



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

Processo nº 11962.000404/2007-26
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2401-02.336 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de março de 2012
Matéria OBRIGAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente SEC - SCCIED EDUCAC DE CARIACICA E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/1999 a 31/07/2004

OBRIGAÇÕES PRINCIPAIS - GRUPO ECONÔMICO - FALTA DE COMPROVAÇÃO - Não restando comprovado nos autos a existência inequívoca dos requisitos caracterizadores do Grupo Econômico, devem ser excluídas do lançamentos as empresas que demonstraram indevida a solidariedade à elas atribuída. NÃO APRESENTAÇÃO DE RECURSO - RECONHECIMENTO DO LANÇAMENTO - Ao não apresentar recurso contra decisão de primeira instância, entende-se como correto o lançamento efetuado pela autoridade fiscal, mantendo-se o crédito em relação as empresas não recorrentes.

Recursos Voluntários Providos.

Crédito Tributário Mantido.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento aos recursos da Associação de Assistência ao Ensino - AAE e da Fundação de Assistência e Educação - FAESA, para excluí-las do pólo passivo, mantendo a notificação em relação à SEC e as demais empresas não recorrentes.

Elias Sampaio Freire - Presidente.

Marcelo Freitas de Souza Costa- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Elias Sampaio Freire; Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira; Kleber Ferreira de Araújo; Igor de Araújo Soares, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira e Marcelo Freitas de Souza Costa.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD, lavrada contra o contribuinte acima identificado por descumprimento de obrigação principal, referentes à contribuição da empresa, segurados, SAT e Terceiros.

De acordo com o Relatório Fiscal de fls. 60 a 69, as contribuições ora exigidas correspondem a diferença entre os valores apurados a partir das informações por ela prestadas em GFIP — Guia de recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações a Previdência Social e os recolhimentos realizados.

A fiscalização constatou a existência de Grupo Econômico de Fato denominado “Grupo FAESA” composto entre a notificada e as empresas, União Capixaba de Ensino — UNICAPE (fl. 224), Associação Educacional de Vitória — AEV (fls. 225), Associação de Assistência ao Ensino (fls. 226) e Fundação de Assistência e Educação — FAESA (fls. 227).

Inconformadas com a decisão de fls. 581/592 que julgou procedente em parte o lançamento, as empresas Associação de Assistência ao Ensino e Fundação de Assistência e Educação — FAESA, apresentaram manifestação a este conselho alegando em síntese:

As duas empresas insurgem-se contra a caracterização de grupo econômico realizada pela fiscalização.

A FAESA aduz as seguintes argumentações:

O item 13.6 do acórdão ora atacado afirma que a SEC funcionou em dois imóveis de propriedade da FAESA, o que é absolutamente verdade. Como também é verdade que a FAESA sempre cobrou aluguel pela utilização do espaço, como não poderia deixar de ser.

Ora, se a SEC formasse grupo econômico com a FAESA, ela certamente não teria a necessidade de realizar o pagamento de aluguel pela utilização de imóvel de propriedade da FAESA. Ao contrário, a FAESA autorizaria, através de comodato, a utilização gratuita do imóvel. Mas isso não ocorreu. Como não há grupo econômico algum, os alugueis foram cobrados (comprovantes nos autos) e o foram a preço de mercado.

O acórdão afirma, no item 13.7, ter havido transferência do patrimônio da SEC para a FAESA. No entanto, isso não ocorreu e não há prova nos autos nesse sentido. Alega, nesse mesmo item, que a SEC não figura atualmente na página da internet como um dos campi do grupo FAESA, pois houve o encerramento de suas atividades. Tal afirmação é completamente absurda, pois a SEC nunca utilizou o mesmo site da FAESA. Nos demais itens, os julgadores utilizam elementos de outras Instituições de Ensino para tentar

configurar a existência de Grupo Econômico entre FAESA e SEC!!!! 0 que é inaceitável!!!

...

A SEC NUNCA UTILIZOU A MARCA FAESA, NO SITE WWW.FAESA.BR NÃO HA E NUNCA HOVE INDICAÇÃO DA SEC. NOS ENVELOPES E PAPELARIA DE UTILIZAÇÃO INTERNA E EXTERNA DA FAESA JAMAIS CONSTOU QUALQUER MENÇÃO A TAL INSTITUIÇÃO. OU SEJA, AS ALEGAÇÕES CONSTANTES DA NFLD SÃO ABSOLUTAMENTE INVERÍDICAS NESTE ASPECTO ESPECÍFICO.

NO TOCANTE A MARCA PODE SER ACRESCENTADO QUE A SEC UTILIZAVA, AO QUE SE SABE, A MARCA FAESTE. LOGO, IMPOSSÍVEL ACEITAR A AFIRMAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO NESTE SENTIDO.

Não há como se caracterizar a existência de um grupo econômico entre a SEC e a FAESA em razão da existência de parentes consanguíneos na administração. Tal argumentação é absolutamente irreal.

De fato os administradores das instituições tiveram, em determinado período, o mesmo SOBRENOME. Mas isso é de fácil e simples explicação.

A FAESA, a AEV, a AAE e a UNICAPE são instituições administradas por membros da família do fundador da FAESA, Sr. Antário Alexandre Theodoro. Já a SEC foi administrada no passado por membros da família do irmão do Sr. Antário, ou seja, foi administrada por membros da família do Sr. Pedro Theodoro. Veja que esta é a razão do sobrenome Theodoro aparecer na SEC. Mas este fato não é elemento suficiente a configurar um único grupo econômico. Isso seria contrário a toda e qualquer razoabilidade.

...

Também não existiu transferência de empregados entre a SEC e a FAESA sem rompimento de vínculo empregatício. Aliás, não há como entender tal argumentação, pois dentre os documentos recebidos pela FAESA nenhum deles indica a existência de qualquer transferência de empregados entre a SEC e a FAESA. Logo, absurdo o argumento.

A decisão ainda fala que, em 07/2004, houve a transferência do patrimônio da SEC e encerramento de suas atividades. Ora, nenhum patrimônio da SEC foi transferido para a FAESA e, mais uma vez, não há prova nos autos para comprovar a alegação do fiscal, corroborada pelo acórdão ora atacado.

Já a Associação de Assistência ao Ensino trouxe as seguintes afirmações:

Inicialmente cumpre fazer uma breve alusão A NFLD objeto da presente discussão para destacar que o único momento em que a Associação de Assistência de Ensino é mencionada é quando o

Auditor transcreveu os possíveis membros do Grupo Econômico. Fora esta menção, não há qualquer outra justificativa que ligue a AAE (Associação de Assistência de Ensino) à SEC. A AAE não é mencionada como locadora, como adquirente de bens, como cedente ou cessionária de funcionários ou qualquer outro fato, ou seja, não fazendo constar qualquer fato efetivo que pudesse ser indicado como capaz de levar a AAE a responder pelos débitos da SEC.

Os julgadores também apenas fizeram constar do acórdão A seguinte informação em relação A Associação de Assistência ao Ensino (item 13.11):

"Uma das evidências que revelam a integração da Associação de Assistência ao Ensino ao grupo FAESA é o fato de a primeira ser mantenedora da Faculdade de Tecnologia FAESA. Esta é a informação que se retira do Cadastro das Instituições de Educação Superior do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais - INEP, conforme a página extraída do site desta instituição, fls. 599."

Realmente a Requerente utiliza a marca FAESA.. No entanto, tal fato não é suficiente para estabelecer qualquer relação entre ela e a SEC - Sociedade Educacional de Cariacica, o que seria um absurdo!!!!

Ate porque, a SEC - SOCIEDADE EDUCACIONAL DE CARIACICA JAMAIS UTILIZOU A MARCA FAESA, PELO QUE IMPOSSÍVEL ACEITAR TAL FUNDAMENTO.

Ambas requereram a exclusão do pólo passivo.

A notificada e as demais empresas intimadas não se manifestaram.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Freitas de Souza Costa

Os recursos são tempestivos e estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

Como as recorrentes não adentraram ao mérito do lançamento, alegando exclusivamente a ilegitimidade passiva por entenderem que não fazem parte de um grupo econômico com a notificada, a questão a ser tratada no presente acórdão será restrita a análise da caracterização realizada pela fiscalização, exclusivamente para as empresas que apresentaram recurso.

Para tratarmos desta matéria, inicialmente devemos tecer comentários acerca do conceito de grupo econômico.

a) Conceito doutrinário: "formado um grupo de empresas, cada qual mantendo direção própria para a sua atividade, mas todas sujeitas à coordenação geral, de sentido econômico, da controladora do capital social. Essa visão proporcionou o batismo e o conceito do moderno grupo econômico."

b) Conceito legal: "Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para efeitos da relação de emprego, solidariamente responsável a empresa principal e cada uma das subordinadas." (art. 2º, § 2º da CLT).

Temos então que, para se verificar a existência de um grupo econômico, alguns requisitos devem estar presentes, quais, sejam: a) pluralidade de empresas; b) personalidade jurídica e direção interna próprias de cada empresa; c) interesse econômico integrado; d) direção geral, ou coordenação do interesse econômico comum, por uma das empresas.

Podemos então dizer que o que caracteriza um grupo econômico é o fato de existirem diversas sociedades juridicamente independentes, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, contudo economicamente unidas, mediante controle ou direção unitários, provenientes da empresa-mãe, ou simplesmente controladora.

A doutrina divide o estudo dos grupos econômicos em grupos de fato e de direito. Os grupos de direito são constituídos mediante convenção grupal firmada pelas pessoas jurídicas que o integrarão, enquanto os grupos de fato decorrem do mero exercício do poder de controle, direta ou indiretamente, pela empresa controladora sobre as controladas.

A Lei 6.404/76 disciplina os grupos econômicos de fato (controladoras, controladas e coligadas) nos termos do art. 243 e seguintes. Nos parágrafos 1º, 2º, 4º e 5º, temos a definição legal de sociedades coligadas e controladas. Vejamos tais definições:

§1º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa.

§2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

(...)

§4º Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la.

§5º É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la

Para o custeio previdenciário, a definição de grupo econômico encontra-se atualmente regulamentada no artigo 494 da Instrução Normativa RFB nº 971, de 2009, para o qual "caracteriza-se grupo econômico quando duas ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica".

No caso em apreço, em que pese o esforço da autoridade fiscalizadora em realizar esta caracterização, ao menos em relação as duas ora recorrentes, Associação de Assistência ao Ensino e Fundação de Assistência e Educação — FAESA, entendo não estar devidamente comprovada a existência de grupo econômico em relação à notificada.

Embora citado pelo AF, não há documentos robustos que comprovem a relação da SEC com a FAESA e a AAE.

Sobre a FAESA consta apenas que esta alugou um imóvel para a notificada e possuía em seu quadro societário pessoas com o mesmo sobrenome, ou seja, de uma mesma família. A dita utilização da SEC da marca FAESA não está claramente comprovada.

Já em relação a AAE, existe tão somente a existência de sócios da mesma família dos proprietários da SEC, o que por si só não caracteriza a relação pretendida pela fiscalização.

Peço vênia para transcrever o inteiro teor do Acórdão no Recurso de Revista nº TST-RR-1445/2002-009-07-00.6, onde o entendimento de que a simples existência de identidade ou parentesco entre sócios de duas ou mais empresas não é suficiente para a caracterização do grupo econômico.

A C Ó R D Ã O 6ª Turma ACV/acc RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO. CARACTERIZAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. A existência de "identidade" entre os sócios das empresas COMSERVI e EMBRAVI não determina a caracterização de grupo econômico a culminar na condenação solidária, já que essa não se presume, decorre de lei ou da vontade das partes. Recurso de revista conhecido e não provido(grifei).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1445/2002-009-07-00.6, em que é Recorrente ANTHONY SAKER FILHO e são Recorridas COMSERVI - COMERCIAL DE SERVIÇOS IMOBILIÁRIOS LTDA. E OUTRA.

O Eg. Tribunal Regional da 7ª Região, mediante o v. acórdão de fls. 242-244, negou provimento ao recurso ordinário do reclamante que pretendia incluir no pólo passivo da lide a empresa EMBRAVI, ao entendimento de que não restou caracterizado a existência de grupo econômico.

Inconformado, o reclamante interpõe recurso de revista às fls. 246-258 buscando demonstrar que resta caracterizada a existência de grupo econômico, pretendendo a condenação solidária com a empresa EMBRAVI. Alega que violação do artigo 2º, § 2º, da CLT e colaciona arestos para demonstrar divergência jurisprudencial.

O recurso foi admitido pelo r. despacho de fl. 261, por divergência jurisprudencial.

Contra-razões apresentadas pela Reclamada COMSERVI às fls. 264-271.

Não houve manifestação do Ministério Público do Trabalho (artigo 82, RITST).

É o relatório.

V O T O GRUPO ECONÔMICO. CARACTERIZAÇÃO.

1. CONHECIMENTO O Eg. Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário do reclamante que pretendia incluir no pólo passivo da lide a empresa EMBRAVI, consignando o seguinte entendimento:

"No que pese os argumentos expendidos pelo recorrente entendendo que não caracteriza grupo econômico, para fins da responsabilidade solidária do artigo 2º, § 2º, da CLT, o simples fato de existir identidade entre os sócios das empresas COMSERVI e EMBRAVI, situação que não configura, por si só, o controle, direção ou administração de uma sobre a outra, ponto nodal para se constatar a existência de grupo econômico, nos termos da norma consolidada em comento.

A teor do artigo 265 do novel CCB (art. 896, CC 1916), a solidariedade não se presume, portanto não cabe ao julgador declará-la se a situação fática analisada não está prevista expressamente em Lei" (fl. 243).(grifei)

Nas razões de recurso de revista o reclamante buscando demonstrar que resta caracterizada a existência de grupo econômico, pretende a condenação solidária com a empresa EMBRAVI. Sustenta que as semelhanças entre as empresas COMSERVI e EMBRAVI não se limitam apenas ao fato de possuírem os mesmos sócios, mas em razão do sócio Delcy Pereira de Carvalho ser o sócio detentor de maior parte do capital social, bem como ocupar o cargo de sócio-gerente nas duas empresas. Argumenta, ainda, que as empresas se

identificaram em um grupo econômico empresarial quando elaboraram uma única defesa e nomearam um único preposto. Alega que violação do artigo 2º, § 2º, da CLT e colaciona arestos para demonstrar divergência jurisprudencial.

Conforme se infere da leitura da v. decisão recorrida, a tese do Eg. Tribunal Regional é no sentido de que, o fato de existir identidade entre os sócios das empresas COMSERVI e EMBRAVI não configura a existência de grupo econômico, enquanto que o primeiro aresto colacionado à fl. 255, oriundo da 1ª Região, examinando a mesma matéria, partindo da mesma premissa, entende que "se há identidade de sócios nas reclamadas, presume-se a existência de grupo econômico, e, por consequência, a solidariedade para fins de solvabilidade dos débitos trabalhistas".

Conheço, portanto, por conflito jurisprudencial.

2. MÉRITO É princípio constitucional inserido no art. 5º, II, da Constituição Federal de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

A condenação solidária, diferentemente da subsidiária, é uma condenação gravosa e, como já dito alhures, decorre da lei ou da vontade das partes. As partes nada convencionaram nesse sentido, restando tão-somente a lei a amparar tal condenação.

Necessário se faz analisar se ao teor do disposto no art. 2º, § 2º, da CLT, basta tão-somente a identidade de sócios das empresas para a configuração de grupo econômico.

Dispõe o art. 2º, caput, e § 2º, da CLT:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

(...)

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

O fato de duas empresas terem a presença de sócios comuns apenas constitui indício da formação de grupo econômico e não a sua existência.

Valentin Carrion, comentando o teor do disposto no artigo 2º, caput, e § 2º, afirma que, para a caracterização do grupo econômico são necessários os seguintes requisitos: "a) personalidade jurídica própria, sob a direção, controle ou administração de outra; b) exercício de atividade econômica" (in: Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 3ª ed., p. 32).

Deste modo, é condição elementar para existência de grupo econômico o controle central exercido por uma das empresas ou que todas elas juntas participem do empreendimento comum. Esses elementos não foram consignados no v. acórdão regional e, nem instado por meio de embargos de declaração a fazê-lo, pelo que, sem um deles, não se pode concluir pela existência de grupo econômico.

Sérgio Pinto Martins, comentando o artigo 2º, § 2º, da CLT, assim preleciona:

"(...) Denota-se da orientação da CLT que o grupo econômico pressupõe a existência de pelo menos duas ou mais empresas, que estejam sob comando único. (...)

A relação que deve haver entre as empresas do grupo econômico é uma relação de dominação que, mostra a existência de uma empresa principal, que é a controladora, e das empresas controladas. A dominação exterioriza-se pela direção, controle ou administração. O requisito principal é o controle de uma empresa sobre outra, que consiste na possibilidade de uma empresa exercer influência dominante sobre outra. Assim, o controle é exercido pelo fato de uma empresa deter a maioria das ações de outra, ou mesmo tendo a minoria das ações, mas detendo o poder pelo fato de haver dispersão na titularidade das ações entre várias pessoas. A caracterização do controle pode ser evidenciada pelo fato de haver empregados comuns entre uma ou mais empresas, assim como acionistas comuns, ainda que sejam de uma única família, e administradores ou diretores comuns, quando as empresas possuem o mesmo local ou a mesma finalidade econômica.

O controle é um dos fundamentos da direção, ou seja, é a sua efetivação. (...)

A administração decorre da organização do grupo, do poder de que uma empresa investe em relação a outras, quanto à orientação e à ingerência dos seus órgãos. Dentro dessa concepção, se uma empresa é arrendada a outra, há a possibilidade de se admitir a existência do grupo, pois ambas são administradas por uma só pessoa." (Martins, Sérgio Pinto. Comentários à CLT. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.26-27) (grifei).

É bem verdade que a caracterização do grupo econômico para fins trabalhistas não obedece ao rigor do Direito Comercial, entretanto, para considerar-se como real empregador o grupo, este há que estar nitidamente caracterizado.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso de revista.

ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por divergência jurisprudencial e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 09 de agosto de 2006.

ALOISIO CORRÊA DA VEIGA Ministro-Relator fls.

Processo nº 11962.000404/2007-26
Acórdão n.º **2401-02.336**

S2-C4T1
Fl. 632

PROC. Nº TST-RR-1445/2002-009-07-00.6 PROC. Nº TST-RR-1445/2002-009-07-00.6

Ante ao exposto, Voto no sentido de Conhecer dos Recursos e Dar-lhes provimento para excluir a responsabilidade das empresas Associação de Assistência ao Ensino - AAE e Fundação de Assistência e Educação — FAESA, mantendo a notificação em relação à SEC e as demais empresas não recorrentes.

Marcelo Freitas de Souza Costa