



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.725365/2017-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-010.276 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de agosto de 2023
Recorrente S.O.S. COMERCIO DE ALIMENTOS EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2013 a 31/12/2015

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS. CONTRIBUIÇÃO A TERCEIROS. OBRIGAÇÃO DO RECOLHIMENTO.

A empresa é obrigada a recolher, nos prazos definidos em lei, as contribuições incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados a seu serviço.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 2.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO. IMPROCEDÊNCIA.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, não tendo ele se desincumbido deste ônus. Simples alegações desacompanhadas dos meios de prova que as justifiquem revelam-se insuficientes para comprovar os fatos alegados.

INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 163.

Conforme Súmula CARF nº 163, o indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Christiano Rocha Pinheiro, Leonam Rocha de Medeiros, Gleison Pimenta Sousa, Eduardo Augusto Marcondes de Freitas, Martin da Silva Gesto e Sonia de Queiroz Accioly (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto nos autos do processo nº 11516.725365/2017-11, em face do acórdão nº 09-66.929 (fls. 782/801), julgado pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Juiz de Fora (DRJ/JFA), em sessão realizada em 20 de junho de 2018, no qual os membros daquele colegiado entenderam por julgar procedente em parte o lançamento.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ de origem que assim os relatou:

“O presente processo trata de Auto de Infração de contribuições previdenciárias patronais (empregados e contribuintes individuais) e terceiros (FNDE, INCRA, SESC, SENAC e SEBRAE), no valor total de R\$580.653,59 (quinhentos e oitenta mil, seiscentos e cinquenta e três reais e cinquenta e nove centavos), apuradas para o período de 01/2013 a 12/2015.

O Auditor Fiscal relata que a empresa foi excluída do Simples Nacional a partir de 1º de janeiro de 2013, estando vedada de voltar a optar pelo regime pelos dez anos-calendário seguintes, conforme 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:

8.1.1. 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 as empresas figuram como parte, uma ou mais pessoas jurídicas abrangidas pela auditoria.

O Auditor informa que constatou as seguintes irregularidades na fiscalizada que ensejaram 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.

No Relatório Fiscal foram relatadas as diversas alterações das empresas 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 SOCIETARIA			
	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	Adm.	05/2002 a 07/2004	5,00%
	Daniele Beatriz Mercúrio Oderdenge	Cotista	05/2002 a 07/2004	95,00%
	Arildo Luiz Oderdenge	Adm.	07/2004 a 07/2009	10 0,0%
	Daniele Beatriz Mercúrio Oderdenge	Cotista	07/2004 a 07/2009	90,00%
	Daniele Beatriz Mercúrio Oderdenge	Cotista	07/2009 a	30,00%
	Oderdenge Holding e Participações Ltda. Arildo Luiz Oderdenge	Cotista Adm.	07/2009 a 07/2009 a	70,00% Nomeado
S.O.S Comércio de Alimentos Eireli ME CNPJ 07.150.002/0001-06 Abertura em 03/01/2005	Leonita Scotti	Cotista	01/2005 a 05/2007	95,00%
	Arildo Luiz Oderdenge	Adm.	01/2005 a 05/2007	5,00%
	Leonita Scotti	Adm.	05/2007 a 06/2008	95,00%
	Arildo Luiz Oderdenge	Cotista	05/2007 a 06/2008	5,00%
	Leonita Scotti	Cotista	06/2008 a 07/2015	95,00%
	Thales Eduardo Mercúrio Oderdenge Leonita Scotti	Adm. Titular	06/2008 a 07/2015 07/2015	5,00% 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, demonstram que a família Mercúrio Oderdenge, sempre esteve a frente do comando das do sujeito passivo e das pessoas jurídicas relacionadas. 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 exercida 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 do sujeito passivo 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, incorreu o sujeito passivo, 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.

...

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. (...)

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 o sujeito passivo. 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 Alimentos;

- 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 assinaturas 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 pessoas jurídicas 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, diminuírem 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 obvio 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 nº 123, 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 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
Média Empregados Ativ de Motorista	3	17	7	0	35	8	0,3	45	4
Média de Veículos no Ativo Imobilizado	38	2	1	55	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.

QUADRO II - VEÍCULOS DO ATIVO IMOBILIZADO X RECEITA OPERACIONAL X FOLHA DE PAGAMENTO

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.

QUADRO III - DOMICÍLIOS TRIBUTÁRIOS X PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL

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.". Afirma 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 123/2006*

...

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.

...

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, o sujeito passivo incorreu 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, creditando a conta "EMPRÉSTIMOS DE PESSOAS LIGADAS" código "5118".

f.2) Enquadramento nos incisos II e V do art. 29 da Lei 123, de 2016

A escrituração contábil do sujeito passivo 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 têm 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 artilagem 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 tem 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, restou 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 ele 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; Procurações	RT 0000525-35.2017.5.12.0031 - 1ª Vara	Thales Eduardo Mercúrio Oderdengo 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 Oderdengo Eireli ME, Arildo Luiz Oderdengo 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; Procurações;	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 Oderdengo 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 Oderdengo ME e Arildo Luiz Oderdengo	A parte reclamada Thales Eduardo Mercúrio Oderdengo ME é empresa componente do grupo econômico a qui caracterizado é o senhor Arildo Luiz Oderdengo 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; Procurações; Cartas de Preposto; Ata de Audiência.	RT 0001092-31.2016.5.12.0054 - 3ª Vara	Thales Eduardo Mercúrio Oderdengo ME, Arildo Luiz Oderdengo 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 Oderdengo. " 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 em razão da:

10.1. 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 Oderdengo Eireli - ME sequer poderiam atingir seu objetivo social, ficando estas totalmente à mercê da primeira. Fica claro também o controle gerencial, o qual é exercido pelo Senhor Arildo Luiz Oderdengo 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 elas.

10.2. 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 Oderdengo 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 "9.1.1",

"9.1.2" e "9.1.3", 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).

10.3. 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 "9.1.1". 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 "9.1.1", 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 "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:

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.

12.1. Caracterizada a formação de grupo econômico de fato e considerando que a situação foi comprovada documentalmente durante o período de 2012 a 2015, somamos as receitas brutas das empresas envolvidas e chegamos a conclusão 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 14 de dezembro de 2006, conforme demonstrado na tabela abaixo, enquadrando o sujeito passivo 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 Mercúrio Oderdenge 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

12.2. Para os exercícios em que a empresa se declara optante do Simples Nacional, o valor da receita bruta anual foi considerado como sendo o valor declarado pela própria empresa no PGDAS-D - Programa Gerador do Documento de Arrecadação - Declaratório (Doc. 36) e, para os períodos em que a empresa não é optante do Simples Nacional, o valor da receita bruta anual foi considerado o valor declarado pela empresa no SPED CONTABIL - Escrituração Contábil Digital.

13. Ao final da análise, concluiu-se que a empresa S.O.S Comércio de Alimentos Eireli ME, restou 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.

O Auditor Fiscal estabeleceu a sujeição passiva solidária com base no art.124 do Código Tributário Nacional da Lei nº 5.172/66, visto que ficou comprovado o agrupamento das empresas, de cunho familiar, com interesse comum, na busca de usufruir indevidamente, dos benefícios concedidos pela Lei Complementar nº 123/2006.

A Autoridade Tributária esclarece que considerou como base de cálculo os valores de remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais informados em folhas de pagamento, escrituração contábil e GFIP - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social e foram apropriados os valores recolhidos em DAS - Documento de Arrecadação do Simples Nacional.

O Auditor Fiscal qualificou a multa aplica afirmando que de forma inequívoca o contribuinte teve a intenção de suprimir o tributo devido à fazenda pública federal, mediante práticas dolosas de sonegação e fraude, em razão de:

24.1. *mediante subterfúgios para dar aparência de pessoas jurídicas independentes, fragmentou a receita entre as empresas S.O.S Comércio de Alimentos Eireli ME, Thales Eduardo Mercúrio Oderdenge Eireli ME e S. O.S Alimentos e Transportes Ltda., utilizando-se de recursos patrimoniais, financeiros e humanos, uma das outras, de modo a usufruir dos benefícios do sistema tributário diferenciado do Simples Nacional;*

24.2. *Ou seja, houve declaração falsa ao fisco, ao declarar-se o autuado, reiteradamente como optante do Simples Nacional; e simulação do negócio com a utilização de outras empresas, comprovadamente com o intuito apenas de beneficiar-se do regime tributário diferenciado -Simples Nacional.*

Relata arguindo que a " simulação quando envolve propósitos lesivos aos direitos e interesses da Fazenda Pública, objetivando burlar a legislação previdenciária, retira toda a validade do ato por ela viciado, qual seja, a inscrição irregular da pessoa jurídica S.O.S Comércio de Alimentos Eireli ME, no regime tributário favorecido do Simples Nacional, razão pela qual teve sua exclusão decretada de ofício."

Por fim, informa que foi lavrada a Representação Fiscal para Fins Penais.

DA IMPUGNAÇÃO

A empresa foi cientificada do Auto de Infração juntamente com os solidários em 20/12/2017. A empresa apresentou impugnação em 17/01/2018.

A defesa apresenta um resumo dos fatos e afirma que:

O simples fato de haver grupo econômico não significa a ocorrência da solidariedade de fato, pois todas as empresas possuem administradores diferentes conforme contrato social.

Além disso não há semelhanças nos objetos sociais entre a SOS DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA e a empresa THALES EDUARDO MERCÚRIO ODERDENG EIRELLI ME.

Sobre o tema cita Acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, e conclui que *"não basta o liame econômico para a configuração do grupo econômico, formado pelas empresas THALES EDUARDO MERCÚRIO ODERDENG EIRELLI -ME e a empresa SOS ALIMENTOS E TRANSPORTES LTDA".*

A defesa questiona multa de 150%, afirmando que não existe pelos seguintes motivos:

- A empresa THALES EDUARDO MERCÚRIO ODERDENG EIRELI - ME antes da Lei Complementar 123/2006;
- A Lei não autoriza nesse patamar, conforme decisão do Conselho de Contribuintes da Secretaria da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro - multa arbitrada em 150%, sem o contraditório caracteriza ilegalidade. O Art. 112 do CTN, assegura o in dúbio pro reo, portanto, na dúvida cabe a interpretação mais favorável ao contribuinte;
- O Art. 71 da Lei nº 4.502/64 exige "ação ou omissão dolosa", para configurar o ilícito fiscal;
- A multa coloca em risco existência do contribuinte ou compromete seriamente sua atividade econômica; sendo, portanto, uma ofensa ao não confisco;
- As empresas arroladas como grupo econômico possuem objetos sociais diferentes e administradores diferentes, recebendo uma punição desproporcional ao seu capital social e faturamento.

Argui que o fato da empresa THALES EDUARDO MERCÚRIO ODERDENG ME ter funcionado num imóvel da Família, não indica qualquer irregularidade.

A defesa informa que juntou contrato de prestação de serviços entre a empresa THALES EDUARDO MERCÚRIO ODERDENG ME e a empresa SOS AUMENTOS E TRANSPORTES LTDA, objetivando demonstrar que são empresas distintas e possuem autonomias próprias.

Afirma que o contrato entre as empresas, diz respeito a mão de obra, portanto plenamente normal que a empresa THALES EDUARDO MERCÚRIO ODERDENG ME, tivesse que ser proprietária de caminhões. Complementa:

Destaca-se que as atividades das respectivas empresas são diferentes, enquanto a SOS AUMENTOS E TRANSPORTES LTDA, tem como atividade principal o Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, doc05, a empresa THALES EDUARDO MERCÚRIO ODERDENG EIRELLI ME, tem como atividade principal, o Transporte Rodoviário de Carga.

Desta forma, as empresas possuem objetos sociais distintos uma da outra.

A Impugnante afirma que, em razão do período do ano em que o processo foi entregue, houve pouco tempo para apurar os valores lavrados, desta forma informa juntará documentos novos, em razão do exíguo prazo para a impugnação.

Por fim, pede:

À vista do exposto, demonstrada a ilegalidade quanto a cobrança, pede a improcedência total do lançamento quanto ao principal, juros e multa e requer que seja acolhida a presente Impugnação.

É o relatório.”

Transcreve-se abaixo a ementa do referido julgado:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2013 a 31/12/2015

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E DE TERCEIROS.
OBRIGAÇÃO DO RECOLHIMENTO.

A empresa é obrigada a recolher, nos prazos definidos em lei, as contribuições incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados a seu serviço.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A instância administrativa é incompetente para se manifestar sobre a constitucionalidade ou legalidade de ato normativo em vigor.

PROVA DOCUMENTAL. OPORTUNIDADE. PRECLUSÃO
TEMPORAL.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, ressalvados os casos específicos descritos no § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/72.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido”

Inconformada, a contribuinte apresentou recurso voluntário, às fls. 804/813, reiterando, em parte, as alegações expostas em impugnação, somente quanto ao que foi vencida.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Martin da Silva Gesto, Relator.

O recurso voluntário foi apresentado dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

Por oportuno, transcrevo, em parte, o voto proferido no acórdão da DRJ, conforme faculta o artigo 57, §3º, do Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, haja vista não haver novas razões de defesa no recurso voluntário além daquelas já analisadas pela decisão de primeira instância que abaixo transcrevo e que, desde logo, acolho como minhas razões de decidir:

“DA MULTA QUALIFICADA

O Impugnante questiona a multa aplicada, que afirmam ter caráter confiscatório.

Em relação ao valor confiscatório da multa, o princípio da vedação do confisco insere-se como cláusula integrante das limitações ao poder de tributar. Com efeito, o art. 150, IV, da Constituição Federal, prescreve comando destinado ao legislador, para que este não crie tributo que supere as forças patrimoniais do contribuinte, subtraindo-lhe, indevidamente, os recursos de que necessita à sua manutenção.

No presente caso, verifica-se que a multa aplicada está respaldada na legislação vigente, e por expressa vedação contida no art. 26-A do Decreto nº 70.235 de 1972, e no artigo 59 do Decreto n.º 7.574, de 29/09/2011, não pode este órgão julgador desconsiderar norma válida no ordenamento jurídico:

Art. 26-A. 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. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

Art. 59. 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 (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 26-A, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, art. 25).

(...)

Cabe ainda destacar, Hugo de Brito Machado, entende que a vedação ao confisco é atinente ao tributo. Não à penalidade pecuniária, vale dizer, à multa. O regime jurídico do tributo não se aplica à multa porque são essencialmente distintos. A multa tem como finalidade representar um ônus significativamente pesado, portanto as condutas que a ensejam sejam desestimuladas.

Portanto, este órgão julgador tem as decisões limitadas a legislação vigente, não podendo vincular suas decisões a qualquer situação estranha àquela contida no

ordenamento jurídico. Caso contrário o contribuinte estaria sujeito a uma análise discricionária do julgador, o que não seria objetivo e justo.

Com relação à multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento), aplicada nos Autos de Infração integrantes deste processo administrativo fiscal tem-se que está prevista no artigo 44, inciso I da Lei n.º 9.430/96, a seguir reproduzidos.

Lei 9.430/96:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

Não havendo no caso de agravamento ou qualificação da multa, a menor multa a ser aplicada nos lançamentos de ofício é de 75%, como determina a legislação anteriormente citada.

No presente caso a multa ofício é de 75% foi duplicada nos termos artigo 44, 1º da Lei n.º 9.430/96:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (destacamos)

O Auditor Fiscal trata da qualificação da multa afirmando que houve conduta dolosa e fraudulenta. A norma que trata da multa de ofício, art. 44, inciso I e § 1º da Lei n.º 9.430/96 (anteriormente transcrita) remete a Lei nº 4.502/64 para a qualificar a multa referida no § 1º tem a seguinte redação:

Lei nº 4.502/64:

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 do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação 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, ou a evitar ou deferir o seu pagamento.

Art. 73 – Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos no art. 71 e 72.

Depreende-se dos dispositivos acima transcritos que, para a aplicação da multa qualificada, deve existir o elemento fundamental de caracterização que é o evidente intuito de fraudar ou de sonegar, ou seja, deve existir o dolo.

O contribuinte alega que o imóvel emprestado não indica uma infração e que há um contrato de prestação de serviços entre a empresa THALES EDUARDO MERCÚRIO ODERDENG ME e a empresa SOS AUMENTOS E TRANSPORTES LTDA e que a empresa THALES EDUARDO MERCÚRIO ODERDENG ME foi criada antes da Lei Complementar nº 123/2006.

Em relação ao citado contrato não pode ser verificado por não ter sido apensado a impugnação.

Quanto ao período de criação da empresa Thales, isso não influencia na análise do processo, pois foram os fatos que ocorrem no período auditado que determinam a existência ou não de atos de infração a lei.

Além disso, o Auditor Fiscal aponta diversos itens, não justificados pelo contribuinte, que demonstram a formação do grupo econômico:

- 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 Oderdeng 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 Oderdeng 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 Oderdeng, 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.

A partir dos documentos constantes nos autos, extrai-se que o contribuinte opta pela constituição de diversas empresas formalmente distintas, sem caracterizar o grupo, com isso busca esquivar-se da norma restritiva de faturamento, a fim de beneficiar-se de um regime tributário favorecido ao qual, na essência, não faria jus, ou seja não poderia aderir ao SIMPLES.

Portanto, com base nos documentos acostados ao auto há prova material de que o contribuinte tentou dolosamente impedir ou retardar, total ou parcialmente, o

conhecimento por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal.

Os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 conceituam e estabelecem os limites para as atividades de sonegação, fraude e conluio, entretanto é necessário a presença do dolo para que tais características sejam atribuídas aos atos praticados pelo contribuinte.

Os pontos ressaltados no Relatório Fiscal demonstram que a conduta do impugnante tem conotação dolosa e fraudulenta, ao deixar claro que o contribuinte distribuiu o faturamento de uma empresa entre as três para permanecer no Simples Nacional, visando com isso impedir a ocorrência do fato gerador da obrigação principal.

Assim, diante da existência de comprovação do dolo específico, cabe a qualificação da multa de ofício aplicada.

DAS PROVAS

No pertinente à solicitação do contribuinte de juntada de provas novas em razão do período em que foi entregue o processo, o Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal relativo às contribuições de que tratam os arts. 2º e 3º da Lei nº 11.457/07, estabelece em seu art. 16 que a impugnação deverá mencionar os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir. Em complemento, o § 4º do citado artigo é manifesto ao prescrever que a prova documental deverá ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, ressalvados os casos específicos descritos.

Dessa forma, considerando-se que a Impugnante não demonstrou a necessidade de apresentar novas provas com base nos dispositivos normativos mencionados, em especial as exceções previstas nas alíneas “a”, “b” ou “c” do § 4º do art. 16 do Decreto 70.235/72, não há razões para deferir a solicitação de juntada de provas..”

Portanto, entendo que carece de razão à contribuinte, razão pela qual não merece reforma a decisão recorrida. Desse modo, ratifico as razões de decidir do julgamento de primeira instância, fazendo os acréscimos abaixo fundamentação.

Quanto às alegações de inconstitucionalidade suscitadas, inclusive a relacionada ao caráter confiscatório da multa, importa referir que o CARF não possui competência para analisar e decidir sobre matéria constitucional, conforme Súmula CARF nº 02, de observação obrigatória, conforme Regimento Interno deste Conselho. Assim dispõe a referida Súmula: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Quanto ao pedido de produção de provas este não encontra amparo legal, uma vez que, de modo diverso, o art. 16, inciso II do Decreto 70.235/72, com redação dada pelo art. 1º da Lei 8.748/93, determina que a impugnação deve mencionar as provas que o interessado possuir, de modo que o *onus probandi* seja suportado por aquele que alega. Descabe, portanto, a inversão do ônus da prova pretendida pelo recorrente, sendo tal requerimento inferido. Salienta-se que indeferimento do pedido prova pericial, por exemplo, é inclusive matéria sumulada neste Conselho de que este não ocasiona cerceamento ao direito de defesa e ao contraditório, conforme Súmula CARF nº 163, que assim dispõe:

Súmula CARF nº 163: “O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis.”

Conclusão.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator