



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

Processo nº 13971.001970/2007-71
Recurso nº 155.605 Voluntário
Acórdão nº 2402-00.391 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 2 de dezembro de 2009
Matéria CONTRIBUIÇÃO DOS SEGURADOS
Recorrente TEKA TECELAGEM KUEHNRIK S/A E OUTROS
Recorrida DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2006

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE

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 ou afrontariam legislação hierarquicamente superior

CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA

Não há que se falar em nulidade por cerceamento de defesa se o Relatório Fiscal e as demais peças dos autos demonstram de forma clara e precisa a origem do lançamento e a fundamentação legal que o ampara

PERÍCIA - NECESSIDADE - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA

Deverá restar demonstrada nos autos, a necessidade de perícia para o deslinde da questão, nos moldes estabelecidos pela legislação de regência. Não se verifica cerceamento de defesa pelo indeferimento de perícia, cuja necessidade não se comprova

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - GRUPO ECONÔMICO

De acordo com o Inciso IX do art. 30 da Lei nº 8.212/1991, as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes daquela lei

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2006

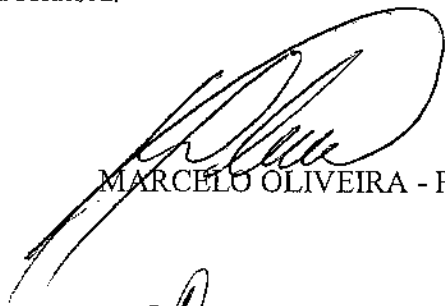
CONTRIBUIÇÃO DOS SEGURADOS - ARRECADAÇÃO - RECOLHIMENTO - OBRIGAÇÃO DA EMPRESA

A empresa é obrigada a arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração e recolher os valores arrecadados no prazo estabelecido pela legislação.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.



MARCELO OLIVEIRA - Presidente



ANA MARIA BANDEIRA – Relatora

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado, Marcelo Freitas de Souza Costa (Convocado) e Núbia Moreira Barros Mazza (Suplente).

Relatório

Trata-se do lançamento de contribuições dos segurados empregados e contribuintes individuais, arrecadadas pela empresa e não recolhidas à Seguridade Social, razão pela qual foi efetuada Representação Fiscal para Fins Penais.

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 65/68) os descontos efetuados foram verificados pelo exame das folhas de pagamento, recibos de pagamento e contabilidade, como também, apurou-se que fatos geradores correspondentes foram declarados em GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social.

A auditoria fiscal informa que fazem parte do Grupo Econômico TEKA, além da Teka Tecelagem Kuehnrich S/A as empresas Monte Claro Participações e Serviços S/A, Cell Participações e Administração Ltda, R.M.M.F. Participações Ltda, Teka Têxtil S/A, Cerro Azul Participações e Administração Ltda, Teka Fiação Ltda e Teka Investimentos Ltda, as quais são atingidas pelo instituto da solidariedade.

Os percentuais de participação das empresas no capital uma da outra estão informados no Relatório Fiscal.

Todas as empresas foram intimadas do lançamento.

A Teka Tecelagem Kuehnrich S/A apresentou defesa (fls. 90/117) onde alega, em síntese, que o lançamento em questão não poderia ser objeto de Representação Fiscal para Fins Penais.

Considera que há nulidade no lançamento, consubstanciada na alegação de que a fundamentação legal, conforme é apresentada, é uma miscelânea de dispositivos legais genéricos e inaplicáveis à espécie, mais confundindo do que ajudando na exata compreensão da origem das pendências.

Aduz a existência de vício formal que consistiria na ausência da indicação da base de cálculo e do percentual para apuração das contribuições exigidas.

~~Alega a inexistência de solidariedade, uma vez que o fundamento utilizado pela fiscalização para amparar a aplicação do citado instituto seria o art. 2º, § 2º da CLT, norma que somente se aplicaria para efeitos trabalhistas.~~

Afirma que estão sendo exigidas contribuições de valores já pagos, bem como a ilegitimidade da exigência de contribuições previdenciárias em relação a verbas não remuneratórias.

Tece considerações sobre os conceitos jurídicos de salário e remuneração e cita verbas sobre as quais não incidiriam contribuições.

Entende que não poderia prevalecer a aplicação da taxa de juros SELIC, bem como considera inconstitucional a multa aplicada.

Considera necessária a produção de prova pericial, para confirmar que o pagamento de determinadas verbas não guardam natureza remuneratória.

Apresentaram defesa de igual teor as solidárias Teka Fiação Ltda (fls. 366/375), Monte Claro Participações e Serviços S/A (fls. 398/409), Cell Participações e Administração Ltda (fls. 417/428), R.M.M.F. Participações Ltda (fls. 436/447), Teka Têxtil (fls. 495/464), Cerro Azul Participações e Administração Ltda (fls. 479/488), Teka Investimentos Ltda (fls. 500/509).

Alegaram as solidárias a nulidade formal da notificação, uma vez que em nenhum momento teriam recebido as notificações das quais seriam responsáveis solidárias, pois a auditoria fiscal limitou-se a enviar um ofício informando da responsabilização.

Consideraram a responsabilização precipitada porque em nenhum momento se constatou qualquer hipótese admitida pelo Judiciário para redirecionamento de débitos contra possíveis responsáveis tributários.

Alegam que a legislação trabalhista (CLT) não gera responsabilidade solidária.

Entendem que o art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/1991 seria inaplicável ao caso, vez que somente lei complementar pode tratar de responsabilidade tributária.

Afirmam a inexistência de grupo econômico e que se trata de pessoas jurídicas independentes.

Alegam a inexistência de atos de gestão e inexigibilidade de multa, face a tratar-se de ato que não teriam praticado.

Requerem, na pior das hipóteses, a exclusão das parcelas relativas à multa aplicada, por entender que não são transmissíveis por responsabilidade solidária.

Os autos foram encaminhados em diligência para que a auditoria fiscal juntasse os documentos que corroborariam as afirmações apresentadas pela fiscalização quando às participações das empresas no capital umas das outras, bem como que se manifestasse a respeito de guias de recolhimento juntadas pela notificada sob a alegação de que não teriam sido consideradas pela fiscalização.

Da diligência resultou a Informação Fiscal (fls. 529/530), da qual as interessadas tiveram ciência e se manifestaram (fls. 625/641), todas alegando que a baixa dos autos em diligência para esclarecimento e juntada de documentos vem confirmar os argumentos das contribuintes a respeito da nulidade do procedimento adotado visando a constituição do suposto grupo econômico.

Entendem que a juntada de documentos nesta fase processual não sana as nulidades apontadas e que os documentos juntados visam reforçar algumas alegações relativas à participação no capital social das empresas citadas.

Pelo Acórdão nº 07-12.028 (fls. 644/654-verso), a 5ª Tuma da DRJ/FNS julgou o lançamento procedente.

A Teka Tecelagem Kuehnrich S/A apresentou recurso tempestivo (fls. 657/679) onde repete as alegações de defesa e manifesta seu inconformismo pelo fato de

decisão de primeira instância não ter apreciado os argumentos referentes à inconstitucionalidade e ilegalidade de diversas questões envolvidas na notificação.

Também entende que a negativa ao pedido de perícia formulado feriu seu direito de defesa.

As solidárias também apresentaram recursos tempestivos e de igual teor (fls. 682/798) onde alegam a necessidade de reforma da decisão recorrida que considerou que o procedimento de envio de mero ofício às solidárias estaria de acordo com normativas do órgão e não representariam motivo de nulidade.

No mérito, mantêm a argumentação a respeito da inexistência de solidariedade e grupo econômico.

Não houve apresentação de contra-razões.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira

Os recursos são tempestivos e não há óbice ao conhecimento dos mesmos.

Inicialmente cumpre afastar a alegação de nulidade da decisão recorrida que teria deixado de apreciar questões suscitadas relativas à inconstitucionalidades e ilegalidades.

A decisão não merece reparo. Os dispositivos atacados pela recorrente encontram-se vigentes no ordenamento jurídico pátrio e não cabe às instâncias administrativas de julgamento afastar aplicação de dispositivo legal sob o argumento de que o mesmo afrontaria a Constituição Federal ou norma hierarquicamente superior.

Tal conduta se deve à obediência ao Princípio da Legalidade, ao qual está submetida a administração pública.

O controle da constitucionalidade no Brasil é 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 repete 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 (Jus. Saraiva 21). (g.n.)"

Ademais, tal questão foi sumulada no âmbito do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda que pela Súmula nº 02 publicada no DOU em 26/09/2007, decidiu o seguinte:

"Súmula nº 2

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária".

De igual sorte, padece de comprovação a alegação de ausência de fundamentação legal a amparar o lançamento.

O Relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD (fls. 51/52) contém os dispositivos legais que amparam o lançamento nas respectivas competências e por assunto.

A alegação do contribuinte de que seus direitos ao contraditório e ampla defesa não teriam sido observados revela-se meramente protelatória, sobretudo se considerarmos a simplicidade do lançamento em questão que refere-se às contribuições descontadas de segurados empregados e contribuintes individuais, as quais não foram repassadas aos cofres públicos pela recorrente.

A arguição acima também vale para o argumento apresentado no sentido de que não houve a indicação da base de cálculo e do percentual para a apuração das contribuições.

Ora, tratando-se de contribuições descontadas dos segurados, verificadas na documentação apresentada pela própria empresa, cujos fatos geradores foram declarados em GFIP pela mesma, não há que se falar em ausência de indicação de bases de cálculo e percentual aplicado, uma vez que a autoridade fiscal foi precisa em indicar onde os valores foram apurados.

Outra preliminar apresentada refere-se ao inconformismo da recorrente pelo indeferimento da perícia solicitada.

Cumpre afastar a alegação de cerceamento de defesa pelo indeferimento da perícia solicitada.

_____ A necessidade de perícia para o deslinde da questão tem que restar demonstrada nos autos.

No que tange à perícia, o Decreto nº 70.235/1972 estabelece o seguinte:

Art.16 - A impugnação mencionará:

.....
IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito;

§ 1º - Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (...)

Art.18 - A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine.

Da leitura do dispositivo, verifica-se que além de ser obrigada a cumprir requisitos para ter o pedido de perícia deferido, tal deferimento só ocorrerá diante do entendimento da autoridade administrativa no que concerne à necessidade da mesma.

Nesse sentido, não basta que o sujeito passivo deseje a realização da perícia, esta tem que se considerada essencial para o deslinde da questão pela autoridade administrativa, nos termos da legislação aplicável.

Não tendo sido demonstrada pela recorrente a necessidade da realização de perícia, não se pode acolher a alegação de cerceamento de defesa pelo seu indeferimento.

As recorrentes, responsáveis solidárias, afirmaram nulidade da notificação efetuada contra as mesmas que teria sido efetuada por meio de ofício, informando do lançamento.

Ao meu ver, tal alegação não pode subsistir.

O Decreto nº 70.235/1972, trata a respeito das nulidades, no Capítulo III, cujos artigos 59 e 60, transcrevo abaixo:

Art.59 - São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º - A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência

§ 2º - Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º - Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art.60 - As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

É necessário frisar que as empresas em questão foram consideradas todas integrantes de um grupo econômico de fato, ou seja, embora fossem empresas distintas, estas caracterizam-se pela unicidade de comando.

A finalidade da intimação das solidárias se deu no sentido de informar às mesmas da ocorrência do lançamento, bem como a responsabilização pelo crédito.

No caso, não há que se falar que o lançamento não se efetuou contra as solidárias pelo fato de não terem sido encaminhadas a cada uma delas todas as peças que compuseram a notificação.

Não é o envio individual da notificação que caracteriza a efetiva constituição do crédito. Ao serem intimadas da existência da notificação, todas as solidárias tomaram ciência do lançamento, suas razões e fundamentos, tanto é que apresentaram defesas tempestivas contendo argumentos pertinentes ao lançamento, dando início ao contencioso administrativo fiscal face à cada uma das envolvidas.

A possível nulidade de um ato resta completamente afastada se verificado que o mesmo atingiu seu objetivo.

Assim, afasto as preliminares de nulidade apresentadas.

Quanto à alegação da inexistência de solidariedade e grupo econômico apresentado pelas recorrentes, vale informar que já foi objeto de julgamento no âmbito deste Conselho, a caracterização de grupo econômico entre as empresas envolvidas na presente notificação.

O julgamento se deu nos autos dos recursos nº 156242, 156210 e 159619, o primeiro apresentado nos autos da notificação efetuada contra a empresa Teka Fiação Ltda e os outros dois nos autos de notificações lavradas contra a Teka Tecelagem Kuehnrich S/A.

O julgamento de todos os recursos foi no sentido de manter a caracterização de grupo econômico efetuada pela auditoria fiscal, bem como a solidariedade entre as empresas envolvidas.

Como os citados recursos foram objeto de relatoria da Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, com a devida vênia, transcrevo trecho do voto apresentado pela mesma, a respeito da matéria.

“Por fim, quanto a caracterização do grupo econômico, entendo que não existe razão para afastar a responsabilidade solidária decorrente da formação do grupo, tendo em vista que a autoridade fiscal, descreveu de forma objetiva os termos que o levaram a caracterização do grupo econômico para efeitos previdenciários.

Conforme descrito no relatório fiscal, fl. 34 e 35, ratificado pelos termos da informação fiscal fl. 359, fazem parte do grupo econômico da Teka as seguintes empresas:

MONTE CLARO PARTICIPAÇÕES CELL PARTICIPAÇÕES E ADMINISTRAÇÃO RMMF PARTICIPAÇÕES TEKA TÊXTIL.

CERRO AZUL PARTICIPAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO.

TEKA FIAÇÃO E TEKA INVESTIMENTOS.

A empresa MONTE CARLO tem como únicas acionistas as empresas CELL PARTICIPAÇÕES E RMMF PARTICIPAÇÕES.

A TEKA TECELAGEM KUEHNRIK S/A, controla 99,99% das empresas TEKA TÊXTIL E CERRO AZUL, sendo que esta última controla 99,99% da TEKA INVESTIMENTO E TEKA FLAÇÃO.

À FL. 478 da Decisão Notificação a autoridade julgadora trouxe um organograma de vínculo entre as empresas que compõem o grupo econômico e que traduz de forma muito clara a existência do grupo econômico a ensejar a responsabilidade de todas as empresas do grupo para efeito de pagamento de contribuições previdenciárias.

A autoridade fiscal consubstanciado na legislação previdenciária e com respaldo ainda na legislação trabalhista entendeu que a controle exercido por empresas do grupo, ensejou a caracterização do grupo econômico por força do disposto no art. 30, inciso IX da Lei nº 8.212/1991, abaixo transcrito:

Lei 8.212/1991 "Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (...)

IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei;"

A legislação trabalhista e previdenciária são bem claras a respeito da matéria, sendo que a CLT – Decreto Lei 5.452/1943, em seu art. 2º, assim descreve:

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

§ 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. Por todo o exposto o lançamento fiscal seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido nos termos da DN, haja vista que os argumentos apontados pelo recorrente, no que concerne a parte remanescente são incapazes de refutar a presente notificação.

No mesmo sentido dispõe o art. 748 da Instrução Normativa nº 03/2005, onde o ponto primordial para caracterização do elo, ou seja da existência do grupo econômico e a direção e controle ou ainda a administração de uma delas, o que no entender dessa relatora encontra-se evidente à medida que uma empresa detém 99% do controle acionário de outras, controlando direta ou mesmo indiretamente o atividades das empresa coligadas e controladas.

CAPÍTULO II GRUPO ECONÔMICO Art. 748. 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.

Assim, o fato das empresas possuíram a quase totalidade das ações das empresas controladas, demonstra de forma bem clara o controle em relação as controladas e suas coligadas, razão porque entendo clara a existência de um grupo econômico.

Em relação ao argumento de afastar a responsabilidade das coligadas, entendo aplicável o mesmo raciocínio acima, ou seja, a participação de uma empresa nas outras, acaba por ser determinante na tomada de decisões. Como falar que uma empresa que detém 99%, 90%, não possui controle e de certa forma administração na atividade da controlada e por consequência de suas coligadas. O nível decisório, neste casos, acaba determinando as diretrizes básicas para todo o empreendimento, ou seja, para todo o grupo econômico. Dessa forma, não há como atribuir razão ao recorrente e as respectivas responsáveis solidárias, sejam elas as controladoras, controladas ou coligadas."

Tendo participado do julgamento dos recursos, apresentei declaração de voto no sentido de corroborar o entendimento a respeito da possibilidade da existência de grupos econômicos não formalizados, ou seja, grupos econômicos de fato, que é o caso das recorrentes.

Assim, permito-me transcrever os argumentos apresentados:

"No que tange à caracterização de grupo econômico, entendo necessário tecer algumas considerações.

A auditoria fiscal entendeu por caracterizar a existência de grupo econômico de fato entre a recorrente e demais empresas por força do disposto no art. 30, inciso IX da Lei nº 8.212/1991, abaixo transcrito:

Lei 8.212/1991 "Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (...)

IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei;"

A legislação é clara ao afirmar que são solidariamente responsáveis, as empresas integrantes de grupos econômicos de qualquer natureza, ou seja, grupos de fato e de direito.

A respeito do assunto, a Instrução Normativa SRP nº 03/2005 estabelece o seguinte:

Art. 748. 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.

Cumpra dizer que o disposto na normativa está consoante ao entendimento existente na doutrina.

Além da Lei nº 8.212/1991, o sistema jurídico brasileiro trata dos grupos empresariais em outros diplomas legais, dentre eles:

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-lei 5.452/1943) que, em seu art. 2.º, § 2.º, estabelece, para efeitos da relação de emprego, a responsabilidade solidária de empresas que “estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica”;

A Lei 8.884/1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, em seu art. 17, prevê a responsabilidade solidária de “empresa ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infrações da ordem econômica”. o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) que, em seu art. 28, prevê responsabilidade subsidiária para as “sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas”; No entanto, o que vem a ser considerado grupo econômico de fato e de direito pode ser extraído da Lei nº 6.404/1976, a Lei das Sociedades Anônimas.

Na doutrina, é pacífico o entendimento de que a legislação brasileira adota o sistema dual para disciplinar os grupos de sociedades, considerando os grupos de fato e de direito.

A sistemática da Lei das S.A. consiste em prever regras próprias para as sociedades coligadas, controladas e controladoras, estas dispostas no seu Capítulo XX, que é o que a doutrina considera como sociedades formadoras de grupos de fato.

Já no Capítulo XXI, há disciplina específica dos grupos constituídos mediante convenção grupal, ou seja, os grupos de direito.

O entendimento acima pode ser corroborado nos dizeres de Fábio Konder Comparato, abaixo transcritos:

“Trata-se da distinção, sob certo aspecto radical, entre grupos de fato e grupos de direito. A lei, na verdade, não contém essas expressões, de origem doutrinária. Mas elas parecem muito sugestivas e apropriadas para a compreensão do sistema legal. (...)”

Vejamos agora, mais de perto, a regulação de cada um desses tipos de grupos, principiando pelos de fato.

II – Disciplina dos Grupos de Fato Pressuposto de aplicação normativa:

Antes de examinarmos as regras específicas de disciplina dos grupos de fato, importa fixar o pressuposto de aplicação de tais normas. Com efeito, se a lei não fala aqui em grupos, qual o critério para o reconhecimento das hipóteses de incidência

normativa? Esse critério é dado pelas noções de controle e de coligação.

O primeiro é definido no art. 243, § 2º, quando considera "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". (...)

No que tange à coligação, a lei a reconhece quando uma sociedade participa do capital de outra com dez por cento ou mais, sem controlá-la (art. 243, § 1º). Esse mínimo percentual já constava da legislação bancária como denotando um interesse societário importante (Lei 4.505, de 31.12.64, art. 34)"¹ O entendimento de que a Lei das S/A dispõe em seu Capítulo XX a respeito do que considera-se grupos econômicos de fato pode ser extraído do trecho de artigo de autoria de Edmur de Andrade Nunes Pereira Neto:

"A legislação brasileira dos grupos, como é sabido, adotou o modelo contratual.

O art. 265, da lei nº 6.404/76, dispõe que a sociedade controladora e suas controladas podem constituir grupo de sociedade, mediante convenção.(...)

Não descuida nossa lei, entretanto, dos grupos de fato, vale dizer, da existência na realidade fática de um conjunto de sociedades articuladas sob uma direção unitária.

A Lei 6.404/76, trata da matéria no Capítulo XX, dedicado às sociedades coligadas, controladoras e controladas, mantendo-se fiel ao modelo contratual, na medida em que disciplina o comportamento dos administradores nas relações entre a sociedade controladora e suas coligadas e controladas, bem como agrava a responsabilidade daqueles e ainda submete a sociedade de comando ao direito comum das sociedades."² No mesmo sentido, cito Jorge Lobo, Modesto Carvalhosa e Arnaldo Wald:

"A classificação mais comum distingue os grupos de direito dos grupos de fato, consoante haja ou não sido celebrada uma convenção para disciplinar as relações entre a sociedade controladora e suas controladas.

Entre nós, em que a dicotomia é nítida, os grupos de sociedades de fato são regulados no capítulo XX (arts. 243 a 264 da Lei de S.A.) e os grupos de sociedades de direito no capítulo XXI (arts. 265 a 277)."³ "Na captação desses fenômenos concentracionais,

¹ Os Grupos Societários na Nova Lei das Sociedades por Ações - Fábio Konder Comparato - Revista Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro - nº 23 - 1976 - Editora Revista dos Tribunais

² Anotações sobre os Grupos de Sociedades - Edmur de Andrade Nunes Pereira Neto - Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro - nº 82 - abril/junho/1991 - Ed. Revista dos Tribunais

³ Direito dos Grupos de Sociedades - Jorge Lobo - Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro - Vol 107 -1997 - Malheiros Editores

a nossa lei reconhece a existência de uma relação horizontal entre sociedades coligadas e vertical entre controladoras e controladas, implicitamente reconhecendo que, no sistema vertical, o controle geralmente ocorre através de holdings, que, por sua vez, controlam outras holdings, que controlam as sociedades operacionais. Dessa forma, conforme à lei, no regime vertical há sociedade controladora e no horizontal não existe esse predicado. Aqui há a coligada investidora e coligada investida. Estabelece-se, assim, um regime de coordenação entre as sociedades coligadas e de comando entre a controladora e as controladas. Essas unidades formam um grupo econômico, não convencional, com efeitos jurídicos decorrentes do entrelaçamento dos patrimônios dessas mesmas sociedades.

Formam, assim, uma entidade econômica de relevância jurídica. Diferentemente do grupo de sociedades, regido pelos arts. 265 a 279, que constitui uma entidade jurídica.

A diferença fundamental entre uma e outra forma de concentração é que, no Capítulo XX, ora comentado, as sociedades envolvidas não estão sujeitas a convenção, diferentemente das regidas pelo Capítulo XXI, que se vinculam convencionalmente. Assim, este capítulo trata dos chamados grupos de fato ou grupos não convencionais, ao passo que o capítulo seguinte (XXI) disciplina os chamados grupos de direito ou grupos convencionais.”⁴ “1.3 Regime jurídico dos grupos societários de fato No Brasil, à Lei nº 6.404/76 – Lei das Sociedades por Ações – se atribui o mérito de suprir a lacuna legislativa societária na disciplina dos grupos de sociedades. Adotando a diretriz geral da lei germânica, a legislação pátria diversifica o regramento dos chamados grupos societários de fato, da subsidiária integral e dos grupos de sociedades.

Verificamos, no entanto, já antes da edição da lei societária, a existência de algumas disposições legais sobre controladas e coligadas, que surgiram inicialmente no direito trabalhista, na legislação sobre repressão aos abusos do poder econômico, no direito tributário e em seguida, de modo mais preciso, na legislação bancária.

Com sua sensibilidade para os fatos e um certo desprezo pelos mitos jurídicos, a Consolidação das Leis do Trabalho foi, certamente, o primeiro diploma brasileiro a estabelecer a corresponsabilidade da holding e da empresa subsidiária no tocante aos ônus trabalhistas, referindo-se expressamente aos grupos industriais, comerciais e outros (art. 2º § 2º, da CLT).

O Capítulo XX da lei das Sociedades por Ações trata das empresas que, embora mantendo entre si vínculos societários, não se organizaram sob a forma de grupo, através de uma convenção específica, e que, assim sendo, obedecem, em tese, aos princípios aplicáveis às sociedades isoladas, com as restrições e derrogações contidas no mencionado capítulo.

Conforme sintetiza Bulhões Pedreira:

⁴ Comentários à Lei das Sociedades Anônimas - Modesto Carvalhosa - 4º Volume - Tomo II - 2ª Edição - 2003 - Editora Saraiva (pag 7 e 8)

“a vinculação de duas ou mais sociedades por relações de participação dá origem a uma estrutura de sociedades, e quando essa estrutura é hierarquizada (ou seja, uma sociedade tem o poder de controlar as outras), é designada “grupo de sociedades”, que pode ser de fato (baseado apenas nas relações de participação societária e de controle) ou de direito (se, além disso, é regulado por uma convenção de grupo acordada entre as sociedades.).

*A participação societária pode operar-se através da coligação e do controle, que se diferenciam, segundo a doutrina dominante, pela existência, na primeira, de uma relação horizontal entre as sociedades, sem vínculos de sujeição de uma à outra, enquanto na segunda, a relação entre elas se faz verticalmente, sujeitando-se uma das sociedades ao poder de dominação de outra. Tanto num caso como noutro é inegável a interdependência entre as sociedades que se agrupam.”*⁵ Diante dos entendimentos apresentados, resta evidente que, a Lei das Sociedades por Ações considera que os grupos de empresas podem ser de fato e de direito.

*Em estudo denominado “Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei 6.404/1976”, Viviane Muller Prado, Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, apresenta importantes informações para o entendimento da questão.*⁶ Tal qual os demais doutrinadores citados, a professora concorda que Lei 6.404/1976 quando disciplinou os grupos societários, adotou o modelo dual, no qual os grupos podem ser de direito ou de fato.

Quanto trata do modelo dual, onde são considerados grupos de fato e de direito, entende que o que impede que seja considerado em sua totalidade no estudo é o fato da quase inexistência de grupos de direito entre os agrupamentos empresariais brasileiros, conforme se infere do trecho abaixo:

“Há, entretanto, um fato que impede que este estudo continue considerando o modelo dual na sua totalidade: os grupos empresariais brasileiros não se organizam como grupos contratuais. Conforme informação de Fábio Konder Comparato, tem-se conhecimento do registro de menos de 30 grupos de direito no Departamento Nacional de Registro de Empresas. Modesto Carvalhosa dá exemplo das seguintes empresas que tentaram se constituir na forma de grupo, mas não levaram adiante a reestruturação para tanto, continuando na roupagem de grupos de fato: Grupos Real, Grupo Cindumel, Grupo Roager e Grupo Pão de Açúcar (Carvalhosa, 2003a, p. 311). A não-utilização do instrumento para a formação de grupos de direito não significa que inexistem grupos societários no Brasil. Muito pelo contrário. As grandes empresas brasileiras organizam-se na

⁵ Caracterização do Grupo Econômico de Fato e suas Consequências quanto à Remuneração dos Dirigentes de suas Diversas Sociedades Componentes - Arnold Wald - Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais - Ano 7 - julho/setembro 2004 - Editora Revista dos Tribunais

⁶ Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei nº 6.404/1976 - Viviane Muller Prado - Revista Direito GV, nº 2, vol 1, pag 5-28 - Junho/Dezembro 2005

forma grupal, mas a partir do poder de controle societário. A utilização da estrutura grupal para a organização das grandes empresas brasileiras fica evidenciada no periódico Valor Grandes Grupos de 2004. Este anuário demonstra que as 200 maiores empresas com atuação no País, nos vários segmentos de mercado, organizam-se em estruturas complexas plurissocietárias. Saindo da Lei das Sociedades por Ações para o Código Civil de 2002, também encontra-se tratamento próprio das sociedades coligadas no Capítulo VII, Subtítulo II, do Livro II, nomeadamente nos arts. 1.097 a 1.101. O Código Civil, todavia, traz apenas uma descrição das situações de ligações entre sociedades e não especifica disciplina diferenciada para a participação de sociedade no capital de outra.”

Diante das argumentações apresentadas é possível concluir que as empresas coligadas, controladoras e controladas nos termos estabelecidos no artigo 243, §§ 2º e 3º da Lei nº 6.404/1976 formam grupos econômicos de fato e como tal, são solidariamente responsáveis pelas contribuições previdenciárias, conforme estabelece o inciso IX do art. 30, da Lei nº 8.212/1991.

“Art.243 - O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

§ 1º - São coligadas as sociedades quando uma participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.

§ 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.”

A meu ver, a situação descrita no dispositivo acima é suficiente para concluir a respeito da existência de grupo econômico e, conseqüente, solidariedade.

Fora da situação prevista em lei em que empresas coligadas, controladas e controladoras formam grupos econômicos de fato, estes também podem ser caracterizados, tendo por base o exercício do controle, o qual pode apresentar-se de forma simulada, como, por exemplo, no caso de empresas aparentemente sem nenhuma interligação, formalmente pertencentes a pessoas que efetivamente não detém poder de controle algum (laranjas), mas que são administradas por pessoas que, embora não constem do contrato social, revelam-se os verdadeiros donos do negócio.

Diante do exposto, manifesto-me pela existência do grupo econômico de fato, mantendo no pólo passivo todas as empresas citadas como integrantes do grupo econômico.”

Diante dos argumentos apresentados, entendo que o lançamento deve prevalecer em relação a todas as solidárias.

No que tange à extensa argumentação apresentada pela Teka Tecelagem Kuehnrich S/A a respeito de verbas ditas não remuneratórias, a mesma se revela desnecessária, à medida em que, ao efetuar o desconto dos segurados das contribuições ora lançadas, implicitamente, reconheceu a natureza previdenciária dos valores utilizados como base para o cálculo.

Quanto ao inconformismo a respeito da aplicação da taxa de juros SELIC e multa de mora, a qual a recorrente considerou abusiva, vale dizer que a aplicação tanto de um quanto do outro, ocorreu com amparo em dispositivo legal vigente e, conforme já argüido, não cabe ao julgador no âmbito administrativo negar aplicação de dispositivos legais sob argumentos de inconstitucionalidade e ilegalidade.

Por fim, cabe afastar a alegação das solidárias no sentido de que seria inexigível a multa em razão da impossibilidade de penalização por atos não praticados pelas mesmas.

A multa aplicada teve como fundamento o art. 35 da Lei nº 8.212/1991, dispositivo que trata da multa por atraso, ou seja, o dispositivo não trata penalidade conforme argüiram as recorrentes.

O citado artigo é explícito quando dispõe que a multa de mora tem caráter irrelevável, ou seja, não pode deixar de ser aplicada ocorrendo o atraso.

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

Voto no sentido de **CONHECER** dos recursos e **NEGAR-LHES PROVIMENTO**.

É como voto.

Sala das Sessões, em 2 de dezembro de 2009



ANA MARIA BANDEIRA - Relatora

