



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

Processo nº 13971.002129/2008-82
Recurso nº 517.810 Voluntário
Acórdão nº 2402-001.914 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de agosto de 2011
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO GFIP FATOS GERADORES
Recorrente BOM SONO LTDA E OUTRO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/06/2003 a 31/12/2004

REUNIÃO DE PROCESSOS PARA JULGAMENTO CONJUNTO

O parágrafo 1º do artigo 9º do Decreto nº 70.235/1972 dispõe que a Administração tem a faculdade de efetuar o lançamento num único processo de impostos, contribuições ou penalidades, desde que em face do mesmo sujeito passivo e comprovados pelos mesmos elementos de prova. O citado dispositivo não obriga a Administração a efetuar o julgamento conjunto dos recursos apresentados contra lançamentos que não foram efetuados num único processo

EXCLUSÃO DO SIMPLES - COMPETÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO DO CARF

Cabe à Primeira Seção do CARF analisar recurso contra ato que levou relativa à exclusão de empresa do SIMPLES, bem como a data de início de seus efeitos

SUSPENSÃO EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO - LANÇAMENTO - POSSIBILIDADE

As reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo, suspendem a exigibilidade do crédito tributário, impedem sua cobrança mas não a sua constituição. De igual forma, a suspensão da exigibilidade do crédito não representa óbice ao andamento do contencioso administrativo fiscal.

BIS IN IDEM - NÃO OCORRÊNCIA - Não há que se falar em *bis in idem* se a empresa que efetuou os recolhimentos pela sistemática do SIMPLES e que foi posteriormente excluída do referido sistema venha sofrer lançamento das contribuições patronais nos moldes das empresas em geral ou de multa pelo descumprimento de obrigação acessória.

RELAÇÃO JURÍDICA APARENTE - DESCARACTERIZAÇÃO

Pelo Princípio da Verdade Material, se restar configurado que a relação jurídica formal apresentada não se coaduna com a relação fática verificada, subsistirá a última. De acordo com o art. 118, inciso I do Código Tributário Nacional, a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos

GRUPO ECONÔMICO DE FATO - CARACTERIZAÇÃO

Existe grupo econômico de fato quando há unicidade no comando entre empresas. Tal comando pode se dar pela existência em seus quadros societários de pessoa física ou jurídica comuns que detenham o poder de gerir as empresas

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA NO PRAZO - PRECLUSÃO - NÃO INSTAURAÇÃO DO CONTENCIOSO

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante no prazo legal. O contencioso administrativo fiscal só se instaura em relação àquilo que foi expressamente contestado na impugnação apresentada de forma tempestiva

INCONSTITUCIONALIDADE

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado por unanimidade de votos, conhecer em parte do recurso para, na parte conhecida, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, em negar provimento ao recurso

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Ana Maria Bandeira- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Tiago Gomes de Carvalho Pinto e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado com fundamento na inobservância da obrigação tributária acessória prevista na Lei nº 8.212/1991, no art. 32, inciso IV e § 5º, acrescentados pela Lei nº 9.528/1997 c/c o art. 225, inciso IV e § 4º do Decreto nº 3.048/1999, que consiste em a empresa apresentar a GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

Segundo o Relatório Fiscal da Infração (fls.17/20), a empresa Plumi Confeções Ltda, sucedida pela autuada informou em GFIP, no período de 06/2003 a 12/2004, o código 2, como sendo empresa do SIMPLES, ao invés de 1, como empresa normal, discriminando as remunerações pagas ou creditadas a todos os segurados empregados, de acordo com a Folha de Pagamento de Salários.

O enquadramento incorreto alterou para menor o valor devido à Previdência Social, uma vez que não foi declarada a contribuição patronal.

É informado que as contribuições previdenciárias patronais não foram recolhidas e não declaradas em GFIP, em virtude da empresa ter optado indevidamente pelo SIMPLES, no período de 06/10/2000 a 30/11/2004.

Em 19 de maio de 2008, foi lavrado o Ato Declaratório Executivo nº 12, com base em auditorias fiscais desenvolvidas nas empresas relacionadas ao Grupo Altenburg, do qual fazem parte a Bom Sono Ltda., a Plumi Confeções Ltda EPP e também a empresa Altenburg Indústria Têxtil Ltda, que determinou a exclusão da empresa PLUMI do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES (Processo: 13971.001873/2008-60), por constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas (art. 14, inciso IV da Lei 9317/96 e art. 23, inciso IV da IN SRF 608/06) e, conseqüentemente, por incidir na vedação imposta pelo artigo 9º, inciso IX da Lei 9317/96.

Foi considerada a existência de grupo econômico de fato entre a autuada, a Plumi Confeções Ltda - PLUMI, incorporada pela Bom Sono Ltda – BOM SONO e a Altenburg Indústria Têxtil Ltda - ALTENBURG que integra o pólo passivo com base no instituto da responsabilidade solidária.

Os motivos que levaram à convicção da existência do grupo econômico de fato constam da representação elaborada pela auditoria fiscal (fls. 23/35) e são basicamente os que se seguem.

O Grupo Altenburg seria composto pelas empresa Bom Sono Ltda, Plumi Confeções e Altenburg Indústria Têxtil Ltda, cujo sócio majoritário é o Senhor Rui Altenburg.

EMPRESA BOM SONO LTDA

A BOM SONO foi criada em 22/04/1997 com a denominação social de Ursa Confecções Ltda, tinha sua sede no mesmo local funcionava também e permanece até esta data o Posto de Vendas da empresa ALTENBURG.

O objeto da sociedade era "Produção, Comercialização e Prestação de Serviços de Confecção e Fação Têxtil", seu capital social subscrito e integralizado era de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e constavam como sócias as Sras. Ursula Teske (participação de 90%) e Flávia Cristina Teske (participação de 10%).

Posteriormente, em primeira Alteração Contratual de 11/09/2002, sua sede foi alterada para o mesmo local onde funcionava também e permanece até esta data a Filial 04 da empresa ALTENBURG — CNPJ 75.293.662/0004-49.

Na 2ª Alteração Contratual datada de 11/12/2002, as sócias fundadoras retiraram-se da sociedade cedendo suas cotas para Tiago Altenburg (95% das cotas) e Danielle Altenburg (5% das cotas), filhos do Sr. Rui Altenburg.

Também foi alterada a denominação para Bom Sono Ltda, o objeto social para “ Produção, Comercialização de Mantas, Edredons, Acolchoados, Colchas, Travesseiros e Demais Produtos de Cama, Mesa, Banho e Decoração e Prestação de Serviço de Confecção e Fação Têxtil.

Na 4ª Alteração Contratual, ingressou na sociedade a empresa Altenburg Participações Ltda com significativo aumento do capital social e com a nomeação no cargo de Diretor Presidente do Sr. Rui Altenburg.

Em 30/11/2004, por meio da 5ª Alteração Contratual ingressam na sociedade Irene Reuter Altenburg e Gabriel Altenburg. Também foi aprovada a incorporação da empresa Plumi Confecções Ltda somando-se ao valor de seu capital R\$ 11.000,00. Na mesma data foi assinada a 6ª Alteração Contratual com cisão parcial do patrimônio da Bom Sono Ltda com absorção da parcela cindida no valor de R\$ 66.015.180,00 pela empresa Altenburg, ficando o capital social reduzido para R\$ 21.000,00.

EMPRESA PLUMI CONFECÇÕES LTDA

A PLUMI CONFECÇÕES LTDA foi criada em 31/08/2000 sendo sua sede na Rodovia BR 470, KM 63, nº 8484 — Sala 01. o objeto da sociedade era "Produção, Comercialização e Prestação de Serviços de Confecção e Fação Têxtil" e seu capital social subscrito e integralizado era de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Constavam como sócias as Sras. Danielle Altenburg (participação de 5%) e Irene Reuter Altenburg (participação de 95%) — filha e esposa, respectivamente do Sr. Rui Altenburg.

Na Primeira Alteração Contratual, sua sede foi alterada para o mesmo local onde funcionava também e permanece até esta data a Filial 04 da empresa ALTENBURG — CNPJ 75.293.662/0004-49 e a empresa BOM SONO.

Na 3ª Alteração Contratual datada de 30/11/2004, as sócias decidiram pela extinção da sociedade com sua incorporação pela empresa Bom Sono Ltda.

A auditoria fiscal ressalta a evolução no faturamento e no valor da folha de pagamento das empresas BOM SONO e PLUMI, optantes pelo SIMPLES, ocorrida no período, uma vez que houve incremento no número de empregados.

Também foi constatado que todo o faturamento das empresas se originou dos serviços de facção, cujo único cliente foi a empresa Altenburg Industrial Ltda.

Embora sua atividade fosse de prestação de serviços facção para indústria têxtil, as empresas BOM SONO e PLUMI não possuíram, pelo menos até 31/12/2004, qualquer bem lançado em seu ativo imobilizado (como imóveis, máquinas e equipamentos). Sobre este particular alegou que possui contrato de comodato onde são cedidas as máquinas e equipamentos por seu único cliente.

Além disso, dentro dos livros contábeis apresentados não foram constatados, em alguns exercícios lançamentos de custos e despesas necessários ao desenvolvimento de suas atividades como, por exemplo, energia elétrica, água e esgoto, telefone, material de limpeza.

A grande parte das despesas contabilizadas está relacionada à folha de pagamento e seus encargos.

Foi verificado através das suas folhas de pagamento e contabilidade que os sócios das empresas BOM SONO e PLUMI em momento algum efetuaram retirada a título de pró-labore, sendo que a sócia fundadora da empresa BOM SONO, Flávia Teske, era também funcionária desta, tendo assim permanecido mesmo após sua retirada da sociedade.

O gerenciamento de pessoal das sociedades sempre foi exercido pela empresa ALTENBURG, inclusive sendo esta, por intermédio de seus empregados, quem fazia o processamento da folha de pagamento, contratação de empregados e rescisão de contrato de trabalho das empresas BOM SONO e PLUMI.

De igual modo, suas escritas contábeis sempre foram efetuadas pelo contador da ALTENBURG, Sr. Marcos Aurélio Gabriel, este tendo assinado como contador responsável em todo período. Além disso, na análise dos documentos comprobatórios dos lançamentos contábeis das representadas foram encontradas provas de que a gestão administrativo/financeira destas empresas era igualmente exercida por empregados da ALTENBURG, conforme cópias de documentos juntadas fartamente para tal comprovação.

Outra prática realizada pela empresa que confirma a unicidade de seus comandos é que no período de 08/2000 até 11/2001 os pagamentos das obrigações da URSA CONFECÇÕES LTDA eram efetuados diretamente a crédito da conta de "Duplicatas a Receber" e não em conta "Caixa" ou "Bancos". Na conta "Duplicatas a Receber" apenas eram lançados valores a receber da ALTENBURG INDÚSTRIA TÊXTIL LTDA.

Da análise dos documentos de folha de pagamento e escrita contábil ficou evidenciada uma mesma política salarial e de concessão de benefícios entre as empresas BOM SONO, PLUMI e ALTENBURG.

Esta afirmação é corroborada, por exemplo, pelo fato de que o início do pagamento do Programa de Participação nos Resultados aconteceu no mesmo período para todas as empresas.

Outro fato que inequivocamente comprova a afirmação é que os empregados da BOM SONO e PLUMI, durante um grande período, estiveram incluídos nos contratos de plano de saúde e odontológico da ALTENBURG, sendo que os valores eram descontados na folha de pagamento e repassados para a ALTENBURG INDUSTRIA TÊXTIL LTDA,

conforme se verifica nos registros destes lançamentos que eram efetuados na conta contábil "2899 Reembolso Altenburg".

Alguns funcionários da BOM SONO e PLUMI faziam parte do quadro de associados da ALFA — Associação Funcionários Altenburg.

Com base nos fatos narrados, a auditoria fiscal considerou que integravam grupo econômico de fato as empresas BOM SONO, PLUMI E ALTENBURG que deveriam responder solidariamente pelos tributos não recolhidos na forma do inciso IX, do art. 30, da Lei nº 8.212/1991.

A BOM SONO teve ciência do lançamento em 10/06/2008 e apresentou defesa (fls. 37/61) onde alega que os recolhimentos devidos foram todos efetuados e que a empresa seria optante pelo SIMPLES.

Irresigna-se pelo fato de apesar de estar pendente de julgamento o Ato Declaratório Executivo nº 12 que excluiu a empresa PLUMI do SIMPLES, a Autoridade Fiscal emitiu o presente Auto de Infração. Entende que obsta a instauração de qualquer procedimento fiscal movido em face da Impugnante, até que a referida discussão seja devidamente solucionada e menciona o art. 151, Inciso III do Código Tributário Nacional.

Argumenta que a retroatividade da exclusão do SIMPLES não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio.

Aduz que até que a desconstituição da Impugnante do Sistema Especial de recolhimento de tributos (SIMPLES) seja analisada e meritariamente discutida, não há como proceder a pretendida cobrança de tributos oriundos desta "desclassificação" e que seria admitir que o Fisco, baseado em meras suposições/presunções de direito, possui total autonomia para constituir a cobrança de tributos, o que é, de veras, contrário ao que dispõe o ordenamento jurídico pátrio.

Entende que o ato de exclusão do SIMPLES não pode alcançar períodos retroativos ao da decisão acima mencionada, pois a mesma não pode surtir efeitos *ex tunc*.

Considera que a exigência das contribuições lançadas em período em que a empresa já efetuou os recolhimentos na sistemática do SIMPLES representa verdadeiros *bis in idem*.

Também alega a duplicidade de pretensão recolhimento, uma vez que todas as contribuições que já estariam sendo cobradas no AI nº 37.146.120-0.

Apresenta seu inconformismo pela multa aplicada pelo descumprimento da obrigação acessória, a qual não poderia ter como baliza o valor do tributo a que ela se refere, caso contrário, torna-se confiscatória o que é vedado pela Constituição Federal.

Na mesma data, a empresa ALTENBURG apresentou defesa (fls. 124/136) onde também apresenta seu inconformismo pelo fato de a auditoria fiscal haver efetuado o lançamento das contribuições patronais quando o ato que excluiu a empresa BOM SONO do SIMPLES tinha sido impugnado e encontrava-se pendente de julgamento.

Argúi que não constitui grupo econômico de fato com a empresa BOM SONO e que para caracterização de "grupo econômico", é imprescindível que as empresas estejam sob a direção, controle e administração de outra, o que, inegavelmente, não é o caso da ora Impugnante.

Considera que a mera administração das empresas por pessoa comum, não é, por si só, capaz de caracterizar um grupo econômico, pois, como já demonstrado acima, o principal fator para essa configuração seria a composição de capital social entre as duas.

Argumenta que para a imposição de responsabilidade solidária seria imprescindível a configuração do interesse comum na situação constitutiva do fato gerador da obrigação principal, no caso em tela, das obrigações supervenientes com a exclusão retroativa do SIMPLES das empresas BOM SONO LTDA.

Entende que a solidariedade não pode ser presumida.

Pelo Acórdão nº 07-17.864 (fls. 213/219), a 6ª Turma da DRJ/Florianópolis (SC) considerou o lançamento procedente em parte para que a multa fosse recalculada de acordo com as disposições trazidas pela Lei nº 11.941/2009, a fim de se aplicar a penalidade menos onerosa ao sujeito passivo.

Contra tal decisão apresentaram recursos tempestivos a empresa BOM SONO (fls. 224/264) e ALTENBURG (fls. 265/284) onde efetuam a repetição das alegações de defesa.

As empresas inovam ao solicitar que todas as autuações oriundas da ação fiscal originada após a exclusão da empresa do SIMPLES sejam reunidas a fim de se evitar julgamentos díspares.

Também inova na alegação de que a decadência deveria declarada considerando-se o art. 150, § 4º do CTN.

A empresa BOM SONO também inova no questionamento da existência de grupo econômico e afirma que houve aplicação indireta, pelo fisco, da norma anti-elisão introduzido pela Lei Complementar n. 104/2001, ao art. 116 do Código Tributário Nacional, ao qual acrescentou o parágrafo único, ou seja, se valeram de norma ainda não regulamentada.

Considera que não praticou dissimulação que implicaria em um ato ilícito, não podendo se confundir com o caso dos contribuintes ora Recorrentes que optaram pela prática de um ato jurídico válido, em vez de outro.

Os autos foram encaminhados a este Conselho para apreciação dos recursos voluntários propostos.

É o relatório.

Voto

Conselheira ANA MARIA BANDEIRA, Relatora

Os recursos são tempestivos e não há óbice ao seu conhecimento.

As recorrentes apresentam pedido de reunião dos processos emitidos contra as empresas que decorrem do ato de exclusão das mesmas do SIMPLES com fulcro no que dispõe o § 1º do art. 9º do Decreto nº 70.235/1972.

Não obstante tratar-se de matéria cujo direito à discussão precluiu por não haver sido apresentada em defesa, tem-se que a solicitação não merece acolhida.

O citado dispositivo versa que os autos de infração e as notificações de lançamento, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova.

Como se observa, o dispositivo traz a faculdade de a Administração efetuar o lançamento num único processo das contribuições devidas por um único sujeito passivo, desde que a comprovação dependa dos mesmos elementos de prova.

No entanto, o dispositivo é claro no sentido de que não se trata de uma obrigatoriedade, cabendo à Administração decidir se fará uso desta ou não.

No caso, as contribuições não recolhidas deram origem a mais de um processo, no entanto, não se vislumbra a necessidade de que estes sejam reunidos para julgamento. Não obstante, cumpre ressaltar que todos os processos oriundos da ação fiscal em questão, relativamente às autuações decorrentes da exclusão da empresa BOM SONO do SIMPLES e que já se encontram no CARF foram distribuídos a esta conselheira para relatoria. Ou seja, relativamente a estes processos os recursos serão julgados pelo mesmo colegiado o que já afasta a possibilidade de decisões conflitantes.

Vale salientar que o processo 13971.001873/2008-60 que trata do recurso contra o Ato Declaratório Executivo nº 11 que excluiu a empresa do SIMPLES não foi distribuído a essa conselheira em razão de se tratar de matéria cuja competência para apreciação pertence à 1ª Seção do CARF.

As recorrentes vieram, em sede de recurso, alegar a ocorrência de decadência pelo art. 150, § 4º do CTN.

Nota-se que as recorrentes nada alegaram a respeito de decadência nas impugnações, no entanto, sequer se aplica ao caso.

A infração foi verificada no interregno de 06/2003 e 12/2004 e o lançamento ocorreu em 10/06/2008.

Percebe-se que não ocorreu a alegada decadência, ainda que parcial, seja pela aplicação do art. 173, Inciso I, seja pela aplicação do art. 150, § 4º, ambos do CTN, levando à conclusão que a alegação é impertinente.

As recorrentes também alegam a irretroatividade da decisão de exclusão do SIMPLES, bem como se manifestam contra a própria decisão de exclusão que foi efetuada por meio do Ato Declaratório Executivo nº 12.

Conforme alegado pelas próprias recorrentes, houve contestação ao referido ato de exclusão da empresa do SIMPLES, a qual foi apresentada nos autos do processo nº 13971.001873/2008-60.

O presente processo, por sua vez, trata do lançamento de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, uma vez que a empresa PLUMI, sucedida pela atuada, informou em GFIP o código de empresa optante pelo SIMPLES.

Entendo que não cabe apreciar no julgamento do recurso apresentado contra o lançamento em tela as questões relativas à correção ou não do ato administrativo que excluiu a empresa BOM SONO do SIMPLES, bem como a data a partir da qual produziu seus efeitos, uma vez que essas questões constam do recurso apresentado contra o próprio ato de exclusão.

Portanto, abstenho-me de tratar tais matérias pela razão apresentada e também porque a competência para o julgamento da questão é da Primeira Seção do CARF.

As recorrentes apresentam preliminar de nulidade consubstanciada no fato do lançamento ter sido levado a efeito quando havia impugnação pendente de julgamento contra o ato de exclusão do SIMPLES.

Não se vislumbra a nulidade apontada.

A existência de contestação ao Ato Declaratório Executivo que excluiu a empresa BOM SONO do SIMPLES não é óbice ao lançamento das contribuições patronais, GILRAT e terceiros, bem como à atuação por descumprimento de obrigação acessória, conforme entendem as recorrentes.

O recurso apresentado contra o ato de exclusão suspende a exigibilidade do tributo conforme dispõe o art. 151, Inciso III, do CTN, *in verbis*:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: (...)

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

No entanto, a suspensão da exigibilidade do crédito não impede a Fazenda Pública de proceder ao lançamento, pois este, segundo o parágrafo único do artigo 142 do CTN, constitui atividade vinculada e obrigatória da autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade funcional.

O lançamento tem como objetivo resguardar o crédito tributário. Não efetuado o lançamento no curso do prazo de decadência, o Fisco não mais poderá fazê-lo, ainda que mantida a decisão que dava azo ao lançamento, no caso, o ato de exclusão da empresa do SIMPLES.

O prazo decadencial não se interrompe nem se suspende com a interposição de medida judicial ou discussão administrativa, fluindo a partir da ocorrência do fato gerador ou da data prevista em lei.

Portanto, não poderia o fisco permanecer inerte enquanto a recorrente impugnava o ato que a excluiu a empresa PLUMI do SIMPLES.

De igual forma, a contestação do ato de exclusão do SIMPLES não tem o condão de suspender o andamento do contencioso administrativo fiscal. No entanto, cabe salientar que a cobrança da multa ora lançada não pode ser efetuada até o trânsito em julgado administrativo da decisão de exclusão da empresa do SIMPLES, haja vista a suspensão da exigibilidade do crédito.

Outra nulidade apontada pelas recorrentes diz respeito à alegada ocorrência de *bis in idem*. Entendem as recorrentes que a empresa efetuou o recolhimento das contribuições sob a sistemática adotada pelas empresas optantes pelo SIMPLES e que o lançamento das contribuições patronais como se fosse uma empresa normal representaria duplicidade de pagamentos.

Não confiro razão às recorrentes.

Assevere-se que o presente lançamento trata da aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, cuja verificação ensejaria a autuação independente do cumprimento da obrigação principal, no caso o recolhimento da cota patronal.

Ainda incidindo no instituto do "bis in idem", solicita que a autuação seja declarada nula visto que todos os tributos ora exigidos já foram constituídos no Auto de Infração nº 37.146.120-0.

De igual sorte, não se pode dar razão às recorrentes.

O Auto de Infração nº 37.146.120-0, refere-se ao descumprimento da mesma obrigação acessória, no entanto, tal descumprimento foi efetuado pela empresa Bom Sono Ltda e a presente autuação ocorreu pelo fato de a empresa Plumi Confecções Ltda, sucedida pela empresa Bom Sono Ltda, haver descumprido a obrigação acessória em tela, antes da sucessão ocorrida.

As recorrentes insurgem-se pela caracterização de grupo econômico de fato entre as empresas BOM SONO, PLUMI E ALTENBURG, sob o argumento de que a mera administração das empresas por pessoa comum, não é, por si só, capaz de caracterizar um grupo econômico.

Verifica-se que as empresas em questão tem como sócios membros da família Altenburg ou empregados de empresas vinculadas ao grupo e o controle das empresas é efetuado sobretudo pelo Sr. Rui Altenburg.

Também verifica-se que a BOM SONO desde sua criação funciona em estabelecimento da empresa ALTENBURG, inicialmente um Posto de Vendas e, posteriormente o mesmo local da filial 04.

O quadro social inicial da empresa BOM SONO era composto das Sras. Ursula Teske (participação de 90%) e Flávia Cristina Teske (participação de 10%), sendo que a última empregada da empresa e voltou a tal condição após a saída da sociedade.

Na 2ª Alteração Contratual datada de 11/12/2002, as sócias fundadoras retiraram-se da sociedade cedendo suas cotas para Tiago Altenburg (95% das cotas) e Danielle Altenburg (5% das cotas), filhos do Sr. Rui Altenburg.

Na 4ª Alteração Contratual, ingressou na sociedade a empresa Altenburg Participações Ltda com significativo aumento do capital social e com a nomeação no cargo de Diretor Presidente do Sr. Rui Altenburg.

Em 30/11/2004, por meio da 5ª Alteração Contratual ingressam na sociedade Irene Reuter Altenburg e Gabriel Altenburg. Também foi aprovada a incorporação da empresa Plumi Confecções Ltda somando-se ao valor de seu capital R\$ 11.000,00. Na mesma data foi assinada a 6ª Alteração Contratual com cisão parcial do patrimônio da Bom Sono Ltda com absorção da parcela cindida no valor de R\$ 66.015.180,00 pela empresa Altenburg, ficando o capital social reduzido para R\$ 21.000,00.

Não obstante o controle das empresas estar nas mãos de membros da família Altenburg ainda foram verificadas outras situações que não se coadunam com o funcionamento de empresas independentes.

Foi constatado que todo o faturamento das empresas se originou dos serviços de facção, cujo único cliente foi a empresa ALTENBURG.

Embora sua atividade fosse de prestação de serviços de facção para indústria têxtil, as empresas BOM SONO e PLUMI não possuíram, pelo menos até 31/12/2004, qualquer bem lançado em seu ativo imobilizado (como imóveis, máquinas e equipamentos). Sobre este particular alegou que possui contrato de comodato onde são cedidas as máquinas e equipamentos por seu único cliente.

Além disso, dentro dos livros contábeis apresentados não foram constatados, em alguns exercícios lançamentos de custos e despesas necessários ao desenvolvimento de suas atividades como, por exemplo, energia elétrica, água e esgoto, telefone, material de limpeza.

A grande parte das despesas contabilizadas está relacionada à folha de pagamento e seus encargos.

Foi verificado através das suas folhas de pagamento e contabilidade que os sócios das empresas BOM SONO e PLUMI em momento algum efetuaram retirada a título de pró-labore, sendo que a sócia fundadora da empresa BOM SONO.

O gerenciamento de pessoal das sociedades sempre foi exercido pela empresa ALTENBURG, inclusive sendo esta, por intermédio de seus empregados, quem fazia o processamento da folha de pagamento, contratação de empregados e rescisão de contrato de trabalho das empresas BOM SONO e PLUMI.

De igual modo, suas escritas contábeis sempre foram efetuadas pelo contador da ALTENBURG, Sr. Marcos Aurélio Gabriel, este tendo assinado como contador responsável em todo período. Além disso, na análise dos documentos comprobatórios dos lançamentos contábeis das representadas foram encontradas provas de que a gestão administrativo/financeira destas empresas era igualmente exercida por empregados da ALTENBURG, conforme cópias de documentos juntadas fartamente para tal comprovação.

Outra prática realizada pela empresa que confirma a unicidade de seus comandos é que no período de 08/2000 até 11/2001 os pagamentos das obrigações da URSA CONFECÇÕES LTDA eram efetuados diretamente a crédito da conta de "Duplicatas a

Receber" e não em conta "Caixa" ou "Bancos". Na conta "Duplicatas a Receber" apenas eram lançados valores a receber da ALTENBURG INDÚSTRIA TÊXTIL LTDA.

Da análise dos documentos de folha de pagamento e escrita contábil ficou evidenciada uma mesma política salarial e de concessão de benefícios entre as empresas BOM SONO, PLUMI e ALTENBURG.

Esta afirmação é corroborada, por exemplo, pelo fato de que o início do pagamento do Programa de Participação nos Resultados aconteceu no mesmo período para todas as empresas.

Outro fato que inequivocamente comprova a afirmação é que os empregados da BOM SONO e PLUMI, durante um grande período, estiveram incluídos nos contratos de plano de saúde e odontológico da ALTENBURG, sendo que os valores eram descontados na folha de pagamento e repassados para a ALTENBURG INDUSTRIA TÊXTIL LTDA, conforme se verifica nos registros destes lançamentos que eram efetuados na conta contábil "2899 Reembolso Altenburg".

Alguns funcionários da BOM SONO e PLUMI faziam parte do quadro de associados da ALFA — Associação Funcionários Altenburg.

Conforme se vê, há elementos suficientes nos autos para a convicção de que as empresas em questão fazem parte do mesmo grupo econômico, caracterizado pela unicidade de comando exercido pelos membros da família Altenburg.

As recorrentes alegam que houve aplicação indireta, pelo fisco, da norma anti-elisão introduzida pela Lei Complementar n. 104/2001, ao art. 116 do Código Tributário Nacional, ao qual acrescentou o parágrafo único, ou seja, se valeram de norma ainda não regulamentada.

Assevere-se que, tais alegações não foram apresentadas na defesa e, a meu ver, o contencioso administrativo fiscal só é instaurado mediante apresentação de defesa tempestiva e somente em relação às matérias expressamente impugnadas.

Dessa forma, entendo que encontra-se precluído o direito à discussão de matéria trazida de forma inovadora na segunda instância administrativa, em razão do que dispõe o art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, *in verbis*:

“Art.17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante”

No entanto, a título de informação, cumpre dizer que a auditoria fiscal não fez qualquer menção à utilização como fundamento para o lançamento do art. 116, parágrafo único do CTN.

Além disso, a discussão trazida sob esse argumento tem por objetivo discutir a exclusão das empresas do SIMPLES, o que não será argüido no julgamento do presente recurso pelas razões já apresentadas.

Por fim, as recorrentes alegam que a multa aplicada seria confiscatória.

À época do lançamento, a multa foi aplicada de acordo com a legislação vigente e não pode o julgador no âmbito administrativo afastar a aplicação de dispositivo legal vigente sob o argumento de que este seria inconstitucional.

A impossibilidade acima decorre do fato ser o controle da constitucionalidade no Brasil do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la;

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repare inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juis Saraiva 21). (g.n.)”

A abstenção de manifestação a respeito de constitucionalidade de dispositivos legais vigentes é pacífico na instância administrativa de julgamento, conforme se verifica na decisão deste Conselho que decidiu por sumular a questão por meio da Súmula nº 02 publicada no DOU em 14/07/2010, por meio da Portaria MF nº 383, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2:

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

Assim, não há razão no argumento.

Cumprе ressaltar que a multa já foi calculada de acordo com a legislação atual, modificada pela Lei nº 11.941/2009, para fins de apuração da situação mais benéfica ao

sujeito passivo e, da conclusão adotada no julgamento de primeira instância não foi contestado pelas contribuintes.

Nada mais a ser tratado, salienta-se que a 1ª Seção 2ª Câmara 2ª Turma Ordinária já julgou o recurso apresentado contra o Ato Declaratório de Exclusão negando-lhe provimento pelo Acórdão nº 1202-00.545, ou seja, foi mantida a exclusão da empresa do SIMPLES.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER dos recursos em parte e, na parte conhecida, NEGAR-LHES PROVIMENTO.

É como voto.

ANA MARIA BANDEIRA