



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

Processo nº 13770.000981/2007-09
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-003.221 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de novembro de 2012
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente BARTER COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1997 a 31/10/2006

GRUPO ECONÔMICO. CARACTERIZAÇÃO.

Sempre que uma ou mais empresas, tendo embora, cada uma delas, personalidade jurídica, própria estiverem sob a direção, controle ou administração de outra haverá a constituição de um grupo econômico.

A documentação examinada pelo fisco, tais como a contabilidade, contratos, estatutos e atas de assembleias, também está no sentido de corroborar a argumentação do auditor fiscal e contraria frontalmente a argumentação trazida pela empresa.

As contribuições sociais previdenciárias estão sujeitas à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso devendo observar o disposto na nova redação dada ao artigo 35, da Lei 8.212/91, combinado com o art. 61 da Lei nº 9.430/1996.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram em manter a multa aplicada; II) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a).

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Wilson Antônio de Souza Correa, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro Jose Silva, Adriano Gonzáles Silvério.

Relatório

1. Tratam-se de recursos voluntários interpostos pelas empresas FLEXPAR INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES; INNPART INVESTIMENTOS NACIONAIS E PARTICIPAÇÕES LTDA; NEW PARTICIPAÇÕES LTDA; FRH FORNECEDORA DE RECURSOS HUMANOS LTDA (EM LIQUIDAÇÃO); BETRA TRADING S/A; BASE LOGÍSTICA E TRANSPORTES LTDA; AGROPECUÁRIA MODELO LTDA; e NOVA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA (EM LIQUIDAÇÃO), autuadas como parte de grupo econômico, em face da decisão que julgou procedente em parte as alegações trazidas nas impugnações apresentadas pelas empresas BARTER COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A; FLEXPAR INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA; EXPART INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA; NEW PARTICIPAÇÕES LTDA; AGROPECUÁRIA MODELO LTDA; NOVA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA; FRH FORNECEDORA DE RECURSOS HUMANOS LTDA; BASE TRANSPORTES E LOCAÇÕES LTDA; INNPART INVESTIMENTOS NACIONAIS E PARTICIPAÇÕES LTDA; BETRA TRADING S/A, referente ao período de 08/98 a 07/06.

2. Conforme relatório fiscal de ff. 78 a 94, “o crédito apurado refere-se à contribuição previdenciária devida sobre remuneração paga aos contribuintes individuais (pro-labore e autônomos) referente a empréstimos concedidos pela empresa Barter Comércio Internacional S/A”.

3. Ainda segundo a peça introdutória durante a atuação fiscal na empresa BARTER foi constatado que esta faz parte de grupo econômico composto por mais nove empresas: *“Na auditoria fiscal desenvolvida na BARTER constatamos que a mesma faz parte de um conjunto de empresas juridicamente independentes, tendo cada uma personalidade jurídica própria. Tais empresas possuem o mesmo objeto social, outras dentro do mesmo seguimento econômico e outras exercem atividades que se completam; às vezes são prestadoras de serviço uma das outras em atividades de apoio, tudo no sentido de tornar o grupo mais rentável possível, com o barateamento dos custos e com a otimização dos procedimentos.”*

4. Após a apresentação das impugnações, os autos foram baixados em diligência para que fossem tomadas as seguintes providências:

“10.1. Enquadrar o segurado contribuinte individual, Sr. Silvio Nogueira, na respectiva categoria a que pertence, inserindo o fundamento legal previsto no inciso V do art. 12 da Lei 8.212/91, observada a alínea correspondente, assim como incluir a fundamentação legal que embasa o enquadramento dos demais correspondente, assim com incluir a fundamentação legal que embasa o enquadramento dos demais segurados relacionados às fls. 88/90 do REFISC, integrantes do quadro societário das empresas componentes do grupo econômico, na(s) respectiva(s) categoria de contribuintes individuais. Cabe ressaltar que a alínea do inciso V do art. 9º do Decreto 3.048/99, regulamentam/reproduzem o referido dispositivo legal, identificando os tipos de segurados contribuintes individuais. Tudo isso deve ser feito a fim de que o contribuinte possa identificar claramente em quais categorias os contribuintes individuais relacionados no lançamento se enquadram.

10.2. Com relação às informações contidas no Relatório de Representantes Legais – REPLEF (fls. 52/53), proceder às indevidas atualizações cadastrais, de acordo com as informações contidas nas respectivas Alterações Contratuais (atentando para o fato de que o contribuinte não trouxe as alterações anteriores à 20ª), cujas cópias foram juntadas ao processo, observado o período de atuação e a devida qualificação dos responsáveis legais. Após a promoção da atualização, deverá ser enviada cópia do referido relatório ao contribuinte.

10.3. Cabe ressaltar que o relatório Vínculos – Relação de Vínculos (fls. 54/55) não deve ser alterado, em observância ao art. 13 da Lei 8.620/93, uma vez que o referido relatório serve como subsídio à PFN, para o caso de haver, futuramente, a constatação de motivos que tornem necessário (e juridicamente possível) o redirecionamento de eventual execução judicial do crédito previdenciário, salvo no que se refere à devida qualificação dos sócios.

11. Por fim, todo o acima exposto deverá ser feito mediante a emissão de Relatório Fiscal Complementar, com a devida fundamentação legal, em atendimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório, do qual deve ser dada a ciência ao contribuinte (Barter Comércio Internacional S/A), com reabertura do prazo de 30 dias (trinta) dias para apresentação de nova impugnação/pagamento, a contar da ciência, conforme previsto no art. 243, §2º do Decreto 3.048/99, na redação dada pelo Decreto 6.103/07. É necessário, ainda, enviar ao sujeito passivo cópia do Relatório de Representantes Legais – REPLEG, devidamente atualizado.”

5. Em consonância com a documentação de f. 1631 após o cumprimento da diligência os autos retornaram ao SECAT da DRF – Vitória para que fossem sanados os seguintes atos:

“...compulsando os autos, não se verifica a comunicação da resposta da diligência e do Relatório Fiscal Complementar à solidária New Participações Ltda. Tal se constitui em vício sanável e, por este motivo, é necessário o retorno dos autos ao órgão de origem para saneamento do vício apontado, tendo em vista o disposto na legislação abaixo:

(...)

Observa-se também que falta atualização de fase do sistema Plenus (consulta em anexo).”

6. O acórdão de primeira instância restou ementado nos termos que ora transcrevo abaixo:

“DIREITO PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DA EMPRESA. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL.

A contribuição a cargo da empresa, destinada à seguridade social, é de vinte por cento sobre o total das remunerações ou retribuições pagas ou creditadas no decorrer do mês ao segurado contribuinte individual.

DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE.

‘São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário’.

GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Caracteriza-se grupo econômico quando duas ou mais empresas estão sob a direção, o controle ou a administração de outra, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, ainda que cada uma delas tenha personalidade jurídica própria.

As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza, respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações previdenciárias, conforme art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91.

EMPRESAS SOLIDÁRIAS. CIENTIFICAÇÃO.

Quando do lançamento de crédito previdenciário de responsabilidade de empresa integrante de grupo econômico, as demais empresas do grupo responsáveis na forma do art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212, de 1991, serão cientificadas da ocorrência. Na cientificação constará a identificação da empresa do grupo e do responsável, ou representante legal, que recebeu a cópia dos documentos constitutivos do crédito, bem como a relação dos documentos constitutivos do crédito, bem como a relação dos créditos constituídos.

CONTRATO DE MÚTUO. DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA.

São indispensáveis para a comprovação da operação de mútuo, contrato registrado no registro público e a apresentação de documentos hábeis e idôneos, sendo insuficientes para opor a operação à terceiros, a simples apresentação de documentos particulares.

Impugnação Procedente em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte” (ff. 1642 a 1643)

7. Conforme “Requerimento de Desistência ou Impugnação de Recurso Administrativo” de f. 1695, a empresa BARTER pediu a desistência total da impugnação e do recurso, para efeito do que dispõe a Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009 (parcelamento de dívida), e declarou que renuncia a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundamentam a referida impugnação e recurso.

8. Em sede recursal, foram apresentados oito recursos voluntários, um de cada empresa considerada como componente do grupo econômico, nos quais todas alegaram a inexistência de grupo econômico e a inaplicabilidade da responsabilidade solidária, bem como:

- a) FLEXPART INVESTIMENTO E PARTICIPAÇÕES LTDA: aduz que é acionista majoritária da Barter;
- b) INNPART INVESTIMENTOS NACIONAIS E PARTICIPAÇÕES LTDA: no período compreendido entre 28/02/2001 a 23/03/2004 foi controladora da Barter;
- c) NEW PARTICIPAÇÕES LTDA: não possui relação com a Barter, sendo que a simples identidade de alguns sócios ou acionistas ou a relação de parentesco existente entre eles não é prova da existência de grupo econômico;
- d) FRH FORNECEDORA DE RECURSOS HUMANOS LTDA (EM LIQUIDAÇÃO): não possui relação com a Barter;
- e) BETRA TRADING S.A.: no período compreendido entre 28/02/2001 a 23/03/2004 teve uma controladora comum (INNPART) com a Barter;
- f) BASE LOGÍSTICA E TRANSPORTES LTDA: não forma com a empresa Barter um grupo econômico de qualquer espécie;
- g) AGROPECUÁRIA MODELO LTDA: no período compreendido entre 22/05/2003 a 23/03/2004 teve cum controladora comum (INNPART) com a Barter;
- h) NOVA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA (EM LIQUIDAÇÃO): no período compreendido entre 21/02/2001 a 17/10/2003 teve uma controladora comum (INNPART) com a Barter.

9. Sem contrarrazões, os autos foram encaminhados a este Conselho para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes:

DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

1. Conforme narrado no relatório fiscal, foi constatado pela fiscalização que a empresa BARTER COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A constitui, em conjunto com mais oito empresas, grupo econômico, razão pela qual as empresas BETRA TRADING S/A; FLEXPART INVESTIMENTO E PARTICIPAÇÕES LTDA; INNPART INVESTIMENTOS NACIONAIS E PARTICIPAÇÕES LTDA; NEW PARTICIPAÇÕES LTDA; BASE TRANSPORTES E LOCAÇÕES LTDA; NOVA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA;

AGROPECUÁRIA MODELO LTDA e FRH – FORNECEDORA DE RECURSOS HUMANOS LTDA foram intimadas pelo fisco como responsáveis solidárias pelas contribuições devidas:

“Uma vez que as empresas citadas compõem um grupo econômico, cada uma delas é responsável solidária pelas contribuições devidas pela outra, conforme estabelece o artigo 30, inciso IX, da Lei 8212/91”. (f. 88)

2. Ocorre que, segundo consta do documento de f. 1695, a empresa BARTER apresentou “Requerimento de Desistência” no qual pediu “para efeito do que dispõe a Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, a desistência **total** da impugnação ou do recurso interposto constante do processo administrativo nº 13770.000981/2007-09” e declarou “que renuncia a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundamentam a referida impugnação ou recurso”, pois incluiu o débito no parcelamento especial de que trata a referida lei.

3. Dessa forma, para a empresa BARTER, que solicitou o parcelamento do débito, deve ser aplicado o que dispõe o artigo 13, da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6, de 22 de julho de 2009, o qual dispõe:

“Art. 13. Para aproveitar as condições de que trata esta Portaria, em relação aos débitos que se encontram com exigibilidade suspensa, o sujeito passivo deverá desistir, expressamente e de forma irrevogável, da impugnação ou do recurso administrativos ou da ação judicial proposta e, cumulativamente, renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam os processos administrativos e as ações judiciais, até 30 (trinta) dias após o prazo final previsto para efetuar o pagamento à vista ou opção pelos parcelamentos de débitos de que trata esta Portaria.”

4. Contudo, tenho como certo que para as demais empresas, caracterizadas como responsáveis solidárias pelo auditor fiscal, persiste o interesse processual no que se refere unicamente à discussão da caracterização de grupo econômico, uma vez que, caso não seja paga a dívida parcelada pela empresa principal, as outras poderão ser chamadas a responsabilizarem-se pelo débito. Além disso, não consta nos autos prova de que as demais empresas tenham desistido do processo, ao contrário, vieram em sede recursal questionando a imposição de responsabilidade tributária, pelo fisco.

5. Cumpre ainda ressaltar que todas elas foram chamadas ao processo pela própria fiscalização, que enviou cópia da autuação fiscal e da decisão de primeira instância para que todas elas tivessem ciência e tomassem as providências que entendessem necessárias.

6. Pelo exposto, conheço dos recursos voluntários, uma vez que atendem aos pressupostos de admissibilidade.

DA CARACTERIZAÇÃO DO GRUPO ECONÔMICO PELO FISCO

7. Em decorrência da caracterização de formação de grupo econômico pela empresa BARTER com outras empresas, em sede recursal foram apresentados oito recursos voluntários tendo como alegação principal a inexistência de grupo econômico e a inaplicabilidade da responsabilidade solidária.

8. Sobre a matéria ora em debate, trago à baila a legislação trabalhista que traz o conceito de grupo econômico. Conforme se encontra disposto no artigo 2º, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, grupo econômico é o composto de duas ou mais empresas, que estejam sob direção única, onde uma, a principal, controla as demais, *verbis*:

“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.

§ 2. 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.”

9. Assim, verifica-se que para que haja a caracterização de um grupo econômico torna-se necessária a presença de dois requisitos: a) uma ou mais empresas com personalidade jurídica própria; b) exercício da atividade econômica sob direção, controle ou administração única.

10. A Legislação Previdenciária assevera que “as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei” (art. 30, inciso IX, da Lei 8.212/91).

11. Seguindo essa linha de raciocínio, torna-se importante ressaltar os fatos que levaram o fisco à conclusão de que as empresas constituíam, efetivamente, um grupo econômico: “Na Auditoria fiscal desenvolvida na BARTER constatamos que a mesma faz parte de um conjunto de empresas juridicamente independentes, tendo cada uma personalidade jurídica própria. Tais empresas possuem o mesmo objeto social, outras dentro do mesmo seguimento econômico e outras exercem atividades que se completam; às vezes são prestadoras de serviço uma das outras em atividades de apoio, tudo no sentido de tornar o grupo mais rentável, com o barateamento e com a otimização dos procedimentos”.

12. No que se refere à responsabilização do contribuinte pelo débito, entendo que deve ser observado o que dispõe o artigo 124, do CTN, no sentido de que são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

13. A documentação examinada pelo fisco, tais como a contabilidade, contratos, estatutos e atas de assembleias, também está no sentido de corroborar a argumentação do auditor e contraria frontalmente a argumentação trazida pela empresa:

“Examinando os contratos, estatutos e atas de assembleias das diversas empresas integrantes do grupo, verificamos co-responsáveis (Sócios) nas Ltdas e (Diretores) nas Sociedades Anônimas comuns além da nítida relação de parentesco entre eles.

Algumas empresas exercem suas atividades dentro das instalações de BARTER, não tendo as mesmas seus estabelecimento e endereço próprio.

A contabilidade das empresas componentes do grupo é feita no mesmo local onde é realizada a contabilidade da BARTER, em suas dependências, pelo mesmo Contador, que assina como responsável pela escrituração contábil de todas elas.

A ocorrência do termo de Distrato do Contrato de Prestação de Serviços, cópia anexa, entre a BETRA TRADING S/A e a BARTER, funcionando nas mesmas dependências, além do termo de Transferência, cópia anexa, em que se dá a transferência de segurados empregados das empresas do mesmo grupo sem a

correspondente rescisão do contrato de trabalho assumindo dessa forma, a BARTER total responsabilidade pela continuidade do contrato celebrado entre as partes. Essa situação evidencia a caracterização do grupo econômico conforme observa-se no item 3 do citado Termo de Transferência, onde as empresas admitem integrar o mesmo grupo econômico.

Diante dos fatos acima mencionados, concluímos que essa situação configura-se de feito, pela formação de grupo econômico por excelência.

Consoante a melhor doutrina, a personalidade jurídica é o substrato da autonomia dos sujeitos plúrimos que constituem grupo empresário, podendo-se dizer que a autonomia é uma das facetas do grupo econômico, o que, antes de descaracterizá-lo, constitui-se em nota marcante de sua definição.

Quanto à exigência de controle pelo acionista majoritário, tal entendimento encontra-se superado pela doutrina e jurisprudência. Admite-se, hoje, a existência de grupo econômico independente do controle de fiscalização pela chamada empresa líder. Evoluiu-se de uma interpretação meramente literal do artigo 2º, §2º, da CLT, para o reconhecimento do grupo econômico, ainda que não haja subordinação a uma empresa controladora principal. É o denominado 'grupo composto por coordenação' em que as empresas atuam horizontalmente, no mesmo plano, participando todas do mesmo empreendimento.

No Direito do Trabalho impõe-se, com maior razão, uma interpretação mais elástica da configuração do grupo econômico devendo-se atentar para a finalidade de tutela ao empregado perseguido pela norma consolidada (artigo 2º, §2º da CLT).

O polo passivo da presente notificação é integrado pelo devedor, diretor indicado no cabeçalho, 'BARTER COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A' e pelos devedores solidários que compõem o grupo econômico." (f. 80 a 81)

14. Do exposto, verifica-se que houve corretamente a caracterização da existência de grupo econômico pelas empresas apontadas pela auditoria fiscal.

DA MULTA APLICADA

15. Por fim, sobre a multa aplicada, torna-se importante apreciar, de ofício, a matéria, tendo em vista se tratar de questão de ordem pública. Dessa forma, em respeito ao art. 106 do CTN, inciso II, alínea "c", deve o Fisco perscrutar, na aplicação da multa, a existência de penalidade menos gravosa ao contribuinte. No caso em apreço, esse cotejo deve ser promovido em virtude das alterações trazidas pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, que instituiu mudanças à penalidade cominada pela conduta da Recorrente à época dos fatos geradores.

16. Assim, identificando o Fisco benefício ao contribuinte na penalidade nova, essa deve retroagir em seus efeitos, conforme ocorre com a nova redação dada ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991 que assim dispõe:

"Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora,

nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.”

30. E o supracitado art. 61, da Lei nº 9.430/96, por sua vez, assevera que:

“Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.”

17. Confrontando a penalidade retratada na redação original do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 com a que ora dispõe o referido dispositivo legal, vê-se que a primeira permitia que a multa atingisse o patamar de cem por cento, dado o estágio da cobrança do débito, ao passo que a nova limita a multa a vinte por cento.

18. Sendo assim, diante da inafastável aplicação da alínea “c”, inciso II, art. 106, do CTN, conclui-se pela possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, se for mais benéfica para o contribuinte.

CONCLUSÃO

19. Dado o exposto, CONHEÇO dos recursos voluntários, para, no mérito, DAR-LHES PROVIMENTO PARCIAL, para aplicar a multa prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/91 combinado com o art. 61, §2º da Lei nº 9.430/96, caso seja mais benéfica ao contribuinte, nos termos acima delineados.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator