



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10950.006531/2010-19
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-005.118 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de janeiro de 2021
Recorrente METAIS RAINHA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2005

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS. APURAÇÃO.

Ao contrário do alegado pela contribuinte, a hipótese de omissão de receitas com base nos depósitos bancários sem comprovação de origem independe de comprovação de um “saldo credor” ou do consumo dos recursos. Cada ingresso de recursos na conta bancária sem comprovação de origem configura a hipótese legal de omissão de receita.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. COMPROVAÇÃO. ESTORNO. INOCORRÊNCIA.

No caso, a contribuinte não logrou comprovar a origem dos recursos dos depósitos bancários que foram utilizados para a apuração das bases de cálculo dos tributos, conforme relacionados nos anexos ao termo de intimação específico para tal fim. Também não logrou demonstrar que teriam sido incluídos na apuração de ofício os depósitos que teriam sido objeto de estorno.

SIMPLES. OMISSÃO DE RECEITAS. EXCESSO DE RECEITA. EXCLUSÃO. Uma vez caracterizada a hipótese de omissão de receitas e o excesso de receitas em relação ao limite legal anual, é cabível a exclusão de ofício do Simples.

MULTA. CONFISCO. INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

À autoridade julgadora é vedado afastar a aplicação da lei sob fundamento de inconstitucionalidade, pelo que é impossível apreciar as alegações de ofensa aos princípios constitucionais da vedação ao confisco, razoabilidade e proporcionalidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, afastar a preliminar de nulidade do ADE; vencido o Conselheiro André Severo Chaves; no mérito, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Goncalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin – Relatora.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Claudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos Andre Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Itamar Artur Magalhaes Alves Ruga, Leticia Domingues Costa Braga, Andre Severo Chaves, Luiz Augusto de Souza Goncalves (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Acórdão DRJ/CTA, que por maioria de votos, rejeitou as preliminares levantadas e, no mérito, julgou improcedentes a manifestação de inconformidade contra o ADE de Exclusão do Simples Federal DRF/MGÁ nº 104, de 2010, bem como contra o ADE de Exclusão ao Simples Nacional DRF/MGÁ nº 103, de 2010, julgou definitiva a imputação de responsabilidade solidária às empresas Jair Longhi EPP, CNPJ 01.754.562/0001-93 e Metais Longhi, CNPJ 05.929.886/0001-76 e na sequência, julgou improcedente a impugnação ao lançamento feito pela sistemática do Simples, para os fatos ocorridos em 2005 e, por fim, julgou improcedente a impugnação ao auto de infração Lucro Arbitrado, para os fatos ocorridos em 2006 a 2008, mantendo em sua totalidade, o crédito.

Consta a informação no TVF, à fls. 324 de que o ADE Ato Declaratório Executivo nº 104, de 02/12/2010, determinou a exclusão da empresa Metais Rainha Ltda ao regime do Simples, por afronta ao disposto no inciso II do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996, com efeitos a partir de 01/01/2006; bem como o Ato Declaratório Executivo nº 103/2010 a excluiu do Simples Nacional, a partir de 01/07/2007, por afronta ao disposto inciso II do artigo 3º, da Lei Complementar nº 123, de 2006, combinado com o artigo 12, inciso II da Resolução CGSN nº 15, de 30/05/2007 e artigo 5º, inciso IX da Resolução nº 04, de 23/07/2007.

A Representação Fiscal de fls. 01-24 consta com as seguintes observações e conclusões:

O grupo econômico teve origem na empresa JAIR LONGHI EPP inaugurada em 07/04/1997 na Rua Cristóvão Colombo, 802 Loanda PR, no mesmo local onde funciona o grupo empresarial capitaneada pela Ind. Com. Export. Imperatriz Ltda, objeto, inclusive, de exclusão do Simples e Simples Nacional, conforme Representação Fiscal nº 0950.004243/200988.

O proprietário da empresa sob auditoria, Sr. JAIR LONGHI era sócio do grupo IMPERATRIZ. Com a separação da sociedade, transferiu em fins de 2003 a empresa JAIR LONGHI EPP para a Rua Amapá, 1557 Parque Industrial Santa Cruz de Monte Castelo PR.

Na data de 02/10/2003, o Sr. JAIR abriu no mesmo endereço a empresa METAIS RAINHA LTDA, sendo o contrato social composto pelo próprio Sr. Jair e pelo seu filho Marcelo Adriano Longhi. Em 14/10/2003, foi aberta a empresa METAIS LONGHI LTDA, em outro endereço, embora na mesma cidade, sendo o contrato social composto pela Sra. Maria Dolores Triz Longhi, esposa do Sr. Jair e por Marco Fabio Triz Longhi, filho do Sr. Jair. Em 12/07/2004 a METAIS LONGHI foi transferida para o mesmo endereço onde já funcionavam as empresas JAIR LONGHI e METAIS RAINHA. O terreno onde funcionam as três empresas, localizado no lote E03/1, da aglutinação dos Lotes 01 a 16, da quadra E03, foi cedido pela Prefeitura de Santa Cruz do Monte Castelo à JAIR LONGHI EPP, conforme Termo de Cessão de Uso de 25/05/2004 em anexo.

Todas as três empresas têm por objeto social a fabricação, comércio atacadista e varejista e importação e exportação de metais sanitários, tendo optado, desde o início de suas atividades, pelo sistema de tributação do SIMPLES Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e, a partir de 01/07/2007 as empresas METAIS RAINHA e METAIS LONGHI optaram pelo SIMPLES NACIONAL Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. A empresa JAIR LONGHI EPP optou pelo Lucro Presumido.

(...)

A auditoria levada a cabo nas empresas JAIR LONGHI, METAIS LONGHI E METAIS RAINHA demonstra inequivocamente que as três são integrantes de um grupo econômico. Restou evidenciado que a gestão do grupo é de responsabilidade dos Srs. JAIR LONGHI, MARCELO ADRIANO LONGHI e MARCO FABIO TRIZ LONGHI.

Portanto, o que se constatou é que, aproveitando-se da Lei nº 9.317/1996, que instituiu o SIMPLES e da Lei Complementar nº 123/2006 que criou o SIMPLES NACIONAL, a empresa JAIR LONGHI EPP se desdobrou em outras duas empresas como estratégia para beneficiar-se irregularmente dos benefícios proporcionados por aqueles regimes diferenciados de tributação.

Comprovado que as três empresas são integrantes de um grupo econômico, tratamos de efetuar a somatória de seus faturamentos, visto que esta somatória não pode ultrapassar os limites estabelecidos no art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.317/1996 e art. 3º, caput, Inciso II, da Lei Complementar 123/2006.

Conforme abaixo, o faturamento das três empresas ultrapassou o limite durante os anos de 2005, 2006, 2007 e 2008. Assim, não restou dúvida de que as empresas ao optarem pelo SIMPLES e, posteriormente, pelo SIMPLES NACIONAL, o fizeram indevidamente, o que constitui infração ao art. 9º, inciso II da Lei nº 9.317/1996, e infração ao art. 3º, inciso II da Lei Complementar nº 123/2006, c/c art. 12, inciso I, da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007 e art. 5º, inciso XI da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2017.

(...)

Em resumo, verificamos que: • Que todas as empresas utilizam-se da única linha de produção existente para produção de torneiras, registros e afins; • Que as três empresas foram criadas com a finalidade de distribuição da receita bruta total, de modo a usufruírem do Simples e Simples Nacional; • Que a receita bruta global de todas as empresas nos exercícios de 2005 a 2008 supera o limite máximo fixado para a permanência das empresas no Simples e Simples Nacional; • Que há o registro de empregados de todas as empresas exercendo a mesma função, na área industrial, em

todo o período auditado; • A existência de transferência de valores da uma empresa para a outra, conforme extratos bancários; • A existência de empréstimos não quitados de sócios de uma empresa para outra; • Que os sócios e titulares da Jair Longhi EPP, Rainha e Longhi guardam entre si grau de parentesco; • Que as três empresas funcionam no mesmo local, sem divisões entre elas; • Que foi enviada correspondência para o endereço distinto de cada uma das empresas, cujo aviso de recebimento está com a assinatura da mesma pessoa; • Que a contabilidade das empresas está sob a responsabilidade do mesmo contador e a seção de recursos humanos é única para todas as empresas; • Que o procurador das três empresas é o mesmo, assim como o contador é o mesmo; • O encarregado do departamento pessoal é o mesmo para as três empresas; • Os setores administrativo, comercial e contábil das três empresas são os mesmos; • Que os esclarecimentos prestados por escrito pelas empresas a auditoria guardam o mesmo padrão, o que caracteriza-se que foi elaborada pela mesma pessoa e ou departamento.

Por tais razões, emitiram-se os ADEs supra mencionados, bem como os autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins relativos aos anos calendário de 2006, 2007 e 2008 (fls. 376/448). Foram identificadas a ocorrência de duas infrações tributárias: presunção de omissão de receitas decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada e insuficiência de recolhimento em face da mudança da faixa de tributação.

Foi ainda lavrado o Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 1, de fls. 451/454, no qual foram relacionados no pólo passivo, além da Metais Rainha Ltda, as pessoas jurídicas Metais Longhi Ltda e Jair Longhi Ltda, com fulcro no art. 124 do CTN. Também, foram lavrados os autos de infração de fls. 334/375, referentes ao IRPJ Simples, PIS Simples, CSLL Simples, Cofins Simples, IPI Simples e INSS Simples do ano-calendário de 2004.

Isso porque, no decorrer da ação fiscal, constatou a autoridade autuante a existência do “grupo RAINHA”, empresa do qual faziam parte a METAIS RAINHA LTDA, CNPJ 05.904.633/000148, Metais Longhi Ltda, CNPJ 05.929.886/000176 e Jair Longhi EPP, CNPJ 01.754.562/000193. De acordo com a Fiscalização, uma empresa foi dividida em três, visando se aproveitar dos benefícios concedidos às empresas optantes do SIMPLES Federal e o SIMPLES Nacional.

Devidamente intimadas dos atos, apenas a contribuinte Metais Rainha LTDA apresentou manifestação de inconformidade (fls. 461-476), alegando nulidade do ato por ausência de intimação, e, no mérito, sejam declarados nulos os atos por ausência de materialidade da suposta infração que ocasionou a exclusão do Simples. De forma subsidiária, pugnou pela redução das multas aplicadas, ante o princípio do não confisco.

Apesar das alegações, sua manifestação foi julgada improcedente pelo acórdão n. 06-31.107 de fls. 509-543, que julgou improcedentes a manifestação de inconformidade contra o ADE de Exclusão do Simples Federal DRF/MGA nº 104, de 2010, bem como contra o ADE de Exclusão ao Simples Nacional DRF/MGA nº 103, de 2010; definitiva a imputação de responsabilidade solidária às empresas Jair Longhi EPP, CNPJ 01.754.562/000193 e Metais Longhi, CNPJ 05.929.886/000176; improcedente a impugnação ao lançamento feito pela sistemática do Simples, para os fatos ocorridos em 2005; improcedente a impugnação ao auto de infração Lucro Arbitrado, para os fatos ocorridos em 2006 a 2008.

Inconformada com o resultado do julgamento, interpôs Recurso Voluntário as fls. 552-568, alegando:

- quanto a nulidade do ADE, que padece de nulidade, vez que o fundamento para exclusão da empresa, qual seja, receita bruta superior a R\$2.400.000,00 auferida no ano-calendário anterior, aplicar-se-ia a apenas uma empresa isoladamente considerada, e não a um grupo de empresas; caso a autoridade tributária tivesse considerado que a multiplicidade de empresas possuía caráter fraudulento, deveria ter motivado o ato de exclusão no inciso IX do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996 (titular ou sócio participando com mais de 10% do capital de outra empresa, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art. 2º), inclusive entendimento apresentado pelo julgador Roberto Massao Chinen, em declaração de voto vencido; nenhuma das empresas autuadas, quando individualmente consideradas, teve faturamento superior ao estabelecido em lei; o fato de a recorrente formar um grupo econômico com as outras empresas autuadas não possui qualquer vedação legal e tampouco impede a permanência da empresa no regime do Simples Nacional;

- falta motivação ao ato executivo, requisito essencial para validade de qualquer ato administrativo; o ato de exclusão foi exarado em claro ineditismo, conforme voto vencido do julgador Roberto Massao Chinen, que informa que em pesquisa realizada na jurisprudência da DRJ e do CARF não teria encontrado autuação fiscal similar; portanto, padece de nulidade o ADE, razão pela qual deve ser reformado o acórdão guerreado, para cancelar o ato de exclusão do Simples e os lançamentos de ofício decorrentes.

- quanto ao mérito, sobre a inexistência de grupo econômico, que ao contrário do alegado pelo auditor fiscal, o sr. Marcelo Adriano Longhi não administra as três empresas, e sim, é administrador apenas da Metais Rainha Ltda (90% de participação) e Metais Longhi (10% de participação); se o sr. Marcelo assina contratos de rescisões trabalhistas e avisos de férias de funcionários da empresa Jair Longhi, tal fato só tem repercussão para fins trabalhistas, não tendo relevância jurídica suficiente para caracterizar um grupo econômico; as transferências de recursos entre as empresas constituem-se em empréstimos entre entidades distintas, mesmo que informal; cada uma das empresas possui endereço postal cadastrado, com número postal distinto; as atividades de contabilidade e assistência jurídica das três empresas são prestadas por profissionais liberais, e nada impede que possam atender várias entidades distintas ao mesmo tempo; a contabilidade somente pode ser considerada centralizada quando existem relações jurídicas entre a matriz e a filiais, coligadas, controladas e controladoras, e mesmo assim, cada qual com personalidade jurídica própria; cada empresa cumpre com suas obrigações acessórias de forma independente; demonstra-se que as empresas são autônomas e independentes.

- quanto a omissão de rendimentos provenientes de depósitos bancários, trata que as empresas realizaram várias transferências financeiras entre si para fugir dos juros abusivos dos bancos, ou seja, não agiram com dolo ou má-fé, vez que agiram de maneira aberta. Ou seja, ocorreram simples empréstimos entre as empresas, razão pela qual não há que se falar em grupo econômico.

- sobre a multa de 75%, alega ser punitiva e confiscatória, excessiva e desproporcional. Requer, primeiro, pela exclusão da penalidade, ou, de forma subsidiária, pela redução do percentual da multa de 75% para 20%, com fulcro no art. 59 da Lei nº 8383, de 1991, que predica que os tributos e contribuições não pagos no vencimento ficariam sujeitos à multa de mora de vinte por cento.

Em acórdão deste Conselho de fls. 1220-1230, expôs-se que ao longo do procedimento fiscal, intimou-se a recorrente para apresentar extratos bancários, e não o fazendo, emitiu-se RMF as instituições financeiras de relacionamento.

Ocorre que, no caso concreto, consta à fl. 27 dos autos documento denominado “TERMO DE AUTORIZAÇÃO PARA REQUISITAR EXTRATOS E/OU DOCUMENTOS BANCÁRIOS” contendo os campos “Nome”, “Cargo”, “CPF”, “Assinatura” e “Data Ciência”. Contudo, não é possível identificar, a partir do documento digitalizado de fl. 27 (numeração dos autos digitalizados), se algum representante da pessoa jurídica efetivamente assinou o termo de autorização.

Informação relevante, pois no caso de ausência de autorização, caracterizar-se-ia a quebra do sigilo bancário. Por essa razão, o julgamento foi convertido em diligência.

O documento digitalizado, contendo os dados outrora ausentes quando das fls. 27 consta agora as fls. 1232, sendo possível a leitura de Marcelo A Longhi no campo "nome"; sócio-administrador no campo "cargo"; CPF 796.121.649-91; data da ciência em 22/03/2010, com assinatura.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Relatora.

O Recurso Voluntário é tempestivo, preenche os requisitos de admissibilidade, dele conheço.

Preliminar de nulidade.

A Recorrente inicia pleiteando a nulidade do ADE, vez que o fundamento para exclusão da empresa, qual seja, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 auferida no ano-calendário anterior, aplicar-se-ia a apenas uma empresa isoladamente considerada, e não a um grupo de empresas; caso a autoridade tributária tivesse considerado que a multiplicidade de empresas possuía caráter fraudulento, deveria ter motivado o ato de exclusão no inciso IX do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996 (titular ou sócio participando com mais de 10% do capital de outra empresa, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art. 2º), inclusive entendimento apresentado pelo julgador Roberto Massao Chinen, em declaração de voto vencido; nenhuma das empresas atuadas, quando individualmente consideradas, teve faturamento superior ao estabelecido em lei; o fato de a recorrente formar um grupo econômico com as outras empresas atuadas não possui qualquer vedação legal e tampouco impede a permanência da empresa no regime do Simples Nacional.

Por essas razões, a contribuinte levanta o argumento da falta motivação ao ato executivo, requisito essencial para validade de qualquer ato administrativo; o ato de exclusão foi exarado em claro ineditismo, conforme voto vencido do julgador Roberto Massao Chinen, que informa que em pesquisa realizada na jurisprudência da DRJ e do CARF não teria encontrado autuação fiscal similar; portanto, padece de nulidade o ADE, razão pela qual deve ser reformado o acórdão guerreado, para cancelar o ato de exclusão do Simples e os lançamentos de ofício decorrentes.

Contudo observo que inicialmente que a questão posta para análise em sede de preliminar de nulidade, se confunde com o próprio mérito da demanda, que gira em torno da questão que é definir se o disposto no inciso II do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996 se aplica

aos fatos narrados como causa para exclusão da contribuinte do Simples Federal e se tal exclusão se mantém de acordo com os ditames da citada norma.

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

[...]

II - na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais);

Conforme se depreende do texto legal, reproduzido, a receita bruta a ser considerada, para fins de cotejo com o limite, a princípio é a do contribuinte, pessoa jurídica, contudo, restou demonstrado pela fiscalização que a receita a ser considerada, de acordo com os fatos levantados era diversa da informada pela contribuinte.

Mérito.

Justificando a manutenção do ADE nº 104, de 02/12/2010 e do ADE nº 103, de 02/12/2010, o Acórdão recorrido, foi preciso ao demonstrar que todos os fatos que o levaram a concluir que as pessoas jurídicas Metais Rainha Ltda, Metais Longhi Ltda e Jair Longhi EPP formam um grupo econômico criado com o intuito de pulverizar a receita auferida no curso dos anos calendários e assim permitir que pudessem usufruir a tributação benéfica do Simples, restaram plenamente demonstrados, o que possibilitou à fiscalização somar as receitas auferidas por todas as empresas que operavam em conjunto e contatar o excesso de receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00, que implica na consequência prevista no inciso II do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996.

Nos moldes descritos no Acórdão recorrido:

33. Em ação fiscal desencadeada frente às empresas Jair Longhi EPP, Metais Longhi Ltda e Metais Rainha Ltda, comprovou-se que as mesmas formam um grupo econômico cuja gestão fica sob responsabilidade de Jair Longhi, Marcelo Adriano Longhi e Marco Fabio Triz Longhi, no intuito de pulverizar a receita bruta auferida e assim, usufruir os benefícios do Simples. A origem se deu com a criação em 07/04/1997 da empresa Jair Longhi EPP, cujo sócio Jair Longhi foi sócio do grupo de empresas Imperatriz, já excluído do Simples, por criação de empresas por interpostas pessoas, com o objetivo de burlar o fisco.

34. Pois bem, inicialmente, a empresa Jair Longhi funcionava no mesmo endereço das empresas do grupo Imperatriz, sendo que, em fins de 2003, transferiu a sede para a Rua Amapá nº 1557, Parque Industrial, em Santa Cruz do Monte Castelo-PR. Ainda em 2003, mais precisamente em 02/10/2003 o Sr. Jair juntamente com seu filho Marcelo Adriano Longhi, constituíram a empresa Metais Rainha, que passou a operar no mesmo endereço da Jair Longhi e, quase simultaneamente, em 14/10/2003 foi constituída a empresa Metais Longhi, cujos sócios eram Maria Dolores Triz Longhi, esposa de Jair e Marco Fábio Longhi, filho de Jair. A Metais Longhi operava em outro endereço, mas, em 12/07/2004, foi transferida para o mesmo endereço em que operavam as demais empresas. A área onde as empresas operam foi cedida pela Prefeitura de Santa Cruz do Monte Castelo à empresa Jair Longhi EPP, conforme Termo de Cessão de Uso datado de 25/05/2004, e juntado por cópia às fls. 271-274.

35. O objeto social das três empresas é a fabricação, comércio atacadista e varejista e importação e exportação de metais sanitários, e todas elas optaram pelo regime simplificado desde sua constituição, sendo que a empresa Jair Longhi EPP optou por não aderir ao Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar 123 de

2006 c, assim, a partir de 01/07/2007 vem apurando seus resultados pelo Lucro Presumido.

36. No curso da ação fiscal ante todos os indícios de as empresas constituírem um grupo econômico, a autoridade fiscal somou as receitas brutas auferidas, para o fim de observar o limite estabelecido pelo inciso II do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996 e, artigo 3º, caput e inciso II da Lei Complementar nº 123, de 2006. A somatória comprovou ter a receita bruta ultrapassado os limites estabelecidos nas legislações do Simples, nos anos calendários de 2005, 2006 e 2007, razão pela qual foi proposta a exclusão das pessoas jurídicas aos sistemas simplificados.

37. Na Representação Fiscal que propôs a exclusão das três empresas ao Simples, a autoridade fiscal salientou os seguintes pontos a demonstrar a existência de um grupo econômico:

- que todas as empresas utilizam-se da única linha de produção existente para a produção de torneiras, registros e afins;
- que as três empresas foram criadas com a finalidade de distribuição da receita bruta total, de modo a poderem usufruir os benefícios do Simples e do Simples Nacional;
- que a soma das receitas brutas global das três empresas nos anos calendário de 2005 a 2008 superou o limite máximo fixado para a permanência das mesmas nos regimes simplificados;
- que existe registro de empregados de todas as empresas, exercendo a mesma função, na área industrial, em todo o período analisado;
- que ocorreram transferências de valores de uma empresa para outra, conforme extratos bancários;
- que ocorreram empréstimos não quitados de sócio de uma empresa para outra;
- que os sócios e titulares das empresas Jair Longhi EPP, Metais Rainha e Metais Longhi guardam grau de parentesco entre si;
- que as três empresas funcionam no mesmo local, sem divisão entre elas;
- que foi enviada correspondência para o endereço distinto de cada uma das empresas, cujo aviso de recebimento foi assinado por uma mesma pessoa;
- que a contabilidade das empresas está sob a responsabilidade do mesmo contador e a seção de recursos é única para todas elas;
- que o procurador das três empresas é o mesmo, assim como o contador é o mesmo;
- que o encarregado do departamento de pessoal é o mesmo para as três empresas;
- que os setores administrativo, comercial e contábil das três empresas são os mesmos; -
- que os esclarecimentos prestados por escrito pelas empresas, à auditoria guardam o mesmo padrão, o que pressupõe terem sido elaborados pela mesma pessoa e ou departamento

38. Assim, em relação à ora impugnante, foi emitido o Ato Declaratório Executivo nº 104, de 02/12/2010 que determinou a exclusão da empresa Metais Rainha Ltda ao regime do Simples, por afronta ao disposto no inciso II do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996, com efeitos a partir de 01/01/2006 e, o ADE nº 103/2010 que a excluiu do Simples Nacional, a partir de 01/07/2007, por afronta ao disposto no inciso II

do artigo 3º, da Lei Complementar nº 123, de 2006, combinado com o artigo 12, inciso II da Resolução CGSN nº 15, de 30/05/2007 e artigo 5º, inciso IX da Resolução nº 04, de 23/07/2007.

Desta forma, de acordo com os fundamentos descritos no TVF, tem-se que ao contrário do alegado pela Recorrente, o sr. Marcelo Adriano Longhi administrava de fato as três empresas, e sim, embora formalmente constasse apenas como administrador da Metais Rainha Ltda (90% de participação) e Metais Longhi (10% de participação).

Também não convence o argumento de que se o sr. Marcelo assina contratos de rescisões trabalhistas e avisos de férias de funcionários da empresa Jair Longhi, tal fato só teria repercussão para fins trabalhistas, não tendo relevância jurídica suficiente para caracterizar um grupo econômico, quando na verdade o que se mostra é que cabia a ele a gestão e controle de todo o grupo.

Quanto ao argumento de que as transferências de recursos entre as empresas constituem-se em empréstimos entre entidades distintas, mesmo que informal, uma vez que cada uma das empresas possuía endereço postal cadastrado, com número postal distinto e as atividades de contabilidade e assistência jurídica das três empresas são prestadas por profissionais liberais, ao qual a lei permite atender à várias entidades distintas ao mesmo tempo, existia sim uma contabilidade considerada centralizada a partir da existência de relações jurídicas entre a matriz e a filiais, coligadas, controladas e controladoras, ainda que cada qual com personalidade jurídica própria, quando demonstrado que as empresas não eram autônomas e independentes, mas possuíam controle comum.

Assim, considerando que o que o auditor fiscal realiza, num procedimento fiscal, é, em essência, uma acusação. O autuante acusa a empresa de ter infringido determinado preceito legal, com base em provas, que dão suporte aos fatos por ele narrados. A exata indicação do dispositivo legal infringido (lei, artigo, inciso) não é essencial, na peça acusatória, mas desde que o contribuinte entenda o conteúdo do preceito legal de cuja infringência ele está sendo acusado.

No caso em apreço, os fatos descritos na imputação fiscal, permitiram ao contribuinte defender-se à exaustão, bem como se mostraram passíveis de preencher a hipótese de exclusão descrita no inciso II do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996, que deu suporte aos ADE nº 104, de 02/12/2010 e ADE nº 103, de 02/12/2010.

Quanto ao argumento sobre a omissão de rendimentos provenientes de depósitos bancários, tratar-se de situação onde empresas realizaram várias transferências financeiras entre si para fugir dos juros abusivos dos bancos, ou seja, não agiram com dolo ou má-fé, vez que agiram de maneira aberta. Ou seja, ocorreram simples empréstimos entre as empresas, razão pela qual não há que se falar em grupo econômico, restou não comprovado pela contribuinte através de documentos suficientes a evidenciar tal situação, razão pela qual, por não ter cumprido com o ônus da prova que lhe cabia, não vejo possibilidade de acatar tal defesa.

Por fim, sobre a multa de 75%, alega ser punitiva e confiscatória, excessiva e desproporcional. Requer, primeiro, pela exclusão da penalidade, ou, de forma subsidiária, pela redução do percentual da multa de 75% para 20%, com fulcro no art. 59 da Lei nº 8.383, de 1991, que predica que os tributos e contribuições não pagos no vencimento ficariam sujeitos à multa de mora de vinte por cento.

À luz do artigo 103, I, da Constituição Federal, o chefe do Poder Executivo, no caso o Presidente da República, tem legitimidade para propor ação direta de

inconstitucionalidade sustentando que determinada lei viola da Constituição. Contudo, nem o Presidência da República e tampouco os demais órgãos da Administração podem deixar de cumprir lei sob o pretexto de que esta viola norma Constitucional. Neste sentido, por força do artigo 26-A, § 6º, I, do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, a seguir transcrito, os Conselheiros do Carf somente podem deixar de aplicar lei sob o fundamento de inconstitucionalidade após o Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, em controle concentrado ou difuso, por decisão definitiva, ter reconhecido a inconstitucionalidade da norma.

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).

....

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

A propósito, na mesma linha dos fundamentos anteriormente expostos, a matéria resultou Sumulada junto ao Carf, nos seguintes termos:

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

Deste modo, não conheço das questões que sustentam a insubsistência do crédito tributário com base em alegações relacionadas à inconstitucionalidade das normas apontadas pela recorrente.

Também não verifico a possibilidade de converter a multa punitiva em multa de mora, por serem diversas e com fundamentos legais distintos, restando perfeitamente possíveis de aplicação em conjunto.

Pelo exposto, voto por afastar a preliminar de nulidade do ADE e no mérito, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin.