 2ª Vara	S.O.S Alim. E Transportes Ltda. e S.O.S Comércio de Alim. Eireli ME	- Os termos de Rescisão e Termos de Homologação, tanto da S.O.S Alimentos quanto da S.O.S Comércio são assinados pelo senhor Arildo Luiz Oderdengue que é, formalmente, administrador da primeira. O Sr. Arildo também assina, em nome da S.O.S Comércio, o Aviso Prévio dado ao empregado e a ficha de atualizações da carteira de trabalho. A S.O.S Comércio nomeia como seu preposto o senhor Ricardo Mendes de Menezes que é empregado da Thales Eduardo.
Peça inicial; Ata de Audiência de Conciliação	RT 0001090-30.2016.5.12.0032 - 2ª Vara	Thales Eduardo Mercúrio Oderdengue ME e Arildo Luiz Oderdengue	A parte reclamada Thales Eduardo Mercúrio Oderdengue ME é empresa componente do grupo econômico a qui caracterizado e o senhor Arildo Luiz Oderdengue é administrador nomeado da empresa S.O.S Alimentos e Transportes Ltda. Ambos constituem o mesmo procurador o senhor Sérgio Murilo Borba, empregado da Thales Eduardo. Na Ata de Audiência de Conciliação fica claro que as duas reclamadas ratificam, em conjunto o acordo celebrado
Peça inicial; Peça de Defesa; Procuções; Carta de Preposto; Ata de Audiência.	RT 0001092-31.2016.5.12.0054 - 3ª Vara	Thales Eduardo Mercúrio Oderdengue ME, Arildo Luiz Oderdengue e S.O.S Alimentos e Transportes Ltda.	As empresas não refutam a alegação de formação de grupo econômico; O mesmo Advogado defendendo os três reclamados; Peça única de defesa abrangendo os três reclamados;

A Autoridade Tributária afirma que as três empresas desenvolvem idêntica atividade econômica sob as ordens do mesmo administrador, o Senhor Arildo Luiz Oderdengue. "A *comunhão de interesses, aliada a uma gestão empresarial atípica, e confusão patrimonial e financeira, são traços normalmente encontrados nestas situações: formar disfarçadamente grupo econômico, manipular a contabilidade e a folha de pagamentos de salários foi a fórmula encontrada para sonegar contribuições devidas à Seguridade Social, proporcionando ao sujeito passivo, usufruir indevidamente do tratamento favorecido e simplificado instituído pela Lei do Simples Nacional (Lei 123, de 2006)*".

Portanto, declara que caracterizado a formação de grupo econômico:

6.1. Unicidade gerencial

A unicidade gerencial restou claramente comprovada, após análise do patrimônio das empresas abrangidas pela auditoria. Constatou-se uma supremacia gigantesca da empresa S.O.S Alimentos e Transportes Ltda. face as demais empresas do grupo, tendo em vista o seu total controle do patrimônio imobilizado. É nesta empresa que se encontra quase a totalidade dos meios de funcionamento das empresas, ou seja, numa análise simples do ativo imobilizado das componentes do grupo, percebe-se que as empresas S.O.S Comércio de Alimentos Eireli - ME e Thales Eduardo Mercúrio Oderdengue Eireli - ME sequer poderiam atingir seu objetivo social, ficando estas totalmente a mercê da primeira. Fica claro também o controle gerencial, o qual é exercido pelo Senhor Arildo Luiz Oderdengue que, na qualidade de administrador da empresa S.O.S Alimentos e Transportes Ltda., efetua pagamentos de despesas das empresas componentes do grupo, assina documentos rescisórios, opera contas correntes, enfim, atua de maneira imperiosa sobre as mesmas.

6.2. Confusão patrimonial

A confusão patrimonial dá-se na medida em que as empresas componentes do grupo econômico, utilizam-se, em conjunto, de bens que não fazem parte de seu patrimônio, como é o caso da utilização, por todas as empresas, de imóveis pertencentes ao Senhor Arildo Luiz Oderdengue e dos veículos de cargas pertencentes à S.O.S Alimentos e Transportes Ltda., para o exercício de suas atividades. Vê-se também a utilização, em comum, de recursos humanos, conforme amplamente discorrido nos itens "5.1.1", "5.1.2" e "5.1.3", onde as empresas utilizam trabalhos de empregados, uma das outras, sem qualquer apropriação dos custos destes empregados.

Percebe-se aqui que as empresas do grupo econômico colocam à disposição das outras empresas envolvidas, seu patrimônio, material e humano, não se importando com as formalidades legais ou consequências fiscais/tributárias, demonstrando que se trata, sem qualquer sombra de dúvida de um agrupamento de empresas, de cunho familiar, na busca de usufruir de maneira ilegal, dos benefícios concedidos pela Lei Complementar nº 123, de 2006 (Lei do Simples Nacional).

6.3. Confusão financeira

Aqui a confusão financeira é uma consequência da unicidade gerencial e da confusão patrimonial. As empresas envolvidas, ao deixarem de remunerar trabalhadores de outras empresas do grupo, ao executarem trabalhos de administração de recursos humanos etc, estão transferindo às outras em que o trabalhador está legalmente registrado, todo o ônus financeiro. Logo, tanto na utilização de mão de obra de empregado sem a devida remuneração, por parte de empresas do grupo econômico, como a remuneração do empregado prestador de serviços, por parte da empresa que o emprega legalmente, comete-se confusão financeira. Ou seja, a empresa que registra o empregado e o remunera, cria um custo de mão de obra que não lhe foi prestada, pagando salários que deveriam ser pagos pelas empresas tomadoras, ou beneficiadas pelo serviço.

A confusão financeira, porém, se dá com mais clareza e ênfase, nas situações descritas no tópico "Documentos de caixa que serviram de base para os lançamentos contábeis (Docs. 19 a 20)", do item "5.1.1". Ali são descritas situações de confusão financeira clássica e até grosseiras, com empresas pagando despesas de outra sem qualquer controle contábil, utilizando contas correntes de titularidade de uma empresa, para quitar débitos de outra. O número de casos é imenso e os exemplos aqui anexados ao presente processo representam tão somente uma pequena amostra.

Mesmo na empresa S.O.S Comércio de Alimentos Eireli ME tendo alegado impossibilidade de apresentação dos documentos de caixa que embasaram a sua escrituração contábil, vê-se exemplos de confusão financeira a envolvendo, como o caso descrito no item "5.1.1", tópico "Documentos referentes a rescisões de contrato de trabalho (Docs. 21 a 29)".

Portanto cria-se aí uma confusão financeira, característica de grupos econômicos de fato, cujo controle de custos, dado a sua informalidade, é deveras trabalhoso e quase sempre não executado. Isto, como já amplamente demonstrado, caracteriza a existência de grupo econômico de fato.

Diz, que a empresa usufruiu ilegalmente dos benefícios concedidos pela Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006 (Lei do Simples Nacional). Verificou que a " confusão patrimonial ilícita se dá através da utilização indiscriminada, por todas as empresas componentes do grupo econômico, dos meios físicos (meios de comunicação, máquinas, equipamentos, marca e imóveis), que pertencem a uma delas, sem qualquer ônus para a empresa que os utiliza e da lotação do material humano (empregados), que são registrados nas empresas componentes do grupo optantes pelo Simples Nacional."

Declara que a ilegalidade ficou comprovada " na medida que percebemos que toda a manobra é executada com a finalidade de alocar a maioria dos empregados para as empresas optantes do Simples Nacional, cuja receita é limitada aos valores meramente necessários para cobertura das despesas básicas para fechamento das contabilidades das mesmas, ao mesmo tempo que a empresa não-optante pelo Simples Nacional detém em seu quadro de funcionários, o número mínimo empregados, os quais têm, na maioria, funções administrativas, sendo que nessas, as receitas são em valores astronômicos, se considerarmos o número ínfimo de empregados".

Por fim, o Auditor Fiscal conclui que:

Por todo o acima exposto, conclui-se que a empresa S.O.S Comércio de Alimentos Eireli ME, juntamente com as empresas S.O.S Alimentos e Transportes Ltda. e Thales Eduardo Mercúrio Oderdenge Eireli ME, forma grupo econômico de fato.

8.1. Caracterizada a formação de grupo econômico de fato e considerando que a situação foi comprovada documentalmente durante o período de 2012 a 2015, foram somadas as receitas brutas das empresas envolvidas e concluiu-se que o total da receita bruta global ultrapassa o limite de que trata o inciso II do caput do artigo 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, conforme demonstrado na tabela abaixo, enquadrando a empresa aqui representada, na situação prevista no parágrafo 9º do artigo 3º desta mesma Lei

Nome da empresa	Receita Bruta em 2012	Receita Bruta em 2013	Receita Bruta em 2014	Receita Bruta em 2015
S.O.S Comércio de Alimentos Eireli ME	954.070,89	90.308,67	0,00	0,00
S.O.S Alimentos e Transportes Ltda.	42.643.595,85	68.351.333,94	112.899.646,71	132.424.013,67
Thales Eduardo Mercino Oderenge Eireli ME	550.704,03	3.338.423,77	2.112.728,26	3.196.989,88
Total da Receita Bruta Anual do Grupo Econômico	44.148.370,77	71.780.066,38	115.012.374,97	135.621.003,55

8.2. Para os exercícios em que a empresa se declara optante do Simples Nacional, os valores da receita bruta anual foram considerados como sendo os valores declarados pela própria empresa no PGDAS-D - Programa Gerador do Documento de Arrecadação - Declaratório, e para os períodos em que a empresa não é optante do Simples Nacional, o valor da receita bruta anual considerado, foi o valor declarado pela empresa no SPED CONTÁBIL - Escrituração Contábil Digital.

9. Ao final da análise, conclui-se que a empresa S.O.S Comércio de Alimentos Eireli ME, está sujeita à exclusão do SIMPLES NACIONAL, pelo cometimento das infrações descritas acima, enquadrando-se nas seguintes hipóteses de exclusão de ofício:

- a) enquadramento na situação descrita no inciso V do parágrafo 4º do artigo 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, sujeitando a empresa à exclusão a partir de 01/01/2013; e, b) enquadramento nas situações descritas nos incisos II e V do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006, sujeitando a empresa à exclusão a partir de 01/01/2013.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

A empresa foi cientificada da exclusão do Simples Nacional em 20/12/2017 apresentando a Manifestação de Inconformidade em 17/01/2018.

A defesa argúi que de acordo com os Balancetes juntados no processo a empresa não ultrapassou o limite estabelecido pela Lei Complementar 126/2006.

Conforme Balancetes, juntados pelo auditor, vem demonstrar que a receita bruta não ultrapassou o limite, portanto não pode ser excluída do Simples Nacional.

Declara que não está comprovado a existência do grupo econômico de fato, pois as empresas citadas no processo nº 11516-725.365/2017 -11, possuem proprietários diferentes bem como o objetos sociais. Portanto, como não houve o trânsito e julgado do processo administrativamente, ilegal está medida de exclusão do simples.

Com base na decisão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o contribuinte entende que a empresa mantém-se como optante do simples, pois não foi analisado o contraditório e que exclusão do simples nacional somente pode ocorrer após a decisão definitiva administrativa.

Por fim pede:

... pede a impugnação seja deferida cancelando a exclusão da empresa do Simples Nacional

A DRJ/Juiz de Fora-MG proferiu, então, acórdão cuja ementa assim figurou:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Ano-calendário: 2013

GRUPO ECONÔMICO. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Tratando-se de GRUPO Econômico formado por empresas que objetivam repartir o seu faturamento, pulverizando receitas, de modo a que algumas delas possam usufruir, ao mesmo tempo, da tributação privilegiada do Simples, reduzindo, desse modo, os valores a recolher a título de impostos e contribuições, inclusive previdenciárias, cabível a exclusão de todas elas desse regime de tributação, na forma da Lei Complementar nº 123, de 2016.

ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. RECURSO. EFEITOS.

A manifestação de inconformidade interposta, em âmbito federal, contra exclusão do Simples Nacional se enquadra no conceito de recurso administrativo, admissível pelas leis reguladoras do processo tributário administrativo. Contudo, na hipótese de confirmação da exclusão por decisão administrativa definitiva, a referida exclusão produzirá efeitos a partir do mês consignado no Ato Declaratório Executivo.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada, a interessada apresentou recurso voluntário onde repete integralmente as alegações contidas na manifestação de inconformidade. Afora isso, no meio da peça recursal, passa a transcrever literalmente o conteúdo do outro recurso que interpôs no processo apenso, concernente a autos de infração de contribuição previdenciária (o de nº 11516.725365/2017-11). O que é possível extrair dessa confusa inovação são os seguintes argumentos: (i) o simples fato de haver grupo econômico não significa a ocorrência da solidariedade de fato e não semelhança de objetos sociais entre as empresas (transcreve julgado do TRF da 3ª Região neste sentido); (ii) o auditor arbitrou a multa em 150% como se existisse fraude (elencar motivos para impugnar esta atitude); (iii) recebeu uma punição desproporcional ao seu capital social bem como ao seu faturamento (invoca os princípios do *in dubio pro reo* e do confisco); (iv) as empresas THALES EDUARDO e SOS ALIMENTOS são distintas e possuem autonomia própria; e (v) o fato de a notificação (da autuação contida no outro processo) ter sido entregue em 20/12/2017 (considerando as férias coletivas do seu escritório de contabilidade) influenciou negativamente a apuração da escrita para confrontá-la com os números apurados pela fiscalização.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Como relatado, a interessada não apresentou qualquer argumento para contestar os fundamentos da decisão recorrida. Apenas repetiu as razões já expostas na manifestação de inconformidade.

Em situações como esta, nas quais a parte não apresenta novas razões de defesa, o § 3º, do art. 57, do Anexo II, da Portaria MF nº 343/2015 (que aprovou o Regimento Interno do

CARF – RICARF), autoriza a transcrição da decisão recorrida quando o relator do julgamento nesta Casa confirma e adota os seus fundamentos. É o que se propõe:

O litígio constante do presente processo consiste na inconformidade da interessada em relação ao Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 294, 08 de dezembro de 2017, emitido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Florianópolis (SC), que excluiu a empresa do Simples Nacional a contar de 01/01/2013, fundamentado no artigos 29, I e V, e 30, II, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Art. 1º O contribuinte S.O.S COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI – ME, CNPJ nº 07.150.002/0001-06, excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, por ter sido constatada prática reiterada de infração e a incidência da vedação de que trata o artigo 3º, § 4º, V, da Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, fatos que importam na exclusão de ofício do Simples Nacional, com fundamento nos artigos 29, I e V, e 30, II, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Art. 2º A presente exclusão surtirá efeitos a partir de 01/01/2013, sendo vedada a opção pelo Simples Nacional pelo prazo de 10 (dez) anos, nos termos do art. 29, § 2º, da Lei Complementar nº 123/2006, facultada a apresentação de manifestação de inconformidade, no prazo de 30 (trinta) dias da ciência, à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis – SC.

DOS FATOS QUE ENSEJARAM A EXCLUSÃO

A defesa questiona que a empresa fiscalizada não desrespeitou a Lei Complementar 123/2006, não ultrapassando o limite estabelecido na citada lei para permanecer no Simples Nacional.

A Representação Administrativa que propõe a exclusão da impugnante do Simples Nacional demonstrou que as empresas Thales Eduardo Mercúrio Oderdenge Eireli ME, S.O.S Alimentos e Transportes Ltda e S.O.S Comércio de Alimentos Eireli apresentam uma unicidade gerencial e confusão financeira.

No caso em tela o que se verifica é que de fato as três empresas de fato agem em conjunto como se observa a partir dos dados apresentados pelo Auditor Fiscal a seguir apontados:

- o Recibo de Entrega de Arquivos Digitais das três empresas foi assinado pelo Sr. Thales Fernando Schmitt Rodrigues Goulart (procurador das empresas);
- negativa de entrega de documentos de caixa;
- Confusão financeira: despesas de uma empresa pagas por outra (despesas da Thales Eduardo Mercúrio Oderdenge Eireli ME pagas pela empresa S.O.S Alimentos e Transportes Ltda; despesas da S.O.S Alimentos e Transportes Ltda., pagas pela Thales Eduardo Mercúrio Oderdenge Eireli ME);
- Rescisões de contratos de trabalho nos quais verifica-se que o empregado estabelecia a relação de trabalho com uma empresa, porém a rescisão era homologada por outra, como no caso de Gustavo Ferreira Demétrio empregado da empresa Thales Eduardo, na qual constata que o recolhimento do FGTS foi efetuado pela pessoa jurídica S.O.S Alimentos;
- A média do número de empregados das empresas não condiz com o faturamento e número de veículos, ou seja a S.O.S Alimentos possui o menor número de empregados (chegando a não ter empregados em 2014), porém possui o maior número de veículos e faturamento, quando comparado com as outras empresas;

- As empresas estão estabelecidas em imóveis pertencentes ao Senhor Arildo Luiz Oderdenge, administrador da S.O.S Alimentos, entretanto não foi demonstrado qualquer pagamento de aluguéis;
- Omissão de receitas através das contas ADIANTAMENTO DE CLIENTES código 7366, ADIANTAMENTO DE CLIENTES código 5908 e EMPRESTIMOS DE PESSOAS LIGADAS código 5118;
- Processos na Justiça do Trabalho em que figuram como partes as três empresas.

Esses elementos fáticos apontados acima confirmam a constituição de um grupo econômico, pois configuram que as empresas agem em conjunto mediante uma confusão patrimonial e financeira.

E, uma vez demonstrado que se trata de um grupo econômico de fato, a unificação das receitas é imprescindível e, no caso em comento, os valores apurados ultrapassam o limite estabelecido pela legislação do Simples Nacional, conforme dispõe a Lei Complementar nº 123, de 2006.

Tocante ao grupo econômico de fato, ressalta-se que não existe previsão legal de exclusão do Simples em decorrência de tal caracterização. Todavia, analisados os fatos expostos na representação fiscal, caracterizadores dessa situação jurídica, tem-se que estão interrelacionados com a infração verificada na empresa e são ensejadores da exclusão do Simples, devido à extrapolação do limite da receita bruta anual do grupo econômico.

A fiscalização objetivou demonstrar que a empresa manifestante e as demais envolvidas na realidade formam um grupo econômico familiar, estando divididas para fins de obter uma tributação mais benéfica, mas que, fundamentalmente, dispõem de mesma organização gerencial.

De fato, o grupo econômico familiar está evidenciado pela farta juntada de documentação pela autoridade fiscal competente, que indica a unidade de direção ou controle, com objetivos finais idênticos de todos os entes agrupados. Assim, a manifestante, integrante do grupo, foi beneficiada de forma indevida pela opção à Lei Complementar nº 123, de 2006.

Destarte, para a caracterização e identificação de "grupo econômico", importa investigar a situação real (verificação dos vínculos entre as empresas e das circunstâncias em que se constituíram ou realizam suas atividades) e não apenas a situação meramente formal.

No presente caso, os fatos apurados pela fiscalização apontam para o elo empresarial, a integração entre as empresas, verifica-se a existência de um grupo econômico de fato.

Além do grupo ultrapassar a o faturamento permitido para se manter no Simples Nacional, a empresa utilizou de artifício para manter dentro do limite estabelecido em lei, através das contas ADIANTAMENTO DE CLIENTES código 7366, ADIANTAMENTO DE CLIENTES código 5908 e EMPRESTIMOS DE PESSOAS LIGADAS código 5118.

Portanto, diante das circunstâncias evidenciadas e em razão da primazia da verdade material sobre a formal, a infração apurada está respaldada pelo conjunto probatório constante do auto, porquanto a realidade subjacente demonstra a existência de grupo econômico de fato, havendo a extrapolação da receita bruta global para fins de permanência no Simples Nacional.

Por fim, também verifica-se, no caso presente, a prática reiterada de infração à legislação tributária, hipótese legal de exclusão do simples, caracterizada pela omissão

de receitas e o excesso de receita bruta, causas de exclusão da pessoa jurídica do Simples Nacional.

DO EFEITO SUSPENSIVO DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO

A defesa requer que os efeitos da exclusão do Simples só surtam efeito após a decisão definitiva na esfera administrativa, até então entende que a empresa permanece no regime especial.

Cumprido ressaltar que o crédito tributário constituído, em decorrência da exclusão do Simples, consta em outro processo.

No tocante à exclusão do Simples Nacional por ADE exarado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil, cabe o rito do Processo Administrativo Fiscal federal (PAF) regulado no Decreto nº 70.235/1972.

A Coordenação-Geral de Tributação (Cosit) na Solução de Consulta Interna nº 18, de 30/07/2014 exarou o entendimento a respeito da Manifestação de Inconformidade impetrada contra a exclusão da empresa do Simples Nacional:

Ementa: Com base no art. 39 da Lei Complementar (LC) nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a manifestação de inconformidade interposta em âmbito federal contra a exclusão do Simples Nacional se enquadra no conceito de recurso administrativo admissível pelas leis reguladoras do processo tributário administrativo a que se refere o inciso III do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional (CTN).

Nos termos do § 3º do art. 75 da Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional (RCGSN) nº 94, de 29 de novembro de 2011, a impugnação do ato de exclusão do Simples Nacional tem efeito suspensivo, razão pela qual o lançamento de ofício que teve tal ato de exclusão como premissa necessária terá caráter preventivo, e, portanto, estará com a exigibilidade suspensa.

Dispositivos Legais: art. 151, inciso III, do CTN; art. 39 da LC nº 123, de 2006; art. 75, § 3º do da RCGSN nº 94, de 2011.

A Resolução CGSN Nº 94/2011 em 2015 sofreu alteração no seu §3º do art. 75, que deixou mais clara a redação:

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

...

§ 3º Na hipótese de a ME ou EPP, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 6º) (Redação dada pelo(a) Resolução CGSN nº 121, de 08 de abril de 2015)

Lei Complementar nº123/2006

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

...

§ 5º A impugnação relativa ao indeferimento da opção ou à exclusão poderá ser decidida em órgão diverso do previsto no caput, na forma estabelecida pela respectiva administração tributária.

§ 6º Na hipótese prevista no § 5º, o CGSN poderá disciplinar procedimentos e prazos, bem como, no processo de exclusão, prever efeito suspensivo na hipótese de apresentação de impugnação, defesa ou recurso.

Assim sendo, a apresentação da manifestação de inconformidade tem efeito suspensivo o que implica admitir que o ato de exclusão somente surtirá efeito quando houver a prolação de decisão administrativa definitiva e que eventual crédito tributário lançado de ofício em virtude da exclusão fica com a sua exigibilidade suspensa enquanto a manifestação de inconformidade estiver pendente de apreciação.

Cumprе ressalvar, porém, que na hipótese de haver decisão definitiva desfavorável ao interessado, a exclusão produzirá efeitos a partir do mês como consignado no Ato Declaratório Executivo DRF/FNS no 294, de 08 de dezembro de 2017. Quanto aos créditos tributários, a suspensão será tratada nos respectivos autos de infração.

Conclui-se pelo efeito suspensivo automático da manifestação de inconformidade.

No que diz respeito aos argumentos contidos na transcrição do confuso recurso concernente aos autos de infração de contribuição previdenciária, para além de não fazerem qualquer sentido no âmbito do presente litígio (como é o caso da discussão sobre solidariedade de fato, qualificação da multa aplicada e data da notificação da autuação), basta registrar que a acusação de formação de um grupo econômico, como já bem demonstrado pela decisão recorrida, foi sedimentada num robusto conjunto probatório. No seu recurso, a interessada não traz nenhum elemento adicional que possa minimamente desconstituir aqueles fundamentos.

Acrescente-se que os questionamentos acerca da inconstitucionalidade dos comandos legais que envolveram a exclusão do regime (se é que se poderia extrair tal argumento do recurso) não podem ser apreciados por este colegiado porque a competência desta Casa está circunscrita a verificar os aspectos legais da atuação administrativa. Quanto a isto, vale a pena transcrever o que dispõem o artigo 62 do Anexo II do RICARF e a Súmula CARF nº 2:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (grifei)

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Ademais, cumpre enfatizar a exigência regimental para que os julgados desta Casa observem os entendimentos sumulados. É o que está determinado no artigo 72 do Anexo II do RICARF:

Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

Não se pode, assim, dar guarida à pretensão recursal.

Pelo exposto, oriento o meu voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio