



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 13982.001055/2010-52
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2302-003.731 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de março de 2015
Matéria Remuneração de Segurados: Parcelas em Folha de Pagamento
Recorrente LUCRÉCIA ALIMENTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/12/2008 a 31/12/2009

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MULTA QUALIFICADA. PREVISÃO LEGAL.

No lançamento de ofício das contribuições previdenciárias, a partir da competência 12/2008, é devida a multa de no mínimo 75% calculada sobre a totalidade ou diferença do tributo que não foi pago, recolhido ou declarado.

Sempre que restar configurado pelo menos um dos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, o percentual da multa de que trata o inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996 deverá ser duplicado, passando a ser de 150%.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos em conhecer parcialmente do Recurso Voluntário e na parte conhecida negar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Presidente em exercício

(Assinado digitalmente)

André Luís Mársico Lombardi, Relator

EDITADO EM: 28/07/2015

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Liége Lacroix Thomasi (Presidente), Leonardo Henrique Pires Lopes (Vice-presidente), Arlindo da Costa e Silva, Juliana Campos de Carvalho Cruz, Luciana Matos Pereira Barbosa e André Luís Mársico Lombardi.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou improcedente a impugnação da recorrente, mantendo o crédito tributário lançado.

Adotamos trechos do relatório do acórdão do órgão *a quo* (fls. 418 e seguintes), que bem resumem o quanto consta dos autos:

DA AUTUAÇÃO

Trata-se de crédito lançado pela fiscalização contra o contribuinte acima identificado, através do Auto de Infração nº 37.222.279-0, referente às contribuições destinadas a outras entidades e fundos (terceiros), incidentes sobre a remuneração paga aos segurados empregados, no período de 12/2008 a 12/2009, inclusive os 13º salários, no montante de R\$ 288.284,98 (duzentos e oitenta e oito mil e duzentos e oitenta e quatro reais e noventa e oito centavos), incluindo juros e multa, consolidado em 21/10/2010.

O Relatório Fiscal, de fls. 367 a 375, informa que:

Os créditos apurados contra o contribuinte decorrem de sua exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte SIMPLES NACIONAL, instituído pela Lei Complementar 123/2006. Essa exclusão é objeto do Processo Administrativo nº 13982.000735/201059 (Ato Declaratório Executivo DRF/JOA nº 081, de 09 de setembro de 2010, fls. 84).

(...)

A empresa sendo excluída do SIMPLES NACIONAL passaram a ser devidas à Seguridade Social, a partir da competência de 07/2007, as contribuições destinadas as terceiras entidades e fundos: FNDE (SalárioEducação) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento), INCRA 0,2% (dois décimos por cento), SENAI 1,0 (um inteiro por cento), SESI 1,5 (um inteiro e cinco décimos por cento) e SEBRAE 0,6% (seis décimos por cento), incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados.

(...)

Foi aplicada a multa de 150% de acordo com o Art. 35A da Lei 8.212 (combinado com o art. 44, parágrafo 1º da Lei nº 9.430, de 27/12/96), com redação da MP nº 449 de 04/12/2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/2009.

A fiscalização descreve, no item 4.1, a ocorrência de simulação/dissimulação, nos seguintes termos:

De acordo com as informações colhidas junto ao contrato social da empresa LUCRECIA (estabelecimento matriz) esta está situada na Avenida Irineu Bornhausen n° 239E no Bairro Palmital em Chapecó — SC, (Fls.180verso), sendo este também o endereço constante dos cadastros da RFB, o qual foi confirmado por esta autoridade fiscal (Fls. 70).

A empresa LUCRECIA iniciou suas atividades em 01/10/2003. A partir de 26/10/2009, o quadro societário da empresa LUCRECIA passou a ser formado pelos senhores Juliano Sfoggia Rigon e Edson Leandro Hochamann. Até aquela data o quadro societário era composto pelos senhores Juliano Sfoggia Rigon e Alexandre Sfoggia Rigon, conforme documento a Fls. 176 a 180. (cessão onerosa de cotas). E a partir de 20/07/2010, ou seja, a partir da 5º alteração contratual, o quadro societário da empresa ficou composto pelos senhores Alexandre e Juliano Rigon (Fls.180 verso a 183 verso).

Perante o cadastro da RFB (Fls. 248) o quadro societário da empresa LUCRECIA ainda é composto pelos senhores: Juliano Sfoggia Rigon e Alexandre Sfoggia Rigon.

É de se ressaltar que todas as intimações e respostas carreadas pela empresa LUCRECIA foram subscritas pelo senhor Alexandre Sfoggia Rigon, conforme documentos as Fls. 23,24, 33, 36 e 45, o qual se apresentou perante esta fiscalização como administrador da empresa LUCRECIA, fato este que se comprova por meio da procuração de Fls. 185.

Em 30/11/2006 foi constituída a empresa BREAD KING ALIMENTOS LTDA, doravante denominada de BREAD KING, CNPJ n° 08.474.768/000109, a qual tem seu quadro societário formado pelos senhores Ernani de Magalhães Rigon e Nelcir Zuqui (Fls. 250). O senhor Ernani de Magalhães Rigon vem a ser o PAI do senhor Alexandre Sfoggia Rigon e do senhor Juliano Sfoggia Rigon.

A empresa **BREAD KING** tem como ramo de atividade, conforme documentos às Fls. 249 (verso), o comércio atacadista de pães, bolos, biscoitos e similares, e de acordo com a procuração de Fls. 184 **é administrada pelo senhor ALEXANDRE SFOGGIA RIGON.**

Considerando que **até 26/10/2009, o senhor Alexandre Sfoggia Rigon era sócio da empresa LUCRECIA e desde janeiro de 2007 (Fls. 184) o mesmo também administra a empresa BREAD KING** é de ressaltar que houve infração ao disposto no § 4º do artigo 3º da Lei Complementar 123/2006, in verbis:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

II - no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; (grifei).

Ademais, o fato de a empresa BREAD KING ser efetivamente administrada pelo senhor Alexandre Sfoggia Rigon e o quadro societário ser composto por pessoas estranhas ao seu regular funcionamento, (o senhor Emani de Magalhães Rigon e Nelcir Zuqui) caracteriza a interposição de pessoas de que trata o artigo 14 da lei 9.319/96, (SIMPLES FEDERAL), que assim assevera:

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses: IV constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual;

Da mesma forma assevera o artigo 29 da Lei Complementar 123/2006, (SIMPLES NACIONAL), in verbis:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional darseá quando:

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

Por sua vez, o endereço da empresa BREAD KING vem a ser a Rua Irineu Bornhausen nº 239 — E, sala 01. Ou seja, o endereço 6 o mesmo da empresa LUCRÉCIA acrescido do termo "sala 01". Em verificação física ao citado endereço, e como adiante ficará demonstrado, constatou-se que não há separação física entre a empresa LUCRÉCIA e a empresa BREAD KING, sendo que o complemento "sala 01" é mais uma demonstração da tentativa de fraudar o fisco.

O imóvel onde funciona a empresa LUCRÉCIA e a empresa BREAD KING objeto de um único contrato de locação (Fls. 278 a 281) o qual foi celebrado tendo como locatária a senhora JUSSARA SFOGGIA RIGON que vem a ser MÃE do senhor Juliano Sfoggia Rigon e Alexandre Sfoggia Rigon (sócios da empresa LUCRÉCIA e administrador da empresa BREAD KING).

No endereço sito a Rua Irineu Bornhausen n ° 239 — E não consta nenhum indicativo externo a respeito da empresa LUCRÉCIA. Conforme fotografias as Fls. 278 a 281, neste endereço, ao público externo, somente aparece a marca BREAD KING.

Não há separação entre os funcionários da empresa LUCRÉCIA e da empresa BREAD KING visto que todos os funcionários se apresentam com vestimentas com a logomarca BREAD KING, conforme fotografias as Fls. 282 a 286 e 299.

A empresa LUCRÉCIA utiliza a expressão BREAD KING como marca ou expressão comercial, conforme fotografias as Fls. 287, 288 e 291 a 297.

Não há separação física entre a empresa LUCRÉCIA e a empresa BREAD KING conforme fotografias as Fls. 286, 298 e 299. Inclusive **a máquina de cartão ponto e a escala dos funcionários, conforme fotografias as Fls. 300 a 304, não indicam distinção entre as empresas.**

Neste sentido também corrobora o **Lauda emitido pela Saúde Pública de Fls. 305, onde a empresa LUCRÉCIA e a empresa BREAD KING se confundem em uma só entidade.** O mesmo se infere das fotografias de Fls. 287 e 288.

Identificamos ainda, (a título de exemplo), conforme documentos as Fls. 325/326 e 327/328, que **notas fiscais emitidas pela empresa BREAD KING são recebidas via banco tendo como cedente a empresa LUCRÉCIA.**

A empresa BREAD KING não possui contas contábeis referentes a instituições financeiras, (conforme balanços de Fls. 307, 309, 311, 314,316,318,320,322 e 324) por sua vez a empresa LUCRÉCIA apresenta movimentação bancária muito superior ao seu faturamento, ou seja, a empresa BREAD KING utiliza as contas bancárias da empresa LUCRÉCIA.

Outro ponto que há de se salientar, e que serve para demonstrar que a empresa BREAD KING **se trata de uma simulação** com o fim de permitir que a empresa LUCRECIA permaneça no SIMPLES FEDERAL e no SIMPLES NACIONAL, é a sua falta de capacidade operacional a qual fica demonstrada no quadro abaixo:

Dados da empresa Lucrécia

Pelos dados acima, em especial o número de empregados, verifica-se que **a empresa BREAD KING não dispõe de patrimônio e capacidade operacional necessários realização de seu objeto.**

A existência somente no papel da empresa BREAD KING se caracteriza, a juízo desta autoridade fiscal, uma simulação, onde se procura aparentar algo que não existe (no caso duas empresas) ou de dissimulação, (também denominada de simulação relativa) qual seja, esconder algo que existe (uma empresa só).

(..)

No caso em comento, o ato de constituição da empresa BREAD KING encontra-se maculado pela simulação, visto que existe somente no papel. Destarte, desaparecendo o ato simulado, prevalecerá o ato dissimulado.

Verdadeiro é que a empresa BREAD KING e a empresa LUCRÉCIA tratam-se de uma entidade só e o objetivo desta suposta separação é manter a empresa LUCRÉCIA no SIMPLES (FEDERAL e NACIONAL), com o desiderato de, em especial, escusarse do pagamento das contribuições previdenciárias incidentes sobre a sua folha de salários.

A aparente separação faz com que o faturamento da empresa LUCRÉCIA se mantenha dentro dos limites permitidos aos optantes por aqueles regimes de tributação.

(...)

Acontece que em 26/09/2007, (relativamente ao ano calendário de 2006) e em 22/10/2007 (relativamente ao ano calendário de 2007) foram entregues/transmitidas Declarações Simplificadas da Pessoa Jurídica — SIMPLES RETIFICADORAS zeradas, conforme Fls. 206 a 223 e 236 a 247, ou seja, o contribuinte se valendo da possibilidade de retificar as suas declarações apresentou outra com informações FALSAS (as informações das declarações retificadoras não guardam relação com a escrituração do contribuinte) a fim de impedir que o fisco lhe exigisse os valores efetivamente devidos a título de SIMPLES FEDERAL.

Assevera o artigo 17 da Lei Complementar 123/2006 (SIMPLES NACIONAL) que:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

V - que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

Fica evidente que o contribuinte somente retificou as declarações dos anos calendários de 2006 e 2007, como forma de burlar a vedação à opção do SIMPLES NACIONAL mencionada no dispositivo adrede mencionado. Ou seja, o contribuinte não atendia as condições para optar pelo SIMPLES NACIONAL.

Não podemos olvidar, que é por meio das declarações acima mencionadas é que a Administração Tributária se instrumentaliza a fim de cobrar coercitivamente (judicialmente) os tributos sujeitos a lançamento por homologação que lhes são devidos.

A falsidade do contribuinte fez com que o Estado tivesse de movimentar sua máquina de fiscalização a fim de detectar tais omissões sob pena de ver perecer o seu direito.

E na prestação de informações falsas que reside a fraude, visto que, por meio desta conduta, o contribuinte se esconde na esperança de que o Fisco nada descubra, e assim não possa exercer o seu direito (constituir o crédito tributário) no prazo decadencial, acarretando assim prejuízos aos cofres públicos.

Por tudo o exposto, conclui-se que o autuado incorreu no disposto no artigo 71 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, os quais definem a conduta de sonegação:

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

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

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

Ao incorrer na prática de sonegação e fraude, o contribuinte se sujeita à multa prevista no § 1º do artigo 44 da Lei nº. 9.430/96, com redação dada pela Medida Provisória nº 351/2007, que assim assevera:

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

I - de 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;

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

A multa de ofício considerada na presente autuação foi de 150%, pelos fundamentos apresentados (Itens 4.1 e 4.2).

Nesta ação fiscal foram lavrados os seguintes Autos de Infração: PAF 13982.001054/2010-16 - AI Debcad 37.222.278-1; PAF 13982.001055/2010-52 - AI DEBCAD 37.222.279-0; PAF 13982.001166/2010-69 - AI DEBCAD 37.222.265-0 e PAF 13982.001167/2010-11- AI DEBCAD 37.222.266-8.

Foram emitidas duas Representações Fiscais para Fins Penais - RFFP pelo cometimento, em tese, de crime contra a ordem tributária (RFFP nº 13982.001053/2010-63 PAF nº 13982.001054/2010-16 e nº 13982.001167/2010-11; e RFFP nº 13982.001052/2010-19 PAF nº 13982.001055/2010-52 e nº 13982.001166/2010-69).

O crédito previdenciário lançado encontra-se fundamentado na legislação constante do anexo de Fundamentos Legais do Débito – FLD.

DA IMPUGNAÇÃO

A empresa apresentou, tempestivamente, a impugnação de fls. 388 a 393 (...)

(...)

Como afirmado, a impugnação apresentada pela recorrente foi julgada improcedente. Cientificada do julgamento, a recorrente apresentou o recurso de fls. 436 e seguintes, aduzindo, em síntese:

- * indevida exclusão do Simples e do Simples Nacional;
- * impossibilidade de retroação dos efeitos da exclusão do Simples e do Simples Nacional;
- * não cabimento da multa de ofício qualificada.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator André Luís Mársico Lombardi

Exclusão e Retroação de Efeitos. Simples. Simples Nacional.

Relativamente à argumentação de indevida exclusão do Simples e do Simples Nacional e de impossibilidade de retroação dos efeitos das referidas exclusões, temos que são questões prejudiciais já discutidas nos autos do processo 13982.00735/2010-59 e decididas de forma definitiva pelo Acórdão nº 1101-001-158, de 31 de julho de 2014, da 1ª Turma Ordinária/1ª Câmara/1ª Seção. Assim, estando acobertadas as questões pelo manto da coisa julgada administrativa, não compete mais a este órgão julgador rediscuti-las.

Noto que naqueles autos restou negou-se provimento ao Recurso Voluntário, por unanimidade de votos, tanto em relação à exclusão do SIMPLES Federal, quanto à exclusão do SIMPLES Nacional.

Portanto, do Recurso Voluntário, analisaremos tão somente a questão relativa ao não cabimento da multa de ofício qualificada.

Multa Qualificada. Da análise dos autos, verifico que a qualificação da multa decorreu da verificação da simulação da existência de duas pessoas jurídicas distintas (Lucrecia Alimentos e Bread King) e da sonegação perpetrada pela recorrente quando, em 26/09/2007 (relativamente ao ano calendário de 2006) e em 22/10/2007 (relativamente ao ano calendário de 2007), a recorrente entregou Declarações Simplificadas Retificadoras zeradas, ou seja, com informações falsas (as informações das declarações retificadoras não guardam relação com a escrituração do contribuinte), a fim de impedir que o fisco lhe exigisse os valores efetivamente devidos a título de SIMPLES FEDERAL.

Amoldando-se tais condutas às descrições contidas nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, tem ensejo a multa qualificada descrita no art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96.

Com efeito, restou comprovado que a constituição da Bread King ocorreu única e exclusivamente para fracionar o faturamento da Lucrecia Alimentos e, assim, impedir a incidência da norma jurídica em que previsto o limite legal de receita bruta para adesão ao regime simplificado. Outrossim, demonstrou-se de forma clara e inequívoca que a apresentação de declarações retificadoras única e exclusivamente para desconstituir o crédito tributário devido e apurado na escrituração comercial apresentada.

É robusta a construção probatória levantada pela autoridade fiscal acerca da ausência de autonomia e independência das atividades empresariais das duas pessoas jurídicas, com prova inclusive de confusão patrimonial entre elas. Ficou suficientemente demonstrado que, por detrás da pessoa jurídica da Bread King, não há uma atividade empresarial distinta da atividade empreendida pela Lucrecia Alimentos, inclusive com a utilização de recursos humanos e patrimoniais pertencentes a esta última.

De outro lado, a retificação das declarações apresentadas para desconstituir o crédito tributário devido e apurado na escrituração pela própria contribuinte, denota a conduta **dolosa ou fraudulenta descrita no art. 71 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.**

É certo que, com a retificação das declarações, providência adotada para novamente simular a regularidade fiscal requerida para adesão ao regime simplificado, a pessoa jurídica teve a intenção (dolo) de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, fato a caracterizar a fraude fiscal ou sonegação. Note-se ainda que em relação aos períodos em que não apresentada retificadora, observou a fiscalização que a pessoa jurídica informou receita bruta muito inferior, não apenas à apurada de ofício pela fiscalização, mas à receita bruta escriturada em seus livros, o que confirma o intuito de reduzir indevida e fraudulentamente a base de cálculo dos tributos devidos.

Inaplicável ao caso a Súmula 14 do CARF, porque não apurada “simples” omissão de receitas, decorrente de mero erro na escrituração, mas comprovadas: (i) a simulação da constituição de empresa, única e exclusivamente, para fracionar o faturamento da autuada e assim garantir a sua manutenção no regime simplificado de tributação; e (ii) a existência de contas correntes mantidas à margem da escrituração, de depósitos não contabilizados e de depósitos contabilizados, mas cuja contabilização está em descompasso com o histórico contido no extratos, e desprovida de documentação de suporte. Definitivamente, não se trata de “simples” omissão de receitas.

Registre-se que não afeta a aplicação da multa qualificada o fato de a fiscalização ter tido acesso a todas as informações necessárias para determinação da base tributável, mediante a documentação apresentada pela própria Impugnante, e pelas informações prestadas pelas instituições financeiras. Na verdade, tais pressupostos fáticos teriam a ver com o agravamento da penalidade, e não com a qualificação por conta da conduta dolosa. Ou seja, não se deve confundir a multa de ofício qualificada (art. 44, inciso I, §1º) com a multa de ofício agravada (art. 44, inciso I, §2º).

Não procede também a aplicação do art. 112 do CTN, porque não há qualquer dúvida quanto à capitulação legal do fato; à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; à autoria, imputabilidade, ou punibilidade; e à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Pelos motivos expendidos, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso voluntário para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

(Assinado digitalmente)

André Luís Mársico Lombardi, Relator

CÓPIA