



MINISTÉRIO DA FAZENDA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13971.001977/2007-93
Recurso nº 156.242 Voluntário
Acórdão nº 2401-00.332 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de junho de 2009
Matéria DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES
Recorrente TEKA-TECELAGEM KUEHNRIK S/A
Recorrida DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2005 a 28/02/2007

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO - GFIP. TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA - NÃO IMPUGNAÇÃO EXPRESSA - PARCELA DESCONTADA DOS SEGURADOS EMPREGADOS -- SELIC - MULTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - GRUPO ECONÔMICO - PERÍCIA - NÃO CONSTITUI ARBITRAMENTO O LEVANTAMENTO RESPALDADO EM DOCUMENTOS DA PRÓPRIA EMPRESA - INCONSTITUCIONALIDADE

A não impugnação expressa dos fatos geradores objeto do lançamento importa em renúncia e conseqüente concordância com os termos da NFLD. O recorrente durante o procedimento não apresentou os documentos para comprovar a regularidade, invertendo neste caso o ônus da prova.

A GFIP é termo de confissão de dívida em relação aos valores declarados e não recolhidos.

A empresa é obrigada pelo desconto e posterior recolhimento das contribuições descontadas dos segurados empregados a seu serviço.

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

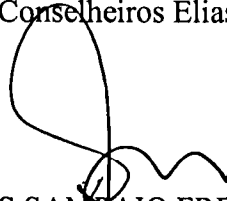
A verificação de inconstitucionalidade de ato normativo é inerente ao Poder Judiciário, não podendo ser apreciada pelo órgão do Poder Executivo.

A caracterização do grupo econômico, que enseja a responsabilidade solidária decorrente da formação do grupo, foi devidamente descrita no relatório fiscal.

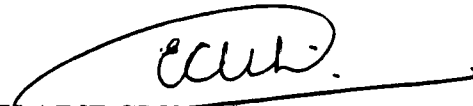
RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, I) por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de formação de grupo econômico das empresas recorrentes. Vencidos os conselheiros Elias Sampaio Freire, Cleusa Vieira de Souza e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que votaram por excluir do pólo passivo as empresas MONTE CLARO – PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS S/A, CELL PARTICIPAÇÕES E ADMINISTRAÇÃO LTDA, RMMF PARTICIPAÇÕES LTDA, TEKA TÊXTIL S/A, CERRO AZUL PARTICIPAÇÕES E ADMINISTRAÇÃO LTDA; TEKA FIAÇÃO LTDA e TEKA INVESTIMENTO LTDA; II) Por unanimidade de votos: a) em rejeitar as demais preliminares; e b) no mérito, em negar provimento ao recurso. Apresentarão Declaração de Voto os Conselheiros Elias Sampaio Freire e Ana Maria Bandeira.



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA - Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Bernadete de Oliveira Barros, Rogério de Lellis Pinto e Lourenço Ferreira do Prado.

Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela retida dos segurados empregados e não recolhidas na época própria. O período do presente levantamento abrange as competências ABRIL DE 2006 a DEZEMBRO DE 2006. Os valores decorrem dos salários de contribuição declarados no documento GFIP, e apurados por meio das folhas de pagamento e contabilidade referente a descontos dos segurados empregados e contribuintes individuais.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 08/05/2007, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido em 15/05/2007.

Destaca-se que a autoridade fiscal encaminhou cópias dos documentos de constituição do crédito, fl. 37 a 50 para as empresas que fazem parte do grupo econômico na qualidade de responsáveis solidárias, quais sejam: TEKA TECELAGEM KUEHNRIK S/A, MONTE CLARO – PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS S/A, CELL PARTICIPAÇÕES E ADMINISTRAÇÃO LTDA, RMMF PARTICIPAÇÕES LTDA, TEKA TÊXTIL S/A, CERRO AZUL PARTICIPAÇÕES E ADMINISTRAÇÃO LTDA, TEKA INVESTIMENTO LTDA, conforme a composição acionária descrita no relatório fiscal, fl. 33 a 36.

Não conformado com a notificação, foi apresentada defesa, fls. 58 a 85.

Apresentaram também defesa às empresas TEKA TECELAGEM KUEHNRIK S/A, MONTE CLARO – PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS S/A, CELL PARTICIPAÇÕES E ADMINISTRAÇÃO LTDA, RMMF PARTICIPAÇÕES LTDA, TEKA TÊXTIL S/A, CERRO AZUL PARTICIPAÇÕES E ADMINISTRAÇÃO LTDA, TEKA INVESTIMENTO LTDA, às fls. 201 a 339, sendo todos com idêntico fundamento.

O processo foi baixado em diligência para que fossem trazidos aos autos documentos para ratificar a caracterização do grupo econômico descrito no relatório fiscal, fl. 357.

Manifestou-se o auditor às fls. 359, tendo anexado diversos documentos fls, 361 a 435, onde identificou a existência do grupo econômico descrito no relatório fiscal.

Tendo todas as empresas do grupo econômico descrito pela autoridade fiscal, sido devidamente cientificadas dos termos da informação fiscal, apresentaram defesas idênticas às fls. 453 a 469.

Foi emitida Decisão-Notificação - DN confirmando a procedência parcial do lançamento, considerando que as GPS recolhidas durante o procedimento fiscal não haviam sido computadas, todavia, deixou o recorrente de recolher a totalidade dos juros e multa devidos. fls. 473 a 484.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, conforme fls. 502 a 524. Em síntese, o recorrente em seu recurso alega:

1. Nulidade da DN, porque importou no cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que não realizou a análise de todos os argumentos que lhe foram apresentados.
2. Por ocasião da defesa, o recorrente questionou a constitucionalidade da responsabilidade solidária que lhe foi imputada, impossibilidade de exigência de contribuição sobre verbas não remuneratórias, bem taxa SELIC e multa, sendo que a autoridade julgadora resumiu-se a descrever a impossibilidade de apreciar tais questões.
3. O fisco tem a obrigação de apreciar a constitucionalidade dos dispositivos legais que aplica, sob pena de desrespeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa.
4. Desconsiderou a autoridade julgadora a ausência de fundamentação legal descrita no Decreto 70.235/99. No presente lançamento não foi descrito de forma clara e precisa os fundamentos da exigência do débito, sendo que o relatório FLD faz referência a dispositivos legais totalmente inaplicáveis a exigência.
5. Identifica-se, ainda a ausência da indicação da base de cálculo e do percentual para apuração das contribuições o que acaba por cercear o direito de defesa do recorrente. É evidente que o cálculo efetuado na apuração do montante devido deve ser claramente demonstrado ao contribuinte, informando a base de cálculo e o percentual utilizado na apuração das contribuições, sob pena de afronta aos princípios constitucionais.
6. Necessária a realização de perícia, para que se possa determinar as verbas que devem ser excluídas da base de cálculo.
7. Inexiste o grupo econômico apontado pela autoridade fiscal, sendo que o recorrente sustentou em sede de defesa a inconstitucionalidade do art. 30, IX da Lei 8212/91, fato que não foi apreciado.
8. O STJ vem decidindo que para que haja responsabilidade tributária, não basta que a pessoa seja sócia da empresa devedora, devendo ter praticado atos de gestão com excesso de poderes. Neste caso, não há nenhuma evidência de que as empresas supostamente responsáveis teriam praticado atos de gestão na recorrente, sobretudo com o intuito de fraude ou em agindo com excesso de poderes.
9. Inexigível contribuições previdenciárias em relação a verbas não remuneratórias, quais sejam:
10. auxílio doença (não decorre da prestação de serviços, razão porque não deve incidir contribuição previdenciária), e salário maternidade, adicionais noturnos, insalubridade, horas extras, prêmio produção, assiduidade, anuênios, gratificações, ajuda de custo e decorrentes.

11. Inexigível a aplicação da taxa SELIC e multa, visto a cobrança ser abusiva e desproporcional.
12. Requer a procedência do pedido e conseqüente anulação da Decisão Notificação, ou se assim não entender seja declarada a nulidade da NFLD, afastada a responsabilidade de todas as empresas como devedora solidárias, sejam excluídos os valores relativos a verbas não remuneratórias e excluídos os juros aplicados.

As responsáveis solidárias também apresentaram defesa, no sentido de que seja declarada a nulidade do procedimento posto que em nenhum momento a empresa recebeu as notificações indicando que seria responsável solidária, resumindo-se a fiscalização ao encaminhando de um ofício indicando a suposta responsabilidade, bem como o STJ vem decidindo que para que haja responsabilidade tributária, não basta que a pessoa seja sócia da empresa devedora, devendo ter praticado atos de gestão com excesso de poderes.

O fundamento do grupo econômico consubstanciado no art. 2º da CLT só possui valor para efeitos trabalhistas, não se aplicando no âmbito tributário.

A Receita Previdenciária se absteve de apresentar contra-razões tendo encaminhado o recurso a este conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 633. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS PRELIMINARES AO MÉRITO:

Quanto ao argumento de ser impróprio a NFLD, eis que a sua lavratura se deu em nítida afronta a disposição legal, por não ter a autoridade realizado a devida fundamentação, frise-se que pela análise dos documentos acostados ao presente processo, o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, quais sejam:

- autorização por meio da emissão do Mandato de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do auditor fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;
- intimação para a apresentação dos documentos conforme Termos de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;
- autuação dentro do prazo autorizado pelo referido mandato, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes.

Com base nestes fatos, quanto à alegação do recorrente de que o procedimento fiscal encontra-se eivado de nulidade, por não atender aos ditames legais, provocando o cerceamento de defesa, não lhe confiro razão. Os levantamentos foram realizados com base na GFIP, ou seja, embasados nas informações prestadas pelo próprio recorrente, razão porque não são bases de cálculo arbitradas, ou mesmo apuradas de forma indireta conforme alegado pelo recorrente ao aduzir que foram considerados pagamentos que não constituíram salário de contribuição.

Dessa forma, as alegações de que o procedimento não poderia prosperar por não ter a autoridade realizado a devida fundamentação das contribuições não lhe confiro razão. Não só o relatório fiscal se presta a esclarecer as contribuições objeto de lançamento, como também o DAD – Discriminativo analítico de débito, que descreve de forma pormenorizada, mensalmente, a base de cálculo, as contribuições e respectivas alíquotas. Sem contar, ainda, o relatório FLD – Fundamentos Legais do Débito que traz toda a fundamentação legal que embasou o lançamento.

A fiscalização previdenciária é competente para constituir os créditos tributários decorrentes dos fatos geradores de contribuições previdenciárias, conforme descrito no art. 1º da Lei 11.098/2005:

Art. 1º Ao Ministério da Previdência Social compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento, em nome do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição, bem como as demais atribuições correlatas e conseqüentes, inclusive as relativas ao contencioso administrativo fiscal, conforme disposto em regulamento.

Com relação aos argumento que rejeitada a perícia, acarretando cerceamento do direito de defesa, conforme o disposto no art. 9º, IV da Portaria MPAS nº 520/2004, são requisitos da perícia, nestas palavras:

Art. 9º A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

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 A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

§ 2º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.

§ 3º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pelo Conselho de Recursos da Previdência Social.

§ 4º A matéria de fato, se impertinente, será apreciada pela autoridade competente por meio de Despacho ou nas contra-razões, se houver recurso.

§ 5º A decisão deverá ser reformada quando a matéria de fato for pertinente.

§ 6º Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

§ 7º As provas documentais, quando em cópias, deverão ser autenticadas, por servidor da Previdência Social, mediante conferência com os originais ou em cartório.

§ 8º Em caso de discussão judicial que tenha relação com os fatos geradores incluídos em Notificação Fiscal de Lançamento de Débito ou Auto de Infração, o contribuinte deverá juntar cópia da petição inicial, do agravo, da liminar, da tutela antecipada, da sentença e do acórdão proferidos.

No presente caso, não houve o preenchimento dos requisitos exigidos para realização da perícia, assim considera-se não formulado tal pedido. Desse modo, pode a autoridade julgadora indeferir o pleito da recorrente, sem ferir o princípio da ampla defesa. Nesse sentido, segue o teor do art. 11º da Portaria MPAS nº 520/2004:

Art. 11 A autoridade julgadora determinará de ofício ou a requerimento do interessado, a realização de diligência ou perícia, quando as entender necessárias, indeferindo, mediante despacho fundamentado ou na respectiva Decisão-Notificação, aquelas que considerar prescindíveis, protelatórias ou impraticáveis.

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 9º.

§ 2º O interessado será cientificado da determinação para realização da perícia por meio de Despacho, que indicará o procedimento a ser observado.

No mesmo sentido dispõe o Decreto nº 70.235/1972 sobre o processo administrativo fiscal, sendo aplicado subsidiariamente no processo administrativo no âmbito do INSS, nestas palavras:

Art. 17. A autoridade preparadora determinará, de ofício ou a requerimento do sujeito passivo, a realização de diligência, inclusive perícias quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

Parágrafo único. O sujeito passivo apresentará os pontos de discordância e as razões e provas que tiver e indicará, no caso de perícia, o nome e o endereço do seu perito.

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligência ou perícias, quando entendê-las

*necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.
(Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93)*

(...)

A Portaria MPAS nº 520/2004 é a que regulamenta o processo administrativo fiscal no âmbito do INSS, conforme autorização expressa no art. 304 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999 e alterações, nestas palavras:

Art.304. Compete ao Ministro da Previdência e Assistência Social aprovar o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social, bem como estabelecer as normas de procedimento do contencioso administrativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e suas alterações.

Como se percebe, a Portaria nº 520 surgiu em virtude da previsão expressa no Regulamento da Previdência Social, que transferiu a competência para o Ministério da Previdência Social regulamentar a matéria. Dessa forma, está perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico. E como demonstrado, o assunto acerca de perícias e diligências está tratado da mesma maneira no Decreto nº 70.235/1972.

No presente caso, a perícia é despicienda; pois toda a matéria probatória já consta nos autos. E com princípio basilar do direito processual, cabe à parte provar fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do Fisco. O lançamento foi realizado com base em documentação da própria recorrente e a notificação seguiu o procedimento previsto, não reconheço sua nulidade.

Quanto a nulidade da DN, por não ter a autoridade apreciado devidamente todos os argumentos apontados na defesa, resumindo-se a indicar sua incompetência para apreciar matéria acerca da constitucionalidade, também não lhe confiro razão. Realmente não compete a autoridade julgadora seja de 1ª instância, ou mesmo no âmbito do Conselho de Contribuintes apreciar inconstitucionalidade de lei.

NO que tange a arguição de inconstitucionalidade de legislação previdenciária que dispõe sobre o recolhimento de contribuições, frise-se que incabível seria sua análise na esfera administrativa. Não pode a autoridade administrativa recusar-se a cumprir norma cuja constitucionalidade vem sendo questionada, razão pela qual são aplicáveis os prazos regulados na Lei nº 8.212/1991.

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

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.

Superadas as preliminares, passo a análise do mérito.

DO MÉRITO

Com relação aos levantamentos referentes ao desconto do segurado empregados, o recorrente resumiu-se a refutar o lançamento, apresentando guias recolhidas durante o procedimento, e as diversas ilegalidade apontadas (SELIC, multa, inexistência de responsabilidade solidária), sem a apresentação de qualquer prova que demonstrasse não serem devidas as contribuições ou que fora realizado o recolhimento integral correspondente. (As meras alegações são incapazes por si só de desconstituir o lançamento.

Dessa forma, em relação aos fatos geradores objeto da presente notificação, como não houve recurso expresso aos pontos da Decisão-Notificação (DN) presume-se a concordância da recorrente com a DN.

Uma vez que houve concordância, lide não se instaurou e, portanto, deve ser mantida a Decisão-Notificação.

A notificação fiscal tomou por base documentos do próprio recorrente, sendo que os fatos geradores estão discriminados mensalmente de modo claro e preciso no Discriminativo Analítico de Débito – DAD, o que, sem dúvida, possibilitou o pleno conhecimento do recorrente acerca do levantamento efetuado.

Os valores objeto da presente notificação foram lançados com base na GFIP, declaração realizada pela própria empresa. Conforme dispõe o art. 225, § 1º do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999, abaixo transcrito, os dados informados em GFIP constituem termo de confissão de dívida quando não recolhidos os valores nela declarados.

Art.225. A empresa é também obrigada a:

(...)

IV - informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social, por intermédio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, na forma por ele estabelecida, dados cadastrais, todos os fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse daquele Instituto;

(...)

§ 1º As informações prestadas na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social servirão como base de cálculo das contribuições arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, comporão a base de dados para fins de cálculo e concessão dos benefícios previdenciários, bem como constituir-se-ão em termo de confissão de dívida, na hipótese do não-recolhimento.

Uma vez que a notificada remunerou segurados, conforme informação prestada pelo próprio recorrente durante o procedimento fiscal, baseado no documento GFIP, deveria ter efetuado o recolhimento da totalidade das contribuições devidas à Previdência Social.

Desse modo, caso houvesse algum erro cometido pela recorrente na elaboração, tanto das folhas de pagamento, como da GFIP, caberia à notificada a demonstração da fundamentação de seu erro. A notificada teve oportunidade de demonstrar que os valores apurados pela fiscalização, e por ela própria declarados em GFIP ou registrados nas folhas de pagamento não condizem com a realidade na fase de impugnação e agora na fase recursal, mas não o fez.

A obrigação da empresa em arrecadar as contribuições dos segurados empregados a seu serviço mediante desconto sobre as respectivas remunerações está prevista no art. 30, I da Lei n.º 8.212/1991, nestas palavras:

Art.30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 8.620, de 5/01/93)

I - a empresa é obrigada a:

a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração;

(...)

De acordo com o previsto no art. 28 da Lei nº 8.212/1991, para o segurado empregado entende-se por salário-de-contribuição a totalidade dos rendimentos destinados a retribuir o trabalho, incluindo nesse conceito os ganhos habituais sob a forma de utilidades, nestas palavras:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Existem parcelas que não sofrem incidência de contribuições previdenciárias, seja por sua natureza indenizatória ou assistencial, tais verbas estão arroladas no art. 28, § 9º da Lei nº 8.212/1991, nestas palavras:

Art. 28 (...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

b) as ajudas de custo e o adicional mensal recebidos pelo aeronauta nos termos da Lei nº 5.929, de 30 de outubro de 1973;

c) a parcela "in natura" recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, nos termos da Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976;

d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

e) as importâncias: (Alinea alterada e itens de 1 a 5 acrescentados pela Lei nº 9.528, de 10/12/97, e de 6 a 9 acrescentados pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

1. previstas no inciso I do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

2. relativas à indenização por tempo de serviço, anterior a 5 de outubro de 1988, do empregado não optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS;
3. recebidas a título da indenização de que trata o art. 479 da CLT;
4. recebidas a título da indenização de que trata o art. 14 da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973;
5. recebidas a título de incentivo à demissão;
6. recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT;
7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário;
8. recebidas a título de licença-prêmio indenizada;
9. recebidas a título da indenização de que trata o art. 9º da Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984;
- f) a parcela recebida a título de vale-transporte, na forma da legislação própria;
- g) a ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, na forma do art. 470 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)
- h) as diárias para viagens, desde que não excedam a 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal;
- i) a importância recebida a título de bolsa de complementação educacional de estagiário, quando paga nos termos da Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977;
- j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica;
- l) o abono do Programa de Integração Social-PIS e do Programa de Assistência ao Servidor Público-PASEP; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)
- m) os valores correspondentes a transporte, alimentação e habitação fornecidos pela empresa ao empregado contratado para trabalhar em localidade distante da de sua residência, em canteiro de obras ou local que, por força da atividade, exija deslocamento e estada, observadas as normas de proteção estabelecidas pelo Ministério do Trabalho; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97) Grifo nosso
- n) a importância paga ao empregado a título de complementação ao valor do auxílio-doença, desde que este direito seja extensivo à totalidade dos empregados da empresa; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

o) as parcelas destinadas à assistência ao trabalhador da agroindústria canavieira, de que trata o art. 36 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965; (Alinea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97) Grifo nosso

q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa; (Alinea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

r) o valor correspondente a vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local do trabalho para prestação dos respectivos serviços; (Alinea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

s) o ressarcimento de despesas pelo uso de veículo do empregado e o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade, quando devidamente comprovadas as despesas realizadas; (Alinea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

t) o valor relativo a plano educacional que vise à educação básica, nos termos do art. 21 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e a cursos de capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde que não seja utilizado em substituição de parcela salarial e que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

u) a importância recebida a título de bolsa de aprendizagem garantida ao adolescente até quatorze anos de idade, de acordo com o disposto no art. 64 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; (Alinea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

v) os valores recebidos em decorrência da cessão de direitos autorais; (Alinea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

x) o valor da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT. (Alinea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

No que diz respeito aos valores pagos ao empregado pela prestação de serviços, valores estes que integram a remuneração do empregado, entendo que razão não assiste ao recorrente para determinar que nenhuma das verbas pagas, além do salário contratual, constituem base de cálculo de contribuição.

Uma vez que a notificada remunerou segurados empregados, contribuintes individuais, conforme informação prestada pelo próprio recorrente durante o procedimento fiscal, baseado no documento GFIP, deveria ter efetuado o recolhimento da totalidade das contribuições devidas à Previdência Social.

O conceito de remuneração, descrito no art. 457 da CLT, deve ser analisado em sua acepção mais ampla, ou seja, correspondendo ao gênero, do qual são espécies principais os termos salários, ordenados, vencimentos etc.

Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.

(Súmulas nos 84, 101 e 226 do TST.)

§ 2º Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de cinquenta por cento do salário percebido pelo empregado.

§ 3º Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que for cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, e destinada a distribuição aos empregados.

Art. 458. Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações in natura que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.

Portanto, a mera nomenclatura utilizada “indenização noturno, insalubridade, periculosidade etc” não lhe afasta do verdadeiro objetivo de seu pagamento, que é a contraprestação pelo serviço prestado, constituindo-se remuneração paga ao empregado, e por consequência, base de cálculo de contribuições previdenciárias.

Vale destacar ainda, que por se caracterizarem como remuneração, os adicionais devem, em regra, refletir no pagamento de todas as demais verbas trabalhistas, sejam elas: férias, 13º salário, repouso semanal remunerado etc, estando correto o procedimento que incluiu a totalidade dos rendimentos pagos ao empregado como base de cálculo de contribuições. Quanto às verbas passíveis de serem excluídas do conceito de salário de contribuição, o §9º do art. 28 da Lei 8.212/91 relaciona uma a uma, bem como as condições para referida exclusão.

No mesmo sentido os pagamentos feitos à título de Abono, eventual certa a característica intrínseca de que todo e qualquer abono possui natureza salarial, representando ganho para o empregado pelo trabalho na empresa. Destaca-se que no momento em que é pago, mesmo que resultante de previsão em acordo ou convenção coletiva, não possui o condão de excluir da base de cálculo de contribuições. Os únicos abonos que estão excluídos do conceito

de salário de contribuição são aqueles expressamente previstos em lei como tal, por exemplo o abono pecuniário (transação de parte do período de férias) o abono do PIS/PASEP, que nem mesmo é pago pelo empregador, e abonos pagos por preceito de lei que foi o caso do abono pago em determinado período pela empresa contemplando o Plano de Estabilização Econômica da Moeda.

Com relação os demais questionamentos genéricos: prêmios, gratificações, ou qualquer outra forma de salário indireto a legislação previdenciária e bem clara na sua natureza salarial, conforme descrito acima.

Com relação à cobrança de juros está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei n.º 8.212/1991, abaixo transcrito, desse modo foi correta a aplicação do índice pela autarquia previdenciária:

Art.34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento.

Não tendo o contribuinte recolhido à contribuição previdenciária em época própria, tem por obrigação arcar com o ônus de seu inadimplemento. Caso não se fizesse tal exigência, poder-se-ia questionar a violação ao princípio da isonomia, por haver tratamento similar entre o contribuinte que cumprira em dia com suas obrigações fiscais, com aqueles que não recolheram no prazo fixado pela legislação.

Dessa forma, não há que se falar em excesso de cobrança de juros, estando os valores descritos na NFLD, em consonância com o prescrito na legislação previdenciária.

Conforme descrito acima, a multa moratória é bem aplicável pelo não recolhimento em época própria das contribuições previdenciárias. Ademais, o art. 136 do CTN descreve que a responsabilidade pela infração independe da intenção do agente ou do responsável, e da natureza e extensão dos efeitos do ato.

O art. 35 da Lei n.º 8.212/1991 dispõe, nestas palavras:

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99)

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) quatorze por cento, no mês seguinte; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa; (Redação dada pela Lei nº 9.876/99).

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

a) sessenta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) setenta por cento, se houve parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) oitenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

d) cem por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

§ 1º Nas hipóteses de parcelamento ou de reparcèlement, incidirá um acréscimo de vinte por cento sobre a multa de mora a que se refere o Caput e seus incisos. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 2º Se houver pagamento antecipado à vista, no todo ou em parte, do saldo devedor, o acréscimo previsto no parágrafo anterior não incidirá sobre a multa correspondente à parte do

pagamento que se efetuar. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 3º O valor do pagamento parcial, antecipado, do saldo devedor de parcelamento ou do reparcelamento somente poderá ser utilizado para quitação de parcelas na ordem inversa do vencimento, sem prejuízo da que for devida no mês de competência em curso e sobre a qual incidirá sempre o acréscimo a que se refere o § 1º deste artigo. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 4º Na hipótese de as contribuições terem sido declaradas no documento a que se refere o inciso IV do art. 32, ou quando se tratar de empregador doméstico ou de empresa ou segurado dispensados de apresentar o citado documento, a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos será reduzida em cinquenta por cento. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.876/99)

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.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para rejeitar as preliminares suscitadas e no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 4 de junho de 2009



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA – Relatora

Declaração de Voto

Conselheiro Elias Sampaio Freire

Pedi vista dos autos para realizar melhor análise acerca da alegação das responsáveis solidárias acerca da inexistência de grupo econômico e, conseqüentemente, da inexistência da própria responsabilidade solidária.

Tanto no relatório fiscal (fls. 36 a 41) como na informação fiscal (350 e 351) apontam a existência de grupo econômico pelo fato de haver relação de controladora e controladas entre as empresas que menciona.

Inicialmente há de identificar a natureza jurídica de sociedade controlada, sociedade controladora e grupo econômico.

Legalmente, 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 (art. 243, § 2º da Lei nº 6.404/76).

Art. 243.....

§ 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.

Já o novo Código Civil define tais sociedades nos seguintes termos:

Art. 1.098. É controlada:

I - a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores;

II - a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.

Em decorrência das definições legais mencionadas, podemos considerar controladora a sociedade que, diretamente ou através de outras sociedades, é titular de direito de sócio que lhe assegure, de modo permanente, a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

Por sua vez, o grupo econômico ou grupo de sociedades, de que trata o Capítulo XXI da Lei nº 6.404/76, é o conjunto de sociedades cujo controle é titularizado por uma brasileira (a comandante) e que, mediante convenção acerca de combinação de esforços ou participação em atividades ou empreendimentos comuns, formalizam esta relação interempresarial. Nesta convenção são declinados os fins almejados, os recursos que serão

combinados, as atividades a serem empreendidas em comum, as relações entre as sociedades, a estrutura administrativo do grupo e as condições de coordenação ou de subordinação dos administradores das filiadas à administração geral. Os grupos devem possuir designação, da qual constará palavra identificadora da sua existência ("grupo" ou "grupo de sociedades": art.267 da Lei nº 6.404/76,), e devem estar devidamente registradas na junta comercial.

Registra-se que o grupo não tem personalidade jurídica própria, sendo apenas uma relação interempresarial formalizada. Cada uma das sociedades agrupadas sob o comando de companhia brasileira, conserva a sua personalidade, sendo distintos, ademais, os seus patrimônios. Por outro lado, entre as sociedades integrantes do mesmo grupo, não há, em regra, solidariedade, exceto perante as autoridades antitruste (LIOE, art.17) e pelas dívidas previdenciárias (Lei nº.8.212/91, art.30, IX). Não há, também, em regra, subsidiariedade entre as sociedades de um mesmo grupo, salvo quanto às obrigações relacionadas a contrato de consumo (CDC, art.28, § 2º). Os grupos podem contar com estrutura administrativa própria, consistente em órgãos colegiados e cargos de direção-geral.

Implantada o grupo de direito, configura-se apenas um sistema ordenado de comando e integração de proveitos, viabilizando-se a subordinação dos interesses de uma ou algumas sociedades aos de outras(art.276 da Lei nº 6.404/76), prática esta que, sem a existência do grupo, estaria vedada pelo art.245 da mesma Lei.

Feita esta rápida introdução, por relevante, há de se frisar que o art. 265 da Lei nº 6.404/76 é explícito no sentido de que é facultada a sociedade controladora e suas controladas a constituir grupo econômico nos seguintes termos:

Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

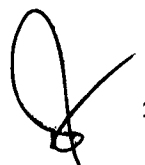
§ 1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.

§ 2º A participação recíproca das sociedades do grupo obedecerá ao disposto no artigo 244.

Ora se o legislador facultou a uma sociedade controladora e suas controladas a constituir um grupo econômico, mediante convenção, há de se concluir que a sociedade controladora juntamente com suas controladas não constituem necessariamente nem automaticamente um grupo econômico.

Assim sendo, não havendo a opção por parte da sociedade controladora e suas controladas, mediante convenção, há de se concluir que não há a constituição de grupo econômico de direito.

Por certo, há situações que não obstante a sociedade controladora e suas controladas não tenham exercido a faculdade de constituir grupo econômico, a auditoria fiscal



poderá caracterizar o grupo econômico como sendo grupo econômico de fato, conforme precedentes deste da então 6ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes. Confira:

Ementa: PREVIDENCIÁRIO - GRUPO ECONÔMICO DE FATO - SOLIDARIEDADE - DESCARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO PACTUADO- DECADÊNCIA.

.....

Ao verificar a existência de grupo econômico de fato, a auditoria fiscal deverá caracterizá-lo e atribuir a responsabilidade pelas contribuições não recolhidas aos participantes.

(2º CC/6ª C – Ac. 206-00724 – Rel. Bernadete de Oliveira Barros)

Ementa: PREVIDENCIÁRIO – OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – DESCUMPRIMENTO – INFRAÇÃO – GRUPO ECONÔMICO – CARACTERIZAÇÃO – SOLIDARIEDADE.

.....

Se a auditoria fiscal verificar a existência de grupo econômico de fato, deverá caracterizá-lo e atribuir a responsabilidade pelas contribuições não recolhidas ou infrações cometidas aos participantes.

(2º CC/6ª C – Ac. 206-00374 – Rel. Ana Maria Bandeira)

É justamente neste ponto que ouse divergir da ilustre conselheira relatora.

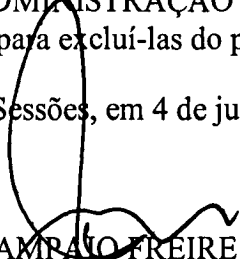
O que resta demonstrado pela auditoria fiscal e que foi corroborado pela decisão de primeira instância tão somente é a caracterização de relação entre controladora e controladas, cuja natureza jurídica é distinta da natureza jurídica de grupo econômico.

Pelo exposto:

I) voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso da empresa TEKA TECELAGEM KUEHNRIK S/A; e

II) voto por dar PROVIMENTO ao recurso das empresas MONTE CLARO – PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS S/A, CELL PARTICIPAÇÕES E ADMINISTRAÇÃO LTDA, RMMF PARTICIPAÇÕES LTDA, TEKA TÊXTIL S/A, CERRO AZUL PARTICIPAÇÕES E ADMINISTRAÇÃO LTDA; TEKA FIAÇÃO LTDA e TEKA INVESTIMENTO LTDA, para excluí-las do pólo passivo da exação.

Sala das Sessões, em 4 de junho de 2009


ELIAS SAMRAO FREIRE - Conselheiro

Declaração De Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira

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.

Cumpre 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

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

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 Leis de S.A.) e os grupos de sociedades de direito no capítulo XXI (arts. 265 a 277)."*³

"Na captação desses fenômenos concentracionais, 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 a 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.

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

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 interrogações contidas no mencionado capítulo.

Conforme sintetiza Bulhões Pedreira:

“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.).

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

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 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

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



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 e acompanho o voto da relatora, mantendo no pólo passivo todas as empresas citadas como integrantes do grupo econômico.

É como voto.

Sala das Sessões, em 4 de junho de 2009


ANA MARIA BANDEIRA - Conselheira